

È più facile spezzare un atomo
che un pregiudizio

Albert Einstein

Indice

Nota introduttiva , di <i>Marina Capponi</i>	pag.	11
Prefazione , di <i>Riccardo Del Punta</i>	»	15
1. Le politiche comunitarie per la parità e le pari opportunità fra uomini e donne , di <i>Cristina Calvanelli</i>	»	19
1. Gli strumenti istituzionali di parità	»	21
1.1. I trattati comunitari: cenni storici	»	21
1.1.1. Il principio di parità nel Trattato di Roma	»	21
1.1.2. Il Trattato di Maastricht ed il principio di non discriminazione uomo-donna	»	22
1.1.3. Il Trattato di Amsterdam e il principio di “mainstreaming”	»	23
2. Gli atti comunitari in materia di pari opportunità	»	28
2.1. Le principali direttive sulla parità fra uomini e donne	»	28
2.2. Altri atti comunitari in materia di pari opportunità	»	32
2.3. Ruolo del Parlamento europeo	»	34
2.4. Programmi d’azione comunitaria	»	36
3. Gli strumenti operativi di pari opportunità	»	42
3.1. Le azioni positive nel diritto comunitario	»	42
4. Il ruolo della Corte di Giustizia europea	»	43
4.1. Sentenza Kalanke causa C-450/93	»	43
4.2. Il dibattito sulla sentenza Kalanke: il problema delle quote	»	44
4.3. Eguaglianza fra individui, eguaglianza fra gruppi	»	46
4.4. Il concetto di discriminazione diretta ed indiretta	»	47
4.5. La Corte di Giustizia ci ripensa: la sentenza Marschall, causa C-409/95	»	50

4.6. La sentenza Badeck: causa C-158/97	pag.	51
5. Orientamenti recenti	»	53
5.1. L'allargamento del concetto di discriminazione: le direttive di "seconda generazione"	»	53
5.2. Le novità delle direttive di "seconda generazione"	»	54
5.3. Verso un superamento del giudizio comparativo?	»	56
5.4. Problemi e prospettive	»	59
5.5. Il recepimento italiano delle direttive comunitarie	»	61
2. Dalla legge n. 125 del 1991 al decreto legislativo n. 196 del 2000 fino al Codice delle Pari Opportunità: il nuovo ruolo della Consiglieria e del Consigliere di parità, di <i>Valentina Candidi Tommasi</i>	»	65
Premessa	»	65
1. I Consiglieri di parità: un percorso lungo più di vent'anni	»	69
2. La Consiglieria e il Consigliere di parità degli anni '80	»	71
3. Ruolo e funzioni della nuova figura della/del Consiglieria/e di parità del 1991: profilo generale	»	73
3.1. I compiti: le azioni positive	»	75
3.2. La dimensione repressiva	»	76
3.3. Gli strumenti di informazione e controllo	»	78
3.4. Gli strumenti operativi: elementi di giudizio	»	79
4. La doppia declinazione della figura delle Consigliere e dei Consiglieri di parità. La preferenza legale per le candidature femminili alla carica	»	80
5. Le Consigliere ed i Consiglieri di parità del 2000. Dal decreto legislativo del 2000 n. 196 a quello del 2006 n. 198	»	83
5.1. Procedure di nomina della/del Consiglieria/e di parità	»	83
5.2. Requisiti ed attribuzioni della Consiglieria e del Consigliere di parità	»	85
5.3. Mandato della Consiglieria e del Consigliere di parità	»	87
5.4. Compiti e funzioni della Consiglieria e del Consigliere di parità	»	88
6. La rete nazionale delle Consigliere e dei Consiglieri di parità	»	94
7. La convenzione-quadro, la sede e le attrezzature delle Consigliere e dei Consiglieri di parità	»	97
8. Il nuovo trattamento giuridico ed economico	»	99
9. Il fondo nazionale per l'attività delle/dei Consigliere/i di parità. La legge delega e l'istituzione del fondo	»	103
10. La distribuzione delle risorse e i criteri di ripartizione delle quote	»	104
11. La relazione del Parlamento	»	108

3. La Consigliera ed il Consigliere di parità e l'azione collettiva , di <i>Valentina Candidi Tommasi</i>	pag.	109
Premessa	»	109
1. La nozione oggettiva di discriminazione nell'ordinamento italiano	»	112
1.1. La discriminazione sessuale	»	112
1.2. La definizione di discriminazione diretta e discriminazione indiretta nella legge n. 125 e nel Codice Pari Opportunità	»	115
1.3. Le discriminazioni collettive	»	118
1.4. Molestie sessuali: equiparazione alle discriminazioni	»	120
2. La legittimazione attiva delle Consigliere e dei Consiglieri di parità relativamente all'azione pubblica	»	122
2.1. L'esclusione dalla legittimazione attiva delle organizzazioni sindacali	»	123
2.2. Le conseguenze sul ruolo delle Consigliere e dei Consiglieri di parità	»	126
3. La natura dell'interesse tutelato	»	127
4. La disciplina dei carichi probatori e le critiche della dottrina	»	128
5. Le procedure di conciliazione per le controversie relative alle discriminazioni collettive	»	135
5.1. La procedura di conciliazione attivata dalle Consigliere e dai Consiglieri di parità	»	136
5.2. I destinatari	»	138
5.3. La partecipazione del sindacato	»	139
5.4. Il contenuto del piano di rimozione delle discriminazioni richiesto dalla Consigliera e dal Consigliere di parità	»	140
5.5. La conciliazione	»	141
6. La disciplina dell'art. 37 Codice P.O., già art. 4 della legge 125/91. Brevi cenni. L'azione ordinaria azionabile dalla/dal Consigliera/e di parità contro le discriminazioni collettive	»	142
6.1. L'eliminazione della condizione di procedibilità	»	144
6.2. La competenza giurisdizionale e territoriale per la proposizione del ricorso contro le discriminazioni collettive	»	145
7. Il piano di azioni positive giudiziale	»	147
7.1. Risarcimento del danno e onere della prova a carico del danneggiato	»	150
8. La procedura d'urgenza contro le discriminazioni collettive: un nuovo strumento per le/i Consigliere/i di parità	»	153
9. L'inottemperanza alla sentenza del giudice	»	155
4. La Consigliera ed il Consigliere di parità e l'azione individuale , di <i>Valentina Candidi Tommasi</i>	»	157
Premessa	»	157

1. La nullità degli atti discriminatori per ragioni di sesso	pag.	158
2. Il tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie individuali: il ruolo di tramite della/del Consigliera/e di parità	»	161
2.1. La legittimazione ad agire in giudizio per la conciliazione delle cause individuali contro una discriminazione diretta o indiretta. Il relativo potere di rappresentanza della/del Consigliera/e di parità	»	163
2.2. Il tentativo obbligatorio di conciliazione e i procedimenti speciali d'urgenza	»	165
2.3. L'esclusione dei procedimenti monitori	»	167
2.4. Il tentativo obbligatorio e la domanda riconvenzionale	»	168
2.5. La partecipazione di terzi al giudizio e l'obbligo del tentativo di conciliazione	»	170
2.6. Il tentativo obbligatorio di conciliazione e l'azione contro le discriminazioni collettive	»	170
3. L'azione delegata e il soggetto delegante all'azione in giudizio	»	172
4. La natura dell'intervento in causa della/del Consigliera/e di parità	»	173
5. Lo speciale procedimento per la tutela individuale: l'art. 15 della legge n. 903 del 1977	»	176
5.1. La legittimazione attiva al ricorso d'urgenza prima e dopo il d. lgs. n. 196/00	»	180
5.2. La legittimazione ad agire del sindacato	»	183
5.3. La legittimazione ad agire delle associazioni femminili	»	185
5.4. L'interesse a ricorrere	»	187
5.5. La legittimazione passiva	»	189
5.6. L'art. 15 della legge 903/77 (ora art. 38 del Codice P.O.) e l'art. 28 della legge 300/70	»	189
5.7. Il rapporto fra l'art. 15 della legge n. 903/77 e l'art. 700 c.p.c prima e dopo i decreti del 2000 e del 2006	»	190
5.8. Il rapporto e il reciproco ambito d'intervento tra la procedura d'urgenza del decreto legislativo n. 198/2006 e quella della legge n. 125/91	»	192
5.9. Cenni al contenuto del provvedimento di condanna	»	194
6. La non interscambiabilità di piani tra l'azione individuale e l'azione pubblica, esperibili dalla/dal Consigliera/e di parità, e il loro rapporto	»	195
7. Considerazioni conclusive	»	198
Bibliografia	»	203
Rassegna giurisprudenziale , di <i>Cristina Calvanelli</i> e <i>Valentina Candidi Tommasi</i>	»	211

Nota introduttiva

Avv. Marina Capponi*

Prima della novella di cui al d. lgs. 196/00 ci si interrogava sulla bontà della scelta legislativa operata con la l. n. 125/91, che aveva incardinato la propria spinta propulsiva su un organismo peculiare, la Consigliera di Parità, dotandola di molti poteri e molte gravose funzioni, ma negandole in definitiva gli strumenti per esercitarle.

Uno dei punti fondamentali di criticità della legge n. 125/91 che ne aveva decretato il deludente avvio, consisteva proprio nella debolezza strutturale della figura della Consigliera, per quanto fosse stata pensata quale vero e proprio fulcro della strategia della legge sulle azioni positive.

Alla luce della mia ultradecennale esperienza nella veste di Consigliera di Parità della Regione Toscana, non posso che confermare il senso di frustrazione che accompagnava all'inizio la nostra attività pionieristica e l'impressione di "abbandono" ad una sorta di volontariato istituzionale in cui ci sentivamo relegate.

Ciò nonostante, l'ingrato compito è stato svolto da tutte noi con coraggio e fedeltà all'impegno assunto e, in alcuni contesti territoriali favorevoli, come è stata anche la stessa Toscana, gli obiettivi prefissati sono stati raggiunti e sono state realizzate tante iniziative utili ed innovative, che meritano di essere ricordate.

Se la totale inadeguatezza dei mezzi concessi alle Consigliere aveva complessivamente deluso le aspettative che avevano accompagnato la gestazione e la nascita di una disciplina nuova ed originale anche vista nell'ottica europea, oggi la riforma ha dato una vera e propria sferzata d'energia a questo organismo così particolare.

La Consigliera di Parità continua ancora oggi a rappresentare la figura strategica ai fini dell'attuazione della legge n. 125/91, così come novellata dal decreto legislativo n. 196 del 2000 e codificata dal d. lgs. n. 198/06.

Grazie alla sua articolazione reticolare, resta ancora il principale sensore atto alla rilevazione capillare sul territorio delle discriminazioni di genere.

* Consigliera di Parità della Regione Toscana.

Grazie alla sue peculiari funzioni, per l'esercizio delle quali le viene riconosciuta la legittimazione all'azione in giudizio, costituisce ancora il principale garante del rispetto della normativa antidiscriminatoria.

E delle due "anime", promozionale e repressiva, che coesistono oggi, in maniera più funzionale rispetto al passato, in tale organismo, proprio la seconda ci è sembrata la meno visibile, ma nello stesso tempo la più qualificante e meritevole di particolare attenzione.

Valorizzare il ruolo della Consigliera, attrice su un palcoscenico inusuale per gli organismi di pari opportunità, come quello processuale, ci è sembrata la vera sfida, il vero aspetto di novità che la distingue da altri pur utili figure e la dota di una incisività di intervento sul piano individuale e collettivo che non ha l'eguale in altri ordinamenti.

Un potere formidabile nelle sue implicazioni operative e nello stesso tempo una gravosa responsabilità. Questo in parte spiega, unitamente alla modestia delle risorse che a ciò erano destinate, lo scarso utilizzo dello strumento processuale che finora si è rilevato.

Ma non giustifica del tutto una così cospicua sottovalutazione di una modalità di intervento sicuramente possente, che affronta di petto le discriminazioni dirette ed indirette proponendone una soluzione giudiziale, autorevole e coercitiva, in quei frangenti in cui a nulla valgono le misure incentivanti e risultano impotenti i meccanismi conciliativi.

Ci interessava pertanto, con questo lavoro, dare maggiore visibilità ad un'immagine della Consigliera quale "paladina della parità", un'autorità indipendente titolare di attribuzioni forti e di autorevolezza, dotata di una competenza tecnica sofisticata e specialistica, capace di accompagnare, sostenere, rappresentare diritti ed interessi in giudizio, per il riconoscimento di principi di parità e pari opportunità nel lavoro.

Ed accanto ad una trattazione teorica che illustra in forma sistematica poteri, procedure e meccanismi processuali, anche assai articolati e complessi, abbiamo voluto rappresentare e raccogliere, in maniera ragionata, anche se con modalità non convenzionali, visto il target variegato di lettori cui la pubblicazione si rivolge, rispetto alle tradizionali raccolte giurisprudenziali, le sentenze, edite e non, che hanno affrontato il tema, offrendo da un parte interessanti spunti interpretativi, rispetto a temi assai delicati e scabrosi, dall'altra modelli di percorsi processuali innovativi, senza trascurare alcuni significativi casi in cui la controversia è stata definita mediante un transazione. Infatti il verbale di conciliazione, che generalmente contiene una soluzione compromissoria della vertenza, non viene edito, pur essendo utilissimo per verificare l'efficacia degli interventi processuali adottati.

Abbiamo pertanto offerto all'operatore qualche spunto inedito e recuperato documenti praticamente ormai introvabili nel circuito informativo ministeriale.

Perché proprio partendo dall'esperienza pratica, dalla memoria storica del Consigliere che come protagoniste vi hanno partecipato e mostrando la transmigrazione dal caso di specie al paradigma normativo, si può dare un segnale

di operatività delle procedure, un testaggio di strumenti che rischiano di rimanere astratti, un incoraggiamento verso l'adozione contro le discriminazioni di genere di tutte la rosa delle misure previste dalla disciplina positiva, ivi comprese le norme processuali.

Oggi sotto la spinta della produzione normativa comunitaria, siamo di fronte ad una svolta epocale, che vede tracciata una nuova frontiera: vediamo spingersi sempre più avanti i confini mobili dell'illuministico principio d'eguaglianza, verso nuove e più sfaccettate definizioni di discriminazione. Vediamo lo sviluppo di elaborazioni concettuali che, partendo dalla trasversalità della differenza di genere, contaminano beneficamente altri aspetti del vivere civile, altre "differenze", con cui conviviamo nella nostra società sempre più pluralista e multietnica. E le politiche e le tecniche antidiscriminatorie, anche sotto il profilo processuale, tendono ormai ineluttabilmente a costituirsi in un sistema intrecciato. Ma prima che si realizzi, come è prevedibile, un corpus organico di norme, una sorta di nuovo codice di diritto antidiscriminatorio europeo, dobbiamo valorizzare gli strumenti operativi esistenti e promuoverne l'utilizzo, convinte come siamo che la conoscenza sia una delle fondamentali chiavi di volta per una migliore attuazione degli istituti preposti alla promozione e tutela delle pari opportunità.

Non vi è dubbio che anche la questione relativa all'effettivo ricorso all'azione giudiziale in tema di pari opportunità e di divieto di discriminazione, è direttamente condizionata da una sensibilità sociale che sostenga questa autentica, forte domanda di giustizia. E non sempre nel "comune sentire" è contemplata l'indignazione per le disparità di trattamento di genere, che a volte non vengono neppure avvertite o peggio considerate "normali", in quanto ineluttabili, connaturate, irrimediabili.

Non possiamo nasconderci l'opacità del momento attuale sotto il profilo occupazionale e l'insoddisfazione soprattutto sotto il profilo della qualità del lavoro che le recenti riforme suscitano. Di fronte alla precarizzazione e marginalizzazione di tante figure professionali, la difesa giuslavoristica giocata solo sul tavolo dei diritti e della loro giustiziabilità può apparire donchisottesca, velleitaria, addirittura inutile.

Ma la Consigliera di Parità ha una pubblica funzione da svolgere e, perseguendo l'interesse di rilievo costituzionale alla realizzazione della parità sostanziale tra donne e ed uomini nel lavoro, è chiamata a misurarsi giorno per giorno con le esigenze concrete delle persone e a proporre soluzioni tangibili, non nel territorio dell'utopia ma sul terreno più solido e quotidiano del possibile.

Riteniamo che questo organismo, oggi fortemente rivitalizzato, abbia in mano ancora tante buone carte da giocare. E con l'immagine evocativa dei tarocchi scelta per la copertina, abbiamo scherzosamente voluto richiamare anche visivamente la funzione di "promotore di giustizia" della Consigliera di Parità, di garante della giustiziabilità del diritto all'eguaglianza, o meglio alla "non discriminazione" nelle sue più attuali ed evolutive declinazioni.

Prefazione

di Riccardo Del Punta*

Se dovessimo additare al lettore il principale fra i vari pregi del volume che si va a presentare, sceglieremmo la completezza della prospettiva metodologica, che in esso si realizza. La tematica delle politiche di parità e di pari opportunità è “difficile”, infatti, anche a causa delle sue molteplici sfaccettature, che richiedono l’adozione di strumenti di analisi maturi e non poco sofisticati.

C’è, in primo luogo, il piano dell’apparato concettuale di riferimento, essendo tutt’altro che semplice seguire le vicende, non sempre lineari, di nozioni come quelle di “parità”, “non discriminazione”, “pari opportunità”. Nozioni che, a loro volta, rappresentano una ricaduta della grande riflessione nella quale le nostre società sono impegnate almeno sin dalla Rivoluzione francese in poi, vale a dire quella sull’eguaglianza. È infatti di eguaglianza, in fondo, che stiamo parlando, ed è l’idea di eguaglianza che si va ristrutturando, alla ricerca di forme appropriate ad esprimere il sentimento civile delle società contemporanee, del quale i temi trattati in questo volume costituiscono, ormai, una componente essenziale.

C’è, in seconda battuta, il tema delle fonti, essendo ormai amplissimo (e in attesa di un ulteriore riassetto) il materiale normativo in materia. Un materiale che, per quanto saldamente radicato nell’evoluzione della legislazione domestica, a cominciare dalle storiche leggi n. 903 del 1977 e n. 125 del 1991, ha altresì subito, com’era giusto e opportuno che fosse, le positive influenze della ricca elaborazione comunitaria in tema di parità e pari opportunità, che si è giocata sul filo di una complessa, e talvolta tormentata, dialettica, fra fonti normative e giurisprudenza della Corte di Giustizia.

L’implementazione delle politiche in discorso – il risaputo “tasto dolente” di questa tematica – ha cercato di servirsi, sin dagli anni ’80 e soprattutto dalla legge n. 125 del 1991, di una figura istituzionale *ad hoc*, la Consiglieria (o Consigliere) di parità. Non v’è dubbio, infatti, che la penetrazione sociale del-

* Professore ordinario di Diritto del Lavoro.

la cultura delle pari opportunità non può sperare di realizzarsi senza un supporto istituzionale mirato, e senza strumenti attuativi adeguati (a cominciare dalla disponibilità di risorse). Il decreto legislativo n. 196 del 2000 ha cercato di porre rimedio alle precedenti deficienze istituzionali, che avevano lasciato le Consigliere, troppo spesso, in una condizione di desolante impotenza, ridefinendone e rafforzandone la figura e le funzioni, anche sotto il profilo del sostegno finanziario ampiamente inteso.

Ma i problemi ancora irrisolti non sono stati adeguatamente affrontati dal nuovo Codice per le Pari Opportunità, decreto legislativo n. 198 del 2006, che sotto questo profilo appare per il momento un'occasione perduta.

Sicuramente, la metabolizzazione delle novità introdotte richiederà tempi lunghi; ma è quantomeno augurabile che si sia finalmente imboccata la giusta strada per aiutare questi temi ad uscire dalla marginalità nella quale, al di là delle tante dichiarazioni d'intenti, essi sono stati sinora confinati.

Una quarta dimensione del tema è, infine, quella giudiziaria, tradizionalmente poco frequentata nel nostro paese, malgrado la legge n. 125 del 1991 avesse cercato di coltivarla, prevedendo speciali strumenti processuali e prefigurando un ruolo propulsivo, al riguardo, delle Consigliere di parità, tanto sul piano dell'azione individuale quanto su quello, inedito, dell'azione avverso le discriminazioni collettive. Il decreto n. 196 del 2000 ha provato a spingersi oltre su questa strada, perfezionando alcuni meccanismi, parzialmente modificati dal decreto n. 198 del 2006.

Ecco, di questo complesso e talvolta fluido materiale il lettore potrà trovare, nei vari contributi raccolti nel volume, un'esaustiva ricognizione critica, arricchita da un apparato di note e di riferimenti bibliografici altrettanto completo.

Nel primo capitolo, come si conviene, sono sviscerati da Cristina Calvanelli, sino ai più recenti sviluppi nonché censendo i problemi rimasti aperti e le future prospettive, i temi del diritto comunitario in tema di parità e pari opportunità.

Nel secondo capitolo, Valentina Candidi Tommasi esamina i profili istituzionali e strumentali, dedicando prevalente attenzione, com'è logico, alle novità recate dal decreto n. 196 del 2000, così come codificate dal decreto legislativo n. 198 del 2006.

Negli ultimi capitoli la stessa autrice, premessa una ricognizione delle varie nozioni di discriminazione esistenti nell'ordinamento, affronta la dimensione giudiziaria del tema (che si interseca di continuo, peraltro, con quella sostanziale), analizzando (nel terzo capitolo) il regime processuale dell'azione collettiva e (nel quarto) di quella individuale, nonché esaminando, con riferimento ad entrambe, il ruolo della Consigliera di parità.

Il volume è completato da alcune considerazioni conclusive e da un'appendice giurisprudenziale, aggiornata al 2008, tanto più utile quanto rare sono le sentenze apparse in materia.

Nel complesso, la cura analitica e la chiarezza espositiva fanno del volume uno strumento ideale per la conoscenza di questi non facili temi.

E la conoscenza è, come è ovvio, la preconditione necessaria affinché le politiche di parità e di pari opportunità escano dallo stadio dei buoni sentimenti, oltre che da una loro esclusiva declinazione “al femminile”, e tentino di calarsi concretamente nel tessuto economico-sociale, avendo altresì titolo a presentarsi come un grande laboratorio culturale per lo sviluppo della cultura antidiscriminatoria *lato sensu* intesa.

1. Le politiche comunitarie per la parità e le pari opportunità fra uomini e donne

di Cristina Calvanelli

Il diritto comunitario ha avuto il merito di affrontare, prima dei vari ordinamenti nazionali, le tematiche relative al principio della parità fra i sessi, nei suoi molteplici aspetti e declinazioni. Per questo motivo, oltre che per la sua rilevanza come regolatore sociale, il principio di parità risulta essere uno dei temi del diritto comunitario più importanti e di più diretta incidenza¹.

Il concetto di pari opportunità riassume l'intento di garantire uguali condizioni e prospettive di vita a tutti i cittadini, attraverso la definizione di politiche ed iniziative finalizzate alla rimozione degli ostacoli che impediscono un'effettiva parità.

In ambito comunitario il termine "pari opportunità" viene utilizzato in riferimento ad interventi a favore di gruppi svantaggiati e, principalmente, alle azioni volte a ridurre la disparità fra uomini e donne.

Le pari opportunità rappresentano, inoltre, uno dei quattro pilastri della Strategia europea per l'occupazione. Tale pilastro fa riferimento in particolare alla promozione di politiche che consentano, in ciascuno Stato membro, la riduzione della disparità tra tassi di occupazione maschili e femminili e l'introduzione di misure per la conciliazione della dimensione lavorativa con quella familiare.

Per sottolineare l'importanza di quanto appena detto, possiamo aggiungere che, nella programmazione dei Fondi strutturali europei 2000-2006, le pari opportunità hanno costituito un obiettivo trasversale da perseguire in tutti gli ambiti di intervento, oltre che un obiettivo specifico da raggiungere con azioni mirate, atte a migliorare l'accesso e la permanenza delle donne nel mercato del lavoro, a favorire l'auto-imprenditorialità, oltre che a ridurre le disparità fondate sul sesso nella domanda di lavoro.

1. Cfr. Marzia Barbera, "Uguaglianza di opportunità ed azioni positive nel diritto comunitario e nelle legislazioni dei Paesi membri della CEE", in *RIDL*, I, 857, 1986.

In aggiunta, La Commissione europea ha pubblicato nel 2006 un documento di estrema importanza, la “Tabella di marcia della Commissione europea per la parità tra donne e uomini 2006-2010”, che definisce un percorso quinquennale per il superamento delle disparità tuttora esistenti in tutti i settori della vita civile; rispetto alle politiche di pari opportunità, la “Tabella di marcia”, o “Road Map”, rivisita la Strategia quadro 2001-2005 e riafferma l’importanza della eguaglianza di genere da raggiungere attraverso l’attivazione di politiche di *gender mainstreaming* e con l’adozione di misure specifiche.

Queste tematiche fanno parte della politica d’intervento della Comunità europea fin dalla sua nascita, ed hanno subito un processo evolutivo che procede di pari passo con i cambiamenti della Comunità stessa, da unione prettamente economica a struttura con ampie aree d’intervento di politica sociale.

Di seguito verranno analizzati i principali strumenti istituzionali di parità dell’Unione europea, a partire dagli articoli dei trattati comunitari dedicati alle pari opportunità, fino a fornire una panoramica d’insieme sulle principali direttive, programmi d’azione e iniziative delle istituzioni comunitarie in tema di parità fra uomini e donne.

Una volta analizzato e compreso l’imponente apparato istituzionale approntato dall’Unione europea, risulta indispensabile una panoramica sugli strumenti operativi di pari opportunità, e sulle problematiche sottese alla loro applicazione e corretta interpretazione.

In questo senso, saranno di indispensabile aiuto le sentenze della Corte di giustizia europea, che, a metà degli anni ’90, ha emanato una nutrita giurisprudenza sugli obiettivi e sui limiti delle azioni positive, sul problema delle quote, su concetti basilari quali eguaglianza formale e sostanziale, arrivando ad una definizione chiara e necessaria di discriminazione diretta ed indiretta.

In conclusione, verrà aperta una breve parentesi sugli orientamenti recenti in materia di pari opportunità nel mondo del lavoro e sull’ampliamento del concetto di discriminazione nelle ultime direttive europee; un’analisi approfondita dei problemi e delle prospettive aperte da questa recente evoluzione comunitaria appare di estrema importanza per la comprensione delle nuove tendenze che le istituzioni comunitarie stanno approntando nel loro impegno in materia di parità e pari opportunità.

L’analisi delle politiche per la parità e le pari opportunità messe in atto dall’Unione europea, seppur non esaustiva, fornisce utili strumenti per la corretta comprensione del ruolo e delle caratteristiche che la figura della Consigliera di parità ha assunto nel panorama italiano, rappresentando il substrato ideale da cui essa trae la sua legittimità ad agire, ed evidenziando le difficoltà e le battute d’arresto che l’introduzione di una cultura di parità e di pari opportunità trova sul suo cammino legislativo e giurisprudenziale.

1. Gli strumenti istituzionali di parità

1.1. I trattati comunitari: Cenni storici

1.1.1. Il principio di parità nel Trattato di Roma

La Comunità Economica Europea nacque nel 1957 con il Trattato di Roma; in quella sede il principio di parità venne considerato limitatamente alla sola parità salariale, e fu regolato dall'art. 119 del trattato istitutivo.

L'art. 119 (ora art. 141 del Trattato CE) stabiliva infatti:

“Ciascuno stato membro assicura, durante la prima tappa e in seguito mantiene, l'applicazione del principio di parità delle retribuzioni fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro. Per retribuzioni deve essere inteso, ai sensi del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavorante in ragione dell'impiego di quest'ultimo. La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica:

- a) *Che la retribuzione accordata per lo stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata a una stessa unità di misura;*
- b) *Che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per un posto di lavoro uguale”².*

Le esigenze alla base della nascita della Comunità europea erano quindi di tipo prettamente economico, come si evince dall'articolo stesso; a queste considerazioni va aggiunto che, a metà degli anni '50, solo alcuni dei 6 paesi che aderirono alla Comunità (Francia, Germania, Italia, Belgio, Olanda e Lussemburgo) prevedevano nel proprio ordinamento la parità salariale.

Il fine ultimo del legislatore comunitario era quello della garanzia del buon funzionamento del mercato; in questa ottica, un intervento così strettamente connesso alla materia sociale avrebbe potuto apparire inutile, se non lo si inquadrasse correttamente in una strategia di politica economica, che percepiva le pari opportunità nel mondo del lavoro come strumentali ad un miglioramento del funzionamento del mercato stesso.

Si può quindi affermare che l'art. 119 trae origine da un principio formale di eguaglianza fra i sessi, rispondendo al tempo stesso ad una necessità di “regolazione della concorrenza”, che evitasse una penalizzazione delle imprese dei paesi membri che applicavano la parità salariale³.

Operando in questa ottica, il legislatore si è preoccupato in primo luogo di garantire una parità retributiva fra uomini e donne, evitando, che, attraverso

2. Cfr. Massimo Roccella, Tiziano Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, CEDAM, Padova 1992, p. 227.

3. Cfr. Annamaria Fasano, Pietro Mancarelli, *Parità e pari opportunità uomo-donna. Profili di diritto comunitario e nazionale*, Giappichelli, To, 2001, pp. 3-4.

una sottoretribuzione del lavoro femminile, si realizzassero forme di concorrenza sleale in seno al mercato comunitario⁴.

Questo approccio, che considerava residuale l'aspetto socio-culturale di un riequilibrio dei sessi, si è evoluto nel tempo, passando ad un concetto di parità più esteso.

Nondimeno, il cammino è stato lungo e travagliato, specialmente se si considera che lo stesso principio della parità retributiva ha incontrato forti resistenze ad essere accettato da parte dei giuristi degli Stati membri, durante tutti gli anni '60.

Solo a partire dagli anni '70 l'evoluzione del concetto appare più evidente, grazie anche all'influenza dell'elaborazione giurisprudenziale e filosofica statunitense in materia⁵; caso emblematico rimane la Causa n. 43/75, *Defrenne contro Sabena*, della Corte di Giustizia CEE, 8 aprile 1976⁶.

1.1.2. Il Trattato di Maastricht ed il principio di non discriminazione uomo-donna

Nel 1992 il Trattato di Maastricht modifica in parte l'art. 119; la nuova formulazione, che diventerà l'art. 6 dell'Accordo 7 febbraio 1992, recita così:

“Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio di parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro.

Per retribuzione deve essere inteso, ai sensi del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo. La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica:

- a) Che la retribuzione accordata per lo stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata a una stessa unità di misura;*
- b) Che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per un posto di lavoro uguale.*

Il presente articolo non osta che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici intesi a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da un parte delle donne ovvero a evitare o compensare svantaggi nella loro carriera professionale⁷.

4. Cfr. Marzia Barbera, *op. cit.*, 1986, p. 593.

5. Nelle legislazioni antidiscriminatorie europee degli anni '70, il filo conduttore è dato proprio dal ricavare i rimedi giuridici dall'esperienza proveniente dagli Stati Uniti, legittimando così la loro evoluzione in materia. Per un approfondimento, cfr. Michel Rosenfeld, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, N. Haven and London, Yale Un. Press, 1991.

6. Nella causa in questione, la sig.ra Defrenne aveva chiesto al Tribunale del Lavoro di Bruxelles il risarcimento del danno da lei subito sotto tre aspetti essenziali: della retribuzione, della liquidazione e della pensione, per effetto della disparità di trattamento tra hostess di bordo e personale navigante maschile, che svolgeva lavoro identico. In *“Raccolta Giuridica”*, 1976.

7. Cfr. Massimo Roccella, Tiziano Treu, *op.cit.*, 1992 (grassetto dell'autrice).

La modifica dell'art. 119 nasce in sostanza come risposta istituzionale alla crescita della presenza femminile nel mondo del lavoro e ad una accresciuta consapevolezza del ruolo importante che l'integrazione della componente femminile ha nella strategia di coesione economica e sociale della CEE; le competenze specifiche delle donne sono ormai considerate indispensabili per lo sviluppo dell'Europa.

In questa ottica, l'intenzione degli Stati membri appare in tutta la sua chiarezza: dare all'art. 119 un'interpretazione più ampia significa, in primo luogo, estenderlo a tutti i tipi di discriminazioni nel rapporto di lavoro, non più limitatamente a quelle di natura salariale o di concezione meramente economica.

Grazie anche all'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, si arriva alla basilare considerazione che il principio di parità di retribuzione deve essere garantito rispetto a ciascun elemento della retribuzione, e non solo con riferimento ad una valutazione globale delle provvidenze spettanti al lavoratore⁸.

In altri termini, con il trattato di Maastricht vengono riconosciute per la prima volta e legittimate le cosiddette "azioni positive"⁹.

Elemento nodale e principale preoccupazione degli Stati membri è, nell'accordo di Maastricht, che le azioni positive non rimangano nell'ambito delle "buone intenzioni" prive di efficacia e perciò inattuabili, ma che si trasformino in strumenti operativi volti a superare le discriminazioni nel mondo del lavoro e ad implementare una politica europea per le pari opportunità¹⁰.

1.1.3. Il Trattato di Amsterdam e il principio di "mainstreaming"

Il trattato di Amsterdam viene siglato nell'ottobre 1997; il suo principale obiettivo è quello di proporre orientamenti comuni per le politiche nazionali dell'occupazione, il cui risultato atteso doveva essere la formulazione di raccomandazioni per gli Stati membri¹¹.

8. Cfr. Annamaria Fasano, Pietro Mancarelli, *op. cit.*, pp. 9-10.

9. Il termine "azioni positive" ha origine nell'ordinamento statunitense, dove una politica di *affirmative actions* si sviluppa a partire dagli anni '60, inizialmente a favore della popolazione afro-americana, in seguito a sostegno di etnie minoritarie e fasce deboli, quali le donne. Per ulteriori approfondimenti, cfr. Francis D. Weatherspoon, *Equal Employment Opportunities and Affirmative Actions: a sourcebook*, NY, 1985; Caplan Louis, *Up against the Law: Affirmative Action and the Supreme Court*, NY, 1997.

10. Carlo Curti Gialdino, *Il trattato di Maastricht sull'Unione Europea*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1993.

11. I governi europei avvertono l'esigenza di una profonda riforma dei sistemi occupazionali in Europa, onde garantire una maggiore crescita economica e sociale. L'obiettivo a lungo termine, esplicitato nel trattato di Amsterdam, è di raggiungere un tasso di occupazione pari al 70%, con la creazione di almeno 12 milioni di posti di lavoro. Cfr. Annamaria Fasano, Pietro Mancarelli, *op. cit.*, pp. 17-18.

Dal punto di vista della parità uomo-donna e di lotta alla discriminazione, vengono introdotti nel trattato importanti principi, che spostano decisamente l'approccio della parità dall'economico al politico-sociale; di particolare rilevanza sono i concetti di non discriminazione fra i sessi e di *mainstreaming*.

La Commissione mutua il principio di "mainstreaming", oltre che di "empowerment", dalla Quarta Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sulle donne di Pechino (4-15 settembre 1995); il concetto di "mainstreaming"¹² consiste nel prendere in considerazione sistematicamente le differenze tra le condizioni, le situazioni e le esigenze delle donne e degli uomini nell'insieme delle politiche e delle azioni comunitarie. Una politica di "mainstreaming" consiste in una valorizzazione politica delle tematiche di genere come prerequisito per la sicurezza politica, sociale, economica e culturale di un paese.

Dopo Pechino, la proposta politica non è più quindi solo la parità fra uomini e donne, ma piuttosto una rinegoziazione tra soggetti differenti per dare vita a modelli alternativi.

Il concetto di "mainstreaming", introdotto dal Quarto programma d'azione (1996-2000), come vedremo in seguito, rappresenta la novità assoluta dell'elaborazione comunitaria degli ultimi anni '90. L'applicazione di una politica di trasversalità per quanto riguarda le pari opportunità assume una crescente importanza, ma solleva anche alcune problematiche di non poco conto: l'introduzione del concetto di "mainstreaming" implica forse il superamento della politica di azioni positive?

Nonostante i due approcci siano complementari, e concepiti per essere utilizzati insieme, il dibattito non si è ancora assestato su una posizione condivisa¹³.

Il nuovo testo comunitario rafforza inoltre i poteri d'azione rispetto alla materia delle pari opportunità; la formulazione del nuovo art. 141 (ex 119) rappresenta una base giuridica essenziale per l'evoluzione della parità di trattamento tra uomini e donne.

Mentre infatti il Trattato di Roma aveva stabilito parità di retribuzione fra uomini e donne per uno stesso lavoro, l'art. 141 introduce il concetto di "retribuzione uguale per lavoro di uguale valore", base giuridica per una effettiva parità, che si espliciterà in seguito attraverso le misure comunitarie adottate in materia¹⁴.

Le quattro fondamentali linee d'azione per la riforma del sistema occupazionale, discusse ad Amsterdam, prevedevano un rafforzamento di:

- 1) imprenditorialità;
- 2) capacità di inserimento professionale;

12. "Mainstreaming" in italiano può essere tradotto come "collocare nella corrente principale", "mettersi nel centro" della donna, mentre "empowerment" significa "dare potere e autorità" alle donne, permettendo loro di raggiungere il potere decisionale.

13. Cfr. Annamaria Fasano, Pietro Mancarelli, *op. cit.*, p. 30.

14. Cfr. paragrafo successivo sulle direttive comunitarie

- 3) adattabilità;
- 4) pari opportunità.

Il quarto punto ribadisce e rafforza la legittimità delle azioni positive, che non rappresentano una violazione del principio di uguaglianza o del principio di libertà, ma sono piuttosto misure che servono a creare le migliori condizioni per le pari opportunità in ogni campo della vita, sociale, economica, politica, lavorativa.

Il Trattato di Amsterdam prevede espressamente che si debbano attuare misure specifiche a favore delle donne attraverso tre principali modalità di azione:

- affrontando il problema della discriminazione fra i sessi;
- agevolando la conciliazione fra vita professionale e vita familiare;
- facilitando il reinserimento nella vita attiva dopo un periodo di assenza¹⁵.

La riunione dei Quindici stati membri ad Amsterdam riesce a reinstaurare un'unità ed una coerenza nella politica sociale della Comunità, per una maggiore integrazione e operatività della politica comunitaria. Prova ne sono le modifiche apportate ad alcuni articoli del Trattato di Roma del 1957.

Il principio di parità di trattamento fra uomo e donna riceve, in questa ottica, una decisa valorizzazione all'interno del trattato; nella versione attuale gli artt. 2 e 3 assegnano espressamente alla Comunità il compito di promuovere la parità fra uomini e donne e di eliminare le ineguaglianze, mentre l'art. 13 consente al Consiglio di adottare i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni basate sul sesso¹⁶.

Al tempo stesso, l'eccezione al principio di pari trattamento ottiene una sanzione ufficiale nelle disposizione del Trattato CE: il nuovo art. 141 (ex art. 119), infatti, mentre stabilisce al comma 1 il principio della parità di retribuzione per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore, al comma 4 precisa che

“allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali”.

Nella Dichiarazione allegata al Trattato¹⁷, inoltre, si chiarisce che gli Stati membri, nell'adottare le misure di cui all'art. 141, c. 4, “dovrebbero mirare,

15. Di particolare rilevanza è il fatto che il Trattato specifica l'obbligo, per gli Stati membri, di presentare, a partire dal 1998, delle relazioni sull'attuazione degli obiettivi suddetti, evidenziando le prassi più efficaci e l'impatto sull'occupazione. La relazione deve essere presentata al Consiglio. Cfr. Annamaria Fasano, Pietro Mancarelli, *op. cit.*, pp. 20-22.

16. All'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo.

17. Dichiarazione n. 25 contenuta nell'Atto finale adottato nella Conferenza di Torino. Cfr. Gisella De Simone, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli ed., To, 2001.

anzitutto, a migliorare la situazione delle donne nella vita lavorativa”. Questa dichiarazione testimonia la volontà degli Stati membri di perseguire l’obiettivo dell’uguaglianza tra i sessi non solo tramite la parità dei punti di partenza, ma mirando a raggiungere la parità di risultati, mediante l’adozione di azioni positive che tendano a modificare la sottorappresentanza del sesso sfavorito¹⁸.

Il trattato di Amsterdam rappresenta un punto di arrivo importante per le politiche comunitarie, ed al contempo un punto di partenza fondamentale per la loro evoluzione, specialmente in materia di pari opportunità; nonostante le temporanee battute d’arresto e le involuzioni successive, ormai le principali linee programmatiche e d’intervento sono tracciate, e la loro evoluzione in seno al diritto comunitario appare certa¹⁹.

È proprio sotto la spinta del Trattato di Amsterdam, infatti, che la Commissione si impegna con il programma 1998-2000a favorire la parità, adottando iniziative specifiche per migliorare la condizione femminile.

Durante il Vertice europeo di Nizza del dicembre 2000, inoltre, viene redatta la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (Documento 2000/C 364/01), il primo testo comunitario, con le caratteristiche di ultima generazione, che contiene un’espressa dichiarazione di riconoscimento dei diritti fondamentali in ambito comunitario.

La Carta di Nizza è stata proclamata il 7 dicembre 2000 dai Presidenti di tre istituzioni dell’Unione, il Parlamento, il Consiglio e la Commissione, dopo essere stata predisposta da una Convenzione di 62 membri in rappresentanza dei Capi di Stato e di Governo degli Stati membri, della Commissione, del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali.

Di conseguenza, anche se la sua natura giuridica di “dichiarazione solenne” non le dona alcuna forza obbligatoria nei confronti degli Stati membri, le modalità della sua adozione, che hanno visto il coinvolgimento, accanto alle istituzioni europee, dei Capi di Stato e di Governo, accrescono il suo valore intrinseco, e la rendono ricca di implicazioni per l’ordinamento giuridico comunitario e nazionale.

Il testo risulta quindi importante da analizzare, perché non si limita ad una mera codificazione dei diritti già riconosciuti in ambito internazionale e costituzionale, bensì riconosce nuovi diritti, in sintonia con valori e sensibilità sociali più avanzate, cercando al tempo stesso di fronteggiare i pericoli che la pervasività delle nuove tecnologie può rappresentare per la tutela di alcuni diritti fondamentali.

Centrale appare la necessità di dare maggiore certezza giuridica ai diritti, per evitare che il loro riconoscimento non dipenda in maniera così evidente

18. Sul dibattito scaturito da questa interpretazione del principio di azioni positive, Cfr. *infra*.

19. Sui cambiamenti di tendenza scaturiti da alcune sentenze della Corte di Giustizia (in particolare, causa c 450/93, Kalanke contro Freie Hansestadt Bremen) e sul dibattito sulla legittimità del sistema delle “quote”, Cfr. *infra*.

dalla capacità o volontà della Corte di giustizia europea di interpretare il quadro normativo esistente.

Ma soprattutto, come sostiene Jesus Cruz-Villaron

«siamo avanti ad un testo che permette di rafforzare la posizione politica delle istituzioni comunitarie, giacché costituisce uno strumento efficace di sviluppo dell'articolo 6 del Trattato dell'Unione, che legittima e dà coerenza alla politica estera e di sicurezza comune della Comunità e costituisce un referente indispensabile nella fase di realizzazione dell'allargamento dell'Unione ai nuovi Stati membri»²⁰.

La Carta di Nizza non possiede un connotato esplicitamente rivoluzionario, piuttosto di carattere essenzialmente compilativo e codificatorio, come evidenziato nel preambolo stesso, che stabilisce che *“La presente Carta riafferma i diritti...”*; accanto però a diritti già codificati in altri strumenti convenzionali, in maniera particolare nella Convenzione europea sui Diritti Umani del 1950, vengono esplicitati diritti nuovi, la cui vincolatività dovrebbe derivare dalla modalità con cui la Carta è stata proclamata, e che stanno diventando materia di salvaguardia da parte della legislazione e della giurisprudenza europea.

Interessante risulta anche la tecnica redazionale della Carta, che non prevede più alcuna divisione in diritti civili, politici, sociali od economici, ma piuttosto raggruppa i diritti in base a sei principi fondamentali, eliminando in tal modo ogni forma gerarchica fra gli stessi, che si trovano tutti su un piano di parità nell'enunciazione e nella tutela.

I sei valori fondamentali, che stabiliscono anche il principio della indivisibilità dei diritti fondamentali, sono così suddivisi:

- artt. 1-5: DIGNITÀ;
- artt. 6-19: LIBERTÀ;
- artt. 20-26: UGUAGLIANZA;
- artt. 27-38: SOLIDARIETÀ;
- artt. 39-46: CITTADINANZA;
- artt. 47-50: GIUSTIZIA.

Gli articoli che si occupano in maniera specifica delle pari opportunità, oltre l'articolo 9, che sancisce il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, inserendosi nei principi di “libertà”, si collocano essenzialmente nei principi di “uguaglianza” e di “solidarietà”.

L'articolo 21, infatti, stabilisce il *“divieto di 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 ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali”*.

20. Jesus Cruz-Villalon, “Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario” in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, n. 99-100, anno XXV, 2003, 3-4, pp. 354-355.

Il successivo articolo 23 si occupa di parità tra uomini e donne, stabilendo che *“deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione. Il principio della parità non osta al mantenimento o all’adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato”*.

L’articolo 33 si concentra infine sulla tutela della vita familiare e professionale, e recita quanto segue: *“è garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale. Al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l’adozione di un figlio”*.

2. Gli atti comunitari in materia di pari opportunità

2.1. Le principali direttive sulla parità fra uomini e donne

Prima di passare all’analisi delle direttive europee in materia di pari opportunità, è necessario operare una distinzione fra atti comunitari che hanno valore di legge e devono essere applicati dai singoli Stati (di questa categoria fanno parte i regolamenti, le direttive e le decisioni del Consiglio) ed altri che hanno un alto valore politico ma non diventano vincolanti per gli Stati membri (le raccomandazioni, in primo luogo)²¹.

Inoltre, il Trattato di Maastricht introduce, attraverso il Protocollo aggiuntivo sul Dialogo Sociale (oggi integrato nel Trattato di Amsterdam), la possibilità per le parti sociali, sindacati ed imprenditori, di arrivare ad accordi su determinate materie.

Seguendo questa procedura, definita come “sussidiarietà orizzontale”, la dichiarata volontà delle parti di arrivare ad un accordo sospende l’iniziativa legislativa della Commissione; l’accordo raggiunto si trasforma automaticamente in direttiva o decisione comunitaria²².

Due esempi significativi di questo tipo di accordo sono la regolamentazione dei congedi parentali e del part-time.

La produzione normativa comunitaria, specialmente in materia di pari opportunità, si è espressa soprattutto con lo strumento delle direttive²³; le principali sono le seguenti:

21. Benedetto Conforti, *Diritto internazionale*, ed. scientifica, 1987, pp. 158-160.

22. La Commissione ha l’obbligo di consultare le parti sociali all’avvio di un’azione comunitaria, o sul contenuto della proposta stessa. La durata della consultazione non può essere superiore a nove mesi prorogabili, e la mancata consultazione costituisce violazione di forme essenziali. Cfr. Massimo Roccella, Tiziano Treu, *op. cit.*, p. 352.

23. Cenzo a parte merita l’art. 4 della Carta Sociale Europea, adottata a Torino nel 1961 e ratificata con legge 3/7/1965, n. 929, che legiferava in tema di parità retributiva tra lavoratori e la-

- Direttiva 75/117 CEE – Riavvicinamento delle legislazioni degli stati membri relative all'applicazione del principio di parità delle retribuzioni tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile.

Di particolare rilevanza è il fatto che venga introdotto il concetto di “uguale retribuzione per lavori di uguale valore”, che supera il riferimento, usato in precedenza, di “stesso lavoro”. Inoltre, viene definita l’adozione di criteri comuni fra lavoratori e lavoratrici nel sistema di classificazione²⁴.

- Direttiva 76/207 CEE – Attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l’accesso al lavoro, la formazione, la promozione professionale e le condizioni di lavoro.

Questa direttiva è di basilare importanza perché stabilisce, come condizione per attuare tale obiettivo, l’assenza di discriminazioni dirette e indirette, con particolare riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia²⁵.

- Direttiva 79/7 CEE – Graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale.

Questa direttiva stabilisce l’eliminazione delle discriminazioni per quanto riguarda i regimi legali relativi a malattia, invalidità, vecchiaia, infortuni sul lavoro, malattie professionali e disoccupazione.

- Direttiva 86/378 CEE – Attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne nel settore dei regimi professionali della sicurezza sociale.

La direttiva riprende le tematiche della precedente direttiva 79/7, estendendone i provvedimenti, per i medesimi rischi e categorie di beneficiari, ai regimi professionali di sicurezza sociale.

voratrici. Importante risulta anche la giurisprudenza della Corte di giustizia, su cui mi soffermerò in seguito. Cfr. Annamaria Fasano, Pietro Mancarelli, *op. cit.*, pp. 25-30.

24. Una sentenza importante per l’applicazione di questa direttiva risulta il caso Danfoss (C-109/88), che riguarda una controversia fra la Federazione degli impiegati di commercio e la Confederazione dei datori di lavoro, che agisce per conto dell’impresa Danfoss. La Federazione sostiene che la Danfoss attua una prassi salariale che comporta discriminazioni basate sul sesso, portando davanti al Tribunale arbitrale di categoria il caso di due impiegate, addette una al servizio di laboratorio e l’altra a quello di ricevimento e di spedizione in magazzino, che percepiscono una retribuzione media inferiore rispetto a quella di un lavoratore di sesso maschile. Secondo dati statistici forniti dalla Federazione, la retribuzione media di un lavoratore di sesso maschile è di 6,85% superiore a quella di una lavoratrice. La Danfoss sostiene di corrispondere la stessa retribuzione base a lavoratori inquadrati nello stesso livello retributivo, ma concede aumenti retributivi individuali a dipendenti in base alla loro flessibilità, formazione professionale e anzianità. La Corte stabilisce, ex direttiva 75/117, che, se un’impresa applica un sistema di retribuzione caratterizzato da mancanza di trasparenza, è il datore di lavoro che ha l’onere di dimostrare che la sua prassi non è discriminatoria, quando il lavoratore di sesso femminile ha dimostrato che, su un numero elevato di lavoratori, la retribuzione media dei lavoratori di sesso femminile è inferiore a quella per i lavoratori di sesso maschile. Cfr. C-109/88, in www.europa.eu.int.

25. Sull’importanza del concetto di discriminazione diretta ed indiretta, specialmente in materia di pari opportunità, torneremo in seguito. Per ulteriori approfondimenti, cfr. Marzia Barbera, *Uguaglianza e discriminazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè ed., 1991.

- Direttiva 86/613 CEE – Applicazione del principio delle parità fra gli uomini e le donne che esercitano un’attività economica, comprese quelle nel settore agricolo, nonché tutela della maternità.

La direttiva estende il campo di applicazione della legislazione comunitaria sulle pari opportunità a coloro che esercitano – anche in agricoltura – un’attività autonoma o la libera professione, e ai loro congiunti non salariati che partecipino abitualmente all’attività del lavoratore/trice. Sono previste inoltre disposizioni specifiche per le lavoratrici autonome in gravidanza e maternità.

- Direttiva 92/85 CEE – Miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento.

Viene previsto un congedo di maternità di almeno 14 settimane ininterrotte ripartite prima e/o dopo il parto; il mantenimento della retribuzione e/o il versamento di una indennità adeguata durante il periodo di congedo; il divieto di licenziamento dall’inizio della gravidanza sino al termine del congedo; la riorganizzazione temporanea delle condizioni e dei tempi di lavoro o l’esonero da esso se rischioso per la salute della donna²⁶.

- Direttiva 96/34 CE – Congedi parentali

Come già accennato in precedenza, si tratta del primo accordo sindacale europeo tra la Confederazione europea dei Sindacati (Ces), gli imprenditori privati (Unice) e gli imprenditori pubblici (Ceep).

La direttiva prevede un congedo parentale di almeno 3 mesi per figli fino a 8 anni di età; il congedo è un diritto individuale del genitore (madre o padre), quindi, in via di principio, non trasferibile.

- Direttiva 97/80 CE – Onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso.

La direttiva ha come obiettivo primario quello di garantire una maggiore efficacia dei provvedimenti degli Stati membri in applicazione del principio di parità di trattamento; chiunque si ritenga leso può adire per via giudiziaria, dopo l’eventuale ricorso ad altri organi competenti, per il riconoscimento dei propri diritti. Gli Stati membri devono adottare i provvedimenti necessari per far sì che spetti alla parte convenuta provare l’insussistenza della violazione del principio di parità di trattamento, e non più alla parte lesa²⁷.

26. La direttiva è stata recepita in Italia solo nella parte riguardante la salute, nel decreto legislativo 645/96: in esso vengono individuati ulteriori rischi e fattori di nocività ai quali è vietato esporre le donne nel periodo di gravidanza.

27. La direttiva definisce per la prima volta in modo chiaro il concetto di discriminazione indiretta, dando una definizione “forte” del concetto. Cfr. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali-Comitato nazionale Parità e Pari opportunità fra lavoratori e lavoratrici, *La nuova legge 125. Come è cambiata la legge 125/91. Azioni positive per la parità uomo-donna nel lavoro*, Roma, 2001, p. 49.

- Direttiva 97/81 CE – lavoro part time

Anche questa direttiva, come la 96/34, ha recepito l'accordo quadro fra le parti sociali Ces, Unice e Ceep. L'obiettivo è di facilitare il part-time su base volontaria, eliminando gli ostacoli al suo sviluppo, migliorandone la qualità e soprattutto evitando discriminazioni verso chi lavora a tempo parziale.

- Direttiva 2000/43 CE – principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente da razza e origine etnica

Questa direttiva assicura una protezione contro le discriminazioni di razza e di origine etnica, nel settore dell'occupazione e delle condizioni di lavoro.

L'importanza della direttiva risiede nel fatto che, per la prima volta, la tutela antidiscriminatoria comprende anche l'accesso a beni e servizi, la fornitura degli stessi, incluso l'alloggio, il rispetto della vita privata e familiare e delle transazioni operate in tale contesto.

- Direttiva 2000/78 CE – Quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro

La direttiva si lega strettamente alla precedente, e pone l'accento sulla proibizione di qualsiasi discriminazione, diretta o indiretta, basata su religione, convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali, con riferimento esclusivamente al settore dell'occupazione e delle condizioni di lavoro. La tutela non viene quindi ampliata all'accesso ed alla fornitura di beni e servizi.

- Direttiva 2002/73 CE, promossa dal Parlamento europeo e dal Consiglio.

Modifica la direttiva 76/207 CEE sull'attuazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, formazione, promozione professionale e condizioni di lavoro.

La direttiva stabilisce che gli Stati membri tengano conto dell'obiettivo della parità fra gli uomini e le donne nel formulare ed attuare leggi, regolamenti, atti amministrativi, politiche ed attività. Definisce inoltre nozioni importanti quali discriminazione diretta e indiretta, oltre che il concetto di molestie, e in maniera più specifica di molestie sessuali.

- Direttiva 2004/113/CE del Consiglio.

Attua il principio di parità di trattamento fra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, e stabilisce il divieto di applicare clausole discriminatorie nei contratti e nelle assicurazioni.

- Direttiva 2006/54/Ce del Parlamento e del Consiglio europeo

La direttiva in oggetto riguarda l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego; si tratta di una disciplina organica che regola la prevenzione, la sanzione e il risarcimento di discriminazioni e molestie in tutti gli aspetti inerenti l'accesso al lavoro, lo sviluppo professionale, la formazione, le condizioni di lavoro, la retribuzione e i regimi di sicurezza sociale. La direttiva deve essere recepita dagli Stati nazionali entro agosto 2008.

2.2. Altri atti comunitari in materia di pari opportunità

Oltre alle direttive, l'Unione europea ha emesso altri importanti atti (risoluzioni, raccomandazioni, codici di comportamento) in materia di pari opportunità e diritti delle donne; anche se questi atti non risultano vincolanti per gli Stati membri sul piano legislativo, sono estremamente utili nella definizione di orientamenti e di indirizzi da seguire²⁸.

I più importanti risultano essere i seguenti:

- **Raccomandazione della Commissione sulle azioni positive del 1984:** la raccomandazione prevede la promozione di interventi *ad hoc* a favore delle donne, per superare le forme di discriminazione in campo lavorativo e favorire un'uguaglianza di opportunità. Questa "filosofia" è stata recepita in Italia dalla legge 125/91 sulle pari opportunità²⁹;
- **Raccomandazione della Commissione sulle molestie sessuali sul lavoro del 1991,** affiancata da un codice di buona condotta. Il testo, che non ha valore vincolante, sollecita gli Stati membri ad adottare provvedimenti tesi ad eliminare atti di umiliazione e di intimidazione sessuale verso gli individui più bisognosi, come ad esempio le donne divorziate o separate, le giovani al primo impiego o con contratti precari, oppure categorie più indifese come gli handicappati, gli omosessuali o le minoranze etniche. Il codice fornisce ad imprenditori, sindacati e lavoratori gli orientamenti per prevenire le molestie sessuali e garantire l'attuazione di procedure, informali o legali, per risolvere il problema;
- **Raccomandazione del Consiglio sulla custodia dei bambini del 1992.** Il testo invita gli Stati ad adottare una serie di misure volte a creare strutture economicamente accessibili e di buona qualità per la custodia infantile, aumentare i congedi parentali e dividere più equamente all'interno di una coppia di genitori le responsabilità familiari relative a custodia ed educazione dei figli;
- **Memorandum della Commissione sulla parità di retribuzione per lavori di eguale valore del 1994.** Il testo chiarisce il significato del concetto di lavoro di pari valore; si tratta di una nuova base per la valutazione del lavoro, che confronta la natura delle mansioni svolte, l'impegno, l'abilità, la fatica e la responsabilità necessari allo svolgimento dell'opera. La natura del lavoro è essenziale per la valutazione, mentre è influente se il lavoratore svolge la sua opera a tempo pieno o a part-time.

28. Benedetto Conforti, *op. cit.*, pp. 160-165.

29. Per un'analisi dettagliata della normativa e dell'applicazione della legge 125/91, cfr. Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale – Comitato Nazionale Pari Opportunità, *Le opportunità crescono. La legge 125/91 due anni dopo*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1993.

Seguendo la logica sottesa a questa definizione, se un uomo ed una donna svolgono un lavoro altrettanto impegnativo, anche se il lavoro è diverso, devono ricevere la stessa retribuzione e gli stessi benefici, a meno che il differenziale non possa essere spiegato in termini non discriminatori. L'obiettivo del memorandum è di potenziare la politica esistente in materia di pari opportunità fra uomini e donne oltre a presentare alcune misure destinate alla realizzazione concreta dell'equa retribuzione;

- **Risoluzione del Consiglio sulle pari opportunità nell'ambito dei Fondi Strutturali del 1994 (confermata dal Regolamento n. 1260/99, "Disposizioni Generali sui Fondi Strutturali")**. Il Consiglio invita gli Stati membri a promuovere il principio di pari opportunità tra uomini e donne sul mercato del lavoro nelle azioni cofinanziate dal Fondo sociale europeo, in particolar modo in quelle mirate a migliorare la posizione delle donne sul mercato del lavoro e facilitarne nei settori di attività economica;
- **Risoluzione del Consiglio sulle pari opportunità nella strategia di crescita economica del 1994**. Il Consiglio ribadisce l'importanza di realizzare gli obiettivi per facilitare e migliorare la partecipazione delle donne alla strategia di crescita economica volta all'aumento dell'occupazione in seno all'Unione; riferimento particolare è posto nell'elaborazione del Quarto Programma d'azione per le pari opportunità;
- **Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione del principio di mainstreaming del 1996**; il concetto di "mainstreaming", introdotto dal Quarto programma d'azione (1996-2000), come vedremo in seguito, rappresenta la novità assoluta dell'elaborazione comunitaria degli ultimi anni '90. L'applicazione di una politica di trasversalità per quanto riguarda le pari opportunità assume una crescente importanza, ma solleva anche alcune problematiche di non poco conto;
- **Codice di condotta per l'applicazione della parità retributiva tra uomini e donne per lavori di pari valore del 1996**. Il codice si rivolge in particolare a imprese e partners sociali, e propone alle parti l'adozione, su base volontaria, di interventi di monitoraggio delle retribuzioni per identificare le cause delle discriminazioni salariali e piani di azione per rimuoverle;
- **Relazione della Commissione sulla situazione della salute della donna del 1997**; la relazione fornisce una serie di dati e si pone l'obiettivo di evidenziare la necessità di analisi e interventi sulla salute della donna nelle varie fasi della vita;
- **Rapporto della Commissione sull'applicazione della raccomandazione del 1992 relativa alla custodia dei bambini (1998)** ; il rapporto riafferma il ruolo essenziale delle disposizioni in materia di servizi all'infanzia miranti a conciliare vita lavorativa e familiare nell'Unione europea. La relazione nasce da un'indagine della Commissione nei Paesi Ue che ha rilevato le misure esistenti, suddividendole in quattro grandi categorie: qualità dei

- servizi, congedi parentali, misure riguardanti il lavoro, condivisione delle responsabilità;
- **Comunicazione della Commissione Europea del novembre 2007:** la comunicazione è importante perché presenta l'**accordo quadro fra le parti sociali europee sulle molestie e la violenza sul luogo di lavoro;**
 - **Decisione della Commissione Europea 2008/590/CE:** istituisce un Comitato consultivo per le pari opportunità tra donne e uomini.

2.3. Ruolo del Parlamento europeo

Nell'ambito delle politiche delle pari opportunità, il Parlamento europeo assume un ruolo di grande rilevanza, soprattutto dopo l'istituzione, nel luglio del 1984, della **Commissione per i diritti della donna**. Le principali competenze della Commissione riguardano la definizione e lo sviluppo dei diritti delle donne nell'Ue, l'applicazione delle direttive sulle pari opportunità, la politica sociale e occupazionale, la disoccupazione femminile, il ruolo delle donne nella famiglia, la situazione ed i problemi delle donne migranti.

Le proposte del Parlamento europeo hanno inoltre dato un contributo notevole nel definire la posizione dell'Ue nel corso della **Quarta Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sulle donne** (Pechino, 4-15 settembre 1995); in quella importante occasione, il Consiglio, la Commissione e il Parlamento hanno adottato un accordo unanime in merito alla piattaforma d'azione da attuare.

La piattaforma di Pechino stabilisce delle linee guida internazionali sulla promozione della partecipazione non discriminatoria di tutti gli individui nella società, sulla lotta alle molestie ed allo sfruttamento sessuale delle donne, oltre che per una maggiore partecipazione delle donne ai processi decisionali in tutti gli organi pubblici e politici³⁰.

L'attività del Parlamento in materia di pari opportunità si è intensificata negli anni successivi, stimolando un'evoluzione nelle politiche e nelle priorità europee rispetto al raggiungimento di una reale parità fra uomini e donne.

Nel febbraio 1996 il Parlamento europeo ha approvato una risoluzione relativa a un **Memorandum sulla parità di retribuzione per lavoro di uguale valore**; in essa si riconosce che le differenze retributive fra uomini e donne per un lavoro di uguale valore sono dei fattori di discriminazione sul mercato del lavoro³¹.

30. A Pechino viene affermato che occorre: *“far sì che le donne del mondo intero abbiano il diritto di decidere, come persone libere e responsabili, il numero di figli desiderati, l'intervallo fra due nascite, il momento della gravidanza, e che esse dispongano in proposito delle informazioni e dei mezzi necessari”*.

31. Altri esempi di differenze sono stati individuati nella struttura dei mercati locali di lavoro, nelle tabelle salariali o nella mancanza di strutture che consentano di conciliare gli impegni familiari e la carriera professionale.

Di particolare rilevanza è, inoltre, l'attività di indirizzo del Parlamento europeo nella fase preparatoria del Trattato di Amsterdam; durante la **Conferenza intergovernativa** di preparazione, sia la Commissione che il Parlamento hanno posto l'accento sulla necessità che un testo di base sintetizzasse i diritti e gli obblighi dei cittadini, con un particolare riferimento alla parità di opportunità.

La **Risoluzione 17 maggio 1995** procede in questa direzione, proponendo un'evoluzione dei diritti legati alla cittadinanza europea mediante l'introduzione, nel capitolo corrispondente del trattato CE, del principio di parità di trattamento indipendentemente dalla razza, dal sesso, dall'età, da un handicap o dalla confessione religiosa.

Il Parlamento, in questa occasione, si è spinto anche oltre, proponendo che le disposizioni del trattato in materia di parità di diritti non siano applicate esclusivamente nel settore economico, e che includano anche i diritti relativi alla parità di uomini e donne e i diritti transnazionali delle organizzazioni nell'ambito delle contrattazioni collettive e delle vertenze sindacali.

Proseguendo la sua importante attività di indirizzo, nel 1997 il Parlamento ha richiamato l'attenzione su diverse forme di discriminazione e violenza a danno delle donne, ostacolo importante alla realizzazione di un'autentica parità di opportunità, e ha adottato risoluzioni sul trattamento della donna nella pubblicità e sulla necessità di una campagna europea di "tolleranza zero" nei confronti della violenza contro le donne³².

Inoltre, il Parlamento ha chiesto alla Commissione ed al Consiglio che il 1999 fosse proclamato "**Anno europeo di lotta contro la violenza nei confronti delle donne**"; nel corso di questo importante periodo, il Parlamento ha approvato il programma d'azione 1996-2000 sulla parità di opportunità fra uomini e donne, il programma "*Daphne*" sulle misure per combattere la violenza nei confronti di bambini, giovani e donne, il programma di accesso all'occupazione, alla formazione professionale e alla promozione e alle condizioni di lavoro.

Nel contesto della riforma dei fondi strutturali, il Parlamento ha emanato, il 12 luglio 1999, il **Regolamento n. 1784/99/CE**, relativo al **Fondo Sociale Europeo**.

Il compito del Fondo Sociale Europeo è di sostenere le misure volte a prevenire e combattere la disoccupazione, sviluppare risorse umane, favorire l'integrazione e il mercato del lavoro, al fine di promuovere un livello elevato di occupazione, la parità tra donne e uomini, lo sviluppo durevole e la coesione economica e sociale³³.

32. Nel dicembre del 1997, il Parlamento europeo ha approvato una risoluzione sulla tratta delle donne a scopo di sfruttamento sessuale.

33. Per il FSE la promozione delle pari opportunità assume il significato di assicurare a tutti, soprattutto agli emarginati, l'accesso al mondo del lavoro. Cfr. Annamaria Fasano, Pietro Mancarelli, *op. cit.*, pp. 35-38.

Il Parlamento ha verificato l'impatto della Conferenza di Pechino ed ha seguito a Conferenza del giugno 2000 (Pechino+5) sull'attuazione della piattaforma d'azione e sul raggiungimento degli obiettivi fissati.

Nell'aprile del 2004, un Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio si è occupato di un ulteriore aspetto basilare della tutela delle pari opportunità, la **“Promozione della parità tra i sessi nella cooperazione allo sviluppo”**.

Con il **Regolamento n. 1922 del 2006** il Parlamento ed il Consiglio europeo hanno creato l'**Istituto Europeo per l'uguaglianza di Genere**; l'Istituto, con sede a Vilnius in Lituania, è operativo dal 2008, con il compito di istituire e coordinare una rete europea di scambio di informazioni e di sensibilizzare i cittadini, oltre che di diffondere buone prassi, fornire consulenze ad enti pubblici e privati e raccomandazioni alle istituzioni europee.

Si tratta di un centro di eccellenza mondiale, autonomo nell'adempimento delle sue funzioni e dotato delle competenze necessarie per fungere da sostegno tecnico alle istituzioni comunitarie ed agli Stati membri nella politica antidiscriminatoria.

Infine, con la **Decisione n. 771/2006/CE “Verso una società giusta”**, del Parlamento europeo e del Consiglio, viene proclamato il **2007** come l'**Anno Europeo delle Pari Opportunità per Tutti/e**. L'intento è di sensibilizzare la società sulle discriminazioni e sul valore positivo delle diversità; le tematiche di genere e di rispetto delle pari opportunità vengono inserite in un quadro più ampio di tutela e riconoscimento delle differenze, anche in conseguenza dell'ampliamento dei motivi di tutela antidiscriminatoria in seguito all'emanazione delle direttive europee del 2000, in un'ottica di destrutturazione e superamento dei principali stereotipi di genere e di sensibilizzazione agli Stati membri sull'impegno che ancora deve essere speso a tutti i livelli per il raggiungimento di una vera parità.

2.4. Programmi d'azione comunitaria

Oltre che con atti legislativi, l'Unione europea interviene sulle pari opportunità con specifici programmi d'azione. Più specificatamente, la Commissione stila i programmi d'azione comunitaria³⁴, con l'intento di rendere concrete e fattibili le disposizioni comunitarie disposte per legge.

Un programma d'azione è un insieme di obiettivi programmatici che rappresentano i punti di riferimento di quanto disposto dai vari interventi di natu-

34. Come si legge nel testo del Terzo programma d'azione: *“considerando tuttavia che l'applicazione delle leggi non può da sola bastare a promuovere nei fatti la parità delle opportunità, la Commissione si è sforzata nel corso dei primi due programmi d'azione, di promuovere azioni concrete intese a migliorare in pratica, la situazione delle donne, in particolare nel campo dell'occupazione”*. Cfr. Terzo programma d'azione comunitario.

ra normativa, adottati o da adottare dagli organi e dagli Stati membri della Comunità europea, in un quadro di azioni positive, tendenti alla progressiva realizzazione delle pari opportunità fra uomini e donne³⁵.

Accanto ai programmi d'azione comunitari, va aggiunto un programma d'azione a livello mondiale, a cura delle Nazioni Unite (con durata fino al 2000), chiamato "Nairobi Forward looking Strategies for the Advancement of Women", oltre all'istituzione di specifici organismi statali a tutela delle pari opportunità in molti dei Paesi membri.

Nel 1982 nasce dunque il **Primo Programma d'Azione (1982-1985)**, con l'obiettivo principale di consolidare i diritti delle donne in materia di occupazione, parità salariale e di promuovere concretamente la parità attraverso azioni positive.

Il testo viene redatto previa consultazione delle parti sociali e dei Comitati dei vari Stati membri; il programma prevede di completare la parità di trattamento mediante il rafforzamento di diritti individuali e di attuare in concreto la parità delle possibilità, mediante azioni positive³⁶.

Le principali azioni del primo programma possono essere così schematizzate:

1. consolidamento e controllo dell'applicazione delle direttive;
2. ricorsi in materia di parità di trattamento;
3. revisione delle legislazioni protettive nazionali e comunitarie;
4. parità di trattamento in materia di sicurezza sociale³⁷;
5. applicazione del principio della parità di trattamento alle lavoratrici autonome ed agricoltrici;
6. regime fiscale e lavoro delle donne;
7. congedi parentali e per motivi familiari;
8. tutela della gravidanza e della maternità;
9. sviluppo delle azioni positive;
10. inserimento nella vita attiva;
11. scelte professionali;
12. soppressione della segregazione in materia di lavoro;
13. analisi delle tendenze in materia di lavoro delle donne;
14. applicazione del principio della parità di trattamento alle donne immigrate;
15. ripartizione delle responsabilità professionali, familiari e sociali;
16. evoluzione delle mentalità.

35. Il compito di redigere i programmi d'azione spetta alla Commissione che, di concerto con gli altri organi comunitari e con i Comitati di lavoro sorti in seno ai singoli Stati membri, sviluppa gli obiettivi da realizzare nei programmi. Cfr. Annamaria Fasano, Pietro Mancarelli, *op. cit.*, pp. 40-42.

36. Cfr. Annamaria Fasano, Pietro Mancarelli, *op. cit.*, p. 43.

37. Proprio in relazione a questo punto fu emanata la direttiva del Consiglio n. 86/378, del luglio 1986 relativa all'attuazione del principio di parità di trattamento tra le donne e gli uomini del settore dei regimi professionali di sicurezza sociale. Cfr. prima.

Gli interventi più significativi sviluppatosi durante il primo programma si concentrano nella ricognizione dei vari fenomeni di “discriminazione indiretta”, nell’inversione dell’onere della prova, nella promozione a livello nazionale di leggi-quadro per lo sviluppo di azioni positive, oltre che la sensibilizzazione dell’opinione pubblica sul ruolo della donna nella società.

Il **Secondo Programma d’Azione a medio termine (1986-1990)** pone l’accento su istruzione, formazione, nuove tecnologie, oltre che sulla ripartizione delle responsabilità familiari e professionali.

Vengono previste sette azioni-quadro:

1. migliore applicazione delle misure esistenti;
2. istruzioni e formazione;
3. occupazione;
4. nuove tecnologie;
5. protezione e sicurezza sociale;
6. ripartizione delle responsabilità familiari e professionali;
7. sensibilizzazione ed evoluzione delle mentalità.

Queste azioni si inquadrano perfettamente nel processo comunitario in corso, che sfocerà negli anni seguenti nel testo del Trattato di Maastricht.

Esse prevedono un continuo scambio di contatti e di informazioni tra le parti sociali; il dialogo allargato con le parti sociali doveva essere alla base dei programmi d’intervento, al fine di coinvolgere un numero maggiore di soggetti.

Il **Terzo Programma d’Azione (1991-1995)** si realizza in un contesto socio-economico di importanza fondamentale per lo sviluppo della comunità europea: la realizzazione del mercato unico europeo. Ciò comporta uno sforzo notevole da parte di imprenditori e lavoratori, per l’adattamento alla nuova realtà *in primis*, e il miglioramento della competitività, *in secundis*.

Gli obiettivi principali riguardano la promozione delle pari opportunità nel campo dell’occupazione e della formazione, in particolar modo attraverso l’iniziativa **Now (New Opportunities for Women)**, che si situa nel contesto del Libro Bianco su “Crescita, competitività ed occupazione” e di quello sulle Politiche Sociali, integrandosi al tempo stesso con gli obiettivi dei Fondi strutturali che mirano a ridurre il *gap* socioeconomico fra le diverse regioni comunitarie³⁸.

38. L’iniziativa Now intende contribuire alla riduzione della disoccupazione femminile ed alla crescita della presenza delle donne nel mercato del lavoro; questi obiettivi sono raggiunti mediante il finanziamento di progetti a sostegno delle pari opportunità nel mercato del lavoro, volti al miglioramento dei sistemi di orientamento, collocamento e formazione, a formazione ed orientamento, alla creazione di posti di lavoro e imprese, alla diffusione di informazione e azioni di sensibilizzazione.

I soggetti destinatari dei progetti sono donne occupate, a rischio occupazionale, donne disoccupate, donne immigrate, formatori, responsabili delle risorse umane, agenti di sviluppo, consigliere di parità, sindacalisti/e, amministratori/trici pubblici; l’accesso ai finanziamenti Now

Da rilevare sono i principi di complementarità e di sussidiarietà, che sviluppino una strategia basata su un rafforzamento della cooperazione tra tutti coloro il cui impegno è necessario per la realizzazione del programma, comprese le organizzazioni regionali e locali interessate³⁹.

Le misure di attuazione principali del terzo programma sono le seguenti:

- a) cura e sviluppo ulteriore delle disposizioni normative riguardanti a materia della parità di opportunità tra uomini e donne. In questo ambito, la concentrazione è essenzialmente sul miglioramento e l'efficacia dell'attuale legislazione ed evoluzione giurisprudenziale, in cui i principi di "discriminazione indiretta" e "pari retribuzione per lavoro di pari valore" diventano centrali;
- b) misure ed iniziative per l'integrazione delle donne nel mercato del lavoro. In questo campo, per incoraggiare lo sviluppo di azioni positive, la Commissione ha posto in essere una serie di reti, fra cui la più significativa appare il programma **Now**, di cui abbiamo parlato in precedenza;
- c) miglioramento della condizione generale della donna nella società, non solo nell'ambito lavorativo, ma necessariamente riguardo a tutte le attività sociali in cui la donna si trova coinvolta. L'obiettivo della misura è la piena integrazione a livello sociale della donna e la creazione di medesime opportunità nel campo del lavoro, due aspetti complementari per la piena realizzazione femminile.

I principi ispiratori del terzo programma sono quindi la realizzazione di azioni concrete, l'inserimento delle donne nell'industria dei media e lo sviluppo di programmi d'azione e di ricerca.

Il **Quarto Programma d'Azione (1996-2000)** ha come obiettivo principale di integrare la dimensione delle pari opportunità ai vari livelli (europeo, nazionale, regionale e locale) in tutte le politiche, azioni e programmi di finanziamento alla comunità. Si tratta, in altri termini, di mettere in atto il principio del *mainstreaming*.

Il quarto programma rappresenta la logica continuazione dei tre precedenti per quanto concerne lo sviluppo delle misure necessarie al fine di consentire agli uomini e alle donne di conciliare al meglio i loro obblighi professionali e familiari⁴⁰.

Gli obiettivi di carattere generale del Quarto programma sono:

- a) *in relazione ad azioni nella politica sociale:*
 - acquisizione di poteri e responsabilità (*empowerment*),
 - integrazione del punto di vista di genere nelle politiche governative (*mainstreaming*),

è riservato a istituzioni pubbliche, centri di formazione, imprese, sindacati, associazioni e Ong, università e centri di ricerca.

39. Cfr. testo del Terzo programma d'azione.

40. Cfr. Annamaria Fasano, Pietro Mancarelli, *op. cit.*, pp. 45-48.

- analisi dei dati e valutazione d'impatto,
 - formazione a una cultura della differenza di genere⁴¹,
 - prevenzione e tutela della salute,
 - prevenzione e repressione della violenza,
 - cooperazione e relazioni internazionali;
- b) *in relazione alla politica del lavoro:*
- politiche di sviluppo e di promozione dell'occupazione,
 - valorizzazione della professionalità e della imprenditorialità femminile,
 - politiche dei tempi, degli orari e dell'organizzazione del lavoro.

I punti di forza del quarto programma risultano essere, quindi, le politiche di empowerment e di mainstreaming; dal punto di vista della politica del lavoro, invece, l'attenzione è stata rivolta alla realizzazione di politiche di tempi e dei cicli di vita che consentano ad uomini e donne di svolgere, in fasi diverse, impegni di lavoro, di formazione culturale e professionale⁴².

Il **Quinto Programma d'Azione (2001-2005)** pone al centro dei suoi obiettivi la considerazione che la parità fra i sessi deve essere integrata in tutte le politiche che esercitano un impatto diretto o indiretto sulla vita di uomini e donne.

La strategia quadro si fonda su un duplice approccio: rendere operativo e consolidare l'approccio di integrazione delle politiche comunitarie adottato con la Comunicazione 21 febbraio 1996 n. 67 e stimolare azioni specifiche a favore delle donne, al fine di eliminare il persistere di determinate disparità. Il programma quadro interviene in ambito economico, sociale, civile e culturale con strategie e azioni precise al fine di consolidare e rendere effettivamente operativo nel quinquennio 2000-2005 l'approccio già adottato dalla Commissione nel 1996.

Il Quinto programma d'azione si sviluppa su una linea di continuità con la piattaforma d'azione adottata dalla quarta conferenza dell'ONU sulle donne (Pechino 1995) e con le disposizioni in materia di pari opportunità stabilite dal trattato di Amsterdam. Fonda inoltre le sue radici nella relazione della Commissione sull'attuazione della raccomandazione del Consiglio sulla partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini ai processi decisionali.

Nel 2006, contestualmente con la sua Relazione annuale, la Commissione europea pubblica la "Tabella di marcia della Commissione europea per la parità fra donne e uomini 2006-2010", con lo scopo di favorire il miglioramento della governance sulla parità fra i generi, oltre che di individuare le ragioni

41. Questo obiettivo è una novità assoluta nella politica comunitaria, che si sostanzia nel recepimento del concetto di differenza fra uomo e donna, considerando entrambi su piani diversi, date le loro naturali e reciproche differenze. Cfr. Quarto programma d'azione comunitaria.

42. Si mira ad adottare politiche di orari di lavoro flessibili, con possibilità anche di forme di orario ridotto reversibili; la legislazione si è occupata anche di congedi parentali e di una nuova regolazione del lavoro notturno. Cfr. Annamaria Fasano, Pietro Mancarelli, *op. cit.*, p. 48.

specifiche della disparità fra uomini e donne, quali per esempio l'assenza di conciliazione fra vita lavorativa e servizi di cura, la persistenza di stereotipi di genere, latenti o manifesti, e la mancata condivisione delle responsabilità familiari e degli obblighi domestici.

La Road Map, o Tabella di marcia, individua sei settori di intervento prioritari per le politiche di pari opportunità, da mettere in atto nel periodo 2006-2010:

- 1) **realizzare un'uguale indipendenza economica tra uomini e donne**, attraverso il raggiungimento dell'obiettivo di occupazione femminile stabilito dal Consiglio Europeo di Lisbona nel 2000 (60% entro 2010), la riduzione dei differenziali retributivi e della segregazione professionale orizzontale e verticale, l'accesso delle lavoratrici e delle imprenditrici a finanziamenti e formazione, una tutela previdenziale e sanitaria adeguata;
- 2) **migliorare la conciliazione tra vita lavorativa e privata**, attraverso condizioni e orari di lavoro più flessibili, migliori servizi di cura, maggiore condivisione degli oneri familiari;
- 3) **promuovere la pari partecipazione di donne e uomini ai processi decisionali e nelle funzioni dirigenziali**, specialmente negli apparati pubblici e nella ricerca;
- 4) **combattere la violenza basata sul genere e la tratta di esseri umani**;
- 5) **eliminare gli stereotipi di genere** presenti nella società, a partire dall'educazione e dalla cultura;
- 6) **promuovere l'uguaglianza di genere al di fuori dell'Unione europea**, attraverso accordi di cooperazione e con la richiesta ai paesi terzi di attuare i principi di pari opportunità e lotta alla discriminazione riconosciuti dagli organismi internazionali.

Gli interventi previsti all'interno della Road Map coincidono con il nuovo ciclo finanziario dell'Unione europea, che inizia nel 2007 e che rappresenta una tappa importante, essendo il primo ciclo finanziario dopo l'allargamento dell'Unione stessa, che è passata da 15 a 27 Stati membri.

I nuovi Fondi strutturali per il periodo 2007-2013 evidenziano e sviluppano il principio di *mainstreaming* in tutte le fasi di programmazione, attuazione e valutazione delle attività, confermando in tal modo il ruolo centrale che tale strumento di pari opportunità sta assumendo a livello europeo.

È stato inoltre adottato un nuovo programma comunitario per l'occupazione e la solidarietà sociale, **Progress**, finalizzato a sostenere finanziariamente la realizzazione degli obiettivi dell'Unione europea nel settore dell'occupazione e degli affari sociali, contribuendo, da un lato, ad una efficace applicazione del principio di parità fra uomini e donne, e realizzando, dall'altro, una migliore integrazione della dimensione di genere nelle politiche dell'Unione.

La predisposizione di queste e di ulteriori misure e programmi operativi dimostrano in maniera evidente l'importanza basilare che le politiche di pari op-

portunità e di lotta alla discriminazione continuano a rivestire per la politica sociale europea, complemento inscindibile della sua politica economica e di sviluppo.

3. Gli strumenti operativi di pari opportunità

3.1. Le azioni positive nel diritto comunitario

Dopo aver esposto i vari dispositivi messi in atto dall'Unione europea per sviluppare le pari opportunità fra uomini e donne nel mondo del lavoro e nella società, occorre soffermarci sulle problematiche legate all'applicazione di tali politiche, ai significati ed alle possibili interpretazioni assegnate a termini quali "azioni positive", "quote" o "discriminazione diretta ed indiretta", pilastri operativi di basilare importanza per una effettiva attuazione di una politica di parità.

Per analizzare le opinioni giurisprudenziali legate alla correttezza di una strategia di azioni positive, all'individuazione degli obiettivi legittimi di tali azioni, al problema delle quote, ed al rapporto fra azioni positive e tutela dei diritti fondamentali, ci appoggeremo su alcune importanti sentenze della Corte di Giustizia europea, il cui ruolo nell'evoluzione o nell'arretramento di politiche legate alla parità fra uomini e donne nel mondo del lavoro risulta centrale.

Prima di analizzare la sentenza Kalanke del 1993, occorre fare un passo indietro, ricordando la direttiva 76/207 sulla parità di trattamento fra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso nel mondo del lavoro⁴³.

La direttiva precisa, all'art. 2, che il principio di parità di trattamento "*implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia*".

Il diritto comunitario vieta, quindi, la legittimità di trattamenti diversificati per accesso al lavoro fondati sulla differenza di sesso.

Al comma 4 dello stesso articolo, però, la direttiva permette agli Stati di adottare "*misure volte a promuovere la parità delle opportunità per gli uomini e le donne, in particolare ponendo rimedio alle disparità di fatto che pregiudicano le opportunità delle donne*".

Quindi, se da un lato il diritto comunitario fissa il principio generale di parità di trattamento per l'accesso al lavoro, in applicazione di un principio di eguaglianza formale, dall'altro prevede eccezioni alla regola che consentano il perseguimento di quell'obiettivo. Infatti, legittimando l'adozione da parte degli Stati di misure discriminatorie nei confronti dei candidati di sesso maschile, ma funzionali a ristabilire una situazione di pari opportunità a favore delle

43. Per l'analisi ed i riferimenti alla direttiva, cfr. sopra.

donne, applica un principio di eguaglianza sostanziale che consente al legislatore di assicurare a tutti gli individui un “*equal treatment*”⁴⁴.

Il punto centrale diventa quindi quello di definire i confini di possibile applicazione dell’eccezione rispetto alla regola generale, ovvero la compatibilità delle azioni positive nazionali con il principio comunitario di parità di trattamento tra uomo e donna nel lavoro. In questo ambito, il ruolo della Corte di Giustizia europea diventa centrale, come vedremo nelle sentenze analizzate di seguito.

4. Il ruolo della Corte di Giustizia europea

4.1. Sentenza Kalanke causa C-450/93

La sentenza Kalanke riguarda la sottorappresentazione delle donne nel mercato del lavoro.

La causa C-450/93 vede opposti Eckhard Kalanke e Freie Hansestadt Bremen, sostenuta dalla signora Heike Glissmann. Il signor Kalanke e la signora Glissmann si erano candidati per un posto di capo dipartimento-giardini del Comune di Brema. Entrambi erano qualificati sia per titoli, esami ed esperienza. Si rilevava però una sottile differenza rispetto all’anzianità di esperienza a favore del signor Kalanke.

Secondo l’art. 4 della legge del 20 novembre 1990 del Land di Brema sulla parità fra donne e uomini, a parità di qualifica dei candidati di sesso diverso si sarebbe dovuto dare la preferenza alla candidata donna, nel caso in cui vi fosse una situazione di sottorappresentazione; vale a dire nel caso in cui in quel settore la percentuale di donne non superasse il 50% dei dipendenti⁴⁵.

44. Maria Benedetta Bastioni, “Parità di trattamento tra uomo e donna e azioni positive nel diritto comunitario: l’eccezione stenta a diventare regola”, in *Giornale di Diritto amministrativo*, n. 8/2000, pp. 805-806.

45. Nel regolare in questo modo l’azione positiva, il Comune di Brema si era richiamato all’esperienza statunitense, e più in particolare aveva fatto riferimento al caso Johnson del 1987, l’unica sentenza della Corte Suprema degli USA che si sia occupata di azioni positive in favore delle donne. L’azione positiva in questione riguardava un piano adottato da un’impresa pubblica, piano che prevedeva la priorità nelle promozioni alle donne in ambiti professionali da cui tradizionalmente erano state escluse. Nella fattispecie, l’impresa aveva promosso la signora Joyce anziché il signor Johnson in ottemperanza a questa azione positiva, benché la signora Joyce fosse meno qualificata del signor Johnson. La Corte Suprema giudicò legittima questa azione positiva, perché serviva a realizzare una equa rappresentanza delle donne e rimuoveva gli effetti di una precedente discriminazione sociale e culturale. Inoltre, il ricorrere ad un trattamento preferenziale è ritenuto legittimo dalla Corte se questo è coerente con la realizzazione dell’obiettivo. Da notare che nel caso Kalanke sparisce anche la disparità di qualificazione fra i due lavoratori. In Ballestrero Maria Vittoria, “Azioni positive. Punto e a capo”, in *Lavoro e Diritto*, a. X, n. 1, inverno 1996.

In base a questo articolo il Comune di Brema decise di assegnare il posto alla signora Glissmann.

Il signor Kalanke oppose ricorso, sostenendo di possedere una qualificazione superiore a quella della signora Glissmann. Al secondo ricorso il giudice nazionale, pur ritenendo il regime di quote compatibile con la legislazione tedesca, avanzava dubbi nel concedere sempre al sesso femminile la precedenza su quello maschile, poiché in questo modo si sarebbe operata una discriminazione.

Così recita la sentenza:

“...una norma nazionale che preveda, in caso di promozione, di accordare automaticamente alle donne aventi una qualificazione pari a quella dei loro concorrenti di sesso maschile la preferenza nei settori in cui esse sono sottorappresentate comporta una discriminazione fondata sul sesso. Una normativa nazionale che assicura una preferenza assoluta ed incondizionata alle donne in caso di nomina o promozione va oltre la promozione delle parità di opportunità ed eccede i limiti della deroga prevista dall’art. 2, n. 4, della direttiva. Si deve inoltre aggiungere che siffatto sistema, poiché mira a far sì che le donne siano rappresentate in pari misura rispetto agli uomini in tutte le categorie retributive e in tutti i livelli di un servizio, sostituisce all’obiettivo della promozione della parità delle opportunità, di cui all’art. 2, n. 4, un risultato al quale si potrebbe pervenire solo mediante l’attuazione di tale obiettivo”.

I dubbi del giudice nazionale furono avallati dalla Corte di Giustizia europea che, pur riconoscendo una preferenza alla candidata donna in caso di sottorappresentazione, affermò il sussistere di una discriminazione ogni volta che si crei uno squilibrio fra i generi.

La sentenza non forniva altri elementi per districarsi nell’eventuale scelta dei candidati⁴⁶. Questa assenza di motivazione, che rese la sentenza molto stringata ed apparentemente efficace, venne criticata da molti giuslavoristi, perché creava un’assenza di indirizzo in questioni nuove e di grande importanza e complessità, come era la questione delle quote⁴⁷ sollevata dal caso Kalanke.

4.2. Il dibattito sulla sentenza Kalanke: il problema delle quote

Le scarse motivazioni di questa sentenza furono alla base di numerose discussioni in Europa, a causa delle perplessità sorte in relazione alla legittimità

46. Per leggere i punti della sentenza, cfr. Corte di Giustizia 17/10/1995, causa C-450/93, Kalanke c/o Freie Hansestadt Bremen.

47. Nell’analisi che segue non verrà preso in considerazione il principio delle quote rispetto alla rappresentanza politica, ma solo nell’ambito dell’accesso al lavoro. Le problematiche sul binomio fra eguaglianza e rappresentanza, ed il dibattito, tuttora in corso, se la rappresentanza politica si può definire “neutra” o meno, sono analizzate in maniera esaustiva nel testo a cura di Bianca Beccalli, *Donne in quota*, Feltrinelli, 1999.

di alcune forme di azioni positive, posizioni che contrastavano con lo stesso orientamento della Commissione in relazione al concetto di azione positiva.

La Commissione aveva sviluppato un concetto “tripartito” di azione positiva: un primo tipo comprendeva le misure volte a modificare situazioni di svantaggio delle donne nel mercato del lavoro, attraverso orientamento e formazione professionale, un secondo tipo era costituito da azioni tendenti a riequilibrare le responsabilità lavorative e familiari, mediante creazione di infrastrutture per la custodia dei figli, organizzazione dell’orario di lavoro, ecc.

Infine, un terzo modello di azione positiva si proponeva di rimediare alle discriminazioni passate, prevedendo dei trattamenti preferenziali in favore di alcune categorie di persone⁴⁸.

In questo terzo caso, i rimedi potevano assumere la forma di sistemi di “quote”, che consistevano nella riserva di un certo numero di posti *a priori*, in una determinata professione, alla categoria sottorappresentata⁴⁹. Le quote potevano essere più o meno rigide: le rigide prescindevano da qualsiasi valutazione di qualifiche o meriti e senza valutazione di circostanza, le meno rigide prevedevano un trattamento di favore per certe categorie a parità di qualifiche e mansioni, valutando anche circostanze eccezionali⁵⁰.

Citando l’affermazione del costituzionalista statunitense Rosenfeld, possiamo dire che il dibattito si focalizzava sulla considerazione che “*in the context of affirmative actions, many believe that “goals” are good, but “quotas” bad*”⁵¹; eppure, egli affermava di seguito, gli obiettivi finali di un’azione positiva non sono significativamente diversi dalle quote, perché entrambi si collegano alla percentuale di membri di diversi gruppi presente nell’ambito di particolari lavori, di una determinata parte della forza lavoro, o in un determinato programma di formazione⁵².

Il primo aspetto del dibattito riguarda il binomio fra “eguaglianza di opportunità” ed “eguaglianza di risultato” come obiettivo delle azioni positive; la Corte di Giustizia non accetta la misura preferenziale stabilita dal Comune di Brema perché essa va oltre la promozione di una eguaglianza di opportunità (obiettivo legittimo di un’azione positiva), arrivando di fatto ad una eguaglianza di risultato, discriminatoria per i lavoratori di sesso maschile.

48. Cfr. Annamaria Fasano, Pietro Mancarelli, *op. cit.*, p. 50.

49. Per una definizione di quote, cfr. Francis D. Weatherspoon, *op. cit.*, NY, 1985.

50. Lo stesso trattato di Amsterdam riprende questo assunto, stabilendo che gli stati membri possono concedere vantaggi specifici per facilitare l’esercizio di una professione al sesso sottorappresentato. Il trattato stabilisce però che non tutte le misure possono assumere la forma di quote rigide. Per ulteriori approfondimenti, Catherine Hoskyns, *Integrating Gender. Women, Law and Politics in the European Union*, Verso, London, 1996.

51. “Nel contesto delle azioni positive, molti pensano che gli obiettivi siano giusti, mentre le quote siano sbagliate” (trad. dell’autrice)

52. Michel Rosenfeld, *op. cit.*, 1991.

Da ciò deriva il corollario dell'illegittimità delle quote, in quanto misure che assegnano direttamente un risultato, piuttosto che garantire uguale opportunità di partenza ai due generi.

Appare lecito chiedersi, in mancanza di chiare motivazioni alla sentenza, cosa significa promuovere azioni di pari opportunità, se il raggiungimento della parità di punti di partenza esaurisca gli obiettivi di un'azione positiva, o piuttosto perché il riequilibrio della rappresentanza di uomini e donne in determinate posizioni professionali non può essere considerato obiettivo di azione positiva⁵³.

Prima di passare al secondo punto di discussione della sentenza, va aggiunta la considerazione che le azioni positive sono legittimate, ma non espressamente previste dalla direttiva 76/207; esse vengono in seguito inserite nei programmi d'azione comunitaria, senza essere espressamente definite neppure dalla Raccomandazione 635/1984, che contiene solo un elenco dei possibili obiettivi cui l'azione positiva può essere diretta. La stessa raccomandazione qualifica l'azione positiva come strumento di pari opportunità, ma omette di dire che essa consiste in un trattamento preferenziale⁵⁴.

4.3. Eguaglianza fra individui, eguaglianza fra gruppi

Il caso Kalanke è stato analizzato, oltre che come un conflitto di tipo redistributivo⁵⁵, anche rispetto al contrasto fra una concezione di eguaglianza come eguaglianza fra individui (quella proposta dalla Corte) e quella dell'eguaglianza come eguaglianza fra gruppi, sostenuta da molti dei commentatori della sentenza.

In altri termini, l'illegittimità delle quote nel caso suddetto deriverebbe dal fatto che esse, pur idonee ad aumentare quantitativamente l'occupazione femminile, incidono sul principio inderogabile dell'eguaglianza fra gli individui.

Inoltre, il fatto di garantire direttamente un risultato alle candidate, invece che una semplice eguaglianza di *chances*, è sintomo di un'eguaglianza di tipo formale⁵⁶, e non sostanziale.

53. Sulla questione delle quote interviene, nello stesso periodo, anche la Corte Costituzionale Italiana, con la sentenza n. 422/1995, che dichiara l'illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi elettorali che riservavano alle donne una quota di candidature nelle liste elettorali. cfr. Maria Vittoria Ballestrero, *op. cit.*, pp. 119-130

54. Maria Vittoria Ballestrero, *op. cit.*, p. 124.

55. Il problema può cioè essere posto nei seguenti termini: è possibile o no, a certe condizioni, sostituire alle scelte discrezionali del datore di lavoro una scelta obbligata, di tipo redistribuito, condizionando così, attraverso azioni positive, i comportamenti di domanda di lavoro verso un riequilibrio nella presenza di donne ed uomini? Marzia Barbera, "L'eccezione e la regola, ovvero l'eguaglianza come apologia dello status quo", in Bianca Beccalli (a cura di), *Donne in quota*, ed. Feltrinelli, 1999, p. 120.

56. Il principio di eguaglianza formale impone di fare astrazione dalle caratteristiche diffe-

Le sole misure di diritto diseguale che consentono, seguendo questa ottica giurisprudenziale, di arrivare ad un'eguaglianza sostanziale non sono le quote, viste come una trappola che mantiene le donne nella loro posizione di debolezza, ma quelle che intervengono sulle cause più profonde delle disparità sociali, agendo sull'orientamento scolastico e professionale, o favorendo la conciliazione tra famiglia e lavoro⁵⁷.

L'avvento del diritto eguale, senza distinzione di sesso, d'altro canto, ha rimosso la correlazione tra genere ed esclusione, ma non ha eliminato al tempo stesso il protrarsi degli effetti dell'esclusione. Per questo motivo la comunanza di genere ha valenza di "gruppo" rispetto all'eguaglianza; le donne, infatti, rispetto a determinate situazioni (occupazione, posizioni professionali, cariche elettive, ecc.) si presentano sistematicamente come "gruppo svantaggiato", perché sottorappresentato.

Ed è proprio questo uno dei punti focali del dibattito sulla sentenza Kalanke; il fatto di essere arrivate agli stessi blocchi di partenza con gli uomini non garantisce automaticamente alle donne eguali possibilità, perché le regole della competizione non sono corrette.

Al contrario, vi sono ancora molti ostacoli da superare: discriminazioni occulte o palesi, pregiudizi inconsapevoli, regole di valutazione del merito tarate su soggetti maschili, organizzazioni del lavoro e del tempo di lavoro che non mettono in conto il lavoro di cura.

In definitiva, le azioni positive hanno fondato la propria legittimità sulla distinzione fra l'eccezione che discrimina e l'eccezione che rimedia alle discriminazioni. Su questo sottile crinale si è giocata la loro costituzionalità, finché i giudici hanno accettato di confrontarsi con i problemi delle disuguaglianze sostanziali legate alle identità di gruppo.

Nel caso in questione la Corte europea non ha valutato questi aspetti, perché ha ritenuto che il compito del diritto non fosse di trasformare la società e di riequilibrare i diversi rapporti di forza fra i gruppi sociali, ma di garantire l'eguaglianza di ciascuno come individuo⁵⁸.

4.4. Il concetto di discriminazione diretta ed indiretta

Il concetto di discriminazione, diretta ed indiretta, si lega esplicitamente a quello di eguaglianza formale e sostanziale; la discriminazione diretta poggia sul principio di eguaglianza in senso formale fra individui, mentre la discriminazione indiretta affonda le sue radici in una concezione sostanziale dell'egua-

renziali, negando legittimità alla considerazione di alcuni elementi che differenziano gli individui, come per esempio il sesso. Maria Vittoria Ballestrero, *op. cit.*, p. 134.

57. Cfr. Louis Charpentier, "L'arrêt Kalanke, expression du discours dualiste de l'égalité", in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1996, p. 281 sgg.

58. Marzia Barbera, *op. cit.*, 1999, p. 106.

gianza, di contenuto essenzialmente positivo, e che pone l'accento su quei fattori di differenziazione la cui rilevanza è negata dall'eguaglianza formale.

In generale, si ha discriminazione diretta quando si mette in atto un trattamento diverso per uomini e donne basato sul sesso. Alla base di questa concezione, mutuata dalle legislazioni anti-discriminatorie degli anni '70, permane un modello di giustizia individuale, secondo il quale la discriminazione è fondata sul pregiudizio. Il soggetto discriminato è un soggetto che si trova nella stessa situazione di un altro soggetto di sesso, razza o di etnia diversa, solo che il sesso, la razza o l'etnia cui appartiene è un gruppo svantaggiato. Chi deve dimostrare la discriminazione in giudizio si trova nella condizione di dimostrare che, pur avendo pari capacità e pari merito, ha ricevuto un trattamento meno favorevole a causa di un pregiudizio contro di lui/lei⁵⁹.

La nozione di discriminazione indiretta, riprendendo le normative CEE e l'elaborazione della giurisprudenza statunitense, mette in discussione l'idea che vi siano delle regole obiettive.

Il concetto di discriminazione indiretta riguarda infatti l'ipotesi in cui regole apparentemente obiettive e neutre, che si applicano a tutti, svantaggiano in modo proporzionalmente maggiore le donne⁶⁰.

Il terreno concettuale su cui si costruisce la nozione di discriminazione indiretta è lo stesso sul quale si costruisce la nozione di azione positiva: il terreno di confronto tra le posizioni dei diversi gruppi e dell'eguale ripartizione delle opportunità tra i diversi gruppi.

Si arriva così ad un concetto obiettivo di discriminazione, in cui perde importanza la volontà di chi discrimina; la discriminazione non è più un fenomeno individuale, è un fenomeno collettivo che colpisce i singoli individui soprattutto in ragione della loro identità collettiva, del fatto che appartengono ad un gruppo.

Alla base del concetto di discriminazione indiretta si pone il ricorso all'uso del test dell'"effetto differenziato"; proprio questo test permette di stabilire i casi in cui requisiti apparentemente neutri svantaggiano in maniera proporzio-

59. Nella legislazione italiana le eccezioni a questo divieto sono contenute nella legge 903/77, e riguardano settori molto limitati, come quello dello spettacolo e della moda. Queste eccezioni sono ammesse per ragioni di verosimiglianza. Cfr. Marzia Barbera, *Il concetto di discriminazione*, in Ministero del lavoro e delle Politiche sociali – Comitato nazionale parità e pari opportunità fra lavoratori e lavoratrici, "La nuova legge 125. Come è cambiata la legge 125/91. Azioni positive per la parità uomo-donna nel lavoro", Roma, 2001, p. 48.

60. Un esempio classico di discriminazione indiretta, nella sentenza 163/93 della Corte Costituzionale italiana, è la disposizione che fissa un limite di statura "neutro" per l'accesso ad un determinato posto di lavoro; questa disposizione è indirettamente discriminatoria, perché non tiene in conto il sesso dei candidati: la statura media delle candidate di sesso femminile è infatti al di sotto del limite neutro, e proprio la neutralità del limite è fonte di effetto di disparità (a svantaggio delle donne) in cui consiste la discriminazione indiretta. Cfr. Maria Vittoria Ballestrero, *op. cit.*, 126.

nalmente maggiore gli appartenenti all'uno o all'altro sesso, senza giustificazione obiettiva e necessaria.

La sottorappresentazione delle donne nel gruppo avvantaggiato nella distribuzione di un bene, secondo la stessa giurisprudenza comunitaria, è da considerarsi un indice di discriminazione indiretta, a partire da quanto stabilito nelle sentenze Jenkins⁶¹ e Bilka⁶².

Riportando i concetti di discriminazione diretta ed indiretta alla sentenza Kalanke, possiamo affermare come vi sia una correlazione molto stretta tra "l'indizio" della discriminazione (la sottorappresentazione) e lo strumento delle quote, che ha come obiettivo proprio il riequilibrio delle opportunità di vita fra i due sessi, correlazione logica ma non giuridica, visto che non tutte le situazioni di squilibrio sono anti-giuridiche.

Secondo la nozione di discriminazione indiretta, i criteri di misurazione dell'effetto differenziato variano da contesto a contesto, a seconda dell'ambito in cui opera la scelta del datore di lavoro e a seconda delle dimensioni dell'effetto di esclusione: la situazione del personale femminile del Comune di

61. La controversia riguarda una lavoratrice (la sig. J.P. Jenkins) che presta servizio ad orario ridotto ed il suo datore di lavoro, un'impresa del settore confezioni per signora (Kingsgate clothing productions ltd.), cui la lavoratrice contesta di corrisponderle una retribuzione oraria inferiore a quella corrisposta ad un suo collega di sesso maschile, che presta servizio a tempo pieno e svolge lo stesso lavoro. Da rilevare che i dipendenti che prestavano servizio ad orario ridotto presso la suddetta ditta erano, al momento della causa, tutti di sesso femminile. La ricorrente perde la causa in primo grado davanti all'Industrial Tribunal, ma si appella davanti all'Employment Appeal Tribunal, che adisce la Corte europea di Giustizia. La Corte stabilisce che una differenza di retribuzione tra lavoratori a tempo pieno e lavoratori a tempo parziale costituisce una discriminazione vietata dall'art. 119 del Trattato solo se si tratta di un mezzo indiretto per ridurre il livello di retribuzione dei lavoratori ad orario ridotto in ragione del fatto che questo gruppo di dipendenti è composto, esclusivamente o prevalentemente, di persone di sesso femminile. Cfr. C-96/80, in www.europa.eu.int.

62. La causa vede opposti una catena di supermercati tedeschi, la Bilka, e la signora Karin Weber von Hartz, dipendente della stessa catena. Dopo aver prestato servizio a tempo pieno, la signora decide di lavorare ad orario ridotto sino alla fine del rapporto di lavoro.

Poiché non ha maturato un periodo minimo di 15 anni a tempo pieno, la sig.ra Weber si vede rifiutare dalla Bilka la concessione della pensione aziendale: i dipendenti ad orario ridotto sono ammessi a fruire di detto regime solo se abbiano lavorato a tempo pieno per almeno 15 anni su un periodo complessivo di 20 anni.

La signora sostiene che il regime delle pensioni aziendali viola il principio di parità di retribuzione fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, sancito dall'art. 119 del trattato CEE. La Bilka controbatte affermando che la scelta del periodo minimo per ottenere la pensione aziendale è stata dettata da esigenze economiche e nega ogni discriminazione legata sul sesso.

Il Tribunale del Lavoro sospende il giudizio e sottopone il procedimento alla Corte di Giustizia, che dichiara che un'impresa di grandi magazzini che escluda i dipendenti ad un orario di lavoro ridotto dal regime pensionistico aziendale viola l'art. 119 del trattato CEE, qualora detta esclusione colpisca un numero molto più elevato di donne che di uomini, salvo che l'impresa non dimostri che detta esclusione è basata su fattori obiettivamente giustificati ed estranei a qualsiasi discriminazione basata sul sesso. Cfr. sentenza Bilka causa C-170/88, www.europa.eu.int.

Brema non necessariamente può essere qualificata come discriminazione indiretta, perché la sottorappresentazione femminile nel mercato del lavoro interno può corrispondere ad una sottorappresentazione nel mercato del lavoro esterno. Inoltre, applicando il test dell'effetto differenziato, se il Comune di Brema fosse riuscito a dimostrare l'esistenza di genuine ragioni di efficienza economica, l'esistenza di una situazione pregiudizievole per le donne sarebbe rimasta una circostanza di fatto, senza alcun obbligo giuridico.

4.5. La Corte di Giustizia ci ripensa: la sentenza Marschall, causa C-409/95

La causa C-409/95 vede opposti il signor Helmut Marschall e il Land Renania settentrionale-Westfalia.

Il signor Marschall è un insegnante di ruolo alle dipendenze del Land Renania settentrionale-Westfalia. Nel febbraio 1994 presenta la propria candidatura per la promozione presso il Centro Scolastico della città di Schwerte. L'autorità competente gli comunica che intende attribuire il posto ad una candidata donna.

Secondo lo Statuto del Personale del Land, le donne, nell'ambito della promozione ad un posto, debbono avere la precedenza a parità di idoneità, competenza e prestazioni professionali, salvo che non prevalgano motivi a favore del candidato di sesso maschile.

Il signor Marschall oppone ricorso chiedendo di ingiungere al Land di Renania di promuoverlo al posto.

Il Tribunale tedesco si rifà alla sentenza Kalanke, secondo la quale la precedenza concessa alle donne in ambito lavorativo può costituire una discriminazione a scapito del candidato maschile.

Il procedimento è sospeso e viene chiesto alla Corte di Giustizia europea di interpretare la direttiva comunitaria relativa al principio di parità di trattamento tra uomini e donne per l'accesso e la promozione professionale.

La Corte Europea prende atto della sentenza Kalanke, ma afferma altresì che le donne sono vittime di stereotipi, che inducono ad assumere o promuovere di preferenza un soggetto maschile, perché si sa che quest'ultimo non interromperà mai la propria carriera per una gravidanza o per l'allattamento.

Il fatto che due candidati di sesso diverso abbiano pari qualificazione non implica che essi abbiano pari opportunità.

La Corte si esprime affermando che

“...in caso di promozione, le donne che hanno una qualifica pari a quella dei loro concorrenti di sesso maschile godono, salva restando la clausola di riserva, di un trattamento preferenziale nei settori nei quali sono in numero inferiore rispetto agli uomini, poiché tale norma può contribuire a controbilanciare gli effetti dannosi, per i candidati di sesso femminile, degli atteggiamenti e dei comportamenti sopra descritti e a ridurre così le disparità di fatto che possono esistere nella realtà della vita sociale”.

Tuttavia, in base alla sentenza Kalanke, non si può garantire alle donne la precedenza assoluta e incondizionata senza rischiare di creare discriminazione.

La Corte, pronunciandosi sulla questione postale dal Tribunale tedesco, stabilisce che, sull'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale, in caso di pari qualifica di candidati di sesso diverso, dà la precedenza alle donne nei settori di attività dove le donne sono meno numerose degli uomini, a meno che non prevalgano motivi per la scelta del candidato maschile.

Ai candidati di sesso maschile si deve garantire un esame obiettivo, senza tenere conto della precedenza concessa al sesso femminile, ma tali criteri non devono essere discriminanti nei confronti delle donne.

Sembra, in definitiva, che con la sentenza Marschall la Corte abbia mirato ad aggiustare il tiro rispetto alla precedente sentenza Kalanke; da questo punto di vista, la laconicità delle sentenza Kalanke medesima, che era apparsa uno dei limiti più evidenti nel dibattito successivo alla sentenza, si è rivelato il suo maggior pregio.

La Corte sostiene, a due anni di distanza, che la sentenza Kalanke non aveva condannato tutti i sistemi di quote, ma solo alcuni. Più precisamente, sono illegittimi i sistemi che accordano una preferenza automatica alle donne rispetto agli uomini. Al contrario, sistemi diversi, che ammettano la possibilità di dare spazio a valutazioni del caso concreto, in nome dell'equità, sono conformi a principio di eguaglianza di genere. In definitiva, il conflitto fra eguaglianza di opportunità e eguaglianza di risultati è completamente sparito dal dibattito sulla legittimità delle quote⁶³.

La Corte attua quindi una maggiore apertura a favore delle azioni positive; nella premessa, in particolare, ricordando che lo scopo delle azioni positive è quello di eliminare o ridurre le disparità di fatto che esistono nella vita sociale, la Corte ha riconosciuto che nelle promozioni si tende a preferire candidati di sesso maschile a quelli di sesso femminile, anche in caso di pari qualificazioni, a causa di pregiudizi e idee stereotipate circa il ruolo e le capacità delle donne nella vita attiva⁶⁴.

Da ciò deriva la constatazione del fatto che due candidati di sesso diverso con pari qualificazione non godono necessariamente di pari opportunità⁶⁵.

4.6. La sentenza Badeck: causa C-158/97

La Corte di Giustizia europea viene interpellata dalla Corte costituzionale del Land dell'Assia circa l'interpretazione dell'art. 2, nn. 1 e 4 della direttiva

63. Marzia Barbera, *op. cit.*, pp. 128-129.

64. Cfr. punti 29 e 30 della sentenza Marschall.

65. Maria Benedetta Bastioni, *op. cit.*, p. 807.

76/207 Cee, in riferimento ad una legge nazionale concernente un programma di assunzione e promozione delle donne nel pubblico impiego.

A giudizio dei ricorrenti, 46 deputati del parlamento del *Land*, alcune disposizioni contenute nella legge sulla parità di trattamento e sulla rimozione delle discriminazioni nel pubblico impiego sono incostituzionali, perché incompatibili con i principi costituzionali di selezione dei migliori e di parità di trattamento fra uomini e donne, in quanto favoriscono la preferenza dei candidati in base al sesso e non al merito, e ledono il diritto individuale ad avere pari opportunità di partenza.

A questo punto, la Corte costituzionale chiede alla Corte europea che venga definita la compatibilità con il diritto comunitario di una legge nazionale che, in caso di insufficiente rappresentanza femminile in settori del pubblico impiego, prevede che la scelta fra i candidati di sesso diverso e pari qualificazione professionale debba avvenire a favore della donna, quando non sussistano ostacoli di maggiore rilevanza giuridica⁶⁶.

La Corte europea parte dal presupposto che un'azione positiva nei settori del pubblico impiego in cui le donne sono sottorappresentate può considerarsi compatibile con il diritto comunitario; la normativa del *Land* dell'Assia lo è altrettanto, perché accorda la precedenza ai candidati di sesso femminile con qualifica pari a quelli di sesso maschile “*quando ciò sia necessario per garantire il rispetto degli obiettivi vincolanti del piano di promozione delle donne e non vi siano ostacoli di maggiore rilevanza giuridica*”⁶⁷.

La normativa nazionale ha in effetti optato per un sistema di “quota finale flessibile”, che non fissa in modo unitario le quote di presenza femminile, ma considera la loro particolarità al fine della determinazione degli obiettivi vincolanti; ciò implica che la preferenza al candidato di sesso femminile non è automatica, viene al contrario accordata solo quando si rilevi necessaria a rispettare gli obiettivi vincolanti del piano di promozione e non ostino motivi di maggiore rilievo giuridico.

In definitiva, possiamo osservare che, con questa sentenza, la Corte di giustizia non si discosta dall'orientamento giurisprudenziale precedente, in quanto conferma che un'azione positiva nazionale è compatibile con la deroga disposta dal diritto comunitario al principio generale di parità di trattamento fra uomini e donne solo se è possibile verificare che il sistema di quote non accordi una precedenza automatica ed incondizionata alle donne e consenta un esame obiettivo di tutte le candidature, così da premettere al datore di lavoro di sottrarsi all'obbligo di promozione del candidato di sesso femminile⁶⁸.

66. Maria Benedetta Bastioni, *op. cit.*, pp. 804-805.

67. Cfr. punto 23-28 e 29 della sentenza.

68. Cfr. causa C-190/95, che riguarda l'applicazione della direttiva 76/207 ad un caso di discriminazione “alla rovescia”. La controversia sorge fra il sig. Nils Draehmpaehl e l'Urania Immobilienservice e concerne una richiesta di risarcimento di danno da parte del sig. Draehmpaehl, che sostiene di aver subito una discriminazione basata sul sesso in occasione di

La Corte di giustizia, in definitiva, conferma l'orientamento delle sentenze Kalanke e Marschall, continuando ad imporre alle leggi nazionali in materia limiti e condizioni che non sono espressamente previsti dal Trattato Ce, e relegando così le azioni positive nel ruolo di disposizioni eccezionali di deroga, allontanandole da quello più forte di regola⁶⁹.

5. Orientamenti recenti

5.1. L'allargamento del concetto di discriminazione: le direttive di "seconda generazione"

Le basi giuridiche che hanno permesso l'adozione delle nuove direttive in materia di discriminazione sono da ricercare nella clausola antidiscriminatoria inserita nel Trattato CE con il Trattato di Amsterdam (art. 13), oltre che nella contemporanea riformulazione dell'art. 119 del Trattato (ora art. 141), di cui abbiamo parlato in precedenza; la clausola, in particolare, aggiunge ai motivi di discriminazione già presenti nell'ordinamento comunitario (nazionalità e sesso) il divieto di discriminazione basato su razza, origine etnica, religione, convinzioni personali, handicap, età e tendenze sessuali.

Partendo da questo impianto giuridico, nel 2000, a distanza di pochi mesi, l'Unione europea ha adottato la direttiva 2000/43, che attua il principio di parità di trattamento indipendentemente da razza e origine etnica, e la direttiva 2000/78, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, e che è denominata *direttiva quadro*.

Due anni più tardi è stata approvata anche la direttiva 2002/73, che riguarda le discriminazioni di genere nell'accesso al lavoro, nelle condizioni di lavoro e nella formazione professionale, concepita come un semplice "adeguamento"

un'assunzione. Il richiedente aveva infatti risposto ad un annuncio di lavoro pubblicato dalla Urania su un quotidiano, che recitava così: "*Cerchiamo un'assistente sperimentata per la nostra direzione vendite. Se è in grado di cavarsela col personale confusionario di un'impresa del ramo distribuzione, se è disposta a far loro una tazza di caffè, se si accontenta di rari elogi e di lavorare tanto, Lei è la persona che fa per noi. Da noi si deve saper utilizzare il computer e lavorare in gruppo insieme agli altri. Se vuole davvero accogliere questa sfida, noi attendiamo da Lei la Sua candidatura (...)*". L'Urania non risponde alla sua lettera, e non rispedisce la sua candidatura. Il sig. Draehmpaehl sostiene di essere stato discriminato in base al suo sesso, perché l'offerta di lavoro era manifestamente rivolta solo alle donne, e chiede un risarcimento del danno davanti all'Arbeitsgericht di Amburgo, che ricorre alla Corte europea di Giustizia, la quale stabilisce un diritto al risarcimento, nei limiti previsti dagli Stati membri. Cfr. sito www.europa.eu.

69. Se, invece, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, la norma sulle azioni positive fosse divenuta regola, non sarebbe possibile mantenere per la stessa quell'interpretazione restrittiva che consente di richiedere requisiti ulteriori di legittimazione rispetto a quello di sottorappresentazione femminile. Maria Benedetta Bastioni, *op. cit.*, p. 809.

della direttiva 76/207 sulla parità di trattamento fra uomini e donne alle nuove disposizioni europee e alle più recenti interpretazioni giurisprudenziali in materia⁷⁰.

Si tratta in sostanza della messa a punto della definizione di discriminazione di genere; per quanto ci riguarda dobbiamo sottolineare che con l'attuale 2° comma dell'art. 2 della dir. 76/207, così come modificato dalla direttiva 2002/73, viene per la prima volta definita la discriminazione diretta fondata sul genere. La definizione di discriminazione diretta è la seguente: “*situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga*”.

All'origine della formulazione di queste direttive, che allargano in maniera significativa il concetto di discriminazione, possiamo individuare sia un recepimento a livello comunitario di una sensibilità sociale più attenta ai gruppi portatori di tali differenze, sia motivazioni di contingenza storica.

La direttiva sulla razza ne offre un significativo esempio: approvata nel tempo record di sette mesi, rispondeva al desiderio dell'Unione di sottolineare il ripudio del razzismo, in seguito alla vittoria del partito xenofobo e razzista di Haider alle elezioni del 1999 in Austria. L'estensione dell'ambito della direttiva medesima, che copre non solo le discriminazioni sul lavoro, ma anche quelle in materia di protezione sociale, come sicurezza sociale, salute, educazione, accesso e erogazione di servizi (inclusa anche l'abitazione), rende il messaggio ancora più efficace.

Motivi ispiratori della *direttiva quadro*, oltre alla tutela dell'eguaglianza, possono essere individuati, per esempio, nel maggiore coinvolgimento della popolazione anziana nella forza-lavoro per compensare il minor numero di lavoratori giovani, o anche i tagli alla spesa sociale a favore dei disabili attraverso un loro maggiore coinvolgimento nel mondo del lavoro⁷¹.

5.2. Le novità delle direttive di “seconda generazione”

Le principali innovazioni connesse all'adozione delle direttive, cosiddette di “seconda generazione”, si concentrano su un ripensamento delle tecniche di tutela antidiscriminatoria, anche alla luce dei fallimenti e delle battute d'arresto in materia evidenziati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea.

Innanzitutto, le direttive richiedono agli Stati membri l'adozione di sanzioni *effettive, proporzionate e dissuasive*, estendendo al tempo stesso a tutte le

70. Marzia Barbera, “Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario”, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, n. 99/100, 2003, ³/₄, pp. 399-400.

71. Mark Bell/Lisa Waddington, “Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza”, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, n.99/100, 2003, ³/₄, p. 392.

discriminazioni il principio dell'inversione dell'onere della prova già previsto nella direttiva 97/80 per le discriminazioni di genere.

Inoltre, le direttive evidenziano l'importanza delle azioni di gruppo, e richiedono che, nel caso di discriminazioni di razza, di etnia o di genere, sia istituita un'agenzia indipendente che sostenga le vittime individuali, effettui indagini e vigili sull'applicazione della normativa antidiscriminatoria.

Infine, le direttive contengono disposizioni specifiche che promuovono l'uso delle "azioni positive", legittimandone lo strumento in nome di un principio di eguaglianza sostanziale; le azioni positive sono indispensabili per conseguire una "effettiva e completa parità", implicito riconoscimento del fatto che spesso l'azione legale a livello individuale non riesce a raggiungere tale scopo⁷².

In sostanza, come sostiene Marzia Barbera⁷³, le ultime direttive in materia di discriminazione hanno in parte alterato, se non addirittura eliminato, alcune condizioni che limitavano l'operato dei giudici su temi quali l'eguaglianza e la discriminazione.

Queste condizioni riguardavano il fatto che: 1) i divieti di discriminazione erano enumerati; 2) il giudizio era di tipo comparativo; 3) i diritti tutelati erano principalmente di contenuto negativo; 4) il concetto di eguaglianza era di tipo formale, e ciò implicava che l'eguaglianza si raggiungeva sia innalzando il trattamento più basso al livello più alto, sia compiendo l'operazione opposta.

Le nuove direttive, invece, evidenziano la tendenza ad un allargamento di tipo universalistico della tutela antidiscriminatoria e utilizzano più concetti di discriminazione, uno dei quali pone l'accento sulla discriminazione come violazione della dignità della persona, ossia come violazione di un diritto assoluto, e non più di tipo comparativo, a non essere intimiditi, umiliati o offesi per le proprie specificità soggettive.

Inoltre, in alcuni casi le direttive impongono esplicitamente diritti di contenuto positivo e attribuiscono diritti di partecipazione, spostando così l'attenzione dall'accertamento della colpa alla predisposizione di incentivi per il rispetto del principio di eguaglianza.

Infine, attraverso la generalizzazione dello strumento delle azioni positive, le nuove direttive operano, sia pur implicitamente, nel senso di vietare un riallineamento verso il basso di trattamenti diversi.

Inoltre, di basilare importanza è il fatto che si sta andando verso una definizione del concetto di discriminazione che superi il carattere tradizionale di giudizio di comparazione.

Seguendo il nuovo approccio, si è discriminati non solo quando si è trattati peggio degli appartenenti alla razza maggioritaria, o di una coppia di eterosess-

72. Mark Bell/Lisa Waddington, *op. cit.*, pp. 378-382.

73. Marzia Barbera, "Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario", in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, n. 99/100, 2003, ³/₄, pp. 409-411.

suali, o di una persona priva di handicap, ma anche quando si è svantaggiati per la propria identità soggettiva *tout court*.

In altri termini, è sufficiente che questi gruppi siano posti in una posizione di “particolare svantaggio” per parlare di discriminazione⁷⁴.

La “*posizione di particolare svantaggio*” ha sostituito, nella definizione di discriminazione indiretta delle direttive del 2000, lo “*svantaggio proporzionalmente maggiore*” quale metro di valutazione dell’impatto discriminatorio di regole neutre, allargando la valutazione: da una misurazione strettamente quantitativa ad una misurazione qualitativa.

Nella successiva direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, è accolta questa definizione di discriminazione indiretta: “*situazione nella quale una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone di un determinato sesso, rispetto a persone dell’altro sesso, a meno che detta disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari*”. La scelta appare conforme a quella compiuta nelle direttive del 2000: la definizione vuole essere quantitativa e qualitativa.

5.3. Verso un superamento del giudizio comparativo?

Seguendo la nozione di discriminazione introdotta dalla direttive del 2000, nella dir. 2002/73 il confronto tra situazioni comparabili si allarga a comprendere anche ciò che è avvenuto nel passato e ciò che potrebbe avvenire, ipoteticamente⁷⁵.

Il riferimento al passato, in particolare, sembra codificare un orientamento che si è venuto sviluppando in seno alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, favorevole ad ammettere la comparazione “non simultanea”, ovvero ad ammettere che, nel valutare la possibile sussistenza di una discriminazione salariale, il raffronto possa essere operato fra passato e presente, quando sia necessario verificare una eventuale modificazione peggiorativa delle condizioni salariali conseguente alla modificazione della composizione di genere della forza lavoro occupata dall’azienda.

74. Nel caso delle discriminazioni consistenti in molestie o atteggiamenti umilianti o ostili, o nel rifiuto del datore di lavoro di fornire una ragionevole sistemazione dell’ambiente di lavoro alla persona disabile, scompare anche questo debole elemento di comparazione. Marzia Barbera, *Il concetto di discriminazione*, in Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali – Comitato nazionale parità e pari opportunità tra lavoratori e lavoratrici, *op. cit.*, pp. 51-52

75. L’uso del condizionale, peraltro già presente, come abbiamo segnalato, nelle direttive del 2000, è sottolineato come sintomo di novità e di allargamento della comparazione da Marie-Thérèse Lanquetin, *L’égalité entre les femmes et les hommes: sur la directive 2000/73 CE du 23 septembre 2003*, DS, 314.

Ma il testo della disposizione va oltre nell'allargamento della comparazione, poiché consente espressamente la comparazione con una "persona ipotetica". La direttiva parla infatti di "una persona trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe stata un'altra in una situazione analoga"; l'utilizzo della forma verbale condizionale apre l'opportunità all'ammissibilità di comparazioni virtuali, assolutamente ipotetiche⁷⁶.

Questo aspetto comporta diversi problemi di ordine giurisprudenziale; per stabilire se una determinata regola collettiva discrimini o meno occorre un giudizio di tipo relativo, occorre in definitiva che il giudice appuri se si è più o meno svantaggiati rispetto ad altri, non in assoluto. Il giudizio si basa sul confronto, su una necessità di comparazione, ma se l'altro elemento di comparazione sparisce, sorgono problemi nella valutazione della catena causale che lega lo svantaggio al datore di lavoro, e non piuttosto al contesto sociale.

Quindi, alla luce delle nuove direttive, per stabilire la sussistenza della discriminazione di genere, è ancora necessaria la comparazione?

Per cercare di dare una risposta esaustiva, occorre tener conto delle indicazioni in materia che la giurisprudenza della Corte di giustizia europea ha sviluppato in questi ultimi venti anni. Come infatti sostiene correttamente Daniela Izzi

*"la lettura coordinata delle posizioni assunte in proposito dalla Corte, in varie occasioni, permette infatti di ricostruire in modo chiaro l'orientamento univoco, frutto di ragionevolezza e prudenza, da essa seguito, ritagliando ai confronti virtuali uno spazio tale da non mettere in discussione la natura intrinsecamente comparativa della discriminazione: natura collegata all'innegabile circostanza che è proprio il raffronto dei trattamenti riservati a diverse persone o categorie a consentire di cogliere il carattere pregiudizievole e persecutorio di un determinato atto, perché, a ben guardare, un raffronto fra soggetti avvantaggiati e svantaggiati preesiste all'apposizione dei divieti legali ed è insito nell'indicazione di alcuni fattori costitutivi della fattispecie discriminatoria"*⁷⁷.

Ciò premesso, nel caso Dekker⁷⁸ la Corte dimostrò di non aver bisogno di alcun termine di paragone maschile per decidere che si trattasse di un caso di discriminazione diretta, inaugurando una linea interpretativa che sarebbe stata in seguito più volte ribadita.

Il caso in questione riguardava la mancata assunzione di una donna in stato interessante, e la particolarità giurisprudenziale risiedeva nel fatto che a tale mancata assunzione non era seguita l'assunzione di un candidato di sesso opposto.

76. Daniela Izzi, "Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie di "seconda generazione", in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, n. 99/100, 2003, ³/₄, pp. 423-424.

77. Daniela Izzi, *op. cit.*, p. 425.

78. Cgce 8.11.1990, causa 177/88, *Dekker vs Stichting Vormingscentrum Jong Volwassenen Plus*, Racc., 1990, 3941 ss. Sulle stesse tematiche, cfr. anche C-207/98, *Mahlburg c. Land Mecklenburg-Vorpommern*, in www.europa.eu.int.

La Corte di giustizia si pronunciò a favore della donna non assunta, affermando che, nel caso in cui il motivo di una mancata assunzione, di un licenziamento o di un danno di altro tipo sia da ascrivere alla condizione di gravidanza della lavoratrice, appare superflua ogni comparazione con la situazione maschile, essendo la condizione della donna in gravidanza la più ovvia delle differenze femminili.

In altri termini, la Corte stabilì che nei casi in cui il nesso fra il trattamento sfavorevole e il “fattore di rischio” del lavoratore è evidente di per sé, non è necessario il termine di comparazione, altrimenti indispensabile⁷⁹.

Interpretazione analoga la Corte diede nel successivo caso P⁸⁰, che riguardava il licenziamento di un dipendente pubblico, determinato esclusivamente in seguito al cambiamento della sua identità sessuale.

Anche in questo caso i giudici comunitari si pronunciarono a favore del richiedente, stabilendo che il licenziamento era censurabile in sé, senza bisogno di alcun termine di comparazione con il trattamento che il datore di lavoro poteva riservare ad un dipendente non transessuale.

In questo caso, i giudici fecero riferimento all’eguaglianza come diritto fondamentale della persona umana, e non come meccanismo di controllo degli atti della Comunità e degli Stati membri, meccanismo limitato proprio dalla divisione delle competenze fra entità sopranazionale e entità statali⁸¹.

Di diverso orientamento giurisprudenziale sono invece le sentenze *Macarthy*s e *Coloroll*, dove la Corte esclude ogni comparazione ipotetica, stabilendo che un lavoratore non può far valere l’art. 119 del Trattato per richiedere una retribuzione analoga a quella che percepirebbe un lavoratore di sesso diverso, se nell’impresa interessata non sono presenti lavoratori dell’altro sesso che svolgano lavoro analogo⁸².

Quindi, come afferma Daniela Izzi,

“Per la Corte di giustizia, dunque, mentre una comparazione puramente virtuale è sufficiente a fondare il giudizio discriminatorio quando viene in rilievo una condizione non condivisa dai due sessi come la gravidanza, nessuna concessione verso il cosiddetto “uomo ipotetico” è praticabile quando il reperimento di un termine di paragone reale è necessario per rivelare l’esistenza di una discriminazione altrimenti indimostrata”⁸³.

79. Esempi di questo tipo sono ravvisabili nelle richieste di personale indirizzate solo ad un determinato sesso, o razza o a persone di età inferiore ad una certa soglia, come anche i casi di offerte di abitazioni in affitto espressamente limitate a connazionali. Daniela Izzi, *op. cit.*, p. 426.

80. Cgce 30.4.1996, causa 13/94, *P vs Cornwall County Council*, Racc., 1996, 2143 ss.

81. Decisione analoga non fu presa per il caso Grant, di poco successivo al caso P. Posta davanti al quesito se esista un divieto di discriminazione comunitario che si applica anche all’orientamento sessuale, la Corte si trova davanti l’ostacolo della ripartizione di competenze fra Comunità e Stati membri, e si trova a non poter rimediare ad una discriminazione per “mancanza di competenze espressamente attribuitele”.

82. Cgce 27.3.1980, causa 129/79, *Macarthy vs Wendy Smith*, Racc., 1980, 1275 ss; Cgce 28.9.1994, causa C-200/91, *Coloroll Pension Trustees vs. Russel e altri*, Racc., 1994, 4389 ss.

83. Daniela Izzi, *op. cit.*, p. 427.

Il superamento della comparazione necessariamente simultanea/contestuale, operato dalle nuove direttive, non comporta quindi il superamento *tout court* della comparazione, pur ridefinendone i confini.

Occorre ricordare che la discriminazione, anche la discriminazione diretta ovviamente, deve essere provata dal soggetto che la lamenta, almeno in termini di verosimiglianza/probabilità della sua sussistenza. L'allargamento della comparazione può agevolare significativamente la prova, che resta comunque necessaria.

Di conseguenza, la comparazione non è più un elemento necessario nella struttura della nozione di discriminazione indiretta e anche i dati statistici non sono più necessari?

La risposta deve essere negativa, perché ancora una volta non siamo di fronte ad un superamento della comparazione bensì ad una sua riformulazione: ampia, importante, ma pur sempre una riformulazione, non un superamento.

Rimane tuttavia un ambito nel quale si può affermare che la comparazione non è più elemento essenziale per la discriminazione, e questo ambito è rappresentato dalle molestie.

La direttiva “considera” discriminazione le molestie e le molestie sessuali. In questo caso la formulazione della norma pare ragionevole, introducendo una utile equiparazione fra molestie e discriminazione; si tratta di una innovazione importante, a livello comunitario ma ancor più a livello nazionale, nella prospettiva del recepimento della direttiva nel diritto interno degli Stati membri.

L'intervento della direttiva pare dunque importante, proprio perché, dopo aver introdotto una inequivoca definizione di molestia, e di molestia sessuale in particolare, considera “quelle” molestie, e “quelle” molestie sessuali «*discriminazioni fondate sul sesso e (...) pertanto vietate*»⁸⁴.

Possiamo considerare definitivamente superato il giudizio di comparazione, almeno per quanto riguarda le molestie?

La risposta è positiva, con alcune precisazioni. Le molestie “sono considerate” discriminazione, nel senso che devono essere equiparate alla discriminazione per quanto concerne, ad esempio, l'applicazione del regime probatorio agevolato presente nell'ordinamento comunitario, così come l'effettiva deterrenza dell'apparato sanzionatorio. Ma la specificità delle molestie permane, ed esse non possono essere “appiattite” totalmente sulla discriminazione.

5.4. Problemi e prospettive

Il collegamento tra parità di trattamento e rispetto della dignità della persona appare indiscutibilmente inscritto nel contesto del diritto antidiscriminato-

84. Prosegue poi, il 3° comma dell'art. 2, con la seguente previsione: «il rifiuto di, o la sotmissione a, tali comportamenti da parte di una persona non possono essere utilizzati per prendere una decisione riguardo a detta persona».

rio, ed in particolare i divieti di discriminazione possono essere letti come strumenti per realizzare la parità di trattamento e, al contempo, per garantire il rispetto della dignità della persona.

Ciò premesso, le nuove direttive sono state oggetto di analisi attenta e anche di critiche da parte della dottrina; uno dei punti discussi riguarda la preoccupazione che la normativa comunitaria stabilisca una sorta di gerarchia tra i motivi di non discriminazione, motivata dalla constatazione che la discriminazione fondata su determinati aspetti è stata regolata in maniera più scrupolosa rispetto ad altre ipotesi di discriminazione, creando una disciplina non simmetrica delle diverse categorie discriminatorie⁸⁵.

Inoltre, il quadro normativo è reso ancora più complesso dal fatto che il divieto di discriminazione viene esteso da settori in cui le differenze sono immutabili (come razza, genere, handicap, origine etnica) fino a comprendere differenze scelte, non ascritte (quali la religione, le convinzioni personali, l'orientamento sessuale), che possono essere, all'occorrenza, occultate.

A ciò si aggiunge che, mentre alcuni motivi di discriminazione sono assolutamente irrilevanti rispetto alle capacità e disponibilità lavorative (è il caso del genere, della razza, dell'origine etnica o dell'orientamento sessuale), altri motivi disciplinati possono ridurre, periodicamente o definitivamente, la disponibilità lavorativa o all'utilizzo di un bene o di un servizio (il congedo di maternità, per esempio, oltre alle convinzioni religiose, all'invalidità o all'età), aprendo nuove problematiche giurisprudenziali⁸⁶.

Gli argomenti di discussione che scaturiscono dall'analisi della produzione comunitaria degli ultimi anni sono molteplici, come si evince dagli spunti offerti sopra; per esempio, così come per la direttiva 43/2000 sulla razza e origine etnica, è stata molto significativa la stesura della direttiva 113/2004, che estende il principio di non discriminazione fondato sul genere ad aspetti della vita sociale estranei al lavoro, al fine di garantire pari opportunità di accesso a beni e servizi in particolare.

Tale direttiva appare coerente con la decisione 2001/51/CE del Consiglio, relativa al programma concernente la strategia comunitaria in materia di parità tra uomini e donne (2001-2005), intesa a promuovere la parità di trattamento adeguando le politiche comunitarie e attuando misure concrete per migliorare la condizione di donne ed uomini nella società⁸⁷.

La direttiva del 2004 parte dalla considerazione che esistono discriminazioni basate sul sesso, comprese molestie e molestie sessuali, anche in settori

85. Esempio lampante di tale asimmetria è il campo di applicazione di tali direttive; mentre, come già ricordato, la direttiva su razza e origine etnica spazia oltre il rapporto di lavoro, le altre due direttive non ne travalicano gli ambiti in nessun senso. Marzia Barbera, "Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario", in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, n. 99/100, 2003, ³/₄, p. 409.

86. Mark Bell/Lisa Waddington, *op. cit.*, pp. 384-397.

87. Cfr. Gisella De Simone, *op. cit.*, 2003.

esterni al mercato del lavoro; tali discriminazioni possono essere altrettanto, se non più, nocive, perché ostacolano la piena integrazione di uomini e donne nella vita economica e sociale.

A tale scopo, l'Unione europea ha vietato la discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura⁸⁸.

Il divieto di discriminazione in questo ambito lascia inalterato il rispetto per la libertà contrattuale privata, applicandosi alle persone che forniscono beni e servizi disponibili al pubblico e che sono offerti al di fuori dell'area della vita privata e familiare e delle transazioni effettuate in questo ambito.

Ultimo elemento da tenere in considerazione è il fatto che la nuova definizione di discriminazione indiretta non è stata ripresa nella direttiva che dovrebbe modificare anche il concetto di discriminazione di genere. Nel corso del dibattito in seno al Parlamento europeo, è stato obiettato che non si possono adottare diverse definizioni di discriminazione, e, nella fattispecie, non si può avere una definizione più forte della discriminazione razziale, ed una più debole della discriminazione di genere.

La proposta del Parlamento procede nella direzione di uniformare le varie definizioni di discriminazione⁸⁹; in questa ottica, la specificità della discriminazione di genere potrebbe affievolirsi, in una delicata fase in cui le politiche comunitarie di pari opportunità non hanno ancora definitivamente raggiunto l'agognata eguaglianza sostanziale fra uomini e donne nel mercato del lavoro.

5.5. Il recepimento italiano delle direttive comunitarie

Resta da analizzare brevemente il recepimento che l'ordinamento italiano ha fatto di queste direttive in particolare, e delle politiche comunitarie in generale, anche come ponte di collegamento ideale con i capitoli seguenti, che analizzeranno la figura della Consigliera di parità in Italia ed il suo ruolo nella tutela antidiscriminatoria.

Cercando di ripercorrere, seppur in maniera schematica, le principali trasposizioni nell'ordinamento nazionale della disciplina comunitaria in materia di pari opportunità e di tutela antidiscriminatoria, appare opportuno sottolineare che le direttive comunitarie del 1976, riguardanti i divieti di discriminazione

88. Per "beni" si intendono quelli disciplinati dalle disposizioni del trattato che istituisce la Comunità europea riguardanti la libera circolazione delle merci; per "servizi" si intendono quelli disciplinati dall'art. 50 di tale trattato.

89. Negli emendamenti proposti dal Parlamento europeo si parla anche di discriminazioni che derivano dalla conciliazione famiglia-lavoro. Nella dizione proposta dal Parlamento non si distingue fra uomini e donne, in quanto si presuppone che il problema della conciliazione riguardi tutti. La stessa logica sottende la legge italiana sui congedi parentali (l. 53/2000), che insiste molto sulla "bidirezionalità" della tutela. Marzia Barbera, *Il concetto di discriminazione*, in Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali – Comitato nazionale parità e pari opportunità tra lavoratori e lavoratrici, *op. cit.*, p. 52.

diretta e indiretta, sono state recepite a livello nazionale in due riprese, prima con la l. 903/77 (*parità di trattamento fra uomini e donne in materia di lavoro*), successivamente con la l. 125/91 (*azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*), che verranno analizzate nei capitoli successivi.

La l. 125/91 inoltre propone una definizione di discriminazione indiretta che mutua dalla raccomandazione della Commissione del 1984 su parità di opportunità e azioni positive, mentre la direttiva 97/80 sull'onere della prova rappresenta il modello di riferimento su cui è costruita la disciplina interna sui divieti di discriminazione per razza ed origine etnica.

Fra il 1998 ed il 2000 l'ordinamento italiano ha inoltre recepito la disciplina antidiscriminatoria nei confronti degli stranieri, con il d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, e quella relativa alla parità di opportunità fra uomini e donne, con il d. lgs. 23 maggio 2000, n. 196. Nel 2006, infine, il decreto legislativo n. 198/06, *Codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, riordina tutta la normativa esistente in Italia sulle pari opportunità e sulla tutela antidiscriminatoria, avendo come finalità di riunire in un unico testo l'insieme della legislazione in materia, abrogando molte leggi precedenti e rendendo organica l'intera struttura normativa.

Il *Codice delle pari opportunità* raggiunge solo in parte il suo scopo, perché, se da un lato raggruppa in un unico testo di riferimento tutte le leggi italiane che si occupano di pari opportunità e di discriminazione, dall'altro non sistematizza pienamente tali normative, che non sono fra loro perfettamente coerenti, essendo state redatte in epoche diverse, e che avrebbero quindi avuto bisogno di uno sforzo ulteriore di sistematizzazione e coordinamento.

La normativa europea ha nuovamente affrontato il tema delle pari opportunità e della tutela antidiscriminatoria con le direttive 2000/43 e 2000/78, cui si è aggiunta due anni dopo la modifica della prima direttiva sulla parità fra lavoratori e lavoratrici, attraverso la nuova direttiva in materia, la 2002/73.

L'emanazione delle tre direttive "di seconda generazione" ha riaperto il fronte normativo italiano, necessitando di decreti di recepimento; le due direttive del 2000 sono state recepite mediante l'adozione dei d. lgs n. 215 e n. 216 del 2003, mentre per il recepimento della direttiva del 2002 è stata assegnata delega al Governo, all'interno della Legge Comunitaria; la trasposizione è avvenuta con il d. lgs. 145 del 2005.

Il processo di accoglimento di queste tre direttive nell'ordinamento italiano non è stato privo di ostacoli, anche se forse appare prematuro analizzarne la natura e la ricaduta interna.

Come sostiene infatti Donata Gottardi,

"Le ricadute sull'ordinamento interno che si stanno profilando con la riapertura del processo di adattamento sono numerose e non tranquillizzanti. Quanto alle (nuove) definizioni di discriminazione e, soprattutto, di discriminazione indiretta, stando al sesto considerato della nuova direttiva di genere (2002/737CE) si tratta di un intervento necessario a li-

vello comunitario, volto a colmare il vuoto normativo determinato dall'assenza delle definizioni di discriminazione diretta ed indiretta nella precedente direttiva del 1976, utilizzando quelle nel frattempo elaborate, nel corso dell'anno 2000, nella direttiva sulla razza e origine etnica (2000/43/CE) e nella direttiva quadro sulle altre discriminazioni (2000/78/CE). È stata così inopinatamente dimenticata la direttiva sull'onere della prova (97/80/CE), in cui, all'articolo 2, è dettata la/una definizione di discriminazione indiretta. Le nozioni sembrano, quindi, destinate continuamente a modificarsi, ma anche a diventare omogenee”⁹⁰.

Per quanto concerne il recepimento nell'ordinamento italiano della direttiva 54/2006, che doveva avvenire entro l'agosto 2008, occorre segnalare che il Ministero per i Diritti e le Pari opportunità aveva predisposto, durante il governo Prodi, nell'aprile del 2008, uno schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva comunitaria, che avrebbe dovuto essere varato con delibera del Consiglio dei Ministri entro giugno 2008.

Il decreto legislativo, così come era concepito, avrebbe modificato il decreto legislativo 198/2006, *Codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, il Testo Unico sulla Maternità (d. lgs. 151/2001) e la legge n. 53/2000 sulla conciliazione fra tempi di vita e tempi di lavoro.

L'inserimento nell'ordinamento italiano del decreto di recepimento di tale direttiva poteva avere conseguenze importanti sul coordinamento e l'operatività di tali normative; per il momento, con il cambio di legislatura al seguito delle elezioni politiche in Italia nell'aprile del 2008, la procedura non è stata ancora completata, quindi è prematuro prevederne le ricadute sull'ordinamento interno.

Ci troviamo, in definitiva, in una fase di transizione nei rapporti di reciproca influenza fra disciplina interna e disciplina comunitaria, transizione che investe aspetti e problematiche basilari per l'applicazione corretta di una reale tutela antidiscriminatoria.

Le problematiche riguardano sia l'estensione delle fattispecie discriminatorie, introducendo il concetto di “discriminazioni multiple o incrociate” e della loro regolazione⁹¹, sia l'applicazione processuale delle nuove direttive, con l'utilizzo di tecniche che tendono verso un crescente tasso di meccanicità, dovuto all'avvicinamento delle nozioni di discriminazione diretta ed indiretta, che non sempre giova al, e pone in evidenza il, concetto di discriminazione di genere.

90. Donata Gottardi, “L'attuazione della direttiva su razza e origine etnica e della direttiva quadro in Italia”, in Atti del Convegno “Una nuova stagione per le pari opportunità”, Firenze, 31 ottobre 2003, p. 47.

91. Discriminazioni multiple o incrociate si hanno quando, collegando le due discipline antidiscriminatorie di genere e di razza/origine etnica, si vede che uno stesso individuo può sommare nella sua persona più condizioni di esposizione al rischio di discriminazione (per es, una donna straniera). Una discriminazione multipla non si esaurisce in una mera sommatoria di fattori, ma al contrario produce ricadute negative esponenziali, e sottolinea in maniera evidente la questione della individuazione del fattore prevalente. Donata Gottardi, *ibidem*, pp. 48-49.

Il recepimento in Italia delle direttive comunitarie del 2000, pur avvenuto nei tempi accordati dal legislatore comunitario, non si è presentato scevro da “sviste” procedurali e sostanziali, al punto che nel giugno 2008 il governo italiano, per evitare la messa in mora, con procedura d’infrazione, da parte dell’Unione europea, ha emanato il decreto legge n. 59/2008, “*Disposizioni urgenti per l’attuazione di obblighi comunitari e l’esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*” che, con la relativa legge di conversione, la n. 101 del 6 giugno 2008, modifica le parti più controverse dei decreti di recepimento.

La figura della Consigliera di parità, in tale delicata fase di transizione e di ripensamento normativo, rappresenta un punto di riferimento basilare e di importanza crescente, sia per la tutela dei diritti acquisiti, sia per la protezione delle nuove fattispecie discriminatorie, soprattutto rispetto al d. lgs. 216/03 che, a differenza di quanto stabilito dal decreto n. 215 su razza ed origine etnica, non prevede la costituzione di organismi specifici per la protezione e la tutela dei soggetti potenzialmente discriminati.

In assenza di organismi specificamente creati, quindi, è la Consigliera di parità che si assume l’essenziale onere di tutelare e assistere legalmente persone discriminate per motivi connessi, fra gli altri, all’età, handicap, convinzioni personali o orientamento sessuale, ribadendo in tal modo il suo ruolo di baluardo istituzionale contro ogni forma di discriminazione, da potenziare e rendere maggiormente operativa.

Questa breve trattazione rappresenta l’ossatura normativa entro cui si trova ad operare la Consigliera di parità in Italia; di chiara derivazione comunitaria, per i principi e le politiche di intervento, la disciplina sulla parità e sulle pari opportunità è stata recepita, parzialmente o interamente, dall’ordinamento italiano, che ne ha declinato limiti ed ambiti di applicazione in armonia con le proprie leggi nazionali e costituzionali, offrendo alla Consigliera un ambito di intervento talvolta difficoltoso e in costante evoluzione, come verrà evidenziato in maniera esaustiva nella trattazione dei capitoli successivi.

2. *Dalla legge n. 125 del 1991 al decreto legislativo n. 196 del 2000 fino al Codice delle Pari Opportunità: il nuovo ruolo della Consigliera e del Consigliere di parità*

di Valentina Candidi Tommasi

Premessa

Prima di addentrarci nell'analisi della figura della/del Consigliera/e di parità¹ e del suo ruolo antidiscriminatorio è necessario accennare al contesto legislativo cui fa riferimento il principio di parità e di pari opportunità.

Il fondamento della disciplina paritaria risiede non solo nell'art. 3 della Costituzione², ma anche nella disposizione dell'art. 37 C.³, nel quale sono regolati principi basilari della materia in oggetto; sebbene in questa disposizione sia ravvisabile un certo margine di ambiguità per ciò che attiene al rapporto tra svolgimento dell'attività lavorativa ed adempimento della funzione familiare, tuttavia è contenuta una previsione inequivocabile in ordine al principio di uguaglianza e di parità di trattamento.

Nonostante gli ampi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali a cui ha dato luogo, l'art. 37 Cost. ha finito per entrare gradualmente nel sistema come uno dei

1. La doppia declinazione, al maschile e al femminile, della figura della/del Consigliera/e di parità è utilizzata, in realtà, solamente a partire dal decreto legislativo n. 196 del 2000, che affronteremo in seguito. La scelta di tale modalità linguistica fin dalla premessa è dettata, quindi, da esigenze di semplificazione logica e adeguamento di interpretazione evolutiva della nostra analisi.

2. Il cui testo stabilisce che *“tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.*

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese”

3. Il quale riconosce alla *“donna lavoratrice gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione”*.

suoi elementi portanti, anche se faticoso e arduo è stato il cammino per giungere all'acquisizione di una diffusa e comune cultura della parità.

Soltanto con la legge 9 dicembre 1977, n. 903⁴, si è realizzata una svolta significativa, nel senso di una prima e coerente attuazione non solo del dettato costituzionale, ma anche di ciò che si andava elaborando a livello comunitario. Deve essere da subito evidenziato che gran parte dei traguardi prefissati e normativamente disciplinati da questa legge non sono stati raggiunti; con la legge del 1977 la parità resta ad un livello eminentemente "formale" e la normativa antidiscriminatoria vale soprattutto ad eliminare i casi più clamorosi e manifesti, non riuscendo peraltro ad abbattere quel muro assai più insidioso e latente rappresentato da una sostanziale disparità di trattamento.

Nel decennio successivo, a partire dagli inizi degli anni ottanta, sono maturate iniziative diverse, nelle quali si risente l'eco delle strategie che prendono corpo negli altri Paesi, in una direzione più raffinata ed avanzata; si è cioè passati dal "principio di parità" a quello delle "pari opportunità".

Questo lungo e faticoso processo, accompagnato e sostenuto da un forte impegno dei sindacati, dell'associazionismo femminile e di alcune parti politiche, approda finalmente ad un risultato con la legge 10 aprile 1991 n. 125, frutto d'intensi dibattiti nel Paese e nelle aule parlamentari.

È stato autorevolmente sostenuto⁵ che la legge n. 125 presenta contenuti tra i più avanzati dei paesi europei ed addirittura, in alcuni casi, anticipatori rispetto a talune previsioni comunitarie; del resto, non si manca di osservare come, paradossalmente, assai meno anticipatrici e innovative fossero le strutture, i mezzi di attuazione e gli strumenti di controllo.

La realtà dei fatti è che la legge n. 125 è stata solo parzialmente attuata. In un noto commentario sistematico a questa legge, pubblicato a tre anni di distanza dall'entrata in vigore della stessa, si denuncia il suo mancato decollo⁶, non esitando a parlare di una "non giustiziabilità di fatto" dei diritti che la legge ha sancito⁷.

È vero che la legge è entrata in vigore in un periodo di crisi economica ed occupazionale, quando l'obiettivo era proprio quello di migliorare complessivamente le condizioni dell'occupazione femminile, ma la crisi non spiega tutto: non spiega, in particolare, una così singolare assenza di applicazione giudiziaria. Si sarebbe dovuto reagire con forza a questa situazione, perché le ga-

4. "Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro".

5. Cfr. per tutti Tiziano Treu, "La legge sulle azioni positive: prime riflessioni", in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, I, p. 108 ss.

6. La considerazione è di Maria Vittoria Ballestrero, T. Treu, *Note introduttive*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1994, n. 1, p. 8 ss. Ricordiamo che essi furono incaricati dal Governo, come esperti del Comitato nazionale di parità presso il Ministero del lavoro, di preparare un disegno di legge sulle azioni positive, che in sede di approvazione definitiva subì sostanziali modifiche, ma che dette luce alla legge n. 125.

7. M.V. Ballestrero, T. Treu, *Note introduttive*, cit., 1994, p. 8.

ranzie di parità o di pari opportunità diventano ancora più importanti quando è in crisi il sistema del lavoro e quando il riequilibrio della situazione impone scelte e provvedimenti ancora più rigorosi.

I curatori del Commentario di dieci anni fa chiudono le note introduttive affermando che *“la partita è aperta e molte carte debbono ancora essere giocate”*⁸, suggerendo a eventuali futuri legislatori una strada non di nuove iniziative, ma di aggiustamenti di carattere organizzativo e strumentale.

Il decreto n. 196 del 2000 rappresenta invero il completamento, sotto il profilo strumentale, della legge n. 125/91 sulle azioni positive. Si prende atto dell'insufficienza degli strumenti predisposti dalla legislazione di parità per la garanzia effettiva dei meccanismi volti ad assicurare pari opportunità a uomini e donne nel mercato e nel rapporto di lavoro, anche se restano fermi gli obiettivi e le finalità della legge n. 125, ritenuti ancora validi ed attuali.

Ma quali sono questi strumenti di garanzia che devono essere rafforzati? In primis i Consiglieri di parità, organismi trascurati sotto il profilo della dotazione strumentale nella precedente legge, che ora devono essere migliorati in termini strutturali e funzionali⁹.

La figura della/del Consigliera/e di parità si rivela, infatti, strategica non solo *“ai fini dell'attuazione degli obiettivi della legge, in virtù della sua articolazione territoriale (a livello nazionale, regionale e provinciale), che la rende idonea a rilevare, nei diversi contesti territoriali e nei diversi mercati del lavoro, situazioni di squilibrio di genere nell'accesso al lavoro, nella formazione e nelle condizioni di lavoro”*¹⁰, ma anche perché la sua diffusione la pone nelle condizioni di inserirsi funzionalmente nel processo di decentramento, dallo Stato agli enti territoriali, dei compiti relativi al collocamento ed alla politica attiva del lavoro¹¹.

L'articolazione di questa figura su base territoriale va considerata la carta vincente della riforma del 2000 che, in attuazione della delega contenuta nell'art. 47 della legge 17 maggio 1999 n. 144, ha inteso ridefinire e potenziare le funzioni, il regime giuridico e le dotazioni strumentali della/del Consigliera/e di parità.

8. L'espressione è di M.V. Ballestrero, T. Treu, *Note introduttive, cit.*, 1994, p. 10.

9. Già dai primi commenti alla l. n. 125 si desumono i forti limiti operativi dovuti all'assoluta insufficienza delle risorse ed ad uno *status* non molto definito, nonostante l'importanza delle funzioni assegnate a tale figura. *Contra*, Umberto Romagnoli, “La legge sullo sciopero fra autorità e consenso”, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, p. 1110, dove l'A. sembra assimilare la figura delle Consigliere di parità ad un'autorità indipendente (*authority*), con autonomo plesso organizzativo caratterizzato da un elevato livello di discrezionalità tecnica e dall'incidenza sui diritti fondamentali. Ma, purtroppo, bisogna opporre che il regime giuridico della Consigliera di parità si discosta parecchio da quest'ultima, per l'irrisorio compenso previsto per la sua attività e per l'inadeguatezza dei mezzi assegnati.

10. L'espressione è di Fausta Guarriello, “La nuova disciplina delle consigliere e dei consiglieri di parità”, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 3, 2003, p. 641-2.

11. Cfr. Guarriello, *op. cit.*, p. 642.

A livello decentrato tale figura è l'organismo di parità che rappresenta le "due anime" della l. n. 125: quella "promozionale" di politiche di pari opportunità nell'ambito territoriale di competenza, e quella "antidiscriminatoria", per il cui esercizio le viene riconosciuta la legittimazione all'azione in giudizio.

Le due attività non sono state disgiunte per il necessario raccordo che deve esistere tra l'una e l'altra affinché sia corretto ed effettivo l'esercizio di entrambe.

Valutato complessivamente, l'intervento del legislatore del 2000 appare di "manutenzione"¹² e "innovazione" dello scenario preesistente in cui si muoveva la/il Consigliera/e di parità, allo scopo di fornire alla società una figura più forte, organizzata e motivata sia alla promozione di politiche di pari opportunità che alla repressione di condotte che impediscono tale politica.

Con il d. lgs. n. 196 si sono compiute scelte che in qualche caso sono in linea con la filosofia della legislazione precedente mantenendo, per esempio, le definizioni di discriminazione diretta e indiretta; in altri casi sono del tutto innovative, come quella di ridisegnare una disciplina organica di decentramento territoriale dell'azione della/del Consigliera/e di parità, accompagnata dalla previsione di forme stabili di coordinamento a livello nazionale, attraverso la creazione di una "rete"¹³.

Detto decreto legislativo inoltre procede a ridefinire criteri e procedure di nomina delle stesse; ad individuare in modo puntuale i diversi compiti loro affidati, sia in relazione alle politiche attive del lavoro, che alla tutela antidiscriminatoria; ad attribuire loro maggiori risorse e mezzi (istituendo a garanzia di ciò un "fondo" di finanziamento)¹⁴.

Nel 2006 approdiamo infine al Codice delle Pari Opportunità, varato con il decreto legislativo n. 198/2006, adottato in attuazione della delega conferita al Governo dall'art.6 della legge 28 novembre 2005, n. 246, "*Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005*". Tale decreto ha il merito di raccogliere in un unico testo tutta la normativa vigente contenuta nelle leggi n. 7 del 1963, n. 903/77, nei decreti legislativi 31 luglio 2003, n. 226, 23 maggio 2000 n. 196, e nelle leggi 10 aprile 1991, n. 125 e 25 febbraio 1992, n. 215, concernenti gli aspetti fondamentali della disciplina della parità uomo-donna nel lavoro e delle pari opportunità: i principi informativi della materia, gli organi chiamati ad esercitare le relative funzioni, i procedimenti attraverso cui si attua l'azione amministrativa di detti organi ed infine gli strumenti di tutela.

12. Così Marzia Barbera, "Introduzione (La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità)", in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 3, 2003, p. 635.

13. Cfr. Stefania Scarponi, in "L'istituzione della rete delle Consigliere e dei consiglieri. La legislazione delle regioni a statuto speciale e delle province autonome", in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 3, 2003, p. 659 ss.

14. Cfr. Delia La Rocca, "Il fondo nazionale per l'attività delle Consigliere e dei Consiglieri di parità", in *Le nuove leggi civili*, n. 3, 2003, p. 667 ss.

Il compito del decreto n. 198/2006 affidato dalla legge delega è, anche e soprattutto, il riassetto ed una complessiva sistematizzazione delle normative in vigore nel nostro Paese in tema di pari opportunità e di diritto antidiscriminatorio: il che avrebbe implicato anche il superamento di alcuni aspetti critici. Tale operazione, almeno per quanto riguarda la disciplina della figura e delle funzioni della Consigliera e del Consigliere di Parità, non è pienamente riuscita e l'obiettivo è stato mancato sotto svariati aspetti.

Infatti, gli articoli che delineano e analizzano la figura della/del Consigliera/e nel nuovo decreto legislativo ripercorrono in modo quasi letterale il riassetto normativo del decreto legislativo n. 196/2000 *"Disciplina dell'attività delle Consigliere e dei Consiglieri di parità e disposizioni in materia di azioni positive"*. A parte qualche significativa omissione, di cui parleremo in seguito, quando analizzeremo in maniera puntuale i singoli articoli del decreto, il nuovo Codice delle pari opportunità ripropone, sostanzialmente immutata nel ruolo e nelle funzioni, la figura della Consigliera e del Consigliere di parità così com'è stata tratteggiata dalla riforma normativa del 2000. In tal modo si è persa la preziosa occasione di sciogliere alcuni basilari nodi strutturali e procedurali che il decreto del 2000 lasciava irrisolti, e si è accentuata al tempo stesso la natura prettamente compilativa del nuovo decreto legislativo, gettando qualche ombra sulla conformità dello stesso al dettato della legge delega del 2005.

Ne consegue, prima di passare ad un'analisi sistematica degli articoli del nuovo Codice relativi alla/al Consigliera/e di parità, la necessità di ripercorrere brevemente l'evoluzione della figura e dei compiti di tale organismo di parità dalla sua prima apparizione normativa fino alle più recenti riforme normative in materia.

1. I Consiglieri di parità: un percorso lungo più di vent'anni

L'analisi della figura della Consigliera e del Consigliere di parità abbraccia una vicenda molto complessa, che parte dalla sua nascita nel 1984 (art. 4, 4° c., l. n. 863 del 1984) alla configurazione delineata dalla l.n. 125 del 1991, fino ad arrivare alle modifiche e innovazioni di quest'ultima legge attuate dal d. lgs. n. 196 del 2000, trasposte in modo quasi letterale nel d. lgs. n. 198/2006.

In realtà si può dire che la storia della/del "Consigliera/e per l'attuazione dei principi di parità di trattamento tra uomo e donna in materia di lavoro" può essere racchiusa nell'ambito di quattro interrogativi: **"i Consiglieri di parità: una funzione senza poteri?"** si chiedevano nel 1986 i promotori di un convegno milanese, rappresentando efficacemente una situazione caratterizzata dalla lacunosità dei riferimenti normativi e dalla precarietà degli strumenti attuativi. **"I Consiglieri di parità: molti poteri senza strumenti?"** ci si interrogava nel 1991 riflettendo sull'importante e complesso ruolo affidato a questa figura dalla legge n. 125 e sui pochi mezzi di cui disponeva per

assolverlo¹⁵. **“I Consiglieri di parità: molti poteri, molti strumenti, senza una vera visibilità e autonomia?”** ci si potrebbe chiedere oggi nell’analizzare i decreti legislativi del 2000 e del 2006 (che ripropone in maniera quasi letterale l’assetto normativo del precedente). Questi decreti in linea di continuità con la legge madre (la n. 125/91), hanno proceduto ad un rafforzamento istituzionale della figura, apportando le correzioni richieste dall’esperienza e dotandola di risorse e mezzi per un efficace funzionamento, non aumentando, però, l’autonomia di questo soggetto. Ricordiamo, infatti, che nel corso della lunga attività istruttoria che ha preceduto la presentazione del progetto di riforma del 2000, concretatosi nel decreto n. 196, l’opzione di far assumere alla/al Consiglieria/e la veste formale di *authority* è stata più volte presa in considerazione. La discussione era stata condotta inizialmente dal Comitato nazionale di parità (CNP) e dal suo organo tecnico, il Collegio istruttorio, con il coinvolgimento di esperti, parlamentari, rappresentanti delle forze sociali, ed era poi continuata all’interno di una Commissione interministeriale in cui erano presenti anche esponenti del Ministero per le pari opportunità. Alcuni riconoscevano nella/nel Consiglieria/e i tratti tipici dell’*authority* e la possibilità quindi di ricondurre questa figura in tale direzione¹⁶: per esempio, la tutela di particolari interessi di natura collettiva, di rilevanza costituzionale in una posizione di terzietà e secondo canoni di specializzazione e competenza tecnica; il non essere parte di un ordinamento gerarchico, ma di una struttura organizzativa “reticolare”.

L’ipotesi, che tuttavia non ebbe seguito, ricalcava l’ampio disegno di riforma degli organismi di parità, presentato dal Dipartimento per le pari opportunità¹⁷, rappresentato dall’allora Ministro per le pari opportunità Anna Finocchiaro, qualche mese dopo il suo insediamento, durante il governo Prodi, con l’intento di istituire un organo di garanzia con carattere d’indipendenza e con competenza estesa “a tutte le discriminazioni”.

Le obiezioni sollevate ad un simile progetto vertevano, in primo luogo, sulla eccessiva ampiezza e indeterminatezza dei compiti assegnati alla/al Consiglieria/e, in secondo luogo, sul suo carattere centralizzato che mal si conciliava con la dimensione locale dei mercati del lavoro su cui la tutela antidiscriminatoria e l’azione promozionale erano destinati ad incidere, ed infine sul rischio di far perdere di vista la specificità tanto delle discrimina-

15. Cfr. Franca Borgogelli, “I Consiglieri di parità”, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 1, 1994, p. 144.

16. Fausta Guarriello, in “La nuova disciplina relativa alle Consigliere e ai Consiglieri di parità”, in *Le nuove leggi civili*, n. 3, 2003, p. 641, sottolinea l’assoluta irrisorietà dei compensi previsti dalla legge n. 125 per i Consiglieri, e la totale inadeguatezza dei mezzi messi a disposizione per lo svolgimento delle funzioni assegnate. L’A. afferma, a ragione, che queste condizioni rendono la posizione dei/delle Consiglieri/e abissalmente distante da quella delle *authorities* presenti nel nostro ordinamento.

17. Cfr. Marzia Barbera, *Introduzione*, cit., 2003, p. 635.

zioni di genere, quanto del modo in cui esse si manifestavano nel mercato del lavoro¹⁸.

Probabilmente vi sono ragioni più profonde e non rese esplicite che spiegano maggiormente le resistenze che la proposta ha incontrato. Sembra, infatti, che sulla questione si siano convogliate, in modo emblematico, le tensioni circa il modo d'intendere le politiche di pari opportunità esistenti all'interno del mondo politico femminile e del movimento femminista¹⁹, facendo, così, eliminare dal novero una delle ipotesi considerate praticabili.

Purtroppo, il decreto del 2006 sembra rispondere ad un ulteriore interrogativo sulle pari opportunità: i Consiglieri di parità, **un'occasione perduta?** Si può affermare, infatti, che il Codice del 2006, invece di trovare una soluzione alle problematiche di tipo procedurale e normativo, anche di fronte all'ampliamento dello spettro dei possibili motivi di discriminazione, come delineato dalla recente normativa europea, rappresenta la figura della Consigliera e del Consigliere così come cristallizzata dalla riforma del 2000.

2. La Consigliera e il Consigliere di parità degli anni '80

In ordine di tempo, la prima figura a vedere la luce dal punto di vista normativo è stata la/il Consigliera/e di parità a livello regionale, di cui all'art. 4, 4° c. della l. n. 863/84 (*"Misure urgenti a sostegno e ad incremento dei livelli occupazionali"*), come "Consigliera/e per l'attuazione dei principi di parità di trattamento tra uomo e donna in materia di lavoro", nominata dal Ministero del lavoro nell'ambito di una nuova composizione delle Commissioni Regionali per l'Impiego. L'iniziativa di inserire questa figura nelle Commissioni Regionali di nuovo conio è venuta dal CNP, organo che fino a quel momento ha svolto un ruolo importante negli studi sulla materia in oggetto, ed ha cercato con quest'iniziativa *"di darsi un'incidenza a livello politico, pur ammettendo di misurarsi con un argomento che non ha precedenti comparabili nella Cee"*²⁰.

Al suo nascere, la/il Consigliera/e di parità, è *"soggetto privo di reali poteri, menzionato quasi in ossequio ad un principio formale"*²¹ pur rappresentando *"un indubbio passo in avanti nel riconoscimento da parte dell'ordinamento della specificità e rilevanza della questione del lavoro femminile e della esigenza di apprestare nuovi e più efficaci strumenti di tutela"*²².

18. Così riporta Marzia Barbera, *Introduzione, cit.*, 2003, p. 635.

19. Cfr. Marzia Barbera, *Introduzione, cit.*, 2003, pp. 635-636.

20. La locuzione è di Annamaria Galoppini, "Il Consigliere di parità: un personaggio tutto da inventare", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, p. 971.

21. Silvana Sciarra, "Azioni positive nel pubblico impiego: metodologie e strumenti", *Notiziario giuridico*, 1991, n. 4, p. 3.

22. Stefania Scarponi (1985), "Un consigliere per la questione-donna", *Pol. dir.*, p. 347.

Ne viene fuori un personaggio che “assiste” alle riunioni della Commissione Regionale per l’Impiego “con facoltà d’intervento” ma, evidentemente senza poteri decisionali e di voto; la sua posizione è quella di un “tecnico” della parità, con funzioni di consulenza per l’attuazione della parità di trattamento in materia di lavoro.

La legge n. 863/84, infatti, nel creare la figura della/del Consigliera/e di parità, non le ha attribuito poteri e potestà tali da contrassegnare una carica pubblica, limitandosi, invece, timidamente a prevederne una funzione piuttosto anodina, di vigilanza e di controllo. L’art. 4 della norma citata ha costituito per lungo tempo, ma potremmo dire più concretamente fino all’emanazione della legge 125/91, una sorta di “*norma in bianco*”²³, rispetto alla quale neppure il trascorrere del tempo ed il consolidarsi di prassi sono riusciti ad attribuire un contenuto più preciso ed univoco. La mancanza pressoché totale di regole precise relative a competenze, procedure di nomina ecc. delle/dei Consigliere/i di parità, ha determinato l’affermarsi di situazioni regionali estremamente diversificate, che non hanno consentito di soccorrere sul terreno della prassi, indicando comportamenti univoci, alle deficienze legislative; così che la potenziale capacità propositiva di questa figura sul piano della realizzazione di eventuali progetti di azioni positive, è stata in genere subordinata alla volontà delle forze in campo ed ai rapporti più o meno collaborativi con le commissioni regionali di pari opportunità, più dotate sul piano economico e politico.

Il profilo operativo di detto organo emerge dal combinato disposto dall’art. 4, 4° c. che gli attribuisce compiti di sorveglianza all’interno della Commissione regionale per l’impiego (C.R.I.) sull’esatta applicazione della normativa paritaria, e dal comma 9 dello stesso articolo, che gli assegna compiti d’indagine, tramite l’Ispettorato del Lavoro, presso le imprese sospettate di eventuali situazioni discriminatorie. Questo doppio potere della/del Consigliera/e, purtroppo, è rimasto spesso in ombra e frustrato, anche per un atteggiamento non sufficientemente collaborativo da parte del sindacato.

Quest’ultimo, infatti, avrebbe dovuto predisporre una capillare opera di monitoraggio e rilevazione sulle singole realtà aziendali e su possibili fatti discriminatori, che potevano costituire elemento di valutazione ed eventuale intervento da parte della/del Consigliera/e²⁴.

Gli esiti non sono stati confortanti anche a causa di altri ostacoli, che sono andati dalla mancata nomina della/del Consigliera/e in alcune regioni, alla difficoltà di sensibilizzare concretamente il Servizio Ispettivo del Lavoro²⁵.

23. L’espressione è di Paola Catalini Tonelli, “Articolo 8. Consiglieri di parità”, in Maria Luisa De Cristofaro (a cura di), *La legge italiana per la parità di opportunità delle lavoratrici*, Napoli, 1993, p. 140.

24. Cfr. Catalini, *op. cit.*, p. 142.

25. Catalini, “Prime esperienze dei Consiglieri di parità: riflessioni critiche e positive”, *Dir. lav.*, 1987, I, p. 564.

La successiva legge n. 56/87 all'art. 4, 2° c. introduce nella Commissione Centrale per l'Impiego la Consigliera Nazionale di Parità. La funzione ed i poteri attribuiti originalmente a questa figura sono piuttosto sfumati²⁶ e molte le carenze strumentali; ciò nonostante, la sua istituzione ha avuto un rilevante valore di politica del diritto poiché è stato il primo, concreto tentativo di superamento dei limiti della l. 9/12/1977 n. 903, sulla parità di trattamento fra uomini e donne in materia di lavoro. Questa legge indubbiamente risponde ad una logica "individualista"²⁷, impostazione che non facilita la repressione delle discriminazioni indirette che colpiscono le donne come gruppo più che come singoli individui²⁸. In questo contesto, la creazione di organi pubblici cui affidare il compito di promuovere la parità rappresenta il superamento della parità tra i sessi come regola confinata nei rapporti interprivati e l'assunzione di essa come interesse pubblico da realizzare attraverso la creazione di un ufficio *ad hoc*.

3. Ruolo e funzioni della nuova figura della/del Consigliera/e di parità del 1991: profilo generale

Un ben diverso impulso è stato dato alla/al Consigliera/e di parità dalla l. n. 125/91, che ha delineato più compiutamente i contorni della figura, anche se non eliminato del tutto le zone d'ombra. La legge del 1991 ha scelto di attribuire a questa figura un ruolo strategico per la promozione ed il controllo dell'attuazione dei principi di parità di trattamento tra uomini e donne nel lavoro. Un elemento di fondo, però, ha condizionato l'efficacia dell'azione di tali soggetti: il forte divario fra i ruoli ed i compiti loro attribuiti e le risorse e gli strumenti messi a disposizione²⁹.

L'analisi ricostruttiva della figura giuridica delineata dalla l. n. 125 tenderà di valutare se si trattava veramente, come è stato criticamente ed un po' ingenerosamente affermato, "*di un personaggio in cerca d'autore (...) che, reclu-*

26. Cfr. Mario Giovanni Garofalo, "La legislazione in materia di lavoro nel 1986-87", in *Dir. lav. rel. ind.*, 1987, p. 373, che rileva come l'istituzione della figura della/del Consigliera/e a livello centrale non era stata accompagnata dall'integrazione dei compiti della Commissione medesima in materia.

27. Cfr. Cristina Rapisarda Sassoon, "Tecniche individuali e collettive a confronto nella tutela giudiziale dei diritti di parità", in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, *La discriminazione di sesso nei rapporti di lavoro*, 1990, n. 7, p. 98.

28. Così Gisella De Simone, *Dai principi alle regole*, Giapichelli, Torino, 2001, p. 167.

29. Monica Mc Britton, "Gli organi di parità", in M.G Garofalo (a cura di), *Lavoro delle donne e azioni positive. L'esperienza giuridica italiana*, Caccucci, Bari, 2002, p. 64, alla nota 16, completa un'espressione di Tiziano Treu estrapolata da, "La legge sulle azioni positive: prime riflessioni", in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, I, p. 108. L'autrice condivide, infatti, che "*la scelta della legge [125] è invece netta nel senso di potenziare i consiglieri di parità: almeno quanto a distribuzioni e funzioni*" ma aggiunge "*meno sicuramente nella strumentazione operativa*".

tato in base a criteri tutt'altro che trasparenti, fa la sentinella della legge in qualità di lobbista autorizzato del movimento femminista, a metà strada fra il difensore civico dei diritti delle donne che lavorano e l'attore popolare di derivazione ottocentesca. Con gettoni a carico del bilancio del ministero del lavoro”³⁰.

La l. n. 125/91 ha disposto che le/i Consigliere/i fossero “componenti a tutti gli effetti delle rispettive Commissioni Regionali per l'impiego” (art. 8, 1° c.)³¹; a livello provinciale, ha previsto la nomina di una/un Consigliera/e presso la Commissione Circostrizionale per l'Impiego insediata nel capoluogo, con facoltà d'intervento presso le altre Commissioni presenti nella stessa provincia (art. 8, 2° c.).

A livello centrale, la/il Consigliera/e è componente con voto deliberativo della Commissione centrale per l'impiego (art. 8, 4° c., l. n. 125/91), e componente del CNP (art. 5, lett. f).

La scelta di far perno sulle Commissioni per l'Impiego può essere spiegata semplicemente con la rilevanza per la condizione femminile delle competenze in materia di disciplina del mercato del lavoro loro affidate. Ma può anche essere letta come il tentativo di creare una struttura capace di scegliere e tracciare le strategie d'intervento (promozionali e repressive) sulla base di una conoscenza ed una consapevolezza il più possibile complete della realtà in cui si pone la questione della parità nel lavoro. In altri termini, la stretta interdipendenza che si determina tra i compiti spettanti alle/al Consigliere/i, quali componenti delle commissioni per l'impiego, e le funzioni ed i poteri autonomi assegnati loro direttamente dalla l. n. 125 consente loro di operare più efficacemente³².

Il legislatore del 1991 assegna a questo soggetto due tipologie d'intervento: quella “promozionale” e quella “repressiva”³³. Si aggiungono poi gli strumen-

30. Così Ugo Romagnoli, “La legge sullo sciopero fra autorità e consenso”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 1110.

31. Paola Catalini, in *Eguaglianza di opportunità e lavoro femminile*, Novene, Napoli, 1992, p. 156, rilevava che la previsione dei Consiglieri di parità regionali fosse “probabilmente il profilo più variegato ed interessante del complessivo apparato amministrativo di tutela e promozione delle pari opportunità”.

32. Così Franca Borgogelli, “I Consiglieri di parità”, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 1, 1994, p. 147.

33. Anche il decreto n. 196/2000 prevede di mantenere il doppio ruolo di promozione dell'occupazione femminile e di prevenzione e rimozione delle discriminazioni di genere, che caratterizza la/il Consigliera/e di parità della legge 125. È doveroso ricordare, però, che in una prima fase di elaborazione della riforma del 2000 si è discusso, presso i Ministeri competenti, sulla possibilità di tenere distinte le due funzioni, affidandole a due distinti organismi: quelle promozionali al Comitato nazionale di parità, e quelle di accertamento e rimozione delle discriminazioni ad una costituenda autorità indipendente, con eventuali ramificazioni territoriali; scelta che non è stata presa in considerazione dal legislatore del 2000. La scommessa e la sfida del d. lgs. n. 196, dunque, è sia la doppia funzione assegnata alla figura della/del Consigliera/e, dotata di maggiori risorse e coadiuvata da organismi tecnici, sia il carattere territoriale, che ne fa un modello origi-

ti d'informazione e controllo, che assumono grande importanza per entrambe le aree d'intervento, in quanto consentono di orientarlo in modo adeguato alle necessità.

Nell'ambito promozionale è possibile accorpate la maggior parte delle competenze, diverse da quelle giudiziali, previste dalla legge. È utile la loro suddivisione in due filoni: il primo riguarda l'attuazione delle azioni positive, intese come misure attraverso cui favorire l'occupazione femminile e realizzare l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro (art. 1, 1° c. l. 125/91). Questo ambito si articola a sua volta in intervento promozionale e intervento consultivo, a seconda della natura giuridica del datore di lavoro interessato. Il secondo filone riguarda l'attuazione della legislazione in materia di parità e pari opportunità, mediante l'instaurazione di rapporti con l'apparato statale di controllo, ossia l'Autorità Giudiziaria e l'Ispettorato del Lavoro.

3.1. I compiti: le azioni positive

Per quanto riguarda il ruolo assegnato dalla legge n. 125 alle/ai Consigliere/i di Parità nei confronti delle azioni positive, questi hanno il compito d'incentivare la formulazione di progetti di azioni positive, presso le imprese, private e pubbliche, le associazioni sindacali ed i centri di formazione professionale.

Così le/i Consigliere/i – ad ogni livello, centrale, regionale, circoscrizionale – sono compresi nell'elenco dei possibili “promotori” (art. 1, 3° c., l. 125/91) e di coloro che “adottano” azioni positive altrimenti finanziate rispetto alla procedura di cui all'art. 2.

L'ampia area in cui si proietta l'azione delle Consigliere e dei Consiglieri e gli strumenti di conoscenza di cui possono disporre, relativi sia al governo territoriale del mercato del lavoro sia alle singole realtà lavorative, consente loro non solo di svolgere un'opera d'incentivo e collegamento (ad esempio tra i momenti della formazione, scolastica e professionale, e l'accesso al mercato del lavoro), ma anche di prendere l'iniziativa ove manchino o siano indisponibili altri soggetti (si pensi alla riqualificazione delle lavoratrici in mobilità con professionalità obsolete)³⁴.

Fin qui si è parlato degli interventi lasciati all'iniziativa di questo organo di parità, ma vi sono fattispecie in cui questa è chiamata dalla legge n. 125 a fungere da consulente per così dire necessario.

È il caso del settore del pubblico impiego, dove il piano di azioni positive va obbligatoriamente adottato e il ruolo della/del Consigliera/e è consultivo, a fianco degli organismi rappresentativi del personale ed in alternativa al CNP

nale nel panorama delle istituzioni di parità, che si manifesta attraverso una rete ramificata e flessibile, unitariamente coordinata dalla/dal Consigliera/e nazionale di parità.

34. Così Borgogelli, *op. cit.*, p. 150.

(art. 2, 6° c.). Si tratta di una consulenza prestata per i piani di azioni positive delle Pubbliche Amministrazioni, ripartita tra Consigliere/i e CNP “*in relazione alla sfera d’azione della propria attività*”: un criterio che suscita perplessità. Sembra infatti far riferimento ad una divisione territoriale di competenza tra i due organismi (al Comitato il livello nazionale, alle/ai Consigliere/i quello decentrato), che appare di difficile gestione, in quanto la disciplina non configura né un rapporto gerarchico fra i due né un rapporto centro-periferia³⁵.

È d’uopo richiamare un altro intervento consultivo delle/dei Consigliere/i regionali di parità, a fianco delle rappresentanze sindacali, rivolto ai datori di lavoro obbligati dal giudice, nella sentenza che chiude positivamente il procedimento giudiziario promosso per rilevare discriminazioni di carattere collettivo, a definire “*un piano di rimozione delle discriminazioni accertate*” (art. 4, 7° c.). Benché alcuni commentatori abbiano qualificato questo piano come una vera e propria azione positiva, seppure di una tipologia particolare in quanto “obbligatoria” o coercitiva³⁶, è degna di nota l’opinione di quella dottrina³⁷ che ne sottolinea la distinzione ontologica e ritiene “*che siamo di fronte ad una figura sostanzialmente diversa dalle azioni positive; sicuramente dalle azioni positive definite nell’art. 1 della legge e fuori dalla logica che le sottende (...). Infatti si tratta pur sempre di una sanzione, da rapportare alla violazione di un precetto giuridico, nell’ambito di un procedimento promosso dalla stessa/o Consigliera/e regionale di parità che poi interviene ad esprimere il parere sul modo in cui il datore di lavoro può ripristinare la condizione di legalità; in ogni caso si è al di fuori della dimensione promozionale*”.

3.2. La dimensione repressiva

Il principio di parità è fondamentalmente un principio di diritto, affermato ai massimi livelli dell’ordinamento interno e internazionale, il cui rispetto va garantito ed assicurato con strumenti impositivi e repressivi.

Di questo rapporto di reciprocità tra le due tipologie d’intervento sembra consapevole il legislatore del 1991, nel momento in cui accentra in un unico organismo – la/il Consigliera/e di parità – funzioni riconducibili sia alla dimensione promozionale che a quella repressiva.

La funzione di “*promotore di giustizia*”³⁸ rafforza la posizione delle/dei Consigliere/i nello svolgimento degli altri compiti. “*In particolare, nell’area*

35. Cfr. Borgogelli, *op. cit.*, p. 150.

36. Nel senso criticato cfr. Barbera, “Una legge per le azioni positive”, in *Dir. e pratica lav.*, 1991, n. 20, p. 1238, nonché sempre Barbera, *Discriminazione ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1992, pp. 217, 328 e *passim*.

37. Cfr. Borgogelli, *op. cit.*, p. 151.

38. L’espressione è usata da Mario Napoli, *La legge sulle azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna del lavoro*, in *Id. Occupazione, rappresentatività, conflitto*, Torino, 1992, p. 127.

della gestione del mercato del lavoro e soprattutto delle crisi aziendali – ove la posizione femminile si configura caratterizzata da peculiare debolezza e in potenziale o attuale conflitto con quella degli altri lavoratori e del sindacato – la possibilità attribuita alla/al Consigliera/e di ricorrere direttamente al giudice o di appoggiare i ricorsi individuali garantisce che il raggiungimento dei necessari compromessi che contemperino i vari interessi non avvenga a scapito dei più deboli, ovvero delle lavoratrici”³⁹.

La legge n. 125/91 conferisce alle/ai Consigliere/i di Parità – con differenziazioni a seconda della collocazione territoriale – la legittimazione attiva sia all’azione individuale in giudizio sia all’azione giudiziaria cosiddetta “pubblica”.

La prima fattispecie comprende sia la promozione del tentativo obbligatorio di conciliazione presso la competente commissione ai sensi dell’art. 410 c.c., affidata alla/al Consigliera/e di parità competente per territorio (art. 4, 4° c., l. 125/91), che l’azione nei giudizi ordinari e amministrativi su delega della “lavoratrice”⁴⁰ e l’intervento nei giudizi “promossi dalla medesima” (di entrambe le “facoltà” sono titolari i Consiglieri regionali e provinciali: art. 8, 8° c.).

La seconda fattispecie concerne la legittimazione attiva attribuita a titolo proprio alle/ai sole/i Consigliere/i Regionali qualora riscontrino casi di discriminazione di carattere collettivo. Senza entrare ancora nel merito della non facile ricostruzione della nozione di discriminazione collettiva, basti qui ricordare come essa possa assumere le vesti della discriminazione diretta e indiretta e come l’azione possa essere promossa “anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni” (art. 4, 6° c.).

Nella legge n. 125 il ruolo giudiziario del sindacato resta confinato al ricorso, su delega della lavoratrice, in caso di discriminazioni nell’accesso al lavoro e di violazione del divieto di lavoro notturno (*ex art. 15 l. n. 903 del 1977*). Il legislatore del 1991 ha scelto, quindi, di affidare ad un soggetto terzo, la/il Consigliera/e di parità, il compito di vagliare la legittimità delle scelte unilaterali e negoziali delle parti del rapporto di lavoro alla luce del principio di non discriminazione e di chiamare il giudice ad esprimersi accertando la sussistenza della disparità di trattamento e ad imporre con sentenza la modifica delle regole, degli atti e dei comportamenti in caso di esito positivo del procedimento. Un ruolo molto delicato, che implica un rapporto diretto con i soggetti delle relazioni sindacali: infatti entrano in gioco non solo le prassi e le norme in materia di classificazione professionale, mobilità verticale, retribuzione, formazio-

39. Così Borgogelli, *op. cit.*, p. 155.

40. Sul significato da attribuire al richiamo delle sole lavoratrici, cfr. Borgogelli, *op. cit.*, p. 161, nota 62, che afferma: “per quanto concerne il fatto che la l. n. 125, nel prevedere gli interventi della/del Consigliera/e di parità di sostegno alle azioni giudiziarie individuali (azioni su delega e intervento in giudizio), usi il termine “lavoratrice” (cfr. art. 8, comma 8°), consentendo così di ipotizzare che tali interventi siano possibili solo nel caso di discriminazioni a danno delle donne, credo, nella logica dell’analisi qui condotta, che si tratti di un mero errore tecnico, spiegabile in considerazione dell’*id quod plerumque accidit*”.

ne professionale nell'area del lavoro privato e pubblico, ma altresì tutti gli accordi procedurali che decidono la sorte dei rapporti di lavoro nelle situazioni di crisi aziendale.

La possibile soluzione di affidare alle parti sociali tale potere avrebbe reso *“ancora più debole la posizione femminile, non sempre adeguatamente rappresentata nel e dal sindacato”*⁴¹. Infatti, in un quadro generale di crisi e scarse risorse, affidare questo compito al sindacato poteva risolversi in una soluzione che avrebbe sacrificato i settori più deboli del mercato del lavoro o che comunque non avrebbe tenuto in adeguata considerazione le loro esigenze.

3.3. *Gli strumenti di informazione e controllo*

Al fine di agevolare le/i Consigliere/i di Parità nel compimento delle scelte operative relative alle funzioni loro affidate, la legge n. 125/91 li ha dotati di particolari strumenti d'informazione e di controllo.

Per quanto riguarda le relazioni con le autorità di controllo, va osservato che le Consigliere e i Consiglieri sono tenuti a presentare *“rapporto all'autorità giudiziaria per i reati di cui vengono a conoscenza nell'esercizio delle funzioni”* (art. 8, 6° c., l. 125/91) e sono invece fruitori incentivanti delle conoscenze dell'Ispettorato del Lavoro sulla situazione del mercato del lavoro. Possono infatti fare richiesta all'Ispettorato provinciale di acquisizione *“presso i luoghi di lavoro”* di *“informazioni sulla situazione occupazionale maschile e femminile, in relazione allo stato delle assunzioni, della formazione e promozione professionale”* (art. 8, 7° c.); nonché segnalare all'Ispettorato regionale, affinché solleciti le aziende inottemperanti a provvedere, in caso di mancata trasmissione del rapporto biennale, obbligatorio per le aziende pubbliche e private con oltre cento dipendenti, e relativo anch'esso alla *“situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni ed in relazione allo stato delle assunzioni, della formazione, della promozione professionale”* (art. 9, 1° e 4° c., l. 125/91).

Il dato più significativo riguarda il cambiamento della relazione esistente fra Consigliera/e, Commissione regionale d'Impiego ed Ispettorato del Lavoro, con un innegabile incremento nell'assunzione di responsabilità, almeno formale, da parte della/del prima/o. La/il Consigliera/e diventa *“pubblico ufficiale”*, sia pure *“part-time”*.

Ci si è chiesti, di conseguenza, se questo organismo si possa ritenere incaricato di poteri d'indagine⁴². Potrebbe apparentemente risultare così superata l'obiezione di quanti osservavano la scarsa agibilità dell'organo istituzionale di

41. Così Borgogelli, *op. cit.*, p. 156.

42. Così Gottardi Donata, *Il consigliere di parità, cit.*, 1994, p. 166.

controllo⁴³, ma pare comunque indispensabile avvertire che l'interpretazione proposta si scontra inevitabilmente con l'assenza di qualsiasi disposizione normativa espressa, che consenta, sia sotto il profilo formale sia sotto quello sostanziale, la diretta verifica da parte della/del Consigliera/e dell'attuazione della disciplina sul lavoro femminile⁴⁴.

3.4. *Gli strumenti operativi: elementi di giudizio*

L'analisi sin qui svolta condurrebbe ad esprimere un giudizio complessivamente positivo sulla disciplina relativa alla/al Consigliera/e di parità predisposta dalla legge n. 125/91, nonostante alcuni evidenti limiti tecnici⁴⁵.

Restano però ancora da prendere in esame e valutare la struttura e gli strumenti operativi di cui la legge ha dotato l'ufficio, la loro qualità e idoneità rispetto alla rilevanza delle funzioni e dei poteri a questo assegnati.

Nel dettato della legge si incontra una/un Consigliera/e con compiti polivalenti, che fanno di questa figura l'organismo portante su cui si incentra l'attuazione delle finalità della disposizione normativa. Ciò indurrebbe ad immaginare l'ufficio come una struttura articolata, fornita di autonomia organizzativa, gestionale e finanziaria, la/il cui titolare sia adeguatamente retribuito per l'impegno e la professionalità offerti e possa utilizzare vari strumenti oltre che competenze specialistiche. *“Delusione e sconcerto si provano quando si avverte di essere di fronte ad una piramide rovesciata”*⁴⁶. Tutto il peso, infatti, ricade su un solo soggetto che deve affrontare una non indifferente mole di lavoro, ricevendo un compenso irrisorio⁴⁷.

Le/i Consigliere/i, come già accennato, possono richiedere indagini particolari o doversi avvalere di conoscenze disciplinari specifiche, ma per questo non sono previsti né il ricorso a consulenze esterne né l'utilizzo di qualificati strumenti operativi né risorse economiche.

43. Tra cui anche Gottardi D., “Commento della legge regionale Veneto 30 dicembre 1987”, n. 62, *Dir. reg.*, 1990, p. 214.

44. Vedremo che nel decreto n. 196/00 il Servizio Ispettivo del Lavoro è incardinato nella struttura dalle Direzioni Provinciali e Regionali del lavoro, ma la tipologia del rapporto con i/le Consiglieri/e è la stessa.

45. Furono subito evidenziati dai commenti di autori autorevoli come: M.V. Ballestrero, “La legge sulle azioni positive”, in *Spazio Impresa*, 1991, pp. 12-13; T. Treu, “La legge sulle azioni positive: prime riflessioni”, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, I, p. 134 ss.

46. Così Borgogelli, *I Consiglieri di parità*, cit., 1994, p. 162.

47. Il compenso consisteva nel gettone giornaliero di presenza (di entità irrisoria), per la partecipazione alle riunioni delle commissioni per l'impiego; un gettone di importo analogo viene corrisposto anche per le giornate “di effettiva presenza nelle sedi ove sono domiciliati”, ma in questo caso entro un limite massimo fissato annualmente con decreto del Ministro del lavoro (l'onere è a suo carico). Nessun compenso è previsto per interventi fuori sede. Il tempo di lavoro va recuperato, per i lavoratori dipendenti, chiedendo, con comunicazione scritta presentata tre giorni prima, permessi non retribuiti. Così dispone l'art. 8, 11°-12° c., della l. n. 125.

Se si pone l'attenzione al ruolo esperito in giudizio, sulla base delle osservazioni svolte, diventa impensabile ipotizzare la presentazione diretta di un ricorso per discriminazione collettiva da parte della/del Consigliera di parità. Questo organo infatti non sempre è dotato di conoscenze in materia processuale e arduo sarà, in assenza di risorse, il reperire collaboratori in grado di svolgere questo compito. Del resto, incongrua rispetto agli obiettivi sarebbe la scelta di privilegiare nella procedura di nomina i soggetti dotati di questa specifica professionalità o richiedere in ogni caso l'assistenza dell'Avvocatura dello stato, perché in molte situazioni mancherebbe il carattere della terzietà⁴⁸.

Viene così in discussione la stessa scelta del legislatore e lo squilibrio tra onerosità ed impegnatività di compiti e modestia di risorse e strumenti conferiti fanno dubitare della effettiva volontà di affrontare in forma risolutiva la questione⁴⁹.

Significativo è il fatto che con l'art. 4, 5° c., della l. n. 236 del 1993 si è provveduto a migliorare la situazione per il Comitato Nazionale di Parità in quanto a compensi dei suoi componenti, mentre i Consiglieri di parità hanno visto aumentare solo la rilevanza e l'onerosità dei compiti loro attribuiti.

Un'autorevole commentatrice della legge in esame ha affermato amaramente nelle sue conclusioni ad un saggio⁵⁰ che: *“fino a che non si affronterà e non si risolverà in modo adeguato il problema degli strumenti operativi si deve ritenere che tutta la legge non è che un grosso inganno, una ennesima operazione di immagine, dato che la struttura su cui essa si appoggia non è in condizioni di operare”*⁵¹.

4. La doppia declinazione della figura delle Consigliere e dei Consiglieri di parità. La preferenza legale per le candidature femminili alla carica

La riforma degli strumenti operativi viene in realtà attuata solo con il decreto legislativo del 23 maggio 2000, n. 196 attraverso la creazione di una rete

48. Infatti la controparte potrebbe essere un'amministrazione pubblica.

49. Sul rapporto impari tra le funzioni assegnate ai Consiglieri di parità e la povertà dei mezzi di cui disponevano, cfr. Treu, “Lavoro e diritto nella X legislatura”, in *Lav. dir.*, 1992, p. 410. L'A. commentando criticamente le scelte effettuate dalla l. n. 125 con riguardo agli *“organismi specializzati di applicazione e controllo”* e facendo il confronto con le istituzioni sperimentate da decenni in altri ordinamenti (di ben altro livello, per autonomia, risorse e autorevolezza), sottolinea il risultato *“paradossale”* che deriva dal fatto che: *“La legge 125 presenta contenuti fra i più avanzati dei paesi europei, è anticipatrice rispetto alle indicazioni comunitarie, che non sono riuscite se non a lambire i temi critici della discriminazione indiretta, delle azioni positive e della prova; ma non ha voluto imparare quasi niente dell'esperienza ormai pluriennale degli stessi paesi che pure è univoca nell'indicare l'importanza decisiva degli strumenti di controllo (più che della magistratura)”*.

50. Cfr. Borgogelli, *I Consiglieri di parità*, op. cit., 1994, p. 162.

51. Vedremo, in seguito, le soluzioni adottate dal d. lgs. n. 196/00, provvedimento di riforma della legge madre n. 125/91.

di coordinamento tra Consigliere/i e di un fondo di finanziamento che attribuisce loro maggiori risorse e mezzi.

Del tenore di queste soluzioni, che rendono tutta la struttura finalmente operativa, parleremo più avanti, mentre ora preme sottolineare che l'art. 1 di detto decreto del 2000 apre in modo significativo con la doppia declinazione al femminile e al maschile della figura delle Consigliere e dei Consiglieri di parità.

Tale innovazione linguistica viene letteralmente ripresa dall'art.12 del decreto n. 198 del 2006⁵², istituzionalizzando così al femminile la carica pubblica cui viene delegata la funzione di dare attuazione alle politiche di pari opportunità.

Nella legge n. 125, infatti, è stata solo una prassi utilizzare espressioni come “la Consigliera o le Consigliere di parità”, e questo è avvenuto inavvertitamente perché in realtà nella maggioranza dei casi erano solo donne a ricoprire questa carica. Si ha quindi l'ufficializzazione di questa prassi rispettivamente all'art.1 e 12 dei due decreti in esame.

Quest'aggiunta sembra affermare sotto il profilo normativo un criterio di preferenza legale per le candidature femminili a parità di requisiti professionali, come poi viene esplicitato nelle pieghe dell'art. 2, 4° c. del d. lgs. n. 196, ripreso totalmente dall'art. 12, comma 4 del d. lgs. n. 198/2006, quando nella disposizione dedicata alle condizioni di esercizio del potere sostitutivo da parte del Ministro del Lavoro, si prevede che, a parità di requisiti professionali, debba procedersi alla designazione e nomina di Consigliere di parità di sesso femminile.

Questa disposizione non è sfuggita ai primi commentatori del d. lgs. n. 196/00⁵³, anche perché è stata inserita nella stessa norma che disciplina il potere sostitutivo da parte del Ministro, legittimando alcuni a dubitare che questo criterio si possa applicare in via generale, anche per le designazioni normalmente operate dai competenti organi delle province e delle regioni, ai sensi dell'art. 2, 1° c⁵⁴ del decreto del 2000, ora art. 12, comma 3 del decreto del 2006.

52. Fino ad ora abbiamo usato la doppia declinazione per esigenze di semplificazione logica, come già accennato all'inizio di questo capitolo.

53. Cfr. Mc. Britton, “Gli organi di parità”, in Garofalo (a cura di), *Lavoro delle donne e azioni positive. L'esperienza giuridica italiana*, Bari, 2002, p. 75. L'A. afferma che “l'espresso riferimento alla designazione esclude che il precetto –nonostante la sua collocazione nel 4° comma – operi solo in relazione al potere sussidiario del Ministro disciplinato nello stesso comma”. *Contra* v.: Angelini, in Grandi e Pera Giuseppe (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, p. 1304, il quale scrive che, “diversamente da quanto sarebbe stato forse legittimo attendersi, la collocazione sistematica della norma induce a ritenere che la promozione della presenza femminile nel ruolo di Consigliere non sia dettata in via generale, ma operi limitatamente a situazioni determinate da procedure di nomina “patologiche”, condizionando soltanto il potere di designazione del Ministro”.

54. Al riguardo si veda la circolare n. 70/2000 del Ministero del lavoro, del 23 ottobre 2000, recante i primi indirizzi sull'attuazione del d. lgs. n. 196/00 che avverte che la disposizione nel

Pare che una complessiva esegesi della norma ed una lettura coerente con le indicazioni interpretative forniteci dalle recenti sentenze della Corte di Giustizia della UE ci possa agevolmente condurre alla seguente ricostruzione: le candidate dovranno possedere i requisiti soggettivi imposti dall'art. 13 del d. lgs. n. 198 e, a parità di requisiti tecnico-professionali tra due o più candidati alla copertura della carica, scatta la preferenza legale in favore della candidatura femminile rispetto a quelle di sesso maschile, nel rispetto della giurisprudenza formatasi sul caso *Marschall*⁵⁵, che sancisce la valutazione individuale delle candidature e la legittimità della preferenza della candidatura femminile a parità di requisiti professionali: tale preferenza non opera, quindi, se il candidato uomo ha un migliore *curriculum*.

La preferenza femminile pertanto non si verifica automaticamente, ma soltanto dopo una comparazione dei *curricula* e un giudizio di equivalenza delle competenze tecniche e delle esperienze professionali maturate per poter svolgere l'incarico di Consigliera/e di parità.

È prevedibile che l'organo cui spetta la designazione possa valutare, pur nel rispetto dei requisiti imposti dalla legge, come equivalenti *curricula* professionali diversi. In questo caso la candidata in possesso dei titoli richiesti potrà, grazie al criterio di preferenza legale, impugnare l'atto di designazione per illegittima estromissione.

Il sistema di preferenza legale ha lo scopo di recepire le raccomandazioni europee in materia di promozione delle donne in ruoli di responsabilità⁵⁶, oltre che riconoscere istituzionalmente una funzione che prima nella prassi veniva svolta esclusivamente dalle donne con spirito volontaristico, nella completa assenza di strumenti e risorse. Una parte della dottrina ha ravvisato in questa ufficializzazione una possibile insidia: *“con la nuova legge, che tali risorse e strumenti finalmente dispone, [la carica di Consigliere di parità] potrebbe diventare appetibile al sesso maschile e magari divenirne appannaggio esclusivo, come è costume che avvenga per quasi tutte le authorities, dalle quali le donne o sono totalmente assenti, pur in presenza delle competenze necessarie, o ne costituiscono il simbolico ‘fiore all’occhiello’”*⁵⁷. Un criterio preferenzia-

comma 4° del decreto 196 ha portata generale e deve essere interpretata nel senso di preferire, a parità di condizione, candidate rispetto a candidati. Infatti nello schema di decreto legislativo predisposto dall'ufficio legislativo del Ministero del lavoro la disposizione era collocata nell'ultimo capoverso del comma 3°, riguardante il sistema di pubblicità delle candidature e delle nomine.

55. Corte di Giustizia, sentenza dell'11 novembre 1997 (C-409/95), in *Raccolta della Giurisprudenza* 1997, p. I-6363. Cfr. capitolo precedente, par. 4.5.

56. Ricordiamo in proposito la direttiva della Presidenza del Consiglio dei ministri 8 marzo 1997 (c.d. direttiva Prodi-Finocchiaro) che incentivava la promozione di donne in ruoli di responsabilità nella P.A., nelle nomine di derivazione governativa, dove sono veramente sottorappresentate. La direttiva in realtà non ha trovato nessuna applicazione. Essa riprende le priorità espresse dal quarto programma di azione comunitaria.

57. Fausta Guarriello, *La nuova disciplina relativa alle Consigliere e ai Consiglieri di parità*, op. cit. n. 3, 2003, p. 644.

le pertanto interviene come elemento riequilibratore e per così dire preventivo rispetto ad un rischio neppure troppo imprevedibile.

5. Le Consigliere ed i Consiglieri di parità del 2000. Dal decreto legislativo del 2000 n. 196 a quello del 2006 n. 198

Un'analisi più dettagliata dei singoli articoli che compongono il d. lgs. n. 196/2000 si intreccia in modo quasi naturale con il dettato del nuovo d. lgs. n. 198/2006, che lo riproduce quasi integralmente; per questo motivo, i due decreti verranno trattati contemporaneamente, con l'obiettivo principale di evidenziare i pochi punti di discordanza, cercando altresì di fornire una spiegazione ad omissioni o cambiamenti di rotta, e di sottolineare come il nuovo Codice non apporti modifiche sostanziali alla figura in esame, palesando in tal modo la sua natura di testo essenzialmente compilatorio, senza alcuna sistematizzazione o riassetto della tematica delle pari opportunità.

In definitiva, il nuovo Codice per le pari opportunità rappresenta più uno strumento di consultazione di tutte le normative vigenti in materia che uno strumento di coordinamento operativo per il raggiungimento degli obiettivi europei in materia di pari opportunità e di lotta alla discriminazione.

5.1. Procedure di nomina della/del Consigliera/e di parità

Il decreto n. 198/2006 riprende il dettato dell'art. 1, comma 1 e dell'art.2, comma 1, 3 e 4 del d. lgs. n. 196 del 2000, stabilendo che vengono nominati a livello nazionale, regionale e provinciale una Consigliera o un Consigliere di parità effettivo, oltre ad una Consigliera o un Consigliere supplente per ogni Consigliera o Consigliere effettivo.

Nel caso della Consigliera o del Consigliere nazionale, la nomina è effettuata con decreto del Ministero del Lavoro delle Politiche Sociali (ora del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali), di concerto con il Ministro per le Pari Opportunità; le Consigliere e i Consiglieri regionali e provinciali sono designati da Regioni e Province, sentite le rispettive commissioni regionali e provinciali tripartite, e vengono poi nominati con decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, sempre di concerto con il Ministro per le Pari Opportunità.

Il coinvolgimento del Ministero per le Pari Opportunità, non presente nella legge n. 125/91, sottolinea un'acquisizione della politica di *mainstreaming*, divenuto criterio di azione delle/dei Consigliere/i di parità dopo la Conferenza di Pechino del 1995, in quanto la materia delle pari opportunità è una questione trasversale, che investe tutti i settori della politica e in particolare la materia giuslavoristica.

Nella prassi applicativa del d. lgs. n. 196/2000, il concerto fra i due ministeri è stato interpretato come predisposizione degli atti da parte del Ministero del Lavoro, atti a cui la/il Ministra/o per le Pari Opportunità appone la sua firma per il consenso. I problemi potrebbero sorgere nel caso di un dissenso fra i due ministeri sulla nomina, per esempio, della/del Consigliera/e effettiva/o e supplente; la/il titolare del Ministero delle Pari Opportunità potrebbe rifiutare di apporre la propria firma al decreto di nomina del Ministero del Lavoro, sia per mancanza dei requisiti richiesti per ricoprire il ruolo, sia per vizi procedurali non rilevati dal Ministero del Lavoro. Si tenga conto inoltre che siamo in una fase di riforma federalista dello Stato, che potrebbe evolvere in una maggiore assunzione di responsabilità e di controllo da parte degli enti locali sulla nomina di organismi, quali la/il Consigliera/e, che sono destinati ad operare in ambito territoriale⁵⁸.

I requisiti di nomina sono quelli previsti dall'art. 13, comma 1, del d. lgs. n. 198/2006; i decreti di nomina, con allegato il *curriculum* professionale della persona nominata, vengono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale.

Nel caso in cui, a sessanta giorni dallo scadere del mandato precedente, le/i nuove/i Consigliere/i regionali o provinciali non siano state/i designate/i, oppure nel caso in cui la persona designata non abbia i requisiti specifici richiesti dall'art. 13, è compito del Ministro del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, di concerto ancora con il Ministro delle Pari Opportunità procedere alla nomina diretta, entro trenta giorni successivi.

Un'altra novità che il Nuovo Codice trasla direttamente dal decreto del 2000 riguarda l'esplicita previsione di una/un Consigliera/e di parità effettiva/o e di una/un supplente, necessaria a garantire l'effettivo espletamento delle funzioni assegnate⁵⁹.

La Convenzione quadro⁶⁰ sulle modalità di organizzazione e funzionamento fra gli uffici delle Consigliere e dei Consiglieri di parità stabilisce, all'art. 2, comma 1, che gli obiettivi e le attività da svolgere siano individuate insieme dalla/dal consigliera/ e effettiva e supplente, sottolineando così un rapporto di collaborazione fra entrambe/i, che operano con la medesima autorevolezza e senza una distinzione formale dei compiti.

58. Fausta Guarriello, *La nuova disciplina relativa alle Consigliere e ai Consiglieri di parità*, op. cit. n. 3, 2003, pp. 647-649

59. In precedenza la doppia nomina poteva essere effettuata in base agli artt. 3-bis, comma 6 della legge n. 285/88, 4, comma 2 della legge n. 863/84 e 1, comma 5 della legge n. 56/87, che, rispettivamente per le commissioni centrale, regionale e circoscrizionale per l'impiego prevedevano la nomina di un membro effettivo e di un supplente per ogni componente. Cfr. M.E. Di Pietro-G. Zemiti, *La Consigliera di Parità ha vent'anni ma non li dimostra*, Parinet, 2004, 163-164.

60. La Convenzione quadro è predisposta dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro per le pari opportunità, con gli enti territoriali nel cui ambito operano le/i Consigliere/i di parità. Tale Convenzione è stata sottoscritta il 22 novembre 2001 tra il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, il Ministero delle pari opportunità e la Conferenza unificata delle regioni, province, comuni e comunità montane.

Inoltre, l'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro ha precisato che la/il supplente è destinata/o a collaborare con la/il titolare ed a sostituirla/o automaticamente, in caso di impedimento di quest'ultima/o, senza la necessità di una delega *ad hoc*. Tale complementarietà e collaborazione si esplica anche nella legittimazione all'azione in giudizio e nel tentativo di conciliazione: la convenzione quadro riconosce alle/ai supplenti l'esercizio di tali prerogative quando le/i titolari siano impossibilitati a svolgerli. Il Ministero aggiunge però che la titolarità della funzione resta in capo all'effettiva/o, che determina la linea di condotta dell'ufficio, concordandola e gestendola in collaborazione attiva con la/il supplente⁶¹.

La sola esplicita distinzione fra consigliera/e effettiva/o e supplente emerge per quanto riguarda la partecipazione agli organi collegiali per i quali è previsto il diritto di voto e la corresponsione di un gettone di presenza e/o di un rimborso spese; in presenza di una situazione del genere, il rimborso e/o gettone viene riconosciuto solo ad una delle due figure istituzionali, mentre, d'altro canto, in situazioni eccezionali, viene resa possibile la presenza contestuale della/del Consigliera/e effettiva/o e supplente, fermo restando che i rimborsi spettano esclusivamente alla/al titolare.

In realtà, il rapporto fra la Consigliera o il Consigliere di parità effettivo e la Consigliera o il Consigliere di parità supplente non è completamente privo di zone d'ombra ed avrebbe forse necessitato di una maggiore chiarezza; la problematica di una corretta distinzione fra Consigliera/e effettiva/o e supplente è oggetto di analisi e di riflessione da tempo anche in seno alla rete nazionale delle Consigliere e dei Consiglieri di parità, ed una sua sistematizzazione all'interno del decreto in esame avrebbe contribuito a favorire una evoluzione di tale figura istituzionale ed a prevenire i potenziali conflitti che possono insorgere tra la figura della Consigliera effettiva e quella della supplente.

5.2. *Requisiti e attribuzioni della Consigliera e del Consigliere di parità*

L'art. 13 del decreto n. 198/06 rielabora gli articoli 1, comma 2, e 2, comma 2, del d. lgs. n. 196/2000, e stabilisce che i requisiti richiesti nel curriculum professionale delle Consigliere e dei Consiglieri di parità comprendono competenze specifiche ed esperienza pluriennale in materia di lavoro femminile, normative sulla parità e pari opportunità, nonché di mercato del lavoro, comprovati da idonea documentazione. Si ritrova qui un'eco della prima istituzione di una "Consigliera per l'attuazione dei principi di parità di trattamento tra uomo e donna in materia di lavoro" del 1984; una figura legata a doppio filo all'attività sindacale e dotata di competenze specifiche in materia di mercato del lavoro.

61. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Ufficio legislativo, Consigliere di parità effettiva e supplente – loro rapporto, lettera prot. n. 97189/16/43/22, Roma, 20 luglio 2004.

La disposizione in esame, così come concepita dal decreto del 2000, aveva come ratio di focalizzare l'attenzione, al momento della designazione, sulle caratteristiche tecniche richieste alla figura della/del Consigliera/e di parità, così come richiesto dal criterio di delega di cui all'art. 47, comma 1, lett. c), della L. n. 144/1999, che riguardava "la ridefinizione dei criteri e del procedimento di nomina dei Consiglieri di parità, con valorizzazione delle competenze e delle esperienze acquisite", piuttosto che puntare su nomine a carattere meramente politico.

Il chiaro intento della riforma, confermato dal decreto del 2006, è quello di rafforzare i profili di competenza tecnica e di specifica esperienza maturata in campi riguardanti il lavoro femminile, la disciplina normativa delle pari opportunità e il mercato del lavoro: l'enunciazione dei campi di riferimento della attività della/del Consigliera/e di parità richiama le molteplici funzioni che tale figura è tenuta istituzionalmente a svolgere, fornendo al tempo stesso una mappatura delle competenze richieste al fine di individuare i criteri da privilegiare nelle procedure di selezione delle candidature.

Come sottolinea Fausta Guarriello,

*"I requisiti di specifica competenza ed esperienza pluriennale richiamano, pertanto, la nozione di sapere in azione, maturato in specifiche attività in settori di pertinenza della legge non bastando all'uopo un mero titolo di studio attestante l'acquisizione di conoscenze astratte nel campo del lavoro femminile o delle P.O., o del mercato del lavoro e della normativa antidiscriminatoria. Una idonea documentazione è richiesta per comprovare il possesso delle competenze ed esperienze specifiche dichiarate"*⁶².

Permane, non risolto dal decreto del 2006, un ampio margine di discrezionalità da parte del Ministero del Lavoro nella selezione dei curricula idonei e nella nomina dei soggetti designati, in assenza di una procedura concorsuale comparativa; l'interpretazione estensiva che si può dare ai requisiti richiesti dalla norma in esame⁶³ non ha tuttora permesso di evidenziare criteri maggiormente selettivi di accesso alla carica.

Le principali funzioni delle Consigliere e dei Consiglieri di parità, effettive e supplenti, comprendono attività di promozione e di controllo dell'attuazione dei principi di uguaglianza di opportunità e di non discriminazione fra uomini e donne nel lavoro.

Di conseguenza, il decreto n. 198/2006 conferma l'attribuzione alle/ai Consigliere/i della doppia funzione promozionale e di tutela antidiscriminatoria, che avevano acquistato, nel contesto della riforma della figura della/del Consigliera/e del 2000, una pari dignità, contrariamente a quanto avveniva ex

62. F. Guarriello, *op. cit.*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n.3, maggio-giugno 2003, anno XXVI, 650.

63. Per esempio, il requisito dell'esperienza "pluriennale" può comprendere anche un'esperienza di poco più di un anno, in questo caso fornendo un'interpretazione molto estensiva della norma.

l. n. 125/91, all'interno della quale il legislatore aveva dato preferenza alla funzione promozionale del Consigliere di parità.

È importante infine sottolineare come l'art. 13 del d. lgs. n. 198/2006 stabilisca che, nell'esercizio delle loro funzioni, Consigliere e Consiglieri sono pubblici ufficiali con l'obbligo di segnalare all'autorità giudiziaria i reati di cui vengono a conoscenza per ragione del loro ufficio.

L'esplicita attribuzione della qualifica di pubblico ufficiale alla/al Consigliera/e di parità era già prevista dall'art. 8, comma 6, della l. n. 125/91, così come l'obbligo di segnalare all'autorità giudiziaria i reati di cui veniva a conoscenza.

Il d. lgs. n. 196/2000 conferma il comma 6 dell'art. 8 della l. n. 125/91, stabilendo, nell'art. 1, comma 2, che: *“Nell'esercizio delle funzioni loro attribuite, le Consigliere ed i Consiglieri di parità sono pubblici ufficiali ed hanno l'obbligo di segnalazione all'autorità giudiziaria per i reati di cui vengono a conoscenza”*.

La novità del decreto del 2006 riguarda proprio l'aggiunta dell'indicazione *“per ragione del loro ufficio”* circa l'obbligo di segnalazione all'autorità giudiziaria dei reati; sembra di poter affermare che si tratta di una limitazione nelle attribuzioni delle/dei Consigliere/i di parità, che, mentre in precedenza potevano segnalare all'autorità giudiziaria tutti i reati di cui venivano a conoscenza, anche non per ragioni d'ufficio, adesso vedono delimitato ulteriormente il loro ambito di intervento.

La limitazione appare ancora più inspiegabile se consideriamo come, a partire dalla riforma del 2000, la/il Consigliera/e di parità abbia assunto un ruolo sempre più centrale nelle politiche di pari opportunità e di lotta alla discriminazione, con una acquisizione crescente di responsabilità e di ambiti di intervento; questo tentativo di limitare l'obbligo di segnalazione di reati all'autorità giudiziaria appare quindi in controtendenza rispetto all'intenzione del legislatore di porre l'organismo come figura cardine delle politiche di promozione delle pari opportunità e di controllo antidiscriminatorio.

5.3. Mandato della Consigliera e del Consigliere di parità

Il mandato delle Consigliere o dei Consiglieri ha durata triennale⁶⁴ ed è rinnovabile una sola volta. Il rinnovo segue le procedure già descritte nell'analisi dell'art. 12 d. lgs. n. 198/2006.

Fino alle nuove nomine, le Consigliere ed i Consiglieri di parità ancora in carica mantengono le loro funzioni.

64. La durata del mandato è stata ridotta da quattro a tre anni tramite un parere dell'ufficio legislativo del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale del 5 aprile 2007, avente per oggetto *“Durata mandato Consigliere di parità”*.

Anche questo articolo riprende il dettato dell'art. 2, comma 5, del d. lgs. n. 196/2000, che aveva elevato la durata del mandato della/del Consigliera/e da tre a quattro anni, con possibilità di rinnovo dell'incarico per una sola volta.

In quella occasione il legislatore aveva specificato che, ai fini delle nomine da effettuare in sede di prima applicazione della nuova disciplina, non si doveva considerare il caso dell'eventuale svolgimento dell'incarico in vigenza della normativa precedente. In questo modo, sono state confermate le nomine di Consigliere di parità uscenti e si è potuto valorizzarne l'esperienza lavorativa maturata nel corso dell'incarico

Il passaggio da tre a quattro anni della durata del mandato della Consigliera/e rispondeva all'esigenza di dare maggiore continuità alle politiche di genere e di pari opportunità demandate a questa figura, di renderla un elemento stabile del quadro delle politiche del lavoro e di favorire un bilancio di fine mandato su un arco di tempo più congruo per verificare i risultati ottenuti.

L'esperienza pregressa ha dimostrato infatti che le numerose e complesse attività in capo alla/al Consigliera/e, come per esempio l'azione in giudizio, la proposizione di piani di azioni positive ed il monitoraggio dei risultati conseguiti, necessitano di tempi a volte molto lunghi per ottenere il risultato auspicato, quindi in questa ottica l'elevamento del periodo di durata della carica permette alla/al Consigliera/e di espletare effettivamente e fino in fondo i suoi compiti istituzionali.

Il decreto del 2000 prevedeva anche la proroga delle/dei Consigliere/i di parità fino alle nuove nomine, con lo scopo preciso di evitare una vacanza dell'incarico. La disposizione, ripresa dal decreto n. 198/2006, stabilisce la mera facoltà delle Consigliere e dei Consiglieri di parità uscenti di operare in regime di proroga fino alla nomina delle/dei nuove/i.

La ratio del regime di proroga è di impedire che l'attività della/del Consigliera/e di parità debba interrompersi a causa di ritardi della procedura di designazione e nomina dei nuovi Consiglieri, favorendo un passaggio di consegne ininterrotto dall'uscente alla/al Consigliera/e nuova/o nominata/o, a beneficio della continuità della funzione.

5.4. Compiti e funzioni della Consigliera e del Consigliere di parità

L'art. 15 del d. lgs. n. 198/2006 riproduce in modo quasi letterale l'art. 3 del d. lgs. n. 196/00 che operava una revisione e razionalizzazione delle funzioni della/del Consigliera/e di parità, soprattutto sotto il profilo funzionale, ampliando la lista dei compiti attribuiti a tale figura nonché potenziandone l'azione. Rispetto all'art. 8 della l. n. 125/91, il decreto di riforma della "legge madre" individua puntualmente i compiti attribuiti alle/ai Consigliere/i, sia sul versante delle politiche attive del lavoro, che dell'osservanza della normativa

antidiscriminatoria. Esso ribadisce l'opzione accolta nella l. n. 125 della doppia funzione di quest'organismo: di vigilanza contro le discriminazioni di genere e di promozione di pari opportunità.

Il comma 1 dell'art.15 stila un lungo elenco dei compiti e delle funzioni della/del Consigliera/e di parità che, se appare certamente un po' minuzioso, ha comunque un rilevante carattere esemplificativo. Costituisce, infatti, un importante punto di riferimento per l'azione delle/dei Consigliere/i di parità, poiché fornisce una tipizzazione delle loro funzioni, soprattutto a carattere promozionale⁶⁵. I compiti a cui si riferisce l'iniziativa di questi ultimi sono:

- a) la rilevazione delle situazioni di squilibrio di genere, al fine di svolgere le funzioni promozionali e di garanzia contro le discriminazioni previste dal libro III, titolo I;
- b) la promozione di progetti di azioni positive, anche attraverso l'individuazione delle risorse comunitarie, nazionali e locali finalizzate allo scopo;
- c) la promozione della coerenza della programmazione delle politiche di sviluppo territoriale rispetto agli indirizzi comunitari, nazionali e regionali in materia di pari opportunità;
- d) il sostegno delle politiche attive del lavoro, comprese quelle formative, sotto il profilo della promozione e realizzazione di pari opportunità;
- e) la promozione dell'attuazione delle politiche di pari opportunità da parte dei soggetti pubblici e privati che operano nel mercato del lavoro;
- f) la collaborazione con le direzioni provinciali e regionali del lavoro al fine di individuare procedure efficaci di rilevazione delle violazioni alla normativa in materia di parità, pari opportunità e garanzia contro le discriminazioni, anche mediante la progettazione di appositi pacchetti formativi; come si nota, l'Ispettorato del Lavoro è stato sostituito dalle direzioni provinciali, ma il rapporto è analogo;
- g) la diffusione della conoscenza e dello scambio di buone prassi e attività di informazione e formazione culturale sui problemi delle pari opportunità e sulle varie forme di discriminazioni;
- h) la verifica dei risultati della realizzazione dei progetti di azioni positive previsti dagli articoli dal 42 al 46;
- i) il collegamento e la collaborazione con gli assessorati al lavoro degli enti locali e con organismi di parità degli stessi.

Si nota in questa sede, con grande rammarico, l'assenza di specifici poteri per la realizzazione di questi compiti; tutto sembra rimesso alle capacità positive, di dialogo e di collaborazione in concreto attivate dalla/dal singola/o Consigliera/e. L'importanza dell'attribuzione di maggiori funzioni viene al contempo attenuata dalla vaghezza esplicita di poteri, confermando una prassi

65. Il ruolo conciliativo e giudiziale delle Consigliere e dei Consiglieri è enunciato negli artt. 36 e ss del d. lgs. che si occupa della tutela giudiziaria.

legislativa tutta italiana, di porre maggior attenzione alla disciplina sostanziale, senza renderla effettiva, attraverso la scarsissima attenzione alle procedure e agli strumenti.

Al riguardo strategici e importanti sono i punti b) e c), in cui si promuovono progetti di azioni positive attraverso l'individuazione di risorse comunitarie, nazionali o locali, finalizzate a ciò, e si richiede una coerenza di programmazione delle politiche di sviluppo territoriale con gli indirizzi comunitari, nazionali e regionali in materia di pari opportunità, secondo il metodo del coordinamento aperto sancito in materia di occupazione dal nuovo capitolo ottavo del Trattato di Amsterdam (entrato in vigore il 1° maggio 1999).

L'art. 3 della convenzione-quadro, approvata dalla Conferenza unificata Stato-regioni-città-autonomie locali il 22 novembre 2001⁶⁶, ai sensi dell'art. 5, 2° c., del d. lgs. n. 196, detta gli indirizzi generali per l'espletamento dei compiti di cui all'art. 15, lettere b), c), d), e) del d. lgs. n. 198/2006. La convenzione dispone che le/i Consigliere/i svolgono i relativi compiti secondo gli indirizzi generali indicati nella legislazione di parità nazionale e comunitaria, nonché nelle linee guida in tema di occupazione e pari opportunità concordate a livello comunitario e attuate a livello nazionale e territoriale.

In particolare questi soggetti concorrono anche nelle sedi istituzionali a:

- promuovere studi e analisi di contesto relativi alla presenza femminile nel mercato del lavoro in ambito territoriale;
- promuovere progetti d'interventi finalizzati all'occupabilità, all'occupazione ed alla formazione femminile in raccordo con le attività previste dai Piani operativi regionali (POR);
- individuare interventi mirati per *target* specifici di donne in stato di difficoltà occupazionale o con problemi di reinserimento nel mercato del lavoro;
- promuovere iniziative tese a facilitare l'incontro fra la domanda di lavoro e l'offerta femminile anche in raccordo con il sistema dei servizi dell'impiego;
- promuovere azioni rivolte a favorire la conciliazione della vita lavorativa con la vita personale e familiare;
- collaborare con i servizi all'impiego per garantire una modalità non discriminatoria di pubblicizzazione della domanda di lavoro e di predisposizione della scheda professionale;
- individuare linee d'intervento per la realizzazione e la diffusione della cultura della trasversalità delle politiche di genere (*mainstreaming* di genere);
- promuovere attività di partenariato in materia di pari opportunità sui temi dello sviluppo locale;

66. Ricordiamo che il 24 ottobre 2002 è stata stipulata la Convenzione di recepimento tra Regione Toscana e Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali che accoglie integralmente la Convenzione quadro del 22 novembre 2001.

- individuare metodologie di progettazione di piani di azioni positive, anche sulla base delle situazioni di squilibrio di genere evidenziate dai rapporti *ex art. 9* della legge n. 125/91;
- promuovere campagne informative e fornire materiale informativo, finalizzati alla divulgazione, alla conoscenza e alla diffusione dei progetti di azioni positive e alla promozione degli stessi.

Al comma quarto dell'art. 15 del d. lgs. n. 198 si dispone che le/i Consigliere/i di Parità possono richiedere alle Direzioni Provinciali e Regionali del lavoro territorialmente competenti di acquisire nei luoghi di lavoro informazioni sulla situazione occupazionale maschile e femminile, in relazione allo stato delle assunzioni, della formazione e promozione professionale, delle retribuzioni, delle condizioni di lavoro, della cessazione del rapporto di lavoro ed ogni altro elemento utile, anche in base a specifici criteri di rilevazione indicati nella richiesta.

L'attività di vigilanza in tema di divieti di discriminazione e di pari opportunità ha costituito oggetto di una circolare ministeriale, la n. 31 del 26 marzo 2001⁶⁷, dettata allo scopo di coordinare l'attività ispettiva in materia e fornire indicazioni operative puntuali per rilevare situazioni di squilibrio di genere e assicurare il rispetto del principio di non discriminazione diretta e indiretta nei luoghi di lavoro. Contemporaneamente è stato avviato un programma formativo per gli Ispettori del Lavoro su tutto il territorio nazionale, con la partecipazione delle/dei Consigliere/i di parità, in attuazione di quanto previsto dall'art. 15, 1° c., lett. f, del d. lgs. n. 198. Attraverso questo raccordo funzionale con gli Ispettori del Lavoro la/il Consigliera/e è in grado di acquisire informazioni, dichiarazioni, documenti, dati a carattere statistico, testimonianze, che costituiscono la premessa per l'azione in giudizio della stessa.

Diverse forme di raccordo istituzionale costituiscono oggetto della Convenzione del 2001 citata, che, dettando le modalità di organizzazione e di funzionamento dell'ufficio delle/dei Consigliere/i di parità, all'art. 2 *sub b)* dispone:

- la pubblicizzazione da parte dell'ente territoriale della presenza dell'ufficio della/del Consigliera/e di parità, dei servizi forniti all'utenza e della periodicità di apertura al pubblico;
- la presenza della/del Consigliera/e effettiva o supplente alle riunioni delle commissioni tripartite e degli organismi di pari opportunità a livello territoriale e la partecipazione alla loro attività;
- il collegamento e la collaborazione con Comuni, in particolare con gli assessorati al lavoro e alla formazione, in materia di pari opportunità;
- la collaborazione con i Servizi per l'impiego, attraverso uno scambio costante d'informazioni e contatti periodici;
- il supporto tecnico e la consulenza agli organismi di parità previsti dai contratti collettivi di lavoro;

67. La circolare è una specie di manuale per gli ispettori di lavoro per la rilevazione delle discriminazioni nei luoghi di lavoro e per la vigilanza sull'attuazione delle normative di parità.

- la partecipazione delle/dei Consigliere/i ai tavoli regionali o provinciali di partenariato locale ed ai comitati di sorveglianza;
- la partecipazione alla rete nazionale istituita ai sensi dell'art. 4 del d. lgs. n. 196, e riproposta nell'art. 19 del d. lgs. n. 198/2006 e lo scambio d'informazioni e di contatti tra la rete stessa, gli enti territoriali, il Comitato nazionale di parità e il Collegio istruttorio

Essa prevede forme di collaborazione con le Direzioni regionali e provinciali del Lavoro, concordando interventi specifici per stabilire le modalità più idonee ed efficaci per la rilevazione sui luoghi di lavoro di violazioni della normativa di parità e pari opportunità, secondo le indicazioni generali fornite dal Ministero del Lavoro (art. 2, nn. 1 e 2, convenzione tra Ministero del Lavoro e Regione e tra Ministero del Lavoro e Provincia); ed anche la redazione di un elenco regionale e provinciale di legali cui le/i Consigliere/i di parità possono rivolgersi per l'assistenza in giudizio o, in mancanza di quest'elenco, la possibilità di avvalersi, possibilmente a titolo gratuito, degli uffici legali della Regione o della Provincia (art. 1, n. 6, convenzione tra Ministero del Lavoro e Regione e tra Ministero del Lavoro e Provincia).

L'art. 15, comma 2, porta poi a compimento il processo di valorizzazione delle Consigliere e dei Consiglieri di parità in relazione con organismi, sedi e strumenti di politica attiva del lavoro e di promozione dell'impiego. Il quadro risultante è il seguente:

- le Consigliere ed i Consiglieri di parità nazionale, regionali e provinciali, effettivi e supplenti, sono componenti a tutti gli effetti della commissione centrale per l'impiego e delle commissioni regionali e provinciali tripartite previste dal decreto legislativo n. 469 del 1997;
- partecipano anche ai tavoli di partenariato locale ed ai comitati di sorveglianza di cui al regolamento (CE) n. 1290/99, del Consiglio del 21 giugno 1999;
- Consigliere e Consiglieri regionali e provinciali sono componenti delle commissioni di parità del corrispondente livello territoriale;
- la Consigliera o il Consigliere nazionale è componente del Comitato nazionale e del Collegio istruttorio di cui agli artt. 8 e 11.

Il comma 3 dell'art.15 fornisce alla/al Consigliera/e un innovativo ed utile strumento di ausilio all'esercizio delle sue funzioni. La disposizione, in accordo con il nuovo assetto istituzionale sorto dall'attuazione del decentramento amministrativo, prevede infatti che le strutture regionali alle quali, a norma dell'art.4, comma 1, lett. d) della L. n. 469/97, sono state attribuite le funzioni di assistenza tecnica e di monitoraggio in materia di collocamento, politiche attive del lavoro e promozione del lavoro, forniscano alle/ai Consigliere/i il supporto tecnico necessario allo svolgimento dei seguenti compiti:

- 1) rilevazione di situazioni di squilibrio di genere;

- 2) elaborazione dei dati contenuti nei rapporti sulla situazione del personale di cui all'art. 46;
- 3) promozione e realizzazione di piani di formazione e riqualificazione professionale;
- 4) promozione di progetti di azione positiva.

All'ultimo comma dell'art. 15, si prescrive l'obbligo delle/i Consigliere/i di parità regionali e provinciali, entro il 31 dicembre di ogni anno, di presentare un rapporto sull'attività svolta agli organi che hanno provveduto alla designazione. Si prevede la decadenza dall'ufficio nel caso in cui il rapporto non sia stato presentato o sia stato fatto con un ritardo superiore a tre mesi, con rinnovo della procedura di nomina ai sensi dell'art. 12.

È opportuno evidenziare che la norma accorda all'organo designante della/del Consigliera/e di parità un'ampia discrezionalità circa la decadenza dall'ufficio in caso di inadempienza nella presentazione del rapporto annuale; tale discrezionalità sarebbe stata attenuata se si fosse aggiunto come destinatario del rapporto e come organo che deve rilevare l'inadempienza anche il soggetto nominante oltre a quello designante, optando per un'ottica di doppio controllo.

Con quest'ultima disposizione si palesa la volontà del legislatore, perlomeno di tentare, di raggiungere un clima di collaborazione fra Consigliere/i e apparato istituzionale e di inserirsi nel quadro del costante monitoraggio richiesto dalle procedure europee di coordinamento delle politiche occupazionali, nonché delle verifiche richieste sul grado di organizzazione e funzionalità degli uffici, soprattutto ai fini dei criteri di ripartizione delle risorse del fondo, di cui all'art. 18.

In conclusione si può affermare che la doppia anima della/del Consigliera/e, quella promozionale e quella antidiscriminatoria, è coadiuvata in modo massiccio da un'attività che a prima vista sembra strumentale ma che invece è fondamentale per l'espressione completa della figura in esame: il potere di promuovere indagini sul luogo di lavoro. Questa attività, infatti, le permette di dare indicazioni specifiche ai servizi ispettivi sulle modalità di rilevazione di discriminazioni di genere in materia di assunzioni, retribuzioni, promozioni, ecc., allo scopo di compiere un'istruttoria per l'acquisizione d'informazioni utilizzabili sia per la promozione di azioni positive, volte a rimuovere dette situazioni di squilibrio, sia per esperire l'azione in giudizio in via diretta, volta all'accertamento di discriminazioni a carattere collettivo, ovvero intervenendo per aiutare il soggetto discriminato o agendo in sua vece⁶⁸.

È stato già affermato, all'inizio di questo paragrafo, che l'art.15 del d. lgs. n. 198/2006 riproduce in modo quasi letterale l'art. 3 del d. lgs. n. 196/2000; una differenza, di non poco conto, riguarda una dicitura presente nel primo comma dell'art. 15 ed assente nel precedente decreto legislativo.

68. Cfr. Guarriello, *La nuova disciplina*, cit., 2003, p. 658.

L'art. 3, comma 1, del d. lgs. n. 196/2000 così recitava: “*Le consigliere ed i consiglieri di parità intraprendono ogni utile iniziativa ai fini del rispetto del principio di non discriminazione e della promozione di pari opportunità (...)*”, laddove, invece, l'art. 15 così recita: “*Le consigliere ed i consiglieri di parità intraprendono ogni utile iniziativa, nell'ambito delle competenze dello Stato, ai fini del rispetto del principio di non discriminazione e della promozione delle pari opportunità (...)*”⁶⁹.

Detta dicitura “*nell'ambito delle competenze dello stato*” relativamente all'attività delle/dei consigliere/i risulta limitante e rischia di non consentire nessuna iniziativa nell'ambito degli enti locali, oltre ad essere in contraddizione con il crescente radicamento delle/dei consigliere/i nel tessuto regionale e provinciale di riferimento.

È vero, infatti, che la disciplina delle pari opportunità rientra nella competenza statale, concernendo la materia de “*i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*”⁷⁰, attuando in modo diretto i principi di parità divenuti costituzionali con la riforma dell'art.51 della Costituzione; ma è altrettanto vero che esistono profili di questa disciplina che incidono su settori di competenza legislativa regionale (un esempio può essere il pubblico impiego degli enti locali), oppure riguardano materie in cui competenze statali e regionali sono strettamente collegate fra loro.

Una delle carte vincenti della riforma del 2000, come precedentemente si è detto, è stata porre la/il consigliera/e di parità come figura chiave nel processo di decentramento, dallo Stato agli enti territoriali, dei compiti relativi al collocamento ed alla politica attiva del lavoro; il riferimento all'ambito di competenza dello Stato, oltre ad essere limitante e poco chiaro, ingenera anche una confusione circa compiti e funzioni della/del consigliera/e, essendo pacifico dal testo dell'articolo che l'azione di questa figura è destinata ad incidere e ad intervenire ben al di fuori di tale area.

6. La rete nazionale delle Consigliere e dei Consiglieri di parità

Come si è precedentemente ricordato, fin dalle prime analisi della legge n. 125 del 1991⁷¹, e dalle Relazioni presentate al Parlamento secondo il previgente art. 10, viene individuato un aspetto di debolezza nella carenza di strumenti istituzionali e finanziari a sostegno della/del Consigliera/e di parità, figura centrale affidataria delle politiche di pari opportunità e di tutela antidiscriminatoria sul territorio.

69. Corsivo mio.

70. Ex art. 117, comma 2, lett.m) Cost.

71. Gottardi, “Il consigliere di parità”, in Lorenzo Gaeta, Lorenzo Zoppoli (a cura di), *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Torino 1992, pp. 172-173; De Simone, “Gli organismi collettivi per le pari opportunità”, in *NLCC*, Padova 1994, 101.

Per questo motivo il d. lgs. n. 196/00, di riforma della legge madre, si era proposto di colmare queste lacune dotando quest'organismo di una struttura amministrativa più forte, che lo coadiuvasse, e di risorse maggiori che sostenessero la sua attività. In questo modo si tentava di realizzare i due obiettivi considerati ineludibili, enunciati nella piattaforma di Pechino del 1995⁷² e fatti propri anche in diverse istanze dall'Unione europea, costituiti dall'*empowerment* e dal *mainstreaming*, ovvero dall'attribuzione di potere e responsabilità alle donne, mediante il rafforzamento istituzionale, e dalla strategia dell'integrazione delle pari opportunità in ogni ambito politico e istituzionale rilevante, attraverso "la via italiana" del "*pluralismo organizzativo*"⁷³.

Una delle innovazioni più interessanti del decreto del 2000 consisteva nella creazione di una "rete" nazionale delle/dei Consigliere/i, che rispondeva all'esigenza di coordinamento tra i soggetti a livello decentrato.

Fin dalla legge n. 125 si era rilevata l'assenza di una vera rete "*istituzionale*"⁷⁴, fondata sulla creazione di "organismi unipersonali", dislocati nel territorio e autonomi; con l'art. 4 del decreto n. 196 questa esigenza viene soddisfatta pienamente, con l'istituzione della "rete" e della sua organizzazione, in grado di coniugare le istanze di coordinamento a livello nazionale con le peculiarità dei contesti territoriali, in coerenza con la riforma in senso federalista determinata dalla legge di modifica costituzionale n. 3 del 2001⁷⁵.

L'art. 19 del d. lgs. n. 198/2006, al primo comma conferma l'importanza della creazione di una rete nazionale delle/dei Consigliere/i di parità, per rafforzarne le funzioni, accrescere l'efficacia della loro azione, consentire lo scambio d'informazioni e buone prassi tra loro.

72. Per una riflessione sulle ricadute della IV Conferenza mondiale sulle donne, le cui conclusioni destarono grandi aspettative nel mondo, cfr. Aa.Vv., *Dopo Pechino: quale piattaforma per affermare i diritti delle donne?* Atti del Convegno, svoltosi a Firenze il 1 dicembre 1995, Segreteria della Commissione regionale pari opportunità donna-uomo della Toscana (a cura di), finito di stampare nel luglio del 1997.

73. Cfr. Scarponi, in "L'istituzione della rete delle Consigliere e dei consiglieri. La legislazione delle regioni a statuto speciale e delle province autonome", in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 3, 2003, p. 659. Sul tema del *mainstreaming* e sui percorsi non sempre lineari a tale riguardo della legislazione italiana più recente, cfr. De Simone, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2001, p. 230 ss.

74. Treu, "La legge sulle azioni positive: prime riflessioni", in *Riv. it. dir. lav.* 1991, I, p. 138. Qui Treu lamentava la mancanza di un centro unitario, sulla scia delle soluzioni adottate in altri ordinamenti.

75. Sul dibattito giuslavoristico che ha accompagnato la riforma federalista cfr. Garofalo, "Pluralismo, federalismo e diritto del lavoro", in *Riv. giur. lav.*, n. 3, 2002, p. 401 ss.; Franco Carinci, "Una riforma rimasta orfana", in *Il nuovo titolo V della Costituzione-Stato, Regioni e diritto del lavoro*, suppl. al n. 1/2002, *Lav. pubb. amm.*, p.1 ss; Roberto Romboli, Cesare Pinelli, Antonio Ruggeri, Gaetano D'Auria, "Le modifiche del titolo V della parte seconda della costituzione", *Foro It.*, 2001, V, 185.

La creazione della rete non ne inficia l'autonomia; infatti la "rete nazionale" è "coordinata" e non sottoposta ad alcuna "potestà" di controllo da parte della/del Consigliera/e Nazionale di Parità, che ha il compito di convocare e presiedere le riunioni nazionali che devono tenersi due volte all'anno (art. 19, 2° c., del d. lgs. n. 198)⁷⁶. Da questo comma si desume chiaramente che la "rete" è una forma di coordinamento fra organismi unipersonali "equipotenti", ove un apposito ufficio (quello della/del Consigliera/e nazionale) ha solo compiti "d'impulso" e di "armonizzazione", senza che sia definibile con precisione una "relazione organizzativa"⁷⁷. La rete ha infatti il compito di divulgare e scambiare le informazioni e le "buone prassi" riguardanti le questioni più rilevanti in ordine all'applicazione della legislazione in materia di pari opportunità, nonché al divieto di discriminazione.

Le riunioni sono il momento fondamentale della rete; la frequenza minima è di due volte all'anno, vengono convocate e presiedute dalla/dal Consigliera/e Nazionale, con la partecipazione del vicepresidente del Comitato nazionale per le pari opportunità, nonché di un rappresentante designato dal Ministero per le pari opportunità. La presenza di quest'ultimo è importante al fine di affrontare strategie complementari, nel comune obiettivo di perseguire le pari opportunità. Al terzo comma dell'art. 19, si afferma che la "rete" può avvalersi per le proprie finalità, dell'ausilio del Collegio istruttorio oppure della consulenza di "esperte od esperti" di particolare e comprovata qualificazione professionale nel rispettivo campo di attività. Questo garantisce un'ulteriore autonomia di strumentazione tecnica nell'ampio orizzonte delle attività della rete, che va dal monitoraggio sull'applicazione della legislazione in materia di parità, al funzionamento degli uffici delle/dei Consigliere/i, all'elaborazione congiunta degli indirizzi programmatici in materia di azioni positive⁷⁸.

Il comma successivo sancisce un ulteriore aspetto di autonomia: quello delle risorse finanziarie necessarie al funzionamento della rete nazionale e all'espletamento dei relativi compiti, autonomia che è determinata con il decreto di cui all'art. 18, 2° c.

Un'ulteriore forma di coordinamento tra le/i Consigliere/i a livello decentrato e quello nazionale si realizza con il rapporto che viene elaborato da parte della/del Consigliera/e nazionale sull'attività della "rete", destinato al Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, nonché al Ministero delle Pari

76. La rete nazionale delle Consigliere e dei Consiglieri di parità è stata effettivamente costituita il 7 maggio 2002, contestualmente alla convocazione della prima riunione. Per approfondimenti, cfr. M.E. Di Pietro-G. Zemitì, *op. cit.*, pp. 171-174.

77. S. Scarponi, *L'istituzione della rete delle consigliere e dei consiglieri. La legislazione delle regioni a statuto speciale e delle province autonome*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 3, maggio-giugno 2003, anno XXVI, 659.

78. Cfr. Stefania Scarponi, in *L'istituzione della rete delle Consigliere e dei consiglieri, cit.*, 2003, p. 660.

Opportunità⁷⁹. Il quinto comma dell'art. 19 del d. lgs. n. 198 dispone che questo rapporto deve essere redatto tenendo conto anche delle relazioni predisposte dalle/dai Consigliere/i, sulla base dell'obbligo sanzionato di cui all'art. 15, comma 5°; tale rapporto deve essere elaborato entro il 31 marzo.

7. La convenzione-quadro, la sede e le attrezzature delle Consigliere e dei Consiglieri di parità

L'attività delle/dei Consigliere/i e l'organizzazione dei loro uffici sono regolamentati dalla "*convenzione-quadro*" (vedi *supra* par. 5), che l'art. 16 del d. lgs. n. 198/2006 rielabora dall'art. 5 del d. lgs. n. 196/2000.

Si stabilisce che l'ufficio delle Consigliere e dei Consiglieri di parità regionali e provinciali è ubicato rispettivamente presso le Regioni e presso le Province, mentre la Consigliera nazionale di parità ha sede presso il Ministero del Lavoro.

È previsto che gli uffici delle Consigliere e dei Consiglieri di parità funzionalmente autonomi, siano dotati di "*personale strumentazione e attrezzature necessarie*", a cura dell'ente territoriale, Regione o Provincia, presso il quale sono ubicati, attraverso l'uso di apposite risorse finanziarie. In attuazione della predetta disciplina il personale amministrativo dovrà reperirsi tra i dipendenti dell'ente territoriale presso il quale è ubicato l'ufficio, oppure mediante assunzioni ad hoc di soggetti in possesso di professionalità e competenze adeguate⁸⁰, che possono essere formati anche con appropriati interventi.

La convenzione è creata allo scopo di definire le modalità di organizzazione e di funzionamento dell'ufficio delle/dei Consigliere/i di parità, nonché gli "*indirizzi generali*" per l'espletamento dei compiti di cui all'art. 15, 1° c., lett. b), c), d) ed e) del d. lgs. n. 198.

La convenzione quadro è predisposta dal Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, di concerto con il Ministro per le Pari Opportunità, con gli enti territoriali nel cui ambito operano le Consigliere/i di parità.

Tale convenzione è stata sottoscritta il 22 novembre 2001 tra il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, il Ministero delle Pari Opportunità e la Conferenza unificata delle Regioni, Province, Comuni e Comunità montane.

79. Nel rapporto citato si tende a porre in evidenza le difficoltà incontrate per l'espletamento delle proprie funzioni da parte della/del Consigliera/e nazionale, in relazione anche alla sollecitazione di questa per la nomina delle/dei nuove/i Consigliere/i regionali e provinciali e all'attuazione della convenzione-quadro, di cui all'art. 5, 2° c.

80. Secondo la convenzione-quadro lett.a) si dovrà assicurare la precedenza ai soggetti in possesso di adeguate competenze in materia di "mercato del lavoro" e di "pari opportunità", con riferimento alla professionalità non solo amministrativa, ma anche sociologica, economica e giuridica. Si guarda anche all'interesse mostrato verso queste materie, per evitare nomine burocratiche.

Gli ambiti indicati legislativamente dall'art. 15, che hanno determinato gli "indirizzi generali", ricomprendono, in sostanza, tutte le attività "promozionali" delle/dei Consigliere/i, che costituiscono il tramite fra le politiche territoriali e le linee d'indirizzo nazionali ed europee.

Per questo scopo sono state definite ulteriormente le azioni da intraprendere, indirizzandole oltre che alle attività previste dalla l. n. 125/91 anche a nuove aree d'intervento, come la promozione della "trasversalità delle politiche di genere", la promozione del partenariato in materia di pari opportunità sui temi dello sviluppo locale, ed infine l'individuazione di metodologie di azione positiva finalizzate alla correzione dello squilibrio di genere, ambito d'intervento che si riallaccia al nuovo contenuto dell'art. 8 della l. n. 125, costituito dalla correzione di tale squilibrio mediante una particolare procedura da seguire in caso di assunzione o promozione del personale.

La convenzione-quadro prevede altresì che le Regioni e le Province predispongano un elenco di legali per il patrocinio delle/dei Consigliere/i nelle azioni in giudizio. Questa esigenza si era fatta sentire già dalla legge n. 125/91 e la sua attuazione è di grande rilievo per la piena agibilità delle prerogative in campo giurisdizionale riservate a questo organo.

Ci si può, infatti, rivolgere anche agli uffici legali dell'ente territoriale, sebbene questa possibilità appaia meno preferibile, in quanto tali servizi legali non si occupano spesso di simili materie e tenuto conto che l'ente territoriale stesso potrebbe essere il convenuto, situazione non sempre risolvibile attraverso le articolazioni organizzative del servizio⁸¹.

È da evidenziare come l'art. 16 del decreto n. 198 ribadisce l'autonomia funzionale dell'ufficio delle/dei Consigliere/i rispetto all'ente ove sono ubicati⁸², visto il rilievo di rango costituzionale degli obiettivi e delle finalità cui è deputata questa figura, incidenti soprattutto nelle materie del mercato del lavoro e della formazione, ove emerge sempre di più l'importanza del livello decentrato. L'attuale riforma federalista non impone mutamenti di competenze da parte delle leggi regionali nei confronti della figura della/del Consigliere/a di parità, accentuando semmai "le funzioni ad essa affidate di relazione e collaborazione con i diversi organismi situati a livello regionale e locale"⁸³.

Viene, infatti, promossa la collaborazione con gli assessorati regionali e provinciali del lavoro, con i servizi per l'impiego, con le strutture regionali di assistenza tecnica e monitoraggio, come le Agenzie per l'impiego, con le Direzioni regionali e Provinciali del lavoro, i Servizi Ispettivi del Lavoro, e con

81. Cfr. Scarponi, in *L'istituzione della rete delle Consigliere e dei consiglieri*, cit., 2003, p. 662.

82. Anche la configurazione precedente chiariva che l'essere "domiciliati" presso gli enti territoriali del Ministero del lavoro non implicava l'esistenza di un rapporto di natura gerarchica. In tal senso già Napoli, "La legge sulle azioni positive", p. 127, Borgogelli, "I consiglieri di parità", in *NLCC*, p. 155.

83. L'espressione è di Stefania Scarponi, *op. cit.*, p. 662.

tutta la pluralità dei soggetti, enti ed organismi che hanno competenze in materia di parità.

Proprio in questa ottica, di coordinamento e collaborazione con diversi enti locali, appare inadeguata l'espressione "*l'ufficio è funzionalmente autonomo*" che il nuovo decreto trasla direttamente dal d. lgs. n. 196/2000, senza avvertire l'esigenza di chiarirne e specificarne meglio il significato.

Con tale espressione si voleva indicare come l'ufficio della/del Consigliera/e di parità, pur fisicamente ubicato all'interno rispettivamente di Regioni o Province, non è inquadrato nell'apparato dell'ente presso il quale ha la sua sede.

L'ufficio della/del Consigliera/e di parità possiede quindi una funzionalità autonoma e separata rispetto alla struttura dell'ente che lo ospita, è struttura autonoma ubicata presso le Regioni e le Province.

Evidenziare con enfasi detta autonomia organizzativa e di intervento ha forti ripercussioni sull'organizzazione e sulla gestione del fondo per l'attività delle Consigliere/i di parità, come vedremo in seguito nell'analisi dell'art. 18 del d. lgs. n. 198/2006; l'autonomia funzionale di quest'organo è il presupposto per il corretto svolgimento dei suoi compiti istituzionali, ed il legislatore, in questa fase di riassetto e sistematizzazione della normativa in materia di pari opportunità, avrebbe potuto cogliere la preziosa occasione per adottare una formulazione più incisiva ed immediatamente rilevabile della effettiva autonomia organizzativa e della separazione fra ufficio della/del Consigliera/e di parità e ente locale presso il quale è ubicato.

8. Il nuovo trattamento giuridico ed economico

La riforma del 2000 affrontava in modo sistematico la tematica del trattamento giuridico ed economico delle/dei Consigliere/i di parità. La legge n. 125/91, infatti, non aveva previsto un adeguato regime di compensi per le ore di attività svolte, compromettendo la possibilità per le/i Consigliere/i regionali e provinciali di esplicare al meglio la propria attività. Il vecchio regime prevedeva, infatti, esclusivamente un gettone giornaliero di entità pressoché simbolica per la loro partecipazione alle riunioni delle Commissioni regionali e provinciali, di cui facevano parte, ed ulteriori gettoni di eguale misura per le giornate di effettiva presenza nelle sedi dove erano domiciliate. Inoltre, se erano lavoratori dipendenti potevano avvalersi di permessi non retribuiti per lo svolgimento delle loro funzioni.

L'art. 17 del decreto n. 198/2006 ripropone le innovazioni apportate dal decreto del 2000 e, sopprimendo il meccanismo della percezione dei gettoni di presenza, contempla un doppio regime economico a seconda che la/il Consigliera/e sia una/un lavoratrice/tore dipendente oppure autonoma/o o libera/o professionista.

1. Nel caso che la/il Consigliera/e di parità regionale sia una lavoratrice/tore subordinata/o, ha diritto per l'esercizio delle sue funzioni ad assentarsi dal posto di lavoro per un massimo di 50 ore lavorative mensili medie, mentre quella/o provinciale per un massimo di 30 ore mensili medie. Entrambe/i hanno inoltre diritto ad ulteriori permessi non retribuiti per i quali verrà corrisposta un'indennità, la cui entità, così come quella dei permessi, è stabilita dal decreto di cui all'art. 18, 2° c. La comunicazione per l'assenza dal luogo di lavoro deve essere data per iscritto al datore di lavoro con un preavviso di almeno un giorno.

La prima singolarità del regime previsto è riscontrabile nella copertura dei permessi retribuiti: se di norma, quando si parla di permessi retribuiti, l'onere è posto a carico del datore di lavoro, nella nuova tutela del reddito delle/dei Consigliere/i regionali e provinciali dipendenti da privati o da amministrazioni pubbliche, l'onere per le loro assenze è a carico rispettivamente dell'ente regionale e provinciale presso il quale è ubicato l'ufficio; l'ente vi provvede impiegando le risorse del Fondo finanziario appositamente costituito (di cui all'art. 18), mediante il quale rimborsa, su richiesta, il datore di lavoro per le somme corrisposte in relazione alle ore di assenza retribuita.

Questo ovviamente significa che ogni Consigliera/e "costerà" al Fondo a seconda del livello professionale che possiede⁸⁴.

Occorre quindi da parte dei datori di lavoro la predisposizione di specifiche modalità di rendicontazione.

Tale regime ricalca quello dei lavoratori dipendenti chiamati a ricoprire cariche pubbliche nelle amministrazioni degli enti locali⁸⁵.

A tale proposito possono essere utilmente richiamate alcune statuizioni della disciplina sui permessi concessi ai lavoratori dipendenti per l'esercizio di tali cariche:

- l'entità dei permessi retribuiti potrà essere derogata solo *in melius* da parte dei contratti collettivi, e mai *in pejus*;
- la natura di diritto potestativo implica che per i permessi non è necessaria un'autorizzazione, ma basta il preavviso di almeno un giorno e non più di tre giorni, come in precedenza;
- il campo di applicazione si deve intendere riferito al datore di lavoro sia pubblico che privato;
- l'entità dei permessi è stabilita entro limiti massimi, essendo sempre possibile la determinazione di soglie minime, ed è stabilita in relazione all'inerenza del permesso alle funzioni svolte⁸⁶.

84. Cfr Donata Gottardi, in *La figura giuridica della consigliera di parità*, Atti dei seminari svoltisi a Bologna dall'ottobre al dicembre 2001 dal titolo "*Oltre la parità. Il ruolo della Consigliera e del Consigliere di parità*", grafica e stampa a cura del Consiglio e della Giunta della Regione Emilia-Romagna, giugno 2003, p. 40.

85. Si tratta del d. lgs 18 agosto 2000 n. 267, artt. 77-86.

86. Cfr. Stefania Scarponi, in *L'istituzione della rete delle Consigliere e dei Consiglieri*, op. cit., 2003, p. 663.

La fissazione del limite massimo è articolata come media mensile, secondo il criterio già introdotto in materia di orario di lavoro, normale e straordinario, in via normativa e negoziale, che consente di superare in alcuni mesi il limite massimo, a condizione di ridurlo in altri⁸⁷. Dalla disciplina in esame non è chiaro se il limite complessivo sia riferito all'anno solare o al periodo annuale che decorre dal momento della nomina della/dei Consigliera/e. Quest'ultima soluzione appare preferibile⁸⁸, considerando che l'entità dei permessi è funzionale allo svolgimento dell'attività riguardante il mandato, e che il calcolo come durata media è fatto sulla variabilità dell'impegno delle Consigliere, che potrà comportare assenze giornaliere parziali o totali. Questo calcolo sarà effettuato secondo il criterio di ragionevolezza, salvaguardando così principalmente le esigenze organizzative.

La/il Consigliera/e di parità dovrà rispettare l'onere di documentazione dell'uso del permesso coerentemente alle finalità previste.

Per risolvere la questione della determinazione della retribuzione da prendere come parametro per il calcolo del trattamento economico corrispondente per l'attività svolta con il permesso, appare equo⁸⁹ rapportare quest'ultimo al reddito percepibile in caso di prestazione lavorativa, potendo altrimenti verificarsi un minor interesse allo svolgimento da parte della/del Consigliera/e.

L'onere dei permessi retribuiti, come si è detto, grava sull'ente in cui è istituito l'ufficio della/del Consigliera/e, che provvede a rimborsare il datore di lavoro del relativo importo, previa richiesta. L'alternativa della corresponsione diretta da parte dell'ente Regione o Provincia, della somma dovuta, sul calcolo fatto dal datore di lavoro, condurrebbe ad una conseguenza "positiva", per cui la/il Consigliera/e sarebbe direttamente creditore dell'ente territoriale, ovviando ad un'eventuale insolvenza del datore di lavoro; ma ad una "negativa", che riguarda l'esigenza di una tutela sostanziale per la tempestività e regolarità con cui è corrisposta la retribuzione da parte del datore di lavoro, che non sarebbe garantita se l'ente territoriale fosse il creditore diretto⁹⁰.

L'art. 17, 2° c. dispone che per lo svolgimento delle loro attività, possono usufruire anche di permessi non retribuiti, la cui entità è stabilita dal decreto all'art. 18, insieme all'importo della relativa indennità⁹¹.

È importante sottolineare come la corresponsione dei corrispettivi dei permessi e delle indennità incidono significativamente sul Fondo, drenando molte risorse e diminuendo giocoforza la quota riservata alla copertura delle attività

87. Sul tema, Vito Leccese, *L'orario di lavoro*, Bari, 2001.

88. Cfr. Stefania Scarponi, *op. cit.*, p. 663.

89. Cfr. Stefania Scarponi, *op. cit.*, p. 663.

90. Cfr. Stefania Scarponi, *L'istituzione della rete delle Consigliere e dei consiglieri*, cit., 2003, p. 663.

91. Per quanto riguarda i permessi non retribuiti è stata fatta una quantificazione sulle vecchie 45.000 lire orarie, pari a circa 23 euro attuali, che non è molto ma nemmeno poco se consideriamo la media delle retribuzioni.

istituzionali dell'organismo. Nel contempo la scelta normativa effettuata con l'art. 18 non consente l'erogazione di un vero e proprio compenso rapportato alla funzione di Consigliera/e, bensì un mero ristoro per l'attività lavorativa non prestata ed il reddito perduto a cagione dello svolgimento dei compiti attribuiti.

In sostanza, non vi è stato un pieno riconoscimento del ruolo, (che comprende anche l'attribuzione della qualifica di pubblico ufficiale), che avrebbe comportato un emolumento rapportato alla carica pubblica ricoperta, anche se indubbi passi in avanti sono stati fatti⁹² rispetto al precedente regime.

Per le/i Consigliere/i nazionali, sempre se lavoratrici/tori dipendenti, si prevede un regime parzialmente diverso (art. 17, 5° c.): si dà la possibilità di ricorrere alternativamente a permessi non retribuiti, il cui massimale è determinato "annualmente" dal decreto ministeriale di cui all'art. 18, 2° c., in relazione ai quali verrà percepita un'indennità; oppure all'aspettativa non retribuita, per la durata del mandato, rispetto alla quale è prevista l'erogazione di un'indennità determinata, tenuto conto sia della retribuzione persa sia del compenso per l'attività svolta.

Ciò che non prevede né il d. lgs. n. 196/2000, né tantomeno il d. lgs. n. 198/2006 è la problematica dell'accesso alle prestazioni previdenziali da parte delle Consigliere/i di parità. Si pone il problema della computabilità dell'aspettativa nell'anzianità di servizio, che la legge non ha previsto. Estendendo per analogia i criteri interpretativi in materia di esercizio di funzioni pubbliche, l'aspettativa sarà valutata⁹³, ai fini della maturazione dei diritti connessi all'anzianità (come gli aumenti periodici), alla stregua di servizio effettivamente prestato, maturando i relativi diritti al momento effettivo della ripresa, data la natura non retributiva dell'aspettativa medesima.

Essa influisce anche sulla computabilità del trattamento di fine rapporto.

Per quanto riguarda la maternità e la malattia: nel primo caso, essendo un periodo di sospensione non retribuita del rapporto di lavoro, la/il Consigliera/e Nazionale percepisce l'indennità, come previsto per legge⁹⁴; nel secondo caso, "applicando per analogia la disciplina concernente l'aspettativa per altre cariche pubbliche, la/il dipendente conserverà il diritto a percepire le prestazioni a carico dei competenti enti preposti, ovvero a carico di fondi sostitutivi"⁹⁵.

2. La seconda fattispecie riguarda il caso in cui l'incarico di Consigliera/e sia affidato ad una lavoratrice/tore autonoma/o oppure libera/o professionista: viene riconosciuta, se Consigliera/e regionale o provinciale, un'indennità rapportata al numero di ore complessivo di effettiva attività, entro limiti massimi

92. Cfr. Donata Gottardi, in *La figura giuridica della consigliera di parità, cit.*, Bologna 2003, p. 40.

93. Cfr. Stefania Scarponi, *L'istituzione della rete, cit.*, 2003, p. 664.

94. Cfr. in proposito l'art. 24, 2° e 6° c. del d. lgs. n. 151/2001, Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno delle maternità e della paternità.

95. L'espressione è di Stefania Scarponi, *op. cit.*, p. 664.

determinati annualmente; se Consigliera/e nazionale, un'indennità complessiva annua. Gli importi sono stabiliti dal decreto di cui all'art. 18, 2° c., tenendo conto sia della perdita del reddito sia della valutazione in termini di compenso per il tipo di professionalità richiesta.

De iure condendo, sarà opportuno ripensare ai criteri determinativi dell'indennità, introducendo parametri maggiormente equi, che valorizzino da una parte l'attività delle/dei Consigliere/i in sé e per sé considerata, a prescindere dagli aspetti connessi alla perdita di guadagno, dall'altra evitino sperequazioni legate alla attività lavorativa della/del singola/o Consigliera/e⁹⁶.

9. Il fondo nazionale per l'attività delle/dei Consigliere/i di parità. La legge delega e l'istituzione del fondo

Si è già sottolineato più volte che le ragioni della deludente applicazione della legge 125/91 sono imputabili alla "debolezza" istituzionale e amministrativa del principale "soggetto" preposto alla sua attuazione: la/il Consigliera/e di parità. A questo soggetto erano attribuiti compiti delicati e complessi che avrebbe dovuto svolgere con uno *status* adeguato all'esercizio delle proprie funzioni, comprendente un minimo apparato strumentale e risorse finanziarie, in assenza del quale si è rivelato velleitario operare.

Sostanzialmente la legge 125/91 aveva confinato le/i Consigliere/i di parità entro una sorta di "regime" di "volontariato istituzionale", dimostrando di essere una "*legge manifesto*" o legge "*priva di copertura amministrativa*", come la hanno definita alcuni studiosi⁹⁷.

Già con la legge finanziaria del 1999 era stato predisposto l'accantonamento di una quota di risorse, destinate al Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio e finalizzate alla copertura finanziaria di provvedimenti normativi che potenziassero il ruolo della/del Consigliera/e di parità⁹⁸.

Proprio in quell'anno l'art. 47 della l. del 17 maggio, n. 144, fissava i principi e i criteri direttivi della delega al Governo in materia di revisione della l. n.

96. Ricordiamo a tal proposito che ogni anno viene ripartito fra le amministrazioni provinciali, tramite un decreto ministeriale, il Fondo nazionale per le attività delle Consigliere e dei Consiglieri di parità. La ripartizione avviene secondo dei parametri (indicatori percentuale) ottenuti tramite elaborazioni ISTAT. I decreti ministeriali degli ultimi tre anni (2005-2006-2007) riportano degli indicatori percentuali (distribuzione percentuale delle amministrazioni provinciali, distribuzione percentuale delle donne in età lavorativa, distribuzione percentuale delle donne in cerca di occupazione, distribuzione percentuale delle donne occupate) più o meno simili; si rileva invece il variare dell'entità delle risorse da distribuire, che inizialmente era superiore (vedi relativi decreti del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali).

97. Cfr. Delia La Rocca, "Il fondo nazionale per l'attività delle Consigliere e dei Consiglieri di parità", in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 3, 2003, p. 668.

98. Cfr. La Rocca, *op. cit.*, p. 668.

125/91, ponendo l'accento sul potenziamento, oltre che delle funzioni, anche delle "dotazioni strumentali" delle/dei Consigliere/i.

Il 1° c., lett. b) della disposizione normativa, dispone che si provveda all' "incremento delle dotazioni per un efficace espletamento delle funzioni", precisando che il concetto di "dotazioni" comprendeva specificatamente la previsione di permessi retribuiti, la ridefinizione dei compensi e dei rimborsi e il potenziamento delle strumentazioni operative. A garanzia di questo alla lett. d) viene istituito un apposito "fondo per l'attività dei Consiglieri di parità", che la legge delega colloca presso la struttura amministrativa del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, oggi Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali.

Al legislatore delegato viene affidato il compito di definire i criteri di assegnazione e di ripartizione delle risorse, e quantizzare le spese finanziabili a carico del fondo, precisando che tra queste sono da prevedere "anche (...) spese e onorari relativi alle azioni in giudizio promosse dai Consiglieri di parità".

La copertura del fondo è costituita per una quota dalle risorse accantonate nella legge finanziaria e destinate al Dipartimento per le pari opportunità, per un'altra è a carico del "Fondo per l'occupazione" istituito presso il Ministero del lavoro⁹⁹.

In realtà le risorse assegnate al nuovo fondo sono venti miliardi di vecchie lire e per questo il meccanismo di finanziamento studiato appare un po' complicato, tanto da far ritenere che: "la creazione di un nuovo "Fondo" (espressamente "dedicato" all'attività dei Consiglieri di parità) [finisce] per aggiungere un ennesimo tassello nella logica incrementale e disarmonica che presiede, nel nostro sistema, in materia di 'pari opportunità'"¹⁰⁰.

10. La distribuzione delle risorse e i criteri di ripartizione delle quote

Il concetto di "frontiera mobile"¹⁰¹ riguardante la distribuzione delle competenze tra Stato e Regioni attraversa interamente la legislatura tra il 1996 e il 2001. Anche la riforma del 2000, recepita dal decreto del 2006, ne risente e, nell'intento di rinnovare il ruolo della/del Consigliera/e di parità, se da un lato sposta le sue funzioni in materia di mercato del lavoro e di politiche per l'occupazione verso la sfera di competenza degli enti regionali, dall'altro conserva la lotta contro le discriminazioni e la promozione di azioni positive all'interno degli interventi e delle politiche nazionali.

Sul piano finanziario si ripropone la realizzazione dell'equilibrio di queste due sfere, attraverso un modello di tipo "concordato" e "concertato"¹⁰².

99. Cfr. La Rocca, *Il fondo nazionale*, cit., 2003, p. 668.

100. L'espressione è di La Rocca, *op. cit.*, p. 668.

101. Cfr. Delia La Rocca, *Il Fondo nazionale*, *op. cit.*, 2003, p. 672.

102. Allo stesso modello si ispira il meccanismo convenzionale di cui all'art. 5 (Convenzione quadro e singole convenzioni Stato-enti territoriali).

L'art. 18, comma 1, del d. lgs. n. 198/2006 offre un esauriente e tassativo elenco delle diverse spese ammissibili per le azioni e gli interventi finanziabili attraverso il Fondo.

Quest'ultimo è destinato a coprire le spese relative alle attività della/del Consigliera/e nazionale, regionale e provinciale, ai compensi degli esperti eventualmente nominati ai sensi dell'art. 19, comma 3, nonché alle spese relative alle azioni in giudizio promosse e sostenute ai sensi del Libro III, Titolo I, Capo III. È destinato, inoltre, a finanziare le spese relative al pagamento di compensi per indennità, rimborsi e remunerazione dei permessi spettanti alle Consigliere/i di parità, nonché quelle per il funzionamento e le attività della rete ex art. 19 e per gli eventuali oneri derivanti dalle convenzioni previste dall'art. 16, comma 2, diversi da quelli relativi al personale.

Il secondo comma si occupa della ripartizione delle risorse del Fondo e specifica alla lett. a), che una quota pari al 30% è riservata all'ufficio della/del Consigliera/e nazionale di parità ed è destinata a finanziare, oltre alle spese relative alle attività ed ai compensi dello stesso, le spese relative al funzionamento ed ai programmi di attività della rete nazionale. Alla lett. b) si prevede che la quota restante del 70% è destinata alle Regioni e viene suddivisa tra le stesse sulla base di una proposta di riparto elaborata dalla commissione interministeriale per la gestione del fondo.

Si procede, poi, a definire i criteri, parametri e modalità per l'ulteriore sub-riparto delle due quote.

Per quanto riguarda le risorse assegnate alle regioni vengono predeterminati una serie di parametri "oggettivi" che tengono conto:

- del numero delle/dei Consigliere/i provinciali (la norma presuppone un successivo riparto delle risorse in ambito sub-territoriale, che viene rinviato alle Amministrazioni regionali);
- di indicatori che considerano i differenziali demografici ed occupazionali, di genere e territoriali;
- della capacità di spesa dimostrata negli esercizi finanziari precedenti, criterio utile solo per il riparto delle risorse negli anni successivi alla prima applicazione. Vengono "premiare" in questo modo le amministrazioni territoriali più dinamiche e che hanno usato più "razionalmente" le "risorse scarse", evitandone la dispersione e convogliandole verso i soggetti che hanno rivelato maggiore efficienza o maggior bisogno di spesa.

Per quanto concerne le risorse destinate alla/al Consigliera/e nazionale, non vengono predeterminati criteri rigidi di ulteriore ripartizione della quota del 30%, ma ci si affida ad un sistema di tipo "programmatico-progettuale".

Tali risorse, come è stato già accennato, sono destinate a coprire sia le spese "fisse" (funzionamento dell'ufficio della/del Consigliera/e nazionale di parità, ivi compresa l'indennità di cui all'art. 17, 5° c. del d. lgs. n. 198/2006), sia

le spese “variabili” (attività della/del Consigliera/e nazionale di parità), che quelle relative ai “progetti e programmi” della rete nazionale.

“Quanto” sia da assegnare a quest’ultima è una questione lasciata in sospenso dal decreto¹⁰³. Nel caso di riparto tra le regioni il compito di “proposta” spetta alla Commissione di gestione; per l’assegnazione tra l’Ufficio della/del Consigliera/e nazionale e la rete, la riforma si limita a rinviare ad un decreto interministeriale che segua la procedura di cui al comma 2° dell’art. 18, senza individuare un soggetto che abbia l’incarico di “proporla”.

Si potrebbe ipotizzare¹⁰⁴, visto il silenzio della legge, che questa titolarità potesse essere affidata alla/al Consigliera/e nazionale di parità, essendo il coordinatore della rete. In realtà questo soggetto, oltre a coordinare, deve anche sottoporre le “richieste” di finanziamento di quest’ultima all’approvazione della Commissione interministeriale per la gestione del fondo¹⁰⁵. Il meccanismo decisionale è “circolare”, quindi, ed è basato su una “doppia titolarità” del potere di proposta: della/del Consigliera/e nazionale, per il finanziamento delle funzioni proprie, della rete per il proprio funzionamento.

“L’unico elemento positivo di questo intricato “marchingegno” sta nella flessibilità che viene assicurata alle decisioni di spesa: queste, infatti, possono essere graduate e modificate senza eccessive rigidità precostituite in via legislativa”¹⁰⁶.

La riforma del 2000 prevedeva nell’ultimo capoverso dell’art.9, comma 1, che le Regioni e le Province potessero integrare le risorse provenienti dal Fondo con risorse proprie. Con questa disposizione il decreto aveva previsto un ulteriore rafforzamento, se pur potenziale, delle disponibilità finanziarie destinate alla riforma, attraverso un’integrazione da parte delle Regioni e delle Province, soprattutto per il sostegno delle azioni in giudizio delle/dei Consigliere/i di parità¹⁰⁷.

Tale dicitura scompare completamente nell’art.18 del decreto del 2006; non appare più prevista l’ipotesi di integrare con risorse provenienti da enti locali quelle provenienti dal Fondo per l’attività di Consigliera/e di parità (anche se detta integrazione non è preclusa).

Altro problema, che non è stato affrontato nella stesura del decreto legislativo n. 198/2006, riguarda il rapporto fra la gestione del Fondo per l’attività delle Consigliere e dei Consiglieri di parità ed il patto di stabilità interno dell’ente locale di riferimento.

103. Cfr. Delia La Rocca, *Il fondo nazionale*, cit., 2003, p. 673.

104. Cfr. La Rocca, *Il fondo nazionale*, cit., 2003, p. 673.

105. Nella Commissione sono presenti sia i soggetti istituzionalmente competenti per le pari opportunità sia i rappresentanti degli enti territoriali. È da notare il fatto che sia nella Commissione che nella composizione delle “riunioni” della Rete si prevede la presenza del vice presidente del Comitato nazionale di parità di cui all’art. 5 della l. n. 125/91 e di un rappresentante del ministro per le pari opportunità.

106. L’espressione è di La Rocca, *op. cit.*, p. 673.

107. D. La Rocca, *Il fondo nazionale*, cit., 2003, 674.

In altre parole, una problematica operativa con cui le/i Consigliere/i si sono dovuti scontrare nello svolgimento delle loro funzioni riguarda la considerazione se le spese finanziabili dal Fondo si debbano considerare incluse o escluse dalle regole del patto di stabilità interno degli enti locali; la risposta a tale quesito è di importanza basilare per l'effettiva capacità gestionale e per la giusta allocazione delle risorse a disposizione della/del Consigliera/e di parità.

In mancanza di riferimenti in materia nel decreto del 2006, ci sembra opportuno attenerci al parere che l'ufficio legislativo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali rese in materia nel maggio del 2006, dietro richiesta di alcune/i Consigliere/i.

Il parere, il cui oggetto era "Gestione Fondo per l'attività delle Consigliere e dei Consiglieri di parità e patto di stabilità interno" stabiliva quanto segue:

"Come già fatto presente da questo Ufficio, la figura della Consigliera e del Consigliere di parità riveste chiaramente carattere di autonomia e di indipendenza e determina in piena libertà le priorità di intervento, i programmi di azione e tutto quanto necessario all'espletamento dei suoi compiti.

La struttura necessaria allo svolgimento di tali compiti è incardinata presso l'Amministrazione di riferimento (Regione o Provincia), alla quale vengono trasferite, con vincolo di destinazione, le risorse statali del Fondo per l'attività delle Consigliere e dei Consiglieri di parità. Pertanto, il potere di spesa, secondo le regole del bilancio pubblico, rimane in capo al dirigente regionale o provinciale responsabile, che però deve limitarsi a controllare la legittimità della spesa, non potendo sindacare lo svolgimento dell'attività da parte della Consigliera o del Consigliere di parità, in quanto figura funzionalmente autonoma nell'espletamento delle sue funzioni.

A ben vedere, quindi, le risorse del Fondo nazionale di cui all'articolo 9 [ora art. 18 d. lgs. n. 198/2006 n. d.r.] di cui dispongono ogni Consigliera o Consigliere di parità per lo svolgimento delle proprie funzioni, sono volte a sostenere spese per i compiti di carattere statale. Tali risorse transitano nei bilanci delle Regioni e delle Province al solo fine di permettere alle Consigliere e ai Consiglieri di utilizzare tali fondi sul loro territorio di competenza.

Tutto ciò premesso, trattandosi, dunque, di spese effettuate per conto dello Stato, si conclude che tali spese possono essere escluse dalle regole del patto di stabilità interno"¹⁰⁸.

A tale posizione si associava anche la Ragioneria dello stato, opportunamente consultata dall'ufficio legislativo del Ministero del lavoro, che sottolineava come punto di estremo interesse il fatto che

"sottostanno, viceversa, ai vincoli derivanti dal patto di stabilità interno le spese sostenute dalle Regioni e dalle Province per il funzionamento degli uffici di cui si avvalgono i predetti Consiglieri, e le eventuali spese finanziate con risorse aggiuntive autonomamente stanziata dalle autonomie regionali e locali per le finalità di cui trattasi"¹⁰⁹.

108. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Parere dell'ufficio legislativo, Prot. 13/UCNP/0012991, 16 maggio 2006.

109. *Ibidem*.

11. La relazione del Parlamento

L'art. 20 del decreto del 2006 riproduce letteralmente il sesto comma dell'art. 4 del decreto del 2000. In detto articolo si prevede che il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, basandosi sul rapporto che le Consigliere ed i Consiglieri di parità devono elaborare ex art. 19, comma 5, oltre che sulle indicazioni fornite dal Comitato nazionale di parità, presenti in Parlamento, almeno ogni due anni, d'intesa con il Ministro per le Pari Opportunità, una relazione.

Tale relazione deve contenere i risultati del monitoraggio sull'applicazione della legislazione in materia di parità e pari opportunità nel lavoro e sulla valutazione degli effetti delle disposizioni del decreto in oggetto, con lo scopo principale di favorire un coordinamento delle politiche del lavoro con le politiche sociali e le misure di sostegno, che, secondo una logica di mainstreaming, devono risultare trasversali rispetto agli interventi da effettuare sul mercato del lavoro.

La presentazione di tale relazione al Parlamento era già prevista dall'art. 10 della legge n. 125/91, salvo la modifica che riguarda "l'intesa" con il Ministero per le Pari Opportunità, che ricopre, in ogni caso, una valenza meramente consultiva, a conferma che l'ambito prevalente in cui agisce la figura della/del Consigliera/e di parità è quello inerente alle materie del lavoro e delle politiche sociali.

3. *La Consigliera ed il Consigliere di parità e l'azione collettiva*

di Valentina Candidi Tommasi

Premessa

La valutazione dell'esperienza applicativa della l. n. 125/91 porta indiscutibilmente ad esprimere un giudizio fortemente critico sull'apparato normativo sanzionatorio, apprestato dall'art. 4 nell'originaria versione¹ per combattere i fenomeni di discriminazione di genere. In realtà la legge-madre, sul piano delle tecniche sanzionatorie, aveva preso atto dei motivi per cui si era verificata la difficoltà di proporre in via principale-individuale, alla cognizione dell'autorità giudiziaria, fattispecie coinvolgenti diritti di parità di lavoratori e lavoratrici, collegati a posizioni collettive di gruppi socialmente svantaggiati. Per questo la disciplina del 1991 aveva sia predisposto un meccanismo di alleggerimento dell'onere probatorio, sia introdotto l'azione di un soggetto istituzionale per la repressione delle discriminazioni di carattere collettivo².

Tuttavia, fin dall'inizio della vigenza della nuova normativa, sono stati rilevati i "difetti" strutturali del meccanismo e si è osservato che si trattava di "un'altra occasione perduta"³ per superare le inadeguatezze dell'art. 15 della l. n. 903/77, strumento speciale di tutela, e per rendere i meccanismi proces-

1. Vedremo infatti che il decreto legislativo n. 196 del 2000 ed il successivo Codice delle Pari Opportunità del 2006 riformeranno l'art. 4 della legge n. 125 del 1991, detta per questo legge-madre.

2. Così Fausta Guarriello, "Le azioni in giudizio", in Gaeta, Zoppoli (a cura di), *Il diritto di uguale. La legge sulle azioni positive*, Torino, 1992, pp. 208-209. L'A. assegna al legislatore del 1991 la consapevolezza che l'azione civile ordinaria non fosse idonea a dare la "chiovendiana" integrale soddisfazione del bisogno di tutela e che, pertanto, fosse necessaria una tutela giurisdizionale differenziata.

3. Cfr. Rapisarda, "La tutela giudiziaria dei diritti di parità tra azione individuale e azione pubblica", in *Riv. crit. dir. lav.*, 1992, p. 785. Sulla difficoltà di esecuzione dell'ordine giudiziale v. soprattutto Rapisarda, *La tutela dei soggetti discriminati, op. cit.*, 1994, p. 73 ss.; Luigi De Angelis, "Profili di tutela processuale contro le discriminazioni tra lavoratori e lavoratrici", in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, p. 488 ss.

suali in grado di coniugare la necessità di una tutela specifica con l'effettività della medesima. *“Questi rilievi vanno ancora oggi condivisi, sebbene le nuove regole processuali abbiano certamente segnato un non trascurabile mutamento di prospettiva rispetto alle esigenze di tutela emerse dalla “disapplicazione” di fatto dell’art. 15 della legge di parità”*⁴.

I meccanismi giudiziali, previsti dalla l. n. 125/91, hanno purtroppo rappresentato una risorsa poco *“sfruttata”*⁵, nonostante si fosse *“giocata la scommessa”* dell'originale ruolo processuale attivo della/del Consigliera/e di parità e delle sue capacità di colpire i comportamenti, spesso subdoli, lesivi dell'eguaglianza di genere e della sensibilità civile e giuridica del nostro tempo⁶.

L'analisi empirica, realizzata attraverso la consultazione di riviste lavoristiche o di repertori di giurisprudenza, mette in rilievo la scarsa casistica, per tutto il decennio trascorso, di controversie introdotte ai sensi dell'art. 4 della l. 125/91 per la dichiarazione dell'esistenza di discriminazioni di genere, secondo le nozioni fornite dai primi due commi del medesimo art. 4⁷; si può affermare⁸ *a posteriori* che la legge non è stata in grado di rendere *“appetibile”*, oltre al ricorso all'azione individuale collegato a posizioni collettive di gruppi socialmente svantaggiati, anche quello all'azione collettiva/pubblica.

Il legislatore del 2000, con l'art. 47, 1° c., lett. a), della legge delega n. 144/99, si è dimostrato consapevole dell'inoperatività dei meccanismi processuali così come originariamente concepiti, volendo per questo rafforzare le funzioni delle/dei Consigliere/i di parità relative al contenzioso avente ad oggetto le discriminazioni di sesso. Il d. lgs. n. 196/00, tuttavia, si muove *“in linea di continuità con la legge madre”*⁹, limitandosi a razionalizzare e riorganizzare quanto già previsto e ad apportare le correzioni necessarie a seguito dell'esperienza maturata nell'ultimo decennio. Richiamando le parole di F. Amato, si può affermare che; *“...credo, peraltro, possa dirsi che con le modifiche del d. lgs. n. 196 si rigioca la “scommessa” di un rinnovato forte approccio anche in ambito giudiziale alle tematiche dell'uguaglianza di genere e di repressione delle discriminazioni fra lavoratori e lavoratrici”*¹⁰.

4. L'espressione è di Fabrizio Amato, *“L'azione individuale e l'azione collettiva”*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 3, 2003, p. 757.

5. Cfr. Amato, *“Le azioni in giudizio”*, in Aa.Vv. (a cura del Comitato Nazionale di Parità e P.O.), *La “nuova” l. n. 125*, Roma 2001, p. 33.

6. Così Guarriello, *Le azioni in giudizio, cit.*, 1992, p.209. Le complessive difficoltà di realizzazione delle finalità della legge 125, anche per quanto concerne l'aspetto delle azioni giudiziali, vengono messe in luce dalla nota indagine conoscitiva, già citata, condotta dall'11° Commissione del Senato della Repubblica e conclusasi con la Relazione Smuraglia, *cit.*, in data 26 settembre 1995.

7. Cfr. Amato, *Le azioni in giudizio, cit.*, 2001, 33.

8. Cfr. Amato, *L'azione individuale e l'azione collettiva, cit.*, 2003, p. 758.

9. Così Guarriello, *“Il nuovo ruolo delle consigliere e dei consiglieri di parità disegnato dal d. lgs. 196/00”*, in AA.VV. (a cura del Comitato Nazionale di Parità e P.O.), *La “nuova” l. n. 125*, Roma, 2001, p. 31.

10. Cfr. dell'Autore, *L'azione individuale e l'azione collettiva, cit.*, 2003, p.758.

Il d. lgs. n. 198 dell'aprile del 2006 (contenente il Codice delle Pari Opportunità) ha sistematizzato la disciplina processuale già esistente per le azioni in giudizio contro le discriminazioni fondate sul sesso; tale disciplina era stata modificata con il d. lgs. n. 145 del 2005, attuativo della dir. n. 2002/73/Ce, che oltre a ridefinire le nozioni di discriminazioni e a dare una definizione legislativa di molestie sul luogo di lavoro anche per quelle di genere, aveva previsto la possibilità del risarcimento del danno anche non patrimoniale, sia nelle azioni collettive ordinarie o d'urgenza, sia nelle azioni individuali esperite nella forma sommaria ed urgente propria dell'art. 15 della l. n. 903/1977.

Il Codice delle Pari Opportunità, quindi, riafferma il ruolo importante delle Consigliere e dei Consiglieri di parità non solo nelle procedure di conciliazione ex art. 410 c.p.c, ma anche nel procedimento sommario di urgenza e quindi in particolare nel giudizio di merito ordinario, instaurato da tali organismi nelle ipotesi di discriminazioni di carattere collettivo.

“L'azione collettiva certamente costituisce la fattispecie più interessante e peculiare della normativa in esame, perché consente di ampliare le possibilità di agire contro le discriminazioni non solo nelle ipotesi di soggetti individuati, dove l'aspetto risarcitorio-restitutorio è certamente preminente, ma anche quando la discriminazione colpisca l'intera categoria di soggetti indistinti, così spiegando anche una indubbia funzione di prevenzione”¹¹.

Inoltre la previsione di una possibile condanna al risarcimento del danno anche non patrimoniale — si pensi ad esempio al danno morale, esistenziale ed all'immagine — contestualmente all'ordine di predisporre e definire il piano di rimozione delle discriminazioni, conferma una rispettosa attuazione del legislatore italiano delle disposizioni comunitarie dirette a realizzare l'obiettivo di una efficace lotta contro tale tipologia di condotte illecite.

Tuttavia la ritrosia finora manifestata a portare in giudizio in via principale fattispecie riguardanti le discriminazioni di genere¹², utilizzando l'art. 4 della legge 125, così come modificato dai decreti del 2000, trova una spiegazione probabilmente “anche” in talune inadeguatezze del testo previgente, che non hanno reso facilmente azionabile la disciplina processuale ivi introdotta.

È maggiormente condivisibile l'opinione¹³ secondo la quale ben altre ragioni sottostanno al mancato decollo della legge del '91: motivazioni di ordine politico-culturale, sia sotto il profilo generale sia sotto quello più particolare del mercato del lavoro, ma anche di approccio e gestione sindacale del problema in una fase economica contraddistinta da un'incoercibile disoccupazione a doppia cifra percentuale.

11. Così Laura Curcio *“Le azioni in giudizio e l'onere della prova”*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio-il quadro comunitario e nazionale* (a cura di Marzia Barbera), Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp. 529-530.

12. Cfr. Amato, *op. cit.*, 2003, p.759.

13. Cfr. Amato, *op. cit.*, 2003, p.759.

A queste inadeguatezze hanno cercato di porre rimedio il d. lgs. n. 196/2000 e il d. lgs. n. 198/2006, con le modifiche apportate. Purtroppo però il presupposto di partenza è che le discriminazioni di genere sul lavoro esistono e sono molto numerose, ma stentano a trovare uno sbocco a livello istituzionale. Le lavoratrici sono i più frequenti soggetti passivi delle condotte discriminatorie ed è comprensibile come queste trovino difficoltoso intraprendere la dura e lunga strada della denuncia di tali discriminazioni¹⁴.

Rimane, infine, non solo il rammarico, ma anche lo stupore per l'assenza di un più attento lavoro di ricostruzione di tutta la disciplina legislativa contro ogni discriminazione, quindi anche di quelle previste dai d. lgs. n. 215 e n. 216 del 2003, relativamente alla regolamentazione processuale, che rimane frammentaria, disomogenea ed alla fine per nulla semplificativa.

1. La nozione oggettiva di discriminazione nell'ordinamento italiano

1.1. La discriminazione sessuale

È opportuno in questo contesto analizzare brevemente come la nozione di discriminazione sia stata accolta dall'ordinamento italiano, quali funzioni la Consigliera ed il Consigliere di parità siano chiamati a svolgere nella tutela processuale collettiva, ed infine quale sia la lesione del diritto cui tale tutela cerca di porre rimedio, ossia la discriminazione sessuale.

Il d. lgs. 196/2000 non aveva modificato i concetti di discriminazione sessuale diretta e indiretta contenuti nel testo originario dell'art. 4, 1° e 2° c., della legge 125/91. Confrontando il testo di detto decreto con il testo originario, si notava subito la quasi perfetta identità delle formulazioni. L'unica modifica riguardava una (utile) precisazione inserita al terzo comma dell'art. 8, là dove si impone la regola in forza della quale nei concorsi pubblici e nelle selezioni di personale – “*anche [attuate] a mezzo di terzi*” – questa è la precisazione – la richiesta deve essere espressamente rivolta ai candidati “*dell'uno e dell'altro sesso*”¹⁵.

14. Al riguardo M. Barbera, “Il concetto di discriminazione”, in Aa.Vv. (a cura del Comitato Nazionale di Parità e P.O.), *La “nuova” legge 125*, cit., p. 54, si domanda retoricamente quanta cultura dei diritti individuali ci sia davvero in Italia rispetto, ad esempio, ai paesi anglosassoni.

15. Detta utile precisazione è stata trasposta nel nuovo decreto n.198 del 2006. Al riguardo, relativamente alla tutela penale del divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro, vedi Tribunale di Firenze, 10 dicembre 2007, I° sez. pen.; Giudice dott. Boscherini; imputati C.F. (avv. Del Core), C.A. e R.A. (avv. Bestini), P.A. (avv. De Luca); parti civili S.F. e, in qualità di Consigliera di parità della Regione Toscana, C.M. (avv. Guidotti); in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 4, 2008, con nota di Zitti Serena, “*Donne, accesso al lavoro e progressioni in carriera*”. Il caso in esame riguarda l'imputazione e la condanna dei soci di detta s.a.s., che nello svolgere (tra l'altro abusivamente) un'attività di ricerca di personale per conto di terzi datori di lavoro, hanno operato un trattamento discriminatorio per ragioni di sesso, senza che ciò fosse giustificato dalla natura dell'attività lavorativa che gli stessi candidati avrebbero dovuto svolgere.

Occorre da subito rilevare che già la legge 125/91 al primo comma dell'art. 4 sanciva in modo definitivo l'irrelevanza "dell'intento" quale presupposto necessario della fattispecie discriminatoria e la riferibilità del divieto di discriminare a qualsiasi atto o comportamento, da chiunque posto in essere. Si passa, quindi, da una visione soggettiva della discriminazione, propria della precedente legge n. 903/77, ad un'interpretazione oggettiva della stessa. La tecnica di definizione dell'illecito fa leva sul risultato finale dell'atto o della condotta, sulla loro idoneità a realizzare, in modo diretto o indiretto, un trattamento sfavorevole basato sul sesso, mentre resta estraneo alla valutazione giuridica del comportamento indagato il movente soggettivo dell'autore¹⁶.

Il campo d'incidenza dei divieti inoltre non ricade solo sugli atti unilaterali, ma su qualsiasi atto, patto, comportamento o trattamento discriminatorio, quindi anche su atti aventi natura contrattuale o negoziale.

L'"oggettivazione" della condotta costituisce un passaggio ineliminabile della costruzione del concetto di discriminazione indiretta. Infatti gli effetti costituiscono, in questo caso, l'unico plausibile metodo di valutazione del carattere discriminatorio della fattispecie. Per questo il secondo comma, dell'art. 4, l. n. 125/91, definisce la discriminazione indiretta guardando al risultato finale (il trattamento pregiudizievole), più che al singolo atto o comportamento: l'ottica è quella della "vittima", non più quella del "perpetratore".

Nel d. lgs. n. 196/00 viene mantenuta la nozione oggettiva di discriminazione, che prende in considerazione esclusivamente il risultato dell'atto o del comportamento, senza che abbia alcun rilievo l'intento discriminatorio¹⁷.

16. Cfr. nello stesso senso Treu, "La legge sulle azioni positive: prime riflessioni", in *Riv. It. Dir. Lav.* 1991, I, p. 127 ss e Scarponi, "Le nozioni di discriminazione", in *Il diritto diseguale, La legge sulle azioni positive*, Torino 1992, p. 50 ss.

17. Così il Pretore di Lecce nella sentenza del 13 dicembre 1997, in *Riv. crit. dir. lav.* 1999, p. 129 ss. secondo cui l'accertamento della discriminazione per ragioni di sesso nel rapporto di lavoro deve riferirsi ad elementi essenziali oggettivi, prescindendo per quanto possibile dalle intenzioni o dalle opinioni di chi l'abbia commessa. In base alla teoria oggettiva ciò che rileva è il comportamento tenuto dal datore di lavoro, essendo irrilevante l'intento: sussisterà discriminazione qualora vengano richiesti per le donne requisiti per l'assunzione diversi e più rigorosi rispetto agli uomini. Il datore di lavoro potrà solo dare la prova dell'essenzialità di tali requisiti rispetto al lavoro offerto, ma non potrà invocare la discrezionalità nella valutazione delle qualità personali degli aspiranti al posto di lavoro. Sul concetto oggettivo di discriminazione cfr. Marzia Barbera, "La nozione di discriminazione", in *Commentario alla legge 10 aprile 1991, n. 125*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1994, p. 46 ss.; M.V. Ballestrero, "La nozione di discriminazione nella legge 125/91", in *Riv. crit. dir. lav.*, 1992, p. 773 ss. Inoltre l'irrelevanza della componente psicologica della discriminazione è stata affermata dalla Corte di giustizia CE, 22 aprile 1997, C 180/95, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, p. 733 (Draehmpaehl c Urania). Secondo la teoria soggettiva invece la discriminazione consiste nel trattamento diseguale intenzionalmente riservato ad un soggetto in ragione del sesso, ritenendo fondamentale per la sussistenza della discriminazione l'*animus nocendi* (cfr. Cass. sez. lav. 5 marzo 1986, n. 1444, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, II, p. 717). Troviamo una spiegazione dell'elemento soggettivo della discriminazione, in materia di repressione della condotta antisindacale *ex art.* 28 St. lav., nella sentenza della Cass. sez. lav.

Pochi giorni prima della scadenza del termine fissato dalla Legge comunitaria 2003 (legge 31 ottobre 2003, n. 306) per l'esercizio della delega conferita al fine di dare attuazione alla direttiva n. 2002/73, recante integrazioni e modifiche alla disciplina in materia di "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" dettata dalla direttiva n. 76/207, il Governo italiano ha approvato il decreto legislativo n. 145 del 30 maggio 2005 che consegue tale obiettivo, intervenendo sul testo delle leggi n. 125/1991 (art. 4) e n. 903/1977 (artt. 1 e 15). Successivamente detto decreto è stato integralmente recepito dal Codice delle Pari Opportunità all'art. 25 e ss, dove si tratta la nozione di discriminazione.

Detto decreto delegato, riprodotto letteralmente dal d. lgs. n. 198/2006, integrando il dettato dell'art 1 della legge 9 dicembre 1977, n. 903, ha espressamente sancito (in conformità a quanto previsto nel nuovo art. 3.1 della direttiva 76/207) un'estensione del campo di operatività del divieto di discriminazioni in base al sesso, applicabile adesso a tutela di chi presta lavoro "in forma subordinata, autonoma o in qualsiasi altra forma" (cioè in forza di una delle tipologie contrattuali che ricadono nell'ambito della cosiddetta parasubordinazione). Il divieto di discriminazioni tra uomini e donne opera, quindi, nei confronti di "qualunque organizzazione i cui membri esercitano una particolare professione, e alle prestazioni erogate" dalla stessa, come recita l'altra precisazione inserita nel testo dell'art. 1.

Il divieto di discriminazione ha interessato anche il versante attivo dei soggetti vincolati all'osservanza del medesimo, che non sono più soltanto i datori di lavoro ma anche le organizzazioni sindacali e padronali e, come appena accennato, gli enti costituiti dai lavoratori appartenenti ad una determinata categoria professionale.

*"La nuova puntualizzazione rende più chiara quella vocazione della tutela antidiscriminatoria a trascendere la sfera della relazione contrattuale intercorrente fra dipendente e datore di lavoro, coinvolgendo qualunque soggetto in condizione – per il ruolo ricoperto – di commettere ingiustificate disparità di trattamento fra i lavoratori dei due sessi, che già prima poteva desumersi da un'attenta lettura dell'art. 4, c. 9 della legge n. 125/1991, nella versione riscritta dal d. lgs. n. 196/2000"*¹⁸.

19 luglio 1995, n. 7833, in *Mass. Giur. lav.*, 1995, n. 6, p. 683 ss., che ha affermato che "la condotta antisindacale (...) è costituita, oltre che da una componente oggettiva (...) anche da un elemento soggettivo essenziale rilievo e richiede l'intenzione di frustrare la libertà e l'attività sindacale, quando il comportamento del datore di lavoro integra (...) in via immediata, la violazione di disposizioni della parte normativa di un contratto collettivo (...)".

18. Così Daniela Izzi, "Parità tra uomini e donne nel lavoro: recepita la direttiva Ce", in *Diritto & Pratica del Lavoro* n.38/2005, p.2070.

1.2. La definizione di discriminazione diretta e discriminazione indiretta nella legge n. 125 e nel Codice Pari Opportunità

La distinzione tra discriminazione diretta ed indiretta è rimasta immutata fino al decreto delegato n. 145/2005, sopra citato, riprodotto dal Codice del 2006.

La legge n. 125/91 per prima definiva il concetto di discriminazione ai commi 1° e 2° dell'art. 4. Il primo comma così recitava: “*costituisce discriminazione, ai sensi della legge 9 dicembre 1977, n. 903, qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando anche in via indiretta lavoratori in ragione del sesso*”. Si sancisce, quindi, il concetto di “discriminazione diretta” costituita da un atto o comportamento che produce un effetto pregiudizievole colpendo i lavoratori “in ragione del sesso”. Questo è il presupposto, attraverso cui si riconosce se la discriminazione è diretta o no: è necessario che la discriminazione sia prodotta “in ragione del sesso”; il requisito del sesso è quindi essenziale per la produzione di tale fattispecie discriminatoria¹⁹.

Precisava il secondo comma dell'art. 4: “*costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa*”. Qui il presupposto della discriminazione implica i criteri che vengono adottati, che possono essere anche “neutri”; criteri, quindi che non contemplano il sesso e che riguardano requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa (per es., l'altezza richiesta per svolgere un determinato

19. Per una definizione di discriminazione diretta in ambito comunitario vedi l'art. 2, 2° c., lett. a) della direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, in G.U.C.E del 2 dicembre 2000 L 303, p. 16 ss. Questa direttiva stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. La sussistenza della discriminazione diretta, secondo la direttiva, avviene quando, a causa/sulla base di una delle caratteristiche personali considerate, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe stata trattata un'altra in una situazione analoga. La più recente messa a punto della definizione di discriminazione di genere, che modifica di poco quella della direttiva di cui sopra, viene data dalla direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 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. Per quanto ci riguarda dobbiamo sottolineare che con l'attuale 2° comma dell'art. 2 della dir. 76/207, così come modificato dalla direttiva 2002/73, viene per la prima volta definita la discriminazione diretta fondata sul genere. La definizione di discriminazione diretta è la seguente: “*situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga*”. Per una panoramica generale dell'evoluzione della nozione della discriminazione di genere nelle fonti comunitarie e per il relativo confronto con la disciplina nazionale, cfr. Gisella De Simone, “La nozione di discriminazione diretta e indiretta”, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 3, 2003, p. 711 ss.

lavoro) ma che creano uno svantaggio maggiore in una delle due categorie di sesso²⁰.

Tale nozione di discriminazione indiretta era importata dalla concezione della Corte di giustizia europea espressa nelle sentenze *Bilka*²¹ e *Danfoss*²², in cui viene individuata la situazione di svantaggio attraverso il criterio del “*numero di molto inferiore*” ed affermato che i criteri devono riguardare requisiti non essenziali allo svolgimento dell’attività lavorativa, ossia requisiti che non siano qualificanti la prestazione lavorativa medesima²³.

Si perviene alla per così dire “costituzionalizzazione” della nozione di discriminazione indiretta con la sentenza n. 163 del 1993 della Corte Costituzionale²⁴; la Corte ritiene contraria al principio di eguaglianza la richiesta, quale requisito legislativo di accesso ad un impiego pubblico, di una statura minima identica per gli uomini e per le donne, in quanto essa comporta la “*produzione sistematica di effetti proporzionalmente più svantaggiosi per i candidati di sesso femminile, proprio in ragione del loro sesso*”. I giudici costituzionali, riprendendo letteralmente la definizione del concetto della norma in commento, definiscono tale effetto una “discriminazione indiretta” e affermano che anche tale fattispecie discriminatoria rientra nel più generale divieto di discriminazioni di sesso sancito dagli artt. 3 e 37 della Costituzione.

20. In tema di discriminazione collettiva indiretta, cfr. Pret. Bologna 27 giugno 1999, in *Riv. it. dir. lav.* 1999, II, p. 284 ss., di cui *infra* nel testo. Per una definizione di discriminazione indiretta in ambito comunitario vedi l’art. 2, 2° c., lett. b) della direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, cit., per la quale sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che presentano una delle caratteristiche personali considerate. Si tratta di una definizione che si colloca, insieme a quella “diretta” precedentemente esposta, nel solco delle definizioni di discriminazione fondata sull’appartenenza di genere o di razza/religione, già presenti nel nostro diritto interno. Anche se, la “*posizione di particolare svantaggio*” ha sostituito, nella definizione di discriminazione indiretta, lo “*svantaggio proporzionalmente maggiore*” quale metro di valutazione dell’impatto discriminatorio di regole neutre, allargando la valutazione: da una misurazione strettamente quantitativa ad una misurazione qualitativa. Nella successiva direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, cit., è accolta questa definizione di discriminazione indiretta: “*situazione nella quale una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone di un determinato sesso, rispetto a persone dell’altro sesso, a meno che detta disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari*”. La scelta appare conforme a quella compiuta nelle direttive del 2000: la definizione vuole essere quantitativa e qualitativa.

21. Corte giust. Cee, 13 Maggio 1986, causa 170/ 84, in *Racc.* 1986, p. 1620.

22. Corte giust. Cee, 17 ottobre 1989, causa 109/ 88, in *Racc.*, 1989, p. 3199.

23. Sono stati ritenuti requisiti non essenziali i costi o le ragioni del mercato: così la Corte di Giustizia CE 17 ottobre 1989, C 109/88, in *Racc.* 1989, p. 3139. La Corte, poi, ha genericamente escluso la sussistenza della discriminazione qualora la scelta operata dal datore di lavoro si basi su fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione: così Corte di Giustizia CE 13 maggio 1986, C 170/84 *Bilka*, cit., p. 1620.

24. Corte cost., 2-15 aprile 1993, n. 163, in *G; Gazz. uff., suppl.* n. 17, 21 aprile 1993.

Colmando un singolare vuoto del diritto italiano sulla parità nel lavoro tra uomini e donne, il decreto n. 145/2005 inserisce nell'art. 4, c. 1 della legge sulle azioni positive – recepito dal Codice delle Pari Opportunità all'art. 25, co. 1 – al posto della precedente definizione generale di discriminazione in base al sesso, quella della più specifica fattispecie di discriminazione sessuale diretta: integrata da: “*qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e comunque*” da ogni “*trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga*”.

È doveroso ricordare che il governo italiano, per evitare la messa in mora, con procedura d'infrazione, da parte dell'Unione europea, ha emanato il decreto legge n. 59/2008, “*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*” che, con la relativa legge di conversione, la n. 101 del 6 giugno 2008, modifica le parti più controverse dei decreti di recepimento.

Detto “decreto salva infrazioni”, convertito nella Legge n. 101 del 6 giugno 2008²⁵, apporta delle modifiche al Codice delle pari Opportunità tra uomo e donna. Proprio al sopraccitato art. 25 si afferma che costituisce discriminazione diretta, oltre a qualsiasi atto, patto o comportamento, anche l'ordine di porre in essere un atto o un comportamento che produce un effetto pregiudizievole.

“Insoddisfazione suscita invece, sempre in punto di discriminazione diretta, la scelta dello stesso legislatore di non ribadire a chiare lettere (come ha fatto la direttiva 2002/73 nel redigere il nuovo art. 2.7) che tale fattispecie illecita ricorre ogniqualvolta «un trattamento meno favorevole» è «riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità»: evitando altresì di puntualizzare (omissis...) che alla lavoratrice madre vanno riconosciuti gli eventuali miglioramenti delle condizioni di lavoro che le sarebbero spettati durante la sua assenza». Tenuto conto delle frequenti penalizzazioni che ancor oggi accompagnano l'esperienza della maternità, infatti, non sarebbe stato inutile esplicitare regole che, benché ricavabili da un'avveduta interpretazione sistematica del diritto interno (alla luce di quello comunitario), non trovano chiara enunciazione in nessun'altra disciplina nazionale”²⁶.

Al secondo comma dell'art. 25 del Codice delle Pari Opportunità si riscrive la nozione di discriminazione indiretta, sancendo che si ha: “*discriminazione indiretta 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*”²⁷. Con que-

25. In Gazzetta Ufficiale n. 132 del 7 giugno 2008.

26. Così Daniela Izzi, “*Parità tra uomini e donne nel lavoro: recepita la direttiva Ce*”, in *Diritto & Pratica del Lavoro* n.38/2005, p. 2071.

27. Per quanto riguarda la discriminazione indiretta nell'accesso a concorso, cfr. TAR della

sta affermazione si ammette che l'effetto pregiudizievole avvertosi è equiparabile alla semplice idoneità a produrre un pregiudizio ("mettono o possono mettere") e inoltre si opera una quantificazione di tipo approssimativo (svantaggio "*particolare*" anziché "*proporzionalmente maggiore*") per aggirare le difficoltà insite nella valutazione del dato statistico²⁸.

1.3. Le discriminazioni collettive

Nel sesto comma dell'art. 4 della legge n. 125/91 si faceva riferimento alle discriminazioni collettive, prevedendo che queste possano essere portate al vaglio del giudice attraverso una nuova ed originale forma di azione pubblica, esercitata dalla/dal Consigliera/e regionale di parità (e da quella nazionale, secondo l'integrazione del d. lgs. n. 196) anche quando non fossero individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalla discriminazione. Inedito è anche il tipo di rimedio, costituito dall'adozione obbligatoria da parte del datore di lavoro di un piano di rimozione delle discriminazioni accertate.

Se ivi non è stata elaborata una nozione "sostanziale" di discriminazione collettiva, il fatto probabilmente non è casuale, ma anzi è il segnale che detta fattispecie discriminatoria, pur non essendo stata disciplinata dall'ordinamento, era già considerata operante anche prima dell'emanazione della legge n. 125/91²⁹.

L'esperienza che il legislatore ha presente nella formulazione del testo è stata soprattutto quella nordamericana; in questo sistema le controversie aventi ad oggetto condotte discriminatorie di tipo plurioffensivo si fondano su un modello di *litigation* che correla la dimensione collettiva della discriminazione alla legittimazione ad agire e alla tipologia dei rimedi. Il modello si basa in primo luogo su un'azione pubblica e sulla *class action*, in secondo luogo sulla previsione di un sistema rivolto non solo alla riparazione della lesione subita,

Sardegna, sezione II°, decreto n. 2181/2007, Consigliera di parità della Regione Sardegna (Avv. Pilia) c. Comune di Cagliari (Avv. Farci e Melis) (inedita).

28. Qualche modifica, tuttavia, è intervenuta anche a proposito delle cause di giustificazione dell'effetto sperequato sfavorevole, nell'indicazione delle quali si è aggiunto il richiamo al principio comunitario di proporzionalità, mantenendo invece fermo il riferimento all'essenzialità del requisito controverso per lo svolgimento dell'attività lavorativa. Così facendo, da un canto, il decreto n.145/2005 e conseguentemente il Codice delle Pari Opportunità hanno perso l'occasione di chiarire che le giustificazioni dello svantaggio sproporzionato possono essere costituite anche da ragioni diverse dalla cd. pertinenza funzionale, potendo il parametro di essenzialità trascendere il ristretto ambito dell'esecuzione della prestazione lavorativa; dall'altro, tuttavia, si è rimediato al grave equivoco aperto dal legislatore delegante (nella lettera b) dell'art. 17) col chiamare curiosamente in causa, nel contesto di una fattispecie ove vengono in gioco criteri suscettibili di essere soddisfatti – ancorché in proporzioni diverse – sia da uomini che da donne, le "caratteristiche specifiche di sesso".

29. Marzia Barbera, *La nozione di discriminazione*, cit., 1994, p. 57.

ma anche alla modifica della situazione lesiva in atto attraverso *structural changes* ed infine sul coinvolgimento delle parti, del giudice e delle *agencies* per la parità che prima, durante e dopo la lite svolgono il ruolo di mediatori³⁰.

Il modello di *public law litigation* è stato costruito però nell'arco di quasi trent'anni, avendo a disposizione provvedimenti giudiziali particolarmente flessibili (come la *structural injunction*) e figure processuali e tecniche di esecuzione idonee a garantire l'effettiva realizzazione delle *affirmative actions* concordate in giudizio e recepite in un *consent decree*. Infatti "una maggiore attenzione a questi non secondari dettagli e un maggior coordinamento con l'azione e i rimedi individuali avrebbe garantito al meccanismo messo a punto dal legislatore italiano un tasso più elevato di coerenza ed operatività"³¹.

È stato sostenuto³² che si verificherebbe discriminazione collettiva, in via diretta e indiretta, ogni volta in cui è possibile ricollegare il comportamento discriminatorio a prassi aziendali nascenti dall'applicazione di un contratto collettivo. Anche se non si può negare la configurazione di un'ipotesi di discriminazione collettiva nel caso sopra citato, non sembra tuttavia opportuno far coincidere le due nozioni, ma piuttosto affermare in sede interpretativa un significato ampio di detta nozione, intendendola come "atto o comportamento lesivo dell'interesse generale alla parità, e quindi, potenzialmente lesivo della totalità dei lavoratori appartenenti al gruppo discriminato". La nozione di discriminazione collettiva contenuta nella legge 125/91, non coincide quindi "con quella della condotta plurioffensiva, pur potendola ovviamente contenere"³³. Le discriminazioni perseguibili attraverso l'azione pubblica sono indi-

30. Così Barbera, *La nozione di discriminazione*, cit., 1994, p. 57.

31. Così Barbera, *La nozione di discriminazione*, cit., 1994, p. 57.

32. Ballestrero, "La nozione di discriminazione nella legge n. 125/1991", in *Riv. crit. dir. lav.*, 1992, p. 773.

33. Entrambe le citazioni sono tratte da: Rapisarda Sassoon, "La tutela dei soggetti discriminati. Azione individuale, azione pubblica, tentativo di conciliazione", in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 1, 1994, p. 75. *Contra* Donzelli Romolo, *Considerazioni sulla natura dell'azione esercitata dal Consigliere di parità in materia di discriminazioni uomo-donna*, in *Rivista Giuridica Del Lavoro e Della Previdenza Sociale*, 2004, n. 4, p. 635, che domandandosi se sia corretto sostenere la natura non plurioffensiva del comportamento discriminatorio indiretto, risponde accogliendo l'opinione di una parte della dottrina (Izzi, *Discriminazioni di sesso nel rapporto di lavoro: il nuovo regime processuale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1994, p. 571 e Catalini Tonelli in categoria *Primi interrogativi sui principali nuclei normativi della nuova legge 125/91 in tema di azioni positive e pari opportunità tra uomo e donna*, in *Riv. giur. lav.* 1991, I, p. 52, nota 5) che considera ontologicamente plurioffensiva la discriminazione collettiva, "dal momento che pregiudica una categoria di individui accomunati dal possesso di una determinata caratteristica e quindi, potenzialmente, tutti gli individui appartenenti a quella". La conseguenza di questa ricostruzione per Donzelli R. è che "la lesione sussiste sempre (ontologicamente appunto), ma nella misura e secondo la natura individuata dalla maggioranza della dottrina che, proprio alla luce della formula 'anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto le lavoratrici o i lavoratori lesi dalle discriminazioni', parla frequentemente non di vera e propria violazione di diritti soggettivi, ma di lesione intesa come pregiudizio generico, potenziale, non attuale e quant'altro". Donzelli propende per ritenere la lesione derivante dalla

pendenti dalla sussistenza di una lesione concreta in capo ad una pluralità di soggetti³⁴. Pertanto, la tutela azionabile dalla/dal Consigliera/e di parità tende sempre a tutelare l'interesse generale alla parità di trattamento tra lavoratori di sesso diverso, non avendo efficacia riparatoria della discriminazione, anche quando si produce una concreta lesione ad una pluralità di soggetti.

L'impostazione data dalla legge 125/91 al problema introduce, tuttavia, due aspetti innovativi: la possibilità di arrivare alla *fonte* della discriminazione, senza fermarsi ai singoli atti o comportamenti in cui essa si manifesta (visione oggettiva della discriminazione) e la previsione di un provvedimento giurisdizionale dal contenuto anomalo rispetto alle tradizionali decisioni giudiziali, nel senso che demanda a una delle parti la definizione del rimedio³⁵.

Stabilendo che il soggetto pubblico è legittimato ad agire contro le discriminazioni collettive, anche in assenza di vittime individuabili in modo immediato, il legislatore del 1991, ha ipotizzato che la disparità di trattamento si possa determinare tra situazioni distribuite nel tempo e non in atto, e che la discriminazione possa essere conseguente non solo all'applicazione ma alla produzione stessa di regole che hanno “*una serie aperta di destinatari, in quanto disposte sulla base di una determinazione generale e astratta*”³⁶.

1.4. Molestie sessuali: equiparazione alle discriminazioni

La più rilevante novità apportata al preesistente quadro giuridico dal decreto n. 145/2005, riprodotto integralmente dall'art. 26 del d. lgs. n. 198/06, è rap-

discriminazione non come generica lesione di interessi ma come violazione di diritti; tanto nel caso della discriminazione diretta quanto nel caso di quella indiretta per l'A., infatti, il singolo subisce una lesione ad un suo diritto di parità, e potrà tutelarsi processualmente attraverso l'azione speciale *ex art. 15*, legge n. 903/77. Secondo l'A., inoltre, l'oggetto del giudizio è costituito dalla “*sommatoria delle situazioni giuridiche soggettive individuali*”, e ciò dà “*senso compiuto alla formula legislativa secondo la quale l'azione pubblica può essere esercitata anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto le lavoratrici o i lavoratori lesi dalle discriminazioni*”.

34. Di questa opinione è Rapisarda C., *op. cit.*, 1994, p. 74. *Contra* Daniela Izzi, “Discriminazioni di sesso nel rapporto di lavoro: il nuovo regime processuale”, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1994, p. 571. L'A. 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*”. Secondo questa interpretazione la sussistenza della lesione non è affatto irrilevante ma, al contrario, la sua presenza giustifica l'azione della Consigliera di parità. Ciò che risulta irrilevante è soltanto l'individuazione dei soggetti che la subiscono, dal momento che l'art. 4, 6° c., avrebbe semplicemente l'intento di “*superare la difficoltà rappresentata, nella causa individuale, dalla necessità dell'attore di dimostrare il pregiudizio specifico del suo diritto o interesse*”.

35. De Angelis, “Tutela processuale contro le discriminazioni”, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, p. 486.

36. Così Barbera, *La nozione di discriminazione*, *op. cit.*, 1994, p. 58.

presentata dalla definizione delle condotte moleste collegate al sesso delle vittime e dalla loro riconduzione entro l'ambito discriminatorio; questa operazione non sancisce un'identificazione tout court tra molestie e discriminazioni, ma l'equiparazione delle prime alle seconde, come ci suggerisce la formula adottata dal legislatore delegato (e già prima da quello comunitario: "sono considerate discriminazioni" anziché "sono discriminazioni"); e che spiega anche la scelta del decreto e del Codice di procedere ad un'integrazione del testo dell'art. 4 (parte iniziale) della legge n. 125/1991. Nei suoi nuovi commi 2 bis e 2 ter tale articolo, riprendendo fedelmente la distinzione tracciata dalla Direttiva 2002/73 e la terminologia adoperata, definisce "molestie" «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 e "molestie sessuali", invece, 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, in particolare creando un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo».

Nel primo caso il sesso di appartenenza delle vittime viene in rilievo come "movente", nel secondo sono le modalità di realizzazione della condotta a chiamare in causa la sfera sessuale. "Tra le molestie in ragione del sesso e le «molestie sessuali» in senso stretto, v'è, comunque, ampia consonanza, dato che l'illiceità delle fattispecie censurate risulta sempre dalla somma degli stessi basilari elementi: vale a dire, "a monte", l'indesideratezza da parte dei destinatari degli atti compiuti e, "a valle", la lesione della dignità personale dei lavoratori interessati e l'avvelenamento del clima che regna nell'ambiente di lavoro circostante. Questi fatti, grazie all'alternativa tra scopo ed effetto stabilita dal legislatore, assumono rilevanza sia quando rappresentano la conseguenza oggettiva del comportamento persecutorio, sia quando costituiscono soltanto il proponimento soggettivo del molestatore: cosicché la prova dell'intenzionalità lesiva dell'autore della condotta, pur non necessaria all'integrazione dell'illecito, risulta a tal fine sufficiente"³⁷.

Sul piano processuale e sanzionatorio, si potrà esperire, nei casi in questione, il procedimento a valenza inibitoria e ripristinatoria di cui all'art. 15 della legge n. 903/1977, ora art. 38 del Codice delle Pari Opportunità, nonché, qualora la diffusione e la sistematicità delle molestie perpetrate in un determinato contesto lavorativo consenta di considerare le stesse collettive, dell'azione pubblica suscettibile di condurre al piano di rimozione degli illeciti, prevista dall'art. 4, c. 7 della legge n. 125/1991 (come risultante dalle modificazioni attuate dal d. lgs. n. 196/2000).

37. Così Daniela Izzi, "Parità tra uomini e donne nel lavoro: recepita la direttiva Ce", in *Diritto & Pratica del Lavoro* n. 38/2005, p. 2072.

Considerata la difficoltà di reazione della vittima di molestie sessuali, che porta a sporgere una formale denuncia, è opportuna l'attivazione delle/dei Consigliere/i di parità, come "Consiglieri di fiducia" dei lavoratori molestati, valorizzando al massimo le possibilità di soluzione stragiudiziale delle controversie, secondo lo spirito di riforma del d. lgs. n. 196/2000.

2. La legittimazione attiva delle Consigliere e dei Consiglieri di parità relativamente all'azione pubblica

Come si è in precedenza ricordato, Il d. lgs. n. 196/2000 non ha sostanzialmente modificato i concetti di discriminazione sessuale diretta ed indiretta contenuti nel testo originario dell'art. 4, 1° e 2° c., della legge n. 125/91.

Nella legge 125/91, all'art. 4, co. 1 e 2, l'azione collettiva, ancorata allo scopo dichiarato dalla legge stessa (favorire l'occupazione femminile e realizzare l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro), ha avuto come logico corollario la legittimazione attiva della/del Consigliera/e di parità nell'eventuale controversia davanti all'Autorità Giudiziaria, confermando la natura di azione pubblica del ricorso giurisdizionale, a tutela dell'interesse generale alla parità e all'uguaglianza sostanziale.

I commi 7° e 8° del decreto 196/00 e l'art. 37 del nuovo Codice delle Pari Opportunità, introducono la legittimazione ad agire, oltre che delle/dei Consigliere/i di parità regionali, per i casi di rilevanza nazionale, della/del Consigliera/e nazionale di parità, contro le discriminazioni di carattere collettivo.

In verità questa sembra essere la risposta istituzionale alla decisione giudiziale³⁸, che a suo tempo ha negato la legittimazione attiva alla/al Consigliera/e nazionale sulla base dell'originario dettato del comma 6° dell'art. 4 della legge 125/91, non interpretato da tale pronuncia come relativo ai soli comportamenti risolvendosi in ambito aziendale o territorialmente limitato, bensì di portata generale.

Con le riforme del 2000, viene dunque assegnato il giusto peso alle ipotesi di discriminazione di rilievo nazionale, che risultano essere quelle che potenzialmente³⁹ si possono verificare in più realtà territoriali del paese.

38. Trib. Milano 8 Marzo 2000, Cons. naz. e reg. di parità c. RCS Editore ed altri, inedita, concernente l'azione collettiva avverso annunci di selezione di personale senza che fosse specificato trattarsi di ricerca per assunzioni di lavoratori dell'uno e dell'altro sesso.

39. La potenzialità indicata riguarda gli eventuali riflessi "nazionali" della discriminazione, ma non attiene al problema della sussistenza della lesione, che deve essere attuale, sebbene implicita, anche riguardo alle azioni collettive. Sull'argomento v. Barbera, "La nozione di discriminazione", in Treu, Ballestrero (a cura di), *Commento, cit.*, pp. 57-58, che chiarisce il rapporto tra attualità della discriminazione e indeterminatezza dei soggetti lesi e critica la tesi di Rapisarda, "Tecniche individuali e tecniche collettive a confronto nella tutela giudiziale dei di-

La legittimazione ad agire a livello nazionale si collega ad un'altra significativa integrazione operata dall'art. 8, 1° c. del d. lgs. n. 196 sul testo originario: la discriminazione a carattere collettivo (diretta, ma più presumibilmente di tipo indiretto) è ora riferita non soltanto agli atti e ai comportamenti del datore di lavoro, bensì anche ai patti che possono, ad esempio, intercorrere tra le parti individuali del singolo rapporto, ovvero relativi alle clausole di tipo collettivo sottoscritte dai contraenti sindacali ad ogni livello. Questo "minimo" completamento della norma assume peraltro un significato consistente in quanto, sotto il profilo soggettivo, il divieto di discriminazione non si rivolge al solo datore di lavoro, ma ad ogni altro soggetto terzo che metta in atto una condotta discriminatoria⁴⁰.

L'art. 37 del d. lgs. n. 198/2006 (Codice delle Pari Opportunità) disciplina l'azione collettiva, "anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto le lavoratrici o i lavoratori lesi dalla discriminazione". Tale norma, raccogliendo le modifiche già apportate con il d. lgs. n. 196/2000 alla L. n. 125/1991, ha allargato l'azione anche alla fase di urgenza, che si articola in un procedimento non dissimile da quello posto in essere nell'ipotesi di discriminazione individuale. "*In questo caso però, come anche per la fase conciliativa regolata nel comma 1 dell'articolo, la legittimazione della Consigliera o del Consigliere di parità trova fonte nella legge stessa, non in una delega della parte discriminata, tanto che potrebbe richiamarsi la figura del sostituto processuale di cui all'art. 81 c.p.c.*"⁴¹.

2.1. L'esclusione dalla legittimazione attiva delle organizzazioni sindacali

È stato rilevato che molte delle ipotesi di discriminazioni collettive scaturiscono dalla stessa disciplina dei contratti collettivi⁴², anche nazionali, soprattutto in materia di regime del tempo parziale o della tutela della maternità e dal

ritti di parità", in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 103 ss., secondo cui l'azione delle/dei Consigliere/i non potrebbe mai condurre a provvedimenti di tipo reintegratorio, in quanto simile alla azione cautelare.

40. Cfr. Amato, *L'azione individuale e l'azione collettiva*, cit., 2003, p. 762.

41. Così Laura Curcio "*Le azioni in giudizio e l'onere della prova*", in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio – il quadro comunitario e nazionale* (a cura di Marzia Barbera), Giuffrè Editore, Milano, 2007, p.543; trattandosi, in realtà, di soggetti che assumono la tutela giudiziaria di un interesse collettivo o meglio diffuso, facendo capo ad una categoria indistinta di persone, ad un gruppo che può essere oggetto di discriminazione, siamo in realtà in presenza di una sorta di *class action*, derivata dal sistema di *common law*.

42. La verifica è avvenuta attraverso l'esperienza degli anni passati del Collegio istruttorio e dell'ufficio della/del Consigliera/e nazionale di parità. Per un riepilogo del lavoro del triennio 1998-2000, cfr. Libera Del Rosario Chiamonte, "Introduzione" a Aa.Vv. (a cura del Comitato Nazionale di Parità e P.O), *La "nuova" l. n. 125*, cit., p. 7 ss.

riflesso di tali istituti sulla progressione professionale ed economica dei lavoratori.

Le organizzazioni sindacali e le associazioni femminili, in realtà, sono state escluse dalla legittimazione all'azione pubblica, in quanto non vengono tuttora ritenute pienamente idonee ad esprimere la rappresentanza degli interessi generali alla parità uomo-donna⁴³.

Se per la seconda opzione appare convincente la spiegazione secondo cui dette associazioni non sono sufficientemente rappresentative⁴⁴ e non costituiscono un elemento organizzativo stabile e consolidato, di cui il legislatore possa tener conto ai fini del conferimento della legittimazione ad agire in giudizio, la mancata opzione in favore del soggetto sindacale appare penalizzante rispetto alla soluzione accolta dal legislatore statutario (vedi la previsione dell'art. 28 l. n. 300/70 per la repressione del comportamento antisindacale), poiché implicitamente nega l'idoneità dello stesso a rappresentare in giudizio l'interesse collettivo alla non discriminazione di genere nei luoghi di lavoro⁴⁵.

La posizione espressa in tal senso dai movimenti femminili, anche da quelli interni ai sindacati, di diffidenza nei confronti della capacità delle organizzazioni sindacali di rappresentare adeguatamente gli interessi delle lavoratrici, sia in assoluto sia soprattutto quando questi si configurino in contrasto con quelli di altri gruppi di lavoratori, ha fatto sì che la questione della legittimazione attiva in capo alle organizzazioni sindacali non sia stata presa seriamente in considerazione dal panorama legislativo nazionale italiano. E ciò malgrado la richiesta formalmente avanzata nella piattaforma unitaria elaborata da Cgil, Cisl e Uil nel maggio 1988 di conferire la legittimazione attiva agli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi avessero interesse⁴⁶.

La considerazione dell'attitudine del sindacato alla transazione ed al compromesso e alla stessa circostanza che l'atto discriminatorio nelle fattispecie concrete possa essere integrato da una clausola di contratto collettivo, è valsa ad escludere l'opportunità della titolarità dell'azione antidiscriminatoria in capo al sindacato.

La soluzione adottata appare certo come la più realistica e infatti non risulta essere stata contestata dalle organizzazioni sindacali, che non si sono realmente battute per il riconoscimento di un loro ruolo in sede processuale, mentre è stata accolta con favore dal mondo imprenditoriale in quanto evita nuove occasioni di contrapposizione. Ma è legittimo chiedersi se questa decisione sia la più efficace rispetto alla tutela di questo tipo d'interessi, una volta che si è introdotta in giudizio la dimensione collettiva degli stessi⁴⁷.

43. Guarriello, *Le azioni in giudizio*, cit., 1992, p. 197-9, spiega i motivi di tale esclusione.

44. Rapisarda, *Tecniche individuali e collettive*, cit., 1990, p. 97.

45. Borgogelli, "Contrattazione collettiva e parità uomo-donna nel lavoro: considerazioni sul ruolo della legge n. 125 del 10 aprile 1991", *NGCC*, n. 9, 14.

46. Cfr. Guarriello, *Le azioni in giudizio*, cit., 1992, p. 198.

47. La domanda se la pone Guarriello, *Le azioni in giudizio*, cit., 1992, p. 198.

Riguardo all'esercizio del patrocinio legale la questione mantiene a tutt'oggi molti aspetti d'incertezza, giacché non è detto dalla legge, e quindi non è richiesto, che la/il Consigliera/e di parità sia un soggetto abilitato all'esercizio del patrocinio legale, che possa quindi stare in giudizio direttamente, senza l'ausilio di un procuratore legale.

La conferma, nei due decreti legislativi del 2000 e del 2006, della legittimazione attiva in capo alla/al Consigliera/e di parità va riletta non come espressione di un monopolio ad agire, bensì come una delle forme di attivazione dell'azione collettiva accanto a quella di altri soggetti, portatori di tali interessi.

La legittimazione ad agire delle/dei Consigliere/i non dovrebbe impedire che a far valere in giudizio l'interesse al principio di non discriminazione possano essere altri soggetti, quali le r.s.u., i sindacati di categoria, i Comitati di pari opportunità previsti dai contratti collettivi o ancora le associazioni che abbiano tra i loro obiettivi statutari la promozione di pari opportunità⁴⁸. *“Un'apertura in tal senso forse aiuterebbe la realtà sociale a farsi carico finalmente del problema della lotta alle discriminazioni”*⁴⁹, soprattutto ora in presenza delle direttive n. 2000/43 e n. 2000/78, recepite dai d. lgs. n. 215/2003 e n. 216/2003, che hanno dettato prescrizioni indubbiamente incisive sul piano dell'iniziativa giudiziale apprestata da associazioni o persone giuridiche “per conto ed a sostegno delle vittime”.

Il recepimento in Italia delle direttive comunitarie del 2000, pur avvenuto nei tempi accordati dal legislatore comunitario, non si è presentato, come già accennato, privo di “sviste” procedurali e sostanziali, al punto che nel giugno 2008 il governo italiano, per evitare la messa in mora, con procedura d'infrazione, da parte dell'Unione europea, ha emanato il decreto legge n. 59/2008, *“Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee”* che, con la relativa legge di conversione, la n. 101 del 6 giugno 2008, modifica le parti più controverse dei decreti di recepimento.

Al riguardo è da evidenziare la modifica apportata dalla Legge 101/08 (di conversione del decreto salva infrazioni n. 59/08) all'art 38 del Codice delle Pari Opportunità (d. lgs. n. 198/2006): recependo l'indirizzo comunitario, infatti, si amplia per il lavoratore leso da discriminazione il ventaglio di delega per attuare il ricorso al tribunale, oltre che per le organizzazioni sindacali, anche per le associazioni e organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso.

48. Così Fausta Guarriello, “Il nuovo ruolo delle Consigliere e dei consiglieri di parità designato dal D. LGS. 196/00”, in Aa.Vv. (a cura del Comitato Nazionale di Parità e P.O.), *La “nuova” legge 125*, cit., p. 32.

49 L'espressione è di Guarriello, “Il nuovo ruolo delle Consigliere e dei consiglieri di parità”, cit., p. 32.

2.2. Le conseguenze sul ruolo delle Consigliere e dei Consiglieri di parità

La legittimazione ad agire della/del Consigliera/e regionale e nazionale è strettamente correlata alla seconda rilevante novità, contenuta nel 7° comma dell'art. 8 del d. lgs. n. 196/00, oggi art. 37 del nuovo Codice. Tale previsione dispone che prima d'intraprendere l'azione in giudizio, qualora rilevino l'esistenza di "atti, patti o comportamenti discriminatori diretti o indiretti di carattere collettivo", la/il Consigliera/e regionale o quella nazionale possono dare corso ad una procedura di tipo originale⁵⁰, che impone all'autore⁵¹ della discriminazione di predisporre un piano di rimozione delle discriminazioni.

Già il fatto che le discriminazioni debbano prima essere rilevate, per dare impulso al sub-procedimento in questione, presuppone un'attività di acquisizione di dati attraverso richieste di documentazione, incontri, dialoghi a più voci, accordi sul metodo ricognitivo. La/il Consigliera/e procedente assume una doppia veste⁵²: una di tipo accertativo, mirata alla verifica dei comportamenti illegittimi per i quali può assumere la qualità di parte attrice/tore in un successivo procedimento giurisdizionale; l'altra (dovuta al fatto che a questo soggetto è attribuito il ruolo di pubblico ufficiale)⁵³ di tipo mediatorio e propositivo, tendente a raggiungere un risultato soddisfacente per via verosimilmente contrattuale (previo parere dei sindacati quando la discriminazione è commessa dal datore di lavoro) e di rimozione della discriminazione attraverso il piano che acquista forza di titolo esecutivo in virtù della "conciliazione" raggiunta in sede amministrativa (collegio di conciliazione presso la Direzione Provinciale del Lavoro). In questa sede ciò che si realizza è un vero e proprio "accordo".

Il comma 8° dell'art. 8 del d. lgs. n. 196/00 (ora comma 2 dell'art. 37 del Codice) precisa che il ricorso giudiziario della/del Consigliera/e di parità contro le discriminazioni collettive va proposto al giudice del lavoro o, in caso di controversie rientranti nella sua giurisdizione, davanti al Tribunale Amministrativo Regionale territorialmente competente.

La dottrina⁵⁴ e la giurisprudenza⁵⁵ hanno unanimemente ricondotto alla ora

50. Cfr. Antonio Ianniello, "Procedure di conciliazione delle controversie individuali e collettive", in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, p. 744 ss.

51. Sarebbe stato più utile precisare "o autori".

52. Sul punto cfr. Guarriello, *Le azioni in giudizio*, cit., 1992, p. 197 ss.

53. Come era previsto nella seconda parte del comma 6° dell'art. 8 del vecchio testo della legge 125 e ribadito nella seconda parte del comma 2° dell'art. 1 del d. lgs. 196/2000, ora art. 13, comma 2 del d. lgs. n. 198/2006, nell'esercizio delle funzioni loro attribuite le/i Consigliere/i di parità sono pubblici ufficiali ed hanno l'obbligo di segnalazione (in precedenza era detto "rapporto") all'autorità giudiziaria per i reati di cui vengono a conoscenza.

54. Cfr. Alba Chiavassa, Laura Hoesch, "Le azioni positive in giudizio", in *Riv. crit. dir. lav.* 1992, 337; De Angelis, "Profili della tutela processuale contro le discriminazioni tra lavoratori e lavoratrici", in *Riv. it. dir. lav.* 1992, I, 481-82; Rapisarda, *La tutela dei soggetti discriminati*, cit., 84, ed ivi altri riferimenti.

55. Cfr. le decisioni del Trib. Roma 30 ottobre 1998 (ord.), in *Foro it.* 1999, I, 335, che – ri-

afferzata bipartizione giurisdizionale e alla competenza del giudice del lavoro (con l'applicazione del relativo rito "speciale") la cognizione anche delle controversie di natura collettivo-pubblica.

3. La natura dell'interesse tutelato

Un'altra questione rilevante, non risolta espressamente dalla legge, attiene alla particolare configurazione dell'interesse ad agire nel caso di discriminazioni di carattere collettivo. In primo luogo la circostanza che la legge configuri l'esistenza dell'interesse ad agire "*anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni*" sembra configurare un ampliamento della sfera dell'interesse ad agire, anche quando la lesione non sia attuale, ma potenziale o "*generica*"⁵⁶, cioè idonea a ledere una serie di soggetti non ancora identificati. In realtà sembra non prodursi nemmeno in questa ipotesi una deviazione del principio dell'attualità della lesione, richiesta dalla nozione di discriminazione di cui al 1° c. dell'art. 8 del d. lgs. n. 196, riprodotta e ampliata dal primo comma dell'art. 25 del Codice delle Pari Opportunità, ("*qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole*"), perché la produzione dell'effetto pregiudizievole è certa, mentre sono solo indefiniti, al momento della proposizione dell'azione, i soggetti nella cui sfera giuridica andrà a ripercuotersi detto effetto.

In secondo luogo, la legge non chiarisce se l'interesse ad agire sia pubblico o privato-collettivo. Infatti, se da un lato sembrerebbe qualificarsi come pubblico per l'attribuzione della legittimazione processuale in capo ad un soggetto istituzionale, dall'altro canto la lesione del principio di non discriminazione non sembra potersi qualificare come un interesse pubblico, operando sul piano dei rapporti interprivati, come i rapporti di lavoro, da cui normalmente discendono interessi a titolarità individuale. La circostanza che nel caso di specie la discriminazione riguardi più lavoratori non sembra idonea a mutare la natura dell'interesse da privato in pubblico.

La discrasia tra titolarità dell'interesse sostanziale e legittimazione in giudizio trova quindi una sua spiegazione solo in ragioni di opportunità, come stru-

tenuto ammissibile lo strumento dell'art. 700 c.p.c. – dichiara però inaccoglibile il ricorso individuale plurimo tendente alla definizione di un piano di rimozione delle presunte discriminazioni, conclusione precipua dell'azione collettiva e Trib. Milano cit.; di gran lunga più significative sono le decisioni di Pret. Bologna 27 giugno 1998, in *Riv. it. dir. lav.* 1999, II, 284, con nota critica di Marco Cattani, "Un decreto del pretore bolognese in tema di discriminazione indiretta"; in *Riv. giur. lav.* 1999, II, 217, con *Presentazione* di Scarponi e nota di Laura Calafà, "Le aporie processuali e l'assestamento delle leggi sulla parità in una recente controversia in tema di discriminazione indiretta. Il caso Gloria Bassi"; in *Foro it.* 1999, I, c. 3424; e Trib. Catania 22 novembre 2000, *ivi* 2001, I, 1778. Inoltre Pret. Roma 5 febbraio 1992 (decr) e Pret. Milano 16 agosto 1991, in *Foro it.* 1992, I, 1306.

56. Bruno Cossu, "La tutela giudiziaria contro la discriminazione", *NGCC*, 1990, n. 1-2, 53.

mento di tutela d'interessi di rilevanza superindividuale, che si inserisce nel filone di ricerca di più adeguate tecniche di tutela di questo tipo d'interessi, come per esempio l'istituzione nel nostro ordinamento del difensore civico, operata dalla l. n. 142/1990 sul nuovo ordinamento degli enti locali⁵⁷. Per concludere, si può dire che la/il Consigliera/e di parità non sia soggetto "dotato di legittimazione straordinaria"⁵⁸ ad agire in giudizio. Infatti, se così fosse, la/il Consigliera/e eserciterebbe impropriamente l'azione pubblica per la tutela di un diritto soggettivo della lavoratrice/tore discriminata/o⁵⁹, agendo nell'interesse generale alla parità che è autonomo e diverso rispetto ai diritti dei lavoratori lesi (l'azione pubblica è infatti esperibile anche se non siano individuabili i soggetti discriminati)⁶⁰.

4. La disciplina dei carichi probatori e le critiche della dottrina

Prima di approfondire le tecniche di conciliazione della/del Consigliera/e di parità relative alle controversie collettive è doveroso soffermarsi sulla disposizione processuale più discussa della l. n. 125/91: l'art. 4, 5° c., divenuto 6° comma dell'art. 8 del d. lgs. n. 196/00, attualmente art. 40 del d. lgs. n. 198/2006 (Codice delle Pari Opportunità).

Quest'ultimo dispone 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 e ai licenziamenti – idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti (...) o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova, sull'insussistenza della discriminazione".

57. Cfr. Guarriello, *Le azioni in giudizio*, cit., 1992, p. 200.

58. Sostiene tale qualificazione Bruno Sassani, "Aspetti processuali della legge n. 125 del 1991 (azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro)", in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 875. Si richiama a questo proposito l'art. 81 del Codice di Procedura civile che recita: "Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui".

59. Se si considerasse tale interpretazione, in caso di concorso tra azione pubblica e individuale sussisterebbe connessione oggettiva, coincidendo la *causa petendi*: il giudice potrà riunire le cause se pendenti entrambe davanti a lui. Il giudicato sull'azione pubblica "farà stato" non solo nei confronti di chi rappresenta processualmente il lavoratore, ma anche di quest'ultimo, titolare del diritto leso, il quale non potrà più agire con l'azione individuale. Infine se è già pendente l'azione pubblica, l'azione individuale successivamente promossa dovrà esser sospesa ex art. 295 c.p.c.: in questo modo, però, si impedisce al lavoratore di ottenere la tutela sommaria, urgente ed immediatamente reintegratoria ex art. 15 della l. n. 903 del 1977.

60. Così Valeria Emilia Cicchitti, "La tutela processuale della parità dopo il d. lgs. del 23 maggio 2000 n. 196", in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 181.

Ciò che è stato significativamente aggiunto con il d. lgs. 196 del 2000 e riportato integralmente dal d. lgs. n. 198/2006, è che la presunzione di discriminazione ha ad oggetto non solo “atti” o “comportamenti”, ma anche “patti”⁶¹.

L’aggiunta non modifica le regole processuali sull’onere della prova, ma interviene su un aspetto di carattere sostanziale e va coordinata con la nozione di discriminazione di cui al comma 1 dell’art. 4, l. 125 del 1991, così come riformato dal d. lgs. n. 196 del 2000 e dal d. lgs. n. 198/2006, che ora includono anche le discriminazioni derivate da “patti”.

La modifica trova la sua maggiore spinta e ragione nelle critiche che venivano mosse in passato⁶² relativamente al fatto che, restringendo la fattispecie discriminatoria agli atti o ai comportamenti, essa veniva ingiustificatamente limitata alle sole ipotesi in cui provenisse da attività di tipo unilaterale. Se l’effetto discriminatorio, dunque, fosse derivato da accordi pattizi tra datore di lavoro e lavoratrice/tore, non veniva considerato una vera e propria discriminazione (fattispecie tutt’altro che rara, dal momento che il maggiore potere contrattuale del datore di lavoro rispetto al lavoratore costringe spesso quest’ultimo ad accettare condizioni palesemente ingiuste); veniva conseguentemente escluso dal novero delle discriminazioni, il caso in cui il medesimo effetto discriminatorio fosse derivato dalla contrattazione collettiva.

Il merito del d. lgs. n. 196 del 2000, sostituito dal Codice delle Pari Opportunità, quindi, è stato quello di codificare una prassi interpretativa già esistente, in quanto anche prima della riforma la possibilità di una derivazione degli effetti discriminatori dai contratti collettivi era contemplata per via di interpretazione estensiva dell’art. 4 comma 1⁶³.

La terminologia conferma il carattere oggettivo della discriminazione, già adottato dalla legge sulle azioni positive, che nell’alternativa tra attribuire o meno rilievo all’elemento volontaristico di colui che pone in essere la discri-

61. Prima della legge 125/91 la giurisprudenza aveva tentato di alleggerire l’onere probatorio gravante sul lavoratore discriminato ritenendo sufficienti nella fase sommaria del procedimento *ex art. 15 legge 903/77* prove presuntive della discriminazione: si veda Pret. Milano 30 maggio 1988, in *Lav.* 80 1988, p. 945 ss. secondo cui “*qualora la discriminazione della donna nell’accesso al lavoro si esprima attraverso comportamenti leciti ma idonei, sulla base di valutazioni presuntive aventi requisiti di univocità, precisione e concordanza, a ledere la parità di trattamento, è da ritenersi sussistente il fumus discriminatorio sufficiente, nella fase a cognizione sommaria, per l’accoglimento della domanda*”.

62. Cfr. in proposito De Angelis, “Profili della tutela processuale contro le discriminazioni tra lavoratori e lavoratrici”, in *Riv. it. Dir. lav.*, 1992, p. 457, spec. 473.

63. Così De Angelis, *Profili della tutela processuale*, cit., p. 474, il quale adduce l’esempio di un contratto aziendale che abbia previsto criteri privilegiati, in via diretta o indiretta, di assunzione o di promozione degli uomini: “a parte i successivi atti esecutivi di contratto siffatto, già la stessa stipulazione di esso costituisce discriminazione” (l’effetto pregiudizievole va infatti individuato “anche come mera regola di previsione astratta, non come pregiudizio concretamente riportato”). Sicché, date simili fattispecie, l’A. riteneva, ancora prima della riforma, attuabili le procedure di legge, sia nelle forme dell’art. 281. n. 300 del 1970, che nelle forme dell’azione individuale e collettiva della l. 125 del 1991.

minazione – al fine di individuare la fattispecie da cui la discriminazione stessa deriva – sceglie la seconda soluzione. In questo modo concentra la sua attenzione sul dato obiettivo della “vittima” della discriminazione, piuttosto che su quello soggettivo della volontà di produrre l’effetto discriminatorio⁶⁴.

Le conseguenze sul piano dell’onere della prova non sono di poco conto. Lo stato psicologico del datore di lavoro (buona o mala fede, dolo o colpa) resta fuori, infatti, dal sindacato giurisdizionale (nè quindi deve essere oggetto di prova), unica ed esclusiva essendo la verifica del disparitario trattamento provocato in ragione del sesso. La rinuncia ad attribuire rilievo allo *status* soggettivo dell’autore della discriminazione è un orientamento ereditato dall’esperienza comunitaria e da quella nord-americana. In entrambe, infatti, prima ancora che nel nostro sistema, l’introduzione di strumenti di prova, quale quello statistico⁶⁵, implica il prescindere da ogni indagine sulla volontà di colui che ha posto in essere l’atto discriminatorio. La rinuncia al rilievo dell’elemento soggettivo si giustifica proprio nelle difficoltà relative all’onere della prova, in quanto renderebbe assai difficile provare l’avvenuta discriminazione, dovendosi fornire la prova della volontà di discriminare, oltre che del dato obiettivo della commessa discriminazione.

Il nuovo Codice delle Pari Opportunità – nel prevedere che la presunzione della discriminazione vada verificata in relazione alla “esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione di sesso” – si conforma pienamente alla più estesa definizione di discriminazione di cui al comma 1 dell’art 4 della l. n. 125, la quale include anche le discriminazioni derivate da “patti”.

La modifica normativa è finalizzata ad individuare non tanto modalità e tecniche dell’attività probatoria, quanto piuttosto il *quid probandum*, riconducibile oggi anche ad accordi individuali tra datore di lavoro e lavoratore, ovvero ai contratti collettivi.

Dalla lettura di suddetto articolo si desume la previsione non dell’esenzione ma dell’alleggerimento dell’onere della prova del fatto costitutivo, attuato attraverso un meccanismo presuntivo, il cui carattere probabilistico aumenta, mancando il requisito della “gravità”, rispetto al modello delle presunzioni semplici delineato dagli artt. 2727⁶⁶ e 2729⁶⁷ c.c. Rimane invece

64. Cfr. in proposito il saggio di Barbera, “La nozione di discriminazione”, in, *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, Commentario sistematico a cura di Treu e Ballestrero, *cit.*, 46 ss., la quale evidenzia come il legislatore tra il concetto di discriminazione soggettiva (in quanto subordinata alla volontà di discriminare) e quello di discriminazione oggettiva (prescindente da tale volontà), abbia preferito adottare la seconda opzione, non avendo nessun rilievo l’intento in quanto presupposto necessario della fattispecie discriminatoria.

65. L’art. 40 del d. lgs. n.198/2006, che riforma l’art. 4 della l. n. 125/91, è fondato sull’attribuzione di valore probatorio ai dati statistici.

66. L’art. 2727 c.c. formula la nozione di presunzione e recita: “*Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato*”

67. L’art. 2729 c.c tratta delle presunzioni semplici e recita: “*Le presunzioni non stabilite*

immutato l'onere del convenuto di provare fatti che escludono la discriminazione.

Il primo rimprovero mosso al legislatore del 1991 è stato quello di non aver distinto chiaramente le presunzioni semplici dalle presunzioni legali⁶⁸. Il legislatore usa una formula più debole, ma analoga a quella impiegata dall'art. 2729 c.c. a proposito delle presunzioni semplici, in cui la scomparsa del requisito della "gravità" fa pensare ad una sorta di *probatio inferior* della discriminazione. Ma non è possibile formulare ipotesi di efficacia probatoria inferiore a quella delle presunzioni semplici, che fondano proprio sulla "gravità" un valore di probabilità apprezzabile.

Di conseguenza non si può parlare di presunzione legale, in quanto l'apprezzamento del giudice sarebbe escluso a priori, poiché nelle presunzioni legali è il legislatore stesso a valutare a priori il nesso d'interferenza che lega l'esistenza (certa) di un fatto all'esistenza probabile di un altro (per es., la norma che commina la nullità ai licenziamenti intimati per causa di matrimonio).

In materia di discriminazione il comportamento illecito integrante il fatto costitutivo è atipico ed atipico è il fatto indiziante. Non sarebbe, dunque, possibile al legislatore stabilire *a priori* cosa deve essere provato e a quali condizioni, né formulare in astratto un giudizio di equivalenza tra fatto presunto e fatto indice: l'uno e l'altro vanno individuati di volta in volta, attraverso l'iniziativa della parte che si avvale del meccanismo presuntivo e attraverso il prudente apprezzamento del giudice, al quale è rimesso il giudizio sull'efficacia persuasiva degli elementi addotti a sostegno della presunzione.

Qui invece il legislatore ha detto qualcosa di meno e nello stesso tempo qualcosa di più rispetto al meccanismo dell'art. 2729 c.c.. Il *minus* consiste nella mancata menzione della gravità fra i criteri di verifica del fatto noto; il *plus* nell'indicazione esplicita (anche se non tassativa) delle fonti della prova presuntiva e nella conseguenza derivante dal formarsi della presunzione, ovvero lo spostamento dell'onere della prova a carico del soggetto contro cui questa opera. Ne è risultato in definitiva un meccanismo ibrido⁶⁹.

Questo regime probatorio è sembrato a molti commentatori congegnato in modo da evitare che i fatti venissero provati, consegnando la parte onerata della prova negativa a sicura sconfitta e per questo incontrando sul suo cammino serie obiezioni di legittimità⁷⁰. La diagnosi viene fatta derivare sia dalla scomparsa della gravità dal novero dei criteri di valutazione dei fatti indizianti, sia dalla genericità degli elementi che la norma elenca.

dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice [c.p.c. 116], il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti. Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni [2721 ss.].

68. Così Marzia Barbera, *La nozione di discriminazione*, cit., 1994, p. 62.

69. Così Marzia Barbera, *La nozione di discriminazione*, cit., 1994, p. 63.

70. Cfr. Michele Taruffo, "Presunzioni, inversioni, prova del fatto", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 751.

Ma la discriminazione di sesso è un elemento pressoché connaturato all'attuale organizzazione del lavoro ed essa colpisce gli individui proprio in ragione della loro identità collettiva, della loro appartenenza ad un ben determinato genere. Ecco perché i dati relativi alle assunzioni, alle promozioni, alle retribuzioni di fatto di uomini e donne, cioè i dati relativi al trattamento riservato ai due gruppi, sono in grado di fornire elementi di prova (quanto meno indiretta) sui motivi del trattamento sfavorevole riservato alla singola lavoratrice. Precludere tale eventualità equivale spesso a negare il diritto di agire contro una discriminazione individuale. Il fondamento di una presunta discriminazione indiretta deve essere ricostruito guardando alla situazione passata e presente intorno al fatto considerato. Questo compito è affidato al giudice, attraverso un meccanismo di presunzioni precise e concordanti sulla base di fatti presuntivi statistici.

La verità raggiunta con il formarsi della presunzione è ancora una verità provvisoria, suscettibile di essere ribaltata dalla prova contraria offerta dal datore di lavoro⁷¹, secondo parametri di "essenzialità" e "necessità" delle scelte aziendali.

Il problema del valore di verità attribuibile al dato statistico diventa cruciale nei casi in cui si lamenta una discriminazione indiretta. Nella situazione codificata dal legislatore, provati i criteri, al ricorrente rimane da provare che possiedono un impatto differenziato in ragione del sesso. È nell'assolvere quest'onere, e dunque nella fase di accertamento, che il ricorrente può giovare del meccanismo presuntivo di cui all'art. 40 del Codice delle Pari Opportunità. Si ritiene quindi che per parlare di presunzione occorra che dal fatto noto (i criteri) si risalga al fatto ignoto (il trattamento pregiudizievole).

In realtà il cammino è inverso: accertata l'esistenza di un trattamento pregiudizievole, si tratterà di dimostrare che esso è l'effetto derivante dall'adozione di criteri che svantaggiano in modo proporzionalmente maggiore il gruppo cui appartiene la ricorrente⁷².

Il nuovo Codice, che riproduce fedelmente il d. lgs. n. 196/2000, sulle orme della legge-madre, offre la possibilità di usare le prove statistiche⁷³ per dimo-

71. La procedura probatoria, infatti, che precedeva l'inversione dell'onere della prova, si svolgeva nel contraddittorio delle parti: già in questa fase il convenuto poteva contestare l'affidabilità delle prove prodotte, come fa osservare Sassani, "Le pari opportunità: l'onere della prova e le sanzioni", in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1992, p. 127.

72. Così Marzia Barbera, *La nozione di discriminazione*, cit., 1994, p. 69.

73. Il Tribunale di Catania 22 novembre 2000, cit., 1778 ss, si è orientato verso l'assunzione della prova statistica con l'aiuto di un esperto. Ha disposto, infatti, che, in un caso di discriminazione sessuale nella progressione in carriera, venga utilizzata una consulenza tecnica al fine dell'accertamento delle percentuali dei lavoratori e lavoratrici che nel corso degli anni avevano conseguito nell'azienda una progressione in carriera mediante il riconoscimento delle qualifiche superiori ed ha assunto i dati risultanti dalla consulenza tecnica alla stregua di prova statistica idonea a fondare la presunzione dell'esistenza del comportamento discriminatorio.

strare la non proporzionalità degli svantaggi⁷⁴, consentendo di introdurre quell'elemento quantitativo altrimenti difficilmente dimostrabile.

Ciò comporta la necessità di definire la base di comparazione ed i *pools* statistici di volta in volta rilevanti. L'ambito di raffronto coincide, di norma, con l'ambito entro il quale opera la scelta del datore di lavoro. Inoltre, l'ambito di comparazione e la composizione dei *pools* deve tener conto degli effetti delle discriminazioni compiute dal datore di lavoro nel passato, e delle eventuali distorsioni conseguenti.

Che cosa avviene nei casi in cui sia impossibile identificare con precisione i criteri impiegati? La Corte di giustizia nella sentenza *Danfoss*⁷⁵, fornisce una risposta abbastanza netta a questo interrogativo: è al datore di lavoro che va adossato il costo della mancanza di trasparenza nei criteri di gestione del personale.

Un secondo ordine di questioni è relativo al come tradurre un accertamento di fatto (la disparità quantitativa) in un giudizio valutativo (l'effetto proporzionalmente più svantaggioso).

L'*Equal Employment Opportunities Commission*⁷⁶ statunitense ha adottato la regola empirica dei 4/5 (o dell'80%), secondo la quale una percentuale di donne che abbiano soddisfatto i requisiti richiesti inferiore dell'80% alla percentuale di uomini in possesso di tali requisiti, deve far ritenere che la prassi considerata abbia un effetto sproporzionatamente sfavorevole.

La Corte di giustizia europea ha optato per criteri meno rigidi: in particolare, ha ritenuto nella sentenza *Jenkins*⁷⁷ che si possa parlare di un effetto sfavorevole sproporzionato quando "un numero molto inferiore di donne rispetto agli uomini" è in grado di soddisfare i requisiti richiesti⁷⁸: quest'ultima solu-

74. Ciò non significa che la prova statistica sia l'unico mezzo di rilevazione dell'impatto differenziato. Anche i parametri della notorietà di un fatto sociale e della comune esperienza possono soccorrere nella valutazione degli effetti dello specifico criterio in questione. Ad esempio nel caso *Price v. Civil Service Commission*, in cui si discuteva dell'impatto discriminatorio del limite d'età di 28 ai fini dell'accesso al lavoro, i giudici britannici fecero affidamento sulla propria "conoscenza ed esperienza" per concludere che in quella fascia d'età un numero considerevole di donne era impegnato nella cura dei figli ed era costretto a lasciare il mercato del lavoro.

75. Corte Giust. Cee, 17 ottobre 1989, causa 109/88, in *Racc.*, 1989, p. 3199.

76. Cfr. De Cristofaro, "Gli organismi per le pari opportunità in Italia ed in alcune esperienze straniere", in *Lavoro femminile e pari opportunità*. De Cristofaro (a cura di), Caccucci, Bari, 1989, pp. 150-151. L'A. spiega che si tratta della Commissione per le pari opportunità statunitense, che ha il potere autonomo di iniziativa giudiziaria in casi di discriminazione, dal 1972. L'EEOC riceve e studia i ricorsi avanzati da singoli o da gruppi di lavoratori, da aspiranti all'occupazione o da organizzazioni e può essa stessa presentare ricorso agli organi competenti, relativamente a pratiche ritenute discriminatorie nel campo del lavoro, che ledono non solo un diritto individuale, ma che la maggior parte delle volte riguardano interessi "diffusi" di un'intera classe di persone.

77. Sent. 31 marzo 1981, causa 96/80, *Jenkins*, *Racc.* p. 911, p. 10.

78. Cfr. Michael Rubenstein, "Teorie sulla discriminazione", in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 91.

zione è risultata preferibile perché non ingabbiava il giudice in canoni di giudizio rigidamente prestabiliti.

Per concludere, secondo quanto disposto dalla legge 125/91 e confermato poi dal d. lgs. n. 196/00 (sistematizzati entrambi dal Codice delle Pari Opportunità), nel caso di discriminazione diretta, l'interesse dell'impresa non può essere addotto, ma il datore di lavoro deve negare la differenza di trattamento provando la sussistenza di altre differenze, oggettive o soggettive, che potrebbero giustificare la disparità. Deve indicare cioè una spiegazione alternativa, a quale circostanza obiettiva o a quale caratteristica soggettiva "diversa dal sesso" è dovuta la differenza di trattamento.

Nel caso invece di discriminazione indiretta, la legge ha previsto che il datore di lavoro debba dimostrare come il criterio omogeneo che produce diseguali conseguenze sui due sessi sia motivato da obiettive "necessità d'impresa"; che non solo si tratti di un comportamento economicamente razionale, ma sia "inevitabile" per l'assenza di alternative meno discriminatorie.

Sembra, peraltro, condivisibile ritenere che non possa parlarsi propriamente di una ipotesi di inversione dell'onere della prova, perché tale regime può essere previsto solo dalla legge la quale, derogando al principio di cui all'art. 2967, co. 1 c.p.c., addossa al convenuto l'onere di provare fatti contrastanti a quelli semplicemente dedotti dall'attore⁷⁹.

Va comunque evidenziato che la legislazione nazionale in tema di onere della prova nelle ipotesi di discriminazioni di genere è senza dubbio rispettosa del dettato comunitario perché opera comunque la semplificazione probatoria richiesta dalla direttive: in particolare della dir. 97/80/Ce, oggi trasfusa nella recente direttiva n. 2006/54/Ce, che racchiude e compendia in un unico testo normativo le precedenti regolamentazioni in tema di pari opportunità, di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di impiego e occupazione, oltre che disciplinare specificatamente l'onere della prova nelle discriminazioni basate sul sesso⁸⁰.

79. Così Laura Curcio "*Le azioni in giudizio e l'onere della prova*", in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio-il quadro comunitario e nazionale* (a cura di Marzia Barbera), Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 554.

80. Dir. 5/7/2006 n. 2006/54/CE, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e delle parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, pubblicata nella G.U.E.E. 26 luglio 2006, n.L. 204. In particolare, è da evidenziare l'art. 19 di detta Direttiva, che disciplina l'onere della prova. Al comma 1, si afferma, infatti, che: "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".

5. Le procedure di conciliazione per le controversie relative alle discriminazioni collettive

Prima di passare all'analisi dell'istituto del tentativo facoltativo di conciliazione, *ex* comma 7 dell'art. 8 del d. lgs. n. 196/2000, ora riprodotto dall'art. 37 co.1 d. lgs. n. 198/2006, occorre ricordare che l'azione delle/dei Consigliere/i di parità contro le discriminazioni di tipo collettivo prevista già dalla l. n. 125/91, aveva suscitato interesse e insieme dubbi sulla concreta possibilità di una sua utilizzazione. Si era infatti parlato di uno “*strumento singolarmente privo di efficacia*”⁸¹, per molte ragioni.

Il legislatore della l.125/91, infatti, aveva messo a disposizione scarsissime risorse finanziarie e organizzative per lo svolgimento delle attività affidate alle/ai Consigliere/i, tanto che non era neppure prevista la copertura delle spese processuali necessarie per l'esercizio dell'azione giudiziaria⁸².

L'ordine contenuto nella sentenza era poi rimasto senza adeguate misure coercitive volte ad assicurare l'osservanza da parte del datore di lavoro. Inoltre, anche se il piano era definito correttamente, non venivano previste misure in caso di sua mancata attuazione

Sembrava davvero che la l.125/91 avesse assegnato alla tutela giudiziale un ruolo residuale⁸³.

La materia infatti coinvolgeva non solo interessi individuali e di gruppo di lavoratori, ma anche interessi sindacali e interessi del datore di lavoro che, nell'intrecciarsi, potevano venire in conflitto. Per questo il legislatore del '91 aveva privilegiato il piano della mediazione e della promozione rispetto a quello sanzionatorio e repressivo, definendo i compiti delle/dei Consigliere/i, tanto che nei primi dieci anni di vigenza della legge l'azione pubblica contro le discriminazioni collettive è stata promossa in rare occasioni⁸⁴.

Una singolare prassi si è sviluppata in questi anni recenti rilevabile da alcuni accertamenti del Collegio istruttorio previsto dall'art. 7 della l. n. 125/91, condotti su denunce di discriminazione di carattere collettivo, soprattutto per impulso della/del Consigliera/e nazionale di parità, che di tale Collegio

81. L'espressione è in Rapisarda Sassoon, *La tutela dei soggetti discriminati*, cit., 1994, p. 86.

82. Cfr. Guarriello, “Le azioni in giudizio”, in Gaeta, Zoppoli (a cura di), *Il diritto diseguale*, *Commentario della legge n. 125/91 sulle azioni positive*, Torino 1992, 191 ss., in particolare 199.

83. Così, Rapisarda, *La tutela dei soggetti discriminati*, cit., 1994, p. 89.

84. Al riguardo si ricorda Pretura di Bologna 27/6/1998, cit. relativa ad un bando di assunzione per autisti di autobus che richiedeva già al momento della domanda invece che a quello dell'assunzione il possesso della speciale patente di guida; e Tribunale di Milano, 8/3/2000, cit. in causa promossa dalla Consigliera nazionale di parità e da quella della regione Lombardia contro RCS Editore, inedita a quanto risulta, relativa ad annunci di assunzioni sui giornali senza la specificazione che queste riguardavano personale dell'uno e l'altro sesso, come imposto dal 3° c. dell'art. 4.

Istruttorio è membro di diritto. Questa prassi mira a sollecitare l'autore della discriminazione a porvi egli stesso rimedio, adottando volontariamente un programma correttivo unilaterale o in accordo col sindacato; i risultati in alcuni casi sono stati soddisfacenti e comunque hanno positivamente coinvolto i datori di lavoro e i sindacati sui temi specifici della parità⁸⁵.

Il legislatore del 2000 e del 2006 ha guardato all'uno e all'altro aspetto dell'attività delle/dei Consigliere/i di parità⁸⁶.

Il decreto n. 196/00, riprodotto dal d. lgs. n. 198/2006, con accorgimenti di carattere finanziario e organizzativo, ha cercato di rimuovere gli ostacoli "tecnici" che potevano limitare la funzionalità della azione pubblica contro le discriminazioni di carattere collettivo, operando un *restyling* alla struttura di base del procedimento.

Inoltre il legislatore ha proceduto alla istituzionalizzazione delle prassi mediatrici sviluppatasi nell'esperienza, generalizzandone la portata e stabilendone la procedura e il funzionamento.

5.1. La procedura di conciliazione attivata dalle Consigliere e dai Consiglieri di parità

Quando parliamo di prassi mediatriche per la risoluzione di controversie sorte in merito a discriminazioni collettive, ci riferiamo alla procedura attuata dalla/dal Consigliere/e di parità del tentativo facoltativo di conciliazione.

Occorre ricordare che, nel decreto 196/00 all'art. 8, 7° c., oggi trasfuso nell'art. 37 co. 1 del d. lgs. n. 198/2006, le/i Consigliere/i di parità sono legittimate/i ad intervenire quando rilevano l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori diretti o indiretti di carattere collettivo, anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto le lavoratrici e i lavoratori lesi dalle discriminazioni.

Si attua, quindi, una piccola aggiunta rispetto all'originario comma 5° del vecchio art. 4, valida anche per quanto riguarda l'azione giudiziaria: oltre che da atti o comportamenti, la discriminazione può essere realizzata anche da patti⁸⁷ e può essere sia diretta che indiretta, secondo le categorie definite nei primi

85. Così Ianniello, "Le procedure di conciliazione delle controversie individuali e collettive", in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 3, 2003, p. 752.

86. Per una panoramica delle questioni relative alle discriminazioni in ragione del sesso proposte nei primi dieci anni di attuazione della l. n. 125 all'attenzione degli organismi nazionali di parità nonché degli orientamenti in materia forniti da tali organismi, cfr. Guarriello, "L'attività antidiscriminatoria degli organismi nazionali di parità e pari opportunità nel lavoro, ovvero: dieci anni di condizione femminile allo specchio", in *La nuova legge 125, cit.*, pp. 96-106.

87. Trattandosi di discriminazioni di carattere collettivo, il riferimento appare diretto a patti o accordi sindacali. In effetti, nell'ambito delle discriminazioni sessuali, negli ultimi anni sono stati rilevati alcuni casi in cui la lesione ha trovato origine in accordi sindacali, ossia accordi aziendali. Nel settore del *part-time* (praticato preferibilmente da personale di genere femminile),

due commi dello stesso art. 4.

Innanzitutto il potere di promuovere la procedura conciliativa, come anche l'azione pubblica, è attribuito non solo alla/al Consigliera/e regionale di parità, ma nei casi di rilevanza nazionale, anche a quella nazionale⁸⁸.

Questi organi “*possono chiedere all'autore della discriminazione di predisporre un piano di rimozione delle discriminazioni accertate entro un termine non superiore a centoventi giorni*” (art. 8, 7° c., del d. lgs. n. 196, riprodotto integralmente dall'art. 37 co. 1 del d. lgs. n. 198).

È importante segnalare che dal momento della rilevazione dell'esistenza della discriminazione a quello dell'accertamento, la/il Consigliera/e attua una fase di verifica attraverso la collaborazione delle Direzioni Provinciali e Regionali del Lavoro⁸⁹ con le strutture regionali di assistenza tecnica e monitoraggio di cui all'art. 4, 1° c., lett. d) del d. lgs. 23 dicembre 1997 n. 469⁹⁰ e con gli organismi di parità di vario livello territoriale, cui tale soggetto partecipa ai sensi del 2° comma dell'art. 3 del d. lgs. n. 196, ora art. 15 co. 2 del d. lgs. n. 198/2006.

Ciò appare necessario, in quanto da tale accertamento può nascere, in caso di fallimento del tentativo di conciliazione, la conseguenza di dar luogo, a nor-

si sono verificate ipotesi di discriminazioni collettive di tipo indiretto ad opera della contrattazione collettiva, soprattutto quando questa disciplina misura ogni elemento retributivo o di progressione di carriera in maniera rigidamente proporzionale alla quantità di lavoro calcolata sull'orario osservato e non anche sulla qualità della prestazione.

Tale fenomeno si verifica anche nella disciplina dei requisiti dell'accesso al lavoro o di progressione di carriera, (cfr. Pret. Torino, 4 dicembre 1991, in *Riv. giu. lav.*, 1993, p. 101, che dichiara nullo un accordo aziendale AEM che prevedeva l'erogazione di un contributo per le spese dell'asilo nido per i figli dei soli lavoratori di genere femminile); si pensi al requisito dell'altezza (Corte cost., 15 aprile 1993 n. 163, in *Foro it.*, 1994, I., p. 696, che dichiarò l'illegittimità costituzionale addirittura di una legge, quella della Provincia autonoma di Trento che richiedeva un'altezza di mt. 1,65 per l'accesso alle carriere direttiva e di concetto nel servizio antincendio) o quello del possesso di determinate abilitazioni non consuete per il genere femminile, (Trib. Catania, 22 novembre 2000, *cit.*, riguardava ad es. un'ipotesi di progressione di carriera per cui, per intesa col sindacato, il datore richiedeva un diploma di scuola superiore specializzata, titolo riferibile solo al personale di genere maschile), quando l'uno o l'altro non sono essenziali rispetto alle mansioni per cui si deve essere assunti. Per quanto riguarda il mancato computo delle assenze facoltative di maternità ai fini delle progressioni automatiche retributive e di carriera, vedi Tribunale Prato 21 novembre 2007, est. Rizzo, Ballerini e altri (avv. Rusconi e Valenti) e Caciagli e altri e Consigliera Regionale di Parità della Toscana (avv. Bogni) e Cariprato Spa (avv. Papaleoni e Cappellini). In D e L, *Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, 2008, pp. 6-21, con nota di Amato Fabrizio e Romoli Irene, “*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*”.

88. L'estensione alla Consigliera di parità nazionale, nei casi di rilevanza nazionale, di tale potere, colma una lacuna della legge, come interpretata dall'unica decisione in argomento: Trib. Milano, 8 marzo 2000, *cit.*

89. Collaborazione prevista dall'art. 3, 1° c., lett. f) e 4° c. del d. lgs. n. 196.

90. Richiamato dal 3° comma dell'art. 3 del d. lgs. n. 196, ora riprodotto dall'art. 12, co. 3 del d. lgs. n. 198/2006.

ma del comma 12° dell'art. 8 del d. lgs. n. 196, attualmente comma 1 dell'art. 41 del Codice delle Pari Opportunità, e dopo un percorso amministrativo articolato, alla riduzione o revoca di benefici accordati al datore di lavoro in attuazione delle vigenti leggi dello Stato o alle altre misure afflittive ivi indicate.

La procedura in esame si colloca prima ed al posto dell'eventuale successiva azione in giudizio, ma a differenza del tentativo obbligatorio di conciliazione, la sua promozione non è condizione di procedibilità dell'esercizio dell'azione pubblica, restando una facoltà, la cui azionabilità è valutata dal soggetto titolare in relazione alle probabilità di successo.

“Trattasi quindi dell'unica previsione legislativa volta ad incentivare la soluzione conciliativa e, sulla carta, l'incentivo è di tutto rispetto stante la assoluta gravità della sanzione che l'accordo consente di evitare”⁹¹.

5.2. I destinatari

Il tentativo facoltativo di conciliazione, promosso dalla/dal Consigliera/e regionale o nazionale, ha come soggetti destinatari non solo il datore di lavoro; infatti la discriminazione può essere attuata anche a mezzo di terzi, dei quali si avvale nell'espletamento di una determinata attività inerente i rapporti di lavoro dei propri dipendenti.

Dalla formulazione del comma 3° dell'art. 8 del d. lgs. n. 196, attualmente art. 27 co. 5 del d. lgs. n. 198/2006, si evince proprio questo: che il datore di lavoro può attuare la discriminazione anche a mezzo di altri soggetti.

Esemplificando, una fattispecie tipica di discriminazione tramite terzi può essere costituita dal reclutamento del personale a mezzo annunci sui quotidiani, come in un caso verificatosi in passato. Allora si pose il quesito sulla possibilità che gli editori di tali quotidiani fossero anch'essi destinatari dell'azione della/del Consigliera/e di parità⁹². Data la chiara formulazione, dell'art.27 non vi sono dubbi sull'estensione dell'invito o dell'ordine rivolto sia al datore di lavoro che al terzo.

L'incertezza rimane sul fatto se tale invito, rivolto al terzo, riguardi anche ipotesi di discriminazioni collettive di genere, poste in essere autonomamente dallo stesso, nello svolgimento di un incarico affidatogli dal datore di lavoro e incidente sui rapporti di lavoro dei dipendenti di quest'ultimo (ad es. in esecu-

91. Così Alberto Guariso, *“Le soluzioni conciliative”* in Il nuovo diritto antidiscriminatorio - il quadro comunitario e nazionale (a cura di Marzia Barbera), Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 574.

92. Cfr. Trib. Milano, 8 marzo 2000, *cit.*, in causa riguardante il caso dell'omessa menzione nell'annuncio dell'indicazione che la ricerca concerneva personale *“dell'uno e dell'altro sesso”* come prescritto dal comma 3° dell'art. 4 della l. n. 125, anche nel testo originario. Peraltro prima della sentenza e su impulso della Consigliera nazionale di parità, il collegio istruttorio raggiunse un accordo con la FIEG sull'argomento e con molti dei datori di lavoro convenuti.

zione dell'incarico di gestire corsi di formazione o di qualificazione oppure procedure di assunzione).

La risposta dovrebbe essere positiva, in quanto maggiormente rispondente alle finalità della norma di difesa da discriminazioni comunque riconducibili a (oppure occasionate da) iniziative del datore di lavoro e incidenti sul rapporto di lavoro⁹³.

5.3. *La partecipazione del sindacato*

Nel caso di discriminazione posta in essere dal datore di lavoro, per la predisposizione del piano, richiesto dalla/dal Consigliera/e regionale o nazionale entro un termine non superiore a centoventi giorni, devono essere sentite le r.s.a. o, in loro mancanza, le associazioni locali aderenti alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale.

Mancando la norma di apparato sanzionatorio, il datore di lavoro, o il terzo autore della discriminazione, non sono tenuti ad aderire alla richiesta della/del Consigliera/e di parità, di predisporre il piano di rimozione; in questo caso rimangono passibili dell'azione pubblica, con le possibili conseguenze sanzionatorie per inottemperanza alla sentenza del comma 11° dell'art. 8, attualmente art. 38 co. 4 del d. lgs. n. 198/2006.

La partecipazione del sindacato sembra essere necessaria nel caso in cui il datore di lavoro aderisca al piano, analogamente a quanto indicato al comma 3 dell'art. 37 del Codice delle Pari Opportunità, per il caso in cui la richiesta del piano scaturisca da un ordine contenuto in una sentenza⁹⁴.

Nei casi di discriminazioni di tipo collettivo che non trovano origine in accordi sindacali⁹⁵, questa partecipazione potrebbe ritenersi non indispensabile per la regolarità della procedura. Ma la rilevanza collettiva anche di tali soluzioni corrobora la tesi della essenzialità dell'audizione del sindacato.

93. Così Antonio Ianniello, *Le procedure di conciliazione, cit.*, 2003, p. 754.

94. A quest'ultimo riguardo, Sciarra, "La legge sulle azioni positive: un primo sguardo d'insieme", in *Notiz. giur. della C.G.I.L.*, 1991, n. 9, p. 5; parla viceversa di un obbligo a trattare e anche a contrarre; *contra*, Barbera, *La nozione, cit.*, p. 99 e nota di richiami, Anna Puleo, "Discriminazioni di sesso nel mercato del lavoro. Novità ed aporie di un modello processuale", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 121.

95. Si è già detto che normalmente si tratta di accordi aziendali. Nell'ipotesi, la discriminazione potrebbe anche derivare dall'applicazione di un contratto di livello territoriale, anche nazionale, ma in questi casi la procedura prevista dalla legge non può che investire singolarmente gli imprenditori che in attuazione del contratto, adottano comportamenti discriminatori di tipo collettivo. Salvo a ritenere in questi casi che, essendo la stipulazione del contratto collettivo già atto che realizza la discriminazione (De Angelis, *Le azioni in giudizio, Commento ai commi 4°-10° dell'art. 4*, in De Cristofaro (a cura di), *La legge italiana per la parità di opportunità delle lavoratrici, Commento alla l. 10.4.91 n. 125*, Napoli, 1993, p. 119), anche le contrapposte organizzazioni sindacali possano essere destinatarie della richiesta e dell'azione pubblica della/del Consigliera/e di parità.

Le r.s.a. (e le r.s.u. in forza degli accordi interconfederali 20 dicembre 1993 e 24 aprile 1994, rispettivamente per i dipendenti dell'industria e per il pubblico impiego) o, in loro mancanza, le associazioni locali aderenti alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale⁹⁶, sono le articolazioni delle organizzazioni sindacali che partecipano a questa procedura.

Se le r.s.a. non sono presenti in azienda e il datore di lavoro non ha aderito ad alcun sindacato datoriale, la/il Consigliera/e può eventualmente consultare i sindacati che associano i lavoratori del settore merceologico in cui opera.

La consultazione sindacale è finalizzata a fornire al datore di lavoro elementi utili per la formulazione del piano; pertanto se il sindacato condivide l'accertamento delle discriminazioni, per correggerle, in occasioni particolari può stipulare con il datore un vero e proprio accordo di tipo collettivo.

5.4. Il contenuto del piano di rimozione delle discriminazioni richiesto dalla Consigliera e dal Consigliere di parità

In caso di discriminazione indiretta, il problema della "rimozione" si presenta in termini particolarmente complessi. Se ad es. il datore di lavoro adotta criteri apparentemente neutri nell'attribuire mansioni e qualifiche, ma che conducono ugualmente a una sproporzione svantaggiosa nella composizione di genere delle varie mansioni e qualifiche, sarà necessario adottare nel futuro criteri non solo discriminatori, ma anche correttivi; questi infatti consentiranno un riequilibrio di genere graduale nel tempo e forse un vantaggio a soggetti diversi (perché neo-assunti) da quelli che sono stati discriminati (che magari non sono più dipendenti).

Il piano richiesto dalla/dal Consigliera/e di parità, nel tentativo di promuovere la conciliazione, acquista, quindi, il contenuto di "azione positiva" come anche l'ordine del giudice in caso di azione in giudizio⁹⁷. Predisposto nell'arco di centoventi giorni, è soggetto ad un controllo di merito da parte della/del Consigliera/e di parità che lo ha richiesto, tramite l'eventuale collaborazione degli enti e organi già menzionati, del sindacato nonché dei comitati paritetici di parità costituiti a livello aziendale.

96. Ianniello, *Le procedure di conciliazione delle controversie individuali e collettive*, cit., 2003, p. 755, afferma che la legge non precisa se queste ultime debbano essere unicamente le associazioni nazionali di categoria o anche quelle intercategoriale. Dall'osservazione che la discriminazione nasce dal comportamento di un determinato imprenditore e non da uno collettivo di più datori di lavoro, in ipotesi appartenenti a diversi settori merceologici, deriva la correttezza della prima soluzione.

97. A proposito del contenuto di tale ordine parla di "azione positiva coattiva" Scarponi, in "Tecniche di sostegno indiretto delle azioni positive e misure sanzionatorie", in Ballestrero, Treu (a cura di) 96. *Commento alla l. 10 aprile 1991 n. 125*, p. 96.

5.5. La conciliazione

Se il piano è ritenuto “*idoneo alla rimozione delle discriminazioni, la consigliera o il 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*” (art. 8, 7° c., del d. lgs. n. 196, attualmente art. 37 co. 1 del d. lgs. n. 198/2006).

Nel silenzio della legge, vi è chi ritiene che il tentativo di conciliazione debba essere proposto davanti alla Commissione di Conciliazione individuata secondo i criteri fissati dall’art. 413 c.p.c. (richiamato dall’art. 410, 1° c., c.p.c.) ovvero, se si tratta di discriminazioni sessuali compiute nell’ambito di un rapporto di lavoro pubblico privatizzato, davanti al Collegio di Conciliazione presso la Direzione Provinciale del Lavoro nella cui circoscrizione si trova l’ufficio dove il lavoratore presta il suo servizio, ovvero prestava il suo servizio al momento della cessazione del rapporto secondo la procedura indicata dall’art. 66 del d. lgs. 165/2001⁹⁸.

La procedura si conclude quindi con una conciliazione, sul tipo disciplinato dall’art. 411 c.p.c., che prevede, per acquisire la forza di titolo esecutivo, il controllo di regolarità formale da parte del Tribunale del lavoro che si conclude col decreto di esecutività⁹⁹.

Tale titolo esecutivo è di tipo “stragiudiziale” e quindi può legittimare unicamente l’esecuzione forzata di obbligazioni pecuniarie e non anche quella per consegna o rilascio ovvero quella degli obblighi di fare o di non fare. L’esecuzione sarebbe comunque problematica, data l’assenza nel nostro ordinamento di un adeguato sistema di misure coercitive dell’adempimento di obbligazioni di fare infungibile, quali sono prevalentemente quelle assunte dal datore di lavoro nel piano di rimozione¹⁰⁰.

La definizione del piano è un impegno da parte del datore di lavoro nei confronti della/del Consigliera/e che la richiede, del soggetto discriminato e del sindacato, e la pubblicità che ne consegue dovrebbe facilitarne l’attuazione o perlomeno il controllo.

98. Così Cicchitti, *La tutela processuale della parità, cit.*, p. 180.

99. “Qui la Commissione di conciliazione, benché chiamata a cooperare con l’organismo pubblico, lungi dall’essere valorizzata è anzi svilita ad una funzione di mera ‘certificazione’ o ‘attestazione’ della conciliazione, con il solo fine (sulla cui modestia non è il caso di dire) di determinare la formazione del titolo esecutivo”, così Alberto Guariso, “*Le soluzioni conciliative*” in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio-il quadro comunitario e nazionale* (a cura di Marzia Barbera), Giuffrè editore, Milano, 2007, p. 574.

100. *Contra* Antonio Ianniello, *Le procedure di conciliazione delle controversie individuali e collettive, cit.*, 2003, p. 756, in cui l’A. afferma che dal momento della promozione del tentativo di conciliazione l’intesa sul piano già c’è, e da questo deriva la considerazione che la funzione di mediazione affidata alla normalmente alla commissione di cui all’art. 410 c.p.c. o al collegio di cui all’art. 66 del d. lgs. n. 165 è in questo caso praticamente nulla. Per cui dovrebbe valutarsi quest’ultimo passaggio come un’inutile perdita di tempo.

Nel caso in cui il “piano” sia stato, almeno in parte, contrattato col sindacato, si può supporre¹⁰¹ che il suo inadempimento da parte del datore di lavoro concreti un comportamento qualificabile come antisindacale. La conseguenza sarebbe l’attivazione, ad opera del sindacato, del ricorso speciale *ex art. 28 S.L.* diretto alla cessazione e alla rimozione di tale comportamento, la cui attuazione è assistita dalla minaccia della sanzione penale di cui all’art. 650 c.p.¹⁰².

Con riguardo alle discriminazioni di carattere collettivo di cui sopra la/il Consigliera/e, nel caso in cui non intenda avvalersi della procedura conciliativa o che questa abbia avuto esito negativo, può proporre l’esercizio dell’azione giudiziaria. Questo avviene con ricorso davanti al tribunale ordinario o a quello amministrativo regionale territorialmente competenti, con conseguenze sanzionatorie in caso d’inadempimento all’ordine del giudice *ex comma 11° dell’art. 8 del d. lgs. n. 196, ora comma 5 dell’art. 37 del d. lgs. n. 198/2006 (art. 650 del cod. pen., e il pagamento di una somma di 51 euro per ogni giorno di ritardo nell’esecuzione del provvedimento, da versarsi al Fondo di cui all’art. 18) e la revoca dei benefici di cui al comma 41, comma 1.*

L’efficacia della procedura conciliativa è affidata, dunque, all’autorevolezza e alla capacità mediatrice della/del Consigliera/e di parità, alla partecipazione del sindacato e alla buona volontà del datore di lavoro o del terzo autore della discriminazione.

6. La disciplina dell’art. 37 Codice P.O, già art. 4 della legge 125/91. Brevi cenni. L’azione ordinaria azionabile dalla/dal Consigliera/e di parità contro le discriminazioni collettive

Passando all’analisi dell’azione ordinaria in giudizio esperibile dalla/dal Consigliera/e di parità per la risoluzione delle controversie sorte a causa di discriminazioni di carattere collettivo, è necessario da subito precisare che si tratta di uno strumento importato senza sostanziali modificazioni dalla legge madre.

L’art. 37 del Codice delle Pari Opportunità riproducendo il comma 6° dell’art. 4 della l. n. 125 del 1991 recita infatti: *“Qualora il datore di lavoro ponga in essere un atto o un comportamento discriminatorio di carattere collettivo, anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavo-*

101. Così Antonio Ianniello, *Le procedure di conciliazione delle controversie individuali e collettive, cit.*, 2003, p. 756.

102. 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 lire quattrocentomila”, ora Euro 206,58 =.*

ratori lesi dalle discriminazioni, il ricorso può essere proposto dal Consigliere di parità istituito a livello regionale”.

Questa struttura lasciata inalterata dal d. lgs. n. 196/00, è stato fedelmente riprodotta dal d. lgs. n. 198/2006, che aggiunge una piccola integrazione, inserendo la locuzione “patti” tra i mezzi con i quali si può mettere in atto una discriminazione, e allarga la platea dei soggetti legittimati ad agire in giudizio, individuando non solo la/il Consigliera/e di parità regionale, ma anche quella nazionale, nei casi di rilevanza nazionale.

La riforma del 2000, così come racchiusa dal Codice del 2006, fonda la sua struttura delle azioni esperibili sia sulla nozione oggettiva di discriminazione formulata ai commi primo e secondo dell’art. 4 della legge 125, sia sulla tipologia delle discriminazioni dirette-indirette (in relazione alle quali risiede la portata innovativa della legge) e individuali-collettive. L’intervento del decreto n. 196 e 198 lascia inalterata tale struttura complessiva delle azioni in giudizio. In forza di questo rimane ancora condivisibile l’opinione espressa in sede dottrinale¹⁰³ secondo cui l’art. 4 disegna un regime di tutela processuale dei diritti di parità a doppio binario, fondata da un lato sulla legge 903/77 e dall’altro sulla stessa legge 125/91.

Va altresì ricordata l’importante regola centrale, non scalfita dalle modifiche introdotte con i decreti del 2000, secondo la quale la possibile presenza della/del Consigliera/e di parità nel giudizio individuale – su delega della persona interessata o per autonomo intervento nel giudizio già intrapreso (8° comma dell’art. 8, l. 125, riprodotto dal comma 5° dell’art. 8 del d. lgs. n. 196, attualmente art. 36 co. 2 del d. lgs. n. 198/2006) – e l’azione autonoma concessa alla/al Consigliera/e di parità (ora anche nazionale, oltre a quella regionale) nei casi di discriminazione collettiva vanno tenute distinte e non sono quindi da considerarsi alternative.

Ricapitolando, il disegno originario dell’azione giudiziale contro le discriminazioni di genere continua a prevedere, da un lato, le azioni collettive¹⁰⁴, esperibili ai sensi dei commi 1° e 2° dell’art. 37 del Codice delle Pari Opportunità, dall’altro, le azioni individuali che comprendono sia l’ordinaria azione di nullità, esperibile anche secondo le indicazioni dell’art. 36 del Codice, sia quella speciale e d’urgenza dell’art. 15 legge 903/77, ora razionalizzato dal Codice delle Pari Opportunità al capo II del libro III (artt. 27-37), azionabile “in tutti i casi”¹⁰⁵, ossia per ogni tipologia di discriminazione e non

103. L’espressione è dovuta a Rapisarda, *La tutela giudiziale dei diritti di parità*, cit., 1992, p. 788, e ripresa dalla medesima A. in, *La tutela dei soggetti discriminati*, cit., 1994, p. 53 ss, in particolare, p. 77.

104. Le quali non si esauriscono soltanto nelle azioni per far valere discriminazioni indirette, necessariamente riguardanti un “gruppo” (Rapisarda, in *La tutela dei soggetti discriminati*, cit, p. 75).

105. La conseguenza è quella di ottenere, a seguito dell’azione speciale, la rimozione degli effetti discriminatori e non soltanto la sanzione di nullità di atti o comportamenti. Prima dell’en-

soltanto, come originariamente previsto, per le discriminazioni di genere riguardanti l'accesso al lavoro o la prestazione di lavoro notturno.

Le azioni collettive hanno acquistato grande rilevanza proprio attraverso l'intervento delle/dei Consigliere/i di parità, previsto allo scopo di contribuire alla realizzazione dell'uguaglianza sostanziale tra generi; tale tutela è di fatto finalizzata a contrastare e risolvere le lesioni dell'interesse generale di tutti indistintamente i lavoratori appartenenti ad un dato genere¹⁰⁶.

Viene così confermata la distinzione tra discriminazioni dirette ed indirette anche all'interno della categoria delle discriminazioni collettive: esse sono accomunate dalla norma sulle azioni in giudizio da un medesimo *iter extra* ed endoprocessuale; tuttavia soltanto le discriminazioni di tipo indiretto, ovvero in ordine alle quali “*non siano individuabili in modo immediato e diretto le lavoratrici o i lavoratori lesi dalle discriminazioni*” sono potenzialmente lesive della totalità (o quasi) dei soggetti appartenenti al gruppo discriminato¹⁰⁷. Questa indicazione risulta¹⁰⁸ la più importante ed originale acquisizione del diritto positivo nazionale, che si è formato attraverso l'esperienza comunitaria.

6.1. L'eliminazione della condizione di procedibilità

Il decreto 196/00 e il Codice del 2006 dispongono che non siano più obbligatori il parere non vincolante del Collegio Istruttorio e l'audizione della Commissione Regionale (oggi Commissione Regionale Tripartita), per procedere all'azione in giudizio da parte della/del Consigliera/e di parità. Entrambi erano stati unanimemente valutati come condizione di procedibilità¹⁰⁹ dell'azione giudiziaria, *ex art. 4, 6° c., l. n. 125/91*; l'articolo disponeva infatti testualmente che il ricorso poteva essere proposto, dalla Consigliera di parità regionale, previo parere non vincolante del Collegio Istruttorio, da allegare al ricorso stesso, e sentita la Commissione Regionale per l'impiego. Decorso inu-

trata in vigore del decreto 196, fu Catalini Tonelli a teorizzare l'estensione in via interpretativa del meccanismo dell'art. 15 *cit.* ad ogni tipo di discriminazione, in “Primi interrogativi sui principali nuclei normativi della nuova legge 125/91 in tema di azioni positive e pari opportunità tra uomo e donna”, in *Riv. giur. lav.* 1991, I, 54-5.

106. Il giudizio di Rapisarda sull'argomento è preciso, *La tutela dei soggetti discriminati, cit.*, 1994, p. 75, anche se si può non del tutto condividere, in quanto è sempre possibile che il piano di rimozione ordinato dal giudice disponga concretamente la tutela restitutiva delle posizioni individuali: così Guarriello, *Le azioni in giudizio, cit.*, 1992, p. 206. Treu, *La legge sulle azioni positive, cit.*, 1991, I, p. 123, sottolinea che c'è un avvicinamento, per la tecnica usata, tra la “sanzione” del piano per rimuovere gli effetti delle accertate discriminazioni collettive e le azioni positive. *Contra* De Angelis, *Azioni in giudizio, cit.*, 1993, p. 84 ss., in particolare pp. 99-100.

107. Così Amato, in *Azione collettiva e azione individuale in giudizio, cit.*, 2003, p. 761.

108. Così Amato, *op. ult. cit.*, p. 761.

109. Conforme De Angelis, *Profili della tutela processuale, cit.*, 1992, I, pp. 483-484.

tilmente il termine di trenta giorni dalla richiesta del parere al Collegio Istruttorio, la Consigliera poteva comunque proporre l'azione giudiziaria.

Con la riforma la procedura si snellisce; infatti i 30 giorni previsti per l'emissione del parere del Collegio Istruttorio si sono dimostrati un periodo estremamente breve e sicuramente insufficiente per la corretta funzionalità di tale organo, oberato di compiti. Il Collegio ha avuto infatti concrete difficoltà in passato ad intervenire rapidamente sulle questioni, che necessitavano da parte del medesimo di una raccolta istruttoria di documenti, sia sommaria, o di dichiarazioni verbali, per comprendere e analizzare adeguatamente il problema sottoposto.

Si dà anche qui una "risposta" indiretta alla discutibile interpretazione fornita dalla sentenza del Tribunale di Milano *supra* citata¹¹⁰, secondo la quale, ogni volta che la/il Consigliera/e regionale avesse voluto impugnare in giudizio una discriminazione, avrebbe dovuto acquisire il parere *ex novo*, anche se questo avesse di per sé un valore generale e *ad interim*.

La nuova disciplina non impedisce che nel giudizio instaurato o instaurando si porti a sostegno probatorio della discriminazione il parere del Collegio Istruttorio, non più obbligatorio ma certamente documento di acquisizione ammissibile e senza dubbio utile, oltre che autorevole. Nello stesso tempo si è voluto evitare che l'azione della Consigliera sia ritardata dall'attesa del parere.

6.2. La competenza giurisdizionale e territoriale per la proposizione del ricorso contro le discriminazioni collettive

Il comma 8° dell'art. 8 del d. lgs. n. 196/00, ora trasfuso nel comma 2 dell'art. 37 del Codice del 2006, precisa che il ricorso giudiziario della/del Consigliera/e di parità contro le discriminazioni collettive va proposto avanti al giudice del lavoro o, in caso di controversie rientranti nella sua competenza, davanti al Tribunale Amministrativo Regionale territorialmente competente.

In questo modo viene superato il silenzio della legge 125/91, che all'art. 4 non indicava nessuna competenza giurisdizionale specifica per il ricorso alle azioni collettive, nonostante le ricordate autorità (pretore in funzione di giudice del lavoro e T.a.r.) fossero indicate come competenti per il giudizio individuale dall'art. 8, 8° c..

La dottrina¹¹¹ e la giurisprudenza¹¹² hanno unanimemente ricondotto alla

110. Ancora Trib. Milano 8 marzo 2000, cit.

111. Cfr. Chiavassa, Hoesch, *Le azioni positive in giudizio*, cit., 1992, 337; De Angelis, *Profili della tutela processuale*, cit., 1992, I, 481-482; Rapisarda, *La tutela dei soggetti discriminati*, cit., 1994, p. 53 ss, in particolare, p.84, ed ivi altri riferimenti.

112. Cfr. le decisioni del Trib. Roma 30 ottobre 1998 (ord.), in *Foro it.* 1999, I, 335, che ritenuto ammissibile lo strumento dell'art. 700 c.p.c. dichiara però inaccoglibile il ricorso individuale plurimo tendente alla definizione di un piano di rimozione delle presunte discriminazioni,

sopra affermata bipartizione giurisdizionale e alla competenza del giudice del lavoro (con l'applicazione del relativo rito "speciale") la cognizione anche delle controversie di natura collettivo-pubblica.

Occorre chiarire che, con l'introduzione del Giudice Unico di primo grado gli uffici giudiziari presso i quali possono esser presentati i ricorsi sono: il Tribunale in funzione del giudice del lavoro per le discriminazioni collettive poste in essere nell'ambito di un rapporto di lavoro privato o pubblico privatizzato, ovvero il T.a.r. in sede di giurisdizione esclusiva (art. 63, 4° c. del d. lgs. 165/2001) per le discriminazioni collettive compiute nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico non privatizzato¹¹³ (art. 8, 8° c., l. n. 125/1991).

I dubbi permangono circa la competenza territoriale dell'autorità giudiziaria investita del ricorso.

L'art. 37, (già art. 8, 8° c. della legge 125) a differenza dell'azione individuale prevista dall'art. 15 della legge 903/77 che, derogando espressamente all'art. 413 c.p.c., ha indicato come competente il tribunale del luogo in cui è avvenuto il comportamento discriminatorio denunciato, tace sul punto.

Qualora i circondari giudiziari investibili dal ricorso siano più di uno, in quanto la discriminazione (diretta o indiretta) riguardi più sedi o stabilimenti distinti dello stesso datore di lavoro, vista l'impossibilità di confermare la competenza al foro ove sono sorti i diversi rapporti di lavoro dei vari lavoratori interessati o del luogo in cui questi prestino la loro attività, sembrerebbe da condividere l'interpretazione che individua quale unica soluzione praticabile quella del foro dell'azienda¹¹⁴. Nel caso, quindi, di discriminazioni compiute a danno di un solo lavoratore privato o pubblico a contratto si ritengono applicabili i criteri di cui all'art. 413 c.p.c.

Quanto alle discriminazioni collettive compiute a danno di dipendenti pubblici il cui rapporto di lavoro è sottratto alla privatizzazione, il T.a.r. territorialmente competente è quello nella cui circoscrizione i dipendenti hanno sede di servizio, ossia il T.a.r. del luogo in cui ha sede l'ufficio presso il quale i dipendenti si trovano in servizio al momento in cui viene posto in essere l'atto o il comportamento discriminatorio; oppure – nel caso di discriminazione collettiva compiuta durante le procedure concorsuali per l'assunzione – il T.a.r. individuato in base al criterio della sede dell'organo dell'ente che ha emesso il provvedimento discriminatorio.

conclusione precipua dell'azione collettiva e Trib. Milano cit.; di gran lunga più significative sono le decisioni di Pret. Bologna 27 giugno 1998, in *Riv. it. dir. lav.* 1999, II, 284, con nota critica di Cattani, *Un decreto del pretore bolognese*, cit., 1999, p. 217, con *Presentazione* di Scarponi e nota di Calafà, *Le aporie processuali*, cit., 1999, I, 3424; e Trib. Catania 22 novembre 2000, *ivi* 2001, I, 1778. In ordine ad entrambi le decisioni si approfondirà l'esame. Inoltre Pret. Roma 5 febbraio 1992 (decreto) e Pret. Milano 16 agosto 1991, in *Foro it.* 1992, I, 1306.

113. Il personale in regime di diritto pubblico è individuato dall'art. 3 del d. lgs. 165/2001.

114. Così De Angelis, *Profili della tutela processuale*, cit., 1992, I, p. 482. Di questo avviso è anche Amato, *L'azione individuale e l'azione collettiva*, cit., 2003, p. 765.

In caso di discriminazione indiretta riscontrata sulla base di una disciplina contrattuale-collettiva, tutti i datori di lavoro aderenti alla organizzazione datoriale firmataria della clausola denunciata sono potenzialmente legittimati passivi riguardo all'azione delle/dei Consigliere/i (regionali e nazionale) di parità. Ogni controversia si svolgerà presso il foro della singola azienda in via autonoma. Sarà lasciata alla decisione dell'ufficio della/del Consigliera/e la scelta d'intraprendere contestualmente presso tutti gli uffici giudiziari o presso alcuni di essi soltanto l'azione in giudizio di cui al nuovo comma 2° dell'art. 37 del Codice.

7. Il piano di azioni positive giudiziale

Le maggiori critiche alla l. n. 125/91 si sono concentrate proprio sull'impianto processuale ed in specifico sul provvedimento del giudice: si è posto l'accento in particolare sul poco coraggio del nostro legislatore ad imboccare una strada più incisiva dal punto di vista delle conseguenze sanzionatorie nelle ipotesi di violazioni accertate¹¹⁵. Le critiche hanno riguardato sia il contenuto del provvedimento giudiziale, sia l'assenza di strumenti di coercizione indiretta quali l'*astreinte*¹¹⁶.

La legge 125/91 aveva previsto la possibilità dell'azione collettiva, che la precedente legge di parità del '77 non contemplava, disciplinando una particolare pronuncia di accertamento della discriminazione, nella quale il giudice ordina al datore di lavoro la definizione del piano di rimozione delle discriminazioni accertate. Tale provvedimento di condanna era del tutto atipico, fondato sulla premessa dell'accertamento della discriminazione.

Inoltre numerose erano state le critiche, che evidenziavano la impossibilità di esecuzione concreta di tale sentenza, in quanto in essa era contenuto un ob-

115. Così Laura Curcio, "Il piano di azioni positive giudiziale, le procedure d'urgenza, l'ottemperanza alla sentenza, il raccordo con l'art. 15, l. n. 903/77 e con l'art. 410 c.p.c.", in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 3, 2003, p. 772.

116. Dal francese *astreindre* (costringere, imporre qualcosa a qualcuno), l'*astreinte* corrisponde ad una misura di coazione a carattere patrimoniale; il legislatore francese con la riforma del 1983 ha colpito la violazione del divieto di discriminazione 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 di tale divieto, come possibile causa di esenzione dalla pena. In questo caso il giudice può imporre al datore di lavoro di definire in un determinato lasso di tempo le misure idonee ad assicurare una maggiore uguaglianza di opportunità tra uomini e donne, e dall'ottemperanza a tale ordine e dalla concreta applicazione delle misure del piano può far dipendere l'esenzione della pena; cfr. De Cristofaro, "La disciplina del lavoro femminile in Francia", in *Riv. giur. lav.*, 1985, I, p. 459 ss.; Barbera, "Eguaglianza di opportunità e azioni positive nel diritto comunitario e nelle legislazioni dei paesi membri della Cee", in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, p. 857 ss.; un esempio di *astreinte* nell'ordinamento italiano è l'art. 650 del c.p.

bligato di *facere*, peraltro infungibile, che trovava nel comando giudiziale solo un'imposizione temporale¹¹⁷.

Il problema del coordinamento di un doppio regime di tutela, sia di tipo restitutorio/reintegratorio a livello individuale, sia demolitorio/caducatorio, a livello collettivo, dell'atto o comportamento discriminatorio restava irrisolto, in quanto la legge 125/91 non prevedeva una procedura tipica d'urgenza per le azioni collettive¹¹⁸.

Il d. lgs. n. 196/00 ha innovato notevolmente anche sul fronte processuale, apportando significative modifiche al testo originario dell'art. 4 della l. n. 125 del 1991. La riforma del 2000 è stata raccolta e sistematizzata dal Codice delle Pari Opportunità del 2006.

L'azione ordinaria, di cui all'art. 37 co.2 del d. lgs. n. 198/2006, si presenta quale un'azione lenta, tanto da frustrare l'esigenza di rapidità della rimozione del comportamento contestato. Per questo al comma 4° è prevista una specifica procedura d'urgenza, importata dalla riforma del 2000, che verrà esaminata nel successivo paragrafo: si tratta di un'azione speciale, che richiama in pieno la procedura dell'art. 15, l. n. 903, e che si caratterizza per la sommarietà del rito nella prima fase, più che per l'elemento dell'urgenza vera e propria¹¹⁹.

La procedura ordinaria contro le discriminazioni collettive, infatti, sembrerebbe più idonea nelle ipotesi in cui non sono individuati o addirittura individuabili i soggetti passivi della discriminazione, dove manca quindi la denunciata attualità della lesione del diritto soggettivo del singolo, con la conseguente non necessità di un'azione urgente per il pericolo nel ritardo.

Secondo quanto ora previsto nella legge 125/91, il giudice ordinava il piano di rimozione delle discriminazioni accertate al datore di lavoro entro un "*termine*" fissato dal giudice.

Il datore di lavoro poteva, dunque, definire con la massima discrezionalità i contenuti del piano e le sue modalità attuative, avvalendosi solo del parere obbligatorio, ma non vincolante, delle OO.SS. o della Consigliera regionale di parità, senza che il giudice potesse in alcun modo imporre obblighi specifici, ma solo fornire alcune indicazioni di massima¹²⁰.

117. Così Laura Curcio, *Il piano di azioni positive giudiziale*, cit., 2003, p. 773.

118. Cfr. in particolare Guarriello, *Le azioni in giudizio*, cit., 1992, p. 206 che sottolineava come la nuova l. n. 125 non avesse in realtà risolto il problema della asimmetria di tutele ed in particolare il diverso trattamento delle azioni individuali rispetto a quelle collettive, prive di una procedura speciale.

119. Così Laura Curcio, *Il piano di azioni positive giudiziale*, cit., 2003, p. 773.

120. Così Rapisarda, *La tutela dei soggetti discriminati*, cit., 1994, p. 88, laddove De Angelis, *Art. 4. Azioni in giudizio*, cit., 1993, p. 100, nega che detto piano giudiziale possa costituire un'azione positiva obbligatoria, quando la discriminazione sia stata operata a danno delle donne – normalmente sesso sottorappresentato –, perché esso costituirebbe uno strumento destinato a reprimere genericamente le discriminazioni e sarebbe estraneo, quindi, alla nozione che l'art. 1, comma 1°, l. n. 125 dà di azione positiva quale strumento per rimuovere gli ostacoli che di fatto si frappongono alla realizzazione di pari opportunità.

Tale disposizione rendeva chiaro che la condanna si riferiva solo alla definizione del piano e non alla sua attuazione.

Ora invece al comma 3° dell'art. 37 del d. lgs. n. 198/2006 si dispone che il giudice ordina non solo al datore di lavoro, ma indistintamente agli “*autori della discriminazione*”, la definizione di un piano di rimozione, specificando successivamente che “*nella sentenza il giudice fissa criteri, anche temporali, da osservarsi ai fini della definizione ed attuazione del piano*”.

I criteri stabiliti dal giudice riguarderanno pertanto non solo l'oggetto del piano, ma anche le modalità operative che i destinatari dell'ordine dovranno seguire.

L'ordine giudiziale non è neutro, ma impone delle direttive che potrebbero acquistare un contenuto più ampio, individuando delle misure che sono in grado di realizzare pari opportunità e non solo l'eliminazione delle discriminazioni accertate¹²¹.

Questo potrebbe consentire di ritenere ormai superato l'orientamento dottrinario prima ricordato, che esclude che il piano giudiziale possa costituire in alcuni casi anche un'ipotesi di azione positiva obbligatoria¹²².

Inoltre, l'ordine di cui all'art. 37 del Codice delle Pari Opportunità comprendendo anche l'audizione delle OO.SS. e della/del Consigliera/e di parità, evidenzia il ruolo di controllo di detti organismi, affinché il piano predisposto sia effettivamente efficace ai fini della rimozione, ferma la possibilità di coinvolgere nuovamente l'autorità giudiziaria, ove si riscontri un tentativo di elusione¹²³.

Per quanto riguarda i rapporti di pubblico impiego oramai devoluti alla giurisdizione ordinaria del Tribunale del lavoro ed assoggettati, quindi, al normale processo esecutivo civile al pari dei rapporti di lavoro di diritto privato, rimane pressoché identico il problema della difficile, se non impossibile, esecuzione forzata del *facere* infungibile che è oggetto della condanna alla definizione ed attuazione del piano giudiziale.

I rapporti di pubblico impiego, invece, non toccati dalla c.d. privatizzazione, che rimangono assoggettati alla giurisdizione amministrativa, sono tutelati maggiormente attraverso il giudizio di ottemperanza, con la nomina del commissario *ad acta* che provvede in luogo dell'Amministrazione inadempiente. Questa tutela più forte potrebbe consentire una effettiva realizzazione del piano di rimozione se solo fosse applicabile ai rapporti di lavoro di diritto privato¹²⁴.

121. Cfr. Rapisarda, *La tutela dei soggetti discriminati*, cit., 1994, p. 87, in cui l'A. manifesta la sua preoccupazione ritenendo giusto mantenere un equilibrio tra la discrezionalità giudiziale e la discrezionalità organizzativa e gestionale del datore di lavoro.

122. Cfr. De Angelis, *Art. 4. Azioni in giudizio*, cit., 1993, p. 100.

123. Così Alberto Guariso, “*I provvedimenti del giudice*” in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio – il quadro comunitario e nazionale* (a cura di Marzia Barbera), Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 591.

124. Così Laura Curcio, *Il piano di azioni positive giudiziale*, cit., 2003, p. 774.

7.1. Risarcimento del danno e onere della prova a carico del danneggiato

Occorre ora portare l'attenzione sull'importante innovazione del d. lgs. n. 198/2006 (Codice delle Pari Opportunità) inerente il risarcimento del danno che si è collocata a cavallo della svolta giurisprudenziale del 2003 in tema di danno non patrimoniale. In proposito, occorre in primo luogo prendere atto che il legislatore, dimostrando un certo pressappochismo, ha utilizzato nella materia ben due diverse formulazioni: nell'art. 37, co.3 del Codice delle Pari Opportunità (azioni collettive), ha previsto che il giudice provvede, "se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale"; negli artt. 37, co. 4 (azioni collettive d'urgenza), e art. 38 (azioni individuali d'urgenza) del medesimo Codice, di cui parleremo più avanti, ha previsto che il giudice provvede "se richiesto al risarcimento del danno non patrimoniale, nei limiti della prova fornita".

Questi due incisi sono stati ripresi e trasfusi nel Codice delle Pari Opportunità dal d. lgs. n. 145/2005, attuativo della direttiva 2002/73/Ce, di cui abbiamo già trattato precedentemente. Già in detto decreto si prevedeva, infatti che, nell'ambito della tutela giudiziale apprestata avverso le discriminazioni dirette ed indirette e le molestie, rispettivamente l'azione pubblica della/del Consigliera/e di parità contro le discriminazioni di carattere collettivo, in via ordinaria ed in via d'urgenza, e il ricorso individuale d'urgenza per la cessazione del comportamento discriminatorio e la rimozione dei suoi effetti, potesse essere disposto anche il risarcimento del danno non patrimoniale richiesto dall'attore o ricorrente.

È soprattutto in relazione alle molestie sessuali, quali illeciti lesivi della dignità della persona, che si presenta l'esigenza del risarcimento di un pregiudizio di tale natura, posto che un danno biologico o esistenziale può essere subito anche dalle vittime di discriminazioni in senso tecnico¹²⁵.

Il primo "arricchimento" della locuzione ("se richiesto") non sembra innovare alcunché non potendosi ipotizzare che la mancanza di tale requisito volesse alludere ad una liquidazione d'ufficio del danno. Il secondo arricchimento sembra porsi non tanto come limitazione, quanto piuttosto quasi come norma di favore per il ricorrente, indicando che la prova del danno può e deve essere esaminata anche nell'ambito del procedimento a cognizione sommaria, ovviamente nei limiti che il peculiare procedimento consente¹²⁶.

Il problema è come — nell'ambito della discriminazione di genere — l'attore possa fornire una prova piena del danno anche qualora detta prova sia talmente complessa da risultare incompatibile con il procedimento sommario.

125. Così Daniela Izzi, "Parità tra uomini e donne nel lavoro: recepita la direttiva Ce", in *Diritto & Pratica del Lavoro* n. 38/2005, p. 2074.

126. Così Alberto Guariso, "I provvedimenti del giudice" in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio-il quadro comunitario e nazionale* (a cura di Marzia Barbera), Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 593.

“Si consideri ad esempio il caso di una accertata discriminazione consistente nella esclusione da un concorso: qualora il ricorrente formuli domanda di risarcimento da perdita di chance, la liquidazione del danno richiederà l'accertamento delle probabilità che il ricorrente avrebbe avuto di qualificarsi in posizione utile una volta rimossa la causa di discriminazione; il che potrà risultare agevole nei casi di attribuzione di punteggio secondo criteri oggettivi, ma in altri casi — ad esempio laddove si tratti di una selezione secondo criteri predeterminati solo in via orientativa — può risultare estremamente complesso. Ne potrebbe derivare la necessità di una comparazione analitica con la posizione degli altri concorrenti mediante esibizione di dati e documenti, se non addirittura una estensione del contraddittorio, tutte attività generalmente ritenute incompatibili con un procedimento sommario”¹²⁷.

Occorre trovare la sede in cui una simile prova all'integrale risarcimento del danno può essere data. Affinché non si giunga a ritenere che il legislatore abbia apprestato per la discriminazione di genere uno strumento monco¹²⁸, si deve concludere, da un lato che il giudice, pur nell'ambito di un procedimento sommario, non potrà ammettere le prove essenziali al fine della liquidazione del danno, dall'altro che la parte potrà e dovrà ripartire i titoli di danno dei quali richiede l'indennizzo in sede sommaria e quelli per i quali si riserva di agire in via ordinaria.

L'introduzione del riferimento al danno non patrimoniale, ripetuto in tutte le disposizioni in esame, si è avuta tra il 2003 e il 2005, proprio in coincidenza con la grande svolta impressa dalla giurisprudenza con l'individuazione di un danno non patrimoniale sganciato dalle ipotesi di reato e ricondotto alla violazione di qualsiasi bene della persona costituzionalmente protetto¹²⁹.

127. Così Alberto Guariso, “I provvedimenti del giudice” in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio – il quadro comunitario e nazionale* (a cura di Marzia Barbera), Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 594. Ricordiamo che il danno da perdita di chance può essere definito in termini generali come il pregiudizio derivante “*dal venir meno della possibilità di conseguire un risultato, la cui realizzazione è ab origine incerta*” (così Negro A., “Il danno da perdita di chance”, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile, il danno extracontrattuale*, III, 2005, p. 169 ss.) e si fonda sul presupposto che la chance sia essa stessa “*un bene patrimoniale la cui perdita produce un danno attuale e risarcibile*” (così Cass. 19.12.1985, n. 6506, in *FL 1986*, I, c. 383, con nota di Princigalli). Quanto alla liquidazione del danno, la giurisprudenza indica, quale parametro di valutazione, il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato (ossia, in concreto le retribuzioni che il lavoratore avrebbe percepito se avesse ottenuto la promozione, detratte le retribuzioni effettivamente percepite) diminuito di un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo, deducibile, quest'ultimo, caso per caso, dagli elementi costitutivi della situazione giuridica dedotta, ovvero ricorrendo a criteri equitativi *ex art.* 1226 c.c. (Cass. civ., sez. Lavoro, 17.3.1998, n. 2881, in *RIDL*, 1998, II, p. 713; Cass. civ., sez. II, 13.12.2001, n. 15759, in *FI*, 2002, I, c. 1804).

128. Un indennizzo determinato solo in via sommaria, infatti, sarebbe inevitabilmente privo di quei requisiti di proporzionalità e dissuasività prescritti in sede comunitaria.

129. Si veda a proposito le due sentenze gemelle che hanno inaugurato il nuovo orientamento (n. 8827 e 8828 del 31.5.2003) (vedile in *FI*, 2003, 2270, con nota di Navaretta, in *GC*, 2003, I, p. 1480, in *CG*, 2003, p. 1017 ss.). Si veda in proposito le ultime sentenze SS.UU. n. 26972/26973/26974/26975/2008.

Occorre riflettere sull'esatto contenuto del "danno non patrimoniale da discriminazione" che varia notevolmente (con conseguente variazione della entità del risarcimento) a seconda del bene che si ritenga protetto dalla norma antidiscriminatoria.

Se infatti dette norme fossero rivolte esclusivamente a consentire all'appartenente al gruppo "a rischio" di concorrere in condizioni di parità al conseguimento di un determinato bene della vita (lavoro, servizi, alloggio ecc.) allora l'indennizzo (patrimoniale e non patrimoniale) da conseguire andrebbe parametrato a quel bene della vita e al grado di possibilità di conseguirlo.

Sul fronte del danno patrimoniale una tale impostazione non presenterebbe problemi (per. es., il candidato escluso potrà chiedere un importo pari alle retribuzioni perse, calcolate sulla possibilità di ottenere il posto); ma se ci spostiamo sul versante del danno non patrimoniale, è opportuno evidenziare che in molti casi detto bene non è considerato a rilevanza costituzionale ed il relativo diritto al conseguimento potrebbe non essere tutelato da un risarcimento del danno in assenza di reato¹³⁰.

Se invece consideriamo le norme antidiscriminatorie come volte a tutelare il diritto della persona umana alla uguaglianza (o "alla parità di trattamento"), cioè il diritto a non essere esclusi da un bene a causa della propria appartenenza a un particolare gruppo, allora se ne deduce che ci troviamo nell'ambito dei diritti fondamentali, quindi costituzionalmente tutelati, violando i quali l'attuale diritto vivente sancisce sempre la possibilità di richiedere il risarcimento del danno non patrimoniale¹³¹.

In relazione al danno da discriminazione ed ai criteri di imputazione, la Suprema Corte con la sentenza del 27.10.04 n. 20814 afferma che il danno non patrimoniale va risarcito anche in casi di colpa presunta, ma lo limita ai casi di presunzione di colpa, "non essendone possibile l'estensione alle ipotesi di presunzione di responsabilità, intese come ipotesi di responsabilità oggettiva"; sarebbe, dunque, richiesta l'esistenza dell'elemento soggettivo, ma il giudice civile sarebbe abilitato ad accertarlo con i mezzi suoi propri, ivi comprese le presunzioni legali. Tuttavia la Corte non esclude la responsabilità oggettiva nell'ambito dei diritti della persona umana costituzionalmente garantiti, in quanto per tali violazioni il danno non patrimoniale è dovuto anche nei casi di responsabilità oggettiva, dunque in assenza di colpa.

Posti i chiarimenti di cui sopra, si deve concludere che le norme in esame non apportano alcuna modificazione nella materia dell'onere della prova, che resta, pur con le sue differenze di contenuto per il rito sommario od ordinario, a carico del danneggiato.

130. Così Alberto Guariso, "*I provvedimenti del giudice*" in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio – il quadro comunitario e nazionale* (a cura di Marzia Barbera), Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 599.

131. Così Alberto Guariso, "*I provvedimenti del giudice*" in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio – il quadro comunitario e nazionale* (a cura di Marzia Barbera), Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 600.

8. La procedura d'urgenza contro le discriminazioni collettive: un nuovo strumento per le/i Consigliere/i di parità

Nel nuovo Codice delle Pari Opportunità, all'art. 37 co. 4, è stata riconfermata la procedura già prevista dal precedente decreto n. 196 del 2000, per il quale, la/il Consigliera/e nazionale o regionale può azionare uno strumento processuale innovativo per ricorrere in via d'urgenza contro le discriminazioni di carattere collettivo. La disciplina è manifestamente ritagliata sul prototipo dell'art. 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300, introdotto dallo Statuto dei Lavoratori per la repressione delle condotte antisindacali dei datori di lavoro, mutuato in seguito dall'art. 15 legge 903/77. La somiglianza è così pedissequa che troviamo ripetuta nella norma anche l'impropria indicazione del provvedimento del giudice quale "decreto", che – ai sensi della generale tripartizione dei provvedimenti giudiziari di cui al c.p.c. – è in realtà a tutti gli effetti un'"ordinanza".

Si tratta invero di un procedimento sommario, a carattere "urgente", ma non di carattere interinale, concludendosi con un decreto motivato che deve essere opposto nel termine di 15 giorni e che dunque è suscettibile di passare in giudicato, qualora non opposto. L'opposizione rituale determina l'instaurazione di un normale procedimento di merito, mentre la fase sommaria assume un'importanza cruciale in quanto consente di apprestare una tutela immediata anche sotto il profilo risarcitorio. Come già accennato, il d. lgs. n. 145/2005 ha introdotto la possibilità di chiedere al giudice una liquidazione dei danni, sia pure nei limiti di un accertamento sommario e dunque nei limiti della prova che l'istante riesce a fornire nella fase urgente. "*Sarà infatti nel giudizio di merito che la parte attrice potrà ampliare e perfezionare le prove relative ai danni subiti, prova che riguardando gli effetti della condotta discriminatoria dovrà essere offerta secondo i normali carichi previsti dall'art. 2697 c.c., senza alcun alleggerimento*"¹³².

Il richiamo all'urgenza si collega non solo alla necessità di una tutela immediata per l'irreparabilità del danno, ma anche all'esigenza di rimuovere in tempi brevi comportamenti che già incidono nella sfera dei soggetti, pur se non tutti distintamente identificati.

Gli esiti del procedimento possono essere anche qui la cessazione del comportamento discriminatorio e la rimozione degli effetti, attraverso l'ordine di definizione e attuazione del piano di rimozione delle condizioni discriminanti per sesso tra lavoratori e lavoratrici.

La fase d'urgenza sembrerebbe collegarsi con difficoltà alla concreta definizione di un piano attraverso le modalità già stabilite dal precedente comma 3

132. Così Laura Curcio "*Le azioni in giudizio e l'onere della prova*", in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio – il quadro comunitario e nazionale* (a cura di Marzia Barbera), Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp. 531-532.

dell'art. 37 del d. lgs. n. 198/2006, le quali presuppongono elaborazioni e confronti non semplici. Tuttavia la difficoltà si risolve nel momento in cui il giudice dell'urgenza, all'esito delle sommarie indagini, accerterà le discriminazioni e riterrà di ordinare la predisposizione di un piano di rimozione di esse e contestualmente potrà dettare i criteri considerati utili e gli obiettivi reputati necessari al fine di superare la situazione esaminata, disponendo direttamente misure antidiscriminatorie¹³³.

Sotto la vigenza del vecchio testo si è discusso circa l'esperibilità della procedura cautelare d'urgenza, prevista all'art. 700 c.p.c., anche per le azioni in giudizio non individuali introdotte dalla legge 125/91¹³⁴. La previsione dell'esaminato 4° comma del Codice risolve la questione interpretativa, nel senso che l'introduzione di un procedimento sommario speciale esclude il ricorso allo strumento previsto dall'art. 700 cit., inteso come rimedio generale in assenza di cautele particolari, strumento, ora, di portata assolutamente residuale¹³⁵. Non esclude, invece, l'azionabilità in via generale della procedura ex art. 28 dello Statuto dei Lavoratori¹³⁶ da parte di tutt'altri soggetti, quali gli organismi locali delle organizzazioni sindacali interessate, per la tutela d'interessi di natura diversa da quelli presi in esame dalla legge 125/91.

133. Per quanto riguarda le pari opportunità fra uomini e donne nella composizione delle commissioni di concorso, vedi, Tribunale Siena, 16 giugno 2006 (decr.), est. Cammarosano, Consigliera di parità della Regione Toscana e altri (avv. De Cesaris), c. Azienda USL n. 7 di Siena (avv. Stolzi); in *Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, gennaio-marzo 2007, p. 136 e ss., con nota di Amato Fabrizio e Romoli Irene, "Composizione delle commissioni di concorso nella selezione pubblica e tutela contro le discriminazioni 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". Nel caso in esame, prevale l'interpretazione estensiva del giudice nella qualificazione del concorso pubblico, che mira a riconoscere in concreto l'ipotesi di discriminazione indiretta, sollevata dalla Consigliera regionale di parità. Il giudice, in definitiva, ordina che la cessazione del comportamento pregiudizievole e l'adozione di ogni altro provvedimento idoneo alla rimozione degli effetti della discriminazione accertata sia proiettata essenzialmente "in futuro", senza declaratoria di nullità delle delibere.

134. Per la soluzione positiva cfr. Giampiero Balena, "Gli aspetti processuali della tutela contro le discriminazioni per ragioni di sesso", in *Dir. lav. rel. ind.* 1995, 485; De Angelis, *Profili della tutela processuale*, cit., 1992, pp. 484-6 e Id., *Articolo 4. Azioni in giudizio*, cit., 1993, 97-8, e Id., "Considerazioni in materia di decisione della causa promossa contro le discriminazioni sessuali collettive", in *Riv. crit. dir. lav.* 1992, 798 ss, qui 801-2, che desume l'ammissibilità dalla natura stessa di garanzia costituzionale riconosciuta alla tutela cautelare atipica; *contra* Rapisarda, *La tutela dei soggetti discriminati*, cit., 1994, p. 53 ss, in particolare, pagg. 84-86, che motiva la sua posizione sulla base del ritenuto carattere non ripristinatorio della tutela accordata dal legislatore ai diritti di parità. In giurisprudenza è nota soltanto la posizione favorevole all'ammissibilità del Trib. Roma 30 ottobre 1998 (ord.), cit., mentre in via incidentale si esprime altrettanto positivamente Pret. Bologna 27 giugno 1998, cit.

135. Per lo stesso motivo viene esclusa l'azionabilità dell'art. 700 c.p.c. in relazione al procedimento ex art. 15 legge 903/77, su cui è costruito, come si è già detto, il nuovo strumento delineato dal comma 4° dell'art. 37 del decreto: per tutti v. Rapisarda, *op. ult. cit.*, 86.

136. Così Amato, *L'azione individuale e l'azione collettiva*, cit., 2003, p. 766.

Purtroppo non si trovano in giurisprudenza sentenze che abbiano deciso in termini¹³⁷; in particolare, a causa della notevole difficoltà di prospettazione al giudice di un'azione così specifica e indubbiamente complessa.

9. L'inottemperanza alla sentenza del giudice

Il regime delle sanzioni per l'inottemperanza alla sentenza conclusiva del giudizio per l'azione collettiva previsto dalla legge 125/91, era stato unanimemente criticato da parte della dottrina, come del resto lo furono anche le conseguenze sanzionatorie previste per la mancata esecuzione dei provvedimenti di cui all'art. 15 della l. n. 903/77. Sia per le azioni individuali, infatti, che per quelle collettive si prevedeva l'unica sanzione dell'incriminazione per il reato di cui all'art. 650 c.p., in caso di mancata esecuzione dell'ordine giudiziale.

Le scelte sanzionatorie negli altri ordinamenti, a differenza del nostro, prevedevano in particolare tecniche di coercizione indiretta, quali misure di *astreinte* che sottoponevano l'inadempiente al pagamento di una somma di denaro per il ritardo nella esecuzione del provvedimento¹³⁸.

Il nuovo apparato sanzionatorio del Codice delle Pari Opportunità, mutuato dal d. lgs. n. 196/00, ha previsto che la successiva eventuale mancata definizione del piano, ovvero l'inosservanza in tutto o in parte dei criteri fissati dal giudice, in questo caso come in quello del giudizio di cognizione ordinaria, di cui ai commi 3° e 4° dell'art. 37 del medesimo Codice, comporterà le sanzioni precisate al 5° comma, che si articolano nell'applicazione dell'art. 650 del codice penale, nel pagamento di una somma di euro cinquantuno per ogni giorno di ritardo, da versarsi al Fondo per l'attività delle Consigliere e dei Consiglieri, di cui all'art. 18 del Codice, e infine nella revoca dei benefici di cui all'art. 41 comma 1 del Codice.

137. Deve ricordarsi la sentenza del T. Catania 22.11.2000, in FI, 2001, I, c. 1778, emessa all'indomani della riforma della L. n. 125, attuata con il d. lgs. n. 196/2000, che, in tema di discriminazione indiretta di natura collettiva nell'ambito di progressione in carriera, ha disposto anche un piano di rimozione delle discriminazioni stabilendo l'utilizzo di un criterio che facesse riferimento alla valutazione della professionalità pregressa ed escludendo ogni riferimento al possesso di diplomi di scuola superiore. In verità il giudice ha disposto irrualmente, nell'ambito di un'azione individuale promossa dalla sola lavoratrice discriminata il piano di rimozione che il legislatore ha previsto solo nelle ipotesi di azioni collettive proposte dalla Consigliera o dal Consigliere di parità.

138. Cfr. Rapisarda, "Tecniche individuali e collettive a confronto nella tutela giudiziale dei diritti di parità", in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 104 ss.; Guarriello, *Le azioni in giudizio*, cit., 1992, p. 201 ss.; De Angelis, *Azioni in giudizio*, cit., 1993, p. 103, che ha osservato efficacemente come il "sistema esaminato sconta ancora una volta l'ostilità verso strumenti di coercizione indiretta. che mai come in questa occasione sarebbero stati particolarmente adatti a chiudere il cerchio della tutela".

La somma di cui sopra non si allinea minimamente a quella proposta, già anni addietro, dalla dottrina processualistica, che aveva indicato una più significativa penale tra un minimo di lire 200.000 ad un massimo di lire 1.100.000 giornalieri¹³⁹.

Il ritardo nell'ottemperanza comincerà a decorrere alla scadenza del termine fissato nella sentenza per l'adempimento, ma la misura non può essere considerata particolarmente incisiva¹⁴⁰.

Tale misura coercitiva ricalca quella prevista dall'ultimo comma dell'art. 18 St. Lav. secondo cui nel caso di licenziamento di dirigenti delle RSU il datore di lavoro che non ottemperi alla sentenza o all'ordinanza di reintegrazione "è tenuto anche per ogni giorno di ritardo, al pagamento a favore del Fondo di adeguamento pensioni di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore": in entrambe le ipotesi il beneficiario della penalità di mora non è il creditore, bensì un terzo, ossia rispettivamente il Fondo per l'attività dei Consiglieri e delle Consigliere di parità ex art. 4, 11° c. della legge 125/91 ed il Fondo di adeguamento pensioni ex art. 18 St. Lav. Tale misura, al pari di quella prevista dall'art. 18, u.c. St. Lav., non è immediatamente riconducibile all'esperienza francese dell'*astreinte*¹⁴¹.

Parte della dottrina, sotto la vigenza del vecchio testo dell'art. 4 della legge 125/91 auspicava l'introduzione di una misura di coazione a carattere patrimoniale sul modello dell'*astreinte*¹⁴², mentre altra parte sosteneva che l'unico rimedio alla mancata attuazione del piano da parte del datore di lavoro fosse la proposizione dell'azione individuale ex art. 15 della legge 903/77 ovvero ex art. 15, u.c. St. Lav. a seconda del tipo di discriminazione denunciata¹⁴³.

Il Codice delle Pari Opportunità ha riconfermato la scelta del d. lgs. n. 196/2000, di non attuare alcuna modifica al regime sanzionatorio della inottemperanza alla sentenza conclusiva del giudizio individuale di cui all'art. 15 della l. n. 903, non estendendo ad esso alcun tipo di *astreinte*. La scelta è certamente criticabile¹⁴⁴, soprattutto alla luce del rafforzato raggio di azione di tale strumento processuale, che ora è previsto per contrastare qualsiasi tipologia discriminatoria.

139. Cfr. Rapisarda, *op. cit.*, p. 106.

140. Così Laura Curcio, *Il piano di azioni positive giudiziale, cit.*, 2003, p. 775.

141. Con riferimento all'art. 18, u.c., St. Lav. si esprime in tal senso Bruno Capponi, "Astreintes nel processo italiano", in *Giust. civ.* 1999, II, p. 159, nonché Zangari, voce *Licenziamento*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, p. 637 ss. secondo cui "il pagamento al Fondo adeguamento pensioni identifica più propriamente l'*astreinte*, nel significato fatto proprio dalla Relazione ministeriale, giacché ad esso è estranea la funzione risarcitoria od indennitaria o retributiva immanente nell'obbligo di corrispondere le retribuzioni".

142. Cfr. Silvestri Elisabetta, "Rilievi sul piano di rimozione delle discriminazioni collettive", in *Riv. crit. dir. lav.* 1992, p. 806-807).

143. Rapisarda, *La tutela dei soggetti discriminati, cit.*, 1994, pp. 88-89, la quale aggiunge che "il problema dell'eseguibilità della condanna viene in questo modo semplicemente spostato, in particolare, nel giudizio individuale ex art. 15 ma certamente non risolto".

144. Così Laura Curcio, *Il piano di azioni positive giudiziale, cit.*, 2003, p. 775.

4. La Consigliera ed il Consigliere di parità e l'azione individuale

di Valentina Candidi Tommasi

Premessa

Il Codice delle Pari Opportunità, mutuando dal d. lgs. n. 196/2000, eredita dalla legge madre (l. n. 125/1991) la configurazione di una tutela contro le discriminazioni sessuali individuali articolata nelle due azioni, quella ordinaria di nullità *ex art. 15 St. Lav.*, come integrato dall'art. 13 della legge 903/1977 e quella speciale *ex art. 15 della legge n. 903 del 1977*¹; entrambi esperibili attualmente, oltre che dalle organizzazioni sindacali, anche dalla/dal Consigliera/e provinciale e regionale, autonomamente o su delega.

Secondo il sistema originario, delineato dalla legge n. 903/77, il lavoratore discriminato poteva agire con il procedimento speciale *ex art. 15* se la discriminazione era stata compiuta nella fase di accesso al lavoro o di orientamento, formazione, perfezionamento ed aggiornamento professionale (art. 1) ovvero in violazione del divieto di adibire le lavoratrici al lavoro notturno (art. 5). Qualora invece l'atto discriminatorio fosse stato posto in essere dal datore di lavoro al di fuori di tali ipotesi (ad. es. durante il rapporto di lavoro), l'unico rimedio esperibile era l'azione ordinaria di nullità *ex art. 15, u.c. St. Lav.*; in realtà poco efficace perché a carattere meramente caducatorio² e non ripristinatorio.

1. Il punto è pacifico: cfr. per tutti 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 questa *Rivista* 1994, p. 53 ss, in particolare, p. 81; Izzi, "Discriminazioni di sesso nel rapporto di lavoro: il nuovo regime processuale", in *Riv. di diritto e procedura civile*, 1994, p. 563; Puleo, "Discriminazioni di sesso nel mercato del lavoro. Novità ed aporie di un modello processuale", in *Riv. trim. dir. proc.*, 1996, p. 100; Annamaria Minervini, "Dalla parità di trattamento alle azioni positive per le pari opportunità nelle prime esperienze", in *Dir. lav.*, 1993, p. 335.

2. Cfr. Izzi, *Discriminazioni di sesso, cit.*, 1994, p. 563. In tal senso anche Cass. 28 marzo 1980, n. 2054, in *Foro it.* 1980, I, 830, con nota di Ballestrero.

Successivamente la legge n. 125 del 1991 ha confermato tale regime di doppia tutela, mantenendo intatti i diversi campi di applicazione delle due azioni ed estendendo solo l'esperibilità di entrambe le azioni contro gli atti, patti o comportamenti discriminatori di tipo oggettivo e indiretto³.

L'assetto raggiunto con la riforma del 2000 per l'azione individuale, non sembra essere rivoluzionato dall'art. 38 del Codice, rubricato "provvedimento avverso le discriminazioni", tranne evidenti incidenti ricostruttivi, di cui parleremo più avanti. L'azione individuale si può, quindi, svolgere secondo un giudizio ordinario a cognizione piena, disciplinato rispettivamente dagli artt. 15 St. Lav. e 38 del Codice, che comprendono sia le procedure di conciliazione delle controversie individuali sia l'azione individuale; nonché secondo il procedimento speciale, regolato dall'art. 15 l. n. 903/77.

Il Codice delle Pari Opportunità ripropone la modifica parziale del d. lgs. n. 196/2000 del precedente regime del doppio binario, introducendo una doverosa "simmetria" tra le due azioni, pubblica e individuale; a questo scopo, come già accennato, viene previsto per le discriminazioni collettive – nel caso sussistano ragioni d'urgenza – un procedimento speciale di tutela, esperibile dalle/dai Consigliere/i regionali o nazionale di parità (art. 37, 4° c. del Codice).

1. La nullità degli atti discriminatori per ragioni di sesso

Passiamo ora ad analizzare brevemente la disciplina e l'ambito di applicazione dell'art. 15 St. Lav., così come integrato dall'art. 13 della legge 903/77.

L'attivazione da parte della/del Consigliera/e di parità regionale e provinciale delle procedure di conciliazione per le controversie individuali e dell'azione individuale a cognizione piena trova originariamente il suo fondamento legislativo nell'art. 13 della legge 903/77, che ha modificato l'art. 15 dello St. Lav., sostituendone l'ultimo comma. In virtù della modifica introdotta, era nullo qualsiasi atto o patto diretto a fini di discriminazione sindacale, politica, religiosa, razziale, di lingua e di sesso. Gli artt. 15 St. Lav. e 13 l. n. 903 operavano (e operano)⁴ nell'ambito dei rapporti di lavoro subordinato pubblici e privati. Nella nuova disciplina erano ricompresi gli atti e patti discriminatori già espressamente vietati dall'art. 15 St. Lav.: assunzioni, licenziamenti, trasferimenti, provvedimenti disciplinari, assegnazioni di qualifiche e mansioni. Si

3. I primi commentatori della legge 125/91 (per tutti Rapisarda, *La tutela dei soggetti discriminati*, cit., 1994, p. 81) hanno rilevato che l'azione ordinaria di nullità mutava solo l'ambito di applicazione, essendo esperibile anche contro le fattispecie di discriminazione oggettiva e indiretta, in quanto rimaneva immutata la legittimazione ad agire individuale del lavoratore discriminato, cui si aggiungeva solo la legittimazione ad agire – su sua delega – della Consigliera di parità.

4. L'art. 13 della legge n. 903 è valido, infatti, a tutt'oggi come strumento di tutela caducatoria di atti discriminatori per ragioni di sesso.

vietava, altresì qualunque atto o patto, di contenuto non determinato, diretto a discriminare, nel trattamento, lavoratori e lavoratrici. Il combinato disposto degli artt. 1, 2, 3 e 13 della legge n. 903 ha ribadito la nullità degli atti e patti diretti a discriminare, per ragioni di sesso, i lavoratori in materia di accesso al lavoro, retribuzione, qualifiche, mansioni e progressioni di carriera.

La “sanzione civile” colpiva le discriminazioni specificatamente previste dagli artt. 2 e 3 della suddetta legge, nonché l’intera serie di discriminazioni che potevano aver luogo durante lo svolgimento del rapporto di lavoro.

Molto è stato detto sull’inadeguatezza del rimedio civilistico della nullità a colpire le discriminazioni poste in essere durante lo svolgimento del rapporto di lavoro⁵.

In primo luogo, è bene precisare che potevano essere colpiti da nullità i patti e gli atti unilaterali del datore di lavoro. Restavano invece fuori discussione (e controllo) i comportamenti materiali e quanto altro non fosse tecnicamente definibile come “atto”, in quanto la nullità colpiva solo l’efficacia giuridica dei negozi. Per la repressione delle condotte o dei comportamenti discriminatori per ragioni di sesso restavano esperibili gli speciali procedimenti *ex art. 28 St. Lav. e 15 l. n. 903*.

La delimitazione degli atti discriminatori che potevano ricadere sotto la sanzione della nullità non sgombrava il campo dalle varie incertezze sull’applicazione della sanzione agli atti c.d. omissivi del datore di lavoro⁶.

L’atto discriminatorio per motivi di sesso era (ed è) definito “positivo” quando produce i suoi effetti immediatamente in capo al soggetto discriminato. L’applicazione della sanzione di nullità poneva già qui il problema della sua inadeguatezza. Ad esempio, se il datore di lavoro licenziava una lavoratrice perché donna, il licenziamento, motivato dall’illecita discriminazione sessuale, era nullo; ma la nullità non garantiva ancora alla lavoratrice il ripristino nella situazione *qua ante*⁷. Nell’esempio portato era indifferente che la lavoratrice fosse stata licenziata al posto di un lavoratore, ma la comparazione delle situazioni poteva rilevare ai fini della difficile prova del carattere discriminatorio del licenziamento⁸.

Nel campo delle discriminazioni sessuali si può definire “omissivo” l’atto che, mentre produce effetti in capo ad un soggetto, lede il diritto alla parità di

5. Cfr. Edoardo Ghera, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, Atti del VI congresso nazionale di diritto del lavoro, Alba, 1-3 giugno 1978, Milano, 1979, pp. 39 seg.

6. Così Ballestrero, *Dalla tutela alla parità*, Bologna, 1979, p. 268. *Contra* 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. 13*, in “*Le leggi civili commentate*”, 1978, pp. 823 seg. e G. Simoneschi, *La donna e il lavoro: dalla tutela alla parità*, in *Parità tra uomini e donne in materia di lavoro: analisi e attuazione della legge*, Convegno di studio promosso dall’assessorato ai problemi femminili, Bologna, Documenti del comune, 1978, n. 8, p. 42.

7. Con riferimento ai tanti irrisolti problemi dell’esecuzione forzata dell’obbligo di reintegrare il lavoratore ingiustamente licenziato (art. 18 St. Lav.).

8. Così Ballestrero, *Dalla tutela, cit.*, 1979, p. 269.

trattamento di un altro soggetto. Spesso viene portato ad esempio un tipico atto discrezionale del datore di lavoro, come la promozione (non dovuta), alla quale aspirano, a parità di condizioni professionali (anzianità, qualifica, ecc.), un lavoratore e una lavoratrice. Se il datore di lavoro promuove solo uno dei due, e in ragione del suo sesso, l'altro è certamente discriminato. La situazione pone allora due interrogativi: in che cosa consiste la discriminazione e se esiste un atto discriminatorio suscettibile di essere dichiarato nullo.

Al primo interrogativo si deve rispondere che la discriminazione consiste nell'omissione: il pregiudizio per il discriminato risiede non nel fatto che una promozione sia stata accordata ad un altro, ma nel fatto che gli sia stata negata per un motivo illecito⁹.

Più complessa è la risposta al secondo interrogativo: l'unica espressione giuridica del comportamento discriminatorio del datore di lavoro è l'atto con cui ha promosso uno dei due aspiranti. Perché questo atto (positivo) possa essere colpito da nullità, occorre che sia viziato dal motivo discriminatorio: nell'ipotesi, il motivo sussiste, perché sussiste il nesso fra l'atto positivo e l'omissione, ossia la preferenza accordata ad un lavoratore in ragione del suo sesso. Se il motivo discriminatorio viene provato (a tal fine può essere utile guardare ai "precedenti" del datore) e la nullità dell'atto dichiarata, le conseguenze sono la nullità di diritto civile. Così se l'atto nullo ha come oggetto la concessione di un beneficio, l'atto è rimosso, ma non può essere esteso il beneficio al soggetto cui era stato illegittimamente negato¹⁰. Dalla nullità non deriva dunque un vantaggio per il lavoratore discriminato, ma solo uno svantaggio per quello preferito.

Per concludere, il giudice, qualora ritenga fondata la domanda del lavoratore ricorrente, emette una sentenza di mero accertamento del carattere discriminatorio dell'atto, del comportamento o del patto. Tuttavia, tale sentenza dichiarativa spesso non tutela in modo adeguato il lavoratore discriminato, in quanto non garantisce l'acquisizione del beneficio negato per motivi discriminatori¹¹: si pensi al caso, di cui sopra, in cui il datore di lavoro abbia negato alla lavoratrice una promozione, concedendola, a parità di meriti professionali, ad un lavoratore. Anche se la lavoratrice ottenesse la dichiarazione di nullità dell'atto omissivo discriminatorio non ne conseguirebbe automaticamente la promozione negata¹².

9. Così Ballestrero, *op. cit.*, p. 269.

10. *Contra* Simoneschi, *La donna e il lavoro, cit.*, 1978, p. 30 ss.

11. Come già avevamo accennato nel paragrafo dedicato all'analisi dell'art. 15 St. Lav., così come modificato dall'art. 13 della legge 903/77.

12. Cfr. Ballestrero, "I giudici e la parità. Osservazioni sull'applicazione giudiziaria della l. n. 903 del 1977", in *Pol. e dir.* 1982, p. 472. Per ovviare a questo problema di effettività della tutela parte della dottrina ha esteso l'art. 15 della legge 903/77 a tutte le ipotesi discriminatorie, v. Catalini Tonelli, "Primi interrogativi sui principali nuclei normativi della nuova legge 125/91 in tema di azioni positive e pari opportunità tra uomo e donna", in *Riv. giur. lav.* 1991, I, p. 51; mentre altra parte della dottrina – non ritenendo di poter estendere la tutela *ex art.* 15 della legge

Se si pensa che una buona parte delle discriminazioni consistono proprio in omissioni, le conclusioni da trarre sono alquanto scoraggianti¹³.

2. Il tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie individuali: il ruolo di tramite della/del Consigliera/e di parità

Il Codice delle Pari Opportunità (d. lgs. n. 198/2006) agli artt. 36-41 torna ad occuparsi delle procedure di conciliazione, ma con risultati non certo soddisfacenti. Infatti, già l'art. 47 della legge 17 maggio 1999, n. 144, legge delega

903/77 al di fuori delle ipotesi di cui agli artt. 1 e 5 della stessa legge – ha cercato di “*rileggere l'istituto della nullità rispettando la volontà della legge 125 di eliminare tutti gli effetti pregiudizievoli*” e di “*estendere quindi il concetto sino a colmare il vuoto che consegue alla nullità con l'integrazione di effetti positivi e paritari, secondo il contenuto delle regole inderogabili poste nell'art. 4, 1° e 2° c., della 125/91*”, cfr. Chiavassa, Hoesch, “Le azioni positive in giudizio”, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1992, p. 341. Si cerca, addirittura, di attribuire anche all'azione di nullità effetti di tipo restitutorio: cfr. la sentenza della Cassazione del 28 marzo 1980, n. 2054, in *Foro it.*, 1980, I, 2508 che ha dichiarato la nullità parziale del rapporto di lavoro per illiceità del motivo nella parte in cui escludeva – a causa della discriminazione – la lavoratrice dal beneficio e lo ha integrato ex art. 1419, 2° c., c.c. “*con parificazione dei trattamenti al livello di quello migliorativo*” e con la conseguente attribuzione di quest'ultimo alla lavoratrice discriminata. L'azione di nullità comporta l'eliminazione *ex tunc* degli effetti dell'atto discriminatorio ed “*obbliga al ripristino della situazione anteriore di parità di trattamento e cumulativamente al risarcimento del danno subito in conseguenza diretta ed immediata del comportamento pregiudizievole*”, così Ghera, “Le tecniche di tutela: Statuto dei lavoratori ed innovazioni legislative”, in *Giorn. Dir. lav. rel. ind.* 1991, p. 650. Alla sanzione della nullità, pur nel silenzio della norma, si aggiungerebbe quella del risarcimento del danno, cfr., Puleo, “Discriminazioni di sesso nel mercato del lavoro. Novità ed aporie di un modello processuale”, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1996, p. 119. Sassani, “Aspetti processuali della legge n. 125 del 1991 (azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro)”, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 869 ss., afferma che la sanzione risarcitoria da affiancare alla declaratoria di nullità ha valore di *extrema ratio* dell'ordinamento: una volta dichiarata l'invalidità dell'atto discriminatorio, il datore di lavoro ha l'obbligo di ripristinare la situazione conforme ed i diritti connessi a quell'obbligo possono essere soddisfatti “*con tecniche distinte dall'esecuzione degli obblighi di fare*”. L'A., applicando questi principi all'ipotesi di mancata promozione di una lavoratrice a vantaggio di un lavoratore, ritiene che la lavoratrice sessualmente discriminata, una volta ottenuta la pronuncia di nullità della promozione del lavoratore, possa chiedere al giudice “*una sentenza costitutiva che le attribuisca i diritti connessi alla posizione rispetto alla quale è stata oggetto di discriminazione e che potrà farsi valere come titolo della posizione stessa*”. Secondo l'A., si può ottenere il ripristino della situazione conforme a diritto senza l'esecuzione forzata materiale, ma attraverso la tecnica della produzione per sentenza costitutiva dell'effetto giuridico dovuto. La norma a fondamento di questo ragionamento è l'art. 2932 c.c. che esprime un principio generale secondo cui “*l'ordinamento consente di surrogare ope iudicis e ope iudicii il compimento di atti produttivi di effetti giuridici a condizione che essi siano dovuti e ... giudizialmente determinabili nel loro contenuto*”. Questa interpretazione, in realtà, fornisce una tutela efficace all'azione di nullità, ma forza eccessivamente il tenore letterale della norma (così Cicchitti, “La tutela processuale della parità dopo il d. lgs. del 23 maggio 2000 n. 196”, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 196).

13. Così Ballestrero, *Dalla tutela, cit.*, 1979, p. 270.

del d. lgs. n. 196, stabilisce, tra i principi e criteri direttivi per il legislatore delegato, il rafforzamento delle funzioni delle/dei Consigliere/i di parità “relative al contenzioso in sede conciliativa e giudiziale ed in sede di giudizio civile e amministrativo, avente ad oggetto le discriminazioni per sesso”¹⁴. Il Codice ripropone l’impostazione di fondo del d. lgs. n. 196/2000, che rivede l’art. 4 della legge n. 125/91 in materia di azioni in giudizio contro le discriminazioni per sesso, e riscrive i compiti delle/dei Consigliere/i di parità con riferimento alle procedure di conciliazione delle relative controversie individuali e collettive. L’interessamento della norma – attuale art. 36 co. 1° del Codice – alle procedure di conciliazione delle controversie individuali scaturisce dall’esigenza di conformarsi, innanzitutto, alla modifica nella disciplina processualistica del preventivo tentativo di conciliazione nelle cause di lavoro, che generalizza l’obbligatorietà – a pena di improcedibilità della domanda giudiziale – di tale istituto; la modifica è operata¹⁵ sugli artt. 410 e ss. c.p.c., sull’art. 66 del d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165, sia riguardo alle cause di lavoro privato sia a quelle dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni¹⁶.

Le novità rispetto al testo precedente sono costituite dall’introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione nel settore delle cause di lavoro dei dipendenti di pubbliche amministrazioni, attraverso l’esplicito riferimento alla disciplina dell’art. 66 del d.p.r. 30 marzo 2001, n. 165¹⁷ e dall’estensione alla/al Consigliera/e regionale di parità territorialmente competente della possibile funzione di tramite nella promozione del tentativo di conciliazione di “chi intende agire in giudizio per la dichiarazione delle discriminazioni ai sensi dell’art. 25” del d. lgs. n. 198/2006 (Codice delle Pari Opportunità).

Questo era infatti prima riservato solo alla Consigliera provinciale, ex art. 4, 4° c. e art. 8, 2° c. della l. n. 125. L’estensione è avvenuta anche per risolvere

14. Cfr., il 1° c., lett. a), punto 2 dell’art. 47.

15. Dal d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80, con le correzioni apportate dal d. lgs. 29 ottobre 1998, n. 387.

16. Sulla legittimità costituzionale della nuova disciplina del codice processuale civile in materia di tentativo obbligatorio di conciliazione, si è pronunciata la Corte Costituzionale con la sentenza 13 luglio 2000 n. 276, in *Riv. crit. Dir. lav.*, 2000, 884, affermando che la normativa contestata non eccede i limiti stabiliti dall’art. 11, 4° c., lett. g) della legge di delegazione 15 marzo 1997 n. 59. Richiamando la propria giurisprudenza recente (C. Cost. 4 marzo 1992 n. 82, in *Foro It.* 1992, I, 1023) la Corte ha ribadito che tale obbligo “*tende a soddisfare l’interesse generale sotto un duplice profilo: da un lato, evitando che l’aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario in materia di lavoro provochi un sovraccarico dell’apparato giudiziario, con conseguenti difficoltà per il suo funzionamento; dall’altro, favorendo la composizione preventiva della lite, che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quella conseguita attraverso il processo*”.

17. Questa disciplina è in genere ritenuta speciale rispetto a quella generale di cui al codice di procedura civile: cfr. Giustizia Noviello, “Gli strumenti deflativi del contenzioso”, in Aa.Vv. *Le nuove controversie sul pubblico impiego privatizzato e gli uffici del contenzioso*, Milano, 2001, p. 152 ss.; Giorgio Ghezzi, “La conciliazione nelle controversie di lavoro intervenuta con l’assistenza dei difensori”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 205 ss.

situazioni in cui, per es., controversie individuali coinvolgano più soggetti, finendo per incidere, ai fini della competenza territoriale, su più Province della stessa Regione; in questi casi un unico rappresentante ai fini del tentativo obbligatorio di conciliazione, individuato nella/nel Consigliera/e regionale di parità, è maggiormente conveniente.

In particolare, nella situazione suddetta è necessario tener conto del fatto che il tentativo di conciliazione deve essere promosso presso la Direzione Provinciale competente secondo le norme del c.p.c e dell'art. 66 del d. lgs. n. 165/01, per cui saranno necessarie tante richieste quante sono le province interessate¹⁸.

La funzione di “tramite” delle/dei Consigliere/i di parità, nella promozione del tentativo obbligatorio di conciliazione, deve intendersi riferita anche alla partecipazione alla successiva fase di svolgimento della procedura conciliativa¹⁹.

La disposizione in esame, infatti e la seguente (art. 36 co. 2°), che attribuisce, nello stesso tipo di controversie individuali alle/ai Consigliere/i provinciali e regionali il potere di agire in giudizio su delega della persona che vi abbia interesse, non possono essere limitate all'avvio della procedura conciliativa, ma devono necessariamente riguardare anche la partecipazione del “soggetto tramite” a tutte le fasi successive della stessa.

Lo scopo del coinvolgimento della/del Consigliera/e è proprio quello di evitare la partecipazione personale ai processi di soggetti che potrebbero risentirne sul piano emotivo.

2.1. La legittimazione ad agire in giudizio per la conciliazione delle cause individuali contro una discriminazione diretta o indiretta. Il relativo potere di rappresentanza della/del Consigliera/e di parità

La sistematizzazione della disciplina delle procedure conciliative del Codice riconferma che la legittimazione attiva a promuovere il tentativo di conciliazione per le cause individuali contro le discriminazioni spetta alla lavoratrice/tore o alla persona che ha subito direttamente la lesione.

Nel silenzio della legge, si ritiene che il lavoratore discriminato debba proporre l'azione di nullità con ricorso innanzi al Tribunale in funzione di giudice

18. Così Antonio Ianniello, “Le procedure di conciliazione delle controversie individuali e collettive”, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 3, 2003, p. 745.

19. Così Antonio Ianniello, *op. ult. cit.*, p. 745. *Contra*, nel senso che il compito sarebbe riferito alla semplice promozione della procedura, cfr. De Angelis, “Azioni in giudizio, Commento all'art. 4, commi 4°-10°”, in De Cristofaro (a cura di) *La legge italiana per la parità di opportunità delle lavoratrici*, *Commento alla L. 10.4.91 n. 125*, Napoli 1993, 84 ss., in particolare 88.

del lavoro o, per i rapporti ancora sottoposti alla sua giurisdizione esclusiva²⁰, al T.a.r. territorialmente competente e che il giudizio si svolga rispettivamente secondo il rito ordinario del lavoro o secondo le regole del processo amministrativo.

La/il Consigliera/e di parità provinciale o regionale è un “tramite”, che può promuovere la procedura conciliativa sulla base di un incarico di mandato con rappresentanza ricevuto dal soggetto interessato. Non sembra ipotizzabile un suo potere autonomo, come rappresentante *ex lege* di chi ha intenzione di agire in giudizio contro una discriminazione diretta o indiretta²¹.

Non appare esplicitato nel nuovo Codice un eventuale riparto di competenza tra i due livelli territoriali (provinciale e regionale) dell’ufficio di parità; sembra tuttavia da respingere l’ipotesi dell’esistenza di una competenza esclusiva o anche soltanto alternativa dell’una/uno Consigliera/e rispetto all’altra/o. In questo modo si garantisce la possibilità al lavoratore di fruire dell’appoggio di quell’ufficio di parità che sia materialmente in grado di intervenire nella vicenda, considerando la base sostanzialmente volontaristica su cui si è svolta e continuerà a svolgersi l’attività delle/dei Consigliere/i, nonostante i maggiori supporti in tema di sedi, strutture e fondi previsti dalla riforma del 2000.

La/il Consigliera/e nazionale viene esclusa dal novero dei destinatari della delega del lavoratore; questo perché si è ritenuto marginale la possibile estensione all’ambito nazionale di controversie che sono unicamente individuali e perché una tale soluzione porterebbe dei problemi logistici.

Inoltre la norma sembra limitare la possibilità di promuovere il tentativo di conciliazione alla sola sede amministrativa e non estenderla anche a quella “sindacale”, eventualmente prevista dai contratti collettivi, presente invece nell’art. 410 c.p.c. e 65 del d. lgs. n. 165 del 2001.

L’incarico di rappresentanza non deve essere attribuito con forme particolari, ma quella scritta, in caso, appare la più opportuna.

Da ciò la conseguenza è che la disciplina di cui all’art. 1392 c.c.²² non è applicabile alla procura per la procedura conciliativa.

Il tentativo si può poi concretizzare in una vera e propria conciliazione e in questo caso, anche se si trasforma in un contratto, non deve necessariamente rivestire la forma scritta, richiesta unicamente per la relativa prova. Per cui si ritiene che anche in questo caso l’applicazione dell’art. 1392 c.c. non conduca alla necessità di adottare la forma scritta²³. Per poter acquisire forza di titolo

20. I rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A sottoposti ancora al regime di diritto pubblico – e quindi soggetti alla giurisdizione esclusiva del TAR – sono indicati all’art. 3 del d. lgs. 165/2001.

21. Così Antonio Ianniello, *Le procedure di conciliazione*, cit., 2003, p. 746.

22. L’articolo riguarda la “forma della procura” e recita: “*La procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere [1350 ss., 1399; c.p.c 83,2° c.]*”. Questi articoli si riferiscono agli “atti che devono farsi per iscritto”.

23. Cass. 29 agosto 1997 n. 8198, in *Mass. Foro it.*, 1997, c. 822.

esecutivo, il relativo processo verbale, sottoscritto dalle parti, è necessariamente formulato per iscritto; a tal fine l'eventuale delega dovrà rivestire anch'essa la forma scritta.

Nelle cause di lavoro dei dipendenti pubblici, alla promozione del tentativo di conciliazione segue, da parte dell'autore nella relativa richiesta, la nomina del proprio rappresentante all'interno del collegio cui è affidata la conduzione della procedura (art. 66, 3° c., del d.p.r. n. 165/01), atto che è qualificabile come atto negoziale.

In questo caso la procura alla/al Consigliera/e di parità affinché promuova il tentativo di conciliazione deve avere la forma dell'atto delegato, ex art 1392 c.c, in quanto il 2° comma del decreto, ora citato, stabilisce che la richiesta va "sottoscritta" dall'autore e quindi va redatta per iscritto.

La delega alla/al Consigliera/e di parità, prevista dal comma 2° dell'art. 36 del decreto del 2006, ad agire in giudizio²⁴ ricomprende in sé anche l'attribuzione dell'incarico di promuovere preventivamente il tentativo obbligatorio di conciliazione²⁵.

2.2. *Il tentativo obbligatorio di conciliazione e i procedimenti speciali d'urgenza*

Riguardo all'ambito di applicazione del tentativo obbligatorio di conciliazione e con riferimento specifico alle cause di discriminazione in ragione del sesso, occorre accennare ai casi di cui è stata discussa la sua preventiva attivazione o eventuale esclusione.

A questo proposito si ricorda che, a norma dell'ultimo comma dell'art. 412 bis c.p.c.²⁶, "*il mancato espletamento del tentativo di conciliazione non preclude la concessione dei provvedimenti speciali d'urgenza e di quelli cautelari previsti nel capo III del titolo I del libro IV*". Questi sono individuati dal codice di rito nel procedimento relativo al sequestro giudiziario e conservativo, nel provvedimento atipico d'urgenza dell'art. 700 c.p.c., nell'istruzione preventiva nonché nelle denunce di nuova opera e di danno temuto.

Tuttavia, la dottrina è divisa nell'individuazione della categoria dei procedimenti esclusi: secondo alcuni la norma prenderebbe in considerazione tutti i provvedimenti che presuppongono una valutazione da parte del giudice circa

24. Con riguardo a chiunque intenda agire in giudizio, mentre l'originario testo dell'art. 8, 8° c., della legge 125, probabilmente per errore, si riferiva unicamente alla "*delega della lavoratrice*", in parallelo a quanto allora previsto anche per l'ipotesi di intervento della Consigliera di parità nella causa individuale di discriminazione.

25. Così Antonio Ianniello, *Le procedure di conciliazione*, cit., 2003, p. 747.

26. Quest'articolo è stato aggiunto dall'art. 39 del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, poi modificato dall'art. 19, commi 9°, 10° e 11° del d. lgs. 29 ottobre 1998, n. 387.

la sussistenza di un pericolo nel ritardo di procedere²⁷, secondo altri sarebbero esclusi quei procedimenti che hanno implicita una valutazione di urgenza da parte del legislatore, senza che il giudice la debba accertare di volta in volta²⁸.

La Corte Costituzionale²⁹, ancor prima dell'emanazione del d. lgs. n. 196/2000, considerava "provvedimenti speciali d'urgenza" non solo quelli sopra elencati, ma anche i procedimenti *ex art.* 28 e 18, 7° c. dello St. Lav. e quello di cui all'art. 15 della legge 9 dicembre 1977 n. 903.

Per quanto riguarda il ricorso *ex art.* 28 St. Lav. la dottrina è concorde nell'escluderlo dalla regola del tentativo di conciliazione in quanto norma cautelare³⁰.

Non altrettanta concordia – anche se prevale la tesi dell'esclusione – si rinviene in riferimento all'art. 18, 7° c. St. Lav., che disciplina il procedimento speciale di reintegrazione previsto in caso di licenziamento di un rappresentante sindacale aziendale.

Discussa è stata infine l'esclusione o meno dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione riferito al ricorso *ex art.* 15 della l. n. 903 (oggi art. 38 del Codice delle Pari Opportunità) per la repressione di azioni discriminatorie fra uomo e donna, in quanto l'originario testo della l. n. 125 sembrava applicare anche a tale ricorso l'art. 410 c.p.c., anche se in veste di un tentativo di conciliazione facoltativo.

Le novità apportate dal Codice, sotto questo profilo, sono contenute negli artt. 38 e 39. Secondo il nuovo testo dell'art. 39, rubricato "ricorso in via d'urgenza", il mancato esperimento del tentativo di conciliazione previsto dall'art. 410 c.p.c., non preclude la concessione dei provvedimenti di cui agli artt. 37, co. 4° e 38.

Il primo rinvio è al ricorso proposto in via d'urgenza dalla/dal Consigliera/e di parità Regionale o Nazionale per le discriminazioni a carattere collettivo; detto procedimento ha tra i suoi presupposti l'urgenza, rientrando così con certezza nell'elenco dei "procedimenti speciali d'urgenza", di cui all'art. 412-*bis* c.p.c. Ne consegue che il richiamo all'art. 37, co. 4°, in punto di procedibilità conferma la disposizione dell'art. 412-*bis*.

27. Cfr., in questo senso, Antonio Manna, "Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella riforma degli artt. 410 e segg. c.p.c., tra deflazione e legislazione (occulta) di sostegno", in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, p. 519.

28. Seguono questo orientamento, tra gli altri, Della Pietra e Sdino, "Commento agli artt. 36-39 del d. lgs. n. 80 del 1998", in questa *Rivista*, 1999, p. 1551 ss., in part. p. 1559; Bruno Sassani, "Il tentativo obbligatorio di conciliazione", in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 433; Miccolis, "Il tentativo obbligatorio di conciliazione disciplinato dagli artt. 410 e ss. c.p.c. nel procedimento di ingiunzione", in nota a Pret. Ferrara 17 aprile 1998, *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2327.

29. Cfr. sentenza del 13 luglio del 2000 n. 276 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 18 luglio 2000, n. 166.

30. Secondo Trib. Potenza, 1° febbraio 2000, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 186, il tentativo di conciliazione costituirebbe peraltro condizione di procedibilità anche nelle controversie di lavoro collettive promosse con azione ordinaria di merito.

Risulta invece un po' più contorto il riferimento all'art. 38. Detta disposizione disciplina l'azione individuale contro la discriminazione richiamando, al comma 1°, esclusivamente i casi di discriminazione enunciati dall'art. 27, cc. 1°, 2°, 3° e 4°, che a loro volta riproducono i casi enunciati nei primi articoli della l. n. 903/1977 (riguardanti la discriminazione nell'accesso al lavoro e alla formazione professionale) e prevede, in tale ipotesi, una procedura a cognizione sommaria, con scansioni temporali ravvicinate³¹. Sebbene la disposizione non richiami il requisito dell'urgenza, anche in questo caso, l'art. 412-*bis* sarebbe stato più che sufficiente a pervenire allo stesso risultato.

Dunque, la riforma del 2000, attualmente trasfusa nel Codice delle Pari Opportunità, sancisce che l'art. 410 c.p.c. (il tentativo obbligatorio di conciliazione) non trova applicazione nel caso del ricorso individuale contro le discriminazioni *ex art.* 38 del medesimo Codice, ed inoltre che anche il ricorso in via d'urgenza ai sensi del precedente comma 4 dell'art. 37 del Codice, quello cioè contro le discriminazioni collettive, è escluso dalla disciplina dell'art. 410 c.p.c.

Infine l'art. 700 del c.p.c. rientra con certezza nella dizione "procedimenti speciali d'urgenza" di cui all'art. 412 bis c.p.c. ed è, quindi, escluso dal legislatore del 2000 dal novero di quelli soggetti alla disciplina di cui all'art. 410 c.p.c.

2.3. *L'esclusione dei procedimenti monitori*

In dottrina e in giurisprudenza era stato posto, con soluzioni contrastanti, il problema della eventuale esclusione dei procedimenti monitori dall'obbligo di esperire il preventivo tentativo di conciliazione³².

31. Così Alberto Guariso, "*Le soluzioni conciliative*" in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio - il quadro comunitario e nazionale* (a cura di Marzia Barbera), Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 576.

32. In dottrina prevaleva e prevale la tesi della esclusione: cfr. Francesco Luiso, "Il tentativo obbligatorio di conciliazione delle controversie di lavoro", in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, p. 375 ss., in particolare p. 388; Roberta Tiscini, "Il tentativo obbligatorio di conciliazione nel/e controversie di lavoro", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 1105; Antonio Manna, "Tentativo obbligatorio di conciliazione e ricorso per decreto ingiuntivo", in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, p. 237; Vito Pinto, "Controversie di lavoro privato: il tentativo obbligatorio di conciliazione", in *Riv. giur. lav.*, 2000, p. 289, in particolare pp. 313-319. In giurisprudenza tale tesi era accolta, *ex plurimis*, da Trib. Milano, 6 maggio 2000, *ivi*, 2000, p. 805; Trib. Milano, 12 luglio 1999, *ivi* 1999, p. 862, con nota di Pavone; Pret. Terni, 20 marzo 1999, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2138. *Contra*, nel senso dell'assoggettamento all'obbligo di tentativo preventivo di conciliazione, anche in caso di procedimento monitorio, Trib. Parma, 17 gennaio 2000, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2000, p. 525, con nota di Manassero; Trib. Milano, 5 febbraio 1999, *ivi*, 1999, p. 365, con nota di Tagliagambe; Pret. Roma, 17 novembre 1998, in *Giust. civ.*, 1999, p. 295; Pret. Campobasso 9 novembre 1998, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, p. 237, con nota di Manna, *cit.*

Un esempio potrebbe essere rappresentato da un'azione di nullità parziale per discriminazione in trattamenti retributivi, con conseguente richiesta, mediante ricorso per decreto ingiuntivo, di estensione del trattamento più favorevole, sulla scia della giurisprudenza formatasi negli anni '80 sugli artt. 15 e 16 S.L.³³.

La Corte costituzionale³⁴ si è recentemente espressa sull'opportunità o meno di estendere l'obbligo del preventivo tentativo di conciliazione anche ai procedimenti monitori, optando per la soluzione negativa. E ciò in ragione del fatto che l'obbligo previsto dagli artt. 410 c.p.c. e 65 del d. lgs. n. 165/01 si riferirebbe unicamente ai procedimenti in contraddittorio, mentre nei decreti ingiuntivi quest'ultimo manca ed è rinviato alla fase solo eventuale del giudizio di opposizione.

La giurisprudenza di merito sembra aver seguito questa indicazione interpretativa, la quale peraltro lascia ancora insoluto il problema della eventuale necessità del tentativo di conciliazione in sede di opposizione al decreto ingiuntivo. In realtà la stessa interpretazione della Corte dovrebbe condurci a rispondere positivamente, affermando la necessità del preventivo tentativo di conciliazione nel caso di opposizione al decreto ingiuntivo, in quanto fase a contraddittorio pieno³⁵.

Altri autori affermano che è l'ingiunto ad attivare il tentativo di conciliazione, se vuol proporre opposizione e che i termini di quest'ultima sono sospesi ex art. 410, comma 2°, c.p.c.³⁶.

2.4. Il tentativo obbligatorio e la domanda riconvenzionale

Al riguardo ci si chiede se la domanda svolta in via riconvenzionale³⁷ sia riconducibile o meno nell'ambito di applicazione dell'art. 410 c.p.c.³⁸.

33. Cfr. Cass. 3 novembre 1982 n. 5773, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 830, con nota di Ballestrero, "Assunzione, diritto alla qualifica e discriminazione per ragioni di sesso".

34. Corte cost., sentenza 13 luglio 2000 n. 276, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2000, p. 884.

35. Così Antonio Ianniello, *Le procedure di conciliazione, cit.*, 2003, p. 749.

36. Cfr. Piero Sandulli e Angelo Matteo Socci, *Il processo del lavoro*, Milano, 2000, p. 164, i quali ritengono tuttavia non necessaria tale attivazione in caso di opposizione proposta al solo fine di ottenere la sospensione ex art. 649 c.p.c. della provvisoria esecuzione del decreto.

37. Le domande riconvenzionali, sono quelle che il convenuto può contrapporre alla domanda dell'attore nello stesso processo, in quanto fondate sullo stesso titolo dedotto in giudizio dall'attore o sul titolo che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione. Il convenuto, infatti, oltre che proporre le proprie difese ed eccezioni, può valersi dello stesso processo già iniziato contro di lui per avanzare a sua volta contro lo stesso attore una o più domande di merito connesse. Da tali domande, appunto dette riconvenzionali, sorgono controversie che sono di per sé autonome ma vengono a costituire materia del decidere di un unico procedimento.

38. Sempre che si tratti di vera domanda e non di semplice eccezione riconvenzionale; cfr. Trib. Campobasso, 8 ottobre 1999 (ord), in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 909, con nota di Roberta Tiscini, "Le domande in corso di causa nelle controversie di lavoro alla prova del tentativo obbligatorio di conciliazione".

È opportuno limitarsi sostanzialmente alle azioni di nullità di trattamenti discriminatori, la cui proposizione in via riconvenzionale non è di frequente verificazione.

Anche in questo caso, dottrina e giurisprudenza si dividono: alcuni, infatti, ritengono la preventiva attivazione del tentativo obbligatorio di conciliazione incompatibile col meccanismo processuale previsto dagli artt. 416 e 418 c.p.c. per la proposizione della domanda riconvenzionale³⁹.

Secondo altro orientamento, che sembra essere maggioritario⁴⁰, sulla base del dato testuale e della *ratio* della norma, il tentativo di conciliazione sarebbe necessario anche in tale ipotesi.

In realtà la prima soluzione sembra preferibile⁴¹, in quanto nell'ipotesi opposta, non si può far precedere il tentativo di conciliazione alla domanda⁴² e il giudice, di conseguenza, dovrebbe dichiarare l'improcedibilità di quest'ultima all'udienza fissata *ex art.* 418 c.p.c., dopo la proposizione della riconvenzionale medesima. Questo porterebbe ad un allungamento dei tempi del processo, e nel caso in cui questo fosse sospeso a seguito della dichiarazione di improcedibilità della domanda riconvenzionale, il convenuto avrebbe grande soddisfazione nel vedere ritardare la celebrazione della vertenza.

Nel caso in cui si proceda alla separazione della causa principale da quella originata dalla riconvenzionale e si sospenda solo quest'ultima, si invaliderebbe la logica del *simultaneus processus*, su cui si fonda tutta la disciplina della domanda in via riconvenzionale⁴³.

39. In questo senso Sandulli e Socci, *Il processo*, cit., 2000, p. 164, che rilevano che il tentativo di conciliazione in questo caso resterebbe senza effetto deflativo, perché la controversia principale resterebbe pendente; Giovanni Battista Pamio, "Limiti alla necessità del tentativo obbligatorio di conciliazione anche nei confronti del terzo", in *Dir. lav.*, 2001, II, p. 272 ss., in particolare pp. 274-276, richiama una recente tendenza della Cassazione in tale materia nel senso di escludere l'obbligatorietà del tentativo quando la domanda riconvenzionale si ricolleghi direttamente ai fatti oggetto della pretesa dell'attore e già coinvolti pertanto nel tentativo di conciliazione da questi attivato (Cass. 5 ottobre 1995 n. 10447, in *Foro it. Rep.*, 1995, voce "Contratti agrari", n. 215), per prospettarne la possibile estensione anche alle cause di lavoro, con conseguente drastico ridimensionamento delle ipotesi in cui per la proposizione della riconvenzionale è necessario il tentativo di conciliazione stragiudiziale. In giurisprudenza, cfr. Trib. Roma, 12 marzo 1999, in *Guida lav.*, 1999, pp. 32-33.

40. Cfr. Trib. Forlì 11 maggio 2000, in *Lav. giur.*, 2000, p. 979; Pret. Napoli, 31 marzo 1999, in *Guida lav.*, 1999, n. 21, p. 14, che ritiene comunque che nel caso, scontato, della mancata preventiva attivazione del tentativo di conciliazione debba essere sospeso per improcedibilità della domanda unicamente il processo relativo alla riconvenzionale.

41. Cfr. Antonio Ianniello, *Le procedure di conciliazione*, cit., 2003, p. 749.

42 La domanda riconvenzionale, infatti, deve essere proposta dal convenuto, a pena di decadenza, nella comparsa di costituzione e risposta, depositata almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione, o almeno dieci giorni prima nel caso di abbreviazione di termini a norma del secondo comma dell'art. 163-bis, ovvero almeno venti giorni prima dell'udienza fissata a norma dell'art. 168-bis, quinto comma.

43. Così Antonio Ianniello, *Le procedure di conciliazione*, cit., 2003, p. 750.

2.5. *La partecipazione di terzi al giudizio e l'obbligo del tentativo di conciliazione*

Un altro problema riguarda la compatibilità del tentativo obbligatorio di conciliazione con le ipotesi di partecipazione di terzi al giudizio, chiamati da una delle parti o dal giudice, ovvero con intervento volontario, *ex artt.* 102-107 c.p.c.

In realtà, il problema si pone solo quando con la chiamata in giudizio o l'intervento volontario si introduce una domanda in senso tecnico⁴⁴ e non anche quindi nelle ipotesi di integrazione "necessaria" del contraddittorio senza svolgimento di domande nei confronti dei litisconsorzi necessari e in quella di interventi *ad adiuvandum*, tra i quali è ricompreso anche l'intervento della/del Consigliera/e di parità provinciale e regionale nelle cause individuali contro discriminazioni dirette o indirette, secondo quanto previsto dal comma 5° dell'art. 4 della l. n. 125⁴⁵.

Quando invece la chiamata in giudizio o l'intervento introducano una domanda autonoma attinente ad uno dei rapporti di cui all'art. 409 c.p.c., la dottrina e la giurisprudenza sono divise da una parte, tra chi ritiene anche in questo caso la necessità del tentativo di conciliazione⁴⁶, con la conseguente inevitabile sospensione del processo, in quanto il tentativo non può essere svolto prima del giudizio e dall'altra tra coloro invece che si collocano su posizioni opposte, ispirate all'intento pratico di evitare arresti processuali inutili, sulla base della considerazione che un processo è ormai iniziato tra le parti dopo l'inutile esperimento del tentativo pregiudiziale di conciliazione e che l'estensione del giudizio ad altri soggetti difficilmente può comportare maggiori possibilità conciliative⁴⁷.

2.6. *Il tentativo obbligatorio di conciliazione e l'azione contro le discriminazioni collettive*

Un'ulteriore questione riguarda l'applicazione del preventivo tentativo "obbligatorio" di conciliazione alle azioni promosse in via autonoma dalle/dai

44. Luiso, "Il tentativo obbligatorio di conciliazione delle controversie di lavoro", in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, p. 375 ss., in particolare p. 386.

45. *Contra*, Rapisarda C., *La tutela dei soggetti discriminati*, cit., 1994, p. 83. L'A. ritiene l'intervento in causa individuale affidato alle/ai Consigliere/i di parità sia di tipo litisconsortile piuttosto che adesivo. Secondo questa tesi l'intervento introdurrebbe una domanda autonoma in giudizio, che non può che essere quella contro le discriminazioni di natura collettiva di cui al comma 8° dell'art. 4 della l. n. 125.

46. Claudio Cecchella, "Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro privato e pubblico", in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 446; Luiso, *Il tentativo*, cit., 1999, p. 387.

47. Tiscini, *Le domande*, cit., 1999, pp. 912-914; Domenico Borghesi, "Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato nei licenziamenti", in *La disciplina dei licenziamenti*, a cura di Carinci, I, Napoli, 1991, pp. 232-233.

Consigliere/i di parità regionali e nazionale, ai sensi del comma 2° dell'art. 37 del d. lgs. n. 198/2006 (Codice delle Pari Opportunità), con riferimento alle discriminazioni collettive.

Il dubbio persiste anche nel caso d'intervento litisconsortile della/del Consigliera/e di parità in cause individuali o plurisoggettive, per formulare domande riguardo a discriminazioni di carattere collettivo.

Sembra⁴⁸ escludere la soluzione positiva al problema il riferimento, nella disciplina del tentativo obbligatorio di conciliazione, alle controversie di lavoro individuali, soprattutto attraverso l'indicazione nella rubrica dell'art. 65 del d. lgs. n. 165/01 di tale tipo di controversie in materia di tentativo di conciliazione nel settore pubblico nonché attraverso la norma di cui al comma 4° dell'art. 669-*octies* c.p.c.⁴⁹, la quale menziona unicamente le controversie individuali.

Tutte e due le disposizioni si riferiscono alle controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ma se ne può dedurre una regola generale⁵⁰.

Appare ardua da superare, però, l'obiezione secondo la quale anche la rubrica del capo I, titolo IV, libro II del codice di procedura civile, come anche quella dell'art. 409 c.p.c., che apre tale capo, contengono il riferimento alle controversie individuali di lavoro, senza che ciò abbia impedito alla giurisprudenza prevalente di ritenere egualmente soggette al rito del lavoro anche le controversie di tipo collettivo diverse da quelle di cui all'art. 28 St. lav., in ragione del fatto che esse hanno comunque ad oggetto fattispecie che possono ritenersi una proiezione del rapporto individuale di lavoro⁵¹.

Tuttavia, il fatto che la norma sul tentativo di conciliazione si trovi all'art 36 del Codice, quando lo stesso decreto non ha ancora introdotto la speciale azione delle/dei Consigliere/i di parità contro le discriminazioni collettive, (disciplinata solo nel successivo articolo), ci indurrebbe a condividere la prima ipotesi⁵².

Ciò viene suffragato ampiamente dal fatto che all'art. 37 è prevista una procedura conciliativa per le controversie concernenti le discriminazioni di carattere collettivo, non obbligatoria ma "facoltativa", promossa dalle/dai Consigliere/i di parità per una soluzione concordata con l'autore della discriminazione, che in caso sia il datore di lavoro, vede anche la partecipazione del sindacato. Questa procedura conciliativa appare, infatti, più adeguata al tipo di controversie che coinvolgono tutti coloro che hanno nella vicenda interessi individuali, collettivi e pubblici e sembrerebbe avere carattere alternativo al semplice procedimento di conciliazione amministrativo e sindacale⁵³.

48. Cfr. Antonio Ianniello, *Le procedure di conciliazione, cit.*, 2003, p. 751.

49. Comma inserito dall'art. 31 del d. lgs. n. 80/98 e modificato dall'art. 19 del d. lgs. n. 387/98.

50. Così Antonio Ianniello, *Le procedure di conciliazione, cit.*, 2003, p. 751.

51. Cfr. Cass. 27 maggio 1982 n. 3263, in *Foro. it.*, 1983, I, c. 141.

52. Cfr. Antonio Ianniello, *op. ult. cit.*

53. Nello stesso senso cfr. Amato, "Intervento al seminario di studio sul decreto legislativo n. 196 del 23 maggio 2000", in *La nuova legge 125*, Roma, 2001, pp. 41-42, il quale ridimen-

3. L'azione delegata e il soggetto delegante all'azione in giudizio

L'art. 36 co. 2° del Codice, oltre a confermare la facoltà della/del Consigliera/e di parità provinciale e regionale di intervenire in giudizio, stabilisce che questi, ferma restando la propria legittimazione ad agire per la repressione delle discriminazioni collettive *ex art. 37* commi 2° e 4°, possa promuovere l'azione ordinaria esclusivamente su delega del lavoratore che ha subito la discriminazione: in tal senso la/il Consigliera/e di parità provinciale e regionale⁵⁴ competente per territorio agisce in base ad un rapporto di rappresentanza volontaria *ex art. 77 c.p.c.*, rimanendo la lavoratrice/tore i titolari esclusivi dell'azione⁵⁵.

Anche il giudizio di nullità promosso dalla/dal Consigliera/e di parità viene introdotto da un ricorso che – per espressa previsione normativa deve essere depositato davanti al Tribunale in funzione di giudice del lavoro o, per i rapporti ancora sottoposti alla sua giurisdizione esclusiva⁵⁶, al T.a.r territorialmente competente, svolgendosi il giudizio rispettivamente secondo il rito ordinario del lavoro o secondo le regole del processo amministrativo, nel rispetto della bipartizione individuata dalla legge 11 agosto 1973, n. 533. Nell'ambito della giurisdizione ordinaria, la competenza del giudice del lavoro (fino al 1999 il pretore del lavoro, ora il tribunale, Giudice Unico di primo grado in funzione di magistrato del lavoro), e non del giudice civile, era da ritenersi pacifica⁵⁷.

Il ricorrente che agisce con l'azione ordinaria, direttamente o tramite la/il Consigliera/e provinciale o regionale di parità, può comunque avvalersi dell'alleggerimento dell'onere probatorio di cui all'art. 40 del Codice delle Pari Opportunità.

Le modifiche, introdotte dalla novella del 2000 e riconfermate dal decreto n. 198/2006, sono di ordine minimale e non importano alcun mutamento nella struttura dell'azione, che era e resta di tipo assolutamente individuale⁵⁸.

siona il problema rilevando che si tratta tutt'al più di perdere 60 giorni di tempo, mentre nei casi d'urgenza è possibile utilizzare lo speciale procedimento introdotto al comma 10° dell'art. 4 della "nuova" legge n. 125.

54. Prima dell'intervento del d. lgs. 196/2000 la legge 125/91 attribuiva tale facoltà solo alla Consigliera provinciale di parità.

55. Cfr. Cicchitti, "Profili processuali della tutela della parità tra uomini e donne in materia di lavoro", in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 1190. La legittimazione ad agire va estesa anche all'aspirante al lavoro, quale titolare di un'aspettativa costituzionale che non si è ancora tradotta in un rapporto di lavoro. Su queste problematiche, già emerse in relazione al testo originario dell'art. 4, cfr. Cicchitti, *Profili processuali, cit.*, 1996, p. 1190 ss.; Rapisarda, *La tutela dei soggetti discriminati, cit.*, 1994, p. 53 ss, in particolare, p. 63.

56. I rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A sottoposti ancora al regime di diritto pubblico – e quindi soggetti alla giurisdizione esclusiva del TAR – sono indicati all'art. 3 del d. lgs. 165/2001.

57. Sul punto Trib. Milano 8 marzo 2000, cit.

58. Per completezza si ricorda che l'azione ordinaria individuale in questione è considerata una delle forme della generale azione di nullità con tutti i limiti ad essa connessi riguardo alla

La novità apportata non consiste solo nell'affidare "anche" alla/al Consigliera/e regionale di parità l'esperibilità dell'azione in giudizio, autonoma o delegata, contro le controversie di carattere individuale, ma riguarda anche la sostituzione nominale del soggetto delegante: quest'ultimo nel vecchio testo era individuato nella "lavoratrice", mentre, con più corretta dizione, la nuova formulazione lo indica nella "persona". In tale sostantivo è dunque ricompreso ogni lavoratore a qualunque dei due generi appartenga.

Anche se a prima vista sembra una modifica marginale, in realtà interviene su un piano fondamentale dal punto di vista della politica del diritto: infatti con l'originaria dizione non si voleva porre un divieto di delega da parte del lavoratore maschio, ma in realtà ciò nella prassi ha finito per verificarsi. La novità serve quindi a superare tale limitazione e a porre, in linea generale, l'intervento della/del Consigliera/e su un livello formalmente paritario rispetto ai due generi⁵⁹. Ciò anche se poi in verità nell'esperienza applicativa il genere femminile rimane quello cui attribuire la maggiore, se non preponderante, qualità di *target* di riferimento.

4. La natura dell'intervento in causa della/del Consigliera/e di parità

Analizzando il comma 2° dell'art. 36, è stato detto *supra* che l'azione in giudizio può essere delegata o autonoma. In riferimento a quella autonoma, si dà la possibilità, già prevista nel 1991, per le/i Consigliere/i di parità provinciali e regionali, di intervenire nel giudizio individuale promosso dalla persona discriminata. Non essendo realizzabile su istanza di una delle due parti o *iussu iudicis* ai sensi degli artt. 106 e 107 c.p.c., tale intervento va inteso come di natura volontaria di cui all'art. 105 c.p.c. e sottostà alle regole procedurali fissate dall'art. 419 del codice di rito.

portata demolitoria e non necessariamente integratoria-restitutiva (come quella *ex art. 15* legge 903/77). Sul punto cfr. Catalini Tonelli, "Primi interrogativi sui principali nuclei normativi della nuova legge 125/91 in tema di azioni positive e pari opportunità tra uomo e donna", in *Riv. giur. lav.*, 1991, I, p. 51 ss.; Chiavassa, Hoesch, "Le azioni positive in giudizio", in *Riv. crit. Dir. lav.*, 1992, pp. 340-3; Guarriello, "Le azioni in giudizio", in Gaeta, Zoppoli (a cura di), *Il diritto di-seguale. La legge sulle azioni positive*, Torino, 1992, pp. 206-207.

59. Ricordiamo che invece la legge 125 tende a favorire l'occupazione femminile ed a rimuovere gli ostacoli di fatto alla piena parità sul lavoro tra uomini e donne, lasciando intendere che sia quest'ultimo il genere svantaggiato. Sulla novità apportata dal d. lgs. 196/2000 cfr. Guarriello, in "La nuova disciplina relativa alle Consigliere e ai Consiglieri di parità", in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 3, 2003, p. 641 ss., in particolare 643-44. L'autrice in questo commento ci parla dell'art. 1 del decreto, che ha in parte innovato su tale punto, nel momento in cui assegna a Consigliere e Consiglieri di parità le funzioni di promozione e di repressione antidiscriminatoria "per donne e uomini nel lavoro" e fornisce una lettura della parità "non più in chiave strettamente femminile". Il riferimento agli "uomini" dell'art. 1 del decreto 196, oltre che a un simmetrico intento sistematico, mira, ad avviso dell'autrice, a coprire verosimilmente quelle (ridotte) aree in cui sia il genere maschile ad avere la necessità di raggiungere pari opportunità.

Quanto alla natura dell'intervento, si richiama il dibattito sorto subito dopo l'entrata in vigore della legge 125/91 dal quale emergono quattro diversi orientamenti:

- 1) secondo alcuni Autori⁶⁰ l'intervento della/del Consigliera/e di parità ha natura "litisconsortile"⁶¹, in quanto si fa portatrice dell'interesse generale alla parità e pertanto l'intervento è ammissibile solo nei casi in cui la lesione condotta in sede di azione individuale abbia rilevanza superindividuale, avendo la discriminazione denunciata anche carattere collettivo;⁶²
- 2) altri interpreti classificano l'intervento come "adesivo dipendente" ex art. 105, 2° c., c.p.c., in quanto la/il Consigliera/e interviene solo per sostenere le ragioni del lavoratore discriminato, rimanendo l'oggetto del contendere nei limiti della domanda da questi proposta⁶³;
- 3) secondo una tesi intermedia l'intervento della/del Consigliera/e di parità può essere qualificato come litisconsortile o adesivo dipendente a seconda

60. Cfr. per tutti Rapisarda, *La tutela dei soggetti discriminati*, cit., 1994, p. 53 ss, in particolare, p. 83, che descrive l'intervento in esame come "litisconsortile" e rileva la "criticità" della posizione della/del Consigliera/e per un possibile conflitto d'interessi tra le due possibili contestuali posizioni di portatore dell'interesse individuale e di quello generale; Puleo, *Discriminazioni di sesso*, cit., 1996, p. 100.

61. Il fenomeno del litisconsorzio, ossia della presenza di più parti nel processo, si realizza in concreto all'atto stesso dell'inizio del processo, ogni qual volta più parti hanno agito o sono state convenute nello stesso processo. Può accadere che l'attuazione del litisconsorzio avvenga in un momento successivo, cioè a processo già instaurato. L'attuazione successiva del litisconsorzio può verificarsi anche indipendentemente dall'ordine di integrazione del contraddittorio da parte del giudice, quando uno o più soggetti entrano o sono fatti entrare in un processo già in corso. L'intervento litisconsortile (o adesivo autonomo) è quello al quale la legge si riferisce quando prospetta l'ipotesi che il terzo faccia valere il suo diritto nei confronti di una o di alcune delle parti, assumendo in questo caso una posizione autonoma (cfr. Crisanto Mandrioli, *Diritto Processuale Civile*, I, 2000, Giappichelli, Torino, p. 341).

62. Quest'orientamento apre una problematica che riguarda l'estensione ai soggetti discriminati del giudicato emesso in sede di giudizio pubblico pur senza prendere parte ad esso. Donzelli Romolo, in *Considerazioni sulla natura dell'azione esercitata dal Consigliere di parità in materia di discriminazioni uomo-donna*, in *Rivista Giuridica Del Lavoro e Della Previdenza Sociale*, 2004, n. 4, pp. 652-653, afferma che: nel giudizio pubblico la/il Consigliera/e – qualificabile sia come legittimato straordinario, ex art. 81 del c.p.c., sia come legittimato autonomo con la titolarità di un potere di mera azione, propone una domanda per ottenere un provvedimento che, in caso di accoglimento, ha comunque contenuto c.d favorevole, in quanto accertamento di carattere discriminatorio della condotta e conseguente ordine di cessazione e rimozione degli effetti, anche per i soggetti discriminati che non partecipano al giudizio. Il giudizio, quindi per l'A. si può svolgere senza la partecipazione necessaria dei soggetti lesi, poiché comunque idoneo, anche in loro assenza, ad assicurare gli effetti desiderati e richiesti con l'esercizio dell'azione.

63. Cfr. Paola Ghinoy, "La disciplina sulle pari opportunità e il sistema sanzionatorio in relazione all'intervento realizzato con la legge 125/91 ed all'evoluzione successiva", in *Riv. crit. dir. lav.*, 1993, p. 717 ss., in particolare p. 720; Antonio Trimboli, "I Consiglieri di parità e il giudizio antidiscriminatorio", nota a Trib. Roma 25 gennaio 2001, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2001, p. 660 ss, in particolare p. 669.

- che questi faccia valere in giudizio la violazione del diritto alla parità ovvero si limiti a supportare le ragioni del ricorrente⁶⁴, ovvero può collocarsi a metà strada tra i due tipi di intervento⁶⁵;
- 4) infine altri autori qualificano l'intervento in oggetto come un intervento *sui generis*, affine a quello del P.M nelle cause in cui difetta del potere di azione ex art. 72, 2° c., c.p.c.⁶⁶.

Al fine di permettere una più ampia utilizzazione di tale tipo d'intervento nell'azione individuale e tenendo conto del silenzio della legge in merito, forse è più corretto qualificarlo come "adesivo dipendente", nel caso in cui la discriminazione denunciata abbia rilevanza solo individuale, mentre di qualificarlo come "litisconsortile", quando la discriminazione denunciata abbia anche rilevanza collettiva e venga lesa in via immediata, diretta e non solo riflessa il diritto alla parità ed alla non discriminazione di cui è portatrice la/il Consigliera/e di parità⁶⁷.

Secondo un'autorevole opinione⁶⁸, invece, l'intervento della/del Consigliera/e di parità appare principalmente come "adesivo" alla posizione ed alla domanda della lavoratrice o del lavoratore interessato. Tuttavia quest'interesse non deve essere visto come non facente parte dell'interesse individuale del soggetto che assume la discriminazione. Si potrebbe dire che esso si colloca a monte della stessa decisione della lavoratrice o del lavoratore d'intraprendere un giudizio in una materia così controversa. Nel rispetto di tale orientamento, una simile conclusione sarebbe avvalorata dalla nuova competenza attribuita dal già esaminato comma 1° dell'art. 37 alla/al Consigliera/e nazionale di parità, soggetto investito di una sostanziale "rappresentanza istituzionale" di questo interesse pubblico alla parità ed all'uguaglianza tra generi nel lavoro, ma che non ha legittimazione alcuna (riservata, si ripete, alle/ai sole/i Consigliere/i provinciali e regionali) all'intervento nella controversia individuale.

64. Cfr. Chiavassa-Hoesch, *Le azioni positive in giudizio*, cit., p. 342; Francesco Tomasone, "Le azioni esperibili in base alla legge", in *Lav. inf.*, 1993, p. 23.

65. Così Izzì, *Discriminazioni di sesso*, cit., 1994, 575, dove l'A. afferma che: "Un modo di procedere più appropriato, forse, richiede l'abbandono di rigide configurazioni a favore di soluzioni ibride, particolarmente idonee a descrivere situazioni di confine: quale quella, nel caso specifico, di un intervento a metà strada fra il tipo autonomo, litisconsortile, ed il tipo adesivo. La fatica di stabilire con esattezza a quale dei due poli più si avvicini l'intervento prefigurato dal legislatore pare, francamente, piuttosto inutile".

66. L'intervento in causa del pubblico ministero è disciplinato dagli artt. 69-74 del c.p.c. L'art. 72 del c.p.c. al secondo comma recita: "Negli altri casi di intervento previsti nell'articolo 70, tranne che nelle cause davanti alla corte di cassazione, il pubblico ministero può produrre documenti, dedurre prove, prendere conclusioni nei limiti delle domande proposte dalle parti". Per tale orientamento, cfr. Balena, "Gli aspetti processuali della tutela contro le discriminazioni per ragione di sesso", in *Gior. Lav. rel. ind.*, 1995, p. 435.

67. Cfr. Cicchitti, "La tutela processuale della parità dopo il d. lgs. del 23 maggio 2000 n. 196", in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 194.

68. Cfr. Fabrizio Amato, "L'azione individuale e l'azione collettiva", in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 3, 2003, p. 768.

Tuttavia, secondo tale indirizzo di pensiero⁶⁹, non si escludono ipotesi d'interventi anche litisconsortili, precisando che questo potere è dato solo alle/ai Consigliere/i regionali di parità, in quanto quelle provinciali non hanno legittimazione ad instaurare un'azione collettiva-pubblica.

L'intervento litisconsortile mira ad introdurre nella controversia una distinta ed autonoma domanda, che nella specie non potrà che tendere alla realizzazione del piano di rimozione della discriminazione (collettiva se sussistono i motivi), *ex* commi 1° e 2° dell'art. 37 del Codice; esso potrà essenzialmente realizzarsi nelle ipotesi in cui la stessa causa individuale⁷⁰ denunci l'esistenza di una discriminazione di carattere indiretto e quindi sollevi aspetti riferibili all'interesse generale alla parità.

È possibile, quindi, l'esistenza contestuale di due procedimenti (a seguito dell'intervento litisconsortile dell'ufficio pubblico), anche se potrebbe nascere un problema sull'interesse ad agire delle distinte parti ricorrenti nei confronti di uno stesso datore di lavoro convenuto. Il giudice dovrà prestare molta attenzione nelle conclusioni, data la diversità e la non sovrapponibilità delle domande svolte in via individuale e collettiva⁷¹.

5. Lo speciale procedimento per la tutela individuale: l'art. 15 della legge n. 903 del 1977

Sul piano della tutela individuale, Il Codice delle Pari Opportunità, mutuando il d. lgs. n. 196, ha previsto, oltre che la tutela ordinaria di cui finora si è parlato, la possibilità di agire attraverso lo speciale procedimento, di cui al citato art. 15 della legge 903/77. La riforma del 2000, infatti, aveva previsto detto procedimento sommario, non più soltanto per le discriminazioni collegate all'accesso al lavoro (art. 1) e al divieto di lavoro notturno (art. 5), ma per tutte le altre possibili discriminazioni, attuate ad esempio attraverso mancate progressioni di carriera, trasferimenti o licenziamenti o anche mancata concessione di *part-time* ecc.

Tale impostazione viene trasfusa nel Codice, che nel riconfermare la struttura binaria della tutela giudiziale – l'azione individuale e l'azione collettiva –

69. Così Fabrizio Amato, "L'azione individuale e l'azione collettiva", *cit.*, 2003, p. 768.

70. Sono controversie individuali anche quelle con pluralità di ricorrenti (plurisoggettive), ma nelle quali si chiede la tutela di posizioni individuali soggettive.

71. Come precedente in materia si può citare Pret. Bologna 27 giugno 1998, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 284, in ordine alla quale v. le considerazioni di 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 *Foro it.*, 1999, I, c. 3424, p. 240 e nota 18, la quale afferma che, chiarita la portata "plurioffensiva" della discriminazione, occorre impostare il ragionamento sulla qualificazione di *simultaneous processus* della doppia domanda in esso incardinato.

per quanto riguarda la prima, presenta alcune palesi incongruenze, nonché alcuni gravi errori di redazione del testo.

L'art. 38 infatti – dedicato al “provvedimento avverso le discriminazioni” – disciplina l'azione individuale richiamando, al comma 1°, esclusivamente i casi di discriminazione enunciati dall'art. 27, co. 1, 2, 3 e 4, che a loro volta riproducono i casi enunciati nei primi articoli della L. 903/1977 (quelli cioè riguardanti la discriminazione nell'accesso al lavoro e alla formazione professionale) e prevede, in tali ipotesi, una procedura a cognizione sommaria, con scansioni temporali ravvicinate.

I diversi divieti di discriminazione di genere menzionati nelle disposizioni originarie, sono stati solo parzialmente riprodotti nel Codice, tanto che l'operatività del provvedimento di urgenza, *ex art. 38*, pare essere riferita solo alle discriminazioni indicate ai commi da 1 a 4 dell'art. 27⁷². Dunque, sembrano escluse da questo procedimento le violazioni della norma che impone che nell'accesso al lavoro attraverso concorsi pubblici o selezioni attuate anche tramite terzi da datori di lavoro privati o pubbliche amministrazioni, la prestazione richiesta e da selezionare sia accompagnata dalle parole “dell'uno o dell'altro sesso”; sia quelle che attengono alle deroghe al divieto di discriminazione diretta nel settore della moda, dell'arte e dello spettacolo. Inoltre, l'art. 38, nel riprodurre il testo dell'art. 15 della legge n. 903/1977, richiama anche l'art. 5 della vecchia legge, in tema di divieto di lavoro notturno per le donne: tale disposizione, tuttavia, risulta essere abrogata fin dal 1999 con l'art. 17 della legge n. 25/1999. Mentre è sfuggito al legislatore che in tema di lavoro notturno è attualmente in vigore l'art. 11 del d. lgs. n. 66/2003⁷³.

Sebbene incongruenti e confuse, le disposizioni in questione del Codice non rivoluzionano l'assetto raggiunto con la riforma del 2000. Infatti, al comma 6° dell'art. 38, viene richiamato anche il comma 13° dell'art. 4 della L. n. 125/1991, introdotto nel testo originario dalla novella del d. lgs. n. 196/2000. Detta integrazione realizza l'estensione generalizzata della procedura sommaria contro le discriminazioni di genere di carattere individuale a tutti gli aspetti del rapporto di lavoro, in origine prevista dall'art. 15 della L. n. 903/1977 per le sole discriminazioni nell'accesso al lavoro.

Secondo la riforma del 2000, infatti, trasposta nel Codice, tale procedimento speciale può 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/dal Consigliera/e provinciale o regionale di parità. Con questa precisazione, il ricorso sommario disciplinato dall'art. 38 del

72. Così Fabrizio Amato, “*Codificazioni mancate: riflessioni critiche sul codice delle pari opportunità*”, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio – il quadro comunitario e nazionale* (a cura di Marzia Barbera), Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 241.

73. Così Fabrizio Amato, “*Codificazioni mancate: riflessioni critiche sul codice delle pari opportunità*”, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio – il quadro comunitario e nazionale* (a cura di Marzia Barbera), Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 241.

Codice è utilizzabile per contrastare in giudizio tutte le ipotesi di violazione di legge⁷⁴.

Al fine di apprezzare maggiormente tale innovazione legislativa, occorre fare un passo indietro, per approfondire la disciplina e l'ambito di applicazione del suddetto art. 15 della legge 903/77 così come era stato originariamente concepito.

Modellato sull'art. 28 dello St. Lav, l'art. 15 era stato pensato come lo strumento necessario per assicurare alle lavoratrici e ai lavoratori un'efficiente tutela giudiziaria dei diritti garantiti e degli interessi protetti dalla legge medesima.

Nel testo definitivo, l'art. 15 prevedeva che, su ricorso del lavoratore o, per sua delega, dell'organizzazione sindacale, il pretore (ora il Tribunale in funzione di giudice del lavoro), con decreto motivato immediatamente esecutivo, potesse ordinare la cessazione dei comportamenti diretti a violare le disposizioni di cui agli artt. 1 e 5 della legge, e potesse rimuoverne gli effetti. I commi 2°, 3° e 4° dell'art. 15, modellati sull'art. 28 St. Lav., regolavano l'efficacia esecutiva del decreto: l'opposizione al decreto secondo il coordinamento con la legge n. 533/1973, già attuato, per l'art. 28 St. Lav., dalla legge 8 novembre 1977, n. 847⁷⁵.

L'ordine era dato "all'autore" del comportamento denunciato (chiunque, quindi, non solo il datore, come invece per l'art. 28 St. Lav.), assunte le sommarie informazioni e ritenuta sussistente la violazione di cui al ricorso.

L'efficacia del decreto esecutivo non poteva essere revocata fino alla sentenza con cui il pretore definiva il giudizio.

Contro il decreto era ammessa, entro quindici giorni dalla comunicazione alle parti, opposizione davanti al pretore, che decideva con sentenza immediatamente esecutiva.

L'inottemperanza al decreto di cui al primo comma o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione era punita ai sensi dell'art. 650 del codice penale (inosservanza di provvedimenti dell'Autorità, punita con l'arresto fino a tre mesi e con un'ammenda).

Ove le violazioni di cui al primo comma avessero riguardato dipendenti pubblici, si applicavano le norme previste in materia di sospensione dell'atto dell'art. 21, ultimo comma, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034. Con questo ultimo comma si confermavano le gravi disparità di trattamento esistenti fra i lavoratori del settore privato e i pubblici dipendenti in quanto a tutela giurisdizionale. La sospensione dell'atto amministrativo non era affatto omologa al

74. Così Fabrizio Amato, "Codificazioni mancate: riflessioni critiche sul codice delle pari opportunità", in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio – il quadro comunitario e nazionale* (a cura di Marzia Barbera), Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 242. Alla medesima soluzione perviene A. Guariso, "Le soluzioni conciliative", op. cit., nella disamina dell'art. 39.

75. Cfr. Borghesi, "La nuova legge di coordinamento tra procedimento per la repressione dell'attività antisindacale e rito del lavoro", in *Riv. giur. lav.*, 1977, I, p. 761 ss.

decreto emesso dal pretore in via d'urgenza. Anzitutto, il procedimento per ottenere in via d'urgenza la sospensione dell'atto amministrativo ha carattere cautelare, mentre il procedimento regolato dai primi quattro commi dell'art. 15 (sul modello dell'art. 28 St. lav.) non ha tale carattere⁷⁶. Poiché la sospensione dell'atto amministrativo era una misura cautelare, doveva essere correlata ad un giudizio di impugnazione dell'atto: era così esclusa la tutela in via urgente quando il comportamento discriminatorio della P.A. non si fosse concretato in un atto impugnabile. L'utilizzo del procedimento cautelare si appalesava difficile, anche quando l'atto avesse avuto contenuto negativo; questo avveniva per le discriminazioni nell'accesso al lavoro che si fossero concretizzate, ad esempio, nell'esclusione da un concorso. La mera sospensione dell'atto, infatti, non produceva effetti vantaggiosi per il ricorrente, che avrebbe avuto benefici solo da un comportamento attivo-reintegratorio dell'amministrazione⁷⁷.

Si riscontrava quindi la sussistenza di una disciplina riservata ai pubblici dipendenti e distinta da quella dei lavoratori del settore privato, regolata dal 1° al 4° comma dell'art. 15 della legge 903/77.

Inoltre, come è stato già evidenziato, il campo di applicazione dell'art. 15 era limitato alle violazioni degli artt. 1 (divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro) e 5 (divieto di lavoro notturno) della legge n. 903.

Secondo un orientamento comune agli interpreti della suddetta legge, il ricorso sarebbe stato esperibile anche nel caso di licenziamento intimato, per motivi discriminatori, durante o al termine del periodo di prova⁷⁸. Alla parola accesso, secondo questi interpreti, andava attribuito un significato più ampio di assunzione e poteva quindi ricomprendere anche il periodo di prova⁷⁹.

Poiché il licenziamento durante il periodo di prova era lo strumento più agevole, di cui il datore di lavoro disponesse per eludere il divieto di discriminazione nonché l'obbligo di assumere la lavoratrice avviata dall'ufficio di collocamento, era essenziale definire il periodo di prova come fase tipica dell'accesso al lavoro, soggetta, come tale, al controllo del pretore adito in via d'urgenza.

Oltre ai casi del rifiuto di assunzione delle lavoratrici o dei lavoratori avviati su richiesta numerica⁸⁰, la tutela predisposta dall'art. 15 operava nel campo

76. Cfr. per tutti, Andrea Proto Pisani, *Studi di diritto processuale del lavoro*, Milano, 1976, p. 30 ss.

77. In proposito cfr. le osservazioni di Rapisarda, in *Legge 9 dicembre 1977, n. 903, cit., sub. art. 15*, 1978, p. 843; l'A. ricorda che la giurisprudenza ammette con riserva il ricorrente al concorso dal quale era stato escluso.

78. L'importanza di ricomprendere il periodo di prova nell'accesso al lavoro (ai fini dell'esperibilità del ricorso ex art. 15) è sottolineata da Treu, *Legge 9 dicembre 1977, n. 903, cit., sub. art. 1*, 1978, p. 788.

79. Così Ballestrero, *Dalla tutela alla parità, cit.*, 1979, p. 275.

80. L'ipotesi non è presa in considerazione dalla dottrina. Scrive ad es. Giovanni Fabbrini, "Il procedimento sommario a tutela della lavoratrice", II, in *Foro it.*, 1977, V, *Il procedimento avanti il pretore*, c. 329, che se la donna non è avviata, dovrà avere strumenti di tutela contro l'o-

delle assunzioni su richiesta nominativa e passaggio diretto, fattispecie dove le ipotesi discriminatorie erano frequenti, ma di difficile individuazione. Occorre infine ricordare che, ai sensi degli artt. 1 e 15 della legge 903, la tutela operava anche rispetto alle discriminazioni attuate nelle fasi che precedono il contratto diretto fra datore di lavoro e lavoratore (come ad esempio con una generica offerta di lavoro, direttamente o indirettamente discriminatoria, pubblicata sulla stampa).

Ora il Codice del 2006, mutuando l'innovazione dalla riforma del 2000, estende l'ambito di applicazione dell'art. 15 della legge n. 903 a tutti i casi di possibile discriminazione di genere nell'ambito lavorativo.

Si è finalmente messo riparo, dopo molti anni, ad una singolare incongruenza legislativa, che aveva impedito una tutela più immediata e diretta per alcune discriminazioni per le quali la semplice declaratoria di nullità, propria della sentenza nel giudizio ordinario, mai avrebbe potuto sortire alcun concreto effetto ripristinatorio o reintegratorio⁸¹.

È vero che taluno⁸² in dottrina aveva optato per una lettura più innovativa del comma 10° del vecchio testo dell'art. 4, sostenendo che il richiamo dell'art. 15 citato, contenuto in tale comma, costituisse un semplice rinvio alla speciale procedura e non ai limiti oggettivi dell'azione esperibile. Ma una simile interpretazione non ha trovato grosso sostegno, nè particolari conferme nello scarno panorama giurisprudenziale.

5.1. La legittimazione attiva al ricorso d'urgenza prima e dopo il d. lgs. n. 196/00

L'art. 15 della legge n. 903/77 (ora art. 38 del Codice delle Pari Opportunità) prevedeva che il ricorso davanti al pretore fosse proposto ad iniziativa del lavoratore, o per sua delega, dalle organizzazioni sindacali, a differenza di quanto previsto dall'art. 28 dello Statuto dei Lavoratori (legge n. 300 del 1970).

Già dal 1° comma, nella versione originaria, si evinceva che legittimati attivi al ricorso erano esclusivamente il lavoratore e la lavoratrice. I fatti hanno dimostrato che la legittimazione rigorosamente individuale incidereva negativamente

perato dell'ufficio, ma non potrà addebitare alcun illecito al datore di lavoro. L'osservazione è corretta, ma propone il problema dell'esperibilità del ricorso davanti al pretore (art. 15, 1° c.) contro l'ufficio di collocamento, pubblica amministrazione responsabile della discriminazione. Aggiunge poi Fabbrini che se la donna, una volta avviata dall'ufficio di collocamento, non viene assunta dal datore di lavoro dovrà essere tutelata come soggetto avviato e non assunto e non come lavoratrice discriminata nell'accesso al lavoro.

81. Così Laura Curcio, "Il piano di azioni positive giudiziale, le procedure d'urgenza, l'inottemperanza alla sentenza, il raccordo con l'art. 15, l. n. 903/77 e con l'art. 410 c.p.c.", in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 3, 2003, p. 776.

82. Così Catalini Tonelli, *Primi interrogativi*, cit., 1991, p. 54 ss.

mente sulla pratica utilizzazione della legge: “a causa (...) 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”⁸³.

La legittimazione individuale al ricorso *ex art.* 15 non escludeva che gli interessi protetti dagli artt. 1 e 5 della legge n. 903 potessero avere dimensione e rilevanza collettive. La formulazione dell’art. 15, 1° c., lascia però irrisolti i problemi di tutela giurisdizionale degli interessi “diffusi” di natura sociale e politica, di cui si fanno portatori i c.d. enti esponenziali (ad es., le organizzazioni femminili). Si tratta di interessi lesi dal “plurioffensivo” comportamento discriminatorio.

Dalla lettura del 1° comma dell’art. 15 non poteva trarsi altro risultato se non l’esclusione, dal novero dei legittimati ad agire in autonomia, dei sindacati e di ogni altro ente o associazione, per i quali restavano tuttavia disponibili gli strumenti processuali ordinari, compresa la procedura d’urgenza *ex art.* 700 c.p.c.⁸⁴. Le esperienze che si fecero nei processi penali, dove non senza contrasti, si è ritenuta ammissibile la costituzione di parte civile di organizzazioni come il Movimento di Liberazione delle Donne (M.L.D.)⁸⁵, hanno potuto agevolare il riconoscimento dell’interesse ad agire (*ex art.* 100 c.p.c.) di gruppi rappresentativi, portatori di interessi collettivi e diffusi.

Il sindacato, comunque, poteva esperire autonomamente il ricorso *ex art.* 28 St. Lav., quando nella discriminazione fosse ravvisabile una lesione dell’interesse sindacale, nel senso ampio e “bipolare” (cioè individuale e collettivo insieme).

La maggioranza degli autori⁸⁶ impegnati nello studio della materia hanno ritenuto, se pur indicando soluzioni diverse, di non condividere pienamente la

83. Così Ballestrero, *Dalla tutela alla parità, cit.*, 1979, p. 273.

84. Così Luigi Ventura, “La legge sulla parità fra uomo e donna nel rapporto di lavoro”, in R. De Luca Tamajo e L. Ventura (a cura di), *Il diritto del lavoro nell’emergenza*, Napoli, 1979, pp. 257 ss., in particolare p. 277.

85. Si tratta dell’ordinanza del Pret. Di Rho, 31 maggio 1979 (inedita) che dichiarò ammissibile la costituzione di parte civile del M.L.D., riconoscendo l’interesse del movimento ad una puntuale applicazione ed al rispetto della legge 903 (e dunque il danno diretto, non patrimoniale, procurato alle donne dalla consumazione del reato)

86. Le critiche alla legittimazione individuale provengono dai commentatori più accreditati, in particolare: Rapisarda, *Commento all’art. 15 della legge 9 dicembre 1977 n. 903, cit.*, 1978, p. 831, e Giulio Giugni, *Intervento*, in *La disciplina giuridica del lavoro femminile*, in *Atti delle giornate di studio di Abano Terme*, 16-17 aprile 1977, Milano, 1978, p. 121, auspicano la legittimazione ad agire autonoma del sindacato per far fronte alla disparità di forze tra le parti in causa, mentre Ballestrero, *Dalla tutela alla parità, cit.*, 1979, p. 270, De Angelis, “La legge di parità uomo donna nella prassi giurisprudenziale”, in *Diritto del lavoro*, 1980, 1,343, Giuseppe Pera, “Il procedimento sommario a tutela della parità della lavoratrice, introduzione”, in *Foro it.*, 1977, parte 5, vol. 2, p. 326, ritengono opportuno o quanto meno priva di ostacoli formali la legittimazione delle associazioni per la tutela dei diritti delle donne; favorevole ad una triplice legittimazione sembra essersi dimostrato Treu, *Intervento*, in *La disciplina giuridica del lavoro femminile, op. cit.*, 1977, p. 179.

riserva di legittimazione ad agire individuale introdotta dal legislatore, adducendo essenzialmente due motivazioni:

- a) la disparità fra le parti in causa si concreta in una situazione di disuguaglianza sostanziale a danno delle donne, tale da far auspicare un “supporto” alle pretese singolarmente avanzate, in grado di permettere alle lavoratrici di emergere dalla consolidata situazione di debolezza in cui si trovano;
- b) la legittimazione ad agire concessa a gruppi esponenziali assicura un migliore utilizzo degli strumenti processuali che l’ordinamento ha inteso mettere a disposizione.

Apriamo una breve parentesi per segnalare il giudizio decisamente favorevole rispetto alla scelta del legislatore, o meglio la contrarietà all’attribuzione della possibilità di agire autonomamente al sindacato, espressa da chi riteneva che le violazioni colpite dall’art. 15 non costituissero un comportamento anti-sindacale, e quindi non si potesse prendere a modello l’art. 28 dello statuto dei lavoratori per giudicare restrittiva la previsione della norma di cui sopra. Poiché si tratta invece di una violazione del diritto all’eguaglianza, alla pari dignità sociale, al lavoro, all’accesso non discriminante, all’istruzione, la titolarità della difesa di questi diritti non poteva che spettare esclusivamente al lavoratore e non poteva essere delegata, neanche per legge, ad organismi come i sindacati.

Per quanto riguarda la natura dell’interesse tutelato, siamo in presenza di un diritto soggettivo che sotto il profilo sostanziale si colloca in un’area intermedia tra gli stessi diritti soggettivi e gli interessi collettivi, dando luogo a quella nozione di “diritto soggettivo a rilevanza collettiva” che sembra, secondo i sostenitori di questo pensiero, la più vicina alla disciplina contenuta negli articoli 1 e 15 della legge in questione.

Se è il profilo individuale a rimanere prevalente di fronte alla così detta bipolarità della situazione sostanziale ed alla così detta plurioffensività della discriminazione denunciata, se è prevalente l’interesse alla gestione ed alla risoluzione del conflitto per violazione del trattamento paritario nella sua veste di vertenza individuale, niente impedisce di assumere quest’ultimo come un episodio specifico, esemplare del più vasto conflitto fra i sessi⁸⁷.

Con il d. lgs. n. 196/00, riconfermato dal Codice del 2006, è stata introdotta la possibilità che l’azione in giudizio venga proposta “anche” dalla/dal Consigliera/e regionale di parità su delega della lavoratrice o del lavoratore: tale possibilità sembrerebbe allargare sensibilmente il raggio di azione delle cause contro le discriminazioni.

L’aggiustamento dell’art. 15 è avvenuto anche per rendere più “appetibile” uno strumento utilizzato in oltre vent’anni in maniera ancora più ridotta di

87. Renata Paolini, “Considerazioni generali sulla legge 9 dicembre 1977, n. 903: in particolare sul procedimento speciale *ex art. 15*”, parte seconda, in *Dir. lav.*, 1981, 1, p. 468.

quanto sia stato il ricorso alle azioni previste dall'art. 4 della legge 125: la casistica di azioni in giudizio proposte ai sensi dell'art. 15 legge 903, infatti, si risolve in poche unità di controversie.

Questo procedimento diviene quindi azione generale per contrastare le discriminazioni individuali e consente alla/al lavoratrice/tore di non comparire direttamente in giudizio (intuitivamente gravoso e "penoso" in aggiunta per chi già assume discriminazioni "odiose" nell'ambito lavorativo), supponendo in questo modo di ampliarne la ricorribilità.

In conclusione, si può dire che la previsione della possibile 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 fattori tecnici che non sono egualmente in possesso delle OOS*"⁸⁸.

L'importanza sociale della lotta alle discriminazioni di genere e la predisposizione di misure che siano dirette a rimuovere le disuguaglianze ed a creare pari opportunità sono finalità di grande spessore, come la normativa europea ha ormai da anni evidenziato, tanto da ricorrere, per la realizzazione di questi fini da parte del legislatore, anche a tecniche processuali più rafforzate, in favore della parte più debole.

5.2. La legittimazione ad agire del sindacato

La legittimazione ad agire concessa in via autonoma (e congiunta) alle organizzazioni sindacali "*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*"⁸⁹.

La presenza del sindacato in giudizio può essere giustificata dall'applicabilità delle norme ordinarie relative all'intervento in causa *ex artt.* 105, 106 e 107 del codice di procedura civile.

Se alcuni sostengono l'ammissibilità dell'intervento in causa da parte delle organizzazioni sindacali quando la controversia riguarda l'interpretazione di un contratto collettivo⁹⁰, altri ricomprendono la fattispecie di discriminazione sessuale in materia di lavoro nella nozione di "antisindacalità" ed ammettono la legittimazione ad intervenire del sindacato *ex art.* 105 c.p.c. come direttamente derivante dall'art. 28 St. Lav⁹¹.

88. L'espressione è di Laura Curcio, *Il piano di azioni positive, cit.*, 2003, p. 776.

89. L'espressione è di Rapisarda, *Commento all'art. 15 della legge 9 dicembre 1977, cit.*, 1978, p. 832.

90. In questo senso: Treu, "Riforma del processo del lavoro e ruolo del sindacato", in *Riv. giur. lav.*, 1973, 1, p. 344.

91. Lamberto Lanfranchi "Nuovo processo del lavoro, Statuto, tutela dei lavoratori e del sindacato", in *Riv. giur. lav.*, 1973, 1, p. 350.

In base al presupposto che nelle discriminazioni di sesso a carico di uno o più soggetti è ravvisabile una lesione dell'interesse sindacale (inteso nel senso di rispetto dei valori di libertà e eguaglianza nei luoghi di lavoro), risulta esperibile sia l'intervento del sindacato nel procedimento iniziato dal lavoratore *ex art. 15*, sia, in via autonoma da parte delle organizzazioni sindacali, l'azione per la repressione della condotta antisindacale prevista dall'art. 28 legge n. 300 del 1970.

La legittimazione ad agire spetta esclusivamente alla lavoratrice (o al lavoratore) così come previsto dall'art. 15, 1° c., anche secondo una delle più decise sostenitrici⁹² della legittimazione del sindacato, ogni qualvolta il comportamento discriminatorio venga posto in essere nel momento del "contatto diretto" tra il lavoratore e il datore di lavoro. L'estensione dei soggetti legittimati potrebbe quindi realizzarsi, sempre secondo la stessa autrice, solo quando la discriminazione sia posta in essere "nella fase anteriore al contatto diretto" tra i soggetti⁹³.

Dobbiamo, comunque, ricordare l'atteggiamento tenuto dal sindacato⁹⁴, che esprimendo un giudizio positivo in relazione alla scelta legislativa, ha manifestato scarsa disponibilità a farsi carico delle iniziative contro le discriminazioni sessuali sul lavoro, dimostrando quindi in un certo senso di non gradire l'attribuzione della legittimazione in via autonoma.

I motivi addotti dal sindacato per giustificare l'approvazione della opzione legislativa sono essenzialmente due: si ritiene che la sua legittimazione autonoma priverebbe il lavoratore della possibilità di avvalersi dello strumento processuale, per la tutela di un proprio diritto, e soprattutto, elevando l'intervento contro le discriminazioni di sesso ad interesse sindacale, si verificherebbe una determinazione in via legislativa della sfera di interessi del sindacato stesso, ritenuta certo non opportuna.

Tuttavia, anche autorevoli commentatori⁹⁵ hanno sostenuto la scelta di non attribuire la legittimazione ad agire autonoma al sindacato, nella convinzione che la tutela delle discriminazioni di sesso crei conflitti d'interesse tra lavoratori di sesso diverso, ponendo le organizzazioni sindacali in estrema difficoltà nel momento di scegliere quale interesse sacrificare.

Va ricordato che a sostegno dell'opportunità di attribuire al sindacato la possibilità di proporre ricorso contro discriminazioni di sesso è intervenuto il

92. Rapisarda, *Commento all'art. 15 della legge 9 dicembre 1977, cit.*, 1978, p. 834.

93. Si pensi al caso concretamente verificatosi, di una banca che mettendosi in contatto con i presidi degli istituti tecnici commerciali per ottenere l'esito degli esami di maturità prima della pubblicazione dei quadri si limitò a domandare i dati relativi ai neodiplomati di sesso maschile. Caso segnalato in appendice a Treu, *Lavoro femminile e uguaglianza*, De Donato, 1977, p. 120.

94. Aa.Vv., *Un procedimento sommario contro le discriminazioni*, in *I diritti dei lavoratori*, n. 12-13, 1977, p. 18.

95. Cfr. per tutti, L. De Angelis, "La legge di parità uomo donna nella prassi giurisprudenziale", in *Diritto del lavoro*, 1980, 1,344.

giudice amministrativo⁹⁶ che se pur con una decisione rimasta isolata, ha affermato che: *“le associazioni sindacali, pur se sforate della delega dei lavoratori interessati, sono legittimate autonomamente ad esperire davanti al giudice amministrativo l’azione di cui all’art. 15 legge 903/1977, per chiedere l’annullamento della clausola di un ente pubblico non economico (...)”*.

Il collegio ha motivato la pronuncia sostenendo che la delega è necessaria solo per l’instaurazione del “giudizio cautelare” che si svolge davanti al pretore in funzione di giudice del lavoro, oppure qualora si tratti di violazione inerente i dipendenti pubblici, per domandare la sospensione dell’atto amministrativo al T.a.r competente. *“Ma non ritiene il collegio che la delega sia necessaria nel giudizio di merito, dato che in questo viene in gioco la questione di fondo che interessa non solo il lavoratore (o l’aspirante ad un determinato posto di lavoro) ma l’intera categoria cui egli appartiene (o aspira ad appartenere), e pertanto correttamente per la tutela dell’interesse di tale categoria può ritenersi che possa agire in giudizio l’organizzazione sindacale, anche a prescindere dalla delega o procura speciale del singolo lavoratore che si prenda leso”*.

Questa interpretazione è stata rifiutata dal Consiglio di Stato⁹⁷ affermando che alle associazioni sindacali non può essere attribuita legittimazione ad agire in giudizio se non su delega del lavoratore, ma soltanto la *“qualificazione processuale di interveniente adesivo nel giudizio promosso dall’interessato (...) per la tutela di diretti e personali interessi in conformità dell’ordinamento”*.

5.3. La legittimazione ad agire delle associazioni femminili

La “debolezza storica” delle lavoratrici, ha comunque posto in evidenza la necessità di trovare un’alternativa alla rigida previsione dell’art. 15, prospettando la possibilità di un intervento delle associazioni femminili il cui scopo primario e naturale è da sempre la salvaguardia dei diritti delle donne.

96. T.A.R. Lazio, sezione I, 20 settembre 1979, n. 734, in *Foro italiano*, 1979, parte 3, p. 669. Il collegio ha accolto i ricorsi presentati dalla lavoratrice e dalle associazioni sindacali (C.G.I.L., C.I.S.L., U.I.L.) in via autonoma dichiarando illegittima per violazione dell’art. I della legge 903 la norma del bando di concorso per 70 posti di usciere presso la Banca d’Italia che ammetteva al concorso soltanto coloro che avessero appartenuto per almeno due anni all’arma dei carabinieri o al corpo della guardia di finanza o della pubblica sicurezza. I ricorrenti lamentavano che con il meccanismo della richiesta di appartenenza alle forze armate le donne erano indirettamente escluse dal concorso in quanto, come è noto, le donne non erano ammesse a far parte di detti corpi. La difesa dell’amministrazione non negava la discriminazione, ma sosteneva le “ragioni di opportunità”, come la eventuale difesa dei valori custoditi nella banca da possibili rapinatori, che sconsigliavano l’impiego delle donne nei compiti di usciere.

97. Consiglio di Stato, sez. 6, 24 settembre 1983, n. 686, in *Il Consiglio di Stato*, 1983, 1, p. 931. Il giudice ha comunque confermato la decisione del T.A.R. in ordine alla illegittimità della norma del bando di concorso indetto dalla Banca d’Italia.

Tuttavia l'art. 15 della legge n. 903 tace sull'eventuale legittimazione attiva delle organizzazioni autonome delle donne, negando, in tal modo, specificità alla condizione femminile. Così facendo il legislatore non ha considerato il verificarsi della possibilità che reali difficoltà si potessero frapporre ad una attiva ed adeguata partecipazione delle donne all'interno delle organizzazioni politiche e sindacali tradizionalmente maschili⁹⁸.

È stato scritto⁹⁹ che una simile legittimazione si porrebbe in “*contrasto con il sistema delle relazioni sindacali*” considerate come privilegiate dalla Costituzione, e quindi avrebbe incontrato difficoltà di ordine soprattutto politico, anche perché non era semplice prevedere se e come avrebbe potuto configurarsi la partecipazione delle organizzazioni femminili o femministe all'interno del processo.

Nell'accogliere la tesi della loro presenza al processo, è stato fatto riferimento da più parti¹⁰⁰ alla costituzione di parte civile a cui sono state ammesse le associazioni in difesa dei diritti delle donne nei processi penali per violenza carnale¹⁰¹, dimostrando così di non ignorare la richiesta di partecipazione delle donne alle battaglie per il riconoscimento dei propri diritti. Rispettando questa linea di pensiero, la partecipazione delle associazioni femminili nel processo instaurato ex art. 15 è stata configurata come “intervento adesivo dipendente” (così come previsto dall'art. 105, 2° c., c.p.c.), nell'intento non di far valere un diritto, ma semplicemente di esprimere la volontà di aderire alla domanda della lavoratrice per favorirne il risultato positivo.

Siamo in presenza di una ricostruzione particolare, in quanto l'intervento delle organizzazioni femminili si sostanzia, in questo caso, nella generica aspettativa di un vantaggio concreto, anche se dal punto di vista sostanziale solo riflesso, consistente nella tutela degli interessi superindividuali coinvolti nel processo¹⁰².

Si inserisce in modo innovativo e del tutto in linea con l'indirizzo comunitario, la legge n. 101/2008, di conversione del decreto “salva-infrazione” n. 58/2008, che, come già accennato, allarga lo spettro dei possibili delegati dal lavoratore, ad adire il Tribunale per tutelare giudiziale contro le discriminazioni, oltre che alle organizzazioni sindacali, anche alle associazioni e organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso.

98. Ballestrero, *Dalla tutela alla parità, cit.*, 1979, p. 242.

99. Cecilia Assanti, “La disciplina giuridica del lavoro femminile”, in *Riv. giuridica del lavoro*, 1977, 1, p. 35.

100. Ballestrero, *Dalla tutela, cit.*, p. 273 e De Angelis, “La legge di parità uomo donna nella prassi giurisprudenziale”, in *Diritto del lavoro*, 1980, 1, p. 345.

101. In questo senso: Pretore di Rho, 31 maggio 1979, in *Riv. giuridica del lavoro*, 1979, 4, p.498, che ha dichiarato ammissibile la costituzione di parte civile del M.L.D., riconoscendo il danno diretto e non patrimoniale procurato alle donne dalla consumazione del reato.

102. Paolini “Considerazioni generali sulla legge 9 dicembre 1977, n. 903: in particolare sul procedimento speciale ex art. 15, parte seconda”, in *Diritto del lavoro*, 1981, pp. 470-471.

5.4. *L'interesse a ricorrere*

Nel dibattito sull'interesse ad agire si sono posti in evidenza i limiti e le condizioni dell'esperibilità del meccanismo processuale previsto dall'art. 15 in risposta alle richieste di tutela contro le discriminazioni provenienti dal mondo del lavoro femminile. Al riguardo confrontiamo *“la rigida specificità della tesi proposta dal Fabbrini ed il possibilismo della posizione assunta dalla Rapisarda”*¹⁰³.

Giovanni Fabbrini¹⁰⁴ sosteneva che seguendo *“il buon senso”*, ai fini in esame rilevano sempre almeno tre elementi: la qualificazione professionale, lo spazio e il tempo. Secondo l'autore, la qualificazione professionale e lo spazio, potevano essere individuati attraverso *“requisiti formalizzati di incontrovertibile accertamento anche in un procedimento sommario”*, quali la residenza e l'appartenenza ad una determinata categoria professionale verificabile dal libretto di lavoro o dalle liste di collocamento.

Per il fattore *“tempo”*, invece, sembra *“sommariamente necessaria”* la previsione di una disciplina espressa *“per istituire un qualche rapporto di immediatezza fra comportamento discriminatorio e reazione”* nel senso che, se la discriminazione è stata commessa in un determinato periodo, la lavoratrice deve poter reagire, ex art. 15, con l'adeguata *“urgenza”*, e non dopo anni.

Cristina Rapisarda risponde, alla tesi prospettata dal Fabbrini, condividendo, nonostante il silenzio della legge, soltanto uno dei suesposti requisiti, ossia la necessità della qualificazione professionale come requisito necessario per l'assunzione.

L'autrice ha utilizzato le argomentazioni relative all'art. 28 St. Lav. per sostenere l'irrelevanza dell'elemento *“tempo”* ai fini della sussistenza dell'interesse ad agire; ha affermato, infatti, che *“il problema è strettamente connesso al contenuto tipicamente preventivo impresso all'azione ex art. 15 dalla previsione del potere del pretore di emanare, accanto all'ordine di rimozione degli effetti, l'ulteriore e preliminare ordine di cessazione del comportamento illegittimo (...)”*¹⁰⁵.

Se si ammette, infatti, la possibilità di esperire l'azione prevista dall'art. 15 anche nel caso in cui il comportamento discriminatorio sia cessato, non producendo più i suoi effetti, il provvedimento di condanna, in caso di un suo accoglimento, potrà svolgere funzione preventiva, evitando soltanto la ripetizione dell'illecito in quanto non sussiste più alcun effetto da rimuovere.

In relazione a queste considerazioni, *“viene meno la concreta possibilità di vincolare l'esistenza dell'interesse a ricorrere a requisiti di carattere tempora-*

103. Paolini *Considerazioni generali, cit.*, parte seconda, 1981, p. 473.

104. Fabbrini, *“Il procedimento sommario a tutela della parità della lavoratrice: il procedimento avanti al pretore”*, in *Foro italiano*, 1977, 2, p. 332.

105. Rapisarda, in *Legge 9 dicembre 1977, n. 903, cit.*, 1978, p. 834.

le, quanto meno sotto il profilo della suscettibilità della condotta illegittima a divenire improduttiva di effetti da rimuovere”¹⁰⁶.

Inoltre, l’ipotesi di vincolare l’interesse ad agire anche ad un presupposto di “spazio” quale potrebbe essere appunto la residenza, non è condivisibile, in quanto si verrebbe ad incidere sulla sfera di valutazione personale della lavoratrice che deve ritenersi libera di scegliere se trasferirsi oppure no dal proprio luogo di residenza per svolgere un’attività lavorativa.

Dobbiamo inoltre ricordare che in relazione ad un provvedimento pronunciato dal pretore di Teramo¹⁰⁷, che ha affrontato il problema della determinazione dell’interesse ad agire, è stato scritto che per impugnare la legittimità di un bando di concorso, come nel caso in esame, risulta sufficiente “*la premessa che il soggetto pregiudicato dai requisiti discriminatori ne venga a conoscenza*”. È decisamente insostenibile la necessità di calcoli del tutto aleatori “*circa l’effettiva probabilità di assunzione al lavoro quando il diritto alla parità nell’accesso sia già lesa dalla predisposizione dei requisiti viziati da pregiudizi sessuali e l’interesse all’azione sia già determinato sulla base della medesima lesione*”¹⁰⁸.

In questo si conferma che: anche se l’art. 1 della legge n. 903/77 non garantisce l’assunzione effettiva, ponendo invece l’accento sulla necessità dell’adozione di criteri corretti per l’attribuzione dei posti di lavoro, la tutela processuale è diretta a reprimere le scorrettezze di tali criteri, le quali assumono la forma “di comportamenti” preordinati a realizzare la discriminazione senza necessità che questa si sia effettivamente realizzata.

106. Rapisarda, in *Legge 9 dicembre 1977, cit.*, 1978, p. 834.

107. Pretore di Teramo, 24 febbraio 1978, in *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 1978, p. 791. Il provvedimento è stato pronunciato in seguito al ricorso presentato da una partecipante al concorso per titoli ed esami per otto posti di impiegato con mansioni di cassiere bandito dalla Cassa di Risparmio della Provincia di Teramo il 22 novembre 1976. La ricorrente, che aveva conseguito l’idoneità, faceva valere contro l’istituto di credito il comportamento discriminatorio da esso tenuto ai sensi dell’art. 1 della legge 9 dicembre 1977 n. 903, concretatosi nella valutazione ai fini della graduatoria dell’avvenuta prestazione del servizio militare, chiedendo, a norma degli art. 1 e 15 della legge 903 la cessazione del comportamento discriminatorio con ogni conseguenza di legge. La convenuta Cassa di Risparmio eccepeva il difetto di interesse ad agire “*posto che la denega del punteggio per servizio militare avrebbe comportato l’acquisizione di un solo punto in capo alla ricorrente e il probabile spostamento dal posto ventottesimo (attuale collocazione in graduatoria) al posto ventisettesimo*”. Il pretore dopo essersi abbandonato ad “*apprezzamenti*” sul valore del servizio militare sottolineando che la difesa della patria è “*dovere sacro del cittadino la cui violazione è punita con sanzioni penali*” ed ancora che “*...presenta rischi e pericoli di vario tipo (...)*”, arrivava a sostenere che la ricorrente era priva dell’interesse ad agire perché vista la posizione in graduatoria, una sua vittoria e corrispondente assunzione in servizio, avrebbe presupposto la rinuncia da parte di molti concorrenti con punteggio superiore, prospettiva questa definita “*futuristica quasi per absurdum che mette in evidenza, ex se, ogni difetto d’interesse*”.

108. Paolini, *Considerazioni generali sulla legge 9 dicembre 1977, n. 903, cit.*, 1981, 1, p. 476.

5.5. La legittimazione passiva

Diversamente dal ricorso regolato dall'art. 28 St. Lav., dove legittimato passivo è (solo) il datore di lavoro, in quello *ex art. 15* della l. n. 903 il legittimato passivo è genericamente individuato nell'"autore del comportamento denunciato". La genericità della previsione è giustificata dalla circostanza che autori delle discriminazioni di cui all'art. 1 (accesso al lavoro) possono essere soggetti diversi dal datore di lavoro¹⁰⁹.

Una formulazione generica come quella indicata dalla norma permette, in relazione ai casi di discriminazione attuata a mezzo stampa o in materia di formazione professionale, di ipotizzare la responsabilità della discriminazione anche da parte di chi abbia, ad esempio, diffuso il messaggio discriminatorio¹¹⁰.

In realtà, la distinzione attuata dal legislatore, se guardiamo ai pochi provvedimenti emanati dal pretore *ex art. 15*, è rimasta lettera morta, non risultando almeno tra le decisioni edite nessun riferimento ad un soggetto diverso dal datore di lavoro.

5.6. L'art. 15 della legge 903/77 (ora art. 38 del Codice P.O.) e l'art. 28 della legge 300/70

Il procedimento *ex art. 15* della legge 903 del 1977 e la repressione della condotta antisindacale prevista dall'art. 28 dello Statuto dei Lavoratori si differenziano sia nel soggetto legittimato all'azione ("il lavoratore" per la legge n. 903, ora "la persona" in senso generico, e "l'organizzazione sindacale" per lo Statuto) sia in quello legittimato a contraddire ("l'autore del comportamento denunciato" per la legge 903, e solo "il datore di lavoro" per lo Statuto).

In realtà a parte queste differenze, dal tenore dell'art. 15 si deduce che il procedimento per la repressione delle discriminazioni di sesso riproduce il modello regolato dall'art. 28 St. Lav.: vediamo i punti d'incontro.

Nella fase sommaria, il pretore, ora Tribunale, giudice del lavoro, è "competente per materia" a conoscere del comportamento denunciato, così come

109. Cfr. Ballestrero, *Dalla tutela alla parità*, cit., 1979, p. 274; M. Rubino Massimo, "Aspetti processuali della legge sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro privato e di pubblico impiego", in *Lavoro* 80, 1978, 1, p. 17; C. Rapisarda, *Commento all'art. 15 della legge 9 dicembre 1977*, cit., 1978, p. 835. *Contra* Fabbrini, "Il procedimento sommario a tutela della lavoratrice", II, in *Foro it.*, 1977, V, *Il procedimento avanti il pretore*, 1977, p. 331, che commentando il disegno di legge a monte della legge 903 si augura che in sede di approvazione definitiva, venga superata "l'attuale ambiguità" in modo che il contraddittorio si instauri sempre con il datore di lavoro, considerato dall'autore il soggetto sul cui patrimonio si riverse- ranno gli effetti del provvedimento del giudice.

110. Cfr. Rapisarda, *Commento all'art. 15*, cit., 1978, p. 835.

competente per territorio è lo stesso giudice “del luogo ove è avvenuto il comportamento denunciato”. Vi è una piccola difformità letterale rispetto all’art. 28, in cui si fa riferimento al “luogo ove è posto in essere il comportamento denunciato”. In sede interpretativa in caso di non coincidenza tra il luogo in cui è stata emanato il provvedimento illegittimo e quello in cui è stato concretamente posto in essere, si è sostenuto che dovesse prevalere quest’ultimo ai fini della determinazione della competenza per territorio¹¹¹.

Per la fase dell’opposizione invece, la competenza è stata determinata con un completo rinvio al 3° c. dell’art. 28 legge 300 del 1970. L’art. 15 prescrive un termine di due giorni successivi al deposito del ricorso, in cui il pretore (ora giudice del lavoro) dovrà, convocate le parti e assunte sommarie informazioni, emanare il decreto di accoglimento o di rigetto del ricorso stesso. Detto termine non avendo carattere perentorio ma ordinatorio, risulta inidoneo ad influire sulla validità del provvedimento finale¹¹².

Infine va ricordato che la legge n. 903/77 pone a carico della lavoratrice l’onere di provare l’illegittimità del comportamento denunciato, mentre, come già accennato in precedenza, in ordine a questa specifica previsione la legge n. 125 del 1991, il d. lgs. n. 196 del 2000 ed in ultimo il Codice delle Pari Opportunità, con le modifiche relative, hanno profondamente innovato, prevedendo l’inversione dell’onere della prova ovvero, in altre parole, hanno posto a carico del convenuto la prova sulla insussistenza della discriminazione.

5.7. Il rapporto fra l’art. 15 della legge n. 903/77 e l’art. 700 c.p.c prima e dopo i decreti del 2000 e del 2006

Prima dell’emanazione del d. lgs. n. 196/00, trasposto nel Codice delle Pari Opportunità, si potevano ritenere vigenti due tipologie di tutele cautelari urgenti, l’art. 700 del c.p.c. e l’art. 15 della legge n. 903, procedimenti rispetto ai quali sono riscontrabili sia notevoli somiglianze che significative differenze.

Se infatti, l’art. 700 del c.p.c. subordina l’ammissibilità del ricorso alla “imminenza” e “irreparabilità” del danno, l’art. 15 della legge n. 903 non condiziona l’esperibilità dell’azione all’esistenza dei suddetti caratteri, facendo più genericamente riferimento a “comportamenti diretti a violare” i divieti di discriminazione contenuti nella stessa legge senza fare riferimento ad un pregiudizio concreto e tanto meno immediato e irreparabile¹¹³.

L’art. 15, inoltre, prevede la possibilità per il pretore di emanare un provvedimento immediatamente esecutivo che può divenire, in mancanza di opposi-

111. Cfr. Rapisarda, *Commento all’art. 15 della legge 9 dicembre 1977, cit.*, 1978, p. 835.

112. Cfr. Rapisarda, *Commento all’art. 15, cit.*, 1978, p. 836 e De Angelis, “La legge di parità nella prassi giurisprudenziale”, in *Riv. dir. lav.*, 1980, p. 337.

113. Cfr. Rubino, “Aspetti processuali della legge sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro privato e di pubblico impiego”, in *Lavoro* 80, 1978, 1, p. 16.

zione, “definitivo”, mentre il procedimento *ex art. 700 c.p.c.* offre una tutela sempre “provvisoria”. Infatti il provvedimento urgente perde i suoi effetti se non veniva seguito dalla fase ordinaria di merito.

L’art. 700 c.p.c. ha carattere più generale, non limitando la tutela in ordine all’oggetto ma vi si poteva far ricorso “solo” in presenza del “timore” di un danno imminente e irreparabile; il procedimento *ex art. 15*, invece, tutela solo la violazione di “determinate fattispecie” concrete espressamente previste dalla stessa legge “senza” però richiedere nessun carattere particolare, ma solo che sia stato posto in essere “un comportamento diretto a violare”.

Per concludere, prima del d. lgs. n. 196 si poteva affermare che “*da tutte queste differenziazioni emerge che si tratta di due forme diverse di tutela sommaria, le quali corrispondono a esigenze parallele ma in fattispecie con caratteri non uguali e hanno ambito e effetti diversi (.....). Pertanto il lavoratore dovrà individuare quella di esse che possa utilizzare nell’occorrenza, o eventualmente quella che gli risulti di maggior vantaggio*”¹¹⁴.

A causa delle novità e modifiche di applicazione dei provvedimenti d’urgenza introdotte dal d. lgs. n. 196, trasfuse nel Codice del 2006, l’art. 700 del c.p.c. risulta uno strumento di tutela a carattere residuale¹¹⁵; infatti non appare utilizzabile nelle azioni per discriminazione individuale e in quelle per discriminazione di carattere collettivo¹¹⁶, in quanto per le prime è generalizzato dall’art. 38 del Codice il ricorso al procedimento speciale di cui all’art. 15 della l. n. 903/77, il quale comprende, come novità introdotta dal medesimo che si provveda, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita, di cui abbiamo già trattato precedentemente; e per le

114. Cfr. Rubino, *Aspetti processuali, cit.*, 1978, pp. 15-16.

115. In realtà, come abbiamo visto, nelle disposizioni relative alla tutela processuale, il Codice delle Pari Opportunità non opera alcun sforzo sistematico e di coordinamento delle distinte discipline, ma si limita a trasporre le disposizioni esistenti, commettendo, inoltre, evidenti incidenti ricostruttivi, come per l’art. 38. Grazie a questi errori e madornali lacune commessi dal legislatore non si può, oggi, con certezza affermare che la tutela processuale individuale sommaria d’urgenza, apprestata dall’art. 38 del d. lgs. n. 198/2006, sia sostitutiva del procedimento attuabile con l’art. 700 c.p.c. e che detto articolo abbia un’operatività residuale. Per quanto riguarda il divieto di discriminazione nell’accesso alle prestazioni previdenziali, ricordiamo un recente caso giurisprudenziale, Tribunale di Firenze, sezione lavoro, 22/04-18/05 2008 (decr.), Est. Taiti, R. e consigliera di parità della provincia di Firenze (Avv. Capponi) c. S. s.r.l. ora P. s.p.a (Avv. Iovene, Olivetti e Scopinich), dove la Consigliera agisce in via d’urgenza, *ex art. 38*, d. lgs. n. 198/2006.

116. Nel senso dell’ammissibilità, cfr. Chiavassa, Hoesch, *Le azioni positive in giudizio, cit.*, 1992, p. 333. In senso contrario all’ammissibilità, cfr. Rapisarda, *La tutela dei soggetti discriminati, cit.*, 1994, p. 53 ss, in particolare, pp. 84-86. In giurisprudenza, sono note unicamente Tribunale di Roma 30 ottobre 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 335 che ritiene ammissibile il ricorso *ex art. 700 c.p.c.* ad opera di singole lavoratrici per ottenere l’ordine del datore di lavoro di definire un piano di rimozione di discriminazioni basate sul sesso; e Pretura di Bologna 27 giugno 1998, *ivi* 1999, I, 3424 che ha ritenuto ammissibile il ricorso *ex art. 15* della l. n. 903 anche da parte della Consigliera di parità regionale contro le discriminazioni collettive e con un *obiter dictum* ha altresì affermato che quest’ultima potrebbe anche utilizzare il ricorso all’art. 700 c.p.c.

seconde è introdotto un analogo procedimento speciale d'urgenza nell'art. 37 co. 4°.

5.8. Il rapporto e il reciproco ambito d'intervento tra la procedura d'urgenza del decreto legislativo n. 198/2006 e quella della legge n. 125/91

Come è stato già detto, con il 6° comma dell'art. 38 del Codice si fanno salve le disposizioni dell'art. 15 della legge 903, apportando una modifica consistente: l'art. 15, in precedenza strumento processuale utilizzabile soltanto per contrastare le discriminazioni di genere relative all'accesso al lavoro (art. 1, l. 903) e al divieto di lavoro notturno per le donne (art. 5, l. 903), nel Codice viene generalizzato per tutti i casi di possibile discriminazione di genere nell'ambito lavorativo. Viene, inoltre introdotta la possibilità di delega da parte della persona interessata (oltre che ad una organizzazione sindacale) alla/al Consigliera/e provinciale o regionale di parità.

Diviene quindi azione generale per contrastare le discriminazioni individuali e consente al lavoratore di non comparire direttamente in giudizio. Quanto illustrato in merito all'azione *ex art. 15* permette di vederne la diversità di base con il nuovo istituto del ricorso d'urgenza contro le discriminazioni collettive *ex 4°* comma dell'art. 37 del d. lgs. n. 198/06. L'uno è, infatti, operativo soltanto in ipotesi di discriminazioni autenticamente di tipo individuale (anche se plurime), l'altro nell'ambito di quelle collettive. In linea teorica, dunque, non si escludono a vicenda, potendo certamente ipotizzarsi all'interno di una condizione discriminatoria indifferenziata di tipo collettivo anche una concreta situazione di ulteriore discriminazione direttamente individuale.

Con l'estensione generalizzata dell'azionabilità dell'art. 15 legge 903/77 si supera l'asimmetria di tutela all'interno delle azioni individuali¹¹⁷. Il d. lgs. 198/2006 riconfermando il differente spessore della conclusione e dei destinatari dell'azione collettiva da quella individuale consente l'esclusione¹¹⁸ dell'interscambiabilità tra le azioni in giudizio; ossia l'esclusione della possibilità che, in caso di azione collettiva finalizzata alla definizione del piano, e anche se si tratti di discriminazione collettiva nella quale siano concretamente individuati i lavoratori interessati, le/i Consigliere/i possano chiedere, in via individuale, la diretta soddisfazione del diritto della lavoratrice o del lavoratore coinvolto. Ricordiamo, infatti, che i singoli lavoratori nell'azione pubblica non stanno in giudizio, nemmeno in virtù della delega alla/al Consigliera/e¹¹⁹.

117. Su cui Guarriello, *Le azioni in giudizio*, cit., 1992, p. 206; Catalini Tonelli, *Primi interrogativi*, cit., 1991, I, p. 53 ss.

118. Cfr. Rapisarda, *La tutela dei soggetti discriminati*, cit., 1994, p. 53 ss, in particolare, p. 82; D. Izzi, *Discriminazioni di sesso*, cit., 1994, p. 575.

119. Eventualmente sarà ipotizzabile che i singoli propongano intervento in causa, instaurando in questo caso un doppio giudizio, e fermo restando che in concreto il piano di rimozione

La sentenza accertativa della discriminazione a seguito dell'azione pubblica ha forza di giudicato nelle distinte ed eventuali azioni individuali.

È doveroso ricordare che il “carattere urgente” delle istanze di tutela formulate con le due distinte domande, ai sensi del comma 4° dell'art. 37 del Codice del 2006 e ai sensi dell'art. 15 della legge 903 del 1977, come modificato dal comma 6°, non presuppone neanche la condizione di procedibilità del tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c., come precisato dalla riforma del 2000 e trasposto nel Codice. La disposizione in verità si presenta superflua, come è già stato osservato¹²⁰ perché l'art. 412-*bis* c.p.c., al comma 6°, già consente la possibilità di concedere – e quindi di chiedere – dei provvedimenti speciali d'urgenza senza che vi sia stata la preventiva proposizione del tentativo di conciliazione.

Nei procedimenti di urgenza, dunque, la fase conciliativa sarà normalmente di natura “endoprocessuale”, coordinata quindi dal giudice che, per prassi ormai consolidata, anche in sede sommaria fa precedere comunque all'istruzione della causa un momento di tentativo di composizione della lite.

Ecco quindi che la presenza della/del Consigliera/e di parità in tale fase sarà particolarmente qualificata e necessaria per una definizione ed attuazione altresì di un possibile piano di rimozione delle discriminazioni, come esito di un percorso processuale di natura transattiva.

può disporre la tutela restitutoria delle posizioni individuali. Contrario a ogni ipotesi d'intervento “reciproco” nelle distinte azioni è Balena, *Gli aspetti processuali*, cit., p. 432.

Ha esaminato l'ipotesi speculare dell'intervento della Consigliera regionale di parità del Lazio in una procedura cautelare già iniziata da una lavoratrice Trib. Roma 25 gennaio 2001 (ord.), in *Riv. giur. lav.* 2001, II, 660, con nota di Trimboli, *I consiglieri di parità e il giudizio antidiscriminatorio*, cit., 2001, II, 662 ss., che ha dichiarato inammissibile il ricorso d'urgenza introdotto per l'azione pubblica dal comma 10° dell'art. 8 del decreto 196, presentato in sede d'intervento in un giudizio individuale ex art. 700 c.p.c., in quanto ritenuto proponibile soltanto in via autonoma. Trimboli continua dicendo che non è preclusa alle Consigliere la strada dell'intervento su delega nell'ambito di un procedimento cautelare. Infatti, la possibilità di un intervento del terzo in seno ad un giudizio non cognitivo qual'è quello cautelare, viene riconosciuta da parte della giurisprudenza (cfr. Cass. Civ., Sez. I, 13 marzo 1995, n. 2903, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 591; Trib. Roma 23 marzo 1995, in *Giust. civ.*, 1995, 1087. In assenza di una specifica disciplina dell'intervento del terzo, si deve fare riferimento alla normativa generale. ex art. 105, comma 2°, c.p.c., l'intervento volontario adesivo dipendente è l'istituto attraverso il quale un soggetto estraneo entra in un processo in corso per sostenere le ragioni di una delle parti, quando vi ha un proprio interesse giuridico. Questo tipo d'intervento, pur non facendo valere un proprio diritto in giudizio, chiede di favorire l'accoglimento della domanda, senza ampliarne il tema. La condizione richiesta dalla legge è che il terzo abbia un proprio interesse. Nel caso delle Consigliere di parità l'interesse di cui parla l'art. 105 comma 2° del c.p.c. viene addirittura individuato dalla legge 125/91 e dal d. lgs. 196/2000: esso consiste nel promuovere il rispetto del principio di non discriminazione e di pari opportunità. L'intervento può espletarsi entro i limiti temporali dell'art. 419 c.p.c. Sarebbe stato, quindi, preferibile tentare un intervento da parte della Consigliera di parità per il Lazio nelle forme della comparsa prescritta dall'art. 150 disp. att. cod. proc. civ. auspicando l'adesione del giudice romano al filone giurisprudenziale sopra citato.

120. Cfr. sul punto Ianniello, *Le procedure di conciliazione*, cit., 2003, pp. 747-748.

5.9. Cenni al contenuto del provvedimento di condanna

Torniamo adesso a parlare più direttamente della tutela assicurata dall'art. 15 della legge n. 903, soffermando la nostra attenzione, se pur brevemente, sul contenuto del provvedimento di condanna emanato dal pretore, oggi giudice del lavoro, al termine del procedimento sommario a seguito dell'accoglimento del ricorso presentato dalla lavoratrice.

Il legislatore ha ripetuto la formulazione dell'art. 28 St. Lav.: “*il pretore [...] ordina all'autore del comportamento denunciato [...] la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti*”. Come già avveniva nel modello che lo aveva ispirato, l'art. 15 prende in considerazione i “comportamenti”, dunque non solo atti unilaterali e negozi, ma comportamenti sia attivi che omissivi.

Come nell'art. 28 St. Lav., anche nell'art. 15 il contenuto del provvedimento di condanna è indicato in modo talmente generico da poter ricomprendere una gamma estremamente vasta di provvedimenti. È stato giustamente osservato che se la genericità della previsione in ordine al provvedimento di condanna contro la condotta antisindacale era giustificata dalla atipicità della stessa condotta, le fattispecie sostanziali di discriminazione sessuale espressamente delimitate dalla legge, avrebbero richiesto al legislatore maggior precisione e qualche ulteriore specificazione, per non lasciare agli interpreti ed in particolare ai giudici il peso di scelte difficili¹²¹.

Dall'ampia formulazione dell'art. 15 si può dedurre che la condanna avrebbe dovuto restaurare l'ordine giuridico violato, ripristinando la situazione sostanziale lesa dal comportamento discriminatorio.

La soluzione del problema era molto più complessa nei casi in cui la discriminazione si fosse realizzata mediante la mancata assunzione della lavoratrice o del lavoratore. Occorre preliminarmente sciogliere un dubbio: se il pretore, ora giudice del lavoro, potesse, rispettando i limiti che l'art. 15, 1° c. lo autorizzava ad emettere, ordinare l'assunzione del lavoratore discriminato, o se l'ordine di assumere rientrasse nei limiti della rimozione degli effetti del comportamento discriminatorio. La dottrina¹²² ha sostenuto che se il datore di lavoro avesse discriminato non assumendo, la mancata assunzione era l'effetto da rimuovere, e la rimozione poteva realizzarsi solo ordinando al datore di lavoro di tenere quel comportamento attivo (assunzione), che sarebbe servito a reintegrare la situazione soggettiva lesa dalla discriminazione.

Fuori dell'ipotesi dell'avviamento su richiesta numerica, l'ordine di assunzione non garantiva al lavoratore l'assunzione effettiva. L'ordine del giudice era assistito da una sanzione coattiva indiretta (art. 650 c.p.), ma si riproponevano per intero i problemi dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di

121. Cfr. Ballestrero, *Dalla tutela alla parità*, cit., 1979, p. 277.

122. Cfr. le convincenti argomentazioni di Rapisarda, in *Legge 9 dicembre 1977, n. 903*, cit., 1978, pp. 837 ss.

fare: purtroppo le soluzioni non potevano essere tanto diverse dal non far prevalere la tesi dell' incoercibilità¹²³.

Questa soluzione (ordine di assunzione) andava incontro a difficoltà assai gravi, nel caso in cui alla mancata assunzione discriminatoria di una o più lavoratrici conseguisse l'assunzione di uno o più lavoratori (o viceversa). Due erano le opinioni che la dottrina ha espresso in materia. Secondo qualcuno, il comportamento omissivo aveva rilevanza "autonoma", e di conseguenza il pretore doveva limitarsi a ordinare l'assunzione dei discriminati¹²⁴. Secondo altri, la fattispecie discriminatoria era complessa, e quindi il pretore doveva dichiarare la nullità delle assunzioni effettuate, e ordinare l'assunzione dei lavoratori discriminati¹²⁵. Nell'ipotesi, la prima soluzione sembra la migliore e la meno odiosa¹²⁶, anche se è stata criticata muovendo dall'osservazione che, prevedere l'assunzione del lavoratore discriminato senza inficiare la precedente assunzione viziata dalla violazione del divieto di discriminazione, avrebbe comportato un "imponibile di manodopera" a carico del datore di lavoro¹²⁷.

Dal punto di vista tecnico la seconda soluzione pare meno "eccepibile" della prima: in quanto in presenza di assunzioni e mancate assunzioni, il comportamento discriminatorio si comporrebbe di una parte omissiva e di una attiva. Ma il risultato che si conseguirebbe, percorrendo tale via, risulta molto "discutibile": sotto il profilo "processuale", per la mancata tutela, nel procedimento, degli interessi dei lavoratori già assunti; sotto il profilo "politico", perché la tutela del diritto al lavoro dei discriminati comporta la contestuale lesione del diritto al lavoro di coloro, che si trovano privati del proprio posto, senza essere responsabili né consapevoli delle discriminazioni compiute dal datore di lavoro¹²⁸.

6. La non interscambiabilità di piani tra l'azione individuale e l'azione pubblica, esperibili dalla/dal Consigliera/e di parità, e il loro rapporto

La legge 125/91 ha previsto un regime di tutela a doppio binario¹²⁹, affiancando l'azione pubblica contro le discriminazioni sessuali collettive all'azione individuale.

123. Cfr. Ballestrero, *Dalla tutela alla parità, cit.*, 1979, p. 278, che assolutamente non considera un vero progresso i tentativi di valorizzare o le forme di coazione indiretta, o le parti eseguibili degli obblighi del datore di lavoro che non ottempera all'ordine di reintegra. Secondo l'A. il progresso si consegue solo affrontando, e non evitando, il nodo degli obblighi di fare e il fondamento della loro incoercibilità.

124. Così Chiara Simoneschi in *La donna e il lavoro, cit.*, 1978, n. 8, p. 41.

125. La soluzione è prospettata con molte e (ragionevoli) incertezze da Rapisarda in *Legge 9 Dicembre 1977, n. 903, cit., sub art. 15, 838 seg.*

126. Cfr. Ballestrero, *Dalla tutela alla parità, cit.*, 1979, p. 278.

127. Treu, *Legge 9 dicembre 1977, n. 903, cit.*, 1978, p. 824.

128. Così Ballestrero, *Dalla tutela alla parità, cit.*, 1979, p. 279.

129. Così Rapisarda, *La tutela dei soggetti discriminati, cit.*, 1994, p. 53 ss, in particolare p. 74; Cicchitti, *Profili processuali della tutela, cit.*, 1996, p. 1197.

Anche con la nuova formulazione dell'art. 8 del decreto 196, trasposto nel Codice delle Pari Opportunità, viene implicitamente ribadita la collocazione sistematica delle differenti azioni, individuale e collettiva pubblica, restando pienamente confermata, infatti, la netta distinzione tra queste. Con la conseguente non-sovrapponibilità¹³⁰ delle due azioni a causa non solo della diversità della struttura tecnica, ma anche per il differente bene tutelato: la conclusione, negoziata o giudiziale, infatti, dell'azione collettiva continua ad avere ben altro spessore e distinti destinatari¹³¹.

Dunque, anche il Codice del 2006 consente di confermare l'esclusione¹³² della interscambiabilità tra le azioni in giudizio: infatti, la/il Consigliera/e di parità che agisce con l'azione individuale avrà tutti i poteri tipici di tale azione, non potendo assumere il ruolo di attore pubblico. Non potrà dunque chiedere al giudice la definizione, da parte del datore di lavoro, di un piano di rimozione delle discriminazioni accertate: il contenuto del decreto *ex* art. 15, 1° c. della legge 903/77, tipicamente "reintegratorio", non può contemplare l'ordine di predisporre un piano, quale azione positiva, in funzione sanzionatoria. Quest'ultimo, infatti, mira ad ottenere la "cessazione" del comportamento, ma non la reintegrazione del diritto dei soggetti lesi¹³³.

I singoli lavoratori, quindi, nell'azione pubblica non stanno in giudizio, nemmeno in virtù della delega alla/al Consigliera/e, di cui vanno ricordati i diversificati livelli di competenza territoriale.

La legge, anche con tali modifiche, non disciplina le modalità di coordinamento tra le due azioni, le quali possono "interferire", qualora la discriminazione sessuale collettiva contro cui ha agito la/il Consigliera/e di parità con l'azione pubblica abbia leso lavoratori che, a loro volta, abbiano promosso l'azione individuale.

Per definire con maggiore chiarezza i rapporti fra le due azioni dobbiamo ricordare che:

- 1) l'interesse generale alla parità, tutelato dall'azione pubblica, differisce dal diritto soggettivo fatto valere dal lavoratore con l'azione individuale;
- 2) l'azione pubblica si conclude con una sentenza a contenuto inibitorio¹³⁴ che

130. De Angelis, *Azioni in giudizio*, cit., 1993, 84 ss., in particolare pp. 93-4, parla di cumulabilità delle due azioni, negando però che l'azione delle/dei Consigliere/i sia sostitutiva di quella del singolo.

131. Così Amato, *L'azione individuale e l'azione collettiva*, cit., 2003, p. 769.

132. Cfr. Rapisarda, *La tutela dei soggetti discriminati*, cit., 1994, p. 53 ss, in particolare, p. 82, secondo cui la/il Consigliera/e di parità non può "indossare contemporaneamente la veste dell'attore pubblico e dell'attore individuale".

133. Cfr. Moschi Nyranne, "La legge sulle azioni positive: prime considerazioni", in *Riv. crit. dir. lav.*, 1992, p. 39 ss.

134. Cfr. Scarponi, "Tecniche di sostegno indiretto delle azioni positive e misure sanzionatorie", in *Commentario alla legge 10 aprile 1991 n. 125 azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, in *Le nuove leggi civ. comm.* 1994, pp. 97-98, per cui l'azione

consiste nell'ordine all'autore della discriminazione di predisporre il piano di rimozione delle discriminazioni accertate, mentre l'azione individuale si definisce con un provvedimento a contenuto reintegratorio.

Gli elementi di identificazione delle due azioni, poi, sono diversi: le parti coincidono solo nel soggetto passivo del rapporto, mentre differiscono per quello attivo (la/il Consigliera/e regionale o nazionale di parità nell'azione pubblica ed il lavoratore discriminato nell'azione individuale)¹³⁵; la *causa petendi*¹³⁶ consiste, nell'azione pubblica, nell'interesse generale alla parità, in quella individuale nel diritto soggettivo del lavoratore a non essere discriminato; il *petitum*¹³⁷, nell'azione pubblica è individuato in un provvedimento inibitorio, in quella individuale in uno a carattere reintegratorio. Stante, in entrambi i casi, se richiesto, il risarcimento del danno nei limiti della prova fornita.

Pertanto tra l'azione pubblica e l'azione individuale non sono ipotizzabili rapporti di pregiudizialità, continenza o connessione propria¹³⁸. In realtà potrebbe forse applicarsi l'istituto della connessione impropria¹³⁹, che si ha quando la decisione di due azioni, pur totalmente diverse, dipende in tutto o in parte dalla risoluzione 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 collettivo. Si potrebbe ipotizzare una riunione delle cause *ex art. 151 disp. att. c.p.c.*, sempre che le due azioni si trovino nello stesso momento processuale e siano state esperite entrambe secondo il procedimento speciale ovvero secondo il procedimento ordinario. Se questo non avviene, la riunione *ex art. 151 disp. att.* non è possibile per la diversità dei riti¹⁴⁰.

pubblica è dunque un'azione inibitoria a carattere positivo perché impone al datore di lavoro un *facere* che consiste nella predisposizione del piano di rimozione delle discriminazioni.

135. Ovvero la/il Consigliera/e di parità regionale o provinciale su mandato del lavoratore, secondo l'istituto della rappresentanza volontaria *ex art. 77 c.p.c.*

136. Ogni domanda giudiziale prende necessariamente le mosse da una ragione di diritto. La *causa petendi* è appunto la ragione di diritto su cui poggia la domanda.

137. Il *petitum*, letteralmente "il chiesto" dal latino *petere*, indica l'oggetto della domanda giudiziale.

138. Così Cicchitti, *Profili processuali, cit.*, 1996, p. 1199. Sul punto Cicchitti, *La tutela processuale, cit.*, p. 199 alla nota 91, ricorda che nel caso di licenziamento per motivi antisindacali, l'azione del sindacato *ex art. 28 St. lav.* è esperibile anche se il lavoratore agisce per la reintegrazione *ex art. 18 St. lav.* Il comportamento del datore di lavoro, infatti in questo caso, è considerato "plurioffensivo" e può determinare il "concorso" tra le due azioni, non facendo venir meno la loro autonomia.

139. Previsto dall'art. 103, 1° c.p.c., ammette il cumulo di più domande in un unico processo, anche se non vi sia comunanza di *causa petendi* e di *petitum*. Le identiche questioni dalla cui risoluzione dipende, totalmente o parzialmente, la decisione della causa possono essere sia di fatto, sia di diritto. Si ritiene che, non essendovi una vera e propria connessione, le ipotesi di litisconsorzio facoltativo improprio non danno luogo ad alcun spostamento di competenza (cfr. Crisanto Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, Giapichelli, XIII ed., vol. I, pp. 164-165).

140. Così Cicchitti, *La tutela processuale, cit.*, p. 200.

Inoltre l'azione individuale, in pendenza pubblica, non potrà essere sospesa ai sensi dell'art. 295 c.p.c., né il giudicato conseguente all'azione pubblica potrà impedire la proposizione dell'azione individuale, dato che l'autorità della cosa giudicata *ex art. 2909 c.c.* è limitata alle parti del processo (nonché agli eredi e aventi causa), che in tali azioni sono diverse.

Tuttavia, al fine di sfruttare al meglio l'azione pubblica, si ritiene che la sentenza accertativa della discriminazione a seguito dell'azione pubblica abbia forza di giudicato nelle distinte ed eventuali azioni individuali, ammettendo un'estensione in *bonam partem* di tale accertamento a favore del lavoratore¹⁴¹. Nel caso in cui, quindi, i lavoratori lesi dalle discriminazioni siano individuabili in modo immediato e diretto, questi potranno beneficiare in sede di azione individuale della decisione favorevole in merito alla sussistenza del comportamento discriminatorio.

Se quindi le due azioni, collettiva ed individuale, hanno funzioni diverse in relazione alla soluzione delle singole fattispecie poste all'esame del giudice, non può negarsi che entrambe perseguono in astratto la medesima finalità di tutela delle situazioni di svantaggio; conseguentemente l'attività processuale della/del Consigliera/e di parità, pur nelle due distinte figure e senza che si verificino commistioni di ruoli, potrà efficacemente dispiegarsi nell'interesse primario della lotta alla discriminazione.

7. Considerazioni conclusive

A conclusione dell'analisi del ruolo della/del Consigliera/e nel contesto della tutela della parità e pari opportunità, è necessario svolgere alcune considerazioni riepilogative.

Appare evidente, lo sforzo operato dal legislatore del 2000, ribadito dal compilatore del 2006, in direzione di una più solida strutturazione organizzativa della figura; la dotazione di un ufficio funzionalmente autonomo e di adeguate risorse personali, tecniche e finanziarie “dovrebbe” finalmente consentire a tale soggetto l'effettivo espletamento della propria missione istituzionale, ponendo fine ad una situazione d'ineffettività dei meccanismi di pari opportunità e antidiscriminatori.

La legittimazione all'azione in giudizio per l'accertamento giudiziale di discriminazioni a carattere collettivo, spettante alla/al Consigliera/e regionale e nazionale, rappresenta il potere più incisivo e più temuto fra tutti gli strumenti a disposizione. Proprio questa forza maggiore, data dall'azione in giudizio,

141. Condividono tale interpretazione De Angelis, “Profili di tutela processuale contro le discriminazioni tra lavoratori e lavoratrici”, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, p. 479; Izzi, *Discriminazioni di sesso*, cit., 1994, p. 576; Rapisarda, *La tutela dei soggetti discriminati*, cit., 1994, p. 82 e infine F. Amato, *L'azione individuale e l'azione collettiva*, cit., 2003, p. 769.

salda la fase volontaria di promozione di pari opportunità con la fase repressiva, imponendo a chi ha posto in essere atti, patti o comportamenti discriminatori di realizzare, sotto la supervisione della/del Consigliera/e, un piano di azioni positive.

Tuttavia, autorevoli commentatori¹⁴² considerano presenti, ancora oggi, una buona parte dei motivi di fondo della risalente “*quantitativamente irrilevante*” utilizzazione della via giudiziaria contro le discriminazioni di genere. Secondo questi autori, infatti, grossi ostacoli al ricorso alla giurisdizione non potevano essere rappresentati, ad esempio, dal parere obbligatorio del Collegio Istruttorio o dalla mancata previsione della legittimazione attiva della/del Consigliera/e o della/del Consigliera/e nazionale di parità.

La sua complessa attività si configura come un’attività circolare finalizzata alla promozione di condizioni di uguaglianza, perseguite attraverso le “due anime” di questo soggetto, quella promozionale di politiche di pari opportunità e quella coercitiva. Dal punto di vista organizzativo e funzionale, si tratta di un’attività unitaria che “*presenta i presupposti per poter essere accorpata in un autonomo plesso organizzativo caratterizzato da un elevato grado di discrezionalità tecnica e dall’incidenza su diritti fondamentali*”¹⁴³. Come è già stato accennato, la scelta di far assumere alla/al Consigliera/e la veste di *authority* non è stata mai compiuta, diminuendo in tal modo la visibilità e la forza dell’obiettivo di perseguire politiche di pari opportunità in condizioni di più ampia autonomia.

Il legislatore ha preferito proseguire l’impostazione della legge madre, procedendo ad un rafforzamento istituzionale della figura, apportando le correzioni richieste dall’esperienza e dotandola di “risorse e mezzi” per rendere più efficace la sua attività, che fino a quel momento si era svolta nel più totale abbandono e incuria, unicamente grazie al “volontarismo” individuale.

La scelta di affidare la realizzazione degli obiettivi di pari opportunità ad una “rete” di coordinamento dell’attività delle/del Consigliere/i, articolata territorialmente, invece che ad un’autorità centrale, sembra essere la “carta vincente” della riforma del 2000, e la sua convenienza sarà valutata in base al “concreto” funzionamento del complesso meccanismo e alla capacità dello stesso di sapersi collegare con l’apparato istituzionale centrale e non, per una reale diffusione della cultura delle pari opportunità.

L’istituzione della rete, infatti, prefigura un inizio di una sorta di “professionalizzazione” in senso alto della funzione, in luogo del prezioso ma limitato volontarismo di questi anni. Inoltre, l’organizzazione della rete potrebbe accrescere la sensibilità culturale e la diffusione di consapevolezza a tutti i livel-

142. Cfr. per tutti Fabrizio Amato, “L’azione individuale e l’azione collettiva”, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, p. 771

143. L’espressione è di Fausta Guarriello, “La nuova disciplina relativa alle consigliere e ai consiglieri di parità”, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 3, 2003, p. 658.

li sui temi della parità, dell'uguaglianza, della non-discriminazione sul lavoro per motivi di genere e altro.

Per rendere possibile il lavoro della rete nazionale è fondamentale l'autonomia economica, prevista con l'istituzione del "fondo" per l'attività delle Consigliere e dei Consiglieri di parità.

A proposito, vale la pena di sottolineare l'enfasi posta da detto articolo del decreto delegato (così come già dall'art. 47 della legge delega) sulle "*spese relative alle azioni in giudizio promosse e sostenute*" dalle/dai Consigliere/i nazionali, regionali e provinciali di parità. In questo modo, si è cercato di sottrarre la promozione delle azioni antidiscriminatorie "*alla sorte della facile lamentazione sull'inefficacia della legge 125 del 1991*"¹⁴⁴; ibilità finanziarie destinate alla riforma, che, possono essere "*integrate*" con risorse messe a disposizione dagli Enti territoriali. Fino alla riforma, infatti, le/i Consigliere/i nemmeno avrebbero potuto pagare, se non di tasca propria, un avvocato per chiedere in giudizio l'accertamento di una discriminazione.

Il nuovo decreto legislativo n. 198 del 2006 (il Codice delle Pari Opportunità), pur non mutando nella sostanza la riforma attuata nel 2000, non opera una vera sistematizzazione della materia in oggetto, non compiendo al tempo stesso il necessario salto di qualità nella risoluzione delle problematiche lasciate irrisolte dal decreto del 2000.

Tutti i nodi interpretativi per un effettiva operatività dell'organismo, non sono stati sciolti dal nuovo decreto legislativo del 2006, che ha a sua volta introdotto nuove perplessità nell'interpretazione delle norme.

Addirittura, il Codice sembra non tenere debitamente in conto le attribuzioni date alle Regioni in attuazione delle profonde modifiche in senso federalista del sistema delle competenze Stato-Regioni; prova di ciò è la soppressione dell'integrazione del Fondo delle Consigliere e dei Consiglieri con risorse provenienti dagli enti locali.

In definitiva si può affermare che il Codice delle Pari Opportunità ha perso l'occasione per valutare se ed in quali limiti la delega consentisse una rilettura in chiave evolutiva delle norme, per consentire di offrire soluzioni a problematiche che da tempo esistono, il cui permanere ha determinato e determinerà in diverse realtà territoriali, minore efficienza ed efficacia dell'azione della/del Consigliera/e.

Anche nelle disposizioni relative alla tutela processuale, il Codice non opera alcun reale sforzo sistematico e di coordinamento delle distinte discipline, ma si limita a trasporre le disposizioni esistenti secondo una diversa numerazione ed una nuova collocazione, incorrendo in altresì inevidenti incidenti ricostruttivi, errori e lacune macroscopiche, che peggiorano notevolmente le conquiste raggiunte con la riforma del 2000.

144. L'espressione è di Delia La Rocca, "Il fondo nazionale per l'attività delle Consigliere e dei Consiglieri di parità", in *Le nuove leggi civili*, n. 3, 2003, p. 674.

Resta, peraltro, il problema delle forze sociali e delle stesse forze politiche. È certo infatti, che ai fini della realizzazione degli obiettivi della legge tutte le parti interessate devono essere convinte della sua importanza, collocandone l'attuazione tra le priorità. Soprattutto occorre combattere le resistenze aperte o latenti anche sul piano culturale e sconfiggere l'idea che questa è una legge per le donne e che a loro spetta gestirla. Ormai non c'è nessuno che possa negare il rilievo della questione femminile, a tutti i livelli, ma soprattutto a riguardo dell'occupazione e delle condizioni di lavoro. Insomma, occorre una svolta nei comportamenti degli organi di Governo, dell'amministrazione pubblica e di tutto l'apparato dello Stato; ma ad essa deve contribuire anche l'azione delle parti sociali e delle forze politiche.

Nel contempo, si richiede un significativo impegno per la formazione di una diffusa "cultura della parità e delle pari opportunità", a tutti i livelli. In questo modo si può impedire che leggi di grande respiro innovativo e di contenuto profondamente riformatore, come la legge 125/91 e il decreto 196/00, trasposto nel Codice delle Pari Opportunità, vengano vanificate nella fase di attuazione, ostacolando così il cammino verso la parità sostanziale che, ancor prima che da tali riforme in oggetto, è imposto dallo stesso dettato costituzionale.

Ci auguriamo che venga colta l'occasione della prossima attuazione della Direttiva 2006/54/CE, prevista per il 2009: in tale sede: *"È auspicabile che un legislatore più attento e paziente, meno frettoloso e autoreferenziale, riprenda in mano la questione, e che lo faccia non per limitarsi a riparare la trama normativa esistente, ma per tesserne una nuova, dal disegno più chiaro e coerente, ispirandosi a un progetto più lungimirante, a un'idea più ricca e complessa dell'eguaglianza tra donne e uomini"*¹⁴⁵.

145. Così Fabrizio Amato, *"Codificazioni mancate: riflessioni critiche sul codice delle pari opportunità"*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio – il quadro comunitario e nazionale* (a cura di Marzia Barbera), Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 245.

Bibliografia

- Aa.Vv, "Un procedimento sommario contro le discriminazioni", in *I diritti dei lavoratori*, n. 12-13, 1977, p. 18.
- Amato Fabrizio, "L'azione individuale e l'azione collettiva", in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, pp. 757-772.
- Amato Fabrizio, "Le azioni in giudizio", in Aa.Vv. (a cura del Comitato Nazionale di Parità e P.O), *La "nuova" l. n. 125*, Roma 2001, pp. 33-46.
- Amato Fabrizio, "*Codificazioni mancate: riflessioni critiche sul codice delle pari opportunità*", in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio-il quadro comunitario e nazionale* (a cura di Marzia Barbera), Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp. 238-245.
- Assanti Cecilia, "La disciplina giuridica del lavoro femminile", in *Riv. giuridica del lavoro*, 1977, 1, p. 35.
- Balena Giampiero, "Gli aspetti processuali della tutela contro le discriminazioni per ragioni di sesso", in *Dir. lav. rel. ind.* 1995, pp. 435, 432, 485.
- Ballestrero Maria Vittoria, "Assunzione, diritto alla qualifica e discriminazione per ragioni di sesso", nota a Cass. 3 novembre 1982 n. 5773, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 830.
- Ballestrero Maria Vittoria, *Dalla tutela alla parità*, Bologna, 1979.
- Ballestrero Maria Vittoria, "I giudici e la parità. Osservazioni sull'applicazione giudiziaria della l. n. 903 del 1977", in *Pol. e dir.* 1982, pp. 443 e ss.
- Ballestrero Maria Vittoria, "La legge sulle azioni positive", in *Spazio Impresa*, 1991, pp. 12, 13.
- Ballestrero Maria Vittoria, "La nozione di discriminazione nella legge 125/91", in *Riv. crit. dir. lav.*, 1992, pp. 773 e ss.
- Ballestrero Maria Vittoria, "Modelli di azioni positive. Osservazioni sul disegno di legge n. 1818", in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1990, n. 7, pp. 32, 33.
- Ballestrero Maria Vittoria, Treu Tiziano, "Note introduttive", in *Le nuove leggi civili commentate*, 1994, p. 8-11.
- Ballestrero Maria Vittoria, "Azioni positive. Punto e a capo.", in *Lavoro e Diritto*, a. X, n. 1, inverno 1996.
- Barbera Marzia, "Uguaglianza di opportunità ed azioni positive nel diritto comunitario e nelle legislazioni dei Paesi membri della CEE", in *RIDL*, I, 857, 1986.
- Barbera Marzia, "Una legge per le azioni positive", in *Dir. e pratica lav.*, 1991, n. 20, p. 1238.
- Barbera Marzia, "La nozione di discriminazione", in *Commentario alla legge 10 aprile 1991, n. 125*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1994, pp. 46-73.

- Barbera Marzia, *Discriminazione ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè ed., Milano, 1991.
- Barbera Marzia, "L'eccezione e la regola, ovvero l'eguaglianza come apologia dello status quo", in Beccalli B. (a cura di), *Donne in quota*, ed. Feltrinelli, 1999.
- Barbera Marzia, "Il concetto di discriminazione", in Ministero del lavoro e delle Politiche sociali-Comitato nazionale parità e pari opportunità fra lavoratori e lavoratrici, "La nuova legge 125. Come è cambiata la legge 125/91. Azioni positive per la parità uomo-donna nel lavoro", Roma, 2001.
- Barbera Marzia, "Introduzione (La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità)", in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, pp. 632-640.
- Barbera Marzia, "Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario" in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali n. 99/100*, 2003, 3/4, pg. 399-421.
- Bastioni Maria Benedetta, "Parità di trattamento tra uomo e donna e azioni positive nel diritto comunitario: l'eccezione stenta a diventare regola", in *Giornale di Diritto amministrativo*, n. 8/2000.
- Beccalli Bianca (a cura di), *Donne in quota*, Feltrinelli, 1999.
- Bell Mark/Waddington Lisa, "Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza" in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali n. 99/100*, 2003, 3/4, pg. 373-398.
- Borghesi Domenico, *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato nei licenziamenti*, in *La disciplina dei licenziamenti*, a cura di Carinci, Napoli. 1991, pp. 232, 233.
- Borghesi Domenico, "La nuova legge di coordinamento tra procedimento per la repressione dell'attività antisindacale e rito del lavoro", in *Riv. giur. lav.*, 1977, I, pp. 761 ss.
- Borgogelli Franca, "Contrattazione collettiva e parità uomo-donna nel lavoro: considerazioni sul ruolo della legge n. 125 del 10 aprile 1991", *NGCC*, 1991, n. 9, p. 14.
- Borgogelli Franca, "I Consiglieri di parità", in *Nuove leggi civili commentate*, n. 1, 1994, pp. 143-162.
- Borgogelli Franca, "Il lavoro femminile nel contesto italiano: tra panorama giuridico-istituzionale e azione contrattuale", in *Prosp. sind.*, 1989, pp. 87 ss.
- Calafà Laura, "Le aporie processuali e l'assestamento delle leggi sulla parità in una recente controversia in tema di discriminazione indiretta. Il caso Gloria Bassi", in *Foro it.*, 1999, I, c. 3424, nota a Pret. Bologna 27 giugno 1998.
- Caplan Louis, *Up against the Law: Affirmative Action and the Supreme Court*, NY, 1997.
- Capponi Bruno, "Astreintes nel processo italiano", in *Giust. civ.* 1999, II, p. 159.
- Carinci Franco, "Una riforma rimasta orfana", in *Il nuovo titolo V della Costituzione-Stato, Regioni e diritto del lavoro*", suppl. al n. 1/2002, *Lav. pubb. amm.*, pp. 1 e ss.
- Catalini Paola, "Articolo 8. Consiglieri di parità", in De Cristofaro M.L. (a cura di), *La legge italiana per la parità di opportunità delle lavoratrici*, Napoli, 1993, pp. 140, 142, 148.
- Catalini Paola, in *Eguaglianza di opportunità e lavoro femminile*, Napoli, 1992.
- Catalini Paola, "Prime esperienze dei Consiglieri di parità: riflessioni critiche e positive", *Dir. lav.*, I, 1987, p. 564.
- Catalini Tonelli Paola, "Primi interrogativi sui principali nuclei normativi della nuova legge 125/91 in tema di azioni positive e pari opportunità tra uomo e donna", in *Riv. giur. lav.* 1991, I, pp. 54 e ss.
- Cattani Marco, "Un decreto del pretore bolognese in tema di discriminazione indiretta", *Riv. giur. lav.*, 1999, II, p. 217, nota a Pret. Bologna 27 giugno 1998.
- Cecchella Claudio, "Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro privato e pubblico", in *Mass. giur. lav.*, 1999, pp. 448 e ss.

- Charpentier Louis, "L'arrêt Kalanke, expression du discours dualiste de l'égalité", in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1996.
- Chiavassa Alba, Hoesch Laura, "Le azioni positive in giudizio", in *Riv. crit. dir. lav.* 1992, pp. 333 e ss.
- Cicchitti Valeria Emilia, "La tutela processuale della parità dopo il d. lgs. del 23 maggio 2000 n. 196", in *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 171-200.
- Cicchitti Valeria Emilia, "Profili processuali della tutela della parità tra uomini e donne in materia di lavoro", in *Riv. dir. proc.*, 1996, pp. 1190, 1197, 1199.
- Conforti Benedetto, *Diritto internazionale*, ed. scientifica, 1998.
- Cossu Bruno, "La tutela giudiziaria contro la discriminazione", *NGCC*, 1990, n. 1-2, p. 53.
- Curcio Laura, "Il piano di azioni positive giudiziale, le procedure d'urgenza, l'inottemperanza alla sentenza, il raccordo con l'art. 15, l. n. 903/77 e con l'art. 410 c.p.c.", in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, pp. 772-776.
- Curcio Laura "Le azioni in giudizio e l'onere della prova", in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio-il quadro comunitario e nazionale* (a cura di Marzia Barbera), Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp. 529-559.
- Curti Gialdino Carlo, *Il trattato di Maastricht sull'Unione Europea*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1993.
- De Angelis Luigi, "Considerazioni in materia di decisione della causa promossa contro le discriminazioni sessuali collettive", in *Riv. crit. dir. lav.* 1992, pp. 798, 801, 802.
- De Angelis Luigi, "La legge di parità uomo donna nella prassi giurisprudenziale", in *Diritto del lavoro*, 1980, 1, pp. 337 e ss.
- De Angelis Luigi, "Le azioni in giudizio, Commento ai commi 4°-10° dell'art. 4", in De Cristofaro M. (a cura di), *La legge italiana per la parità di opportunità delle lavoratrici*, Commento alla l. 10.4.91 n. 125, Napoli, 1993, pp. 88-119.
- De Angelis Luigi, "Profili della tutela processuale contro le discriminazioni tra lavoratori e lavoratrici", in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, pp. 457-488.
- De Cristofaro Maria Luisa, "Gli organismi per le pari opportunità in Italia ed in alcune esperienze straniere", in *Lavoro femminile e pari opportunità*, Bari, 1989, pp. 135-170.
- De Simone Gisella, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli ed., Torino, 2001.
- De Simone Gisella, "Gli organismi collettivi per le pari opportunità", in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 1, 1994, pp. 101-143.
- De Simone Gisella, "La nozione di discriminazione diretta e indiretta", in *Le nuove leggi civili commentate*, ottobre 2003, pp. 711-735.
- Del Rosario Chiaramonte Libera, "Introduzione" a Aa.Vv. (a cura del Comitato Nazionale di Parità e P.O.), *La "nuova" l. n. 125*, Roma, 2001, pp. 7-14.
- Donzelli Romolo, *Considerazioni sulla natura dell'azione esercitata dal Consigliere di parità in materia di discriminazioni uomo-donna*, in *Rivista Giuridica Del Lavoro e Della Previdenza Sociale*, 2004, n. 4, p. 611 ss.
- Fabbrini Giovanni, "Il procedimento sommario a tutela della lavoratrice", in *Foro it.*, 1977, V, *Il procedimento avanti il pretore*, c. 329, 331, 332.
- Fasano Annamaria, Mancarelli Pietro, *Parità e pari opportunità uomo-donna. Profili di diritto comunitario e nazionale*, Giappichelli, To, 2001.
- Gaeta Lorenzo, in Gaeta e Zoppoli (a cura di), *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Torino, 1992, pp. 151, 152.
- Gaeta Lorenzo, "Il Comitato nazionale per la parità", in Gaeta e Zoppoli (a cura di), *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Torino, 1992, pp. 135 ss.
- Galoppini Annamaria, "Il Consigliere di parità: un personaggio tutto da inventare", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, pp. 971-975.

- Garofalo Mario Giovanni, "La legislazione in materia di lavoro nel 1986-87", in *Dir. lav. rel. ind.*, 1987, p. 373.
- Garofalo Mario Giovanni, "Pluralismo, federalismo e diritto del lavoro", in *Riv. giur. lav.*, 2002, pp. 401 e ss.
- Ghera Edoardo, "Azioni positive e pari opportunità", in *Dir. lav. rel. ind.*, 1995, pp. 4, 6.
- Ghera Edoardo, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, Atti del VI congresso nazionale di diritto del lavoro, Alba, 1-3 giugno 1978, Milano, 1979, pp. 39 e ss.
- Ghera Edoardo, "Le tecniche di tutela: Statuto dei lavoratori ed innovazioni legislative", in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 650.
- Ghezzi Giorgio, "La conciliazione nelle controversie di lavoro intervenuta con l'assistenza dei difensori", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, pp. 205 e ss.
- Ghinoy Paola, "La disciplina sulle pari opportunità e il sistema sanzionatorio in relazione all'intervento realizzato con la legge 125/91 ed all'evoluzione successiva", in *Riv. crit. dir. lav.*, 1993, pp. 717 e ss.
- Giugni Giulio, "Intervento", in *La disciplina giuridica del lavoro femminile*, in *Atti delle giornate di studio di Abano Terme*, 16-17 aprile 1977, Milano, 1978, p. 121.
- Gottardi Donata, "Commento della legge regionale Veneto 30 dicembre 1987", n. 62, *Dir. reg.*, 1990, p. 214.
- Gottardi Donata, "Il consigliere di parità", in Gaeta-Zoppoli L. (a cura di), *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Torino, 1992, pp. 153 e ss.
- Grandi Mario – Pera Giuseppe, "Consiglieri di parità", in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, 2001, n. 8, pp. 1301-1307.
- Guariso Alberto, "Le soluzioni conciliative" in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio-il quadro comunitario e nazionale* (a cura di Marzia Barbera), Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp.561-577.
- Guariso Alberto, "I provvedimenti del giudice" in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio-il quadro comunitario e nazionale* (a cura di Marzia Barbera), Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp. 579-626.
- Guarriello Fausta, "Il nuovo ruolo delle consigliere e dei consiglieri di parità disegnato dal d. lgs. n. 196/00", in AA.VV. (a cura del Comitato Nazionale di Parità e P.O), *La "nuova" l. n. 125*, Roma, 2001, pp. 21-32.
- Guarriello Fausta, "La nuova disciplina relativa alle consigliere e ai consiglieri di parità", in *Nuove leggi civili commentate*, 2003, p. 641-658.
- Guarriello Fausta, "L'attività antidiscriminatoria degli organismi nazionali di parità e pari opportunità nel lavoro, ovvero: dieci anni di condizione femminile allo specchio", in *La "nuova" legge 125*, Roma, 2001, pp. 97 e ss.
- Guarriello Fausta, "Le azioni in giudizio", in Gaeta, Zoppoli (a cura di), *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Torino, 1992, pp. 186-208.
- Hoskyns Catherine, *Integrating Gender. Women, Law and Politics in the European Union*, Verso, London, 1996.
- Ianniello Antonio, "Procedure di conciliazione delle controversie individuali e collettive", in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, pp. 744-757.
- Izzi Daniela, "Discriminazioni di sesso nel rapporto di lavoro: il nuovo regime processuale", in *Riv. di diritto e procedura civile*, 1994, pp. 563-580.
- Izzi Daniela, "Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie "di seconda generazione" in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* n. 99/100, 2003, _, pp. 423-432.
- Izzi Daniela, "Parità tra uomini e donne nel lavoro: recepita la direttiva Ce", in *Diritto & Pratica del Lavoro* n. 38/2005, pp.2069-2075.

- La Rocca Delia, “Il fondo nazionale per l’attività delle Consigliere e dei Consiglieri di parità”, in *Le nuove leggi civili*, 2003, pp. 667-674.
- Lanfranchi Lamberto, “Nuovo processo del lavoro, Statuto, tutela dei lavoratori e del sindacato”, in *Riv. giur. lav.*, 1973, 1, p. 350.
- Lanquetin Marie Thérèse, “L’égalité entre les femmes et les hommes: sur la directive 2000/73 CE du 23 septembre 2003”, *DS*, 314.
- Leccese Vito, *L’orario di lavoro*, Bari, 2001.
- Luiso Francesco, “Il tentativo obbligatorio di conciliazione delle controversie di lavoro”, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, pp. 375 e ss.
- Mandrioli Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 2000.
- Manna Antonio, “Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella riforma degli artt. 410 e segg. c.p.c., tra deflazione e legislazione (occulta) di sostegno”, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, p. 519.
- Manna Antonio, “Tentativo obbligatorio di conciliazione e ricorso per decreto ingiuntivo”, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, p. 237.
- Mc Britton Monica, “Gli organi di parità”, in Garofalo M.G. (a cura di), *Lavoro delle donne e azioni positive. L’esperienza giuridica italiana*, Bari, 2002, pp. 61-94.
- Minervini Annamaria, “Dalla parità di trattamento alle azioni positive per le pari opportunità nelle prime esperienze”, in *Dir. lav.* 1993, p. 335.
- Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale – Comitato Nazionale Pari Opportunità, *Le opportunità crescono. La legge 125/91 due anni dopo*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1993.
- Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali-Comitato nazionale Parità e Pari opportunità fra lavoratori e lavoratrici, *La nuova legge 125. Come è cambiata la legge 125/91. Azioni positive per la parità uomo-donna nel lavoro*, Roma, 2001.
- Morbidelli Giuseppe, *Lezioni di diritto pubblico comparato. Costituzioni e costituzionalismo*, Monduzzi ed., Bologna, 2002.
- Moschi Nyranne, “La legge sulle azioni positive: prime considerazioni”, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1992, pp. 39 e ss.
- Napoli Mario, “La legge sulle azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna del lavoro”, in Id. *Occupazione, rappresentatività, conflitto*, Torino, 1992.
- Noviello Giustizia, “Gli strumenti deflativi del contenzioso”, in AA.VV. *Le nuove controversie sul pubblico impiego privatizzato e gli uffici del contenzioso*, Milano, 2001, pp. 152 e ss.
- Pamio Giovanni Battista, “Limiti alla necessità del tentativo obbligatorio di conciliazione anche nei confronti del terzo”, in *Dir. lav.*, 2001, II, pp. 272 e ss.
- Paolini Renata, “Considerazioni generali sulla legge 9 dicembre 1977, n. 903: in particolare sul procedimento speciale ex art. 15”, II, in *Dir. lav.*, 1981, 1, pp. 468 e ss.
- Pera Giuseppe, “Il procedimento sommario a tutela della parità della lavoratrice, Introduzione”, in *Foro it.*, 1977, V, c. 326.
- Pinto Vito, “Controversie di lavoro privato: il tentativo obbligatorio di conciliazione”, in *Riv. giur. lav.*, 2000, pp. 289 e ss.
- Proto Pisani Andrea, *Studi di diritto processuale del lavoro*, Milano, 1976.
- Puleo Anna, “Discriminazioni di sesso nel mercato del lavoro. Novità ed aporie di un modello processuale”, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1996, pp. 100, 119, 121.
- Rapisarda Cristina, in “Legge 9 dicembre 1977, n. 903. Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro”, *Commentario*, a cura di Treu T., *sub. art. 15*, in *Le leggi civili commentate*, 1978, pp. 831 e ss.

- Rapisarda Cristina, "La tutela dei soggetti discriminati. Azione individuale, azione pubblica, tentativo di conciliazione", in Treu T., Ballestrero M.V. (a cura di), *Commento alla legge 10 aprile 1991, n. 125*, in *N.L.C.C.* 1994, pp. 63 e ss.
- Rapisarda Cristina, "Tecniche individuali e collettive a confronto nella tutela giudiziale dei diritti di parità", in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, *La discriminazione di sesso nei rapporti di lavoro*, 1990, n. 7, pp. 97 e ss.
- Rapisarda Cristina, "La tutela giudiziaria dei diritti di parità tra azione individuale e azione pubblica", in *Riv. crit. dir. lav.*, 1992, pp. 785, 788.
- Roccella Massimo, Treu Tiziano, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, CEDAM, Padova 1992.
- Romagnoli Umberto, "La legge sullo sciopero fra autorità e consenso", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 1110.
- Romboli Roberto, Pinelli Cesare, Antonio Ruggeri, Gaetano D'Auria, "Le modifiche del titolo V della parte seconda della costituzione", *Foro It.*, 2001, V, p. 185.
- Rosenfeld Michel, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, N. Haven and London, Yale Un. Press, 1991.
- Rubenstein Michael, "Teorie sulla discriminazione", in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 91.
- Rubino Massimo, "Aspetti processuali della legge sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro privato e di pubblico impiego", in *Lavoro* 80, 1978, 1, pp. 15, 16, 17.
- Sandulli Piero e Socci Angelo Matteo, *Il processo del lavoro: dopo la riforma del processo civile e la privatizzazione del pubblico impiego*, Milano, 2000.
- Sassani Bruno, "Aspetti processuali della legge n. 125 del 1991 (azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro)", in *Riv. dir. proc.*, 1992, pp. 865 e ss.
- Sassani Bruno, "Le pari opportunità: l'onere della prova e le sanzioni", in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1992, p. 127.
- Sassani Bruno, "Il tentativo obbligatorio di conciliazione", in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 433.
- Scarponi Stefania, in "L'istituzione della rete delle consigliere e dei consiglieri. La legislazione delle regioni a statuto speciale e delle province autonome", in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 3, 2003, pp. 659-667.
- Scarponi Stefania, in "Tecniche di sostegno indiretto delle azioni positive e misure sanzionatorie", in Ballestrero, Treu (a cura di) 96. *Commento alla l. 10 aprile 1991 n. 125*, pp. 89-101.
- Scarponi Stefania, "Le nozioni di discriminazione", in *Il diritto diseguale, La legge sulle azioni positive*, Torino 1992, p. 50 ss.
- Scarponi Stefania, "Un consigliere per la questione-donna", *Pol. dir.*, 1985, p. 347.
- Sciarra Silvana, "Azioni positive nel pubblico impiego: metodologie e strumenti", in *Notiziario giuridico* della C.G.I.L., 1991, n. 4, p. 3.
- Sciarra Silvana, "La legge sulle azioni positive: un primo sguardo d'insieme", in *Notiziario giuridico* della C.G.I.L., 1991., n. 9, p. 5.
- Silvestri Elisabetta, "Rilievi sul piano di rimozione delle discriminazioni collettive", in *Riv. crit. dir. lav.* 1992, pp. 806, 807.
- Simoneschi Chiara, "La donna e il lavoro: dalla tutela alla parità", in *Parità tra uomini e donne in materia di lavoro: analisi e attuazione della legge*, Convegno di studio promosso dall'assessorato ai problemi femminili, Bologna, Documenti del comune, 1978, n. 8, pp. 30, 41, 42.
- Smuraglia relazione di, approvata nella seduta del 26 settembre 1995 dall'11° Commissione permanente (Lavoro, previdenza sociale), sull'indagine svolta dalla Commissione d'indagine del Senato sullo stato di attuazione della legge n. 125/1991, in *Dossier Provvedimento, Schema di decreto legislativo (art. 47, co. 1, della L. 144/1999)*, n. 1478, aprile 2000, Camera dei deputati (Servizio studi), pp. 205-228.

- Taruffo Michele, "Presunzioni, inversioni, prova del fatto", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 751.
- Tiscini Roberta, "Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 1105.
- Tiscini Roberta, "Le domande in corso di causa nelle controversie di lavoro alla prova del tentativo obbligatorio di conciliazione", nota a a Trib. Campobasso, 8 ottobre 1999 (ord), in *Giust. civ.*, 1999, I, pp. 909, 912-914.
- Tomasone Francesco, "Le azioni esperibili in base alla legge", in *Lav. inf.*, 1993, p. 23.
- Treu Tiziano, "La legge sulle azioni positive: prime riflessioni", in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, I, pp. 108-140.
- Treu Tiziano, "Lavoro e diritto nella X legislatura", in *Lav. dir.*, 1992, p. 410.
- Treu Tiziano, *Lavoro femminile e uguaglianza*, Bari, 1977.
- Treu Tiziano, "Legge 9 dicembre 1977, n. 903. Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro, Commentario", a cura di Treu T., *sub. art. 13*, in *Le leggi civili commentate*, 1978, pp. 823 e ss.
- Treu Tiziano, "Legge 9 dicembre 1977, n. 903. Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro, Commentario", a cura di Treu T., *sub. art. 1*, in *Le leggi civili commentate*, 1978, pp. 788, 824.
- Treu Tiziano, "Riforma del processo del lavoro e ruolo del sindacato", in *Riv. giuridica del lavoro*, 1973, 1, p. 344.
- Trimboli Antonio, "I Consiglieri di parità e il giudizio antidiscriminatorio", nota a Trib. Roma 25 gennaio 2001, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2001, pp. 662-669.
- Ventura Luigi, "La legge sulla parità fra uomo e donna nel rapporto di lavoro", in R. De Luca Tamajo e L. Ventura (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'emergenza*, Napoli, 1979, pp. 257 e ss.
- Weatherspoon Francis D., *Equal Employment Opportunities and Affirmative Actions: a sourcebook*, NY, 1985.

Rassegna giurisprudenziale

di Cristina Calvanelli e Valentina Candidi Tommasi

La metodologia adottata per la redazione della presente appendice segue un criterio cronologico nell'esposizione della giurisprudenza e cerca al tempo stesso di evidenziare le tematiche più rilevanti emergenti dall'esame delle sentenze.

La cernita dei testi delle sentenze, inedite e non, da inserire in questa rassegna ha seguito un criterio di attinenza rispetto all'argomento trattato, vista l'impossibilità di riprodurre tutte le pronunce in materia. Per comodità del lettore, gli aspetti in fatto e diritto delle decisioni più interessanti sono stati messi maggiormente in evidenza e commentati dalle curatrici.

Atti discriminatori in tema di parità uomo-donna e legittimazione all'impugnazione ex art. 15 l. n. 903/77

Pretura di Firenze, 2 ottobre 1987, Losi ed altri c. S.p.a. Autostrade.

In Toscana Lavoro Giurisprudenza, 1988, 43, nota di Capponi Marina, *Atti discriminatori in tema di parità uomo-donna e legittimazione all'impugnazione*

Parità uomo-donna – Assunzione di soli lavoratori uomini – Procedimento ex art. 15, l. 903/1977 – Esperibilità – Legittimazione attiva – Esclusivamente delle lavoratrici pretermesse.

Associazioni sindacali – Legittimazione attiva – Parità uomo-donna – Delega della lavoratrice – Necessità.

È legittimo il ricorso al procedimento previsto dall'art. 15 l. 903/1977 avverso rifiuto di ricevere domanda di assunzione per il solo fatto di provenire da donna (fattispecie in tema di assunzione nominativa di esattori autostradali).

È esclusa la legittimazione attiva delle organizzazioni sindacali ex art. 15 1° comma l. 903/1977, qualora manchi la delega espressa da parte del lavoratore.

In fatto. Le ricorrenti lamentano un comportamento discriminatorio da parte della Autostrade S.p.a., che non avrebbero preso in considerazione la loro candidatura ad un posto di esattore autostradale per il solo fatto di provenire da donne.

Le modalità di assunzione, che le richiedenti giudicano discriminatorie, comprendono la frequenza di un corso di addestramento, cui si accede attraverso domanda, e che rappresenta la prima selezione indiretta, visto che le donne vengono scoraggiate dal presentare can-

didatura, e la S.p.a. manifesta la volontà di non assumere personale femminile; i filtri successivi sono la chiamata nominativa del personale esattore di pedaggi, per un periodo di lavoro a tempo determinato, tra coloro che hanno frequentato il corso, e la successiva trasformazione del contratto da termine a tempo indeterminato.

Il comportamento discriminatorio della convenuta non è stato però accertato, visto che nel corso del giudizio essa ha volontariamente modificato gli elementi che impedivano alle ricorrenti di partecipare ai corsi di formazione.

In diritto. La sentenza è importante perché affronta due aspetti basilari, e molto dibattuti, delle problematiche riguardanti l'art. 15 l. 903/77. Si tratta della repressione delle discriminazioni basate sul sesso nell'accesso al lavoro, che vengono attuate mediante comportamenti inafferrabili ed insidiosi, come i meccanismi di selezione della manodopera, e della legittimazione attiva autonoma dei sindacati nella procedura d'urgenza ex art. 15, in mancanza di una delega da parte del lavoratore.

Sul primo punto, il giudice riconosce la legittimazione attiva delle ricorrenti, ma non ritiene di dover accertare in concreto la natura discriminatoria del comportamento della convenuta, per la volontaria rimozione da parte di quest'ultima delle cause della presunta discriminazione.

Quanto alla legittimazione attiva del Coordinamento Femminile della CGIL, il Giudice la esclude, confermando la piena titolarità al lavoratore discriminato del potere d'azione ex art. 15 l. 903/77.

Assunzione di soli uomini e comportamento discriminatorio nell'accesso al lavoro

Pretura di Pomigliano D'Arco, 20 marzo 1990, Alfa Lancia Industriale S.p.a. c. Ostinato ed altre

In Giustizia Civile, 1991, 1065, nota di Marsili Letizia, *Assunzione di soli uomini e comportamento discriminatorio*

Lavoro (Rapporto di) – Donne e fanciulli – Assunzione – Atti diretti a fini discriminatori in ragione del sesso – Configurabilità – Insussistenza – Fattispecie. (L. 9 dicembre 1977, n. 903, parità di trattamento fra uomini e donne in materia di lavoro, art. 1)

Ai fini dell'accertamento della discriminatorietà del comportamento del datore di lavoro, ex art. 1 l. 9 dicembre 1977 n. 903, sulla parità di trattamento fra uomini e donne in materia di lavoro, non è sufficiente addurre il mero dato oggettivo della assoluta mancanza di donne tra il personale assunto, essendo invece necessario dimostrare in modo inequivocabile la sussistenza di un intento discriminatorio in capo al datore di lavoro. (Nel caso di specie, l'azienda aveva assunto con contratto di formazione e lavoro 250 lavoratori tutti di sesso maschile, non convocando in azienda né sottoponendo a colloquio o altra forma di selezione nessuna, o solo alcuna, delle donne che avevano presentato domanda d'assunzione).

In fatto. Le resistenti in epigrafe presentano ricorso ai sensi dell'art. 15 della l. n. 903/77, con il quale denunciano il preteso comportamento discriminatorio della società Alfa Lancia Industriale S.p.a., che, procedendo ad assunzioni di dipendenti presso lo stabilimento di Pomigliano d'Arco, ha fino a quel momento scelto 250 persone, tutti maschi, mentre non ha ammesso a partecipare alle selezioni effettuate le ricorrenti, che, in possesso di tutti i requisiti, avevano inviato domanda di assunzione alla società.

In diritto. Nella fase sommaria, il Pretore emette decreto con cui, accertando la sussistenza della discriminazione per sesso nei confronti delle ricorrenti, annulla i contratti di for-

mazione già stipulati e dispone che le ricorrenti siano ammesse ai colloqui finalizzati all'assunzione. L'azienda propone ricorso in opposizione contro tale decreto. L'oggetto della sentenza, emessa in sede di opposizione al decreto pretorile emanato ex art. 15 l. n. 903/77, concerne l'accertamento della natura discriminatoria o meno del comportamento datoriale concretatosi nella mancata presa in considerazione delle domande di assunzione presentate dalle ricorrenti e nella loro conseguente non assunzione.

La soluzione data dal Pretore è la revoca del decreto emesso dallo stesso nella prima fase di giudizio, con il quale era stata accolta l'istanza delle ricorrenti.

Il Pretore segue infatti la teoria cosiddetta "soggettiva" della discriminazione, secondo la quale, ai fini dell'applicabilità della l. 903/77, occorre provare in modo inequivocabile che il comportamento dell'impresa è ispirato da un intento discriminatorio nei confronti delle originarie ricorrenti. L'unico indizio del movente discriminatorio del comportamento aziendale è dato dall'assoluta mancanza di donne tra i primi 250 lavoratori assunti; tuttavia, secondo il Pretore, tale risultato è l'oggettiva conseguenza dei meccanismi di selezione del personale, adottati dall'impresa. Infatti, la prosecuzione del programma di assunzioni, dopo la presentazione del ricorso ex art. 15, ha poi dimostrato come i criteri di selezione non fossero utilizzati ad impedire l'assunzione di personale femminile: ciò si ricava dal fatto che al termine del programma, su mille lavoratori assunti, 120 sono donne.

Per questi motivi viene revocato il decreto e rigettata la domanda iniziale.

Parità di trattamento fra lavoratrici madri e lavoratori padri. Un caso di discriminazione alla rovescia

Pretura di Torino 4 dicembre 1991, Bosio c. Azienda energetica municipale di Torino.

In Riv. Giur. Lav. 1993, II, 101

Giur. It. 1993, I, 2, 608, nota di Raffi Alessandra, *Nota in tema di parità di trattamento fra lavoratrici madri e lavoratori padri*

Lavoro (Rapporto di) – Parità di trattamento – Rimborso di rette scolastiche per i bambini in età prescolare alle sole donne – Illegittimità (L. 19 maggio 1975, n. 151; L. 9 dicembre 1977, n. 903, art. 13; L. 10 aprile 1991, n. 125).

L'accordo aziendale A.E.M. del 26 ottobre 1976, che prevede l'erogazione di un contributo per le spese di asilo nido per i figli delle sole lavoratrici, è illegittimo per violazione degli art. 3 cost., 2 l. 9 dicembre 1977/903 e 4 comma I l. 10 aprile 1991 n.125; dalla (parziale) nullità dell'accordo citato, discende l'estensione del beneficio anche ai lavoratori di sesso maschile, in applicazione del potere correttivo riconosciuto al giudice della sentenza n. 103 del 9 marzo 1989 della Corte costituzionale.

Si tratta di uno dei primi casi la cui decisione risulta esplicitamente basata sull'art. 4 della legge 10 aprile 1991 n.125. Il caso riguarda una controversia azionata individualmente dal dipendente, senza il tramite del/della Consigliere/a provinciale di parità, a causa di una presunta discriminazione "alla rovescia".

In fatto. L'attore richiede alla A.E.M, di cui è dipendente, il rimborso del 50% della retta mensile da corrispondere per l'asilo nido del figlio, come previsto dall'accordo aziendale del 1976 intercorso tra l'O.N.M.I-A.E.M. L'A.E.M respinge la richiesta sostenendo che l'accordo aziendale si applica solo nei confronti del personale femminile.

Fallita la conciliazione la causa viene discussa e decisa in favore del ricorrente.

In diritto. I principi giuridici cui fare riferimento sono stati individuati nella L. 19 maggio 1975 n. 151, nella L. 9 dicembre 1977 n. 903, in particolare nell'art. 2, e nell'art. 4 della legge n. 125/91.

In forza di tali norme si è sostenuto che un beneficio non può essere previsto esclusivamente a favore della lavoratrice "madre", se non nell'ambito delle azioni positive, oppure in presenza di particolari condizioni fisiologiche della donna. La soluzione della Pretura di Torino valorizza i contenuti più avanzati della riforma del diritto di famiglia, evidenziando i reciproci doveri di entrambi i genitori nei confronti della prole. Vengono, infatti, richiamati gli artt. del c.c. che impongono l'obbligo ad entrambi i coniugi, di istruire ed educare i figli (art. 147) e di provvedere al loro mantenimento (art. 148).

Dopo aver accertato la natura discriminatoria dell'accordo aziendale nei confronti dei lavoratori padri, il magistrato ha accolto la domanda, condannando l'A.E.M. al pagamento della somma richiesta.

È da evidenziare la parte finale del testo della sentenza, in cui si dice che "*tale soluzione della vicenda è del resto conforme ai principi ai cui si ispira la stessa legge n. 125 del 1991, di consentire cioè alla donna di pervenire ad una effettiva parità nel mondo del lavoro. Viceversa, quella contraria, auspicata dall'azienda, varrebbe 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*".

Pretura di Torino, 4 dicembre 1991 – *Est. Ciocchetti – Bosio* (Avv. Jacoviello) – Azienda energetica municipale di Torino (Avv. Bugni e Bonini).

Omissis. – *Svolgimento del processo:* Con proprio ricorso il sig. Bosio Claudio, dipendente A.E.M., esponeva quanto segue:

- 1) che con accordo aziendale 26 ottobre 1976 la A.E.M. si era obbligata ad erogare ai dipendenti un contributo pari al 50% della quota mensile da essi sostenuta per l'affidamento dei propri figli ad asili nido comunali;
- 2) che in data 26 ottobre 1990 l'attore aveva chiesto all'Azienda il suddetto contributo per il figlio Luca Mattia, affidato all'asilo comunale «Il Melograno» di via S. Chiara n. 10, Torino;
- 3) che la quota di contributo a carico dei genitori era di lire 265.000 mensili, onde la porzione a carico dell'A.E.M. ammontava a lire 1.475.000, a tutto il 28 febbraio 1991.

Ciò premesso, chiedeva la condanna dell'azienda al pagamento di tale importo.

Parte convenuta si costituiva ritualmente in giudizio e contestava la pretesa avversaria,

osservando che del citato accordo aziendale, secondo quanto in esso si legge, beneficiavano unicamente le dipendenti e non i dipendenti di sesso maschile.

Fallita la conciliazione, la causa veniva discussa e decisa, come da dispositivo trascritto in calce alla presente sentenza.

Motivi: 1. La difesa di parte ricorrente sostiene, in via principale, che l'accordo aziendale 26 ottobre 1976, il quale ha disposto l'erogazione di un contributo aziendale pari al 50% delle quote mensili sostenute per l'affidamento dei figli agli asili nido comunali, sarebbe operante nei confronti di tutti i dipendenti con prole e non, come ritenuto da parte convenuta, limitatamente alle dipendenti madri.

In ordine a ciò il pretore osserva quanto segue.

Il citato accordo si collega espressamente alla convenzione O.N.M.I.-A.E.M. del 27 ottobre 1967, che nel quadro della legge n. 860 del 1950 aveva messo a disposizione dei figli delle lavoratrici dell'A.E.M. un adeguato numero di posti negli asili-nido gestiti dall'O.N.M.I. di Torino.

Soppresso tale ente, sostituito in tutte le sue prestazioni dal Comune, alcune lavoratrici, sostenute in ciò dalle organizzazioni sindacali, fecero richiesta di «mantenere le facilitazioni precedentemente in atto» (cfr. premessa al verbale di accordo del 26 ottobre 1976).

Si pervenne così all'accordo aziendale del 1976, con cui la convenuta si accollò, in ragione del 50%, il costo dell'asilo-nido «in favore dei dipendenti che ne abbiano diritto». Orbene, l'antecedente storico dell'accordo e il tenore della premessa che in esso compare, costituiscono *ex art.* 1362 c. c. sicuro indice della volontà delle parti contraenti di attribuire il beneficio in oggetto alle sole dipendenti madri. Non risulta conseguentemente consentita l'interpretazione del patto aziendale sollecitata dall'attore.

2. La difesa di parte ricorrente chiede in subordine, e cioè in ipotesi di ritenuta operatività dell'accordo nei confronti delle sole lavoratrici, che esso venga dichiarato parzialmente nullo *ex art.* 1419 c. c., per contrasto con gli artt. 3 Cost., 2 L. 9 dicembre 1977, n. 903 e 4, comma 1°, L. 10 aprile 1991, n. 125; con conseguente estensione dell'erogazione anche al lavoratore padre.

In ordine a ciò il pretore osserva quanto segue. I principi giuridici cui fare riferimento per definire il giudizio sono contenuti nella L. 9 dicembre 1977, n. 903 e nella L. 10 aprile 1991, n. 125.

La prima sancisce la parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro, escludendo in tal modo la legittimità di attribuzioni differenziate ai lavoratori in ragione del sesso. La seconda, in attuazione del disposto di cui al 2° comma dell'art. 3 Cost., prevede invece l'adozione di «azioni positive per le donne, al fine di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità», onde cioè «realizzare l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro» (così art. 1, comma 1°, legge cit.).

Dal coordinamento di tali principi, coesistenti e destinati pertanto a limitarsi reciprocamente, si ricava che l'attribuzione alle lavoratrici di un beneficio, non riconosciuto viceversa al prestatore di sesso maschile, *non può ritenersi consentito in ogni caso*; essendo invece richiesto che il tutto sia inquadrabile nell'ambito delle c.d. azioni

positive e cioè sia diretto a porre rimedio ad una disuguaglianza sociale ovvero sia comunque legato alla particolare condizione fisiologica della donna. Talché, in difetto di ciò, il trattamento differenziato sarà privo di ragionevolezza e giustificazione, aprendo così le porte al potere «correttivo» esplicitamente riconosciuto al giudice ordinario dalla sent. n. 103 del 1989 della Corte costituzionale.

3. Ciò posto, passiamo ad esaminare il caso in esame.

L'accordo aziendale in atti prevede che l'A.E.M. contribuisca in ragione del 50% al costo dell'asilo-nido comunale, costo rapportato (come si legge in premessa) al complessivo reddito del nucleo familiare.

Di ciò beneficia però la sola lavoratrice madre, non invece il lavoratore padre; e questo anche nell'ipotesi di causa, in cui alla moglie dell'attore, dipendente presso altro ente, tale contributo non spetti.

Ad avviso del pretore, la limitazione in oggetto non può ritenersi plausibile né razionalmente giustificata.

Come emerge dal riferimento al complessivo reddito familiare, la provvidenza non è invero legata alla peculiare condizione della donna lavoratrice, ma si innesta sulla trama di obblighi che gravano su entrambi i coniugi, di istruire ed educare la prole (art. 147 c. c.), contribuendo al relativo onere economico (art. 148 c. c.). Non vi è pertanto motivo di privare di essa il lavoratore padre, impedendogli così la doverosa partecipazione agli impegni familiari previsti per legge.

Tale soluzione della vicenda è del resto conforme ai principi a cui si ispira la stessa legge n. 125 del 1991, di consentire cioè alla donna di pervenire ad un'effettiva parità nel mondo del lavoro. Viceversa quella contraria, auspicata dall'azienda, varrebbe 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.

4. Alla luce di quanto precede, la domanda va quindi accolta, con condanna dell'azienda al pagamento di quanto menzionato in dispositivo, desunto dal ricorso e rimasto incontestato. La novità del caso giustifica la integrale compensazione delle spese di lite. – *Omissis*.

Discriminazioni indirette: il requisito dell'altezza

Pretura Milano, 16 agosto 1991, Alberti ed altre c. Comune di Milano
Tar Lombardia, 27 novembre 1992, D'Alconzo e altre c. Comune di Milano
Pretura Trento, 5 maggio 1992, Ceschini e Visintin c. Provincia autonoma di Trento
Corte Costituzionale, Sentenza 15 aprile 1993, n. 163, Ceschini ed altra c. Provincia autonoma di Trento

Le sentenze di merito in commento concernono azioni individuali promosse ex art. 15 l. n. 903/77 esperite a seguito di concorsi pubblici con previsione, quale criterio di ammissione, del requisito di altezza indifferenziato per genere. Si tratta dell'esempio tipico di discriminazione indiretta generata "*dall'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa*". La questione è stata oggetto di giudizio di costituzionalità.

Pretura Milano, 16 agosto 1991, Alberti ed altre c. Comune di Milano
In Orientamenti della Giurisprudenza del lavoro, 1992, 511

Legge 10 aprile 1991 n. 125 – Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro – Violazione – Competenza del pretore del lavoro per l'accertamento della discriminazione denunciata – Fattispecie: bando di concorso per la copertura di 20 posti del profilo professionale di vigile urbano – Legittimazione attiva – Titolarità esclusiva del consigliere di parità – Esclusione – Compete anche alle lavoratrici discriminate.

A norma dell'art. 15, l. n. 903/1977, cui fa rinvio l'art. 4 l. n. 125/1991, competente per l'accertamento delle discriminazioni concernenti il diritto soggettivo delle lavoratrici alla parità di trattamento, è il Pretore, ove non si tratti di dipendenti pubblici.

La legittimazione attiva a denunciare la discriminazione contenuta in un bando di concorso comunale per l'assunzione di 20 vigili urbani, compete, oltre che al consigliere di parità, alle lavoratrici interessate.

Tar Lombardia, 27 novembre 1992, D'Alconzo e altre c. Comune di Milano
In D&L-Rivista critica di diritto del lavoro, 1993, 112, con nota di Chiavassa Alba e Hoesch Laura, *Requisito dell'altezza e discriminazione*.

L. 874/86 – Divieto di discriminazione per altezza – Deroghe – Vigile Milano – Esclusione.

La L. 13/12/86 n. 874 vieta nei concorsi pubblici discriminazioni fra uomini e donne in ordine all'altezza, salvo tassative deroghe tra le quali non rientra l'attività di vigile di Milano.

Fatto

Il Comune di Milano bandisce un concorso per la copertura di 20 posti di vigile urbano. Nel bando si ravvisa l'opportunità di fissare per tale profilo professionale limiti di altezza, non inferiori a 1,65 m per gli uomini e 1,58 m per le donne. Il bando viene impugnato da un gruppo di aspiranti candidate davanti al Pretore di Milano,

con ricorso ai sensi dell'art. 15 della l. 903/1977, e dell'art. 700 del codice di procedura civile.

Il Pretore, nell'ordinanza del 16 agosto 1991, riconosce in via preliminare la giurisdizione del giudice del lavoro. Le ricorrenti, infatti, non erano pubblici dipendenti ma cittadine che rivendicavano la tutela giudiziaria.

L'ordinanza, affrontando la questione della legittimazione attiva a denunciare la discriminazione contenuta nel bando di concorso, afferma la competenza oltre che della consigliera di parità anche delle lavoratrici interessate. Il Pretore sostiene infatti che la legge 125/1991 *“non contiene nuove disposizioni in tema di legittimazione attiva, se non quella relativa al Consigliere regionale di parità, che, oltre ai poteri (...) di agire su delega della lavoratrice e di intervenire nei giudizi da lei promossi, può proporre ricorso”* contro discriminazioni collettive; tale facoltà della Consigliera non esclude quindi la legittimazione attiva delle lavoratrici interessate.

Per quanto attiene al limite della statura, il Pretore ne accerta la natura discriminatoria per le donne, sia riferendosi a dati statistici prodotti dalla parte ricorrente (curva di Tanner), che in relazione all'art. 1 della legge 874/1986. Tale legge vieta di introdurre il limite di statura, tranne nei casi stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio, tra cui non rientra, secondo il Pretore, l'ammissione al concorso di vigile urbano.

Pertanto, la Pretura sospende il bando di concorso ed invita il Comune ad emendarlo.

Viene emesso un nuovo bando dal Comune, che riapre i termini per il concorso ed ammette a partecipare, in via temporanea, i candidati e le candidate prive del limite minimo di altezza.

Successivamente, in sede di merito, il Pretore di Milano dichiara il difetto di giurisdizione, e pertanto l'ordinanza cautelare decade.

Alcune concorrenti, che avevano partecipato al concorso e si erano piazzate utilmente in graduatoria, vengono escluse dalla nomina per mancanza del requisito di altezza. Una parte di esse, unitamente ad un concorrente uomo, impugnano davanti al Tar della Lombardia la delibera di Giunta contenente i limiti di altezza per violazione dell'art. 1 della l. 903/77 e dell'art. 4 della l. 125/1991.

Il Tar, con una serie di ordinanze in date diverse, accoglie le relative domande e sospende la deliberazione del Comune, nella parte in cui esclude dalla nomina le ricorrenti donne ed il concorrente uomo aventi altezza inferiore a quelle indicate.

Pretura Trento, 5 maggio 1992, Ceschini e Visintin c. Provincia autonoma di Trento
In D&L-Rivista critica di diritto del lavoro, 1993, 111.

Giurisdizione amministrativa – Rapporti di pubblico impiego – Potere discrezionale della P.A. – Sussiste.

Parità uomo/donna – Diritto soggettivo costituzionale – Giurisdizione dell'A.g.o. – Sussiste.

L. 874/86 – Divieto di discriminazioni per altezza – Deroghe – Funzionario del Servizio antincendio della provincia di Trento – Esclusione.

Parità uomo/donna – Dati statistici – presunzione di discriminazione – Artt. 4 e 5 l. 125/91 – Onere della prova – Disciplina.

Parità uomo/donna – Art. 4 L.P. 3/80 Provincia di Trento – Limite di altezza – Questione di incostituzionalità – Non manifesta infondatezza.

Sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle controversie aventi a oggetto rapporti di pubblico impiego costituiti nonché in caso di esercizio del potere discrezionale da parte della P.A.

Sussiste la giurisdizione ordinaria (del Pretore del lavoro) per le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei criteri di ammissione a concorsi pubblici ove si faccia valere il diritto soggettivo costituzionale alla parità uomo-donna in ordine al quale la P.A. è priva di potere discrezionale.

La l. 13/12/86 n. 874 vieta nei concorsi pubblici discriminazioni in ordine all'altezza, salvo tassative eccezioni tra le quali non rientra l'attività di funzionario del servizio antincendio dell'Amministrazione provinciale di Trento.

Qualora la parte ricorrente fornisca dati statistici internazionali idonei a fondare la presunzione di discriminazione sessuale in relazione a un'altezza indifferenziata svantaggiosa per le donne, l'onere dell'insussistenza della discriminazione ex artt. 4 e 5 della l. 10/4/91 n. 125 grava sull'altra parte.

Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 L.P. 15/2/80 n. 3 della Provincia di Trento nella parte in cui, in violazione degli artt. 3 e 37 Cost., nonché degli artt. 4 e 8 Statuto speciale di autonomia per il Trentino Alto Adige, in relazione all'art. 1 l. 903/77 e 4 l. 125/91, prevede, in modo indifferenziato, per uomini e donne, la statura non inferiore a m. 1,65 tra i requisiti richiesti per l'accesso alle carriere direttive e di concetto del ruolo tecnico del Servizio antincendi.

Corte Costituzionale, Sentenza 15 aprile 1993, n. 163, Ceschini ed altra c. Provincia autonoma di Trento

In Foro Italiano, 1994, I, 695

Trentino-Alto-Adige – provincia autonoma di Trento – servizio antincendi – Assunzioni – Requisiti – Statura fisica minima indifferenziata per uomini e donne – Incostituzionalità (Cost., art. 3; l. 9 dicembre 1977 n. 903, art. 1; l. 10 aprile 1991 n. 125 art. 4; l. prov. Trento 23 agosto 1963 n. 8, ordinamento degli uffici e statuto del personale della provincia di Trento, art. 56bis; l. prov. Trento 15 febbraio 1980, n. 3, norme concernenti il trasferimento alla provincia autonoma di Trento del personale della Regione Trentino Alto Adige addetto agli uffici dell'Ispettorato provinciale del servizio antincendi e di quello appartenente al corpo permanente dei vigili del fuoco di Trento e altre disposizioni riguardanti il personale provinciale, art. 4).

È illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 4 n. 2 l. prov. Trento 15 febbraio 1980, n. 3, nella parte in cui prevede, tra i requisiti per l'accesso alle carriere direttive e di concetto del ruolo tecnico del servizio antincendi della provincia di Trento il possesso di una statura fisica minima indifferenziata per uomini e donne.

In fatto. La provincia autonoma di Trento, per coprire un posto di funzionario per il servizio antincendio, ha indetto un concorso prevedendo, fra i requisiti di ammissione, la statura superiore a m. 1,65.

Una candidata, esclusa a causa dell'altezza, e la Consigliera provinciale di Trento promuovono ricorso al Pretore del lavoro ex art. 15 l. 903/77, sostenendo la sussistenza di una discriminazione sessuale indiretta.

Le ricorrenti sostengono, infatti, che secondo parametri statistici internazionali, la cosiddetta "curva di Tanner", è considerata altezza normale per le donne quella compresa fra m. 1,51 e 1,73, mentre la soglia minima per l'uomo è m. 1,63.

Pertanto il requisito di statura richiesto svantaggerebbe in misura proporzionalmente maggiore i lavoratori di sesso femminile, senza essere essenziale allo svolgimento dell'attività lavorativa. La censura al bando è estesa alla legge provinciale n. 3 del 15 febbraio 1980, in

quanto vi si prevede la statura minima di m. 1,65 fra i requisiti per l'accesso alla carriera direttiva del ruolo tecnico del servizio antincendi.

Secondo le ricorrenti tale legge sarebbe inefficace per contrasto con la normativa dello statuto speciale di autonomia per il Trentino che prevede il rispetto da parte della legge provinciale delle "norme fondamentali delle riforme economiche-sociali della Repubblica", fra cui la legge 903/77 che vieta qualsiasi discriminazione fondata sul sesso e la legge 125/91.

In diritto. Il Pretore di Trento, sebbene condivida le ragioni di discriminazione prospettate, solleva la questione di legittimità costituzionale della legge provinciale 3/80 poiché viola i precetti costituzionali di parità e uguaglianza, i principi dello Statuto speciale del Trentino Alto-Adige e le leggi 903/1977 e 125/1991, e rimette pertanto gli atti alla Corte Costituzionale.

La Corte Costituzionale, con una sentenza del 1993, si è pronunciata sul caso dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 n. 2 della l.p. 3/80 nella parte in cui prevede tra i requisiti per l'accesso alle carriere direttive e di concetto del ruolo tecnico del servizio antincendi, il possesso di una statura fisica indifferenziata per uomini e donne.

Sono da evidenziare le motivazioni addotte nella sentenza. La Corte infatti afferma che l'art. 3, 2° comma della Costituzione "esprime un criterio interpretativo che si riflette anche sulla latitudine e sull'attuazione da dare al principio di eguaglianza 'formale', nel senso che ne qualifica la garanzia in relazione ai risultati effettivi prodotti o producibili"; prosegue affermando che "ove i soggetti considerati da una certa norma, diretta a disciplinare una determinata fattispecie, diano luogo a una classe di persone dotate di caratteristiche omogenee rispetto al fine obiettivo perseguito con il trattamento giuridico ad essi riservato, quest'ultimo sarà conforme al principio di uguaglianza soltanto nel caso che risulti ragionevolmente differenziato in relazione alle distinte caratteristiche proprie delle sottocategorie di persone che quella classe compongono".

Infine la Corte sostiene che "l'adozione di un trattamento giuridico uniforme – cioè la previsione di un requisito fisico per l'accesso al posto di lavoro che è identico per gli uomini e per le donne – è causa di una 'discriminazione indiretta' a sfavore delle persone di sesso femminile, poiché svantaggia queste ultime in modo proporzionalmente maggiore rispetto agli uomini, in considerazione di una differenza fisica statisticamente riscontrabile e obiettivamente dipendente dal sesso".

Pretura Trento 5 maggio 1992 (ord.), est. Flaim, Ceschini e Visintin (avv. Pantezzi e Roncoletta) c. Provincia autonoma di Trento (avv. Stato)

-Omissis-

Sulla non manifesta infondatezza

La questione di legittimità costituzionale, qui sollevata d'ufficio, non è manifestamente infondata.

L'ipotesi in esame si configura come un esempio di scuola di «discriminazione indiretta», fattispecie questa descritta dall'art. 4, 2° comma, L. 125/91 ("Costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pre-

giudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa").

Come emerge dalla documentazione prodotta dalle ricorrenti (e non contestata dalla convenuta), è considerata, secondo parametri medico-statistici riconosciuti a livello internazionale (curve di Tanner-Whitehouse), altezza «normale» femminile quella compresa tra il m. 1,51 ed il m. 1,73, mentre l'altezza «normale» maschile si colloca tra il m. 1,63 ed il m. 1,87.

La norma censurata richiede, in modo indifferenziato per i due sessi, quale requisito per l'ammissione al concorso di funzionario per i servizi antincendio, VII livello funzionale-retributivo, la statura minima di m. 1,65.

Come ben sostenuto dalle ricorrenti, così facendo, la norma, se da un lato consente l'ammissione al concorso di quasi tutti gli uomini di altezza «normale» (ne rimangono esclusi soltanto quelli tra il m. 1,63 ed il m. 1,65), nega la possibilità di partecipare al concorso addirittura a tutte le donne di altezza «normale media», corrispondente a m. 1,62 ($1,73-1,51=22$ quindi $1,51+11=1,62$).

Per evidenziare il conflitto tra la norma provinciale e gli artt. 3, 1° comma, 3, 2° comma e 37, 1° comma I parte, Cost. sarebbe sufficiente ricordare che le norme statali ordinarie (L. 903/77 e L. 125/91) dirette a sanzionare discriminazioni del tipo di quella prevista dalla norma provinciale sono considerate i principali momenti di attuazione proprio di quei precetti costituzionali ritenuti in contrasto con la norma impugnata.

Più specificamente, quest'ultima viola il principio di eguaglianza formale ex art. 3, 1° comma, ed ex art. 37, 1° comma, I parte (il quale ribadisce il principio della parità di trattamento in una materia, quale quella del lavoro, in cui in larga parte nel passato era stata posta sul piano normativo la disegualianza tra i due sessi) in quanto disciplina in modo omogeneo situazioni la cui eterogeneità è connessa alla naturale diversità di struttura fisica dell'uomo e della donna. La Corte Costituzionale da tempo (*ex plurimis* sent. 31/3/61 n. 21) ritiene illegittime le norme che disciplinano in maniera uguale situazioni diverse. D'altro canto la mancata considerazione di questo ineliminabile elemento di diversità viola il criterio di ragionevolezza (in base al quale la Consulta, ormai tradizionalmente, esercita il suo sindacato di legittimità sulle leggi ordinarie al fine di verificare la compatibilità tra l'interesse all'eguaglianza paritaria e l'interesse sostanziale perseguito dalla legge nello specifico caso) poiché non appare giustifi-

cata dalla particolarità, delle mansioni proprie del posto, cui aspira l'ing. Ceschini. È significativo, a questo proposito, osservare che nel presente giudizio Provincia autonoma di Trento si è limitata a sollevare il difetto di giurisdizione del pretore del lavoro e l'inammissibilità della domanda, mentre non ha neppure tentato di dimostrare il carattere non discriminatorio della condotta addebitata.

Il fatto è tanto più rilevante se si considera che sull'ente convenuto incombeva, ai sensi dell'art. 4, 5° comma, L. 125/91, l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione, avendo le ricorrenti fornito elementi di fatto, fondati su dati di carattere statistico, idonei a fondare (come si è già visto), in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di una discriminazione in ragione del sesso. L'irrelevanza di una statura minima di m. 1,65, a prescindere dal sesso, si desume anche dall'art. 1 L. 13/12/86 n. 874, secondo cui «l'altezza delle persone non costituisce motivo alcuno di discriminazione per la partecipazione ai concorsi pubblici indetti dalle pubbliche amministrazioni, comprese quelle ad ordinamento autonomo e dagli enti pubblici...». È vero che il successivo art. 2 consente al presidente del consiglio dei ministri stabilire, attraverso una complessa procedura, «le mansioni e le qualifiche speciali per le quali è necessario definire un limite di altezza e la misura di detto limite». Con il Dpcm 22/7/87 sono stati stabiliti specifici limiti di altezza per la partecipazione a taluni concorsi pubblici.

In effetti tra questi è previsto quello per la nomina ad allievo permanente del Corpo nazionale dei vigili del fuoco.

Tuttavia non può sfuggire la profonda diversità, sotto il profilo delle mansioni, fra i componenti del corpo permanente dei vigili del fuoco e coloro che sono inquadrati nelle carriere direttive e di concetto del ruolo tecnico dei servizi antincendio.

La tabella allegata alla LR 22/8/88 n. 26 e concernente la dotazione organica del Corpo permanente dei vigile del fuoco distingue

nettamente tra «personale tecnico dei servizi antincendio» e «vigili del fuoco».

Inoltre per comprendere senza difficoltà perché una statura inferiore a m. 1,65 è compatibile con lo svolgimento delle mansioni proprie del posto cui l'ing. Ceschini aspira, occorre tener presente che la declaratoria del VII livello funzionale-retributivo prevista dall'allegato A) alla LP 26/5/80 n. 13, così recita: «Attività professionali comportanti o preposizioni a uffici, servizi o altre unità organiche non aventi rilevanza esterna, con margini valutativi per il perseguimento dei risultati, e facoltà di decisione e proposta nell'ambito di direttive generali; ovvero attività di collaborazione istruttoria o studio, nel campo amministrativo e tecnico, richiedente specializzazione e preparazione professionale di settore a livello universitario. La preposizione a unità organiche comporta piena responsabilità per le direttive o istruzioni impartite nell'attività di indirizzo e coordinamento e per i risultati conseguiti. Attività di insegnamento a carattere teorico.

Agevole è poi evidenziare il contrasto tra la norma impugnata e il principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, 2° comma, Cost.): richiedere, ai fini dell'ammissione al concorso, un identico requisito fisico, il quale, a causa della naturale diversità della struttura fisica dei due sessi, si rivela più rigoroso per la donna, significa frapporre ostacolo alla partecipazione delle donne alla vita economica e sociale del Paese (il quale ha nel lavoro il suo principale momento) in stridente antitesi con il suddetto precetto costituzionale (il quale, al contrario, giustifica trattamenti più favorevoli nei confronti della donna, se diretti a rimuovere le cause della tradizionale disegualianza di fatto tra i sessi).

Infine la norma ex art. 4 LP 3/80 viola il disposto dell'art. 4 dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige (DPR 31/8/72 n. 670), il quale, ai sensi dell'art. 116 Cc ha valore di legge costituzionale.

La nomina impugnata è stata emanata nell'esercizio della sua potestà legislativa pri-

maria in materia di ordinamento degli uffici provinciali e del personale ad essi addetto (art. 8 St. Aut.).

Tuttavia tale esercizio deve avvenire con il rispetto, tra l'altro, delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica (art. 4 St. Aut. richiamato dall'art. 8 St. Aut.).

Non può seriamente dubitarsi che le leggi 903/77 e 125/91 rientrino in questa categoria di norme, se è vero che costituiscono i principali momenti di attuazione dei precetti costituzionali ex artt. 3 e 37 Cost.

Il contrasto tra le leggi emanate dallo Stato per attuare la parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro e la norma qui impugnata risulta evidente da quanto già detto in tema di discriminazione indiretta ex art. 4, 2° comma, L. 125/91.

P.Q.M.

dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 LP 15/2/80 n. 3 (che ha introdotto l'art. 56 bis LP 23/8/63 n. 8), nella parte in cui, in violazione dei precetti costituzionali ex artt. 3, 1° comma (principio di eguaglianza formale), 3, 2° comma (principio di eguaglianza sostanziale) e 37, 1° comma, I parte (parità di trattamento dei due sessi in materia di lavoro) nonché degli artt. 4 e 8 dello Statuto speciale di autonomia per il Trentino-Alto Adige (DPR 31/8/72 n. 670), in relazione agli artt. 1 L. 9/12/77 n. 903, 4, 1° comma, e 2 L. 10/4/91 n. 125, prevede, in modo indifferenziato per uomini e donne, la statura non inferiore a m. 1,65 tra i requisiti (1° e 2° comma) richiesti per l'accesso alle carriere direttive e di concetto del ruolo tecnico del servizio antincendi.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale (...)

(...) Visto il ricorso 3945/92 per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, dei provvedimenti di esclusione delle ricorrenti in data 23/7/92; della deliberazione della Giunta comunale n. 3222 del 14/7/92, con la quale si è proceduto alla nomina dei vincitori del concorso pubblico per titoli ed esami

per la copertura di 20 posti del profilo professionale di vigile urbano di quinta qualifica funzionale, nella parte in cui non ricomprende le ricorrenti tra i vincitori; del bando di concorso in data 24/6/91, limitatamente alla parte in cui prevede il requisito del limite minimo di altezza: di tutti gli atti connessi; visti gli atti e i documenti depositati col ricorso; vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalle ricorrenti; visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune resistente; udito il relatore, dotto Mariuzzo Francesco; uditi, altresì, i procuratori delle parti; vista la L. 13/12/86 n. 874 il cui art. 1 statuisce che l'altezza delle persone non costitui-

sce motivo alcuno di discriminazione per la partecipazione ai concorsi pubblici indetti dalle P.A., salvi i casi previsti dall'art. 2; Rilevato che il Dpcm 22/7/87 n. 411, che ha dato attuazione al detto art. 2, ha indicato tassativamente i casi in cui è prevista la determinazione di limiti di altezza ai fini dell'ammissione ai pubblici concorsi fra i quali non rientra quello della partecipazione ai concorsi per il reclutamento dei vigili urbani; Ritenuto che sussistono gli estremi previsti dall'art. 21, ultimo comma, della L. 6/12/71 n. 1034; Vista la rinuncia alla sospensiva di Daniela Bonincontro P.Q.M. Accoglie la suindicata domanda incidentale di sospensione. (...)

Discriminazione della lavoratrice nell'inquadramento dirigenziale: la cd. "prova statistica"

Pretura di Roma, 24 novembre 1992, Torresi c. Banca Commerciale Italiana

Pretura di Milano, 22 novembre 1993, Moretti c. Ausimont s.p.a.

Pretura di Milano, 16 luglio 1994, Sarago c. Olivetti s.p.a.

I casi riportati di seguito evidenziano uno dei temi più dibattuti nella legge sulle azioni positive; si tratta della facoltà consentita al lavoratore di fornire 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 e conseguentemente agire in giudizio. Secondo il dettato della l. n.125/1991, l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione è a carico del datore di lavoro.

È interessante sottolineare come nei precedenti giurisprudenziali la prova statistica non sia stata sempre ritenuta rilevante per l'accertamento della sussistenza di una discriminazione. (sul punto, cfr. Pretura di Roma, 24 novembre 1992, RIDL, 1993, II, 262; Pretura Milano, 12 giugno 1992 (ord), RGL, 1993, II, 79.)

Di seguito analizziamo tre casi particolarmente importanti per comprendere la valenza dei dati statistici nella tutela antidiscriminatoria.

Pretura di Roma, 24 novembre 1992, Torresi c. Banca Commerciale Italiana

In RIDL, 1993, II, 262, nota di Daniela Manassero, *Una prima pronuncia in tema di "prova statistica" della discriminazione*

Parità di trattamento – Discriminazioni – Accertamenti ex art. 4 l. n. 125/1991 – Ripartizione dell'onere della prova – Criteri.

Parità di trattamento – Discriminazioni – Accertamento ex art. 4 l. n. 125/1991 – Prova statistica del trattamento peggiore riservato alle lavoratrici – Riferimento alla specifica situazione aziendale – Necessità.

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 dell'esistenza di atti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, l'onere a carico del convenuto della prova liberatoria sull'insussistenza della discriminazione.

Non può assegnarsi valenza di dato statistico ai sensi dell'art 4, comma 5° della l. n. 125/1991 ad una pubblicazione frutto di una ricerca sulle impiegate di banca di 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 fatto. In questa sentenza, la prima che richiami esplicitamente l'art. 4 della l. n. 125/1991, il Pretore affronta uno dei temi più dibattuti della legge sulle azioni positive, ossia la ripartizione degli oneri probatori fra le parti del giudizio.

In questo caso, la ricorrente deduce una mancata progressione di carriera causata da un deterioro trattamento riservato alle lavoratrici rispetto ai lavoratori.

In diritto. Il Pretore respinge il ricorso negando la sussistenza di un nesso di causalità tra l'asserita disparità di trattamento e il sesso quale criterio discriminatorio.

La sentenza segue l'orientamento della tesi, maggioritaria in dottrina¹, secondo cui l'art. 4 della l. n. 125/1991 permette solo un alleggerimento dei carichi probatori a favore della parte che deduce in giudizio la fattispecie discriminatoria, non consentendo una vera e propria inversione dell'onere della prova a carico del convenuto.

È da evidenziare che la pronuncia pretorile esclude nella fattispecie la valenza di prova statistica di una ricerca sociologica che riguardi le occupate di un intero settore merceologico (nel caso il sistema bancario), prodotta dalla ricorrente, perché tale ricerca sulle impiegate di banca di tutte le province italiane, secondo un campionamento nazionale, non ha nessun riferimento specifico alla controversia in oggetto e non fornisce gli elementi presuntivi richiesti dalla norma.

Pretura di Milano, 22 novembre 1993, Moretti c. Ausimont s.p.a.

In Riv. It. Dir. Lav, 1994, II, 703, nota di Poso Vincenzo A., *Discriminazione della lavoratrice nell'inquadramento dirigenziale*

Discriminazioni – Per motivi inerenti al sesso del lavoratore – Fattispecie: azienda con soli dirigenti uomini – Mancato inquadramento dirigenziale di donna svolgente le stesse mansioni.

Nel caso di un'azienda che occupa circa 2000 dipendenti – di cui circa 100 donne, con 50 dirigenti maschi – facente parte di un gruppo di società i cui dirigenti addetti al settore marketing, pubblicità, comunicazione e pubbliche relazioni sono solo maschi, esistono indizi gravi, precisi e concordanti per ritenere che la lavoratrice che abbia sempre svolto le stesse mansioni dei colleghi dirigenti maschi sia stata sotto-qualificata per discriminazione determinata da motivi inerenti al suo essere donna. Alla lavoratrice discriminata, pertanto, deve essere riconosciuta la qualifica di dirigente.

In fatto. La ricorrente propone ricorso chiedendo che le venga riconosciuta la qualifica di dirigente che le spetta in base al lavoro svolto. In realtà, anche dalla testimonianza dell'ex

1. Cfr. Guarriello, "Le azioni in giudizio", in Gaeta-Zoppoli, *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Torino, 1992, 188 ss.

amministratore delegato della società, risulta che l'attrice ricopriva incarichi di un certo rilievo, in misura pari ai suoi colleghi di sesso maschile, meritando in tal modo di essere inquadrata come dirigente.

In diritto. La Pretura ritiene fondata la domanda, sulla base di precisi dati statistici, che rilevano la presenza quasi totalizzante di dirigenti maschi nei settori che si occupano dell'immagine (comunicazione, PR, ecc..).

Sembrano pertanto esistere indizi gravi, precisi e concordanti che la ricorrente sia stata sottoqualificata soltanto perché donna; secondo gli artt. 3, 36 e 37 Cost., tale discriminazione è in contrasto con il principio della parità dei sessi, anche in ambito lavorativo, perciò si stabilisce di rimuovere tale discriminazione e di riconoscere alla ricorrente lo stesso inquadramento riconosciuto ai suoi omologhi maschi.

Pretura di Milano, 16 luglio 1994, Sarago c. Olivetti s.p.a.
In Giur. It., 1995, I, 2, 745.

Lavoro (Rapporto di) – Parità uomo donna – Discriminazione indiretta ex art. 4 L. 10 aprile 1991, n. 125 – Interpretazione – Fattispecie.

Affinché possa realizzarsi una discriminazione indiretta, ai sensi dell'art. 4 l. 10 aprile 1991, n. 125 è necessaria la sussistenza di criteri che pregiudichino i lavoratori di uno dei due sessi e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento della prestazione lavorativa (nella specie il giudicante ha escluso la ricorrenza di una tale discriminazione nell'accesso alla categoria dirigenziale di una donna, in quanto il datore di lavoro aveva adottato criteri essenziali alla prestazione di lavoro del dirigente)

In fatto. La ricorrente rivendica l'attribuzione della qualifica dirigenziale sulla base dell'avvenuta violazione nei suoi confronti del principio di parità di trattamento ex artt. 3 e 13 legge n. 903/1977 e sulla base di una ingiustificata attribuzione della qualifica dirigenziale in modo sproporzionato ai lavoratori di sesso maschile, violando in questo modo l'art. 4 della legge 125/1991.

A riguardo, il Consigliere di parità della Lombardia fornisce i dati relativi al rapporto numerico fra dirigenti, quadri e impiegati uomini e donne nell'organico della Olivetti.

La ricorrente non rivendica la suddetta qualifica secondo le mansioni effettivamente esercitate.

In diritto. Le richieste della ricorrente vengono respinte dalla Pretura, che ritiene le responsabilità affidate ai dirigenti maschi di maggiore rilevanza rispetto a quelle affidate alla Farago, la quale svolgeva essenzialmente funzioni operative. Conseguentemente viene accertata l'insussistenza della violazione del principio di parità di trattamento.

Per quanto riguarda l'asserita discriminazione indiretta, ne viene accertata l'insussistenza, stabilendo la discrezionalità della società nella selezione dei criteri per attribuire la qualifica dirigenziale e considerandoli essenziali alla prestazione del dirigente stesso.

La sentenza acquista importanza in particolare per l'intervento interpretativo che il Pretore di Milano opera sulla legge n.125/91, fissando alcuni criteri idonei a ritenere sussistente o meno una discriminazione indiretta ex art.4 legge cit.

La decisione recita infatti che *“a parità di professionalità, di titolo di studio, di esperienza, di anzianità il criterio di attribuzione della qualifica dirigenziale quale conseguenza dell'affidamento di mansioni dirigenziali, può derivare anche dalla sussistenza di doti caratteriali legate alla persona, quali la determinazione, l'equilibrio, la risolutezza o l'incisività nei rapporti interpersonali, la attitudine al comando o alla motivazione delle persone a seconda delle caratteristiche del contesto aziendale.”*

PRETURA MILANO, 16 luglio 1994 – est. Sala. – Farago (avv. Fredi Mazzone) – Ing. Olivetti e C. s.p.a. (avv. Spagnuolo Vigorita). *Omissis*. – *Motivi*: La rivendicazione della ricorrente diretta all’attribuzione della qualifica dirigenziale si fonda su due presupposti:

- 1) violazione da parte della convenuta del principio della parità di trattamento ex art. 3 e 13 legge n. 903/1977;
- 2) violazione da parte della convenuta dell’art. 4 legge n. 125/1991 per avere attribuito la qualifica dirigenziale con ingiustificata sproporzione tra lavoratori di sesso maschile e femminile.

Non viene invece rivendicata la suddetta qualifica in ragione delle mansioni effettivamente esercitate.

Ritiene il giudicante, anche alla luce dell’istruttoria svolta, che entrambe le doglianze attrici non siano fondate.

- 1) Violazione del principio della parità di trattamento.

Innanzi tutto va rilevato che la ricorrente parte, per sostenere le proprie rivendicazioni, dal presupposto della sussistenza di un principio generale della parità di trattamento a parità di mansioni che la recente sentenza del Supremo Collegio (n. 6030/1993) ha chiaramente escluso.

In ogni caso anche l’accertata disparità non produrrebbe, come esattamente ha rilevato la convenuta sulla scorta della citata sentenza, l’effetto della estensione ai lavoratori discriminati del trattamento di maggior favore.

Tuttavia, anche a voler aderire alla impostazione attrice secondo la quale sussisterebbe in ogni caso la violazione del principio di cui agli artt. 3 e 13 legge n. 903/1977, si deve rilevare che le risultanze istruttorie non consentono di pervenire alle conclusioni assunte dalla ricorrente, non emergendo, rispetto ai colleghi Bruni, D’Apollonio, Pellerano, Sozzi, Murnik, Bonesso, la parità di mansioni.

I testi Gurrieri e Marcalli hanno chiaramente escluso che le responsabilità affidate a Bruni fossero le stesse rispetto a quelle affidate alla Farago, avendo i due operato in due fasi diverse del cosiddetto progetto AT e T.

Il primo aveva operato infatti nella fase iniziale di lancio del progetto con maggiori re-

sponsabilità di sviluppo, mentre la Farago intervenne in una seconda fase, quando la situazione era «già assestata» (v. in tal senso anche teste Marellò), con funzioni solo operative, tenendo contatti con i rappresentanti delle consociate ad un livello più basso rispetto ai contatti sviluppati dal Bruni.

Del resto il teste Marcalli ha pure delineato le differenze di responsabilità affidate al D’Apollonio per il progetto Comet avendo quest’ultimo il compito, a differenza della Farago, di condurre le linee strategiche di evoluzione con modalità innovative rispetto alla concorrenza. Il teste ha peraltro precisato che D’Apollonio già operava, a differenza della Farago, nel campo della pianificazione. Infine si rileva che non è stata fornita la prova (non ravvisandosi nel ricorso introduttivo i capitoli relativi) della parità di mansioni tra la Farago e i dirigenti Sozzi e Murnik coordinatori, a fianco di Bruni, di altri due sottogruppi, nel periodo anteriore al giugno 1987, e alle dipendenze di Gurrieri per il periodo successivo (v. pag. 6 del ricorso) quali coordinatori del gruppo promozione e del gruppo supporto commerciale.

In ordine poi alle mansioni svolte dalla Farago dal gennaio 1989 al dicembre 1990 non è evidenziata la discriminazione con altri dipendenti di sesso maschile.

In conclusione né Bruni né D’Apollonio si può ritenere svolgessero mansioni equivalenti, per iniziativa e responsabilità, a quelle della ricorrente con la conseguente insussistenza della asserita violazione del principio di parità di trattamento.

- 2) Violazione art. 4 legge n. 125/1991.

In ordine alla preliminare eccezione di carenza di legittimazione attiva proposta in via preliminare dalla resistente, invocando il 6° comma della citata norma, rileva il giudicante che la stessa non può considerarsi fondata, in quanto parte ricorrente prospetta un comportamento discriminatorio in ragione del sesso lesivo della propria posizione individuale: il 4° comma prevede un’ampia formulazione anche ai fini del tentativo di conciliazione di cui all’art. 410 c. p. c. che ben comprende anche l’azione in giudizio del lavoratore, mentre il 6° com-

ma si riferisce esclusivamente a comportamenti discriminatori aventi carattere collettivo. Venendo al merito della questione di cui è causa ritiene il giudicante che debba condividersi la considerazione della difesa della convenuta secondo la quale nella fattispecie, in ogni caso non si può ravvisare la asserita discriminazione indiretta ex 2° comma art. 4 citato.

La norma infatti precisa che «costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente alla adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso e riguardino i requisiti non essenziali allo svolgimento della attività lavorativa».

Occorrono pertanto due decisivi elementi: da un lato la sussistenza di criteri che pregiudichino i lavoratori di uno dei sessi e dall'altro che i criteri medesimi riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento della prestazione lavorativa.

Quali che siano i criteri adottati dalla Ing. C. Olivetti s.p.a per selezionare i dirigenti e attribuire al dipendente la relativa qualifica è indiscutibile che si tratti di criteri essenziali alla prestazione del dirigente stesso. Si tratta peraltro di criteri di per se discrezionali perché le capacità manageriali del lavoratore o della lavoratrice variano a seconda della politica aziendale che il datore di lavoro vuole perseguire, del settore di appartenenza, della capacità di iniziativa o di imprenditorialità via via richieste a seconda delle occasioni.

A parità di professionalità, di titoli di studio, di esperienza, di anzianità il criterio di attribuzione della qualifica dirigenziale quale conseguenza dell'affidamento di mansioni dirigenziali, può derivare anche dalla sussistenza di doti caratteriali legate alla persona quali la determinazione, l'equilibrio, la risolutezza o l'incisività nei rapporti interpersonali, la attitudine al comando o alla motivazione delle persone a seconda delle caratteristiche del contesto aziendale.

Non può dunque ravvisarsi nella fattispecie alcuna discriminazione indiretta.

Del resto la sussistenza di discriminazione diretta è già stata esclusa dalle precedenti

argomentazioni relative alla pretesa violazione della legge n. 903/1977.

Il fatto poi che, ex 5° comma del citato art. 4, parte attrice abbia allegato i dati relativi alla situazione aziendale complessiva della società resistente in ordine al rapporto numerico tra dirigenti uomini-donne, quadri uomini-donne e livelli impiegatizi superiori, dati peraltro forniti dal Consigliere di Parità della Lombardia, diventa irrilevante laddove tali dati sono significativi solo in presenza della suddetta discriminazione individuale, sia essa diretta o indiretta.

I dati suddetti non assumono, secondo la citata normativa, un'autonoma rilevanza quale presunzione dell'esistenza della asserita discriminazione ma, in presenza della presunzione dell'esistenza della discriminazione, consentono l'inversione dell'onere della prova. Posto che, nella fattispecie di cui è causa, per le esposte considerazioni, non è neppure teoricamente prospettabile la discriminazione indiretta, la presunzione di cui sopra non ha ragion d'essere.

In ogni caso, anche se si volesse ipotizzare una discriminazione diretta, e valutare gli elementi di fatto allegati in ordine alla netta inferiorità numerica, nel contesto aziendale *de quo*, delle donne dirigenti per consentire la suddetta inversione dell'onere della prova, si deve ritenere che la resistente abbia fornito la prova richiesta.

In particolare, la sopra riferita valutazione delle risultanze istruttorie, consente di individuare le ragioni per le quali la qualifica dirigenziale è stata attribuita a Bruni e a D'Apollonio e non alla Farago, attese le responsabilità maggiori anche quanto ad iniziativa e sviluppo dei relativi progetti affidati, assunte dai primi.

Se la questione è invece nei termini secondo i quali alla Farago non sarebbero state affidate – pur avendone le capacità – le responsabilità affidate invece ai colleghi uomini, si ritornerebbe alla fattispecie della discriminazione indiretta con le conseguenze sopra delineate.

Le domande attrici pertanto debbono essere respinte anche se la peculiarità del caso giustifica la compensazione delle spese di lite. – *Omissis*.

Stato di gravidanza e discriminazione nell'accesso al lavoro

Pretura di Firenze, 6 aprile 1996, F. c. Comune di Pistoia
(Inedita)

È onere di chi invoca il carattere discriminatorio della scelta concreta del datore di lavoro provare (anche attraverso una somma di meri indizi) la reale discriminazione che si assume aver subito. È imputabile al Comune di Pistoia l'incauta condotta che si manifesta nel dare disposizione ai lavoratori da assumere di presentarsi sui cantieri di lavoro senza aver in precedenza formalizzato l'assunzione.

Se, in effetti, il rapporto fosse stato regolarmente concluso, non esistendo altre mansioni compatibili presso il servizio ecologico, la ricorrente avrebbe avuto diritto di assentarsi dal lavoro, tutelata dalla disciplina protettiva della L. 1204/71.

Ma il rapporto non poteva ritenersi costituito, nè formalmente, non avendo il funzionario responsabile sottoscritto (contestualmente) il contratto di lavoro a tempo determinato pur predisposto e fatto sottoscrivere alla dipendente, nè per fatti concludenti.

In fatto. La ricorrente riceve un invito dal Comune di Pistoia a prendere servizio in qualità di operatore ecologico straordinario. L'attrice, che si trova al terzo mese di gravidanza, si reca puntualmente sul luogo di lavoro, timbra il cartellino e sottoscrive il contratto di lavoro a tempo determinato che le viene sottoposto.

Nello stesso giorno, la lavoratrice consegna un certificato medico e chiede, ai sensi dell'art. 3 l. 1204/71, di essere adibita a mansioni non pregiudizievoli al proprio stato di salute.

La documentazione viene trasmessa al dirigente del servizio personale, che non sottoscrive il contratto individuale di lavoro e sospende la lavoratrice dall'incarico temporaneo in qualità di ecologico.

Successivamente, la ricorrente inoltra richiesta all'Ispettorato provinciale del lavoro di Pistoia per un periodo di interdizione anticipata dal lavoro prima dell'inizio di quello obbligatorio ai sensi dell'art. 5 legge citata. Il Comune revoca l'incarico conferito con delibera amministrativa.

La sig. F. deposita quindi ricorso ex art. 15 l. 903/77 ordinando al Comune di Pistoia la cessazione del comportamento discriminatorio, dovuto alla violazione dell'art. 1 l. 903/77 e degli artt. 5, 15 e 17 l. 1204/71 (diritti di lavoratrice madre e discriminazione di trattamento nel rapporto di lavoro).

In diritto. Il Pretore pone l'accento sullo stato di gravidanza della donna, il quale non può essere equiparato ad un qualsiasi altro impedimento psico-fisico del lavoratore, essendo questo uno stato soggettivo della donna, che gode di particolare tutela nel diritto positivo. Infatti, per garantire i diritti della lavoratrice-madre e del nascituro, il 2° comma art. 3 l. 1204/71 ha stabilito la possibilità di adibire le lavoratrici ad altre mansioni rispetto a quelle pesanti, pericolose ed insalubri cui erano addette. Tuttavia, secondo il Pretore, questa tutela, nel caso in cui la gestante è inserita in una struttura pubblica, deve venire a compromesso con la funzione pubblica del datore di lavoro. Infatti, l'amministrazione pubblica ha limitazioni nella mobilità interna del personale, avendo vincoli legati all'organico, alla spesa, alla parità di trattamento con altri lavoratori. Nel caso concreto, non esistevano presso il servizio ecologico altre mansioni di 4° qualifica funzionale compatibili con l'oggettivo stato di gravidanza della ricorrente.

Il Pretore non ravvisa l'esistenza di alcuna discriminazione da parte del Comune di Pistoia nei confronti della ricorrente e rigetta il relativo ricorso.

Pretura di Firenze, 4/4/1996 est. Amato., F. c. Comune di Pistoia

Il PRETORE, a scioglimento della riserva, osserva quanto segue.

1. L'esame pregiudiziale della controversia deve essere rivolto all'analisi della sussistenza nel caso di specie – dedotto al vaglio del giudicante ai sensi dell'art. 15 L. 903/77 – di un'astratta ipotesi di discriminazione nell'accesso al lavoro attivata dal Comune di Pistoia nei confronti della F.

Il punto 1 del 2° co. dell'art. 1 l. cit., d'altra parte, esplicita che la discriminazione può venire attivata anche attraverso il riferimento allo stato di gravidanza della lavoratrice. Il concetto di discriminazione in generale presuppone un giudizio comparativo (rispetto ad un comportamento corretto ovvero riguardo ad una scelta di privilegio), ma non esclude che essa possa rinvenirsi nel semplice atteggiamento negativo verso un soggetto pur senza che ciò comporti vantaggi o arricchimenti per altro soggetto (ingiustamente) preferito e/o privilegiato.

Non può, pertanto, negarsi – come in sede di discussione orale ha adombrato la difesa della convenuta amministrazione – che il mezzo processuale prescelto dalla F. sia idoneo, considerato che in ragione del suo oggettivo stato di gravidanza si è venuta a creare la situazione ora dedotta innanzi al giudice e che tale stato oggettivo sia stato in ultima analisi il “motivo” della mancata utilizzazione della F. da parte del Comune di Pistoia.

Quale ulteriore premessa va pure precisato che lo stato di gravidanza non può venire equiparato ad un qualsiasi altro impedimento psico-fisico del lavoratore e, quindi, consentire – nelle ipotesi previste dall'ordinamento – al datore di lavoro di rinunciare al parziale adempimento della prestazione lavorativa ovvero ad imputare alla lavoratrice l'inadempimento della stessa causato dalla gravidanza. Quest'ultimo è uno stato soggettivo della donna che gode di particolare e penetrante tutela nel diritto positivo,

espressione di rilevanti principi di ordine costituzionale.

Ed infatti, l'idoneità fisica a svolgere determinati lavori può – come è notorio – scemare nella donna gestante; ma proprio a tutela di questa temporanea situazione e della salute psico-fisica di madre e nascituro il 2° comma art. 3 L. 1204/71 ha stabilito l'adibizione delle lavoratrici – come diritto delle stesse – ad altre mansioni rispetto a quelle pesanti, pericolose e insalubri cui erano adette. D'altra parte, peraltro, ad avviso del Pretore, questo ineludibile momento di tutela (che nell'impiego privato – secondo la consolidata giurisprudenza – postula la necessità da parte del datore di lavoro di reperire nel suo complesso organizzativo altra idonea equivalente mansione confacente con lo stato di gravidanza della lavoratrice) – quando l'inserimento potenziale o concreto della gestante avviene in una struttura gestita da un soggetto pubblico – deve trovare contemperamenti in funzione della natura pubblica del datore di lavoro e dei conseguenti notori vincoli che presiedono, soprattutto sotto il versante dell'assunzione dei dipendenti, alla normale gestione del personale. In altri termini, appaiono insuperabili limitazioni “spaziali” all'obbligo del datore di lavoro pubblico di “riciclare” su altra mansione la lavoratrice in stato interessante: per i vincoli di organico, di spesa, di parità di trattamento con gli altri lavoratori, etc., si palesa congruo e necessario restringere alla struttura di riferimento l'obbligo del datore pubblico di ricercare altra mansione compatibile con lo stato di gravidanza. Se tutto il procedimento amministrativo – come nella specie – è stato teleologicamente collegato alla copertura di un determinato numero di posti di un determinato livello di inquadramento (4° qual. funz., nella fattispecie) all'interno di uno specifico servizio – per le esigenze di quel servizio –, il diritto della lavoratrice allo spostamento ad altre mansioni si esplica all'interno di tale porzione della organizzazione datoriale nel caso concreto, all'interno del servizio ecologico della raccolta dei

rifiuti cui era stata avviata dall'ufficio di collocamento la F.

Alla luce delle sommarie indagini e della documentazione in atti, può dirsi incontro-verso il dato di fatto dell'inesistenza presso il servizio ecologico di Pistoia di altre mansioni di 4° q. f. compatibili con l'oggettivo stato di gravidanza della F.

2. Tanto premesso, va altresì ricordato che l'avviamento e la presentazione del lavoratore non costituiscono già perfezionamento del contratto ma rendono palese l'obbligo del datore di lavoro (anche pubblico, laddove il costituendo rapporto sia di natura privatistica) a concludere il contratto, pena – in caso di inadempimento imputabile – responsabilità risarcitoria.

È il requisito della imputabilità dell'inadempimento del Comune di Pistoia che – a giudizio del Pretore – manca nella fattispecie ed esclude di conseguenza la responsabilità per danni dedotta dalla F.

Infatti, occorre partire dalla verifica delle posizioni soggettive interne; mentre lo sviluppo degli eventi lascia ampi margini di dubbi circa la trasparente condotta della F., che – ovviamente ben a conoscenza sia dello stato di gravidanza sia dell'ostatività di questo alla prestazione presso il servizio ecologico (se così non fosse non si sarebbe certo presentata fin dal primo momento con certificazione medica, ma avrebbe quanto meno atteso di verificare come si sarebbe dovuta svolgere la prestazione prima di rivendicare eventuali tutele del proprio stato soggettivo) – nulla ha palesato pochi giorni prima all'atto della prova pratica selettiva, a cui – come per disposizioni insuperabili – era stata sottoposta dal Comune, e consente di rinvenire un comportamento che (indipendentemente dai motivi, pure comprensibili, che l'hanno determinato) non risulta conforme all'obbligo sancito dall'art. 1337 cod. civ.; d'altro canto, la condotta concreta posta in essere dal Comune (meglio, dai soggetti che nell'occasione hanno palesato verso la F. la volontà dell'ente) appare improntata alla ricerca della migliore soluzio-

ne possibile nel tentativo di contemperare l'interesse pubblico (con i vincoli sopra ricordati) con la fattispecie concreta della F. Infatti, se l'atteggiamento dell'amministrazione fosse stato in partenza negativo e discriminatorio non avrebbe il Comune dato corso alla richiesta di verifica alla USL circa la compatibilità dello stato soggettivo della lavoratrice avviata con la mansione di operatore ecologico e non avrebbe ipotizzato una (impropria) "sospensione" in attesa dell'esito di tale verifica.

È onere di chi invoca il carattere discriminatorio della scelta concreta del datore di lavoro provare (anche attraverso una somma di meri indizi) la reale discriminazione che si assume aver subito. Se qualcosa può in concreto venire imputato al Comune di Pistoia nella vicenda in esame è la sventata e disinvolta condotta di chi (imp. di 6° q.f.) fa firmare comunque alla F. il contratto già predisposto ovvero di chi dà disposizione ai lavoratori da assumere di presentarsi già sui cantieri di lavoro senza aver in precedenza formalizzato l'assunzione.

Se, in effetti, il rapporto fosse stato regolarmente concluso, non esistendo altre mansioni compatibili presso il servizio ecologico, la F. avrebbe avuto diritto di assentarsi dal lavoro, tutelata dalla disciplina protettiva della L. 1204.

Ma, allo stato, non può ritenersi essersi costituito il rapporto. Non lo è stato formalmente – e ciò è pacifico – non avendo il funzionario responsabile sottoscritto (contestualmente) il contratto di lavoro a tempo determinato pur predisposto e fatto sottoscrivere alla F. E nemmeno per fatti concludenti. In primo luogo, giacché va chiarito che anche il contratto collettivo di settore, richiamata in apertura dell'art. 16 la disciplina della L. 230/62, prevede per tali tipi di rapporto a termine la forma scritta. In secondo luogo, consapevole il Pretore che siffatta argomentazione formalistica non reggerebbe alla concreta emersione di un ingiustificato rifiuto da parte dell'amministrazione di porre il suggello ad un percorso procedimento per l'assunzione, giacché

l'impossibilità di assegnare altre mansioni di 4° alla F. all'interno del servizio ecologico, la necessità di dovere attenersi alle regole amministrative in tema di assunzioni straordinarie, la ultroneità – lesiva questa sì dell'art. 97 Cost. – di procedere all'assunzione al solo e unico scopo di far fruire alla lavoratrice l'indennità di maternità, rendendo manifestamente immune da vizi il mancato ottemperamento dell'obbligo di concludere il contratto, in presenza di una situazione in cui l'altra parte del costituendo rapporto ha certamente tenuto nascosta una situazione soggettiva che avrebbe verosimilmente fatto assumere determinazioni diverse nel corso del procedimento (v. per tutte il superamento della prova tecnica). Tutta la disciplina interna e comunitaria in tema di tutela delle lavoratrici madri e in genere della donna – lavoratrice – va ben ricordato –, infatti, consente deroghe non di-

scriminatorie al principio della salvaguardia della funzione materna della donna in relazione a talune specifiche situazioni di impossibilità di far coincidere un equilibrato contemperamento di tutti gli interessi in gioco con il diritto alla maternità e alla non – diseguaglianza della donna.

Non è sociologia d'accatto ricordare altresì in conclusione quanto i più approfonditi approdi delle organizzazioni femministe occidentali – anche a livello giuridico generale – pongono come obiettivo per la tutela effettiva e completa dell'universo femminile: parità nella diversità con gli ovvi corollari che ne conseguono.

La particolarità della questione e motivi di equità sostanziale suggeriscono l'integrale compensazione delle spese processuali.

PQM

Rigetta il ricorso e compensa per intero le spese in giudizio tra le parti.

Il procedimento di cui all'art. 700 c.p.c in caso di discriminazioni individuali o collettive, anteriormente alla nuova disciplina introdotta dal d.lgs n. 196/2000.

Prima dell'emanazione del d. lgs. n. 196/00 erano esperibili in caso di comportamento discriminatorio due diverse tipologie di tutele cautelari: l'art 700 del c.p.c. che subordinava l'ammissibilità del ricorso all'"imminenza" e "irreparabilità" del danno, e l'art. 15 della l. n. 903/77, che faceva più genericamente riferimento a "comportamenti diretti a violare" i divieti di discriminazione contenuti nella stessa legge, senza fare alcun riferimento ad un pregiudizio concreto, immediato ed irreparabile.

La tutela garantita dall'art. 700 aveva carattere generale e richiedeva per l'esperibilità del ricorso solo la presenza del "timore" del suddetto danno; tuttavia, aveva carattere provvisorio, in quanto il provvedimento urgente ex art. 700 perdeva i suoi effetti se non veniva seguito dalla fase ordinaria di merito. Il procedimento ex art 15, invece, tutelava solo la violazione di "determinate fattispecie" previste dalla legge 903/77 (accesso al lavoro e divieto di lavoro notturno), ma prevedeva la possibilità di emanare un provvedimento immediatamente esecutivo che poteva diventare, in mancanza di opposizione, "definitivo".

È utile evidenziare che, a causa delle novità e delle modifiche introdotte dal decreto 196/00, l'art. 700 c.p.c. risulta oggi uno strumento di tutela a carattere residuale, poiché per le azioni avverso le discriminazioni individuali il 13° comma dell'art 8 del decreto ha generalizzato il ricorso al procedimento speciale di cui all'art. 15 l. 903/77 e per le discriminazioni collettive è previsto dal decreto uno strumento precipuo al comma 10° dello stesso articolo.

Pretura di Bologna, 27 giugno 1998, Filt Cgil Bologna e altro c. Az. Trasp. Cons. Bologna
In Riv. It. Dir. Lav. 1999, II, 294, nota di Cattani Marco, *Un decreto del pretore bolognese in tema di discriminazione indiretta*

In Foro it. 1999, I, 3424

In Riv. Giur. Lav. 1999, II, 217 nota di Calafà Laura, *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*.

Procedimento ex art. 15 l. n. 903 del 1977 – Legittimazione attiva – Consigliere di parità regionale – Ammissibilità.

Discriminazione indiretta – Nozione – Selezione attitudinale – Possesso dei requisiti professionali al momento della presentazione della domanda e non nel successivo momento dell'assunzione – Ricorrenza.

Nel caso di specie, un'impresa addetta ad un servizio di trasporto urbano o metropolitano ha indetto due procedimenti di selezione per mansioni di autista di linea: nel primo – previsto per la scelta di 50 conducenti da assumere con contratti di formazione e a tempo parziale – era richiesto al momento della presentazione della domanda il possesso della patente di abilitazione alla guida D o DE e il certificato di abilitazione professionale; nel secondo – promosso in vista dell'eventuale copertura dei posti di autista che sarebbero risultati vacanti nel futuro – non erano prescritti i medesimi titoli, che avrebbero dovuto essere documentati dal candidato solo al momento eventuale dell'assunzione con contratto di formazione-lavoro.

Il giudice ha ravvisato in questo caso una discriminazione indiretta nei confronti delle donne ex art. 4, l. n. 125 del 1991, in quanto, per un verso, i due avvisi di selezione erano differenziati per numero di posti, requisiti di ricevibilità della domanda e tempo di utilizzo delle graduatorie; per altro verso, i dati statistici mostravano che solo dove era stato consentito di poter conseguire il possesso dell'abilitazione alla guida D o DE e il certificato di abilitazione professionale al momento dell'assunzione, dopo lo svolgimento delle selezioni, il numero delle donne che sono riuscite a diventare "autiste di linea" è stato abbastanza rilevante. In base all'art. 4, comma 5°, l. n. 125 del 1991, la legge attribuisce alla prova statistica il valore di elemento presuntivo idoneo a individuare fattispecie di discriminazioni indirette e collettive in ragione del sesso. A norma dell'art. 15 l. n. 903 del 1977 i Consiglieri regionali di parità sono legittimati a denunciare atti di discriminazione di genere nell'assunzione dei lavoratori: sono essi i principali promotori delle azioni positive volte alla realizzazione della parità uomo donna ex art. 1, l. n. 125 del 1991. Anche alle organizzazioni sindacali, a norma dell'art. 15 l. n. 903 del 1977, è riconosciuta la facoltà di impugnare un provvedimento che si assuma diretto a violare il divieto legislativo di discriminazione fondata sul sesso in materia di accesso sul lavoro.

In fatto. L'azione nasce come ricorso ex art. 15 l. 903/77, in cui le ricorrenti (la Sig.ra Gloria Bassi congiuntamente alla Consigliera regionale di parità per l'Emilia Romagna) hanno chiesto la pronuncia di un decreto ai sensi del citato articolo, la dichiarazione dell'illegittimità del comportamento dell'ATC (Azienda Trasporti Consorziali Bologna) per quanto attiene ai due avvisi di selezione e la rimozione degli effetti. La difesa ha chiesto inoltre la pronuncia dell'ordine nei confronti dell'ATC, ai sensi dell'art. 4, comma 7, l. n. 125/91, di definire un piano per la rimozione delle discriminazioni. Il giudice ha ritenuto ammissibile il ricorso congiunto, individuale della lavoratrice e di natura collettiva della Consigliera, avviando un'indagine approfondita sulla denunciata discriminazione indiretta. È da evidenziare che la difesa delle ricorrenti ha prodotto alcuni dati statistici sul numero di

donne assunte come conducenti da parte dell'ATC dal 1980 al 1994; tali dati sono stati contestati dall'ATC solo per quanto riguarda l'attendibilità delle percentuali in relazione al rapporto fra gli idonei e gli assunti nelle selezioni compiute nel periodo precedente l'ultima selezione per i conducenti del 1994. Non sono stati invece contestati i dati di menzionata selezione a seguito della quale vennero assunte come conducenti 28 donne rispetto a 289 uomini.

I dati statistici riportati dimostrano che il flusso di donne che hanno fatto domanda per le selezioni dell'ATC e che sono state assunte come conducenti è stato sporadico fino al 1994. Dopo tale data, l'affluenza delle domande e l'assunzione di donne nell'azienda è cresciuta giungendo ad una percentuale del 10% rispetto agli uomini assunti.

Le ricorrenti inoltre hanno richiesto agli uffici statali e regionali dati statistici sul rapporto percentuale tra uomini e donne per quanto attiene le patenti D-E e al certificato di abilitazione professionale per la guida di autobus per il trasporto di persone, senza ottenere alcun risultato.

Per completezza di esposizione, occorre rilevare che la controversia è stata transatta: l'ATC si è impegnata a revocare il secondo bando di selezione e a indirne un altro, entro 60 gg., per 50 conducenti di linea, richiedendo il possesso delle abilitazioni alla guida soltanto dopo l'assunzione, facendo salve le precedenti assunzioni ritenute "discriminatorie".

Il piano di rimozione delle discriminazioni ordinato si attua attraverso un'azione positiva consistente nella predisposizione, in via eccezionale, di due graduatorie separate di 25 uomini e 25 donne, sulla base dei punteggi conseguiti nella selezione per le 50 assunzioni.

In diritto. Il caso assume rilevanza per la sua capacità di svelare le incertezze dell'apparato normativo, soprattutto in materia di azioni cautelari d'urgenza, del loro rapporto con le azioni ordinarie e dei soggetti preposti all'attuazione di entrambe.

Dalla lettura della l. n. 125/91, l'azione pubblica della Consigliera di parità viene concepita unicamente sulla base ed a partire dal tipo di provvedimento che mira ad ottenere, che consiste nell'ordine di definire il piano di rimozione delle discriminazioni accertate, atto tipicamente non reintegratorio.

La posizione assunta dal Pretore di Bologna sembrerebbe trarre origine dall'affermazione di una parte della dottrina², che considera il rinvio alla procedura ex art. 15 della l. 903/77, contenuto nel comma 10° dell'art. 4 l. 125/91, riferito alla procedura cautelare stessa, ma non limitato nell'oggetto (lavoro notturno, accesso al lavoro), quindi estensibile anche alle azioni collettive. Solo con una tale lettura, l'interpretazione del giudice appare armonica.

È importante ricordare altresì che il Pretore traccia nella sentenza un percorso della normativa a favore delle pari opportunità. Viene ridefinita interpretativamente anche la nozione di discriminazione indiretta, che ricorre in questa causa da dati statistici in grado di fornire una "prova sufficiente" dell'impatto del criterio discriminatorio del requisito richiesto dal bando.

Il merito di questa sentenza risiede nell'evidenziare il ruolo giocato dalla tutela giudiziale nella garanzia dei diritti di parità.

2. Vedi Paola Catalini Tonelli, "Primi interrogativi sui principali nuclei normativi della nuova legge 125/91 in tema di azioni positive e pari opportunità tra uomo e donna", in *Riv. giur. lav.* 1991, I, pp. 54 e ss.

Pretura Bologna, decreto 2 giugno 1998 – Est. Governatori – Bassi, Filt, Cgil Bologna e consigliera regionale di parità per la Regione Emilia Romagna (avv. Virgilio) c. Azienda trasporti consorziali Bologna (avv. M. Ghezzi)

-Omissis-

Appare costituzionalmente non ragionevole che la singola lavoratrice possa far valere nei confronti del datore di lavoro la pregnante tutela sostanziale della denuncia di comportamento discriminatorio e ottenere un provvedimento urgente di interdizione della condotta e la rimozione degli effetti per quanto la riguarda, e invece che sia consentita al consigliere regionale di parità soltanto un'azione di accertamento per un comportamento discriminatorio collettivo, senza alcuna possibilità di poter ottenere dal giudice un provvedimento di temporanea interdizione della condotta illegittima. Nel caso in cui concorrano nello stesso procedimento (come è normale che avvenga in relazione alla possibile e frequente pluri-offensività del comportamento denunciato come discriminatorio) sia l'azione contro la discriminazione individuale ai sensi dell'art. 15 legge n. 903/1977, sia l'azione del consigliere di parità contro la discriminazione collettiva ai sensi dell'art. 4, n. 6, legge 125/1991 in relazione allo stesso comportamento del datore di lavoro, come è avvenuto nel caso in esame, l'azione del consigliere di parità può in ipotesi essere considerata anche come l'intervento di tale soggetto nello stesso processo, per giunta gestito da un unico difensore, a dimostrazione dell'unità di intenti e dei punti di vista, anche con la organizzazione sindacale delegata dalla singola lavoratrice. *-Omissis-*

-Omissis-

Dopo queste considerazioni si procede a qualificare giuridicamente le domande proposte con il ricorso depositato il 21 aprile 1998.

Il ricorso di Gloria Bassi per la discriminazione individuale subita è stato presentato in modo congiunto con quello per la discrimi-

minazione collettiva promosso dalla consigliera regionale di parità. Entrambi hanno come oggetto lo stesso comportamento dell'Atc.

Nella situazione della rilevata ambivalenza del ricorso e dell'ambiguità delle difese delle due ricorrenti, (solo in parte giustificata dalla insufficienza di precedenti giurisprudenziali e dalle aporie tra le due leggi), si osserva che le conclusioni specificate nell'atto introduttivo e ripetute senza alcuna modifica al termine della istruttoria sono state espresse in maniera indifferenziata per le due ricorrenti, rappresentate da un unico difensore.

È del tutto ammissibile, nella forma proposta e per il richiamo all'art. 15 legge n. 903/1977, la domanda di tutela interdittale di Gloria Bassi: la domanda non pone problemi di ammissibilità processuale.

La domanda di tutela interdittale riferibile alle conclusioni precisate per la consigliera regionale di parità può essere intesa in questo procedimento – in mancanza di ogni esplicitazione da parte del difensore nel senso di una domanda ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ. – solamente come la contestuale richiesta della tutela prevista dall'art. 15 per i casi di discriminazione collettiva da parte della consigliera regionale di parità.

Tale domanda, di cui al primo punto delle conclusioni, dovrà essere esaminata come tale.

La domanda di cui al punto 2 delle conclusioni – come appare dal richiamo all'art. 4 legge n. 125/1991 – riguarda la denuncia di discriminazione collettiva, proponibile solo dal consigliere regionale di parità. Tale domanda, per quanto si è detto, deve essere qualificata come domanda di merito.

Tale domanda, presentata congiuntamente all'altra, è stata considerata erroneamente dal giudice – anche per le ambiguità di cui si è detto – come domanda di urgenza e non, come avrebbe dovuto essere, come una domanda ordinaria di merito.

Il pretore, con il fissare il 21 aprile l'udienza per il 27 aprile 1998 anche su tale do-

manda, non ha rispettato il termine di trenta giorni di cui all'art. 415 cod. proc. civ. per la costituzione del convenuto e l'istaurazione del regolare contraddittorio in un giudizio ordinario.

Il ricorso con la domanda di merito da parte del consigliere regionale di parità, tuttavia, nonostante tale errore imputabile al giudice e che si intende correggere e rettificare con il presente atto, deve ritenersi validamente e ritualmente presentato; l'atto conserva perciò la sua efficacia come atto introduttivo di giudizio ai sensi dell'art. 4, n. 6, legge n. 125/1991.

-Omissis-

Le norme applicabili

Si è già detto che la legge n. 125/1991 ha introdotto norme che sviluppano la realizzazione del principio di uguaglianza nel lavoro tra uomini e donne e la tutela delle donne lavoratrici, che erano stati attuati anche con specifiche prescrizioni di difesa delle condizioni femminili dalla legge n. 903/1977 (legge di parità), con un'ulteriore affermazione della funzione promozionale della legge e anche della sua efficacia come regolamento inderogabile dell'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne, con varie sue disposizioni, basate sulle norme costituzionali dell'art. 3, comma 2, e dell'art. 37 della Costituzione.

In particolare, per quanto attiene alla regolamentazione con norme inderogabili, si fa riferimento alle disposizioni di cui all'art. 4, commi 1 e 2, contro le discriminazioni indirette e quelle collettive contro le donne; norme sostanziali che sono correlate alle cd. "azioni positive" di cui all'art. 1 della legge.

La fattispecie della discriminazione indiretta è caratterizzata dall'atto o dal comportamento del datore di lavoro che produca un effetto pregiudiziale per il lavoro o le possibilità di lavoro delle donne, anche a causa dei criteri o delle procedure adottati nel trattamento del personale dipendente o per quello che deve essere assunto. Il presupposto implicito nella lettera e nel senso delle

norme è che sia ravvisabile una disparità che concerna gruppi o classi di donne, in relazione alla condizione effettiva in cui esse si trovino nella situazione di lavoro o nella prospettiva di avere un lavoro.

Per tale ragione è comprensibile che la discriminazione indiretta possa essere compiuta anche con trattamenti o con comportamenti del datore di lavoro rispettosi della uguaglianza formale tra uomo e donna e formalmente neutri sotto questo punto di vista.

La discriminazione concreta può venire identificata ove il contesto del comportamento del datore di lavoro abbia per oggetto una situazione nella quale esista una disparità di fatto tra uomini e donne, per ragioni naturali sociali culturali o di altra natura, che sia riferibile al rapporto di lavoro in atto o a quello da iniziare.

Ciò che viene sanzionato con le norme sulle discriminazioni indirette e collettive contro le donne –norme che danno attuazione alle indicazioni e alle prescrizioni emesse in proposito dalla Comunità Europea – non è già l'impiego di criteri particolari di distinzione tra uomo e donna agli effetti del lavoro, bensì il disconoscimento dell'uguale valore di ciascun essere, che risulti dalla concreta ed empirica analisi dei fenomeni sociali che riguardano e ostacolano il lavoro delle donne, secondo la norma dell'uguaglianza sostanziale, come diritto spettante ai singoli, ai sensi dell'art. 3, comma 2, della Costituzione.

Il divieto di discriminazione posto dalle norme si fonda sulla constatazione fatta propria dalla legge dell'insieme delle "differenze" connesse all'appartenenza di sesso, nei confronti delle donne considerate come gruppo sistematicamente svantaggiato per quanto attiene al lavoro.

Di tali oggettive situazioni, che riguardino e incidano nella selezione del personale da assumere, il datore di lavoro è obbligato a tenere conto; egli deve far sì che le "differenze" esistenti non diventino anche "disuguaglianza di opportunità" nell'accesso al lavoro delle donne, o disuguaglianza di trattamento.

Il fondamento della discriminazione diretta è una disparità di trattamento fondata sui fattori vietati dall'art. 3 e dalle altre norme di tutela; la discriminazione indiretta si ha invece anche quando un trattamento, formalmente uniforme e apparentemente neutrale e di rispetto dell'uguaglianza formale di cui all'art. 3, comma 1, della Costituzione, produca effettive conseguenze negative per la categoria o il gruppo di donne coinvolte in quella concreta esperienza.

In sostanza la illiceità della condotta discriminatoria nasce in ogni caso dal trattare in modo uniforme situazioni dissimili; la comparazione che è alla base della valutazione della discriminazione indiretta riguarda sempre l'effettiva situazione dei gruppi, e non dei singoli individui e l'esistenza di fattori o di elementi negativi che hanno prodotto o causato lo svantaggio verificato in concreto. -*Omissis*-

Tribunale di Roma, 30 ottobre 1998, Passanisi e altro c. RAI.
In Foro It., 1999, I, 335.

Provvedimenti d'urgenza – Discriminazioni sessuali in materia di lavoro – Tutela – Limiti (Cod. proc. civ., art. 700; l. 9 dicembre 1977 n. 903, parità di trattamento fra uomini e donne in materia di lavoro, art. 1, 5, 15; l. 10 aprile 1991 n. 125, azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, art. 4)

È ammissibile, ma non accoglibile, la richiesta ex art. 700 c.p.c. proposta da singole lavoratrici per ottenere ordinarsi al datore di lavoro di definire, sentite le rappresentanze sindacali e aziendali, un piano di rimozione di discriminazioni basate sul sesso.

In fatto. Le ricorrenti, dipendenti della RAI, in considerazione di comportamenti discriminatori realizzati dalla dirigenza RAI nei loro confronti, propongono ricorso ex art. 700 c.p.c., chiedendo di ordinare all'azienda di definire con le r.s.a. un piano di rimozione immediata delle discriminazioni basate sul sesso.

Le ricorrenti asseriscono che tali comportamenti riguardano promozioni anticipate, attribuzioni di mansioni preparatorie di qualifiche più elevate, retribuzioni più elevate, esonero dall'effettuazione di lavoro straordinario, tutti riservati a soggetti di sesso maschile, in specifico danno di dette lavoratrici e dei loro diritti.

In diritto. La Pretura dichiara ammissibile l'uso dell'art. 700 ma inaccoglibile il ricorso individuale plurimo tendente alla definizione di un piano di rimozione delle presunte discriminazioni, conclusione tipica dell'azione collettiva.

Il Tribunale osserva infatti che le singole lavoratrici sono considerate legittimate all'azione in giudizio a tutela della propria sfera giuridica dal combinato disposto del 1°, 2° e 4° comma dell'art. 4 l. 125/91; nel caso di discriminazioni di carattere collettivo, tale legittimazione ad agire discende dal 6° comma dell'art. 4 l. cit., il quale afferma che l'azione "può" essere proposta dalla Consigliera di parità.

Tuttavia, viene rigettato il ricorso ex art. 700 c.p.c. in quanto in tal modo "il tribunale è chiamato a dare in via d'urgenza un provvedimento cautelare che, sulla traccia di una tutela speciale, rinvia a future scelte del datore di lavoro, non vincolate ad alcuna misura specifica ed obbligatoria del provvedimento giurisdizionale, senza alcuna incidenza immediata sugli atti e sui comportamenti indicati come discriminatori (...), e dunque chiamato a dare un provvedimento del tutto inidoneo ad incidere sul periculum in mora nella prospettiva del diritto individuale e nella prospettiva dell'urgenza".

TRIBUNALE DI ROMA; ordinanza 30 ottobre 1998; Pres. ZECCA, Rel. CECERE; Passanisi e altra (Avv. SPINOSA, FARANDA) c. Soc. Rai-Radiotelevisione italiana (Avv. R. e C. SCOGNAMIGLIO).

Omissis – Si osserva in fatto ed in diritto. – Con atto depositato il 7 luglio 1998, le sig. Cinzia Passanisi e Tiziana Lanzetta, affermando di essere dipendenti della Rai-Radiotelevisione italiana s.p.a., proponevano ricorso ex art. 700 c.p.c., in pendenza di procedimento ordinario, chiedendo di ordinare alla Rai, in persona del legale rappresentante, di definire, con le rappresentanze sindacali aziendali, un piano di rimozione delle discriminazioni basate sul sesso nel termine di centoventi giorni, in considerazione dei comportamenti discriminatori denunciati nel ricorso stesso e realizzati dalla dirigenza della società resistente.

Con atto del 23 luglio 1998, la Rai, in persona del direttore generale, si costituiva in giudizio per la fase cautelare, concludendo per l'inammissibilità, nonché in subordine per il rigetto del ricorso d'urgenza.

All'udienza del 23 luglio 1998, il pretore, interrogate le parti ed assunte le sommarie informazioni, decideva con ordinanza depositata il 1° agosto 1998, con la quale, dichiarato ammissibile il ricorso proposto, respingeva l'istanza perché infondata.

Avverso la suddetta ordinanza, notificata il 7 settembre 1998, le sig. Passanisi e Lanzetta proponevano reclamo ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., con atto depositato il 17 settembre 1998, chiedendone la riforma, in quanto il pretore non avrebbe correttamente valutato i fatti e gli elementi statistici allegati, idonei a dimostrare le discriminazioni denunciate nel ricorso ex art. 700 c.p.c. e per aver il pretore acriticamente aderito a talune tesi della difesa della resistente, senza adeguata valutazione, tra l'altro, dei dati forniti dalla resistente stessa e del rilievo del suo comportamento processuale.

In totale riforma dell'ordinanza reclamata, le ricorrenti chiedevano di ordinare alla Rai

di predisporre, sentite le rappresentanze sindacali aziendali, un piano di rimozione delle accertate discriminazioni.

Con memoria del 21 ottobre 1998, si costituiva la Rai, chiedendo la verifica della tempestività dell'avverso reclamo, deducendo comunque l'inammissibilità per difetto di legittimazione attiva delle lavoratrici ad esercitare l'azione collettiva di cui al 6° e 7° comma dell'art. 4 l. 125/91, riservata esclusivamente al consigliere di parità, ed in quanto l'ordine di predisporre il piano di rimozione delle discriminazioni può essere contenuto solo in una sentenza; concludeva, inoltre, per il rigetto, nel merito, del ricorso stesso, asseritamente costruito su una vicenda carente sia di *funus boni iuris* che di *periculum in mora*.

All'udienza del 30 ottobre 1998, le parti discutevano la causa, riportandosi ai propri scritti difensivi.

Poiché l'ordinanza impugnata è stata notificata alla parte ricorrente il 7 settembre 1998, pregiudizialmente va dichiarata la tempestività del proposto reclamo, in quanto depositato in data 17 settembre 1998. Il termine di dieci giorni previsto dal combinato di cui agli art. 669 *terdecies*, 1° comma, e 739, 2° comma, c.p.c., decorre infatti dalla notificazione del provvedimento reclamato.

In punto di legittimazione delle singole lavoratrici all'azione proposta, il tribunale osserva che il legislatore ha attribuito al lavoratore *uti singulus* la possibilità di agire in giudizio a tutela della propria sfera giuridica, per il caso che il datore di lavoro realizzi, con atti o comportamenti, discriminazioni, siano esse dirette o indirette, in ragione del sesso. Ciò risulta testualmente dal combinato disposto del 1°, 2° e 4° comma dell'art. 4 l. 125/91. Per il caso nel quale il datore di lavoro ponga in essere atto o comportamento discriminatorio di carattere collettivo, il 6° comma dell'art. 4 l. cit. afferma che l'azione «può» essere proposta dal consigliere di parità. Con la disposizione in esame, il legislatore appresta una tutela differenziata per i casi di discriminazioni di

carattere collettivo (i quali si verificano attraverso atti o comportamenti che possono anche violare diritti soggettivi individuali), attribuendo la legittimazione ad agire, nell'ambito della rilevanza collettiva dell'illecito, al consigliere di parità. Una simile azione, con la sua particolare legittimazione di un soggetto investito della potestà di tutelare l'interesse collettivo nella sua dimensione ultraindividuale, non esclude, tuttavia, la legittimazione ad agire del singolo, qualora questi abbia un interesse processualmente qualificato dalla violazione di un diritto soggettivo e dalla volontà di chiedere la tutela di quel diritto. Pur ritenendo, dunque, che il singolo individuo non può farsi portatore dell'interesse generale, non può essergli negata la legittimazione ad agire per la tutela della propria sfera giuridica, anche quando ciò discenda da un comportamento discriminatorio generalizzato e ad incidenza su interessi collettivi. Del resto non va dimenticato quanto affermato dalla giurisprudenza in materia di interessi diffusi, scindibili in una pluralità di interessi individuali aventi contenuti simili ed azionabili attraverso lo strumento giuridico della tutela del diritto soggettivo specificamente violato (cfr. Cass. 1463/79, Foro it., 1979, I, 939; 5172/79, *ibid.*, 2302). L'azione a legittimazione di soggetto esponenziale di interessi collettivi opera in un'area di tutela che a partire dal 1970 (art. 28 L. 300/70) si aggiunge alla tutela individuale di diritto comune, senza realizzare espropriazione alcuna di diritti, di garanzie e di legittimazioni individuali già attribuita dall'ordinamento nella sfera individuale dei diritti e mai revocate.

L'esperienza giuridica ha conosciuto nel nostro ordinamento i casi di azione individuale per licenziamento e di azione collettiva ex art. 28 l. 300/70 e di azione collettiva delle rappresentanze sindacali aziendali ex art. 9 l. 300/70, aggiunta alle azioni individuali ex art. 2087 c.c.

Né vale affermare che l'art. 4 l. cit. consente al lavoratore di esperire la procedura specifica d'urgenza di cui all'art. 15 l. 903/77,

per inferirne la non ammissibilità dell'azione ex art. 700 c.p.c. che resta azione residuale. Si tratta, infatti, di azione speciale limitata alle sole ipotesi di comportamenti discriminatori relativi all'accesso al lavoro ed al divieto di adibire le donne al lavoro notturno e dunque essa non elimina l'utilizzabilità della procedura ex art. 700 c.p.c., nel pieno rispetto del principio di residualità o sussidiarietà enunciato nella formula di apertura dell'art. 700 c.p.c. («fuori dei casi regolati...»).

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, ritiene il collegio che l'ordinamento riconosca a ciascuna lavoratrice la legittimazione ad agire in giudizio, anche in via d'urgenza ex art. 700 c.p.c. qualora ne ricorrano i presupposti, quando sia lesa un diritto soggettivo proprio del patrimonio giuridico di ogni soggetto e – nella specie – di ogni soggetto tutelato dalla legge contro le discriminazioni dirette o indirette.

Resta tuttavia da considerare un profilo preliminare di inaccogliibilità del ricorso ex art. 700 c.p.c. come in concreto proposto. Nel caso di specie, infatti, le lavoratrici hanno chiesto, in via cautelare e d'urgenza, di ordinare al datore di lavoro di definire un piano di rimozione delle accertate discriminazioni, sentite le rappresentanze sindacali aziendali. Un ordine siffatto costituisce il contenuto della sentenza emessa a seguito di un giudizio instaurato ai sensi del 6° comma dell'art. 4 l. 125/91, ovvero nel caso di ricorso proposto dal consigliere di parità, in presenza di una discriminazione collettiva. In situazione di tutela innominata ed atipica ex art. 700 c.p.c. (i provvedimenti che appaiono secondo le circostanze i più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito) è stata domandata la tutela nominata dell'art. 4, 6° comma, cit. Al di là della non superabile frattura tra principio della sussidiarietà e tipicità del rimedio domandato, sta di fatto che nel caso concreto la cautela domandata rimette in modo totale al datore di lavoro, la scelta delle concrete modalità di tutela provvisoria del diritto azionato.

In altri termini, il tribunale è chiamato a dare in via d'urgenza un provvedimento cautelare che, sulla traccia di una tutela speciale, rinvia a future scelte del datore di lavoro, non vincolate ad alcuna misura specifica ed obbligatoria del provvedimento giurisdizionale, senza alcuna incidenza immediata sugli atti e sui comportamenti indicati come discriminatori (promozioni anticipate, attribuzioni di mansioni preparatorie di qualifiche più elevate, retribuzioni più ele-

vate, esonero dall'effettuazione di lavoro straordinario tutte riservate a soggetti di sesso maschile e tutte asseritamente praticate in specifico danno delle lavoratrici ricorrenti e dei loro diritti) e dunque è chiamato a dare un provvedimento del tutto inidoneo ad incidere sul *periculum in mora* nella prospettiva del diritto individuale e nella prospettiva dell'urgenza.

Tanto determina il rigetto del reclamo.

Fruizione del congedo *post partum* ex art. 4 l. 1204/71 da parte di lavoratore padre adottivo

Tribunale di Firenze, est. Bronzini ord. 21 giugno 1999, Consigliera di parità della provincia di Firenze, Marciandò e altri c. Unicoop e INPS
In Toscana Giurisprudenza, Maggio-Agosto 1999, n. 2, 448.

Provvedimento cautelare ed urgente ex art. 700 c.p.c. – Parità uomo-donna – Lavoratrice madre affidataria di minore in aspettativa non retribuita – Assenza dal lavoro ex art. 4 lett. C L. 1204/71 – Indennizzabilità del congedo per maternità per lavoratrice assente dal lavoro senza retribuzione entro l'ambito di 60 giorni – estensione del diritto al padre lavoratore affidatario in caso di rinuncia della madre – sussistenza.

Il padre lavoratore affidatario di minore ha diritto di assentarsi dal lavoro nei primi tre mesi dall'ingresso del bambino nella famiglia affidataria, in alternativa alla madre e previa rinuncia della stessa, anche nel caso in cui quest'ultima al momento dell'ingresso del bambino nella nuova famiglia, evento equiparabile al parto, sia assente dal lavoro senza retribuzione. L'art. 17 L. 1204/71, interpretato in base alla normativa sopravvenuta ed alla sentenza n. 341/91 della Corte Costituzionale, assicura alla lavoratrice madre sospesa, disoccupata o assente dal lavoro entro i 60 giorni, l'indennizzabilità dell'assenza per maternità, sia che si tratti di maternità biologica che di maternità adottiva, senza che possa attribuirsi rilievo al riferimento della norma alle "lavoratrici-gestanti".

In fatto. I ricorrenti hanno avuto l'affidamento pre-adottivo di una bambina straniera, che ha fatto ingresso nella loro famiglia il 19 febbraio del 1999.

La famiglia è rientrata in Italia con la minore il giorno dopo; la coppia ha scelto concordemente che fosse il padre, invece della madre, ad usufruire del congedo trimestrale "post partum" ex art. 4 l. n. 1204/71, ed a tal fine è stata inoltrata all'azienda Unicoop, di cui entrambi sono dipendenti, regolare domanda, corredata della rinuncia materna al godimento di detto beneficio.

L'azienda comunica che l'INPS nega l'indennizzabilità dell'assenza paterna per due motivi: innanzitutto, il padre adottivo non aveva, secondo l'istituto, diritto alcuno di godere del congedo trimestrale post partum, in quanto questo beneficio era garantito al padre lavoratore solo in caso di morte o di grave impedimento della madre.

Secondariamente, la madre aveva usufruito di una aspettativa non retribuita per recarsi in Ucraina per assumere in custodia la bambina; ciò escludeva la possibilità del padre di usufruire del congedo in alternativa, avendo tale facoltà natura derivata e non autonoma.

In diritto. Il Tribunale di Firenze ritiene inaccettabile la tesi dell'INPS, che fonda la propria posizione negativa sul fatto che l'art. 17 2° comma l. n. 1204/71 fa riferimento solo alle "lavoratrici-gestanti", escludendo dal godimento del diritto di astensione obbligatoria ed alla relativa indennità giornaliera la madre affidataria.

La sentenza recita infatti che *"nella specie, secondo la inaccettabile tesi dell'INPS, la sig. Marcianò avrebbe diritto alla indennità economica per tutti e cinque i mesi di gravidanza e puerperio, ove si fosse trattato di maternità naturale, mentre non potrebbe vantare alcun diritto trattandosi di adozione (ed essendo quindi mancante la condizione di gestante di cui all'art. 17)"*.

Il giudice osserva che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 341 del 15/7/1991, ha sancito chiaramente il diritto del padre adottivo o affidatario di godere in alternativa alla madre ed in via generale dell'astensione obbligatoria trimestrale post partum, dalla data di ingresso del minore nella famiglia.

Inoltre, viene evidenziato che l'art. 17, 2° comma l. n. 1204/71 ritiene il momento dell'affidamento pre-adottivo equiparabile rispetto all'atto del parto, pur nella realtà mancando necessariamente il periodo di gestazione; è pacifico che in questo caso la ricorrente era pienamente titolare del diritto sia di godere direttamente del trattamento di maternità, che di rinunciare in favore del marito.

Il Tribunale quindi, accertato il diritto del sig. Viviani Simone di fruire del periodo di astensione obbligatoria, ordina alla Unicoop di anticipare allo stesso Viviani l'indennità economica prevista dalla l. n. 1204/71.

Per completezza dell'esposizione, si rende noto che durante il giudizio di merito le parti in causa hanno raggiunto un accordo stragiudiziale e il ricorso è stato abbandonato, essendo venuta a cessare la materia del contendere.

Tribunale di Firenze Giudice di 1° grado – est. Bronzini- ord. 21 giugno 1999 – Consigliera di parità, Marcianò ed altri (avv. Capponi) c/Unicoop (avv. Papaleoni) e INPS (avv. ti Gianì e Imbriaci)

-Omissis- Infatti, l'art. 17, 2° comma, legge n. 1204/1971 citata dispone: "Le lavoratrici gestanti che si trovino, all'inizio del periodo di astensione obbligatoria dal lavoro, sospese, assenti dal lavoro senza retribuzione, ovvero disoccupate, sono ammesse al godimento della indennità giornaliera di maternità di cui al primo comma dell'art. 15, purché tra l'inizio della sospensione, dell'assenza o della disoccupazione e quello di detto periodo non siano trascorsi più di 60 giorni". Nella specie, anche secondo le tesi dell'INPS, non vi è dubbio pertanto che la sig.ra Alessandra Marcianò avrebbe diritto alla indennità giornaliera se, alla data del 19 febbraio 1999, avesse iniziato il periodo di astensione obbligatoria per essere al termine della gravidanza.

Ma non vi è alcun motivo per negare l'applicazione del citato art. 17, 2° comma, al caso in esame.

Come si desume dalla comunicazione INPS 19 maggio 1999, l'Istituto fonda la propria posizione negativa sul fatto che l'art. 17 summenzionato fa riferimento alle 'lavoratrici gestanti'.

Ma è persino ovvio che la legge del 1971, con un criterio logico e sistematico, deve essere interpretata in base alla normativa sopravvenuta del 1977 e del 1983 sopra richiamata e alla sentenza della Corte cost. n. 341/1991.

Una volta stabilito che anche la madre adottiva ha diritto di assentarsi dal lavoro per i tre mesi successivi all'ingresso nella famiglia del bambino affidato per l'adozione (di età non superiore a sei anni; v. art. 6 legge 9 dicembre 1977, n. 903), appare evidente che, nell'intenzione della legge, il momento dell'affidamento preadottivo ha identico significato rispetto all'atto del parto.

Quanto poi al citato art. 17,2° comma, legge n. 1204/1971, trattasi di previsione che vuole tutelare la maternità anche se questa intervenga dopo la cessazione o la sospensione del rapporto di lavoro (entro l'ambito di 60 giorni).

La circostanza per cui nella realtà dell'adozione viene necessariamente a mancare un periodo di gestazione biologica non può influire in alcun modo sull'applicazione dell'art. 17,2° comma.

Quest'ultima norma assicura pur anche alla madre sospesa dal lavoro (entro i 60 gg.) l'erogazione della indennità giornaliera sia per gli ultimi due mesi di gravidanza, sia per i tre mesi 'post partum'.

Nella specie, secondo la inaccettabile tesi dell'INPS, la sig.ra Marcianò avrebbe avuto diritto alla indennità economica per tutti e cinque i mesi di gravidanza e puerperio, ove si fosse trattato di maternità naturale; mentre non potrebbe vantare alcun diritto, trattandosi di adozione (ed essendo quindi mancata la condizione di 'gestante' di cui all'art. 17).

Per i motivi sopra illustrati, va riconosciuto

il diritto del Simone Viviani di assentarsi dal lavoro ed i percepire l'indennità economica in luogo della moglie.

L'esigenza di provvedere in via di urgenza si desume dalla situazione di notevole incertezza nella quale versano attualmente i coniugi Viviani: dal carteggio prodotto si desume che, nel tentativo di trovare una soluzione, pur con la piena disponibilità della società UNICOOP, si è pervenuti inevitabilmente a determinare incertezza, per entrambi, in ordine ai principali istituti retributivi e di svolgimento del rapporto di lavoro. In dispositivo si fissa il termine per l'inizio del giudizio di merito.

P.Q.M.

Visti gli artt. 669 e 700 c.p.c., accerta il diritto di Viviani Simone di fruire del periodo di astensione obbligatoria a norma dell'art. 4, lett. c), legge 30 dicembre 1971 n. 1204, e con decorrenza dal 19 febbraio 1999, e ordina pertanto alla società UNICOOP, in persona del suo legale rappresentante, di anticipare allo stesso Viviani l'indennità economica di cui alla legge n. 1204/1971.

(*Omissis*)

Revoca dell'incarico di insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche per gravidanza della docente nubile

Tribunale di Firenze, 3 dicembre 1999, Simonetta Del Soldato e Consigliera di parità della provincia di Firenze c. Ministero Pubblica Istruzione
In Nuova Giur. Civ. commentata, 2000, I, 182 con nota di Pizzorno Stefano Emanuele

Lavoro (Rapporto di) – Insegnante di religione cattolica – Contratto di lavoro a tempo determinato – Scadenza del termine – Risoluzione del rapporto di lavoro – Sussistenza – Stato di gravidanza – Irrilevanza – Disparità di trattamento – Atto discriminatorio da parte del datore di lavoro – Esclusione (L. 30/12/1971, n. 1204, art. 2).

Lavoro (Rapporto di) – Insegnante di religione cattolica – Contratto di lavoro a tempo determinato – Scadenza del termine – Rinnovo automatico – Intesa con l'autorità ecclesiastica – Necessità (L. 18/4 1962, n. 230, L. 27 maggio 1929, n. 810, art. 36 e succ. modif.).

Lavoro (Rapporto di) – Risoluzione del rapporto di lavoro – Servizio prestato da insegnante di religione cattolica – Titolo di accesso ad altri insegnamenti nell'ambito dell'amministrazione – Esclusione.

Il servizio prestato dagli insegnanti di religione non costituisce titoli di accesso ad altri insegnamenti, ai quali, comunque, come a qualsiasi altra attività lavorativa, nell'ambito dell'amministrazione, l'insegnante di religione cattolica potrebbe accedere solo con l'osservanza dei principi generali in materia di costituzione del rapporto di pubblico impiego, sia sotto il profilo della sussistenza del posto in organico che dell'assoggettamento alle ordinarie procedure concorsuali, pena la violazione dell'art. 97 cost.

Corte Appello, Firenze, 29/11/2000, n. 370, Del Soldato c. Min. P.I.
In Nuova Giur. Civ. Commentata, 2001, I, 288, con nota di Pizzorno Stefano Emanuele, *In tema di revoca dell'idoneità all'insegnamento della religione cattolica*

Lavoro (Rapporto) – Insegnante di religione cattolica – Contratto di lavoro a tempo determinato – Revoca dell'idoneità all'insegnamento da parte dell'autorità ecclesiastica di lavoratrice in stato di gravidanza – Licenziamento – Divieto – Inapplicabilità (l.30.12.1971, n. 1204, art. 2)

Lavoro (Rapporto) – Insegnante di religione cattolica – Incarichi annuali ex art. 309 d.legis. n. 297/1994 – Questione di legittimità costituzionale – Infondatezza (l. 5.6.1930, n. 824, artt. 5 e 6; d. legis. 16.4.1994, n. 297, art. 309)

Lavoro (Rapporto) – Insegnante di religione cattolica – Contratto di lavoro a tempo determinato – Scadenza del termine – Rinnovo automatico – Intesa con l'autorità ecclesiastica – Necessità (l. 18.4.1962, n. 230; l. 27.5.1929, n. 810, art. 36 e succ. modifiche)

Lavoro (Rapporto) – Insegnante di religione cattolica – Revoca dell'idoneità all'insegnamento – Accesso ad altre mansioni nell'ambito dell'amministrazione – Esclusione (Cost., art. 97)

Procedimento civile – Processo del lavoro – Consigliere di parità presso la Provincia – Intervento oltre il termine previsto dall'art. 419 cod. proc. civ. – Inammissibilità (cod. proc. civ., art. 419)

*Il divieto di licenziamento della lavoratrice in stato di gravidanza previsto dall'art. 2 l. n. 1204 del 1971, non è applicabile nel caso dell'insegnante di religione a cui sia stata revocata l'idoneità all'insegnamento da parte dell'ordine diocesano.
È inammissibile l'intervento del Consigliere di Parità presso la Provincia effettuato oltre il termine previsto per la costituzione del convenuto.*

Cassazione civile, sez. lav., 24/02/2003, nr. 2803., Del Soldato c. Min. Istruzione
Conferma App. Firenze, 29/11/2000.
In Giust. Civ. Mass., 2003, 389
Giust. Civ. 2003, I, 915
Nuova Giur. Civ. commentata, 2003, I, 556, con nota di Pizzorno Stefano Emanuele, *Revoca dell'idoneità all'insegnamento della religione cattolica e tutela della maternità*

Lavoro (Rapporto di) – Insegnanti di religione – nomina – Attestazione di idoneità da parte dell'autorità ecclesiastica – Necessità – Sopravvenuta revoca dell'idoneità – Conseguenze – Impossibilità giuridica della prestazione – Risoluzione del rapporto ex art. 1463 cod. civ. – Sussistenza – Norme in tema di licenziamento e di tutela delle la-

lavoratrici madri – Applicabilità – Esclusione (cod. civ. art 1462; l. 5.6.1930, n. 824, artt. 5,6; l. 30.12.1971, n. 1204, art. 53; l. 25.3.1985, n. 751; d. legis. 16.4.1994, n. 297, art. 309, comma 2°; d. legis. 30.3.2001, n. 165, art. 35)

Lavoro (Rapporto di) – Insegnanti di religione – nomina – Attestazione di idoneità da parte dell'autorità ecclesiastica – Necessità – Sopravvenuta revoca dell'idoneità – Conseguenze – Impossibilità giuridica della prestazione – Risoluzione del rapporto ex art. 1463 cod. civ. – Sussistenza – Norme in tema di licenziamento e di tutela delle lavoratrici madri – Applicabilità – Esclusione – Questione di legittimità costituzionale – Infondatezza (Cost., artt. 3, 4, 7, 35, 97; l. 5.6.1930, n. 824, artt. 5, 6; l. 30.12.1971, n. 1204, art. 2; l. 25.3.1985, n. 121; d. lgs. 16.4.1994, n. 297)

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 3, 4, 7, 35 e 97 Cost. – degli artt. 5, comma 1°, e 6, l. n. 824 del 1930, della l. n. 121 del 1985, laddove dà esecuzione all'art. 9, n. 2., dell'Accordo di revisione del Concordato Lateranense, e dell'art. 309, comma 2°, d. legis. n. 297 del 1994, nella parte in cui, prevedendo che la nomina degli insegnanti di religione deve essere effettuata in favore di coloro che siano riconosciuti idonei dall'autorità ecclesiastica, designati d'intesa con essa dall'autorità scolastica, con incarico annuale, che si intende confermato qualora permangano le condizioni ed i requisiti prescritti, fanno sì che la sopravvenuta revoca dell'idoneità all'insegnamento determini l'impossibilità giuridica della prestazione e la risoluzione del rapporto di lavoro ex art. 1463 c.c., integrando in tal modo una fattispecie non riconducibile al licenziamento, neppure qualora detta revoca sia disposta per essere l'insegnante nubile ed in stato di gravidanza, con conseguente inapplicabilità dell'art. 2, l. n. 1204 del 1971, in tema di tutela delle lavoratrici madri. Infatti, per le argomentazioni svolte dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 390 e n. 343 del 1999, nonché – quanto all'art. 7 Cost. – nelle sentenze n. 195 del 1972 e n. 30 del 1971, il peculiare stato giuridico dell'insegnante di religione non è in contrasto con i succitati parametri costituzionali, e, conseguentemente, non possono ritenersi in contrasto con tali parametri le conseguenze giuridiche che dalle peculiarità di tale "status" lavorativo discendono.

In fatto. L'attrice propone ricorso contro il Ministero della Pubblica Istruzione in seguito al mancato rinnovo del suo incarico di insegnante di religione cattolica presso la scuola media statale "Poliziano" di Firenze, dove prestava servizio da quasi dieci anni. Gli incarichi si erano susseguiti nel tempo, l'ultimo è stato per l'anno scolastico 1997/98.

Verso la fine dell'anno scolastico, la lavoratrice comunica all'autorità religiosa ed all'amministrazione scolastica la sua gravidanza; l'incarico non viene confermato per l'anno scolastico successivo, essendo subordinato, per disposto normativo, alla idoneità da parte dell'ordine diocesano.

La Curia Arcivescovile di Firenze esclude dall'elenco degli insegnanti di religione il nome della ricorrente, in quanto la ritiene inadatta a tale insegnamento, per la circostanza che l'insegnante in gravidanza risulta nubile. È da evidenziare che tale motivazione non appare peraltro in alcun atto scritto, ma solo in affermazioni verbali.

Il caso Simonetta Del Soldato è uno dei pochi in cui le istituzioni della parità hanno svolto un ruolo rilevante; infatti, fin dall'inizio, la lavoratrice è stata assistita dalla Consigliera provinciale di parità del capoluogo toscano in diversi tentativi conciliatori, e la vicenda è stata discussa anche in sede di Commissione regionale di pari opportunità.

Dopo la presentazione del ricorso, viene depositato dalla stessa Consigliera provinciale l'intervento *ad adiuvandum* (ex art.8, 8° comma l. n. 125/91), dopo che la Consigliera re-

gionale di parità aveva segnalato il caso al collegio istruttorio del Comitato nazionale di parità presso il Ministero del lavoro, che si è pronunciato in data 7 settembre 1999.

In diritto. Si tratta di una questione complessa, collocata alla congiunzione di due ordinamenti: quello dello Stato italiano e quello dello Stato vaticano, uniti mediante il Concordato lateranense dell'11/02/1929, aggiornato dall'accordo del 18/02/1984.

È un vero e proprio groviglio normativo, con aspetti di diritto del lavoro, di diritto canonico, di diritto costituzionale e comunitario, tanto che il caso ha attraversato i tre gradi di giurisdizione.

La disciplina dell'insegnamento della religione cattolica nelle scuole statali è caratterizzata all'epoca dei fatti di causa dalla circostanza che gli insegnanti sono nominati dall'autorità scolastica, d'intesa con l'autorità ecclesiastica; gli incarichi conferiti sono annuali, secondo quanto previsto dall'art. 309 d. lgs. n. 297/1994 in materia di istruzione pubblica.

Nel caso in esame, secondo la ricorrente l'amministrazione resistente ha violato il divieto di licenziamento di cui all'art. 2 della l. n. 1204/1971 (ora art. 54 del Testo Unico maternità-paternità), interrompendo il rapporto di servizio. La ricorrente chiede pertanto la remissione degli atti alla Corte Costituzionale, stante l'incostituzionalità delle norme concordatarie, in quanto non prevedono il diritto alla conservazione del posto per la lavoratrice in stato di gravidanza. Secondo il parere del Collegio Istruttorio, infatti, tale decisione ha esposto *“la lavoratrice ad un grave danno sul piano economico, costituendo la retribuzione la sola fonte di sostentamento della madre e del bambino, ma, soprattutto, sottoponendo la stessa ad un grave stress psico-fisico in un periodo molto delicato per l'equilibrio e la serenità sua e del nascituro”*.

La questione di costituzionalità è sollevata per violazione degli artt. 2, 3, 4, 30, 31 e 37 della Costituzione. Tale materia è controversa, in quanto le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale, essendo lo Stato e la Chiesa, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani.

Secondo un primo orientamento, le norme concordatarie sono considerate vere e proprie norme costituzionali, come tali non suscettibili di alcun sindacato rispetto alle altre norme. Una diversa interpretazione sostiene che lo Stato si debba impegnare a non regolare unilateralmente le materie oggetto dei rapporti con la chiesa cattolica; infine, il terzo orientamento, della stessa Corte Costituzionale con la sentenza n. 30/1971, riconosce alle norme concordatarie una capacità di resistenza rispetto a quelle costituzionali, ma afferma la sindacabilità delle prime con riferimento ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Il Giudice del lavoro di Firenze non ha affrontato in sentenza queste problematiche; ha ritenuto il rapporto di lavoro della Del Soldato di carattere temporaneo e non automaticamente rinnovabile, secondo l'art. 2, comma 3° punto c) della l. n. 1204/1971, che esclude l'applicabilità del divieto di licenziamento nel caso di risoluzione del rapporto di lavoro per scadenza del termine.

Si osserva inoltre che il conferimento di incarichi solo annuali per l'insegnamento della religione cattolica è stabilito da una legge ordinaria conforme a Costituzione.

Il tribunale inoltre rigetta la richiesta della ricorrente di essere assegnata ad altri incarichi, in quanto si violerebbe il principio del concorso pubblico, ex art. 97 della Costituzione.

Viene quindi ritenuta infondata e non accolta la domanda attrice in I° grado, e viene rilevata la tardività dell'intervento della Consigliera di parità della provincia di Firenze, in quanto non è avvenuto entro il termine stabilito per la costituzione del convenuto (art. 419 c.p.c.).

L'appello conferma sostanzialmente la decisione del Tribunale, rigettando nuovamente il ricorso.

La Corte sottolinea l'impossibilità per l'autorità scolastica di interferire con le valutazioni operate dall'Ordinario diocesano relativamente alla decisione di revocare l'idoneità all'in-

segnamento della religione; osserva anche che gli insegnanti di religione traggono vantaggio comunque per il fatto di poter usufruire di “accesso privilegiato” all’insegnamento rispetto agli altri insegnanti, non dovendo superare alcun concorso e senza alcuna possibilità di sindacato dell’autorità scolastica. La Corte pone l’accento sul fatto che l’insegnante di religione deve tenere un comportamento sempre ispirato ai principi della religione cattolica, salvo rischiare la revoca dell’idoneità.

Infine, la sentenza della Corte di Cassazione affronta solo i profili relativi alla tipologia contrattuale ed alla rilevanza della revoca da parte dell’autorità religiosa.

Secondo la Suprema Corte, per costante giurisprudenza, gli insegnamenti della religione cattolica sono considerati una “categoria a parte nell’ordinamento scolastico, disciplinata dalle disposizioni della legge 5 giugno 1930, n. 824, che si configurano come sistema ‘speciale’ a base pattizia” (punto 11).

Tale disciplina richiamata non fa che confermare ancora una volta che nelle scuole pubbliche l’insegnamento della religione cattolica è regolato dall’accordo tra Stato e Chiesa e che il capo dell’istituto conferisce incarichi annuali d’intesa con l’ordine diocesano, salvo revoca da parte di quest’ultimo anche durante l’anno scolastico.

Nella sentenza della Cassazione non si fa alcun cenno alla scelta della gravidanza al di fuori del matrimonio e all’idoneità dell’insegnamento religioso, ma viene spostato l’oggetto della controversia sulla ‘precarietà’ del rapporto di lavoro e sulle sue motivazioni, ammettendo la presenza di alcune caratteristiche peculiari, tra cui la regola del silenzio-assenso per il rinnovo dell’incarico. La Corte non accoglie il ricorso, seguendo la strada maestra della mera recezione della revoca dell’incarico.

Trib. Firenze, 3.12.1999

Omissis – Va preliminarmente ritenuta la tardività dell’intervento della Consigliera di parità della Provincia di Firenze, in quanto l’art. 8, 8° comma, l. 125/91, nel prevedere che *i consiglieri di parità di cui al comma 2 e quelli regionali competenti per territorio, ferma restando l’azione in giudizio di cui all’art. 4, comma 6, hanno facoltà di agire in giudizio sia nei procedimenti promossi davanti al pretore in funzione di giudice del lavoro che davanti al tribunale amministrativo regionale su delega della lavoratrice ovvero di intervenire nei giudizi promossi dalla medesima ai sensi dell’art. 4* (in tema di accertamento di comportamenti discriminatori), non modifica la disciplina ordinaria dell’intervento volontario che, nel rito speciale *ex artt. 409 ss. c.p.c.*, prevede che *l’intervento del terzo ai sensi dell’articolo 105 non può aver luogo oltre il termine stabilito per la costituzione del convenuto* (art. 419 c.p.c.). La tardività dell’intervento non può essere sanata dall’accettazione del contraddittorio da parte delle ulteriori parti processuali, posto che

Nel rito del lavoro, la tardività dell’intervento volontario effettuato oltre il termine stabilito per la costituzione del convenuto e non ai fini dell’integrazione necessaria del contraddittorio (art. 419 c.p.c.) non è sanata dall’accettazione del contraddittorio da parte del soggetto contro cui il terzo abbia proposto le sue domande e va rilevata anche d’ufficio, per la rilevanza pubblica degli interessi in vista del quale, nei giudizi assoggettati a detto rito, è posto il divieto di domande nuove (Cass., sez. lav., 26 novembre 1998, n. 12021); va del resto rilevato che l’art. 419 c.p.c., nel prevedere il termine per l’intervento volontario del terzo, fa generico riferimento all’art. 105 c.p.c., e quindi a tutte le ipotesi di intervento volontario (principale e litisconsortile, o adesivo) da esso previste.

Nel merito, in fatto è pacifico, e documentalmente provato, che:

- la ricorrente ha prestato servizio continuativo come insegnante di religione cattolica presso vari istituti scolastici statali a partire dall’anno scolastico 1989/90, e, da ultimo, presso la Scuola media statale «Poliziano»;

- con lettere in data 21.7.98 la Curia Arcivescovile di Firenze, a seguito della comunicazione delle disponibilità orarie di insegnamento della religione cattolica da parte del Preside di tale istituto, ha proposto nominativi di insegnanti diversi dalla ricorrente;
- con provvedimento in data 1.9.98, ricevuto dalla Scuola media statale «Poliziano» in data 10.9.98, l'Ordinario diocesano di Firenze ha revocato l'idoneità della ricorrente all'insegnamento della religione cattolica;
- con contratti in data 10.9.98, il Preside della Scuola media statale «Poliziano» ha stipulato con gli insegnanti proposti dalla Curia Arcivescovile di Firenze rapporti a tempo determinato per il periodo 1.9.98-31.8.99 per l'insegnamento della religione cattolica.

La ricorrente sostiene in tesi la sussistenza di un licenziamento nullo ex art. 2 l. 1204/71, in quanto causato dallo stato di gravidanza.

Al riguardo, in fatto l'amministrazione convenuta non ha contestato l'assunto della ricorrente, secondo cui la revoca, da parte dell'Ordinario diocesano, dell'idoneità all'insegnamento della religione cattolica è ascrivibile alla circostanza che la Del Soldato si trovasse in stato di gravidanza senza essere sposata; in proposito, deve comunque rilevarsi che, ai sensi dell'art. 2 l. 1204/71, il divieto di licenziamento della lavoratrice in stato di gravidanza opera oggettivamente (cfr. Cass. SS.UU. 2248/88), e quindi prescinde dai motivi del recesso datoriale. Peraltro, è documentato (e del resto pacifico) che tra la Scuola «Poliziano» e la ricorrente era stato stipulato contratto di lavoro a tempo determinato per l'insegnamento della religione cattolica per il periodo 1.9.97-31.8.98, ai sensi dell'art. 309, 2° comma, d. legis. 297/94; la Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 390 del 22.10.1999 (in *Gazz. Uff.* – I serie speciale – n. 43 del 27.10.1999), respingendo le eccezioni di

illegittimità costituzionale sollevate avverso la normativa statale che disciplina il conferimento di incarichi di annuali per l'insegnamento della religione cattolica, ne ha confermato la legittimità costituzionale, precisando che *la scelta dell'incarico quale strumento di provvista di questo personale docente – pur essendo sempre possibili soluzioni diverse rimesse, nel rispetto degli impegni pattizi alla discrezionalità del legislatore – (non) si manifesta arbitraria o palesemente irragionevole, anche in relazione alle peculiarità di questo insegnamento, che hanno già portato a ritenere non fondata una questione di legittimità costituzionale relativa alla mancata partecipazione degli insegnanti di religione a sessioni di abilitazione ed a concorsi riservati (sentenza n. 343 del 1999).*

L'art. 2, 3° comma, punto c) l. 1204/71 esclude l'applicabilità del divieto di licenziamento nell'ipotesi di risoluzione del rapporto di lavoro per scadenza del termine (cfr. al riguardo Corte Cost. 31.5.1996, n. 172; Cass., 3.1.1986, n. 24); conseguentemente, la domanda svolta in tesi è infondata, dal momento che, nella specie, non si è in presenza di un recesso datoriale dal rapporto di lavoro, bensì della sua cessazione per scadenza del termine finale. Né sotto tale profilo è ravvisabile l'eccezione di illegittimità costituzionale della legislazione di esecuzione degli accordi concordatari; infatti, l'eccezione al divieto di licenziamento posta dal citato 2, 3° comma, punto c) l. 1204/71 è prevista per la generalità dei rapporti a tempo determinato, e non può quindi ritenersi sussistente una disparità di trattamento rilevante in relazione ai principi dettati dall'art. 3 della Costituzione.

In via subordinata, la ricorrente sostiene peraltro che, in difetto di revoca intervenuta prima dell'inizio dell'anno scolastico 1998/99, il rapporto si sarebbe automaticamente rinnovato.

In proposito, si rileva che, ai sensi dell'art. 2.5 del Decreto del Presidente della

Repubblica 16 dicembre 1985, n. 751 (recante *Esecuzione dell'intesa tra l'autorità scolastica italiana e la Conferenza episcopale italiana per l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche*), *l'insegnamento della religione cattolica è impartito da insegnanti in possesso di idoneità riconosciuta dall'ordinario diocesano e da esso non revocata, nominati, d'intesa con l'ordinario diocesano, dalle competenti autorità scolastiche ai sensi della normativa statale. Ai fini del raggiungimento dell'intesa per la nomina dei singoli docenti l'ordinario diocesano, ricevuta comunicazione dall'autorità scolastica delle esigenze anche orarie relative all'insegnamento in ciascun circolo o istituto, propone i nominativi delle persone ritenute idonee e in possesso dei titoli di qualificazione professionale di cui al successivo punto 4; l'art. 309, 2° comma, d. legis. 297/94 prevede che per l'insegnamento della religione cattolica il capo di istituto conferisce incarichi annuali d'intesa con l'ordinario diocesano.* La disciplina legislativa vigente, di cui la Corte costituzionale, con la citata sentenza n. 390/99, ha confermato la legittimità costituzionale, prevede quindi la durata annuale dell'incarico di insegnamento della religione cattolica, che, anche in considerazione della necessaria *intesa con l'ordinario diocesano*, è incompatibile con la possibilità di un tacito rinnovo del contratto a termine, peraltro esclusa dalla disciplina posta in via generale dalla l. 230/62 (cfr. art. 2). Né può ritenersi che tale possibilità sia stata introdotta dalla normativa collettiva; infatti, l'art. 47, 6° comma, del CCNL, richiamato dalla ricorrente, prevede che *gli insegnanti di religione cattolica vengono assunti secondo la disciplina di cui all'art. 309 del d. legis. 197/1994, mediante contratto di incarico annuale che si intende confermato qualora permangano le condizioni ed i requisiti prescritti dalle vigenti disposizioni di legge*, tra cui non può non essere compresa *l'intesa con l'ordinario diocesa-*

no, prevista dall'art. 309 cit., espressamente richiamato dalla norma contrattuale. Deve pertanto escludersi che il CCNL abbia previsto una ipotesi di rinnovo automatico del contratto a tempo determinato per l'insegnamento della religione cattolica, che prescindendo dall'intesa con l'autorità ecclesiastica e dal riconoscimento, da parte di quest'ultima, dell'idoneità all'insegnamento.

In fatto, va rilevato (come risulta dalla documentazione in atti) che, a fronte della indicazione, effettuata in data 17.7.1998 dal Preside della scuola «Poliziano», delle ore disponibili per l'insegnamento della religione cattolica, l'Ordinario diocesano, tramite il competente ufficio, ebbe a indicare nominativi di insegnanti diversi dalla Del Soldato in data 21.7.1998, e quindi anteriormente all'inizio dell'anno scolastico 1998/99; è irrilevante che il Preside della scuola «Poliziano» solo in data 10.9.1998 abbia stipulato con le prof. Bellesi e Genovese il contratto per l'insegnamento annuale della religione cattolica, circostanza che non potrebbe comunque determinare la proroga del contratto stipulato con la Del Soldato, venuto a scadenza con il 31.8.1998, e che appare riconducibile ad una prassi adottata dall'istituto, considerato che anche il contratto stipulato con l'odierna ricorrente per l'anno scolastico 1997/98 reca data successiva al 1° settembre (e, in particolare, è datato 15.9.1997).

È conseguentemente da escludersi che il contratto a tempo determinato della ricorrente si fosse rinnovato per l'anno scolastico 1998/99; tale considerazione conferma che, nella specie, non è intervenuto un recesso dell'Amministrazione scolastica nel corso di un rapporto a tempo determinato in atto, bensì la mancata stipula di un nuovo contratto a termine, alla quale, peraltro, il datore di lavoro non può ritenersi vincolato ai sensi dell'art. 2 l. 1204/71, posto che tale norma esclude, in via generale, il divieto di licenziamento nell'ipotesi di scadenza del

termine apposto al contratto di lavoro. In base alla disciplina dettata dalla l. 1024/71 in tema di scadenza del rapporto a termine per la lavoratrice in stato di gravidanza, non è quindi ravvisabile un diritto della ricorrente ad una nuova assunzione a tempo determinato.

Infine, la ricorrente sostiene che la revoca dell' idoneità all' insegnamento della religione cattolica, in quanto causata dallo stato di gravidanza, non può determinare l' estinzione del rapporto, poiché, in tale ipotesi, si verificherebbe una fattispecie di discriminazione conseguente allo stato di gravidanza; secondo la tesi attrice, pur non potendo proseguire l' attività di insegnamento della religione cattolica (attesa la revoca dell' idoneità da parte della competente autorità ecclesiastica), permane il rapporto di lavoro, con la conseguenza che la docente cui sia stata revocata l' idoneità deve essere assegnata ad altri incarichi (quali insegnante di sostegno per l' handicap o bibliotecaria). Secondo tale tesi, pertanto, le motivazioni per cui viene revocata l' idoneità all' insegnamento sarebbero sindacabili sotto il profilo della violazione di diritti inderogabili posti dall' ordinamento dello Stato, e, nell' ipotesi di tale violazione, non potrebbero determinare la cessazione del rapporto di lavoro con l' amministrazione ma solo il venir meno delle mansioni di insegnamento della religione cattolica, pena, nella specie, la violazione degli artt. 2, 3, 30, 31, 37 della Costituzione.

Al riguardo, è decisivo ribadire che, nella specie, non si è verificata una risoluzione del rapporto di lavoro, bensì (eventualmente) la mancata instaurazione di un nuovo rapporto a termine; mentre, per le considerazioni già svolte, poiché, in base alla normativa di cui alla l. 1204/71, il divieto di licenziamento non opera nell' ipotesi di *risoluzione del rapporto di lavoro per scadenza del termine* (o meglio, poiché in tale ipotesi non si è in presenza di un recesso datoriale – cfr. Cass. 3368/96 in tema di inapplicabi-

lità dell' a. 18 l. 300/70 –, la scadenza del termine produce la risoluzione del rapporto anche in presenza di uno stato di gravidanza), non si è in presenza di una disparità di trattamento tra le insegnanti di religione e le ulteriori categorie di lavoratrici madri, né di un atto discriminatorio da parte del datore di lavoro.

Va infine osservato che, secondo la stessa prospettazione della ricorrente, il venir meno dell' idoneità all' insegnamento della religione cattolica le preclude lo svolgimento dell' attività di docente di tale materia; è peraltro pacifico (cfr. Corte Cost. 22.7.1999, n. 343) che il servizio prestato dagli insegnanti di religione non costituisce titolo di accesso ad altri insegnamenti, ai quali, comunque, come a qualsiasi altra attività lavorativa nell' ambito dell' amministrazione, l' insegnante di religione cattolica potrebbe accedere solo con l' osservanza dei principi generali in materia di costituzione del rapporto di pubblico impiego, sia sotto il profilo della sussistenza del posto in organico che dell' assoggettamento alle ordinarie procedure concorsuali, pena la violazione del' art. 97 della Costituzione. Al riguardo, non rilevano, in quanto argomenti de iure condendo, le proposte legislative, documentate da parte ricorrente, che prevedono la conservazione del rapporto di impiego, con ammissione a procedure di diversa utilizzazione e di mobilità collettiva, per gli insegnanti di religione cattolica, con un' anzianità di servizio di almeno dieci anni, cui venga revocata l' idoneità all' insegnamento da parte dell' autorità ecclesiastica.

Per le considerazioni svolte, pertanto, va ritenuta l' infondatezza della domanda attrice, che non può quindi trovare accoglimento; considerata la complessità e controvertibilità delle questioni trattate, si ravvisano giusti motivi ex art. 92 c.p.c. per la integrale compensazione delle spese di lite. (*Omissis*)

Discriminazioni collettive e legittimazione attiva della Consigliera nazionale di parità

Verbale d'accordo stragiudiziale del 29 settembre 1999 tra la Consigliera nazionale di parità- Consigliera di parità della Regione Lombardia e la Federazione italiana Editori Giornali.

Inedito

In fatto. Viene evidenziato dalla Consigliera nazionale di parità e dalla Consigliera di parità della regione Lombardia che negli annunci di selezione del personale pubblicati dalle agenzie di pubblicità sulla stampa non è specificato trattarsi di ricerca per assunzione di lavoratori dell'uno e dell'altro sesso.

In diritto. Nell'intento di favorire la più completa realizzazione del principio di non discriminazione fondata sul sesso sancito dall'art. 1, I° comma pto 2, l. 903/77 e dall'art. 4, III° comma, l. 125/91, e di avviare una collaborazione tra la Federazione e gli organismi di parità, le due parti convengono che le agenzie di pubblicità e le società di ricerca del personale impostino i messaggi pubblicitari relativi alle offerte di lavoro in modo che risulti realizzato quanto previsto dalle suddette leggi, indicando che l'annuncio è indifferentemente rivolto all'uno e all'altro sesso.

La Consigliera nazionale di parità, in accordo con quella regionale, dichiara di rinunciare all'azione in giudizio nei confronti delle imprese associate alla F.I.E.G.

Tribunale di Milano, 8 marzo 2000, Consigliera di Parità Regione Lombardia e Consigliera Nazionale di Parità c. I. scuola di formazione S.p.a.+altri

Inedita

Violazione art. 4, c. 3, l. n. 125/91 –Legittimazione attiva della Consigliera nazionale per la parità – Insussistenza – legittimazione attiva esclusivamente della Consigliera regionale – Obbligatorietà del parere del Collegio Istruttorio di cui all'art. 7 e dell'audizione della Commissione Regionale per l'Impiego ai fini della procedibilità – Sussistenza.

Non rientra nella competenza della Consigliera Nazionale di Parità ma esclusivamente della Consigliera Regionale competente per territorio la proposizione dell'azione collettiva.

Il legislatore ha inserito nella fase immediatamente precedente l'esercizio dell'azione un duplice controllo, esplicantesi nel parere del Comitato istruttorio e nell'audizione della Commissione regionale per l'impiego per evitare che la il consigliera regionale di parità quale portatore di interessi collettivi, assuma l'iniziativa giudiziaria in modo unilaterale, con il rischio di creare effetti imprevedibili in un settore dall'equilibrio estremamente precario come quello del lavoro.

Il consigliere regionale è comunque ultimo arbitro dell'opportunità dell'iniziativa giudiziaria, stante il carattere non vincolante del parere.

In fatto. La Consigliera di parità della Lombardia e la Consigliera nazionale di parità citano in giudizio 29 società (tra cui le società editrici dei quotidiani *Il Corriere della Sera*, *il Giornale*, e *il Giorno*), esponendo che tutti i convenuti, a vario titolo, hanno violato l'art. 4, co. 3° della legge n. 125 del 1991, dato che hanno consentito e/o commissionato la pubblicazione di annunci di offerte di lavoro genericamente al maschile, senza specificare che l'offerta era diretta ad entrambi i sessi.

Le ricorrenti chiedono la previsione dell'obbligo di inserire in ogni offerta di lavoro una dicitura che indichi come requisito l'appartenenza all'uno o all'altro sesso.

Tra la maggior parte dei convenuti e le ricorrenti intercorrono accordi conciliativi, come esposto nel verbale di accordo sopraccitato; tuttavia, il giudizio prosegue tra le ricorrenti e I. scuola di formazione+altri.

In diritto. Il giudice del Lavoro, dopo aver rigettato l'eccezione di incompetenza sollevata dall'I., affronta la questione della legittimazione attiva della Consigliera nazionale per la parità, dichiarandone l'inammissibilità. Il Tribunale, infatti, evidenzia che l'art. 4 della l. 125/91 espressamente individua nella Consigliera regionale di parità l'organo amministrativo abilitato a far valere in giudizio il diritto di tutte le donne a non subire discriminazioni nel mondo del lavoro. Tale disciplina legislativa costituisce una specifica eccezione al disposto dell'art. 81 c.p.c., secondo cui le disposizioni che regolano la sostituzione processuale sono da considerarsi tassative e pertanto insuscettibili di interpretazione analogica. Pertanto il giudice conferma la legittimazione attiva della Consigliera regionale, mentre dichiara inammissibile quella della Consigliera nazionale, in quanto la promozione dell'azione collettiva nel caso di specie non è prevista fra le sue competenze.

A differenza della attualmente vigente normativa legislativa dell'attuale d. lgs. 196/00, in cui il parere del Collegio Istruttorio non è più obbligatorio per la proposizione da parte della Consigliera di parità dell'azione in giudizio, l'originaria formulazione della l. 125, al comma 6° dell'art. 4 stabiliva che il ricorso proposto dalla Consigliera regionale per la parità dovesse essere preceduto da un parere non vincolante del Collegio Istruttorio di cui all'art. 7, sentita la Commissione regionale per l'impiego.

Il giudice nella sentenza valuta tali incumbenti come obbligatori, e non da acquisire *una tantum*, ed esclude che la norma attribuisca a tali adempimenti pregiudiziali una portata meramente burocratica.

Nel caso di specie, non risulta richiesto il parere al Collegio Istruttorio, pertanto il giudice ritiene il ricorso improponibile.

È da evidenziare che questa sentenza propone delle problematiche di particolare importanza, che saranno affrontate e risolte nel d. lgs. 196/2000, quale la obbligatorietà e la vincolatività del parere del Collegio Istruttorio, che non sono più ora condizioni di procedibilità, e l'estensione della legittimazione attiva alla Consigliera nazionale per le discriminazioni collettive a dimensione territoriale ultraregionale.

Va ora affrontata la questione della legittimazione attiva della Consigliera Nazionale per la Parità.

L'art. 4 co. 6 stabilisce che *“quando il datore di lavoro ponga in essere un atto o un comportamento discriminatorio di carattere collettivo, anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni, il ricorso può essere proposto dal consigliere di parità istituito a livello regionale”*

Sostiene in proposito la I. che, stante la chiara formulazione legislativa, nessuna legittimazione attiva, nè sostanziale, nè processuale, può sussistere in capo alla Consigliera Nazionale per la Parità.

Secondo quest'ultima, invece, fa sua *legitimatō* ad *causam* troverebbe consistenza nel fatto che la previsione legislativa attiene a comportamenti discriminatori risolvendosi in un ambito prettamente aziendalistico e comunque territorialmente limitato, laddo-

ve, nel caso di specie, la diffusione nazionale dei quotidiani su cui furono inserite le offerte di lavoro incriminate giustificerebbe un diretto intervento dell'organo deputato a difendere, su tutto il territorio dello Stato, l'interesse collettivo alla parità, ossia alla Consigliera Nazionale di Parità.

Tale ultimo assunto è, tuttavia, infondato. Infatti, la L. 125/91, avente la finalità *“di favorire l'occupazione femminile e di realizzare l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro, anche mediante l'adozione di misure, denominate azioni positive per le donne, al fine di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità”* (art. 1), ha espressamente individuato nella Consigliera Regionale di Parità (art. 4) l'organo amministrativo abilitato a far valere in giudizio il diritto di tutte le donne a non essere discriminate nel mondo del lavoro.

Ora, la citata disciplina legislativa costituisce una specifica eccezione al disposto dell'art. 81 c.p.c., secondo cui *"fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui"*, norma unanimemente interpretata nel senso che le disposizioni che regolano la sostituzione processuale sono da considerarsi tassative e, pertanto, insuscettibili di interpretazione analogica. Da ciò consegue che, pur non potendo escludersi che il legislatore, nell'attribuire la legittimazione alla Consigliera

Regionale, abbia inteso riferirsi a controversie risolvendosi in un ambito territorialmente limitato, a fronte del chiaro disposto degli artt. 4 e 8 L. 125/91, va dichiarata la carenza di legittimazione attiva della Consigliera Nazionale per la Parità, non essendo la promozione dell'azione collettiva annoverata tra le competenze attribuite a quest'ultima; tale pronuncia, peraltro, va limitata alla sola posizione della INFOR, avendo quest'ultima dichiarato di non accettare la rinuncia che pure le era stata notificata.

Differenziazione nella progressione della carriera fra donne e uomini in relazione al titolo di studio

Tribunale di Catania, 22 novembre 2000, Maglitto e altro c. Soc. Thomson Microelectronics
In Foro It. 2001, I, 1778.

Lavoro (Rapporto di) – Parità uomo-donna – Discriminazione indiretta – Configurabilità – Fattispecie (L. 10 aprile 1991, n. 125, azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, art. 4, 5).

Lavoro (Rapporto di) – Parità uomo-donna – Discriminazione indiretta – Piano di rimozione – Ordine giudiziale (L. 10 aprile 1991, n. 125, art. 4, 5).

La società che ha posto in essere la condotta discriminatoria sessuale indiretta ha l'obbligo di predisporre, entro il termine di tre mesi, un piano di rimozione delle discriminazioni, mediante un criterio che faccia riferimento alla valutazione della professionalità pregressa ed escludendo ogni riferimento al possesso di diploma di scuola superiore.

In fatto. Il Tribunale di Catania è chiamato a decidere una controversia instaurata in via ordinaria individualmente da una lavoratrice; la ricorrente, basandosi su un'analisi comparativa, rileva che i lavoratori di sesso maschile appartenenti alla stessa azienda metalmeccanica, addetti a mansioni analoghe, sono stati inquadrati, mediamente, a livelli superiori. Osserva inoltre che la maggioranza delle donne dei reparti di produzione della Sgs Thomson di Catania è collocata al terzo e quarto livello dell'inquadramento, pur svolgendo un lavoro richiedente un'attenzione particolare, tanto da volerlo ricondurre a quello dei lavoratori di sesta categoria. L'attrice richiede quindi nelle conclusioni del ricorso l'attribuzione per sé medesima dell'inquadramento professionale superiore ed il relativo trattamento economico.

In diritto. Il giudice del lavoro nega il diritto al superiore livello, in quanto dall'istruttoria non emergono prove idonee a suffragare la domanda; rileva infatti che le attività svolte dalla ricorrente rivestono un mero carattere esecutivo, senza la possibilità d'intervento sui parametri produttivi e che quindi non sono affatto riconducibili al superiore inquadramento rivendicato, rigettando così la domanda.

Tuttavia, il Tribunale delibera sulla sussistenza di una discriminazione indiretta sulla base dell'allegata analisi comparativa prodotta dalla lavoratrice. Nella sentenza si afferma che "l'aver richiesto per il conseguimento della qualifica superiore al quarto livello di studio di scuola tecnica superiore integra un comportamento che configura una discriminazione indiretta, trattandosi di un requisito che, seppur formalmente di carattere neutro, è riferibile, per ammissione della stessa società resistente, solo al personale di sesso maschile". Il carattere di detto requisito è neutro data l'assenza di qualsiasi giustificazione da parte del datore di lavoro circa la sua essenzialità.

È da evidenziare che la causa ha avuto inizio ed è proseguita come controversia individuale e non collettiva, anche se la ricorrente richiedeva la superiore qualificazione professionale sulla base di una supposta discriminazione indiretta; in realtà l'accertata esistenza della discriminazione indiretta avrebbe forse potuto comportare l'accoglimento della domanda per la "rimozione in concreto" di detta discriminazione ex art. 15 l. 903/77, come esteso dal 13° comma dell'art. 8 del d. lgs. n. 196/00.

Il Tribunale per così dire si sostituisce di fatto alla Consigliera di parità, che non è parte nel giudizio e mette in moto il meccanismo non solo accertativo della discriminazione indiretta collettiva (consentito anche in sede di azione individuale), ma anche quello sanzionatorio-ripristinatore, ordinando al datore di lavoro la predisposizione di un piano di rimozione delle discriminazioni ex art. 4, comma 2° l. 125/91; dunque, andando ben oltre la decisione sulla sorte concreta dell'unico soggetto – la lavoratrice ricorrente – che si era rivolta all'autorità giudiziaria per l'affermazione di un diritto.

Tribunale di Catania; sentenza 22 novembre 2000; est. Maiore; Maglito e altre (Avv. Modica) c. Soc. Sgs Thomson Microelectronics (Avv. Andronico, Leonardi)

Omissis – Della discriminazione indiretta. Preliminarmente va rilevato che, al contrario di quanto sostenuto dalla difesa della società resistente, sussiste senz'altro una domanda proposta ai sensi dell'art. 4, 2° comma, l. 125/91 in ordine alla quale va quindi emessa una pronuncia da parte del giudice adito.

Ormai consolidato deve ritenersi l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato deve ritenersi violato ogni qual volta il giudice «... interferendo nel potere dispositivo delle parti, alteri alcuno degli elementi obiettivi di identificazione dell'azione (*petitum e causa petendi*) attribuendo o negando ad alcuno dei contendenti un bene diverso da quello richiesto e non compreso, nemmeno implicitamente o virtualmente nella domanda...»: così Cass. 3 febbraio 1999, n. 919, *Foro it.*, Rep. 1999,

voce *Sentenza civile*, n. 22; in questo senso, Cass. 12 ottobre 1999, n. 11455, *ibid.*, n. 26. Nel caso di specie, dalla lettura del ricorso si evince inequivocabilmente che lo stesso è finalizzato: al riconoscimento del diritto individuale alla qualifica superiore (ai sensi dell'art. 2103 c.c.) e alla rimozione di una discriminazione per sesso ai sensi dell'art. 4, 2° comma, l. 125/91, che quindi, per espressa menzione del ricorrente, costituisce uno degli obiettivi a cui punta l'azione proposta.

Tale qualificazione della domanda è peraltro suffragata dalla circostanza che nell'esposizione del fatto risultano evidenziati tutti i requisiti, anche in ordine alla prova (dato statistico), richiesti dal 5° comma dell'art. 4 l. 125/91.

Risulta quindi chiaro, anche dalla lettura del 7° comma, che la domanda proposta ai sensi dell'art. 4 l. 125/91 è volta in primo luogo a richiedere l'accertamento della situazione di discriminazione indiretta e successivamente la rimozione della stessa, senza specificare le modalità con cui ciò dovrà avvenire.

La norma surrichiamata rimette al giudice adito di adottare provvedimenti più idonei alla rimozione dell'accertata discriminazione, sì come avviene con riferimento all'azione promossa ai sensi dell'art. 700 c.p.c. Pertanto, per ottenere una statuizione che elimini l'accertata discriminazione non è necessaria alcuna specificazione del *petitum* da parte attrice – come per l'appunto nel caso di specie si verificato – sicché nessuna violazione del principio di cui all'art. 112 c.p.c. può dirsi verificata.

Ritiene poi il giudice che nella fattispecie sussiste senz'altro una condotta discriminatoria indiretta da parte della società, avendo quest'ultima richiesto, seppur con l'adesione delle stesse organizzazioni sindacali, per l'attribuzione di livelli superiori al quarto il diploma di scuola superiore specializzata, ovvero sia un titolo di studio riferibile solo al personale di sesso maschile, per ammissione della stessa società resistente odierna. Incontestabili, e comunque come vedremo incontestate, sono le risultanze della prova statistica, sia di quella allegata al ricorso sia di quella allegata alla disposta c.t.u. in atti versata, le cui conclusioni vanno senz'altro condivise in quanto immuni da vizio logico e giuridico.

Ed invero dalla c.t.u. risulta che alla data di presentazione del ricorso sono 270 i dipendenti addetti all'area produttiva nei livelli dal quarto al sesto dello stabilimento di Catania, dei quali le unità addette al reparto L1 sono 113 (79 uomini e 34 donne) ed al reparto M3 157 (56 uomini e 101 donne).

Risulta ancora che nei diversi livelli d'inquadramento, per come evidenziato dalle note statistiche allegata alla c.t.u., gli uomini addetti ai reparti L1 e M3 al momento dell'assunzione erano nella percentuale del 94,82 per cento inquadrati nel quarto livello ed oggi il 74,81 per cento inquadrato al quinto livello; che invece le donne addette ai reparti L1 e M3 al momento dell'assunzione risultavano inquadrare il 69,12 per cento al primo livello ed il 38 per cento al secondo ed oggi, a distanza di trent'anni, il 95,59 per cento (130 unità) inquadrato al quarto livello.

Risulta ancora che al biennio precedente alla presentazione del ricorso fra i dipendenti che hanno conseguito l'inquadramento superiore al quarto livello, vi è solo una donna nel reparto L1 (percentuale del 3,70 per cento), e una percentuale di uomini pari al 96,30 per cento, mentre nel reparto M3 l'inquadramento superiore è stato conseguito da una percentuale di uomini pari al 100 per cento e di donne pari allo 0.

Risulta infine dalla detta c.t.u. che su 84 lavoratori assunti con contratti di formazione e lavoro, 80 sono uomini, pari alla percentuale del 95,24 per cento e 4 donne, pari alla percentuale del 4,76 per cento. Ciò posto va rilevato che la società non solo non ha mosso alcuna contestazione in ordine alle risultanze del detto dato statistico, la cui rilevanza probatoria è stata ribadita dall'art. 4, 5° comma, l. cit., ma non ha neanche fornito alcuna prova – pur avendone l'onere in virtù della citata disposizione – al fine di dimostrare l'insussistenza della dedotta discriminazione.

Invero, al fine di giustificare la propria linea di politica occupazionale, la Sgs si è limitata a richiamare il verbale di accordo sindacale e l'allegato del 4 marzo 1998 relativi alla gestione dei contratti di formazione e lavoro, riferiti alla qualifica di operaio manutentore (quinto livello) – la cui declaratoria è ivi caratterizzata dal detto titolo di studio – e a sottolineare il fatto che «è notorio che presso gli istituti industriali si iscrivono solo uomini e non donne».

Nessun elemento di prova ha invece allegato la Sgs Thomson – che per come si è detto ne aveva l'onere – al fine di dimostrare che per svolgere le mansioni corrispondenti alla qualifica di operaio manutentore sono necessari dei requisiti teorici oltre che pratici che è possibile acquisire solo grazie al conseguimento del detto diploma.

In proposito non può certo sostenersi che tale titolo di studio sia stato reso necessario per lo svolgimento di mansioni che comportano il comando di componenti di elettronica i cui messaggi sono in lingua inglese.

E infatti evidente che trattasi di frasi in lingua straniera che ripetitivamente compaio-

no sul monitor del computer e la cui comprensione non presuppone affatto una conoscenza di livello scolastico della lingua inglese ma piuttosto l'avvenuta acquisizione di una notevole pratica (o professionali) nell'uso di quell'apparecchio.

Ugualmente, per quanto riguarda i caratteri pratici della qualifica, non risulta che le mansioni svolte dalle ricorrenti nel corso della propria carriera fossero eterogenee rispetto a quelle svolte dai propri colleghi uomini inquadrati poi al livello superiore, in quanto, dalle acquisizioni istruttorie è emerso che i requisiti per lo svolgimento dell'attività di operatore (corrispondente al quarto livello) sono analoghi a quelli dell'attività di operatore manutentore (corrispondente al livello quinto).

Ritiene pertanto il giudice che, all'interno dello stabilimento della Sgs di Catania, con riferimento ai reparti a cui sono addette le odierne ricorrenti (L1 e M3) la progressione in carriera fra donne e uomini sia avvenuta in modo differenziato, in ragione del sesso e quindi illegittimamente ai sensi dell'art. 4, 2° comma, l. 125/91.

Invero l'aver richiesto per il conseguimento della qualifica superiore al quarto livello il titolo di studio di scuola tecnica superiore integra un comportamento che configura una discriminazione indiretta, trattandosi di un requisito che, seppur formalmente di carattere neutro, è riferibile, per ammissione della stessa società resistente, solo al perso-

nale di sesso maschile.

Ne deriva che il subordinare la progressione in carriera al possesso del detto requisito serve chiaramente solo a privilegiare i lavoratori di sesso maschile, ove non risulti dimostrato, come per l'appunto è avvenuto nel caso di specie, che incide sulla capacità a svolgere le mansioni superiori.

Ciò posto occorre in questa sede adottare una misura che per il futuro scongiuri il reiterarsi di siffatta illegittima condotta discriminatoria all'interno dell'azienda. A tal fine ritiene il giudice che, ai sensi dell'art. 5 l. 125/91, vada ordinata alla Sgs Thomson la predisposizione, sentite le organizzazioni sindacali, entro il termine di mesi tre, di un piano di rimozione delle discriminazioni come sopra accertate che per l'avanzamento del personale a livelli d'inquadramento superiore al quarto del c.c.n.l. del settore metalmeccanico introduca un criterio che faccia riferimento alla valutazione della professionalità pregressa, escludendo ogni riferimento al possesso di diploma (perito elettrotecnico ed elettronico, perito chimico) di scuola superiore.

Nessuna altra statuizione – quale per esempio quella di condanna – può essere fatta derivare dall'accertamento della discriminazione, in quanto per come si è detto l'azione è volta alla rimozione della situazione illegittima e all'adozione dei provvedimenti idonei in futuro a scongiurarne il reiterarsi.

La molestia sessuale quale fattispecie tipica di discriminazione di genere sul luogo di lavoro

Tribunale di Firenze, sezione Lavoro, 18 luglio 2000, G. S.-Consigliera di parità della provincia di Firenze c. la F. assicurazioni ag. di Campi Bisenzio-G. P., C. R., D. L. C. S.a.s. Inedita.

In fatto. La ricorrente lavorava come impiegata presso l'Agenzia generale di Firenze della F. assicurazioni. Dopo quasi 11 anni, a seguito di un'operazione di scorporo, la lavoratrice viene trasferita presso l'Agenzia di Campi Bisenzio, nella sede distaccata di Brozzi, insieme ad un altro impiegato, il sig. N.C.. All'inizio, i rapporti personali della ricorrente con l'altro dipendente si mantengono amichevoli; dopo pochi mesi la sig. G. si rivolge ad un legale per contestare alla compagnia di assicurazione la sussistenza di un comportamento molesto di carattere sessuale del dipendente C. nei suoi confronti. Il legale chiede la tutela dell'integrità psico-fisica della dipendente, ex art. 2087 c.c..

Fallita la conciliazione stragiudiziale, la lavoratrice si rivolge alla Consigliera di parità della provincia di Firenze, la quale tenta una conciliazione in via bonaria senza alcun esito. La G. unitamente alla Consigliera di parità propone ricorso all'autorità giudiziaria in via urgente e cautelare ex art. 700 c.p.c.

In diritto. In seguito al ricorso ex art. 700, proposto per tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro da parte dell'imprenditore, viene emanato un provvedimento che ordina alla S.a.s G., C., D.L. (agenzia di Brozzi) di adottare le misure idonee a consentire alla sig. G. di prestare attività lavorativa senza pregiudizio per la propria personalità morale. *“A titolo meramente esemplificativo, [il primo giudice] ha indicato l'assegnazione della G. e del C. a diverse unità produttive. Va rilevato che la C. ha ottemperato al provvedimento giudiziale, come da comunicazione in data 21/7/2000, prodotta in questa sede dalla difesa G., assegnando la G. alla sede di Campi Bisenzio, laddove in precedenza svolgeva la sua attività presso la sede distaccata di Brozzi e, quindi, separando i due dipendenti.”*

Il primo giudice ha ritenuto anche, sotto il profilo della sussistenza del *periculum in mora*, che la documentazione medica prodotta dalla ricorrente dimostrasse una sindrome ansioso-depressiva, riconducibile al comportamento del C..

La S.a.s. ottempera il provvedimento giudiziale, ma reclama per la revoca di tale ordinanza. Il collegio giudicante in data 12/09/2000 ritiene il reclamo infondato, soprattutto perché ravvisa elementi convincenti per la sussistenza del *fumus boni iuris*, ossia lo stato di tensione della ricorrente per aver effettivamente subito tali molestie.

Instaurato il giudizio di merito, le parti conciliano la vertenza, consolidando la collocazione dei dipendenti conformemente al disposto del provvedimento d'urgenza.

Ricorso d'urgenza per le azioni collettive: la natura dell'intervento della Consigliera di parità

Tribunale Roma, 25 gennaio 2001, Valeri e consigliera regionale di parità per la regione Lazio c. Telecom Italia Spa.

In Riv. Giur. Lav. 2001, II, 660, nota di Trimboli Antonio, *I consiglieri di parità e il giudizio antidiscriminatorio*

Intervento con ricorso ex art. 8 d. lgs. 196/2000 – Legittimazione attiva – Consigliera regionale di parità – inammissibilità.

La peculiarità della procedura d'urgenza di cui all'art. 8, comma 10, d. lgs. 196/2000 impone necessariamente che essa non possa attivarsi attraverso lo strumento processuale dell'intervento nell'ambito di una procedura cautelare già pendente, che ha una struttura e una modulazione incompatibili. Il ricorso della consigliera regionale di parità del Lazio andava, quindi, proposto in via autonoma.

In fatto. La ricorrente, dipendente della Telecom Italia Spa, ritiene illegittima la sua collocazione in Cassa Integrazione per due anni e chiede la revoca del provvedimento e la riammissione in servizio.

Interviene con ricorso ex art. 8 comma 10 del d.lgs 196/2000 la Consigliera regionale di parità del Lazio, chiedendo la sospensione della procedura di Cassa Integrazione. La consigliera infatti ravvisa nell'applicazione dei criteri utilizzati per la scelta dei lavoratori da porre in Cigs, una ipotesi di discriminazione indiretta attuata dalla Telecom ai danni del personale di sesso femminile, peraltro occupato in misura numericamente minoritaria.

In diritto. L'intervento *ad adiuvandum* della Consigliera, su delega della lavoratrice, nel relativo giudizio cautelare, per le modalità e le forme con cui è avvenuto, è stato dichiarato inammissibile causa la sua incompatibilità con il rito già attivato dalla lavoratrice.

Il Tribunale infatti non ha ritenuto attivabile tale ricorso d'urgenza, introdotto per l'azione pubblica dal comma 10° dell'art. 8 del decreto 196, in quanto presentato in sede d'intervento in un giudizio individuale *ex art. 700 c.p.c.*; secondo il giudice la consigliera avrebbe dovuto proporlo soltanto in via autonoma. In altre ipotesi, la possibilità di un intervento del terzo in seno ad un giudizio a cognizione sommaria qual'è quello cautelare, è stata riconosciuta da parte della giurisprudenza³. In assenza di una specifica disciplina dell'intervento del terzo, si deve fare riferimento alla normativa generale. *Ex art. 105, comma 2°*, c.p.c., l'intervento volontario adesivo dipendente è l'istituto attraverso il quale un soggetto estraneo entra in un processo in corso per sostenere le ragioni di una delle parti, quando 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 dalla legge è che il terzo sia portatore di un proprio interesse. Nel caso delle Consigliere di parità l'interesse di cui parla l'art. 105 comma 2° del c.p.c. viene individuato dalla legge 125/91 e dal d. lgs. 196/2000: esso consiste nel promuovere il rispetto del principio di non discriminazione e di pari opportunità. Il ricorso all'analogia ed ai principi suesposti fa sì che l'intervento sia ammissibile quando non è in contrasto con la rapidità del processo e nei limiti entro cui il convenuto può utilmente difendersi. A. Triboli, nella sua nota alla sentenza, suggerisce un "*intervento da parte della Consigliera di parità del Lazio nelle forme della comparsa prescritta dall'art. 150 disp. at. cod. prod. civ., sperando nell'adesione del giudice romano al filone giurisprudenziale sopra citato*".

TRIBUNALE ROMA, 25 gennaio 2001 – Est. Cocchia – Valeri (avv.ti Pirani, Parascandolo, D'Alleva) e consigliera regionale di parità per la Regione Lazio (avv. Ferdinandi) c. Telecom Italia Spa (avv.ti Maresca, Morriconi, Boccia).

Ammissibilità dell'intervento della Consigliera regionale del Lazio.

È fondata l'eccezione di inammissibilità dell'intervento sollevata dalla difesa della convenuta.

Come si evince dall'intestazione dell'atto («ricorso *ex art. 8 d. lgs. 196/2000*» anziché comparsa di intervento), nonché e soprattutto dalla esposizione dei motivi in diritto dalle conclusioni, la Consigliera regionale per la parità del Lazio ha inteso proporre

l'azione cautelare di cui al comma 10 dell'art. 8 d. lgs. 196/2000.

Orbene, se si esamina la disciplina di tale procedura, colpisce in modo evidente la somiglianza con la procedura di cui all'art. 28 dello Sta. lav.: per entrambe le ipotesi legislativamente disciplinate è previsto che il giudice del lavoro con decreto motivato (non già con ordinanza) ordini la cessazione del comportamento anti-giuridico e adotti le misure idonee a rimuovere gli effetti pregiudizievoli; la parte soccombente può proporre opposizione avanti la stessa autorità giudiziaria territorialmente competente (non già reclamo al giudice di appello), che decide con sentenza (non già con ordinanza).

3. Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 13 marzo 1995, n. 2903, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 591; Trib. Roma 23 marzo 1995, in *Giust. civ.*, 1995, 1087

L'adozione da parte del legislatore del modello di tutela già previsto contro condotte antisindacali è d'altronde coerente con la comune finalità delle due normative tese a garantire interessi di natura collettiva da possibili «aggressioni» del datore di lavoro. La peculiarità della procedura d'urgenza di cui all'art. 8, comma 10, d. lgs. 196/2000 impone necessariamente che essa non possa attivarsi attraverso lo strumento processuale dell'intervento nell'ambito di una procedura cautelare già pendente, che ha una struttura e una modulazione incompatibili: la disciplina degli artt. 669-*bis* cod.

proc. civ. e seguenti prevede – come già detto – forme e impugnabilità dei provvedimenti, diversi da quelli di cui all'art. 8, comma 10, onde l'intreccio delle due procedure condurrebbe a insanabili *impasse* di rito (il provvedimento favorevole andrebbe impugnato o reclamato davanti al tribunale o alla Corte d'Appello?).

Il ricorso della Consigliera regionale di parità del Lazio andava dunque proposto in via autonoma; mentre esso va dichiarato inammissibile, in quanto proposto con intervento nella procedura *ex art. 700 cod. proc. civ.*

Presunta discriminazione sessuale indiretta nella regolamentazione della mobilità del personale della Banca Toscana

Verbale di conciliazione in sede giudiziale del 6 luglio 2001, B. A. e altri c. B. T. S.p.a.
Inedito

In fatto. Il caso nasce da una segnalazione del sindacato FALCRI nei confronti della regolamentazione, nella contrattazione aziendale decentrata, della mobilità del personale tra le sedi di Firenze e di Siena, in seguito alla costituzione di un Consorzio di servizi tra la B. T. e il M. dei P. di Siena.

In tale accordo, per la parte che riguarda il profilo della possibile discriminazione di genere, sono state predisposte due graduatorie del personale, con una diversa valutazione dell'anzianità di servizio svolta a tempo parziale.

In particolare, nella graduatoria per la mobilità volontaria, viene determinata l'anzianità di servizio per i dipendenti che hanno prestato servizio a tempo parziale in proporzione all'orario rispettato. Ne è conseguito l'effetto dell'esclusione dalla mobilità volontaria di un gruppo di dipendenti a tempo parziale, per la maggior parte donne, che, per effetto del ricalcolo dell'anzianità di servizio, si sono trovate collocate nelle fasce più basse della graduatoria.

In diritto. La questione è stata portata all'attenzione del Collegio istruttorio del Comitato nazionale di parità mediante una richiesta di parere presentata dalla Consigliera regionale della Toscana.

Detto Collegio osserva che “*ogni trattamento deteriore del personale a tempo parziale integra gli estremi della discriminazione indiretta, a meno che il datore di lavoro non dimostri le particolari oggettive esigenze sottostanti la scelta*”⁴, e ritiene la condotta della B. T. discriminatoria.

4. Il Collegio Istruttorio fa esplicito riferimento all'orientamento comunitario scaturito in seguito alla causa C-184/89, nel caso Nimz c. Freie Hansestadt Hamburg. La controversia in questione sorge fra la sig.ra Nimz ed il suo datore di lavoro, la Freie Hansestadt Hamburg, in ordine al passaggio della lavoratrice ad un livello retributivo più elevato. Il contratto collettivo per il pubblico impiego dispone che si tenga conto per intero dell'anzianità per gli impiegati che lavorano per almeno $\frac{3}{4}$ dell'orario di lavoro normale, mentre solo di metà dell'anzianità per gli impiegati che lavorano per un numero di ore compreso tra la metà e i $\frac{3}{4}$ dell'orario di lavoro normale. L'interessata lavora per meno di $\frac{3}{4}$ dell'orario normale, e per questo il datore di lavoro le nega il passaggio automatico al li-

Il caso si risolve con una conciliazione tra le parti, con l'impegno da parte della B. T. di trasferire le ricorrenti presso il Consorzio di Siena secondo una graduatoria senza riproporzionamento in base all'orario ridotto e da parte delle ricorrenti l'accettazione del trasferimento secondo la graduatoria predisposta con criteri non discriminatori, con conseguente rinuncia all'azione ed ai diritti fatti valere dal ricorso introduttivo del giudizio.

Tribunale di Firenze

Sezione lavoro

Verbale di conciliazione

All'udienza del 26/06/01

Nella causa iscritta al n.r.g. 706 dell'anno 2000 dinanzi al Giudice del Lavoro Dott.

Raffaele Bazzoffi sono comparsi:

l'Avv. Marina Capponi, nella sua qualità di Consigliera di parità, nonché le sig.re B. A., M. V., M. M. G., B. C., B. D., C. T., C. A., rappresentate dall'Avv. Fabio Rusconi, C. M. C., C. L., ricorrenti assistite dall'Avv. Fabio Rusconi e per la B. T. il Dott. A. M.,

assistito dal Prof. Avv. Oronzo Mazzotta e dall'Avv. Lorenzo Massart.

Le parti dichiarano di voler conciliare la vertenza fra loro intercorrente ai seguenti patti e condizioni:

- 1) la B. T. S.p.a. si impegna a trasferire le ricorrenti presso il consorzio di Siena, entro e non oltre 12 mesi da oggi.
 - 2) A fronte di tale impegno le ricorrenti rinunciano all'azione e ai diritti fatti valere col ricorso introduttivo del giudizio.
- (omissis).

Illegittimità del licenziamento di lavoratrice a termine in maternità, anche in mancanza di comunicazione dello stato interessante

Corte di Cassazione – Sezione Lavoro – 6 luglio 2002, n. 9864, Montepaschi Se.ri.t S.p.A. c. Ferlito [rigetta, Trib. Catania 10 agosto 1999]

In Massimario di Giurisprudenza del lavoro, 2002, n.10., 654, con nota di Gottardi Donata, *La tutela della maternità nel contratto a tempo determinato*.

Maternità – Licenziamento – Lavoratrice a termine che abbia omesso la comunicazione al datore del proprio stato interessante – Sussistenza di un obbligo specifico – Esclusione – Giusta causa di risoluzione di rapporto – Esclusione (artt. 1175 e 1375 c.c.; art. 2, l. 30 dicembre 1971, n. 1204; dir. Cee nn. 76/207 e 92/85)

La condotta della lavoratrice gestante o puerpera, la quale – al momento dell'assunzione al lavoro con contratto a tempo determinato – non porta a conoscenza del suo stato il datore di lavoro, non può in alcun caso concretizzare una giusta causa di risoluzione del rapporto lavorativo e, più specificatamente, la “colpa grave” prevista dall'art. 2, 3° comma, lett. a) della l. n. 1204 del 1971, atteso che un siffatto obbligo di informazione – che, per altro, non può essere desunto dai canoni generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. o da altri generali principi dell'ordinamento – finirebbe per rendere inefficace la tutela della lavoratrice madre ed ostacolerebbe la piena attuazione del principio di parità di trattamento, garantito costituzionalmente e riaffermato anche dalla normativa comunitaria (Direttive Cee nn. 76/207 e 92/85)

vello retributivo superiore; la sig. Nimz si considera vittima di discriminazione indiretta ed adisce l'Arbeitsgericht di Amburgo, che sottopone il giudizio alla Corte di giustizia, che stabilisce che l'unico criterio non discriminatorio è quello secondo cui l'anzianità di servizio è valutata senza riproporzionamento alla minore durata della prestazione di lavoro nell'arco della giornata, della settimana, del mese, dando ragione alla convenuta. Vedi Causa C-184/89, www.europa.eu.int.

In fatto. La dipendente ricorrente, assunta con contratto a tempo determinato il 1.4.1996, dopo otto giorni dall'inizio del lavoro presenta la documentazione medica che attesta il suo stato di gravidanza all'ottavo mese, e questo comporta, come obbligatoriamente previsto, la sua astensione dal lavoro. L'azienda, dopo aver contestato il "grave comportamento omisivo", avendo la donna taciuto la sua situazione (cosa che, invece, la stessa nega, essendo, tra l'altro evidente il suo stato) comunica il licenziamento per giusta causa secondo l'articolo 2119 del codice civile.

In diritto. Il caso attraversa i tre gradi (Pretura, Tribunale e infine Corte di Cassazione). La ditta, infatti, pur vedendo rigettate le sue istanze, sia davanti al Pretore che al tribunale di Catania, ricorre in sede di legittimità; la Corte ribadisce ancora una volta la due precedenti sentenze favorevoli alla donna licenziata. *"In primo luogo va osservato – riporta la sentenza – che nella nostra legislazione non si rinviene alcuna norma che imponga alla lavoratrice gestante di notiziare, al momento della stipula del contratto, il datore di lavoro del proprio stato. L'accoglimento di una diversa opinione condurrebbe a ravvisare nello stato di gravidanza e puerperio un ostacolo all'assunzione al lavoro della donna (con conseguente incentivazione di condotte discriminatorie) e finirebbe, così, per legittimare opzioni ermeneutiche destinate a minare in maniera rilevante la tutela prestata a favore delle lavoratrici madri"*.

La Corte di Cassazione con questa sentenza ha stabilito che se una donna non comunica di essere incinta al proprio datore di lavoro, questo non può costituire "una giusta causa di risoluzione del rapporto lavorativo".

Discriminazione nell'avanzamento di carriera e tardivo intervento della Consigliera di parità

Tribunale di Roma, 15/01/2004, depositato il 26/01/2004, R., Consigliera di parità della provincia di Roma c. C.I.S.A.L.

Inedito

In fatto. Con ricorso (ex art. 700 c.c.) la ricorrente espone di aver lavorato alle dipendenze della C.I.S.A.L. con mansioni di dattilografa dal 4 ottobre 1994; l'attrice giudica i compiti a lei affidati di competenza della Segreteria Generale e asserisce un'autonomia operativa con potere di rappresentanza e cura delle pubbliche relazioni.

In relazione a tali mansioni svolte, ottiene il riconoscimento del IV livello nel 1997 e poi del III nel 1999. La ricorrente evidenzia di essere stata fatta oggetto di molestie da parte dei propri superiori che hanno cercato di isolarla dai colleghi e affidarla a mansioni deteriori e mortificanti, quali lo scarico ed il trasporto di pacchi all'ufficio postale⁵. Espone di essere stata oggetto anche di attenzioni di carattere sessuale dall'autista del Segretario Generale, e che, informati i superiori, non avessero adottato alcuna misura a sua tutela.

A ciò si aggiunge un asserito avanzamento di carriera più tempestivo da parte di colleghi e nuovi assunti e la rilevazione di un mancato versamento contributivo nei confronti della ricorrente.

Per tutto ciò la lavoratrice sviluppa un'ipertensione da stress cui conseguono lunghi periodi di assenza per malattia. Di conseguenza la C.I.S.A.L. comunica la cessazione del rapporto di lavoro per superamento del periodo di comporto. L'attrice impugna il recesso, pro-

5. Sull'argomento, cfr. Pretura di Pescia, 29/11/1985 n. 45, Incerpi + altri c. Spa Magnani. In Toscana Lavoro Giurisprudenza, 1986, n. 3, 160, in cui viene giudicato illegittimo per violazione dell'art 3 l.903/77 l'ordine di servizio inviato dal datore di lavoro soltanto al personale femminile – e non a quello maschile – per lo svolgimento di mansioni di pulizia diverse dal riordino del proprio posto di lavoro benché soltanto per una o due ore la settimana ed a rotazione.

ponendo ricorso in conseguenza del quale la C.I.S.A.L. adotta un nuovo procedimento di licenziamento. In tale ricorso si chiede l'accertamento della nullità, l'inefficacia e l'illegittimità del licenziamento, condannando la convenuta alla reintegra nel posto di lavoro ed al risarcimento del danno.

La C.I.S.A.L. si costituisce deducendo la nullità e l'infondatezza del ricorso.

La Consigliera di parità della provincia di Roma interviene in giudizio secondo l'art 105 c.p.c. sostenendo le ragioni della ricorrente, chiedendo l'accertamento della nullità dei comportamenti discriminatori da parte della C.I.S.A.L. nei confronti della R., condannando la prima al risarcimento dei danni.

In diritto. Il Tribunale preliminarmente rileva la tardività dell'intervento della Consigliera di parità, che si è costituita oltre il termine di cui all'art 419 c.p.c., conseguendo l'inammissibilità delle domande ed istanze istruttorie da questa formulate.

Nel merito il Giudice ritiene la domanda infondata e la rigetta integralmente.

La prova testimoniale, infatti, non consente di considerare provati i comportamenti vessatori imputati alla C.I.S.A.L. dalla lavoratrice e il diritto della ricorrente ad ottenere sin dalla data di assunzione l'inquadramento al III° livello del CCNL settore commercio.

In realtà, dalle dichiarazioni concordi di tutti i testi si desume che la ricorrente svolgeva mansioni di mero segretariato e che l'organizzazione di eventuali convegni conteneva il nominativo della ricorrente esclusivamente come riferimento per informazioni. Il Giudice continua osservando che i lavoratori di III° livello svolgono mansioni di concetto che comportino particolari conoscenze tecniche e un'adeguata esperienza e considera l'autonomia operativa una condizione che solo dei lavoratori specializzati, con adeguata capacità professionale, possono avere; la ricorrente non risulta in possesso di tale preparazione teorica e tecnico-pratica.

Infine, il Tribunale non ritiene sussistenti le malversazioni e le molestie asserite, non rilevando la presenza di una situazione di persecuzione psicologica e di violenza morale tale da danneggiare la lavoratrice nella propria carriera, status ecc. Da evidenziare che nella sentenza non si fa alcuna menzione alla dichiarata molestia sessuale subita dalla ricorrente da parte dell'autista del Segretario generale.

Pari opportunità fra uomini e donne nella composizione delle commissioni di concorso: le riserve rosa

Tribunale Siena, 16 giugno 2006 (decr.), est. Cammarosano, Consigliera di parità della Regione Toscana e altri (avv. De Cesaris), c. Azienda USL n. 7 di Siena (avv. Stolzi).

In Rivista Critica di Diritto del Lavoro, con nota di Amato Fabrizio e Romoli Irene, *Composizione delle commissioni di concorso nella selezione pubblica e tutela contro le discriminazioni 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.*

Pari opportunità – Concorso Pubblico – Composizione commissione di concorso – Riserva di posti alle donne – Inosservanza – Discriminazione indiretta

L'art. 57, 1° comma, lett. a), d. lgs. 30/301 n. 165, impone alle pubbliche amministrazioni di riservare alle donne almeno un terzo dei posti di componente delle commissioni di concorso, al fine di garantire le pari opportunità fra uomini e donne per l'accesso al lavoro, e deve essere interpretato in senso estensivo, in modo da cogliere la portata sostanziale della disposizione, consistente nell'individuazione di una misura di azione positiva volta alla rimozione degli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione del principio di pari opportunità (nella specie è stata ritenuta applicabile tale disciplina anche nelle selezioni delle commissioni di esperti per il conferimento degli incarichi di direzione del comparto sanità di cui al d. lgs. 0/12/92 n. 502).

In fatto. Con delibera 27/2/06 n. 101, Il Direttore Generale della USL n. 7 di Siena, indice una selezione pubblica per il conferimento dell'incarico di Direttore Generale della struttura complessa U.O. Psichiatria. Su proposta del responsabile dell'U.O. Gestione del Personale, viene nominata una Commissione di Esperti per la Selezione Pubblica, composta nella sua interezza da uomini.

Con delibera 20/4/06 n. 134, il Direttore Generale, approvando il verbale della Commissione di Esperti, delibera l'attribuzione dell'incarico, mediante stipula di contratto individuale di lavoro.

La Consigliera di parità della Regione Toscana, venuta a conoscenza da segnalazioni di partecipanti alla selezione del comportamento discriminatorio di detta azienda, che avrebbe messo in una situazione di particolare svantaggio alcuni dei partecipanti, agisce tempestivamente esperendo l'azione collettiva in via d'urgenza di cui all'art. 8, comma 10 d. lgs. 196/2000 (ora trasfuso nel comma 2 dell'art. 37 del d. lgs. n. 198/2006) per denunciare detto comportamento, proponendo un piano di rimozione degli effetti della discriminazione.

In diritto. L'art. 57 d. lgs. 165/01, infatti, impone alle pubbliche amministrazioni, al fine di garantire pari opportunità fra uomini e donne per l'accesso al lavoro, di "riservare" a queste ultime, "salva motivata impossibilità", "almeno un terzo dei posti di componente delle commissioni di concorso", fermo restando il principio di cui all'art. 35, 3° comma, lett e) (composizione esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso).

Inoltre, normativamente, basta il riferimento alla nozione di discriminazione indiretta nella legge 125/91, trasposto prima nel d. lgs. 145/05, attualmente nel d. lgs. 198/06, *Codice delle pari opportunità fra uomini e donne*, che si realizza quando "una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone (...) in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone" (art. 2, 1° comma lett. b).

Il giudice accoglie la tesi della Consigliera nel ritenere che la selezione in questione sia pacificamente un concorso pubblico, e di conseguenza impone l'applicazione dell'art. 57 in situazioni analoghe; prevale l'interpretazione estensiva del giudice nella qualificazione del concorso pubblico, che mira a riconoscere in concreto l'ipotesi di discriminazione indiretta, sollevata dalla Consigliera regionale di parità, di cui detto sopra.

D'altro canto, non prende posizione sull'importanza dell'effettiva composizione mista delle commissioni di scrutinio dei candidati di ambo i generi, ma accoglie in pieno la prospettiva della tutela dell'interesse pubblicistico alla parità.

In definitiva, il giudice ordina che la cessazione del comportamento pregiudizievole e l'adozione di ogni altro provvedimento idoneo alla rimozione degli effetti della discriminazione accertata sia proiettata essenzialmente "in futuro", senza declaratoria di nullità delle due delibere.

Pari opportunità – Concorso pubblico – Azione collettiva della Consigliera regionale – Tempestività dell'azione – Necessità

Piano di rimozione della discriminazione – Natura preventiva e non repressiva – Carattere demolitorio della selezione – Insussistenza

L'azione pubblica, esperibile dalla Consigliera di parità regionale (ex art....) contro le discriminazioni collettive, anche ove non sono identificabili i soggetti (discriminazione indiretta), stante il suo carattere di urgenza, ha prevalentemente natura preventiva e non repressiva. Anche ove la tutela si sostanzia in un ordine all'autore della discriminazione della cessazione del comportamento e nell'adozione di ogni provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti, deve avvenire in una immediatezza temporale, sotto il profilo dell'inibizione di violazioni future, non facendo luogo all'annullamento della selezione effettuata.

Tribunale Siena 16 giugno 2006 (decr), est. Cammarosano, Consigliera di Parità della Regione Toscana e altri (avv De Cesaris), c. Azienda Usl n. 7 di Siena (avv. Stolzi).

• L'art. 57, 1° comma, lett. a), D. Lgs. 30/3/01 n. 165, impone alle pubbliche amministrazioni di riservare alle donne almeno un terzo dei posti di componente delle commissioni di concorso, al fine di garantire le pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro, e deve essere interpretato in senso estensivo, in modo da cogliere la portata sostanziale della disposizione, consistente nell'individuazione di una misura di azione positiva volta alla rimozione degli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione del principio di pari opportunità (nella specie è stata ritenuta applicabile tale disciplina anche nelle selezioni delle Commissioni di Esperti per il conferimento degli incarichi di direzione del comparto sanità di cui al D. Lgs. 30/12/92 n. 502).

(...) La Consigliera denuncia il comportamento discriminatorio tenuto dall'Azienda in relazione alla «selezione pubblica» per il conferimento dell'incarico della Direzione della Struttura Complessa, U.O. Psichiatria, indetta con deliberazione del Direttore Generale 29/11/05 n. 445 (avviso pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, IV serie speciale, 3/1/06 n. 1).

Con delibera 27/2/06 n. 101, infatti, il Direttore Generale, su proposta del responsabile dell'U.O. Gestione del Personale nominava la Commissione di Esperti della Selezione Pubblica composta dal presidente dott. Emiliano Betti dai componenti dott. Paolo Martini e dal dott. Mario Serrano, dal segretario dott. Andrea Gezzi: nessuna donna.

L'art. 57 D. Lgs. 165/01, invero, impone alle pubbliche amministrazioni al fine di garantire pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro di «riserva(re), a queste ultime, «salva motivata impossibilità» «almeno un terzo dei posti di componente delle commissioni di concorso fermo

restando il principio di cui all'art. 35, 3° comma, lett. e) (composizione esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso scelti fra [...]»).

Tra l'altro il bando stesso prevede che «l'ammissione alla Selezione e le modalità di espletamento sono regolate dal D. Lgs. 502/92 e successive modificazioni, dal DPR 484/97, dal DM Sanità 30/1/98 e successive modificazioni, dalla L. 125/91 e dal D. Lgs. 165/01, che garantiscono la parità e pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro e il trattamento sul lavoro (...)».

Con delibera 20/4/06 n. 134, il Direttore Generale «approva(ndo)», il verbale della Commissione di Esperti, deliberava l'attribuzione dell'incarico mediante stipula di contratto individuale di lavoro. (...)

L'art. 57 D. Lgs. 165/01, impone alle pubbliche amministrazioni al fine di garantire pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro, di «riserva(re), a queste ultime, «salva motivata impossibilità», «almeno un terzo dei posti di componenti delle commissioni di concorso», fermo restando il principio di cui all'art. 35, 3° comma, lett. e) (composizione esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra [...]»).

Una lettura della norma in senso letterale — una lettura che evidentemente non aveva condotto nemmeno lo stesso autore dell'avviso di selezione pubblica, in forza del rilievo poco sopra compiuto — implica una mortificazione, uno svuotamento del principio, di tutela a essa sotteso, dimenticando un'insopprimibile esigenza di sostanzialità connaturata ai temi dell'eguaglianza e della non discriminazione, anche tra uomo e donna.

Vale la pena solo accennare che ci muoviamo in un ambito in cui la sostanza è, o deve essere, sovrana.

Normativamente, basti il riferimento alla nozione di discriminazione «indiretta» nella L. 125/01, nel testo attualmente trasposto dall'art. 2 D. Lgs. 145/05, che si realizza quando «una disposizione, un criterio, una

prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone (...) in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone» (art. 2, 1° comma lett. b).

L'apertura in tal modo introdotta nell'ordinamento alla dimensione sostanziale dell'eguaglianza, che superi una concezione meramente formale della parità di trattamento, è stata da subito colta dagli interpreti.

Non applicare, se si vuole estensivamente, la riserva in materia di composizione delle «commissioni di concorso», significa non voler cogliere, formalisticamente la portata sostanziale di un intervento, una misura di «azione positiva», «al fine di rimuovere ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità» (ex L. 125/91 D. Lgs. 196/2000).

Non si tratta di introdurre per via giudiziale un'azione positiva, ma di offrire un'interpretazione sostanziale e sistematica di una norma d'azione positiva, inserita oggi nella luce dell'art. 51 Cost., come modificato aggiuntivamente dalla L. Cost. 1/03, art. 1.

L'esigenza di simile interpretazione è tanto più avvertita nel caso oggetto di controversia, versandosi in una procedura concorsuale, in senso etimologico e sostanziale, per l'attribuzione di un livello professionale e di responsabilità elevati nel quale le donne sono sottorappresentate (cfr. normativamente art. 7 d. lgs. 196/2000).

Un'osservazione, ancora: dall'esame sommario dei verbali della Commissione, risultano 16 candidati, di cui solo 2 donne, anzi, infine, solo 1. La problematica coinvolta, in ogni caso, non attiene alla mancata nomina dell'unica donna, ma, esclusivamente, alla mancata partecipazione di almeno una donna al momento valutativo procedimentalizzato, ai fini della successiva scelta del Direttore Generale.

Accentuare il carattere non concorsuale della procedura di conferimento di incarico di dirigente sanitario di 2° livello, di struttura complessa, per farne discendere l'inaltapplicabilità dell'azione positiva legalizzata istituita dall'art. 57 D. Lgs. 165/01, in mate-

ria di pari opportunità, significa introdurre una contraddizione sistematica notevolissima con la norma da ultimo citata del D. Lgs. 196/2000.

Inoltre, il conferimento dell'incarico procede in base a una «selezione pubblica», le cui modalità di espletamento sono regolate, per espressa previsione dell'avviso, sì dal D. Lgs. 502/92 e successive modificazioni, dal DPR 484/97, dal DM Sanità 30/1/98 e successive modificazioni, ma anche «dalla L. 125/91 e dal D. Lgs. 165/01, che garantiscono la parità e pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro e il trattamento sul lavoro (...)».

Dalla contrapposizione istituibile tra il DPR 483/97 (disciplina concorsuale per il personale dirigenziale del Servizio Sanitario Nazionale) e il DPR 484/97, applicabile nella fattispecie, non può pertanto trarsi una conseguenza interpretativa difforme.

L'azione esercitata dalla Consigliera di parità è stata proposta «in via di urgenza», ai sensi dell'art. 4, 10° comma L. 125/91, modificato ex art. 8 D. Lgs. 196/2000.

Il carattere di «urgenza» della procedura, assimilabile all'ipotesi dell'art. 700 c.p.c., meglio dell'art. 28 L. 300/70, è sottolineato dai tempi processuali, sia pure ordinatoriamente imposti al giudice adito per la convocazione delle parti e l'assunzione di sommarie informazioni: due giorni.

La discriminazione perpetrata dall'Azienda Usl 7 risale alla delibera 27/2/06 n. 101, a mezzo della quale il Direttore Generale, su proposta del responsabile dell'U.O. Gestione del Personale, nominava la Commissione di Esperti della Selezione Pubblica, esclusivamente tra uomini.

Il lavoro della Commissione è iniziato il 28/3/06 e si è protratto fino al 4/4/06 con i colloqui dei candidati, la formulazione dei giudizi complessivi e la trasmissione degli atti al Direttore Generale.

La Consigliera Provinciale di Parità si muove il 5/5/06, «su segnalazione di alcune candidate e candidati», successivamente anche alla delibera 20/4/06 n. 234, a mezzo

della quale il Direttore Generale «approva(ndo)» il verbale della Commissione di Esperti, deliberava l'attribuzione nominativa dell'incarico.

Se è certo, che l'effetto della discriminazione si protrae anche attualmente, vi è, tuttavia, nell'azione intrapresa una stortura grave che potrebbe riflettersi sul piano dell'ammissibilità stessa della tutela d'urgenza, ma che più correttamente riteniamo debba ripercuotersi sul contenuto del provvedimento giurisdizionale da adottare.

Non avendo motivo di ritenere che l'iniziativa abbia carattere strumentale demolitorio della selezione, condotta in ipotesi in pregiudizio dell'unica candidata soggetta a valutazione finale (in questa unicità si ravvisa, a monte, la più profonda realtà discriminatoria), ritiene il giudice che debba essere valorizzato il rilievo di principio e collettivo della vicenda processuale non senza dimenticare che la determinazione dell'Azienda si è mossa sulla scorta di un'interpretazione letterale del dato normativo, avallata da quella giurisprudenziale sulla natura non concorsuale della procedura, sebbene interpretazione non condivisa dal giudice, che ne propone invece una lettura estensiva e sistematica.

Per questi motivi la cessazione del comportamento pregiudizievole e l'adozione di ogni altro provvedimento idoneo alla rimo-

zione degli effetti della discriminazione accertata, deve essere proiettata essenzialmente in futuro (senza declaratoria di nullità della delibera 27/2/06 n. 101, del Direttore Generale, su proposta del responsabile dell'U.O. Gestione del Personale, relativa alla nomina della Commissione di Esperti della Selezione Pubblica per il conferimento dell'incarico della Direzione della Struttura Complessa, U.O. Psichiatria, indetta con deliberazione del Direttore Generale 29/11/05 n. 445 (avviso pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale*, IV serie speciale, 3/1/06 n. 1) e della successiva delibera 20/4/06 n. 234, del Direttore Generale, attributiva dell'incarico, mediante stipula di contratto individuale di lavoro), esclusivamente ordnandosi all'Azienda Usl 7 la definizione e attuazione di un piano di rimozione di simili discriminazioni, a mezzo di un'interpretazione estensiva della previsione dell'art. 57 D. Lgs. 165/01, che impone alle pubbliche amministrazioni, al fine di garantire pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro, di «riserva(re)» a queste ultime «salva motivata impossibilità», «almeno un terzo dei posti di componente delle commissioni di concorso», fermo restando il principio di cui all'art. 35,3° comma, lett. e) («composizione esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra...»). (...)

Pari opportunità e dimissioni della lavoratrice in gravidanza e puerperio

Corte d'Appello di Firenze, sez. lav., 9 settembre 2006, n. 1124 – Est. Amato – F. s.r.l. c. P. (Avv. Campatelli) e Consigliera di Parità della Provincia di Firenze (Avv. Capponi)
Inedito

Lavoratrice madre – Gravidanza – Dimissioni – Convalida del servizio ispettivo del Ministero del Lavoro – Necessità – Inefficacia delle dimissioni – Conseguenze

Le dimissioni volontarie della lavoratrice in gravidanza sono prive di efficacia ove non siano convalidate dinanzi al Servizio Ispettivo presso la Direzione Provinciale del Lavoro, a nulla rilevando la mancata conoscenza dello stato in cui si trova la lavoratrice da parte del datore di lavoro.

Eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 55, comma 4, T.U. Maternità e Paternità per violazione da parte del legislatore delegato del combinato degli artt. 15 e 18 L. n. 53/2000 – Infondatezza

Non sussiste eccesso di delega e pertanto è legittimo l'intervento de legislatore che, nell'ambito del riordino e del coordinamento della legislazione in materia operato con l'art. 55, T.U. n. 151/2001, ha precisato che l'istituto della convalida è applicabile sia alle dimissioni rassegnate durante la gravidanza che quelle comunicate durante il puerperio.

In fatto. La ricorrente, signora P., lavoratrice in gravidanza, adisce il Tribunale sostenendo di avere rassegnato le proprie dimissioni dopo aver prestato attività di lavoro subordinato presso la F. s.r.l..

Al momento delle dimissioni, si trovava in stato di gravidanza; pentita, si reca al Servizio Ispettivo del Lavoro per contestare l'efficacia delle dimissioni non ancora convalidate, chiedendo il ripristino del rapporto, che le viene negato dall'azienda.

La signora infatti ritiene, coadiuvata dalla Consigliera di parità della Provincia di Firenze, che le dimissioni siano inefficaci ai sensi dell'art. 55 comma 4 del d. lgs. n. 151/2001. L'azienda ritiene invece regolarmente cessato il rapporto.

Il Tribunale di Firenze, sezione Lavoro, dopo una lunga istruttoria, accoglie il ricorso con la sentenza n. 639/2006, dichiarando l'inefficacia delle dimissioni non convalidate e condannando l'azienda al pagamento delle retribuzioni maturate dalla messa a disposizione alla riammissione sul posto di lavoro.

La sentenza è stata confermata dalla Corte d'Appello di Firenze, Sezione Lavoro, con dispositivo n. 1124/2006.

In diritto. La questione attiene alla differenza di contenuto tra l'art. 18 della l. n. 53/2000, il cui comma 2 aveva disposto la necessità della convalida da parte del Servizio Ispettivo del Lavoro, delle dimissioni rassegnate dalla lavoratrice o dal lavoratore "durante il primo anno di vita del bambino o nel primo anno di accoglienza del minore adottato o in affidamento", rispetto all'art. 55 d. lgs. n. 151, che estende questo inciso anche al periodo di gravidanza della lavoratrice.

La Corte d'Appello, accogliendo detto orientamento in linea con quanto sostenuto dalla Consigliera provinciale di parità, colloca il ruolo della convalida nell'ambito degli interventi volti ad assicurare l'effettività della disciplina di protezione, al fine di eliminare ogni possibile area di comportamenti discriminatori verso la lavoratrice in gravidanza e puerperio.

Corte d'Appello di Firenze, sez.lav., 9 settembre 2006, n. 1124 – Est. Amato – F. s.r.l. c. P. (Avv. Campatelli) e Consigliera di parità della Provincia di Firenze (Avv. Capponi)

...Omissis...

È destituita di fondamento la preliminare osservazione contenuta nel primo motivo di appello (il cui esame è stato omesso dal Tribunale), concernente l'estraneità dell'istituto delle dimissioni dalla dimensione oggettiva dello stato di gravidanza quale condizione per ottenere le tutele specifiche apprestate per la lavoratrice-madre, dovendosi intendere riservata questa ulteriore cautela

(che impone di osservare gli obblighi di legge anche qualora lo stato di gravidanza non sia materialmente conosciuto, seppure solo dal datore di lavoro) esclusivamente alla materia del licenziamento, come specificato dall'ex art. 21, L. n. 1204/1971.

A parere della Corte, infatti, la ratio della specifica considerazione oggettiva dello stato di gestazione – rinvenibile nella particolare delicatezza dello stato psicofisico della donna gestante e nella absolutezza e nella fondamentale dei diritti allo scopo attribuiti dall'ordinamento costituzionale alla lavoratrice e al concepito – si mostra del tutto analoga per il caso del licenziamento come per quello della diversa forma di risoluzione del rapporto costituita dalle

dimissioni. La tutela «oggettiva» di tale peculiare condizione della persona della lavoratrice non opera, infatti, riguardo all'istituto giuridico con cui si ritenga di dare soluzione al contratto di lavoro un – appunto – ha la finalità di garantire l'applicazione delle speciali tutele per madre e bambino anche nel momento iniziale del concepimento allorché lo stato in questione possa non essere stato chiarito alla stessa donna lavoratrice. Interpretazione costituzionalmente orientata e coerenza intrinseca degli istituti di garanzia in esame non possono che comportare l'integrale sovrapposibilità tra le diverse modalità giuridiche di cessazione del rapporto.

Peraltro, l'applicazione anche alle dimissioni della lavoratrice della considerazione oggettiva dello stato di gravidanza nella specie non conosciuto dal datore di lavoro della signora P. al momento della presentazione delle dimissioni da parte di quest'ultima –, analogamente a quanto previsto in caso di licenziamento, mentre da un lato segnala – come detto – la radicale estraneità della posizione del datore medesimo rispetto alle diversificate e cogenti esigenze di tutela particolari e delicate della madre e del concepito, dall'altro necessità della medesima predisposizione di elementi di certezza per quanto riguarda le posizioni di diritto e interesse del datore di lavoro. È evidente allora che – come nella specie coerentemente avvenuto – lo stato oggettivo di gravidanza debba anche in caso di dimissioni essere certificato al datore di lavoro, come tuttora per il licenziamento prescrive il comma 2 dell'art. 54 T.U., che tuttavia rispetto alla precedente disposizione dell'art. 2, comma 2, L. n. 1204/1971 ha ommesso di confermare la presenza del limite temporale di novanta giorni per la presentazione del certificato al fine di ottenere il ripristino del rapporto di lavoro, rischiando di lasciare in una situazione di «intollerabile incertezza» il datore di lavoro in merito alla legittimità del recesso intimato. Al di là delle questioni concernenti siffatta mancata indicazione di un termine congruo per palesare e far cono-

scere lo stato oggettivo della lavoratrice-madre, nella vicenda al vaglio della Corte non può essere negata la tempestività dell'attivazione della lavoratrice che ha fatto pervenire alla società Findeco la detta certificazione due settimane dopo la presentazione delle dimissioni.

D'altro canto, la questione teste affrontata è in diretta connessione con la seconda questione – centrale nella risoluzione della lite – circa la ratio della convalida delle dimissioni.

2. Infatti, com'è noto, la convalida rientra nell'ambito degli interventi volti ad assicurare l'effettività della disciplina di protezione, effettività che comporta anche l'attenzione ad eliminare ogni possibile area di comportamenti fraudolenti o emulativi verso la lavoratrice in gravidanza o puerperio. La questione interpretativa attiene alla differenza di contenuto della disciplina dell'art. 18, L. n. 53/2000, il cui comma 2 ha disposto la necessità della convalida da parte del servizio ispettivo della D.P.L., delle dimissioni rassegnate dalla lavoratrice o dal lavoratore «durante il primo anno di vita del bambino o nel primo anno di accoglienza del minore adottato o in affidamento», rispetto all'art. 55 d. lgs. n. 151 emanato su delega contenuta nell'art. 15 L. 53, il comma 4 del quale ha aggiunto ai fini della necessità della convalida alla dicitura dell'art. 18 dopo la parola «lavoratrice» (unica fisiologica destinataria della tutela) l'inciso «durante il periodo di gravidanza».

Al riguardo, la difesa della società evoca la nota querelle interpretativa svoltasi sotto la vigenza della disciplina precedente la legge sui congedi parentali (n. 53/2000) e il decreto recante il TU. in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità (d. lgs. n. 151/2001), ossia quella della L. n. 1214/1971 e dell'art. 11 del regolamento di esecuzione, emanato con D.P.R. n. 1206/1976, con il quale era stato stabilito l'obbligo di convalida da parte dell'allora ispettorato del lavoro delle dimissioni presentate dalla lavoratrice-madre durante il periodo di divieto del licenziamento della medesi-

ma. È pur vero, come ricorda la società appellante, che sul punto all'esito di contrastanti indirizzi si era affermata la tesi della cd. disapplicazione della disposizione regolamentare, ritenuta illegittima ai sensi dell'art. 4 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo n. 2248/1865, all. e), per aver oltrepassato i limiti delle proprie competenze secondarie (Cass. nn. 5612/1985 e 1087/1987) non avendo fatto cenno alcuno a tale convalida la disciplina primaria, il cui art. 12 in tema di dimissioni aveva esclusivamente ribadito il diritto della lavoratrice dimessasi alle indennità legali o contrattuali per il caso di licenziamento.

Inoltre come ricordato da recente dottrina (proprio annotando la decisione qui appellata, in Riv. crit. dir. lav., 2006, 616) a parere della S.C. altro discutibile profilo di legittimità dell'art. 11 sarebbe derivato dall'essere la disposizione in contrasto con le finalità della L. n. 1214/1971, avendo «sovvertito» il sistema dell'immediata validità ed efficacia delle dimissioni ai fini della risoluzione del rapporto, mediante l'introduzione di un vincolo considerato idoneo a interferire con la volontà di recesso. Un argomento ricordato, peraltro, come la domina più avveduta avesse subito espresso forti perplessità in merito alla ricostruzione operata dai giudici di legittimità ritenendo quantomeno affrettato liquidare il regolamento di esecuzione della L. n. 1204 come un intervento *contra legem* e ravvisando – correttamente, ad avviso di questo Collegio nell'art. 11 un'opera integrativa del dettato legislativo, mentre si mostrava al contrario assai poco convincente la tesi del Supremo Collegio là dove erano disconosciuti gli intenti protettivi alla base dell'introduzione della regola della convalida.

Come già rilevato dal Tribunale, inoltre, appare argomento convincente anche quello – espresso dalla difesa della Consigliera provinciale di parità – concernente intervenuta abrogazione del citato art. 11 in tema di convalida delle dimissioni soltanto con l'art. 86 d. lgs. n. 151/2001: questa circostanza dà implicitamente conto dell'inten-

zione del legislatore di ritenere fino all'intervenuta abrogazione vigente la disposizione dell'art. 11 e quindi persistente la validità del principio poi riprodotto nel comma 4 dell'art. 55 ossia la necessità della convalida delle dimissioni fin dal momento del concepimento e non soltanto nel primo anno di vita del bambino (o dall'ingresso nella famiglia del minore adottato o affidato), come indicato dal citato comma 2 dell'art. 18, L. n. 53/2000.

Osserva, peraltro, la Corte che – considerata la disposizione del citato comma 4 quale ricognizione della regola preesistente, traspunta da una fonte di rango secondario a una fonte primaria – diviene del tutto coerente la disposizione del TU., con le finalità e i criteri direttivi dettati dalla L. n. 53/2000, dal momento che esplicitamente l'art. 15, comma 1, lett. c), di essa «al fine di conferire organicità e sistematicità alle norme in materia di sostegno della maternità e della paternità» ha dato facoltà al legislatore delegato di apportare, nell'ambito del «coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti (...) le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa».

Questa conclusione del legislatore delegante, di cui non può quindi non tenere conto l'interprete della produzione normativa, appare perfettamente in linea anche con l'orientamento sul punto dei rapporti tra legge delega e legge delegata che da tempo la Corte costituzionale, secondo la quale l'art. 76 Cost. – invocato dalla difesa della soc. Findeco per far valere l'incostituzionalità dell'integrazione contenuta nel più volte richiamato comma 4 dell'art. 55 d. lgs. n. 151/2001 – 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, permanendo in capo al delegato la valutazione delle situazioni giuridiche da regolamenta-

re e le scelte conseguenti nella fisiologica attività di «riempimento» che lega i due livelli normativi» (Corte cost. nn. 174/ 2005; 199/2003; 308/2002).

Le parole dei giudici della Consulta, al fine di ribadire l'infondatezza della tesi circa la violazione costituzionale da parte del legislatore delegato del 2001 che ha emanato la disciplina in tema di convalida delle dimissioni della lavoratrice in stato di gravidanza, non meritano ulteriore indicazione da parte di questa Corte se non per ricordare a definitivo supporto della decisione, la correttezza del richiamo da parte del Tribunale

della relazione illustrativa al TU. n. 151, ove il «recupero» del principio contenuto nell'antecedente regolamento di attuazione è giustificato dall'esigenza di risistemazione delle fonti in materia di convalida e dalla lacunosa formulazione dell'art. 18, comma 2, L. n. 53/2000, come ricordato anche nella nota dell'ufficio della Consigliera nazionale di parità 27 giugno 2002 (allegata alla produzione dell'intervenuta Consigliera di Firenze) ove si legge che la Commissione tecnica preposta alla stesura del testo unico ha integrato a tale scopo la dizione del comma 4 dell'art. 55 in esame.

Corte d'Appello di Firenze, Sez. lav., 1° marzo 2008 n. 301, Est. Nisticò – B. e consigliera di parità della Provincia di Firenze (Avv. Capponi e Del Punta) c. S. s.r.l. (Avv. Giliberti e Ceccarelli)

Lavoratrice madre – Dimissioni dal lavoro in stato di gravidanza – Necessità della convalida del Servizio Ispettivo del Ministero del Lavoro ai sensi dell'art. 55, comma 4, d. lgs. 151/2001 – Illegittimità costituzionale per violazione da parte del legislatore delegato del combinato disposto degli artt. 15 e 18 l. 53/2000: infondatezza – Conseguenze.

Le dimissioni volontarie della lavoratrice in gravidanza sono prive di efficacia ove non siano convalidate dinanzi al Servizio Ispettivo presso la Direzione Provinciale del Lavoro. Pertanto è legittimo l'intervento del legislatore che, nell'ambito del riordino e del coordinamento della legislazione in materia operato con l'art. 55, T.U. n. 151/2001, ha precisato che l'istituto della convalida è applicabile sia alle dimissioni rassegnate durante la gravidanza che quelle comunicate durante il puerperio.

Essendo la questione analoga alla precedente affrontata, le curatrici di questa rassegna giurisprudenziale hanno ritenuto di unire il fatto ed il diritto in un'esposizione unitaria.

In fatto ed in diritto. La signora B., lavoratrice in gravidanza, durante la vigenza della legge n. 53/00 ma prima dell'entrata in vigore del T.U. n. 151/01, comunica il suo stato e rassegna le dimissioni. Cambiata idea, si reca al servizio Ispettivo del lavoro per contestare l'efficacia delle dimissioni non convalidate. L'azienda ritiene invece regolarmente cessato il rapporto.

Dopo un iniziale inutile ricorso in via d'urgenza, la lavoratrice, affiancata dalla consigliera provinciale di parità, conviene in giudizio l'azienda, contestando la genuinità delle dimissioni nonché l'efficacia delle stesse ai fini dell'interruzione del rapporto.

Il Tribunale di Firenze, Sezione Lavoro, dopo una lunga istruttoria, accoglie il ricorso con la sentenza n. 643/05, dichiarando l'inefficacia delle dimissioni non convalidate e condannando l'azienda al pagamento delle retribuzioni maturate dalla messa a disposizione alla riammissione sul posto di lavoro.

La sentenza è stata confermata dalla Corte di Appello di Firenze, Sezione Lavoro, con sentenza n. 301/08.

Mancato computo delle assenze facoltative di maternità ai fini delle progressioni automatiche retributive e di carriera

Tribunale Prato 21 novembre 2007, est. Rizzo, Ballerini e altri (avv. Rusconi e Valenti) e Caciagli e altri e Consigliera Regionale di Parità della Toscana (avv. Bogni) e. Cariprato Spa (avv. Papaleoni e Cappellini).

In D e L, Rivista Critica di Diritto del Lavoro, 2008, con nota di Amato Fabrizio e Romoli Irene, *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.*

Lavoratrice madre – Progressione automatica di carriera in base all’anzianità – Periodi di (ex) astensione facoltativa ai fini dell’anzianità – Clausola della contrattazione collettiva, che esclude dal computo le assenze volontarie dal lavoro – Interpretazione come riferita anche ai periodi di (ex) astensione facoltativa – Discriminazione indiretta – Sussistenza.

Pari opportunità – Azione collettiva in giudizio della Consigliera di Parità contro le discriminazioni di genere ai sensi dell’art. 4, 8° comma, L. 125/2001 – Applicazione di disposizione contrattuale collettiva e assenza dell’intento discriminatorio – Irrilevanza – interesse ad agire – Sussistenza – Contestualità con l’intervento in giudizio della Consigliera a sostegno dell’azione delle lavoratrici ai sensi dell’art. 4, 5° comma, L. 125/01 – Ammissibilità – Ordine di definizione di un piano di rimozione delle discriminazioni – Fattispecie.

L’espressione anzianità di servizio di cui agli artt. 6 e 7 L.30/12/71 n.1204 (ora artt 22 e 32 D. Lgs. 26/3701 n. 151, TU in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità) è indicativa di una nozione unitaria e conseguentemente vieta al datore di lavoro di interpretare una clausola collettiva, che esclude dal computo dell’anzianità di servizio utile per progressioni automatiche di carriera le assenze volontarie (nella specie l’art. 18 Ccnl casse di risparmio), come riferita anche alle assenze dal lavoro per fruizione dell’ex astensione facoltativa; questa equiparazione infatti viola l’art. 15 SL, in quanto costituisce patto diretto a discriminare nell’assegnazione delle qualifiche o a recare altrimenti pregiudizio a un lavoratore in ragione del suo sesso e costituisce discriminazione indiretta ai sensi dell’art. 4, 2° comma, L. 10/4/91 n. 125 (ora art. 25, 2° comma, D. Lgs. 11/4/06 n. 198, Codice della pari opportunità tra uomo e donna).

La nozione oggettiva delle discriminazioni di genere ex art. 4, 1° e 2° comma, L. 10/4/91 n. 125 (ora art. 25 D. Lgs. 11/04/06 n. 198) implica l’irrelevanza dell’intento discriminatorio e azione in giudizio di tipo collettivo della Consigliera di Parità (art. 4, 9° comma, l. 125/91, ora art. 37, 3° comma, D. Lgs. 198/06), 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, in ragione del sesso, una collettività di persone, anche non individuabili in modo immediato; tale azione collettiva è ammissibile anche quando venga proposta contestualmente con l’intervento in giudizio a sostegno delle lavoratrici, ai sensi dell’art. 4, 5° comma, L. 125/91 (ora art. 36, 2° comma, D. Lgs. 198/06), e può condurre all’emanazione dell’ordine di definizione del piano di rimozione delle discriminazioni accertate.

In fatto. La Consigliera regionale di parità, insieme ad un gruppo di lavoratrici della Cariprato spa, adisce il tribunale di Prato lamentando l’illegittimità del mancato riconosci-

mento dei periodi di astensione facoltativa goduti dalle lavoratrici stesse, in corso di rapporto, nel computo dell'anzianità di servizio utile ai fini degli istituti contrattuali della progressione automatica di carriera e dei relativi automatismi economici.

La Cariprato, infatti, in base ad una interpretazione del CCNL, considera le assenze facoltative di maternità come assenze volontarie, escludendole in tal modo dall'anzianità.

In diritto. Il Tribunale di Prato ritiene tale interpretazione discriminatoria, in quanto svantaggia in modo proporzionalmente maggiore le lavoratrici, concretizzando in tal modo una discriminazione indiretta: infatti le lavoratrici sono le fruitrici in misura superiori dei lavoratori di detti congedi.

Il tribunale accoglie quindi le domande individuali condannando la banca a ricostruire le carriere e corrispondere le differenze retributive; inoltre, accoglie l'azione collettiva della consigliera regionale di parità e dispone il piano di rimozione delle discriminazioni accertate.

È da evidenziare, nella sentenza, la sottolineatura da parte del giudice del doppio ruolo della Consigliera di parità, concesso dai commi 5, 7 e 9 dell'art. 4 l. 125/91 (ora trasposto negli articoli del Codice delle Pari Opportunità); ovvero, sia a sostegno delle ragioni delle lavoratrici ricorrenti, sia in via autonoma a tutela generale del diritto di parità e/o di non discriminazione.

Tribunale di Prato 21 novembre 2007, est. Rizzo, Ballerini e altri (avv. Rusconi e Valenti) e altri e Consigliera Regionale di Parità della Toscana (avv. Bogni) c. Cariprato (avv. Papaleoni e Cappellini)

(...) L'art. 4 L. 125/91 disegna un regime di tutela processuale dei diritti di parità a doppio binario: il primo concernente le azioni individuali fondate sul combinato disposto delle norme sostanziali e processuali delle L. 903/77e 125/91, il secondo concernente l'azione collettiva della Consigliera di parità. Nel presente giudizio sono state azionate entrambe le tutele.

Le azioni individuali. (...)

8) Merito

L'art. 10 Ccnl Acri del 1994 (richiamato dall'art. 97 Ccnl del 1999) nel disciplinare gli automatismi economici e di carriera del personale impiegatizio stabilisce che «Fermo quanto stabilito all'art. 100, per il personale appartenente alla categoria impiegati, lo sviluppo di carriera avviene automaticamente, fino al grado inferiore a quello più elevato della categoria, con permanenza, in ciascuno dei gradi, pari a 7 anni, con note di qualifica non inferiori a "sufficiente", anche non consecutive.

L'art. 18 del Ccnl 1994 (il quale, di contenu-

to analogo a quanto disciplinava l'art. 18 lett. a) Ccnl del 1991, anche se non espressamente richiamato dall'art. 97 del Ccnl 1999, viene di fatto applicato dalla società convenuta, la quale lo ritiene ancora operante, così come chiarito dagli informatori sindacali interpellati nel corso del giudizio), prevede che 'Ai fini degli avanzamenti automatici di carriera e dei benefici economici per automatismo, nonché dell'assegno di anzianità di cui al 2° comma dell'art 10, rimangono stabiliti i seguenti criteri: a) dal computo dell'anzianità vanno esclusi soltanto i periodi di assenza volontaria salvo quelli per i quali viene corrisposto integralmente il normale trattamento economico (...)'».

La Cassa di Risparmio di Prato Spa. aderendo a un parere espresso dall'Abi sotto la vigenza del Ccnl 1991 e della L. 1204/71, interpreta quest'ultima norma ritenendo che periodi di astensione facoltativa per maternità (e attualmente i congedi parentali) costituiscono un'assenza volontaria per la quale non è corrisposto integralmente il normale trattamento economico (essendo previsto solo il 30% dello stesso), con la conseguenza che tali periodi non vengono tenuti in considerazione ai fini dell'anzianità necessaria per l'avanzamento automatico di carriera e per i relativi benefici economici.

Le ricorrenti ritengono che l'interpretazione data dalla convenuta a tali norme costituisca ai sensi dell'art. 4 L. 10/4/91 n. 125 una discriminazione indiretta delle impiegate donne, le quali, essendo sotto la vigenza della L. 1204/71 le uniche titolari del diritto alla fruizione di astensione facoltativa per maternità, e, sotto la vigenza delle L. 53/2000 e d. lgs. 151/01, i soggetti che maggiormente fanno ricorso al congedo parentale, risultano svantaggiate rispetto agli impiegati di sesso maschile nella progressione automatica di carriera e nei conseguenti benefici economici.

Ritiene il Tribunale che la prospettazione attrice sia fondata.

L'interpretazione fornita dalla datrice di lavoro all'art. 18 lett. a) Ccnl 1991 (replicato dall'analogo articolo del Ccnl 1994), oltre a palesarsi errata, si pone in contrasto non solo con il disposto dell'art. 7 L. 1204/71 (il quale, nel testo antevegente al D. Lgs. 151/01, prevede che i periodi di assenza per astensione facoltativa dovuta a maternità sono computati nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie e alla tredicesima mensilità o alla gratifica natalizia), ma anche con quanto stabilisce l'art. 4 L. 125/91.

Secondo il consolidato e condivisibile orientamento della Corte di Cassazione (cfr. Cass. 3/4/93 n. 4022; Cass. 9/6/2000 n. 7929) l'espressione «anzianità di servizio», rinvenibile nel disposto degli artt. 6 (concernente l'astensione obbligatoria per maternità) e 7 L. 1204/71 (relativo all'astensione facoltativa), è indicativa di una nozione unitaria, e la differenza tra le due disposizioni si limita alla disciplina delle ferie e della gratifica natalizia (istituiti per i quali si tiene conto anche dei periodi di astensione obbligatoria, ma non di quelli di astensione facoltativa).

Conseguentemente l'art. 7 L. 1204/71 vieta alla contrattazione collettiva di escludere la rilevanza dell'astensione facoltativa ai fini dell'anzianità di servizio utile per le progressioni automatiche (connesse al solo passare del tempo), e di operare alcuna di-

versificazione di tale ipotesi di astensione da quella prevista dall'art. 6 L. 1204/71, pena la nullità per contrasto a norma imperativa di tutte quelle disposizioni contrattuali che prevedessero il contrario.

L'interpretazione del citato art. 18 Ccnl prospettata dalla società convenuta, qualora fosse corretta, si porrebbe pertanto in contrasto con l'art. 7 L. 1204/71, e come tale comporterebbe la nullità della disposizione invocata.

In realtà l'espressione letterale dell'art. 18 Ccnl 1991 e 1994 non implica necessariamente l'inclusione dell'astensione facoltativa per maternità tra le ipotesi di «assenza volontaria», atteso che, come ha chiarito Corte Cost. 106/80, il diritto di astenersi dal lavoro connesso alla speciale situazione della madre e dell'infante nei primi mesi di vita (e alla funzione sociale a cui è preposto) non può essere considerato sullo stesso piano delle altre assenze di carattere volontario consentite dalla contrattazione collettiva.

La situazione non può ritenersi mutata con la modifica apportata dalla L. 53/2000 all'art. 7 (ove la disposizione afferente la computabilità del periodo di astensione facoltativa è stata replicata), nè con l'avvento del D. Lgs. 151/01 abrogativo della L. 1204/71, il quale all'art. 34, 5° comma, prevede che i periodi di congedo parentale sono computati ai fini del calcolo dell'anzianità di servizio.

La difesa della Cassa di Risparmio di Prato Spa, sotto altro profilo e a supporto dell'interpretazione propugnata dall'art. 18 lett. a) Ccnl 1991 e 1994, sostiene che la disciplina contrattuale in realtà preveda l'anzianità di servizio solo come uno dei requisiti necessari, dovendo indefettibilmente anche concorrere una valutazione dell'operato dell'impiegato che sia stato ritenuto mediamente almeno «sufficiente». Questo, secondo la convenuta, comporterebbe che l'istituto dell'avanzamento di carriera non potrebbe essere disgiunto da un incremento qualitativo delle abilità del lavoratore, che potrebbe aversi solo con l'effettiva prestazione lavorativa.

L'argomento sopra illustrato non può essere condiviso.

Infatti, da un lato non dà conto della pacifica computabilità nell'anzianità di servizio utile ai fini delle progressioni automatiche dei periodi di astensione obbligatoria (l'art. 18 esclude solo alcune tipologie di assenza volontaria, e in particolare quelle per le quali non è corrisposto integralmente il normale trattamento retributivo), di tal che, se fosse vero che requisito imprescindibile è l'effettiva prestazione di servizio cui consegua un incremento qualitativo del lavoratore, non si comprende per quale motivo periodi di assenza dovuti ad astensione obbligatoria dovrebbero considerarsi utili ai fini della progressione in carriera; dall'altro lo stesso è sconfessato da un'interpretazione sistematica delle norme contrattuali, atteso che l'art. 98, 2° comma, Ccnl 1994 prevede che le assenze dal servizio per gravidanza e puerperio non pregiudicano l'attribuzione della nota di qualifica, atteso che, «qualora la prestazione non consenta la valutazione del lavoratore ai fini della compilazione delle note caratteristiche, si farà riferimento all'ultima qualifica conseguita dall'interessato», con la conseguenza che l'effettiva prestazione lavorativa a tal fine si presenta come requisito non determinante.

L'interpretazione del complesso delle norme contrattuali propugnata dalla convenuta, nonché la conforme condotta assunta nell'applicazione dell'istituto della progressione automatica di carriera, oltre a non essere giustificate dalle norme legali e patrizie sopra esaminate, si palesano infine illegittime per violazione dell'art. 15 SL In quanto se l'art. 18 Ccnl effettivamente equiparasse l'astensione facoltativa per maternità a un'"assenza volontaria" esso costituirebbe un «patto... diretto a – discriminare nella assegnazione delle qualifiche... o a recare altrimenti pregiudizio» a un lavoratore a causa del suo sesso), e per violazione dell'art. 4 L. 125/91, (in quanto tali interpretazioni e condotte svantaggiano in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori di sesso femminile).

L'art. 4,1° e 2° comma, L. 10/4/91 a 125 prevede che: «Costituisce discriminazione, ai sensi della L. 9/12/77 n. 903, e della presente legge, qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando anche in via indiretta le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso.

«Costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggiano in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno e dell'altro sesso e riguardano requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa».

L'interpretazione delle norme contrattuali seguita dalla società convenuta si risolve in una patente penalizzazione delle sole donne, atteso che prima della L. 53/2000 l'istituto dell'astensione facoltativa per maternità si rivolgeva solo alle madri, di tal che solo queste erano svantaggiate nella progressione automatica di carriera, mentre per i periodi successivi all'entrata in vigore della L. 53/2000 e del D. Lgs. 151/01 i rapporti informativi redatti ai sensi dell'art. 9 L. 125/01 e acquisiti agli atti evidenziano come fruitrici dei congedi parentali siano ancora in larghissima prevalenza le persone di sesso femminile, (dal 2000 al 2002 un solo uomo ha fatto ricorso al congedo parentale e anche successivamente le percentuali relative ai due generi sono in rapporto superiore al 90% in favore delle donne), le quali, quindi, continuano a essere i soggetti maggiormente danneggiati dalla prassi ermeneutica seguita dalla Cariprato Spa Cassa di Risparmio di Prato.

La condotta assunta dalla società convenuta si risolve quindi in una discriminazione indiretta ai sensi del 2° comma del citato art. 4 L. 125/01 e le ricorrenti, quali fruitrici della tutela loro apprestata dall'art. 7 L. 1204/71, sono state oggetto di una discriminazione in ragione del sesso, con la conseguenza che le loro carriere dovranno essere ricostruite computando nell'anzianità di servizio utile ai fini della progressione automatica di cui all'art. 10 Ccnl anche i

periodi di astensione facoltativa per maternità.

Non può trovare infine accoglimento l'argomentazione sviluppata in via subordinata dalla Cassa di Risparmio di Prato Spa, secondo cui l'efficacia del periodo di astensione facoltativa dovrebbe comunque valutarsi, anche in ordine all'avanzamento automatico di carriera, nel rispetto del criterio di possibile rilevanza frazionale «pro quota» indicato dall'art. 15, 2° comma, L. 1204/71, e quindi nella proporzione del 30% del totale, con il conseguente calcolo percentuale delle differenze retributive, degli accantonamenti del Tfr e degli aspetti previdenziali.

L'art. 15, 2° comma, L. 1204/71 riguarda il trattamento retributivo spettante alla lavoratrice in costanza di aspettativa facoltativa, e questa disciplina non può avere alcuna rilevanza al fine della determinazione dell'anzianità di servizio della dipendente, che mai viene calcolata sulla base di quanto questa percepisca, ma solo in base al tempo in cui ella è stata alle dipendenze del datore di lavoro (e, ai sensi dell'art. 18 lett. b) e c) Ccnl, anche di aziende assorbite dalla società o che si siano fuse con la stessa. (...)

L'azione collettiva

A) Questioni preliminari:

1) L'interesse ad agire

La società convenuta contesta l'interesse ad agire della Consigliera di Parità della Regione Toscana allegando che le decisioni operative adottate da Cariprato Spa sono state assunte sulla base di conformi valutazioni e pareri espressi dall'associazione di categoria, di tal che sarebbe assente alcun intento o finalità discriminatoria con conseguente insussistenza di comportamenti reprimibili.

L'eccezione non è fondata.

L'art. 4 L. 125/91 nel definire la discriminazione (sia diretta che indiretta) rilevante ai fini delle azioni riconosciute sia ai singoli lavoratori interessati che alla Consigliera di Parità quale rappresentante di interessi collettivi, introduce una nozione oggettiva del fenomeno, basata esclusivamente sugli

effetti prodotti dalla condotta discriminatoria e non sull'elemento intenzionale dei soggetti agenti.

Ciò si desume analizzando il dato letterale dei primi due commi dell'articolo in questione, ove viene battezzata «discriminazione» «qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando anche in via indiretta le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso», e viene definita «discriminazione indiretta» «ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso».

Nessuna indagine viene richiesta (né risulta rilevante) in ordine all'elemento psicologico del soggetto che pone in essere la discriminazione, essendo interesse del legislatore solo l'eliminazione di tutte quelle condotte, prassi o pattuizioni che hanno quale conseguenza uno svantaggio per i lavoratori in ragione del sesso, a prescindere dalla buona fede o meno e/o dal dolo dei soggetti agenti.

Poiché i fatti prospettati in ricorso (e peraltro dimostratisi veritieri) concernono un'oggettiva discriminazione nella progressione automatica di camera derivante alle lavoratrici donne dalla prassi interpretativa della Cariprato Spa in punto di non computabilità nell'anzianità di servizio dei periodi di astensione facoltativa per maternità (e attualmente per congedo parentale), risulta a pieno titolo l'interesse ad agire della Consigliera di Parità sia in ordine all'azione effettuata ad adiuvandum delle lavoratrici ricorrenti, ai sensi dell'art. 4, 5° comma, L. 125/91, sia in ordine all'azione collettiva dalla stessa proposta in via autonoma a tutela di interessi collettivi ai sensi dell'art. 4, 8° comma, L. 125/91.

2) Attualità della condotta denunciata

La società convenuta, ritenendo che l'azione esperita dalla Consigliera di Parità sia assimilabile a quella prevista dall'art. 28 SL, eccepisce la carenza del requisito dell'attualità della condotta denunciata, posto

che vari anni sono trascorsi dall'evento dante causa.

L'eccezione non è fondata.

Preliminarmente il Tribunale rileva come un paragone con la procedura di cui all'art. 28 SL possa essere ipotizzato con riferimento alla specifica azione in via di urgenza disciplinata dal 10° comma dell'art. 4 L. 125/91, e non con riferimento all'azione esperita ai sensi dell'8° comma dello stesso articolo (azione, quest'ultima, concretamente proposta nel presente giudizio).

In ogni caso è errata la considerazione che l'evento giustificante l'iniziativa processuale della Consigliera di Parità della Toscana sia avvenuto molti anni addietro, posto che in tal modo si confondono i fatti posti a fondamento delle singole azioni individuali da quelli posti a giustificazione dell'azione collettiva.

L'azione collettiva è riconosciuta in capo alla Consigliera di parità non quando si verificano singoli fatti comportanti effetti discriminatori in ragione del sesso ai danni di soggetti individuati (fatti, questi, legittimanti le azioni individuali di cui all'art. 4 L. 125/91: nel caso di specie la negazione del riconoscimento del periodo di astensione facoltativa per maternità ai fini della progressione automatica di carriera ai danni delle singole ricorrenti, avvenuta nel periodo immediatamente successivo quello di fruizione della aspettativa da parte delle singole lavoratrici, oggi attrici nel presente procedimento), ma quando esistano atti, patti o comportamenti discriminatori diretti o indiretti, idonei a svantaggiare una collettività di persone, anche non individuabili in modo immediato, in ragione del loro sesso. Nel caso di specie il comportamento tenuto non solo nel passato ma anche attualmente dalla Cariprato Spa, (la quale, interpretando in maniera non corretta il Cml, ritiene non computabile il periodo di astensione facoltativa per maternità – o per congedo parentale — nell'anzianità di servizio utile ai fini della progressione automatica di carriera), è idoneo a ledere in ragione del sesso la posizione di una collettività di persone non in-

dividuabili singolarmente in modo immediato, (tutte le dipendenti impiegate di Cariprato Spa di sesso femminile che si siano avvalse dell'astensione facoltativa per maternità o per congedo parentale, o che stiano fruendo di tale periodo).

Il comportamento discriminatorio in questione ha le caratteristiche dell'attualità posto che pacificamente la società convenuta anche adesso tiene tale condotta, e ciò giustifica l'iniziativa processuale collettiva adottata dalla Consigliera di Parità della Toscana, volta a ristabilire le condizioni di parità tra uomini e donne nel rapporto di lavoro

8) *Merito*

Le argomentazioni sviluppate dal Tribunale in sentenza a proposito del merito delle azioni individuali e della questione preliminare dell'attualità della condotta denunciata con riferimento all'azione collettiva, costituiscono valide motivazioni al fine della decisione sulla fondatezza dell'azione proposta dalla Consigliera di Parità della Toscana ai sensi dell'art. 4,8° comma, L. 125/91 Le stesse pertanto si intendono qui integralmente richiamate.

Un discorso a parte merita invece il contenuto della pronuncia che viene domandata al giudice, posto che nelle note scritte autorizzate depositate da parte attrice in vista della discussione orale della causa viene chiesto che il Tribunale, nell'ordinare il piano di rimozione delle discriminazioni accertate, ponga i seguenti criteri: "l'individuazione nominativa delle donne discriminate, dal 1991 a oggi";

— la comunicazione a esse del diritto riconosciuto dal Giudice per effetto dell'azione pubblica della Consigliera e dell'effetto discriminatorio della prassi aziendale applicata in ordine all'anzianità di servizio, ai fini delle progressioni automatiche di carriera e delle conseguenze economiche connesse;

— l'obbligo della banca convenuta di rimuovere tali effetti riconoscendo, in favore di tutte le donne così individuate: 1. l'anzianità di servizio corrispondente a quella

dell'astensione facoltativa da ciascuna fruita in corso di rapporto; 2. il connesso avanzamento di grado o di qualifica con decorrenza anticipata in corrispondenza al riconoscimento di cui sopra; 3. le differenze retributive derivanti dall'effetto del punto precedente, oltre rivalutazione e interessi ex art. 429 c.p.c.; 4. l'incidenza delle differenze stesse sul Tfr;

– l'obbligo per la convenuta di provvedere al pagamento di quanto al punto n. 3 in favore delle donne ancora in servizio, mentre, per le sole donne con rapporto cessato, l'obbligo di provvedere al pagamento delle somme di cui ai punti 3 e 4, maggiorando anche quelle di cui al punto 4 di rivalutazione e interessi ex art. 429 c.p.c.

Non tutte le richieste avanzate possono trovare accoglimento.

Il 7° e 8° comma dell'art. 4 L. 125/91 stabiliscono che «qualora le consigliere o i consiglieri di parità regionali... rilevino l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori diretti o indiretti di carattere collettivo, anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto le lavoratrici o i lavoratori lesi dalle discriminazioni», «possono proporre ricorso davanti al Tribunale in funzione di giudice del lavoro»

Il 9° comma del citato art. 4 prevede altresì che «il giudice, nella sentenza che accerta le discriminazioni sulla base del ricorso presentato ai sensi dell'8° comma, ordina all'autore della discriminazione di definire un piano di rimozione delle discriminazioni accertate, sentite, nel caso si tratti di datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, gli organismi locali aderenti alle organizzazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative sul piano nazionale nonché la consigliera o il consigliere di parità regionale competente per territorio o il consigliere o la consigliera nazionale. Nella sentenza il giudice fissa i criteri, anche temporali, da osservarsi ai fini della definizione e attuazione del piano»-

Il combinato disposto del 7°. 8° e 9° comma del citato art. 4 chiarisce l'ambito di

operatività dell'azione esperibile dalla Consigliera di Parità Regionale e, correlativamente, i poteri del giudice nello stabilire i criteri a cui la parte deve attenersi nel predisporre il piano di rimozione delle discriminazioni accertate.

L'azione collettiva di cui all'8° comma ha a oggetto un interesse collettivo, cioè facente capo a un insieme di soggetti che, se pur non determinabili singolarmente in modo immediato, sono definibili nella loro pluralità per la comunanza degli interessi vantati e per il fatto di essere complessivamente svantaggiati, in ragione dell'appartenenza a un sesso (maschile o femminile), dalla condotta accertata come discriminatoria.

Lo scopo dell'azione esperibile dalla Consigliera di Parità Regionale non è quello di reintegrare nelle specifiche posizioni soggettive attive i singoli soggetti facenti parte della collettività interessata, (all'uopo la legge ha previsto l'azione individuale esperibile dai singoli lavoratori ai sensi del 4° comma dell'art. 4 L. 125/91, o dalla Consigliera di parità provinciale, la quale ai sensi del 5° comma può agire su delega delle persone che vi abbiano interesse), ma quello di ristabilire le condizioni di uguali opportunità tra uomini e donne nel rapporto di lavoro.

Da ciò consegue che, una volta accertata la condotta discriminatoria tale da ledere l'interesse di una collettività di persone in ragione del loro sesso, il giudice, in accoglimento della richiesta avanzata dalla Consigliera di Parità Regionale deve ordinare un piano di rimozione della discriminazione accertata che abbia l'effetto di ristabilire la parità sostanziale tra uomini e donne, a prescindere dalle peculiarità delle posizioni dei singoli soggetti facenti parte della comunità tutelata con l'azione collettiva, le quali non sono dedotte (nè deducibili dalla Consigliera regionale ex art. 4, 8° comma, L. 125/91) in giudizio, e su cui non si instaura alcun contraddittorio con il convenuto.

Questo comporta che non possano avere ingresso, in sede di richiesta di fissazione

dei criteri del piano di rimozione delle discriminazioni accertate, domande volte direttamente alla tutela delle singole e peculiari posizioni dei soggetti collettivamente interessati dalla condotta discriminatoria, quali sono le richieste di condanna al pagamento di differenze retributive in favore dei singoli, non essendo entrati a far parte del contraddittorio (e non essendo rilevanti in sede di tutela collettiva) i fatti costitutivi degli asseriti diritti di credito, né essendo stato il convenuto posto in condizione di esperire efficacemente la propria difesa su tali peculiari rapporti (eccependo ad esempio la prescrizione, la compensazione, l'avvenuto pagamento, il mancato decorso del tempo necessario per il raggiungimento del grado reclamato anche considerando i periodi di astensione facoltativa ecc.).

Ciò posto, il Tribunale, nell'ordinare la predisposizione del piano di rimozione delle discriminazioni accertate in svantaggio delle impiegate donne della Canprato Spa dal 1991 (epoca di introduzione dell'art. 18 lett. a) Ccnl e della conseguente interpretazione discriminante posta in essere dalla società convenuta) a oggi, dispone che la società convenuta si attenga ai seguenti criteri:

1. individui nominativamente le donne impiegate interessate dalla discriminazione (e cioè che abbiano fruito dell'astensione facoltativa per maternità o del congedo parentale), dal 1991 a oggi e comunichi alle stesse l'esistenza della

presente sentenza emessa su iniziativa della Consigliera di Parità Regionale. Così facendo, le dirette interessate sono rese edotte della discriminazione subita e qualora lo ritengano opportuno, sono messe in grado di eventualmente agire con azioni individuali per ottenere pronunce che le reintegrino delle lesioni patite anche da un punto di vista patrimoniale.

2. Proceda alla ricostruzione della carriera di tutte le donne discriminate dalla prassi interpretativa adottata dalla società datrice di lavoro, riconoscendo in favore delle stesse nell'anzianità di servizio necessaria per il conseguimento dell'avanzamento automatico di carriera i periodi di astensione facoltativa per maternità e/o i congedi parentali: così facendo la Cariprato Spa ricostituirà in azienda la parità sostanziale tra uomo e donna nell'avanzamento in carriera che dipenda da meri automatismi.
3. Definisca e attui il piano di rimozione delle discriminazioni accertate nel termine di sei mesi dalla sentenza: questo spazio temporale si palesa, da un lato, adeguato per consentire alla società datrice di lavoro l'incombente richiesto e, dall'altro, sufficientemente contenuto e tale da non consentire un'ulteriore ingiustificata protrazione della situazione di svantaggio accertata ai danni delle dipendenti donne in ragione del loro sesso.

Part-time e regolamento di polizia municipale: discriminazione indiretta nell'accesso al concorso

TAR della Sardegna, sezione II°, decreto n. 2181/2007, Consigliera di parità della Regione Sardegna (Avv. Pilia) c. Comune di Cagliari (Avv. Farci e Melis)
Inedito

Procedimento sommario urgente non cautelare ex art. 37 comma 4 d. lgs.198/2006 da parte della consigliera di parità regionale – Discriminazione collettiva indiretta – Regolamento speciale del corpo di polizia municipale e bando di concorso escludente la modalità part-time – Sussistenza

Ai fini dell'accertamento di una discriminazione indiretta a carattere collettivo occorre da un lato che si riscontri il pregiudizio nei confronti dei lavoratori di una dei due sessi e dall'altro che i criteri riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento della prestazione lavorativa.

Nel caso di specie, è dimostrato che il part-time è richiesto in misura prevalente dalle donne né è "essenziale" una prestazione lavorativa a tempo pieno per gli agenti di polizia municipale.

Essendo state dedotte dal convenuto ragioni di carattere organizzativo da collegare a problemi di turnazione, 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.

In fatto. Il Comune di Cagliari ha indetto un concorso pubblico per agente di polizia municipale, escludendo il part-time come possibile ipotesi di articolazione del servizio.

La Consigliera di parità regionale della Sardegna ha impugnato il regolamento e il bando dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale, con l'azione collettiva sommaria in via d'urgenza (ex art. 37, comma 4, d. lgs. 198/2006), chiedendone l'annullamento o la declaratoria di nullità nella parte in cui stabilisce che per la peculiarità del servizio svolto non è consentito articolare il servizio secondo le modalità del part-time.

In diritto. Il TAR con decreto ha accertato la discriminazione indiretta, poiché: 1) il criterio (esclusione del part-time) pregiudica uno dei due sessi; 2) la prestazione a tempo pieno per la polizia municipale non è "requisito essenziale"; 3) il mezzo impiegato (esclusione del part-time) per il conseguimento dell'obiettivo, pure legittimo (per l'organizzazione dei turni) non è né appropriato né necessario, in quanto perseguibile con misure diverse.

Il giudice ordina il piano di rimozione del comportamento discriminatorio, che si sostanzia nell'annullamento della clausola del bando che prevede l'esclusione del part-time; nella sospensione del procedimento e riapertura dei termini; ed infine nell'adozione di forme di pubblicità utili a diffondere la notizia dell'avvenuta modificazione delle modalità di accesso al posto messo a concorso.

Pari opportunità e divieto di discriminazione nell'accesso alle prestazioni previdenziali

Tribunale di Firenze, sezione lavoro, 22/04-18/05 2008 (decr.), Est. Taiti, Rafanelli e consigliera di parità della provincia di Firenze (Avv. Capponi) c. Sileasud s.r.l. ora Panorama S.p.a (Avv. Iovene, Olivetti e Scopinich).

Inedito

Parità uomo donna – Età pensionabile – Divieto di discriminazioni nell'accesso alle prestazioni previdenziali ex art. 30 d. lgs. 198/2006 – Onere di comunicazione – Illegittimità – Intervento della Consigliera provinciale di parità in via d'urgenza ex art. 38 d. lgs. 198/2006.

Secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, 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, senza alcun onere di comunicazione al datore di lavoro.

In fatto. La signora R. ricorre al tribunale di Firenze per lamentare l'illegittimità della risoluzione del rapporto di lavoro con la "Panorama s.p.a." (già "Sileasud s.r.l."), operata da quest'ultima avendo la signora maturato i requisiti per ottenere il trattamento pensionistico di vecchiaia e non avendo al contempo comunicato l'esercizio dell'opzione tre mesi prima ex art. 30 comma 1, D. lgs. 198/2006.

Tale interpretazione della resistente deriva dal non tenere adeguatamente in considerazione le pronunce della Corte Costituzionale sull'art. 4, legge 9 dicembre 1977, n. 903, trasposto attualmente nell'art. 30, comma 1, d. lgs. 198/2006.

In diritto. Secondo il giudice l'art. 30, c. 1 del Codice delle Pari Opportunità ha ripresentato in modo pedissequo la norma contenuta nell'art. 4 c. 1 della legge n. 903/1977, che era già stata oggetto di una pronuncia della Corte Costituzionale (sent. Cort. Cost., 27/04/1988, n. 498). Ne era infatti stata dichiarata l'illegittimità nella parte in cui si subordinava il diritto delle lavoratrici, in possesso dei requisiti per la pensione di vecchiaia, al fine di continuare a restare in servizio fino agli stessi limiti previsti per gli uomini, all'esercizio di un'opzione da comunicare al datore di lavoro almeno tre mesi prima della data di perfezionamento del diritto alla pensione di vecchiaia.

Avendo il Codice delle Pari Opportunità riproposto la norma tacciata di incostituzionalità, incompatibile con gli artt. 3 e 37 della Costituzione, ed inconciliabili con il tessuto costituzionale posto dall'art. 4 c. 1 della legge 903/77, il giudice non ritiene necessario rimettere alla Corte Costituzionale il quesito, posto che la rimessione alla Corte è imposta solamente quando il giudice non possa interpretare la norma sospetta di illegittimità in modo conforme ai principi espressi dalla Carta.

Le assenze per congedo di maternità ed il salario accessorio: due sentenze del tribunale di Padova contro il Ministero dell'Economia

Tribunale di Padova S.L., sentenza 762/07 e decreto del 6/4/2007, Est. Campo, Consigliera regionale di parità e consigliera provinciale della parità della provincia di Padova (Avv. Carraro) c. Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Inedito

Periodo di astensione obbligatoria e di astensione anticipata di maternità – Decurtazione del fondo di incentivazione – Discriminazione ed illegittimità – Azione della consigliera regionale e provinciale di parità ex art. 38 d. lgs. 198/2006.

È discriminatoria la decurtazione del fondo di incentivazione previsto dalla contrattazione decentrata, legata alla effettiva presenza in servizio, nei confronti delle lavoratrici assenti per astensione obbligatoria e astensione anticipata di maternità (congedo di maternità).

Tale emolumento non è ancorato allo svolgimento di particolari mansioni comportanti un maggiore impegno professionale o particolari disagi, ma al mero dato della presenza al lavoro. In sostanza non viene riconosciuto solo in caso di assenza dal lavoro.

Dato che l'astensione obbligatoria o anticipata per maternità non sono riconosciute vere e proprie assenze ai fini retributivi né dalla legge né dai contratti, ne consegue l'illegittimità dell'esclusione delle lavoratrici madri dalla fruizione del fondo.

Pari opportunità e la tutela penale del divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro

Tribunale di Firenze, 10 dicembre 2007, I° sez. pen.; Giudice dott. Boscherini; imputati C.F. (avv. Del Core), C.A. e R.A. (avv. Bertini), P.A. (avv. De Luca); parti civili S.F. e, in qualità di Consigliera di parità della Regione Toscana, C.M. (avv. Guidotti)

In Rivista Giuridica del Lavoro, 4, 2008, con nota di Zitti Serena, *Donne, accesso al lavoro e progressioni in carriera*

Discriminazioni – Discriminazioni di genere – Attività di selezione del personale – Esercizio abusivo di intermediazione – Sanzioni penali – Risarcibilità del danno

Il precetto dell'art. 10, d. lgs. n. 276/2003 non è rivolto a "chiunque", ma a chi gestisce agenzie per il lavoro e quindi dà luogo ad una figura di reato proprio, che si aggiunge alla generale previsione degli artt. 1 e 16 L. 903/1977. Il reato in parola genera un danno morale al soggetto discriminato, consistente nella sofferenza psichica conseguente al rifiuto dell'esame della candidatura per un lavoro, che astrattamente poteva corrispondere alla sua preparazione professionale, fondato sul mero fatto di appartenere al genere femminile. Inoltre, in considerazione degli artt. 1 e 2, d. lgs. n. 196/2000, oggi trasfusi nel d. lgs. n. 198/2006, un simile fatto discriminatorio frustra lo scopo perseguito dalla consigliera di parità e si risolve in un danno morale.

In fatto. Una giovane laureata in ingegneria informatica, la signora F.S., risponde ad un annuncio di stampa nel quale un'azienda cerca "un programmatore informatico". La società di selezione dichiara che la committente vuole solo personale di sesso maschile. La Consigliera regionale, ricevuta la denuncia, dà notizia alla Procura della Repubblica ed al Servizio Ispettivo del lavoro del comportamento in violazione dell'art. 16 l. 903/77, oggi art. 41 codice delle Pari Opportunità.

Il caso in esame riguarda l'imputazione e la condanna dei soci di detta s.a.s., che nello svolgere (tra l'altro abusivamente) un'attività di ricerca di personale per conto di terzi datori di lavoro, hanno operato un trattamento discriminatorio per ragioni di sesso, senza che ciò fosse giustificato dalla natura dell'attività lavorativa che gli stessi candidati avrebbero dovuto svolgere.

Nel procedimento penale, la candidata discriminata, F.S., si è costituita parte civile ed il medesimo ruolo ha avuto la Consigliera di parità della Regione Toscana.

In diritto. Dalle premesse fatte dal giudice emerge con chiarezza che i meccanismi di preselezione basata sul sesso costituiscono discriminazione diretta, che, dopo un'accurata istruttoria, si risolve in una condanna ex art. 10 d. lgs. 276/2003 delle due titolari di agenzia, e nell'assoluzione per assenza di prove a carico degli altri imputati.

Inoltre, nei confronti della donna esclusa dalla selezione e costituitasi parte civile, il tribunale ha riconosciuto che il rifiuto dell'esame della candidatura per un lavoro, fondato sul mero fatto di appartenere al genere femminile, dà luogo ad una sofferenza psichica qualificabile come danno morale risarcibile.

Secondo il medesimo giudice, infatti, la discriminazione integrante gli estremi del reato di cui al già citato art. 10 frustra lo scopo istituzionale perseguito dalla Consigliera di parità e si risolve in un danno morale. Tali considerazioni hanno così suffragato la condanna delle imputate titolari di agenzia ad una pena pecuniaria ed al risarcimento del danno anche non patrimoniale nei confronti della lavoratrice discriminata e della Consigliera regionale costituite parte civile.