Corso di diritto antidiscriminatorio

Materiali per la formazione

Regione Emilia-Romagna
Assemblea legislativa
Consigliere di parità

Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali
Consigliere al lavoro
Women at Work
UFFICIO DELLA CONSIGLIERA DI PARITÀ

Fondazione Forense Bolognese

Rete Comitati Pari Opportunità
Commissione Pari Opportunità
Consiglio Nazionale Forense
presso il Ministero della Giustizia

Rete CPO Emilia Romagna

Corso di diritto antidiscriminatorio

Materiali per la formazione

Stampa
Centro Stampa Regione Emilia-Romagna

Febbraio 2021

Indice

Presentazione di *Sonia Alvisi* e *Antonella Rimondi*. Postilla di *Franca Maltoni* pag 7

Saluti di *Maria Masi, Franca Bagni Cipriani, Roberta Mori, Giovanni Berti Arnoaldi Veli* pag 13

Il Corso di Alta formazione. Locandina, calendario e programma pag 21

Contributi

Stefania Scarponi – I divieti di discriminazione fra diritto europeo e nazionale pag 29

Andrea Lassandari – Il licenziamento discriminatorio pag 41

Patrizia Tullini – Il licenziamento discriminatorio e ritorsivo (Scheda) pag 51

Sara Passante – Le azioni in giudizio: profili sostanziali e processuali. I casi di discriminazioni di genere tra direttive europee e ordinamento nazionale pag 57

Carlo Sorgi – Istruzioni per il buon uso della giurisdizione contro le discriminazioni pag 71

Chiara Rigosi – Le discriminazioni sul lavoro e conseguenze risarcitorie. La tutela processuale e i precedenti giurisprudenziali pag 79

Mario Turco – Le discriminazioni sul posto di lavoro e il risarcimento del danno. Prassi giudiziali pag 99

Valeria Moscardino – Le discriminazioni sul lavoro: la vigilanza e il sistema sanzionatorio pag 107

Laura Calafà – La discriminazione per maternità e dintorni pag 115

Marta Tricarico – Maternità in avvocatura: contrasto alle discriminazioni pag 123

Antonella Gavaudan – Discriminazioni di genere e per età pag 133

Anna Salfi – Cultura, norme, prassi e azioni negoziali contro le discriminazioni di genere pag 141

Cathy La Torre – Il contrasto alla discriminazione legata alla identità di genere e all'orientamento sessuale pag 145

Francesca Rescigno – Uguali senza distinzione di religione pag 151

Diletta Tega – Le politiche xenofobe in Italia continuano a essere incostituzionali pag 179

Alberto Piccinini – Discriminazioni per ragioni politiche e sindacali pag 185

Nazzarena Zorzella – Discriminazioni basate sulla nazionalità e sulla condizione personale pag 191

Paolo Addis e *Maria Giulia Bernardini* – Le discriminazioni fondate sulla disabilità: aspetti teorici e casi pratici pag 195

Sara Passante – La discriminazione per disabilità. Analisi di casi concreti pag 247

Maria (Milli) Virgilio – Profili di diritto penale nel diritto antidiscriminatorio pag 255

Antonella Rimondi – Molestie sessuali e sicurezza sul lavoro: obblighi e responsabilità del datore di lavoro pag 271

Sonia Alvisi - Le istituzioni italiane di parità pag 289

Serenella Molendini – Il Patto di Alleanza tra Consigliera Regionale di Parità e Ordine Forense pag 297

Strumenti e materiali

Come contattare la/il consigliere di parità nazionale, regionale o locale in Emilia-Romagna pag 303

Accordi e protocolli

Protocollo di intesa 22 giugno 2017 CNP – CNF pag 307

Accordo quadro europeo 8 novembre 2007 pag 315

Accordo Regionale RER 17 maggio 2018 CONFAPI – CGIL, CISL e UIL pag 323

Le fonti normative del diritto antidiscriminatorio. Elenco dei titoli di legge pag 331

Bibliografia. Riferimenti essenziali pag 342

Casistica

Un caso di discriminazione per maternità davanti alla Consigliera di parità di Rimini e poi al Giudice del Lavoro di Rimini

Scheda di *Carmelina Fierro* pag 343

Sentenza Tribunale lavoro Rimini n. 216/2016 pag 345

Un caso di discriminazione per maternità davanti alla Consigliera di parità di Modena nell'atto di intervento ad adiuvandum dell'avv. *Mirella Guicciardi* pag 349

Presentazione

Sonia Alvisi e Antonella Rimondi***

Questa pubblicazione intende valorizzare l'esperienza del "Corso di Alta Formazione in materia antidiscriminatoria" svoltosi a Bologna dal 30 novembre 2018 all'8 marzo 2019, per 28 ore distribuite su 8 incontri (vedi Programma).

Il progetto del Corso ha trovato le sue ragioni ben oltre quelle di uno dei momenti di formazione continua previsti per l'Avvocatura al fine di realizzare il principio di competenza a vantaggio dell'interesse pubblico – e quindi dei cittadini – alla corretta prestazione professionale e alla migliore amministrazione della giustizia.

Qui si è inteso porre la competenza dell'Avvocatura al servizio delle funzioni istituzionali delle Consigliere di Parità: è questa l'idea forte del Protocollo di intesa tra Consigliera Nazionale di Parità e Consiglio Nazionale Forense siglato nel giugno 2017 (vedi testo del Protocollo).

Un progetto volto "a favorire il giusto accesso alla giustizia per le vittime di discriminazioni e promuovere una strategia integrata di prevenzione e contrasto delle discriminazioni, nonché favorire l'emersione del fenomeno della discriminazione attraverso un monitoraggio dei procedimenti per i diversi fattori di discriminazione".

Gli ambiti di intervento sono davvero vasti, potendo riguardare ogni procedimento giudiziale e/o stragiudiziale, in materia civile o penale, in cui le Consigliere di Parità sono chiamate a svolgere attività di assistenza o a promuovere azioni individuali o collettive, anche in via d'urgenza, a tutela delle vittime di comportamenti discriminatori.

È stata una felice intuizione - quella del protocollo - che, promuovendo un virtuoso rapporto di collaborazione, rafforza l'azione delle Consigliere di Parità nella tutela delle vittime e, al tempo stesso, offre all'Avvocatura nuove opportunità di sviluppo dell'attività professionale attraverso percorsi formativi specializzanti.

È stata proprio la comune volontà di dare concreta attuazione a questi obiettivi a fa-

**Consigliera di Parità Regione Emilia Romagna*
*** Presidente del CPO Bologna in carica pro tempore e attuale Consigliera del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Bologna*

vorire nella Regione Emilia-Romagna l'incontro tra la Consigliera Regionale di Parità e i Comitati Pari Opportunità degli Ordini Forensi – nel frattempo costituitisi in Rete regionale – dell'Emilia-Romagna e la realizzazione del Corso di alta formazione, da cui è nata la presente pubblicazione.

Il Corso, rivolto a avvocate e avvocati del distretto della Corte d'Appello di Bologna, è stato aperto alla partecipazione anche delle Consigliere Provinciali di Parità dell'Emilia-Romagna, nonché dei/delle consulenti del lavoro. Oltre all'obiettivo formativo, il Corso è stato volto anche alla realizzazione di una short-list su base regionale di legali specializzati in diritto del lavoro e diritto antidiscriminatorio a supporto delle Consigliere di Parità dell'Emilia-Romagna.

Il Corso ha visto la partecipazione in veste di relatori di molte/i tra i più autorevoli esperti in materia antidiscriminatoria a livello nazionale, sia dell'Accademia che dell'Avvocatura, oltre che della Magistratura e delle Istituzioni e degli Uffici del lavoro. Preziosi sono stati i contributi offerti dalle relatrici di estrazione sindacale e datoriale, che hanno indicato e messo in luce qualche pratica e/o esempio virtuoso.

È stata così costruita un'importante occasione di riflessione sullo stato dell'arte in materia e sui risultati raggiunti, ma anche di stimolo per future iniziative. Certo molto resta da fare sul piano della effettività e del cambiamento. Anche per questo la collaborazione tra Consigliere di Parità e Avvocatura può rivelarsi preziosa

Il patrimonio di competenze ed esperienze raccolto negli 8 incontri – unanimemente, a detta di docenti e discenti – non poteva andare disperso, ma meritava di lasciare memoria e testimonianza, anche per future analoghe esperienze formative. Fin d'ora infatti si sta lavorando a promuovere nuovi corsi e nuove sensibilizzazioni.

La finalità di questa pubblicazione è certamente quella di favorire e diffondere la conoscenza della normativa nazionale ed europea in materia antidiscriminatoria e degli strumenti giudiziali e stragiudiziali di contrasto del fenomeno e di tutela delle vittime, ma anche – ed anzi, in primo luogo – di affinare la capacità di riconoscere un comportamento discriminatorio.

Per quanto strano possa sembrare, infatti, molto spesso la discriminazione non è percepita come tale neppure dalla stessa vittima o, al contrario, è percepito come discriminatorio un comportamento che tale non è. Il problema diviene poi ancora più complesso nei casi di discriminazione multipla.

Sapere riconoscere le discriminazioni costituisce pertanto l'indispensabile presupposto per prevenirle/contrastarle.

Proprio a questo fine il Corso, pur soffermandosi in particolare sulle discriminazioni di genere in ambito lavorativo, che costituiscono lo specifico ambito di competenza delle Consigliere di Parità, ha analizzato le discriminazioni ad ampio raggio, così da offrire una visuale quanto più completa possibile di un fenomeno complesso.

Particolare attenzione è stata poi dedicata al fenomeno delle molestie e, in particolare, delle molestie sessuali sul luogo di lavoro: un problema antico, che resta tuttora sommerso.

Se frequente è, infatti, il ricorso alle Consigliere di Parità con riferimento ad altre forme di discriminazione in ambito lavorativo, legate in particolare alla maternità, sulle molestie sessuali il silenzio è assordante, nonostante il protocollo sottoscritto tra la Regione Emilia-Romagna e le parti sindacali CGIL, CISL e UIL (vedi in Appendice).

Al termine del Corso, dopo otto incontri e più di ventotto ore di lezione, avremmo ascoltato e discusso ancora perché molto ancora resta da dire e discutere, ma soprattutto da fare. Per questa ragione il Corso avrà certamente una seconda edizione ed è già in programma una iniziativa formativa promossa direttamente dal Comitato tecnico costituito al fine di dare attuazione al Protocollo e alla conseguente realizzazione della short-list nazionale.

Anche sotto il profilo dei numeri il bilancio dell'esperienza ci sembra positivo. Le iscrizioni raccolte sono state circa 250 e 200 le attestazioni di frequenza e superamento della prova finale rilasciate al termine.

Successivamente la Regione Emilia-Romagna ha adottato la deliberazione 4 novembre 2019, n. 733, recante "Adozione di un Avviso pubblico per la formazione di un «Elenco di avvocate esperte e avvocati esperti in diritto del lavoro e in diritto antidiscriminatorio»". Sono state presentate n. 82 domande.

Con determina 13 febbraio 2020, n. 90 si è proceduto alla "Costituzione e nomina della commissione per l'approvazione e pubblicazione finale della short list degli avvocati esperti in materia antidiscriminatoria": l'elenco pubblicato nel maggio 2020 comprendeva n. 57 nominativi.

In conclusione, desideriamo porgere un sentito ringraziamento a tutte e tutti coloro che hanno reso possibile questa iniziativa: innanzitutto, in sede nazionale, alla Consigliera Nazionale di Parità, Dott.ssa Franca Bagni Cipriani, e al Consiglio Nazionale Forense in persona dell'allora Presidente Avv. Andrea Mascherin che ne hanno creato i presupposti.

Ringraziamo l'Avvocata Maria Masi già Coordinatrice della Commissione Nazionale Pari Opportunità e oggi Presidente Nazionale pro-tempore; l'Avvocata Milli Virgilio, curatrice scientifica del Corso e di questo volume, l'Avvocata Marta Tricarico, che ne ha curato gli aspetti organizzativi. Il ringraziamento va a tutti i relatori che hanno riempito di contenuti i nostri incontri, il cui lungo elenco è indicato nel Programma; va alle Presidenti e alle Delegate alle Pari Opportunità degli Ordini Forensi dell'Emilia Romagna, che hanno creduto nel progetto e nell'importanza di fare "Rete"; alle Consigliere Provinciali di Parità Carla Castellucci, Carmelina Fierro, Maria Mondelli che, con i loro interventi, hanno reso vivo il dibattito portando la loro esperienza

quotidiana; tutte le Consigliere Provinciali di Parità della Regione Emilia-Romagna e alla Regione Emilia-Romagna, che ci ha ospitati e che ha reso possibile questa pubblicazione e, in ultimo ma non da ultimo, a chi ha frequentato e partecipato, perché il loro apprezzamento ci ha convinte che eravamo (e siamo) sulla strada giusta.

Postilla

*Franca Maltoni**

Quando nel 2018 è stato organizzato il Corso di Alta Formazione in materia antidiscriminatoria, a cui è dedicata questa pubblicazione, i Comitati per le Pari Opportunità, laddove già costituiti, e le/i Delegate/i alle Pari Opportunità presso i Consigli Forensi della Regione Emilia Romagna avevano gettato le basi per creare una vera e propria Rete, che, in attuazione del Protocollo di intesa tra Consigliera Nazionale di Parità e Consiglio Nazionale Forense siglato nel giugno 2017, si poneva l'obiettivo, fra i tanti, di curare il coordinamento delle diverse idee ed esperienze, in modo da offrire, in collaborazione e sinergia, la migliore assistenza legale, adeguate specializzazione e competenza per contrastare qualsiasi forma di discriminazione e un'importante opportunità di lavoro all'Avvocatura.

Il corso realizzato, anche e soprattutto grazie alla stretta collaborazione con la Consigliera Regionale di Parità, alla supervisione del CNF e al prezioso apporto di relatori competenti in ogni aspetto del diritto antidiscriminatorio e del mondo del lavoro, ha permesso di creare una short list di avvocate/i debitamente formate/i, a disposizione delle Consigliera Regionale di Parità e delle Consigliere Provinciali di Parità per un rapido ed efficace contrasto alle discriminazioni nel mondo del lavoro.

Il 27 novembre 2019 è stata finalmente costituita la Rete dei Comitati Pari Opportunità presso gli Ordini Forensi della Regione Emilia-Romagna, con lo scopo di assicurare una maggiore efficacia degli interventi nel settore delle pari opportunità nell'Avvocatura e nel rispetto della funzione sociale della stessa, oltreché per promuovere la cultura e le politiche di pari opportunità e di parità di genere in ogni ambito, anche istituzionale.

Visto il successo del primo Corso di Alta Formazione in materia antidiscriminatoria, la Rete Regione Emilia-Romagna dei CPO ha accolto con estremo piacere la proposta della Consigliera Regionale di Parità di organizzare un nuovo corso, che potrà oggi contare sull'esperienza maturata e sulla maggior forza di una rete finalmente costituita.

** Avvocata. Presidente pro tempore della Rete dei Comitati Pari Opportunità presso gli Ordini Forensi della Regione Emilia Romagna, CPO RER*

Pertanto, oltre a ringraziare la Consigliera di Parità Regionale per l'importante opportunità offertaci a beneficio di tante/i, esprimo, a nome della Rete CPO Emilia-Romagna, grande apprezzamento per il lavoro fatto e un augurio di buon lavoro a tutti i soggetti, collaboranti e coesi, coinvolti nel nuovo progetto, che sarà sicuramente ancora più ricco, approfondito e qualificante a vantaggio delle vittime di discriminazione.

Saluti

*Maria Masi**

Il contrasto alle discriminazioni, quale strumento di inveramento del principio di uguaglianza e pari opportunità, declina senza alcun dubbio il ruolo che l'avvocato deve svolgere nell'attività di affermazione e di sviluppo dei diritti fondamentali. La professione forense, quindi, si sostanzia nell'utilizzo strumentale del diritto positivo rispetto alla difesa in giudizio dei diritti fondamentali.

L'inviolabilità del diritto di difesa unitamente al diritto di accesso alla Giustizia ed alla rimozione degli ostacoli per il pari trattamento rende ancora più visibile l'insostituibile attività giurisdizionale e anche per questo è necessaria una adeguata preparazione e un'adeguata e specifica competenza da parte di tutti gli operatori e operatrici coinvolte/i.

Il Consiglio Nazionale Forense da sempre è attento e sensibile verso tale tematica e coltiva appositi progetti finalizzati a questo scopo. Nel corso della scorsa consiliatura Il Consiglio aveva promosso e fortemente sostenuto l'approvazione della legge sul legittimo impedimento per le avvocate in stato di gravidanza, battaglia di civiltà e di effettiva realizzazione delle garanzie difensive.

L'attività continua e sempre aggiornata della Commissione pari opportunità del Consiglio sin dalla sua costituzione nel 2003 e oggi arricchita del costante e profuso impegno dei Comitati pari opportunità, costituiti presso gli Ordini Forensi su tutto il territorio nazionale (alcuni dei quali già strutturati, come in Emilia Romagna, anche in Rete regionale), ha promosso tantissime iniziative e tanti progetti, molti dei quali sono stati resi funzionali e operativi con la sottoscrizione di protocolli d'intesa.

Il Protocollo siglato il 22 giugno 2017 dal CNF con la Consigliera Nazionale di Parità e - precedentemente - l'Accordo di collaborazione interistituzionale 30 dicembre 2014, sottoscritto con il Dipartimento delle pari opportunità presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri e con l'UNAR, Ufficio Nazionale Antidiscriminazione Razzista, nascono dalla consapevolezza della necessità di azioni sinergiche e complementari. Il fatto che non si tratti di sterili enunciazioni di articoli e paragrafi è testimoniato dalle bellissime e proficue esperienze che ne sono seguite, come questa realizzata

** Presidente del Consiglio Nazionale Forense e già presidente della Commissione Pari Opportunità del CNF.*

su iniziativa del CPO dell'Ordine di Bologna, in collaborazione con la rete dei CPO regionali e con la partecipazione della Consigliera regionale di parità Emilia-Romagna. L'obiettivo è anche quello di contribuire a creare un modello di corso che possa essere adottato e diffuso altrove.

La scelta oculata e mirata degli argomenti e delle relatrici e relatori testimonia non solo l'approfondita conoscenza della materia, ma anche la consapevolezza dello stato dell'arte e degli interventi che invece urgono, alla luce dell'arretramento culturale (e non solo) in cui versa il nostro Paese soprattutto con riferimento alla "tutela di genere"; si impone una rinnovata necessità di azioni di contrasto finalizzate anche a far emergere il sommerso impalpabile e le contraddizioni di un sistema che irresponsabilmente disconosce ruoli, funzioni e identità.

Paura di agire, paura di contare, aspettare che siano gli altri a riconoscere il ruolo a cui potremmo aspirare con determinazione e senza riserve. Difficoltà a superare il tabù del danaro e del giusto ed equo compenso perché ancora costrette a negoziare conciliazione e flessibilità di tempi. L'emozione primaria che le donne hanno in merito ai soldi non è quella del potere o dell'indipendenza, ma quella della solitudine e della vergogna. Solitudine e vergogna: gli stessi sentimenti provati ogni volta che si è vittime di molestie, soprattutto se sul luogo di lavoro.

Sentimenti che rivelano la paura, e non solo delle donne, ma di tutti coloro che sono vittime di discriminazione. Conoscere i fattori che contribuiscono ad alimentare la paura e a indebolire le aspettative serve a poter meglio individuare e condurre le azioni, quelle giuste. Quelle giuste sono e saranno sempre quelle non finalizzate a conciliare gli opposti, ma a costruire i diritti ancor prima di tutelarli. Orientare l'approccio fattuale tra norma scritta e norma in azione è sicuramente uno degli obiettivi a cui la formazione specializzata deve ambire e certamente è uno degli obiettivi che questo corso ha inseguito e – ne sono certa – verrà conseguito.

Il mio personale ed affettuoso riconoscimento va alle amiche e colleghe del CPO per il loro appassionato e prezioso contributo e impegno di questi anni.

*Francesca Bagni Cipriani**

Il d.lgs. 151/2015, modificando il Codice delle Pari Opportunità (d.lgs. 198/06) nelle parti relative alla disciplina delle consigliere di parità, ha stabilito che gli enti che le designano assegnano loro il personale, la strumentazione e le attrezzature necessarie allo svolgimento dei loro compiti di pubblici ufficiali, nell'ambito delle risorse esistenti e ad invarianza della spesa.

In applicazione di più generali misure di contenimento della spesa pubblica, dunque, la nuova normativa ha posto a carico degli enti territoriali gli oneri relativi alle funzioni delle consigliere di parità, sopprimendo il fondo nazionale che ne aveva fino ad allora alimentato le attività garantendo livelli essenziali di protezione su tutto il territorio nazionale.

Le ripercussioni sono state da subito evidenti, soprattutto nello svolgimento dell'attività antidiscriminatoria. Se da un lato, infatti, il Codice delle Pari Opportunità continua ad attribuire alle consigliere la legittimazione ad agire in giudizio per la dichiarazione delle discriminazioni di genere sul lavoro, dall'altro la loro effettiva possibilità di ricorrere innanzi ai tribunali competenti, su delega della persona che vi ha interesse, dipende dalle risorse messe a disposizione dall'ente di riferimento che necessariamente differiscono da territorio a territorio.

In questa situazione si inserisce il protocollo d'intesa che la Consigliera Nazionale di Parità ha firmato il 22 giugno del 2017 con il Consiglio Nazionale Forense, al fine di collaborare alla definizione di un progetto che potesse favorire l'accesso alla giustizia per tutte le vittime di discriminazioni, ovunque situate sul territorio nazionale.

In particolare l'accordo prevedeva l'impegno a realizzare una short list di avvocate/i specializzate/i in diritto del lavoro e diritto antidiscriminatorio a supporto delle consigliere di parità, nonché l'accesso al gratuito patrocinio per le vittime di discriminazione di genere sul lavoro.

Replicando il corso di alta formazione in diritto antidiscriminatorio per avvocate/i realizzato nel marzo del 2017 in Puglia dalla consigliera regionale di parità (ora con-

** Consigliera Nazionale di Parità*

sigliera nazionale supplente) in collaborazione con i Comitati Pari Opportunità e i Consigli dell'Ordine degli avvocati pugliesi ed il patrocinio del CNF, le consigliere di parità territoriali hanno attivato e, in moltissimi casi, completato la formazione specialistica degli/delle avvocati/e.

Ed è in questo contesto che si inserisce il presente volume, che riassume il lavoro svolto in Emilia-Romagna dalla consigliera regionale di parità, Sonia Alvisi, insieme con i CPO di Bologna, Forlì, Modena, Parma, Ravenna e Reggio Emilia e le delegate alle pari opportunità degli Ordini di Ferrara, Piacenza e Rimini; e con la Rete Regionale CPO Emilia-Romagna.

Un lavoro prezioso, volto a formare avvocate e avvocati sui temi della tutela della maternità, molestie sui luoghi di lavoro e, in generale, in materia anti-discriminatoria, sostanziale e processuale, anche ai fini della creazione di una short list alla quale le consigliere potranno attingere, per l'affidamento di incarichi professionali nello svolgimento dei loro compiti.

Un lavoro fondamentale per il quale ringrazio tutti i soggetti coinvolti.

*Roberta Mori**

Questo importante Corso di alta formazione rappresenta plasticamente il cammino necessario di rafforzamento dei principi ispiratori della disciplina antidiscriminatoria per operatori e operatrici del diritto.

Ringrazio per l'invito la Consigliera regionale di Parità Sonia Alvisi e la Presidente del Comitato pari opportunità dell'Ordine degli Avvocati di Bologna Antonella Rimondi per aver creduto in questo filone d'impegno civico e professionale, che per la Regione Emilia-Romagna ha assunto nel tempo una rilevanza sostanziale anche nell'articolazione legislativa delle politiche antidiscriminatorie.

Ho l'occasione, dunque, da eletta, di portare un contributo di riflessione a questa prima giornata inaugurale in rappresentanza dell'Assemblea Legislativa e della Commissione che presiedo; da Avvocata iscritta all'Ordine forense di Reggio Emilia, di esprimere l'auspicio che l'avvocatura assuma sempre maggior rilievo nella tutela delle garanzie costituzionali, mettendo le proprie competenze al servizio della cultura e della "causa" antidiscriminatoria per traguardare l'orizzonte di una società più giusta e compiutamente democratica.

Sono convinta che la formazione su branche innovative del diritto ci consenta di strutturare un linguaggio universale dei diritti umani che tenga insieme uguaglianza e differenza. In questo senso il Protocollo sottoscritto tra il Consiglio nazionale Forense e la Consigliera nazionale di Parità costituisce un piano fecondo di avanzamento concreto della civiltà giuridica a servizio della dimensione sistemica delle discriminazioni e dell'intersezionalità dell'approccio necessario per contrastarle.

Le discriminazioni di genere, in particolare, rappresentano una ferita profonda inflitta da un sistema patriarcale che innerva ancora i gangli della convivenza e che impedisce di fatto l'espressione di tutte le potenzialità della soggettività femminile. La domanda di giustizia in questi ambiti è diffusa anche se non sempre sorretta dalla consapevolezza della complessità degli effetti sulla società tutta. Tant'è che l'Agenda 2030 dell'ONU ha posto tra gli obiettivi prioritari per lo sviluppo sostenibile del Pianeta proprio l'uguaglianza di genere, coinvolgendo quasi duecento Paesi aderenti, affinché la rilevanza delle istituzioni rafforzi gli strumenti di prevenzione e contrasto alle discriminazioni e quindi alla violenza maschile contro le donne.

** Presidente della Commissione Parità e Diritti delle Persone, Assemblea Legislativa della Regione Emilia-Romagna X Legislatura. Avvocata.*

Mi riferisco alla rimozione di tutti gli ostacoli che si frappongono alla primazia del diritto e della legalità quali baluardi del principio di eguaglianza sostanziale promosso dalla nostra Costituzione, ma soprattutto all'effettiva esigibilità dei diritti legati alla compiuta realizzazione di una democrazia paritaria con l'attuazione della Convenzione di Istanbul.

La Regione Emilia-Romagna ha raccolto questa forte domanda di equità e giustizia nei limiti delle proprie competenze, valorizzando la cultura antidiscriminatoria e la propria tradizione di inclusione sociale e sviluppo sostenibile che tanto deve all'apporto delle donne. Lo ha fatto e lo sta facendo in molti modi, prima di tutto promuovendo gli strumenti e istituti di garanzia, quali la Consigliera di Parità, previsti dall'ordinamento. E poi esercitando senza reticenze culturali i poteri legislativi e di governo per promuovere e sostenere percorsi partecipativi come quello sfociato nell'approvazione della Legge quadro per la parità e contro le discriminazioni di genere, L.R. 27 giugno 2014 n.6, ad oggi la più completa ed avanzata normativa regionale mainstreaming che applica la Convenzione del Consiglio d'Europa per il contrasto della violenza domestica sulle donne (Istanbul 2011) così come ratificata e recepita all'unanimità dal Parlamento italiano.

Costruire un pezzo alla volta e un passo dopo l'altro una società a misura di donne e uomini, cittadine e cittadini che condividono le stesse responsabilità e uguali libertà: ecco l'obiettivo strategico che la Regione ha assunto e persegue attraverso politiche trasversali e strutturali volte a colmare i tanti gap di genere che frenano i protagonismi individuali e collettivi. Parliamo di democrazia, che è paritaria o non è. Un obiettivo che unisce l'Europa come la vogliamo e concepiamo, sul quale far convergere giorno dopo giorno l'azione di associazioni, parti sociali, categorie produttive e ordini professionali, enti territoriali e istituzioni educative. Senza un'azione congiunta la sfida culturale intrapresa non sarà mai vinta. Da qui l'importanza delle alleanze e collaborazioni tra competenze diverse e autonome che condividono una visione.

Iniziative qualificate, qual è il Corso per avvocate e avvocati che inaugurate oggi, rappresentano la generosità e la responsabilità di cui abbiamo bisogno per costruire nuove professionalità ed emanciparci una volta per tutte da visioni antiquate, ristrette e retrive che vorrebbero riportare la cittadinanza e l'esercizio dei suoi diritti ad una dimensione patriarcale quanto semplificata. I tentativi di mandare indietro le lancette della storia sono davanti ai nostri occhi ma per vederli e scongiurarli occorre alimentare, in particolare tra le giovani generazioni, la consapevolezza delle conquiste compiute e del loro reale valore.

Ripongo perciò, già da questo primo incontro, dalla partecipazione ed entusiasmo che il programma formativo ha riscontrato, la grande speranza di un rafforzamento significativo del fronte di motivazione, consapevolezza, responsabilità dell'Avvocatura nel sostenere la battaglia per i diritti e contro le discriminazioni sul lavoro e in ogni ambito della società. Una società dove le ragazze e i ragazzi siano consapevoli della propria soggettività nel rispetto delle differenze e dove nessuno sia lasciato solo, o con tutele legali inappropriate, di fronte agli abusi.

Ancora grazie al Foro di Bologna e alla rete delle Consigliere di Parità. Buon lavoro a tutte e tutti!

*Giovanni Berti Arnoaldi Veli**

Mi fa molto piacere portare oggi i saluti del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Bologna e della Fondazione Forense Bolognese a questo bell'incontro. So che si erano iscritti una settantina di avvocati e per fortuna che non sono venuti tutti… perché non avremmo saputo dove metterli! Ma si sono iscritti in tanti perché è possibile l'iscrizione anche per moduli separati e dunque non è che abbiano "fatto fughino", come si dice a Bologna.

Non sto a ripetere tutti i ringraziamenti sia perché sono già stati fatti sia perché non voglio correre il rischio di dimenticare qualcuno. Come dicono gli avvocati, mi associo ai ringraziamenti che mi hanno preceduto e che faccio anche miei.

Però due parole le voglio spendere. Un ringraziamento in particolare voglio rivolgerlo all'attività del Comitato Pari Opportunità del nostro Ordine, composto da colleghe e colleghi in parte presenti, perché svolge una attività molto preziosa ed efficace.

La prossima settimana faremo un importante incontro al Teatro Duse con la Cassa Forense per la presentazione di un progetto bellissimo studiato proprio dal nostro CPO, che ha vinto un concorso su base nazionale di idee e per una "app" dedicata alle sostituzioni d'udienza, per dare - appunto - pari opportunità agli avvocati di poter svolgere il lavoro con l'aiuto di altri colleghi.

L'altro motivo per il quale desidero esprimere un ringraziamento a tutti in questo simposio in cui vedo riunito il gotha dei CPO a livello nazionale, regionale e locale è perché vedo realizzato un bellissimo gioco di squadra. È una cosa che a me preme molto e chi mi conosce un po' sa che io ho questa fissazione del gioco di squadra, soprattutto di quello che serve a creare solidarietà.

Quando parliamo di discriminazione, sappiamo che l'aiuto e la solidarietà sono gli antidoti più efficaci. Occuparsi di discriminazione e combatterla risponde poi alla natura, al significato ed al senso più profondo della professione di avvocato. Cosa fanno gli avvocati? Cercano di evitare la discriminazione e le disuguaglianze, cercano l'affermazione dei diritti di coloro che, pur avendo un diritto sulla carta, non ne

** Presidente pro tempore del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Bologna e della Fondazione Forense Bolognese*

trovano la realizzazione.

Cerco di non banalizzare il concetto perché non merita di essere banalizzato, ma che cosa è la discriminazione? È il fatto che, a parità di condizione, a parità di diritti che sono riconosciuti sulla carta, venga preferito irragionevolmente qualcuno rispetto a qualcun altro che ha pari diritto. Questa è la discriminazione: quindi è comunque qualcosa che ha che fare con un panorama di diritti riconosciuti ma inattuati o, peggio, ignorati colpevolmente, a volte anche appositamente.

L'avvocato serve a questo: a condurre la persona che è discriminata, ma portatrice e titolare di un diritto, al traguardo della affermazione del proprio diritto, in uguaglianza con gli altri.

Questa è la solidarietà che serve anche a tutti noi quali cittadini, ancora prima che avvocati. Come cittadini abbiamo tutti anche la responsabilità di non discriminare ed il diritto di non farci discriminare, nella solidarietà e uguaglianza che è il collante della nostra società.

Di questo vi ringrazio particolarmente, perché su queste tematiche voi avete costruito questo corso, questa iniziativa rispetto alla quale siamo secondi in Italia: peccato, in Emilia-Romagna non siamo abituati ad arrivare secondi... Però non è certo un cattivo risultato, comunque, e ci fa molto piacere.

Come Presidente della Fondazione Forense mi fa molto piacere che abbiamo organizzato questo corso. Noi organizziamo tantissimi corsi: questo ci mancava e… non volevamo discriminare.

Ringrazio ancora tutte le componenti ed i componenti del nostro CPO, tutti i colleghi, i Consiglieri di Pari Opportunità di qualsiasi livello e tutti di voi che credete in questo corso, che vi siete iscritti e vi partecipate.

Grazie, buon lavoro.

Corso di Alta Formazione in materia anti-discriminatoria

In attuazione del Protocollo sottoscritto tra il CNF e la Consigliera Nazionale di Parità

PROMOSSO DA

- Consigliera Regionale di Parità, Dott.ssa Sonia Alvisi;
- CPO di Bologna, Forlì, Modena, Parma, Ravenna e Reggio Emilia e dalle Delegate alle Pari Opportunità degli Ordini di Ferrara, Piacenza e Rimini;
- Rete Regionale CPO Emilia-Romagna.

In attuazione del Protocollo sottoscritto tra il CNF e la Consigliera Nazionale di Parità, il corso -organizzato dalla Rete Regionale dei Comitati Pari Opportunità e delle Delegate alle Pari Opportunità degli Ordini Forensi dell'Emilia-Romagna, di concerto con la Consigliera Regionale di Parità - è volto a formare Avvocate e Avvocati sui temi della tutela della maternità, molestie sui luoghi di lavoro e, in generale, in materia anti-discriminatoria, sostanziale e processuale, anche ai fini della creazione di una SHORT LIST alla quale potranno attingere, per l'affidamento di incarichi professionali nello svolgimento dei loro compiti, la Consigliera Nazionale di Parità nonché le Consigliere regionali, provinciali, delle città metropolitane e degli enti di area vasta.

REGOLAMENTO

È possibile l'iscrizione all'intero corso o alle singole giornate. A partire dal 11/11/2018 sarà possibile iscriversi alle singole lezioni nel limite della capienza residua dell'aula presentando la domanda di iscrizione via fax, via email o direttamente presso la segreteria della Fondazione Forense Bolognese. Il numero dei partecipanti non potrà essere superiore a n. 120.

Gli Avvocati interessati alla iscrizione alla SHORT LIST dovranno sostenere una prova finale, che si svolgerà il giorno 8 marzo 2019 al termine dell'ultimo incontro.

Alla prova finale saranno ammessi i soli Avvocati iscritti che avranno partecipato ad almeno 7 degli 8 incontri previsti. Al superamento della prova verrà rilasciato il relativo attestato.

SEDE

Il corso si volgerà presso l'Aula Auditorium, sita a Bologna, Via Aldo Moro n. 18, messa gratuitamente a disposizione dalla Consigliera Regionale di Parità. Solo la lezione del 30 novembre si terrà presso la Sala Kelsen del CIRSFID a Bologna in Via Galliera, 3 (2° piano).

FORMAZIONE CONTINUA

Il corso attribuisce n. 20 crediti formativi, di cui n. 2 in materia deontologica, agli Avvocati che abbiano partecipato ad almeno 7 degli 8 incontri previsti.

La partecipazione ad ogni incontro attribuisce n. 2 crediti formativi.

In ragione degli argomenti trattati, la partecipazione all'incontro del giorno 1° febbraio 2019 attribuisce n.2 crediti formativi in materia deontologica.

COSTI

Al fine di favorire la partecipazione, il costo per l'iscrizione all'intero corso è pari a € 200,00 I.V.A. inclusa. Il costo per la partecipazione ad ogni singolo incontro, nei limiti della capienza prevista, è pari a € 40,00 I.V.A. inclusa.

CALENDARIO/PROGRAMMA

1° incontro venerdì 30 Novembre 2018, ore 14.30/18.30

Saluti. *Sonia Alvisi, Maria Masi, Giovanni Berti Arnoaldi Veli, Roberta Mori, Tiziana Nanni, Giovanna Ollà*
Lettura introduttiva di "Le instabili": *Susanna Favini e Antonella Tassinar*i
Introduzione. Riconoscere le discriminazioni. Il quadro generale:

- nel lavoro
- di genere
- per età
- per disabilità
- per orientamento sessuale e identità di genere
- per motivi razziali, etnici, nazionali
- per ragioni politiche e sindacali
- per religione e convinzioni personali
- una riflessione sulle discriminazioni nella avvocatura

Le discriminazioni multiple
Il diritto antidiscriminatorio nel sistema multilivello degli ordinamenti
Lettura conclusiva

Relatori: *Stefania Scarponi, Fausta Guarriello, Andrea Lassandari, Bruno Micolano.*

2° incontro venerdì 14 Dicembre 2018, ore 15.00/18.30

Rimedi e azioni: dentro e fuori la giurisdizione.
Il ruolo della Consigliera di parità
Aspetti processuali
L'azione individuale e quella collettiva.
Onere della prova.
Analisi di casi concreti

Relatori: *Franca Maltoni, Sara Passante, Carlo Sorgi, Mirella Guicciardi, Serenella Molendini.*

3° incontro venerdì 18 Gennaio 2019, ore 15.00/18.30

Le discriminazioni sul lavoro
Il risarcimento del danno
Analisi di casi concreti

Relatori: *Patrizia Tullini, Mario Turco, Antonella Rimondi, Valeria Moscardino, Rita Finzi, Chiara Rigosi, Monica Gatti, Mirella Paglierani.*

4° incontro venerdì 25 gennaio 2019, ore 15.00/18.30

Le molestie sessuali
Analisi di casi concreti

Relatori: *Marzia Gatti - Cisl, Anna Salfi - Cgil, Giuseppina Morolli - UIL, Milli Virgilio.*

5° incontro venerdì 1° febbraio 2019, ore 15.00/18.30

La discriminazione di genere e per età
La maternità.
Focus sull'avvocatura e le altre libere professioni
Analisi di casi concreti

Relatori: *Laura Calafà, Antonella Gavaudan, Stefania Scarponi, Marta Tricarico.*

6° incontro venerdì 8 Febbraio 2019, ore 15.00/18.30

Le discriminazioni:

- per orientamento sessuale e identità di genere
- per motivi razziali, etnici, nazionali
- per ragioni politiche e sindacali
- per religione e convinzioni personali

Analisi di casi concreti

Relatori: *Franca Bagni Cipriani, Cathy La Torre, Alberto Piccinini, Francesca Rescigno, Diletta Tega, Nazzarena Zorzella.*

7° incontro venerdì 22 Febbraio 2019, ore 15.00/18.30

La discriminazione per disabilità
Analisi di casi concreti

Relatori: *Paolo Addis, Maria Giulia Bernardini, Sara Passante, Francesca Vitulo*.

8° [e ultimo] incontro venerdì 8 Marzo 2019, ore 15.00/18.30

Profili di diritto penale nel diritto antidiscriminatorio
La violenza contro le donne basata sul genere come forma di discriminazione
Conclusioni
Test di verifica

Relatori: *Antonella Rimondi, Lucia Russo, Valentina Tecilla, Marta Tricarico, Milli Virgilio.*

Rete Regionale CPO e Delegate alle Pari Opportunità Ordini Forensi Emilia-Romagna

Corso di alta formazione in materia antidiscriminatoria

in attuazione del protocollo sottoscritto tra il CNF e la Consigliera Nazionale di Parità

In attuazione del Protocollo sottoscritto tra il CNF e la Consigliera Nazionale di Parità, il corso - organizzato dalla Rete Regionale dei Comitati Pari Opportunità e delle Delegate alle Pari Opportunità degli Ordini Forensi dell'Emilia-Romagna, di concerto con la Consigliera Regionale di Parità - è volto a formare Avvocate e Avvocati sui temi della tutela della maternità, delle molestie sui luoghi di lavoro e, in generale, in materia antidiscriminatoria, sostanziale e processuale, anche ai fini della creazione di una **SHORT-LIST** alla quale potranno attingere, per l'affidamento di incarichi professionali nello svolgimento dei loro compiti, la Consigliera Nazionale di Parità nonché le Consigliere di Parità regionali, delle città metropolitane e degli enti di area vasta.

REGOLAMENTO

È possibile l'iscrizione all'intero corso o alle singole giornate. A partire dal 15/11/2018 sarà possibile iscriversi alle singole lezioni nel limite della capienza residua dell'aula presentando la domanda di iscrizione via fax, via email o direttamente presso la segreteria della Fondazione Forense Bolognese. Il numero dei partecipanti non potrà essere superiore a n. 120.
Gli Avvocati interessati alla iscrizione alla **SHORT-LIST** dovranno sostenere una prova finale, che si svolgerà il giorno 8 marzo 2019, al termine dell'ultimo incontro.
Alla prova finale saranno ammessi i soli Avvocati iscritti che avranno partecipato ad almeno 7 degli 8 incontri previsti.
Al superamento della prova verrà rilasciato il relativo attestato.

SEDE

Il corso si svolgerà presso l'Aula Auditorium, sita a Bologna, Via Aldo Moro n. 18, messa gratuitamente a disposizione dalla Consigliera Regionale di Parità. Solo la lezione del 30 novembre si terrà presso la Sala Kelsen del CIRSFID a Bologna in Via Galliera, 3 (2° piano).

FORMAZIONE CONTINUA

Il corso attribuisce n. 20 crediti formativi, di cui n. 2 in materia deontologica, agli Avvocati che abbiano partecipato ad almeno 7 degli 8 incontri previsti.
La partecipazione ad ogni incontro attribuisce n. 2 crediti formativi.
In ragione degli argomenti trattati, la partecipazione all'incontro del giorno 1 febbraio 2019 attribuisce n. 2 crediti formativi in materia deontologica.

COSTI

Al fine di favorire la partecipazione, il costo per l'iscrizione all'intero corso è pari a **€ 200,00** I.V.A. inclusa.
Il costo per la partecipazione ad ogni singolo incontro, nei limiti della capienza prevista, è pari a **€ 40,00** I.V.A. inclusa.

Fondazione Forense Bolognese
Direttore Avv. Stefano Dalla Verità
Segreteria Organizzativa: **Palazzo Bevilacqua, Via D'azeglio, 33 Bologna Tel.: 051-6446147 Fax.: 051-3391800**
fondazioneforensebo@libero.it www.fondazioneforensebolognese.it

Rete Regionale CPO e Delegate alle Pari Opportunità Ordini Forensi Emilia-Romagna

1° incontro: NUOVA DATA venerdì 30 Novembre 2018, ore 14.30/18.30

Presiede Consigliera Regionale di Parità, *Dott.ssa Sonia Alvisi*

Modera una/un rappresentante della Rete Regionale dei CPO e delle/dei Delegate/i alle Pari Opportunità degli Ordini Forensi dell'Emilia-Romagna

Saluti

Lettura introduttiva di "Le instabili": Susanna Favini e Antonella Tassinari

Temi
- Introduzione. Riconoscere le discriminazioni. Il quadro generale:
  - nel lavoro
  - di genere
  - per età
  - per disabilità
  - per orientamento sessuale e identità di genere
  - per motivi razziali, etnici, nazionali
  - per ragioni politiche e sindacali
  - per religione e convinzioni personali
  - una riflessione sulle discriminazioni nella avvocatura e nelle altre libere professioni
- Le discriminazioni multiple
- Il diritto antidiscriminatorio nel sistema multilivello degli ordinamenti

Lettura conclusiva di "Le instabili": *Susanna Favini* e *Antonella Tassinari*

Relatori *Fausta Guarriello - Bruno Micolano - Stefania Scarponi*

2° incontro venerdì 14 Dicembre 2019, ore 15.00/18.30

Presiede Consigliera Regionale di Parità, *Dott.ssa Sonia Alvisi*

Modera una/un rappresentante della Rete Regionale dei CPO e delle/dei Delegate/i alle Pari Opportunità degli Ordini Forensi dell'Emilia-Romagna

Temi
- Il ruolo della Consigliera di Parità
- Rimedi e azioni: dentro e fuori la giurisdizione
- Aspetti processuali
- L'azione individuale e quella collettiva
- Onere della prova

Analisi di casi concreti

Relatori *Mirella Guicciardi - Franca Maltoni - Sara Passante - Carlo Sorgi*

Rete Regionale CPO e Delegate alle Pari Opportunità Ordini Forensi Emilia-Romagna

3° incontro venerdì 18 Gennaio 2019, ore 15.00/18.30

Presiede Consigliera Regionale di Parità, *Dott.ssa Sonia Alvisi*

Modera una/un rappresentante della Rete Regionale dei CPO e delle/dei Delegate/i alle Pari Opportunità degli Ordini Forensi dell'Emilia-Romagna

Temi
- Le discriminazioni sul lavoro
- Il risarcimento del danno

Analisi di casi concreti

Relatori *Valeria Moscardino dell'Ispettorato del lavoro Parma - Chiara Rigosi – Antonella Rimondi - Patrizia Tullini – Mario Turco - rappresentanti del mondo sindacale e datoriale*

4° incontro venerdì 25 gennaio 2019, ore 15.00/18.30

Presiede Consigliera Regionale di Parità, *Dott.ssa Sonia Alvisi*

Modera una/un rappresentante della Rete Regionale dei CPO e delle/dei Delegate/i alle Pari Opportunità degli Ordini Forensi dell'Emilia-Romagna

Temi
- Le molestie sessuali

Analisi di casi concreti

Relatori *Cinzia Fraschieri Cisl - Giuseppina Morolli UIL - Anna Salfi Cgil - Milli Virgilio - rappresentante INAIL, un esponente del mondo datoriale*

5° incontro venerdì 1 Febbraio 2019, ore 15.00/18.30

Presiede Consigliera Regionale di Parità, *Dott.ssa Sonia Alvisi*

Modera una/un rappresentante della Rete Regionale dei CPO e delle/dei Delegate/i alle Pari Opportunità degli Ordini Forensi dell'Emilia-Romagna

Temi
- La discriminazione di genere e per età
- La maternità
- Focus sull'avvocatura e le altre libere professioni

Analisi di casi concreti

Relatori: *Laura Calafà - Antonella Gavaudan - Stefania Scarponi - Marta Tricarico*

Rete Regionale CPO e Delegate alle Pari Opportunità Ordini Forensi Emilia-Romagna

6° incontro venerdì 8 Febbraio 2019, ore 15.00/18.30

Presiede Consigliera Regionale di Parità, *Dott.ssa Sonia Alvisi*

Modera una/un rappresentante della Rete Regionale dei CPO e delle/dei Delegate/i alle Pari Opportunità degli Ordini Forensi dell'Emilia-Romagna

Temi
- Le discriminazioni:
  - per orientamento sessuale e identità di genere
  - per motivi razziali, etnici, nazionali
  - per ragioni politiche e sindacali
  - per religione e convinzioni personali

Analisi di casi concreti

Relatori *Caty La Torre - Alberto Piccinini – Francesca Rescigno - Diletta Tega - Nazzarena Zorzella*

7° incontro venerdì 22 Febbraio 2019, ore 15.00/18.30

Presiede Consigliera Regionale di Parità, *Dott.ssa Sonia Alvisi*

Modera una/un rappresentante della Rete Regionale dei CPO e delle/dei Delegate/i alle Pari Opportunità degli Ordini Forensi dell'Emilia-Romagna

Temi La discriminazione per disabilità

Analisi di casi concreti

Relatori *Paolo Addis - Maria Giulia Bernardini - Avvocata/o ANMIC*

8° incontro venerdì 8 marzo 2019, ore 15.00/18.00

Presiede Consigliera Regionale di Parità, *Dott.ssa Sonia Alvisi*

Modera una/un rappresentante della Rete Regionale dei CPO e delle/dei Delegate/i alle Pari Opportunità degli Ordini Forensi dell'Emilia-Romagna

Temi
- Profili di diritto penale nel diritto antidiscriminatorio
- La violenza contro le donne basata sul genere come forma di discriminazione

Conclusioni

Relatori *Antonella Rimondi - Marta Tricarico - Milli Virgilio - magistrato inquirente - magistrato giudicante*

Seguirà test di verifica

I divieti di discriminazione fra diritto europeo e nazionale

Stefania Scarponi*

1. L'articolazione delle fonti in materia di divieti di discriminazione

Il quadro delle fonti che attiene ai divieti di discriminazione si articola sul piano sovranazionale, nazionale e regionale, da cui deriva la caratteristica "*multilevel*" della disciplina in materia e, di conseguenza, la necessità di tener conto che un medesimo istituto può essere oggetto di una pluralità di disposizioni da coordinare tra loro. Peraltro, l'incidenza del diritto euro-unitario acquisisce sempre maggiore importanza alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia sul primato delle norme contenute nella Carta dei diritti fondamentali allegata ai Trattati di Lisbona che, proprio con riferimento all'art. 21 in materia di divieti di discriminazione, impone sia l'interpretazione "adeguatrice" delle normative nazionali sia, ove ciò non sia possibile, la loro disapplicazione pervenendo in sostanza all'efficacia diretta orizzontale delle direttive in materia[1]. Hanno rilievo, altresì, le fonti internazionali in materia di diritti fondamentali, in particolare la CEDU (Convenzione europea dei diritti fondamentali) a cui aderisce l'Unione europea.

Nell'ordinamento europeo, il principio di eguaglianza e il divieto di discriminazione costituiscono obiettivi dell'Unione ai sensi dell'art. 2, e art. 3, par. 3 sec. cpv., del TUE; inoltre, il TFUE ribadisce solennemente che l'Unione mira ad eliminare le diseguaglianze nonché a promuovere la parità u/d – art.8 – e a combattere le discriminazioni nelle politiche dell'Unione – art.10 –. Un'applicazione specifica del divieto di discriminazione si trova, altresì, nelle norme riguardanti la libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali, che stabiliscono il divieto di discriminazione tra lavoratori nei paesi dell'Unione europea che abbiano esercitato la libertà di circolazione. L'elaborazione in materia da parte della Corte di Giustizia, è iniziata proprio con riferimento a tali disposizioni e al principio di parità retributiva u/d sancito attualmente dall'art.157 TFUE. Infine, come si è anticipato, il divieto di discriminazione è oggetto dell'art.21 della Carta dei diritti fondamentali che, inoltre, all'art. 23 afferma

1 Da ultimo CGUE 17.4.2018 C-414/16 *Egenberger* e CGUE ECJ 22/1/ 2019 *C*-193/2017 *Cresco.* In tema anche per più ampia bibliografia S. Scarponi, *La Corte di Giustizia si pronuncia per la prima volta sul rapporto di lavoro con enti ecclesiastici: un'occasione per ribadire la portata del divieto di discriminazione basata sulla religione e sulle opinioni personali alla luce della Carta dei diritti fondamentali,* in www.europeanrights.eu 2019/73 v. Articoli. Si rinvia altresì nel campo lavoristico a O. Bonardi (a cura di) *Eguaglianza e non discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile,* Ediesse 2017.

** Ordinaria di Diritto del lavoro, già Università di Trento.*

la legittimità in particolare delle azioni positive volte a correggere le diseguaglianze u/d in tutti i campi, sulla scorta del primo atto internazionale in tal senso, la Cedaw (Convenzione ONU per l'eliminazione di tutte le discriminazioni contro le donne, ratificata nel 1985). Il quadro delle fonti a livello europeo è infine completato dalle direttive c.d. di seconda generazione che, in seguito al Trattato di Amsterdam e alla modifica dell'art. 13, riguardano altri fattori oltre a quello originario relativo alla parità u/d nel lavoro: la dir. 2000/43, c.d. Direttiva "razza", la Dir. 2000/78 c.d. Direttiva – quadro in materia di occupazione. L'ambito relativo alla parità u/d è stato oggetto di ulteriore evoluzione con la Dir. 2004/113 e Dir. 2006/54 (la prima relativa all'accesso ai beni e alla loro fornitura, la seconda è la rifusione delle precedenti relative al lavoro). Infine, occorre ricordare che una peculiare applicazione del divieto di discriminazione riguarda altresì i contratti di lavoro c.d." atipici", quale il contratto a tempo determinato in base alla Direttiva 1999/70 Ce e il contratto a tempo parziale in base alla Direttiva 1997/81 CE. In questi casi il divieto riguarda il diritto a non subire trattamenti meno favorevoli in relazione al trattamento riservato al lavoratore "comparabile", ovvero assunto con contratto di lavoro a tempo indeterminato o ad orario pieno.

In questa sede, ci concentreremo sulle direttive "di seconda generazione" e sulle norme nazionali di trasposizione, ovvero il d.lgs. 215/2003 per la dir. 2000/43, il d.lgs. 216/2003 per la dir. 2000/1978, infine il d.lgs. 198/2006, c.d. Codice delle Pari Opportunità, per la dir. 2006/54 e il d.lgs. 196/2007 per la dir. 2004/113. Naturalmente, in ambito lavoristico non si può trascurare lo Statuto dei Lavoratori, art. 15 e 16, e altra legislazione, tra cui va menzionato in particolare il T.U. sull'immigrazione, d.lgs. 286/1998.

La mia relazione si concentrerà su alcuni profili generali della disciplina, con approfondimento della nozione di discriminazione mediante l'analisi della giurisprudenza in materia, tenuto conto del rilevante apporto della CGUE e della non più così scarsa giurisprudenza nazionale. In tema, va osservato che il contenuto della disciplina posta dalle direttive è molto simile nella struttura e nei contenuti. Ciò riguarda: la definizione della discriminazione diretta e indiretta, la considerazione di una serie di comportamenti a stregua di discriminazione – quali le molestie e le molestie sessuali, nonché le ritorsioni verso chi abbia agito per denunciare una discriminazione, e altresì l'ordine di discriminare – la ristretta ammissibilità di deroghe ai divieti, e sul piano processuale, la parziale inversione dell'onere della prova, la legittimazione ad agire individuale, collettiva e in alcuni casi istituzionale, il principio secondo cui le sanzioni debbono essere effettivamente dissuasive, infine il riconoscimento della legittimità delle azioni positive.

2. La nozione oggettiva di discriminazione e l'abbandono della rilevanza dell'elemento intenzionale

Preliminarmente occorre affrontare un interrogativo postosi fin dai primi commenti in materia circa la tassatività o meno dei fattori discriminatori vietati, che si è riproposto in relazione alla diversità di nozioni accolte rispettivamente dalle direttive e dalla Carta dei diritti fondamentali all'art.21. Quest'ultima è più ampia rispetto

ai fattori considerati dalle direttive (razza, origine etnica, sesso e genere, religione e opinioni personali, età, disabilità, orientamento sessuale) stabilendo che: "È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l›origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale". Non solo la presenza di fattori nuovi ma la formulazione che fa leva sull'inciso "in particolare" hanno indotto a prospettare la tesi della natura meramente esemplificativa dei fattori vietati[2] che tuttavia per ora non ha trovato riscontri giurisprudenziali. Anzi non mancano sentenze della Corte di Giustizia che affermano la natura tassativa dei fattori elencati dalle direttive, lasciando di conseguenza tuttora aperta la questione.

Per ciò che riguarda la definizione di discriminazione, va sottolineato che, mentre per lungo tempo la giurisprudenza nazionale considerava prevalente la nozione soggettiva, è stata finalmente condivisa e si è consolidata la nozione oggettiva di discriminazione accolta dalle direttive, mediante l'importante sentenza della Cassazione, Sez. Lav. n. 6576 del 2016. Si è posto fine così al diverso orientamento che invece richiedeva la prova dell'intento discriminatorio in capo all'autore e rendeva molto più complessa l'azione in giudizio a contrasto delle discriminazioni vietate[3].

Uniformandosi alla giurisprudenza di fonte comunitaria, la citata sentenza del 2016 ha affermato che l'elemento intenzionale non è necessario per integrare la fattispecie di discriminazione sia diretta che indiretta, puntualizzando definitivamente che la discriminazione è fattispecie diversa da quella civilistica viziata dal motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 cod. civ., che aveva lungamente prevalso soprattutto in caso di licenziamento. Chiarendo la necessità di tener distinte le due fattispecie, la citata sentenza della Cassazione afferma: "*La discriminazione, diversamente dal motivo illecito, opera obiettivamente, ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento deteriore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta ed a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro*". Naturalmente possono ben esistere situazioni discriminatorie in cui l'elemento intenzionale è presente, ma ciò che rileva, ed è sufficiente provare in giudizio, è l'elemento costituito dalla differenza di trattamento, in caso di discriminazione diretta, oppure il particolare svantaggio derivante da un trattamento pur formalmente neutro, in caso di discriminazione indiretta, e la correlazione con il fattore vietato.

La questione merita un breve approfondimento, dato che la configurazione come discriminazione di un atto viziato da motivo illecito determinante è stata a lungo sostenuta ed accolta dalla giurisprudenza in relazione alla esigenza di contrastare le ritorsioni a fronte di legittime pretese avanzate da parte dei lavoratori.

2 A. Lassandari, Le discriminazioni nel lavoro, Cedam 2010.

3 Mi permetto di rinviare a Scarponi, *Licenziamento discriminatorio e licenziamento per motivo illecito determinante: una svolta della Cassazione in materia di procreazione medicalmente assistita*, Riv. Giur. Lav. 2016, II, Il Caso; nonché R. Sanlorenzo, *Il licenziamento discriminatorio e l'evoluzione della giurisprudenza*, in O. Bonardi, op.cit. p.35.

Il quadro normativo in merito è complesso. Occorre distinguere il caso in cui la ritorsione si rivolge contro chi abbia reagito a comportamenti o trattamenti discriminatori, che viene assimilata a una vera e propria discriminazione in base alla tecnica estensiva sopra ricordata propria della disciplina legislativa in materia. Diverso il caso in cui la ritorsione si verifica a fronte di una pretesa avanzata da parte del lavoratore riguardante un altro diritto, al di fuori dell'ambito delle discriminazioni, per es. per mancato pagamento della retribuzione. In quest'ultimo caso, ove per es. il lavoratore subisca il licenziamento, la ritorsione rientra nel campo dell'atto viziato da motivo illecito determinante, rispetto al quale occorrerà provare anche per presunzioni che la ritorsione è l'unico motivo dell'atto. In proposito la disciplina in materia di licenziamento aveva infatti distinto le due fattispecie – licenziamento discriminatorio e licenziamento per motivo illecito determinate – mantenendo la medesima tutela "forte" consistente nella reintegrazione. Qualche problema interpretativo è sorto a fronte della modifica introdotta per il contratto a tutele crescenti in seguito all'emanazione del Jobs Act mediante l'art. 2, d.lgs. n. 23/2015. Tale disposizione, come è noto, ha escluso dall'ambito della tutela "forte" i licenziamenti la cui nullità deriva dall'art. 1345 cod. civ., ammettendo solo quelli per i quali sia espressamente prevista dalla legge la nullità, e creando così il rischio di sottrarre questo tipo di licenziamento alla tutela reale con risarcimento del danno. In merito, oltre alla critica per l'infelice formulazione legislativa, è condivisibile la tesi ricostruttiva che, in primo luogo, configura il licenziamento di ritorsione come sorretto comunque da causa illecita ai sensi dell'art. 1343 codici. da cui deriva in ogni caso la nullità dell'atto[4]; in secondo luogo, l'ipotesi interpretativa che, valorizzando l'interpretazione sistematica, svaluta il termine "espressamente" ed estende il regime di tutela "forte" ad ogni possibile forma di licenziamento nullo sinora ammessa dall'ordinamento secondo i principi generali di diritto civile[5].

3. *Ambiti di comparazione, nozione di "particolare svantaggio" in caso di d. indiretta*

La prevalenza della nozione "oggettiva" è saldamente ancorata alla definizione di discriminazione adottata dalle direttive, e condivisa dai decreti attuativi, sia in caso di discriminazione diretta che in caso di discriminazione indiretta.

A) Ai sensi dell'art.2, c.1 lett. a) dei d.lgs. 215 e 216, la d. diretta si realizza quando: "per la razza o l'origine etnica, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona viene trattata in modo più sfavorevole di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in situazione analoga".

La tecnica utilizzata pone in risalto, pertanto, la differenza di trattamento emergente

4 Carinci M.T. *Licenziamento discriminatorio alla luce della disciplina nazionale: nozioni e distinzione, RIDL* n.3, II, Focus sul licenziamento discriminatorio, 720; C. Zoli *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604/66 al d.lgs. n. 23 del 2015, in* Ferraro G. (*a* cura di), *I licenziamenti, in QADL n.4*/2015, 93.

5 A. Perulli A. (2015), *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi. Un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro,* in A. Perulli, L. Fiorillo (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015 n. 22 e 23,* Giappichelli, Torino.

da una comparazione che può avvenire non soltanto fra due posizioni simultanee ma anche con situazioni passate o ipotetiche. Si tratta di una tecnica finalizzata a far emergere più che le discriminazioni palesi, più rare, quelle occulte e quelle che attengono a comportamenti omissivi, molto più frequenti ma più difficili da individuare. La comparazione con situazioni passate permette di confrontare il trattamento in discussione, per es. una mancata promozione, con il comportamento tenuto in passato verso un dipendente del medesimo datore di lavoro a cui viceversa era stata attribuita avendo le medesime competenze professionali di colui cui è stata negata e, guarda caso, appartiene ad una delle categorie cui si applica il divieto di discriminazione. La comparazione ipotetica permette di rispondere al ragionamento "se non fosse – allora", ovvero: "se non fosse una donna, sarebbe stata promossa", "se non fosse disabile sarebbe stato assunto". Questo modo di procedere è stato utilizzato, fra l'altro, in Germania per porre in luce le diseguaglianze retributive subite del personale straniero di un'impresa rispetto ai lavoratori di nazionalità tedesca (se non fossero stranieri, la retribuzione sarebbe stata identica), ma in generale permette di effettuare la comparazione anche in situazioni che apparentemente non lo consentirebbero. La nozione di discriminazione mantiene una natura eminentemente relazionale, e la comparazione ipotetica permette di affrontare anche le fattispecie che nel quadro normativo apparentemente sono esenti dall'esigenza di effettuare la comparazione, come nel caso delle molestie, e delle molestie sessuali. Si tratta di situazioni che, peraltro, non sempre coincidono con discriminazioni dirette o indirette, ma sono solo considerate come tali dall'ordinamento al fine di assicurare la medesima protezione alle vittime dei comportamenti molesti, sotto il profilo dell'alleggerimento dell'onere della prova, delle azioni in giudizio e dei rimedi e sanzioni.

Proseguendo nell'analisi, va ricordato che la definizione di discriminazione diretta è leggermente diversa nel campo delle discriminazioni di genere, ai sensi dell'art.25 Codice Pari Opportunità[6], ma non rimette in discussione quanto detto finora sul piano generale, e fermo restando la specifica estensione della nozione di discriminazione alle violazioni dei diritti concernenti la maternità e la paternità.

B) La nozione di discriminazione indiretta[7], di derivazione anglo-americana, è basata sull'impatto sfavorevole derivante da trattamenti che pure sono apparentemente neutri, e dunque emerge dagli effetti negativi che produce sui soggetti protetti dai divieti di discriminazione. Essa ha subito un'evoluzione nel tempo, transitando da una fase in cui l'impatto era definito come "sproporzionato" e quindi imponeva di considerare quanti fossero coloro che subivano l'impatto negativo dal trattamento in questione rispetto a quelli che ne fossero esenti, alla nozione attuale che si limita a far riferimento al "particolare svantaggio" subito dalle persone rientranti nelle categorie portatrici dei fattori considerati dalla disciplina in materia, a seguito di un atto, comportamento, trattamento, prassi etc. In merito, una recente sentenza della

6 Art. 25 "Costituisce discriminazione diretta, ai sensi del presente titolo, qualsiasi disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento, nonché' l'ordine di porre in essere un atto o un comportamento, che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e, comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga

7 Art. 2, c.2 lett. b) DHLs 215 e 216.

CGUE[8] ha affermato che il "particolare svantaggio" non implica necessariamente che esso deve essere grave, ma soltanto "apprezzabile". Di conseguenza, anche in questo caso è rimesso al giudice l'accertamento dello svantaggio a seconda delle caratteristiche proprie delle situazioni in gioco, che spesso si può individuare solo ex-post in base ai soggetti coinvolti.

In passato il divieto di discriminazione indiretta è stato applicato in materia di parità u/d nel lavoro a fronte di bandi di concorso che richiedevano il possesso di requisiti di tipo fisico o professionale, posseduti in via maggioritaria dagli uomini rispetto alle donne come requisiti di altezza, forza fisica, o di particolari titoli di studio, ritenuti *prima facie* discriminatori. Di conseguenza, se ne era valutata la necessità effettiva rispetto alla attività lavorativa e la loro illegittimità oppure sostituibilità con requisiti a minor impatto negativo. Quest'ultimo caso si è verificato con riferimento alla parità u/d nel lavoro e al requisito dell'altezza che attualmente è limitato a specifici casi definiti legislativamente ma deve essere in ogni caso stabilito tenendo conto dell'altezza media che caratterizza uomini e donne.

4. Deroghe alle discriminazioni dirette e indirette in base alla giurisprudenza europea e interna

La nozione di discriminazione va considerata anche tenendo conto delle deroghe consentite all'applicazione del divieto, che permettono in certi casi di adottare comportamenti altrimenti illegittimi. La disciplina sul punto è differenziata a seconda che si tratti di d. dirette oppure indirette, e occorre considerare, altresì, ulteriori limiti specifici al campo di applicazione dei divieti.

Secondo il principio stabilito dalle direttive, le deroghe possono riguardare solo casi strettamente limitati, e sono sottoposte comunque alla condizione del rispetto di una finalità legittima e di essere proporzionate rispetto al fine da raggiungere. In tal modo obiettivi legittimi di necessità imprenditoriale, oppure di politica sociale, possono trovare accoglimento ma solo entro gli stretti limiti sanciti dalla disciplina in materia, nel senso che non sarà sufficiente invocare una generica "razionalità" organizzativa oppure il perseguimento di obiettivi di politica sociale concepiti senza tener conto dei possibili effetti discriminatori[9].

Quanto alla <u>discriminazione diretta</u>, il filtro imposto dalla normativa europea e nazionale ammette la deroga solo nei casi in cui il requisito sia "essenziale e determinante" per lo svolgimento dell'attività lavorativa, avendo una effettiva e stretta

8 CGUE 16 luglio 2015 C-8314 *Cetz*, commentata da A. Guariso, *La tutela giurisdizionale contro le discriminazioni nel dialogo tra le Alte Corti*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione* cit. p.417.

9 Emblematica da tale punto di vista la sentenza CGUE 22.11.2005 C-144/04 *Mangold* che ha ritenuto illegittimo per contrasto con il divieto di discriminazione per età nei confronti dei lavoratori una legge tedesca che incentivava l'assunzione con contratto a tempo determinato, pertanto meno tutelante di quello a t. indeterminato, di persone che avessero superato i 60 anni senza considerare né le condizioni del mercato del lavoro né le qualificazioni professionali di tali lavoratori.

correlazione con le mansioni da svolgere[10]. Un'occasione di approfondimento in merito è stata fornita di recente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in alcune sentenze in materia di licenziamento e di diniego di assunzione[11]. In una delle sentenze relative al licenziamento, si trattava di una discriminazione per motivi religiosi attinente al porto del velo (Hijab che copre capelli e collo) che una lavoratrice musulmana si era vista imporre di togliere unicamente per compiacere la richiesta di un cliente dell'impresa presso il quale la dipendente, ingegnere elettronica, si era recata per svolgere le mansioni di assistenza ai computers. In quel caso la discriminazione viene considerata come discriminazione diretta, essendo rivolta solo a lei e dunque contro una specifica religione, potendosi escludere inoltre che il porto del velo abbia alcuna attinenza con le mansioni affidatele. Inoltre, assecondare la richiesta del cliente avrebbe significato permettere a quest'ultimo di manifestare la propria intolleranza religiosa, in aperto contrasto con lo scopo della Direttiva. In tal caso, pertanto, l'obiezione del datore di lavoro non aver avuto alcuna intenzione di discriminare la lavoratrice e di temere la perdita del cliente non possono essere accolte.

L'altro caso relativo alla medesima questione di rifiuto di togliere il velo su richiesta del datore di lavoro[12] è stato invece inquadrato come discriminazione indiretta, rispetto alla quale le deroghe sono concesse in misura più ampia, ovvero qualora il requisito richiesto sia rispondente ad un obiettivo legittimo e le sue modalità attuative siano necessarie e proporzionate al fine da raggiungere[13]. In questo caso a far pendere la bilancia verso la richiesta del datore di lavoro sta il fatto che si trattava di un imprenditore operante nel campo dell'accoglienza che aveva adottato una strategia volta esplicitamente a perseguire un' "immagine di neutralità" dell'azienda, a seguito della quale vigeva da tempo una regola non scritta per cui agli addetti a mansioni di front-desk era vietato esibire alcun simbolo né di appartenenza religiosa né di altre opinioni personali[14].

10 Ai sensi dell'art. 3, c. 3 d.lgs. 215 e 216 la formula è la seguente: qualora, per la natura dell' attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito **essenziale e determinante** ai fini dello svolgimento dell'attività medesima".

11 CGUE 14.3.2017 *Bagnaoui* C-188/15.

12 CGUE14.3. 2017 *Achbita* C- 157/15.

13 Art. 3, c.4 d.lgs. n. 215 e 216: "Non costituiscono, comunque, atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento che, pur risultando indirettamente discriminatorie, siano giustificate **oggettivamente** da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari". Ai sensi dell'art. 25, c.2 Codice PO: " Si ha discriminazione indiretta, ai sensi del presente titolo, quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell' attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari".

14 La stessa lavoratrice, peraltro, aveva rispettato tale regola fino a quando, rientrando al lavoro dopo un'assenza, aveva preteso di portare il velo asserendo che non vi era alcuna regola scritta che lo vietasse. Il datore di lavoro con l'assenso del comitato dei rappresentanti del personale aveva allora introdotto per iscritto tale divieto esteso a tutte le forme di manifestazione di adesione a credo religioso o a convinzioni o appartenenze di altro tipo.

Va sottolineato che la sentenza della CGUE impone al giudice nazionale preventivamente di verificare se realmente tale regola non scritta era stata applicata in modo imparziale a tutto il personale e per un periodo consistente, e solo se tale rigoroso accertamento avesse dato esito positivo si poteva considerare che la regola avesse effettivamente carattere generale, e dunque potesse ricadere nella fattispecie di discriminazione indiretta in quanto appunto trattamento apparentemente neutro, e rivolto alle opinioni non soltanto religiose ma di tutti gli altri tipi.

La sentenza è interessante sotto il profilo più generale della distinzione tra d. dirette e d. indirette. L'inquadramento come discriminazione indiretta è stato affermato dalla sentenza basandosi sul fatto che ricorrevano gli elementi tipici della fattispecie, ovvero il trattamento neutro e l'esistenza di un impatto differenziato tale da mettere in una situazione di particolare svantaggio coloro la cui religione imponga di esibire il simbolo di appartenenza, a differenza di coloro che ne siano esenti. In effetti questo approccio appare condivisibile, nonostante una parte dei commentatori abbia sostenuto la tesi contraria[15].

Occorre sottolineare un altro elemento importante del ragionamento complessivo. Venendo in gioco l'esercizio di un diritto fondamentale legato alla manifestazione della libertà religiosa in *forum externo,* nonché delle altre opinioni, ove il divieto fosse stato assoluto e imposto a tutti i dipendenti dell'impresa non avrebbe comunque potuto essere considerato legittimo. Infatti sul punto la sentenza precisa che la condotta del datore di lavoro nell'affermare l'esigenza di fornire una immagine di neutralità dell'impresa è legittima, in quanto espressione della libertà economica riconosciuta come diritto fondamentale, solo in quanto ne siano immediatamente coinvolti esclusivamente i lavoratori addetti al contatto costante con i clienti nell'attività di front-desk. In realtà il dibattito è molto aperto in quanto parte della dottrina non condivide l'idea che un'impresa privata possa assumere liberamente la decisione di adottare una politica di neutralità aziendale, e altresì ci si chiede se tale politica non potrebbe essere realizzata mediante una "neutralità positiva" che consenta a tutti di manifestare senza restrizioni la propria appartenenza religiosa o di altro tipo, in senso inclusivo piuttosto che esclusivo[16].

La soluzione adottata dalla sentenza approfondisce anche un altro aspetto di rilievo, incentrato sul giudizio di proporzionalità della misura sanzionatoria adottata. Sotto tale profilo afferma che il licenziamento risulta troppo grave e, in chiave di equo bilanciamento tra diritti fondamentali, impone al datore di lavoro di ricercare soluzioni alternative che non comportino eccessivi costi per l'impresa, come per es. il trasferimento a mansioni che non richiedano il costante contatto con gli utenti; oppure altre soluzioni che consentano di conciliare l'esigenza dell'impresa alla politica di neutralità e quelle religiose delle lavoratrici. In tal modo è stato introdotto il principio del licenziamento come *extrema ratio* e l'obbligo di trovare soluzioni

15 R. Sanlorenzo, op.cit. supra nota 3.

16 S. Scarponi, *L'appartenenza confessionale delle donne lavoratrici davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea,* in Daimon – Diritto comparato delle religioni, n. speciale 2018, Donne, diritti e religioni

ragionevoli, quali il *repechage* che nel nostro ordinamento è applicabile in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, con onere della prova a carico del datore di lavoro.

La tematica inerente al divieto di discriminazione per motivi religiosi è stata affrontata anche dalla giurisprudenza interna ed è estremamente attuale dato il pluralismo religioso che oramai caratterizza la nostra società. La condizione della stretta correlazione tra il requisito attinente la religione o le opinioni personali e le mansioni da svolgere, insieme al vaglio di proporzionalità, costituisce un criterio che si avvicina molto a quello dell'essenzialità previsto in caso di discriminazioni di genere nel nostro ordinamento.

Va richiamata in materia una sentenza della C.A. Milano che ha ritenuto discriminatorio il diniego di avviare una lavoratrice da parte di un'agenzia di selezione del personale perché non intendeva togliere il velo islamico che copre i capelli (Hijab) come richiesto dal cliente (che voleva assumere una hostess con capelli lunghi e vaporosi per una fiera della calzatura)[17]. Benché la sentenza in questione abbia posto l'accento sul fatto che neppure il cliente aveva qualificato tale requisito come essenziale, trattandosi di mansioni di distribuzione di volantini, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia è da ritenere che la correlazione tra requisito e mansioni debba essere oggettiva e sottoposta al vaglio del giudice, anziché dipendere dalle valutazioni soggettive del datore di lavoro.

5. Deroghe e regimi specifici

In riferimento a specifici fattori di discriminazione la legislazione stabilisce regimi particolari che autorizzano delle deroghe al divieto. Senza entrare in una analisi specifica che verrà approfondita negli incontri tematici del corso, va ricordato che uno dei più importanti attiene alla discriminazione per età, la cui disciplina delle deroghe è molto ampia. L'art. 3, c. 4-bis d.lgs. n.216 fa salve disposizioni che prevedano particolari condizioni per l'accesso al lavoro, alla formazione professionale, ma anche per il licenziamento, finalizzate a promuovere politiche occupazionali di inserimento professionale di giovani, persone anziane o persone con familiari a carico, o di assicurare la protezione degli stessi, e fermo restando il requisito della proporzionalità. In materia ha fatto discutere la giurisprudenza della CGUE che, mentre nella citata sentenza Mangold aveva ritenuto illegittimo il sistema tedesco di promozione dei contratti a termine per favorire l'assunzione dei lavoratori anziani, più di recente, con la sentenza *Abercrombie*[18], ha ritenuto legittimo il licenziamento di un lavoratore assunto con contratto di lavoro intermittente al compimento di 25 anni, sul presupposto che veniva in tal modo favorito l'avvicendamento con altri lavoratori giovani.

---

17 C. A. Milano 29.5. 2016 in RIDL 2016, n.4, II, p. 821, con nota di M. Peruzzi, *Il prezzo del velo: ragioni di mercato, discriminazione religiosa e quantificazione del danno non patrimoniale.*

18 CGUE 19.7.2017 C-143/16 *Abercrombie Fitch,* su cui L. Calafà, *Teoria e pratica del diritto antidiscriminatorio del lavoro nel caso Abercrombie Fitch*, in Bonardi, op.cit.

Sono fatte salve, inoltre, ai sensi dell'art.3, co. 2, d.lgs. n. 216, le disposizioni che attengono alla sicurezza e protezione sociale, alla sicurezza pubblica e prevenzione dei reati, a questioni di stato civile e di prestazioni che ne derivano, di accesso alle forze armate limitatamente ai fattori di età e di handicap. Deroghe sono previste, altresì, in materia di discriminazioni di genere nel campo della moda, arte e spettacolo, se si tratti di mansioni in cui l'appartenenza a un determinato genere sia essenziale.

Un ambito in cui trovano limiti i divieti di discriminazione per motivi religiosi o di altre opinioni e ideologie concerne le organizzazioni di tendenza, ai sensi dell'art. 5 d.lgs. n. 216, salva, anche in questo caso, la prova di una stretta correlazione tra il requisito di appartenenza richiesto dal datore di lavoro e l'attività o il contesto lavorativo, rispetto al quale il requisito deve essere essenziale e determinante.

Tale principio è stato riaffermato in caso di discriminazioni a carattere religioso e organizzazioni di tendenza da recenti importanti sentenze della CGUE. Si trattava in un caso della mancata assunzione di una candidata in quanto non appartenente ad una delle chiese cristiane menzionate in un bando di concorso di una chiesa evangelica[19], in altro caso del licenziamento di un dirigente medico del reparto di cardiologia di un ospedale gestito da un ente religioso accusato di aver violato il codice di comportamento per essersi risposato civilmente dopo il divorzio[20]. In entrambi i casi, tali provvedimenti datoriali sono stati considerati illegittimi per la ragione descritta, affermando la Corte il rispetto del vaglio giudiziario in tutti i casi in cui non sia in gioco l'attività della chiesa di elaborazione e di propaganda e comunicazione della dottrina religiosa, principio applicabile anche alle altre organizzazioni di tendenza.

Anche la giurisprudenza interna ha affrontato la questione della correlazione tra requisiti e mansioni affidate al dipendente sotto il profilo della possibile discriminazione in impresa di tendenza. Il caso riguardava il mancato rinnovo di un contratto di incarico temporaneo di insegnamento nei confronti di una lavoratrice da parte di un ente religioso che gestiva una scuola privata parificata, dopo aver indagato sul suo orientamento omosessuale, di cui è stata affermata la natura discriminatoria[21].

Infine va menzionato l'ambito del divieto di discriminazione per motivi di razza o di origine etnica, che ammette deroghe per ciò che riguarda le disposizioni in materia di ingresso e soggiorno e accesso all'occupazione dei cittadini dei paesi terzi o apolidi (art. 3, c. 2, d.lgs n. 215) fermo restando il coordinamento con il T.U. sull'immigrazione che verrà esaminato in altro incontro durante il corso.

---

19 CGUE *Egenberger* 17 aprile 2018 C-414/2016

20 CGUE *I.R.* 11 settembre 2018 C-68/17.

21 C.A. Trento 7/3/2017, n. 14, in RIDL 2017, con nota di R. S. Rugiu "Il caso della docente di una scuola religiosa: la discriminazione per orientamento sessuale nelle organizzazioni di tendenza", 790. In merito Cass. 3/10/2016 n. 19695, in Lav. Giur. 2017, 200, ha affermato che: "Ai sensi degli artt. 3 e 4 della l. 11 maggio 1990, n. 108, il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie è nullo, con conseguente diritto del lavoratore alla reintegrazione nel proprio posto di lavoro, anche ove il datore di lavoro sia una delle cd. organizzazioni di tendenza".

6. *Evoluzione della nozione di discriminazione vietata*

Come si è già ricordato, l'influenza dispiegata dalla normativa di fonte sovranazionale ha permesso di approdare alla nozione oggettiva di discriminazione, distinguendo rispetto alla fattispecie di atto o negozio viziato da motivo illecito determinante, con rilevanti conseguenze sotto due profili. Il primo riguarda l'alleggerimento dell'onere probatorio, non dovendo essere più fornita la prova dell'*animus nocendi* dell'autore della discriminazione, e il secondo la possibilità di affermare la sussistenza della discriminazione anche in presenza di altri motivi concorrenti, non ricorrendo più la necessita che si tratti di un motivo illecito unico e determinante. Ciò permette di allargare lo spettro delle situazioni che ricadono sotto il regime dei divieti di discriminazione ampliandone la sfera di protezione. Un caso esemplare al riguardo è stato deciso molti anni fa, in cui 2 lavoratori avevano commesso un'infrazione disciplinare per la quale soltanto uno, tuttavia, era stato sanzionato con il licenziamento. Il giudice indagò oltre la esistenza della mancanza commessa per stabilire se il provvedimento fosse comunque discriminatorio. Altri esempi potrebbero riguardare l'esistenza di discriminazioni pur in presenza di ragioni organizzative a sostegno di determinati provvedimenti assunti dal datore di lavoro.

Un altro aspetto rilevante della nozione di discriminazione attiene alla sua natura anche solo potenziale. È pacifico che anche il mero annuncio può avere contenuto discriminatorio, per es. se si tratta di offerte di lavoro che fanno riferimento a requisiti discriminatori vietati, o di altre manifestazioni discriminatorie, come nel caso di un noto avvocato che aveva espresso la volontà di non voler avere collaboratori gay per timore di perdere la sua clientela. Al riguardo occorre citare una sentenza importante della Corte di Giustizia attinente al caso di un datore di lavoro che aveva pubblicamente dichiarato di non voler assumere lavoratori di colore, qualificata come discriminazione diretta[22]. Il criterio opera anche dal lato del lavoratore, se questi manifesta l'intenzione di fare qualcosa che dà luogo ad un provvedimento discriminatorio, ove è rilevante il collegamento temporale tra la manifestazione del lavoratore e il provvedimento negativo nei suoi confronti. In tema si possono citare i casi di un lavoratore che aveva manifestato al datore di lavoro la volontà di sottoporsi ad un'operazione per mutare sesso, onde richiedere giorni di congedo, ed era stato licenziato pochi giorni dopo[23]; e quello della lavoratrice che aveva manifestato al proprio datore di lavoro l'intenzione di sottoporsi alla PMA per informarlo che avrebbe avuto necessità di assentarsi durante il periodo dell'intervento, ed era stata licenziata, che formato oggetto della citata sentenza Cass. 6575/2016.

Un'altra interessante evoluzione della nozione di discriminazione, derivante dalla giurisprudenza della CGUE, riguarda la discriminazione "associata" che protegge la persona che abbia rapporti diretti con il soggetto coperto dai divieti di discriminazione. Originato dalla materia dei divieti di discriminazione nei confronti del disabile (CGUE *Coleman*[24]) per tutelare i familiari che se ne prendono cura, tale nozione è

22 CGUE 10.7.2008 C-54/07 *Feryn e* CGUE 25.4.2020 C-507/18 *NH. Avvocatura LGBT.*
23 CGUE 30.4.1996, *P .v. S. e Cornwall County,* C-15/94.
24 CGUE 17.6. 2008 *Coleman* C-303/06.

stata estesa ad altre situazioni ed è ricca di potenzialità applicative. Particolarmente interessante la recente sentenza (CGUE *Cetz),* già citata*,* riguardante il caso di un'etnia rom abitante in un condominio nel quale l'ente gestore della fornitura elettrica aveva deciso di mantenere ad un'altezza molto elevata i contatori per timore di manomissioni. Un inquilino abitante nello stesso stabile, benché non appartenente alla medesima etnia, aveva lamentato di subire un particolare svantaggio per la difficoltà ad accedere a servizi elettrici e la sentenza ha accolto tale ricorso, non ritenendo pertanto necessario, come già visto, dimostrare un particolare livello di gravità dello svantaggio dovuto al fatto di essere in rapporto di vicinanza all'etnia tutelata dai divieti di discriminazione. Si tratta dunque di un principio interpretativo fecondo di possibili ampie applicazioni.

Acquisisce sempre maggiore importanza, infine, la caratteristica di intersezionalità delle discriminazioni, ovvero di concorso di più fattori che aumentano il rischio e la gravità delle discriminazioni, come nel caso di disabilità che si aggiunga all'essere di diversa etnia, oppure di genere femminile, oppure di diverso orientamento sessuale, ma altri esempi possono aggiungersi. In questi casi l'attenzione deve essere moltiplicata, data anche la maggiore difficoltà del soggetto discriminato a potersi difendere personalmente, che accentua l'importanza del ruolo delle istituzioni sia pubbliche che private e degli enti esponenziali nell'azione di tutela. Possono sorgere anche questioni di individuazione della norma applicabile, tenuto conto della molteplicità delle fonti di regolamentazione. Così per es. nel caso citato della lavoratrice musulmana qualificato come discriminazione indiretta è stata segnalata la possibilità, ove si verificasse un caso analogo nel nostro paese, di applicare il T.U. sull'immigrazione, all'art. 43, c.2 e i relativi criteri concernenti le giustificazioni del datore di lavoro che non sono del tutto coincidenti con quelli derivanti dai decreti legislativi 215 e 216[25].

In merito va ricordato, per ciò che attiene in particolare gli aspetti lavoristici, il ruolo delle consigliere e dei consiglieri di parità, che sono dotati di legittimazione ad agire in caso di discriminazioni collettive, anche se non ne siano immediatamente identificabili le vittime, e pertanto possono ricorrere al giudice in casi come quelli ricordati di bandi di concorso o annunci di lavoro contenenti requisiti discriminatori. Altri soggetti chiamati ad operare controlli nella fase preassuntiva sono le agenzie di selezione del personale o le agenzie di lavoro interinale, tenute altresì al rispetto del divieto di indagine affermato dall'art. 8 Statuto del Lavoratori, che impone di prendere in considerazione esclusivamente gli aspetti che costituiscono requisiti di idoneità all'attività lavorativa che dovrà essere svolta dal lavoratore o dalla lavoratrice.

25 N. Colajanni *Il velo delle donne musulmane tra libertà religiosa e libertà di impresa, https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-velo-delle-donne-musulmane-tra-liberta-di-religione-e-liberta-d-impresa_21-03-2017.php;* nello stesso senso M. Peruzzi, La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio, Giappichelli, 2017, p.189.

Il licenziamento discriminatorio

*Andrea Lassandari**

La collega Stefania Scarponi, che mi ha preceduto, ha indubbiamente facilitato il mio compito: perché attraverso una relazione molto completa e puntuale ha descritto gli elementi fondamentali della fattispecie discriminatoria.

Ci si può in effetti a questo punto chiedere perché dedicare al licenziamento un intervento specifico. Emergono tuttavia varie ragioni che rendono opportuna questa scelta. Intanto l'importanza delle questioni concernenti il licenziamento, istituto centrale per il rapporto di lavoro subordinato e per l'intero diritto del lavoro.

Noi sappiamo che negli interventi più recenti del legislatore sono state introdotte nuove disposizioni sul licenziamento, su cui tornerò in modo più puntuale: queste incidono sull'istituto ma – e qui dico una cosa ovvia che però oggi merita di essere sottolineata - hanno profondi impatti sull'intero diritto del lavoro. Perché facilitare il licenziamento significa ostacolare o impedire l'accesso all'insieme dei diritti spettanti al prestatore. Si tratta in effetti di un istituto che svolge un ruolo strategico.

D'altra parte vicende concrete, specifiche norme e soprattutto distinti orientamenti di carattere interpretativo rendono la vicenda del licenziamento discriminatorio storicamente separata da quella concernente la discriminazione in generale. Potrei dire così: quello che Stefania Scarponi ha spiegato molto bene, fino ad un paio di anni fa tutto sommato poteva dirsi che non valesse per i licenziamenti. Soprattutto in considerazione degli indirizzi dominanti di fronte alla Corte di Cassazione.

Aggiungo che alla luce sempre di questi ultimi orientamenti, l'accesso alla tutela risultava estremamente complicato per il prestatore; anche se, come vedremo, resta tutt'altro che semplice pure oggi...

Fino al 2012 tuttavia non se ne era accorto nessuno, potrebbe dirsi. Perché fino alla c.d. "riforma Fornero" in una impresa di medie o grandi dimensioni – sintetizzo così – un lavoratore illegittimamente licenziato aveva diritto alla reintegrazione, qualunque fosse il vizio del licenziamento. Poteva essere un vizio formale; il licenziamento poteva essere privo, come di fatto avveniva nella gran parte dei casi, di giustificazione ovverosia di giusta causa o giustificato motivo; poteva appunto anche emergere una discriminazione.

** Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Bologna, sede di Ravenna.*

Non c'era quindi bisogno, per il lavoratore illegittimamente licenziato, di dare dimostrazione dell'esistenza di una discriminazione al fine di essere reintegrato, come dal 2012 invece accade. Il lavoratore poteva ottenere il medesimo risultato limitandosi ad affermare che il licenziamento fosse privo di giusta causa o giustificato motivo, posto che secondo le norme l'onere della prova sulla giustificazione del licenziamento ricadeva e tuttora ricade sul datore.

Anche il giudice d'altra parte era ben lieto di limitare l'accertamento a questo profilo. Non c'erano in effetti ragioni per andare oltre e verificare se il licenziamento fosse discriminatorio.

Teoricamente l'interesse a far emergere la discriminazione poteva invece apparire a proposito dei licenziamenti nelle piccole imprese, considerato che in tal caso la tutela riconosciuta a fronte di licenziamento ingiustificato era (e resta) invece ben inferiore rispetto a quella spettante in presenza di licenziamento discriminatorio e cioè appunto la reintegrazione. Ma nelle piccole imprese il contenzioso non è mai stato così rilevante: forse anche perché la prova dei fatti sostenuti di fronte al giudice non di rado risulta ancora più complessa per il prestatore.

Cosicché fino a pochi anni addietro il tema del licenziamento discriminatorio è stato, potrebbe essere detto, di "nicchia". Un tema fondamentalmente dottrinale. Le cause non erano molte. La consuetudine con questi strumenti era limitata presso tutti gli operatori: avvocati, giudici anche giuristi.

Perché in effetti è stato piuttosto ristretto pure l'ambito di studiosi che si è occupato del tema: in grande prevalenza peraltro composto da studiose. Io sono una piccola eccezione in questo campo.

Per tornare però ai concreti episodi cui facevo cenno, di licenziamenti discriminatori si comincia a discutere già immediatamente dopo il sorgere della Repubblica.

Negli anni cinquanta infatti si presenta il caso Santhià, dipendente della Fiat, un ingegnere se non ricordo male, aderente al partito comunista, che svolge attività sindacale e per questa ragione (credo neanche celata) viene licenziato. In un contesto generale che - lo ricordo – consentiva allora al datore di licenziare liberamente.

Sulla questione sorge un dibattito in dottrina. Ed alcuni studiosi sostengono che il licenziamento sia invalido perché emergerebbe un motivo illecito, ai sensi dell'art. 1345 c.c.: norma ritenuta operante anche per gli atti unilaterali, come il licenziamento, secondo l'art. 1324 c.c.

Poi - si badi bene - la discussione nelle riviste giuridiche non è che avesse allora grandi impatti concreti. Nella realtà il sig. Santhià non è tornato a lavorare in Fiat. E come lui migliaia di persone, negli anni cinquanta e sessanta licenziati per ragioni che oggi definiremmo discriminatorie, in connessione ai fattori politico e sindacale. E questo è tanto vero che in seguito sono state approvate varie "leggine", volte a ricostruire la posizione previdenziale dei lavoratori licenziati per queste ragioni.

Quindi in Italia la discriminazione si presenta proprio nella forma del licenziamento: ed in connessione a ragioni politiche e sindacali. Infatti la legge n. 604 del 1966, che introduce il nuovo e rivoluzionario principio della necessaria giustificazione del licenziamento – senza però che allora ne derivasse l'inefficacia del medesimo, ove ingiustificato: al prestatore riconoscendosi esclusivamente una indennità risarcitoria –, precisa come solo in tre casi il licenziamento sia nullo: laddove sia "determinato" appunto dal credo politico, sindacale e religioso (quest'ultimo riferimento trovando plausibilmente spiegazione nelle leggi razziali fasciste e nell'olocausto; forse anche nella possibile connessione con l'elemento politico).

Questi sono dunque i tre fattori originariamente considerati dall'ordinamento a proposito del licenziamento discriminatorio e delle discriminazioni in generale.

Contemporaneamente tuttavia va ricordato come già nel 1963 sia disposta la nullità dei c.d. licenziamenti per causa di matrimonio. In questo caso reagendosi a prassi diffuse, attraverso le quali il datore "si liberava" di lavoratrici di lì a breve probabilmente in gravidanza. La normativa infatti è sempre stata letta come introdotta a tutela della maternità.

Oggi però noi la definiremmo come anti-discriminatoria, anche se la legge continua tuttora a presentare in modo distinto le due ipotesi: sia pure transitando attraverso la protezione della maternità, anche la discriminazione sessuale fa così la sua prima timida comparsa nell'ordinamento.

Poi interviene l'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, norma di cui già si è parlato. Molto importante perché qui sono confluiti, grazie alle diversificate previsioni seguite nel tempo, tutti i fattori previsti dall'ordinamento dell'Unione europea come discriminatori. Di nuovo però nel testo originario era alle sole ragioni sindacali, politiche e religiose che veniva rivolta attenzione.

Solo nel 1977, con la legge n. 903 sulla parità di trattamento tra lavoratrici e lavoratori, si aggiungono nel testo dell'art. 15 riferimenti al sesso, oltre che alla lingua ed alla razza. E da allora proprio il sesso – anzi il genere, come si preferisce di lì a breve indicare – diventa il fattore fondamentale di riferimento nel nostro ordinamento, quanto alle discriminazioni, anche a causa dell'influenza esercitata dalla (allora) Comunità economica europea.

Infine solo di recente, attraverso i decreti legislativi pure già citati nn. 215 e 216 del 2003, si aggiungono gli ulteriori fattori dell'età, disabilità, orientamento sessuale e convinzioni personali: nel cui ambito rientrano pure le opinioni politiche e sindacali, in Italia già ben note.

L'insieme delle ragioni discriminatorie contenute nell'art. 15 tuttavia – prima questione che si pone – individua un elenco esemplificativo o tassativo?

La risposta che negli sessanta e settanta viene data, pur a fronte di un elenco meno vasto del vigente, in dottrina e soprattutto giurisprudenza è prevalentemente nel segno di un elenco esemplificativo. Perché prevale questo punto di vista? Perché si con-

solida progressivamente la lettura volta a configurare il licenziamento discriminatorio quale ipotesi di motivo illecito: da cui si era appunto partiti nel famoso caso Santhià.

Conseguentemente si confondono e sovrappongono, anche nel linguaggio, il licenziamento discriminatorio ed il licenziamento denominato ritorsivo o di rappresaglia – che cioè avviene come reazione a legittime iniziative, giudiziali o stragiudiziali, assunte dal lavoratore, volte a tutelare le proprie ragioni – pure ricondotto al motivo illecito.

Secondo le norme fino ad ora citate il licenziamento discriminatorio è quindi nullo: mentre dal 1970, con l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, il lavoratore nelle unità produttive medie o grandi, in caso di licenziamento discriminatorio (ma, come si diceva, anche ingiustificato ed inefficace per ragioni di forma), ha diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro.

Solo nel 1990 viene invece stabilito che il lavoratore licenziato per ragioni discriminatorie abbia sempre diritto alla reintegrazione. In qualunque luogo di lavoro pertanto operi: e persino nei pochissimi casi residui in cui il datore può licenziare senza giustificazione, come ad es. avviene per il lavoro domestico.

Ebbene in questo nuovo contesto normativo l'elenco dei fattori discriminatori va ritenuto ancora esemplificativo o tassativo? La prima risposta continua ad imporsi perché resta sempre ferma la configurazione del licenziamento discriminatorio come ipotesi di motivo illecito.

L'impostazione è per la verità sempre più chiaramente messa in discussione in dottrina. Perché gli studiosi fanno correttamente riferimento alla nozione presente nell'ordinamento comunitario ed alla giurisprudenza della Corte di giustizia: da lì emergendo un assetto molto diverso, già illustrato da Stefania Scarponi.

In Italia invece la Cassazione in particolare tiene fermo l'approccio consolidato di riconduzione al motivo illecito.

Che problema ne deriva? E' stato già precisato ma brevemente lo ripeto. Seguendo questa impostazione il lavoratore licenziato è tenuto a dimostrare due cose: innanzitutto, trattandosi di una nozione di carattere soggettivo, che il datore di lavoro abbia avuto l'intenzione di discriminare. Già questa è una prova molto difficile: quasi diabolica.

Poi occorre provare che l'elemento discriminatorio sia esclusivo. Infatti se il datore ha un'altra ragione che lo legittima a licenziare, una ragione organizzativa prevalentemente, questa fa venire meno automaticamente il profilo discriminatorio.

È vero allora che la riconduzione al motivo illecito ha consentito astrattamente di apprestare una tutela, a fronte di un elenco di fattori fondamentalmente aperto. Tuttavia questa protezione, transitando necessariamente attraverso i due profili individuati, era in concreto difficilissima da acquisire.

Invece è corretto dire che la vicenda del licenziamento discriminatorio debba essere nettamente separata da quella concernente il motivo illecito. Resta in quest'ultimo ambito il licenziamento ritorsivo ma il licenziamento discriminatorio è cosa differente.

A ciò si giunge però nella giurisprudenza della Suprema Corte solo con la sentenza n. 6575/2016, che per la prima volta sovverte il tradizionale punto di vista: anche se il nuovo indirizzo è ancora evidentemente da assestare. Ciò avvenendo anche grazie a qualche elemento presente nel sistema normativo: infatti nell'art. 18, comma 1, della legge n. 300 del 1970, come modificato dalla legge n. 92 del 2012 (c.d. riforma Fornero), sono oggi esplicitamente distinte le ipotesi di licenziamento discriminatorio e di licenziamento per motivo illecito (nel cui ambito ricondurre appunto il solo licenziamento ritorsivo).

In un momento in cui, come già dicevo, c'è per la prima volta una grande attenzione alla problematica: perché solo se il licenziamento è nullo, nel cui ambito assume rilievo centrale il licenziamento discriminatorio, il lavoratore ha diritto alla reintegrazione nel luogo di lavoro.

È così abbastanza frequente che l'avvocato oggi provi a richiedere in via principale la reintegrazione, nel ricorso, per avere la tutela massima a beneficio del lavoratore proprio assistito, sul presupposto che il licenziamento sia discriminatorio: in questo modo la discriminazione guadagnando sovente il centro della scena. Così però indubbiamente emergono anche rischi: innanzitutto quelli legati al fatto che il tema non sia affrontato con l'attenzione che richiede.

In effetti la nozione, nonostante il superamento della connessione con il motivo illecito, resta comunque di molto complessa ricostruzione. Che cosa occorre dunque provare da parte del prestatore? Già ne parlava Stefania Scarponi.

Primo. Che ci sia un pregiudizio, un danno per il lavoratore. Questo è un aspetto relativamente semplice.

Secondo. Che ci sia un collegamento tra quel danno ed un fattore discriminatorio. Profilo ancora non molto complicato in diritto, anche se può esserlo notevolmente in fatto. Sono in effetti ammessi dati statistici, elementi indiziari, facilitazioni della prova, allo scopo di rendere meno gravoso il compito del prestatore, ma può risultare comunque complicato ricondurre il pregiudizio al fattore rilevante.

Poi però c'è un ultimo decisivo profilo: quello del bilanciamento tra ragioni del prestatore che subisce il pregiudizio e dell'impresa. Si tratta di aspetto in relazione al quale l'accertamento giudiziale della discriminazione resta in molti casi incerto ed imprevedibile: anche perché in tal caso assumono rilievo le sensibilità politiche, culturali, ideologiche del giudice.

Il bilanciamento di cui si parla va comunque evidentemente realizzato nel rispetto delle norme: emergendo al riguardo una notevole differenza se ci troviamo di fronte ad una discriminazione diretta o indiretta.

Se la discriminazione è diretta – mi esprimo ora in termini molto netti e semplificati, per ragioni di sintesi – le ragioni dell'imprenditore non prevalgono in effetti quasi mai. È – o dovrebbe essere – per lui molto difficile dimostrare che il criterio o la regola che hanno prodotto il danno al prestatore siano essenziali per la propria attività, come la legge impone.

Poi c'è anche giurisprudenza che traduce essenzialità con ragionevolezza: e questo è molto opinabile. Essenziale è concetto innanzitutto filosofico: significa fondamentale, ontologico appunto. Un elemento senza la cui presenza l'ente non può sussistere.

Ebbene se io intendo essenziale con questo rigore l'impresa molto difficilmente può far prevalere il suo punto di vista.

Per le discriminazioni di genere la normativa nazionale presenta ora un elenco tassativo di c.d. deroghe: si parla di moda, di spettacoli, di mansioni pesanti come individuate dalla contrattazione collettiva. Al di là di questi casi è in effetti difficile immaginare vicende in cui sia essenziale per l'impresa introdurre un criterio che penalizzi direttamente qualcuno in connessione al genere.

Se invece la discriminazione è indiretta, le ragioni dell'impresa assumono indubbiamente rilievo molto maggiore: ed il giudice deve decidere, nel bilanciamento tra opposte esigenze di tutela, seguendo un criterio di proporzionalità.

Allora è vero che oggi, una volta venuta meno la connessione con il motivo illecito, come ci si augura, sono stati superati gli ostacoli di cui si diceva. Restano però anche rispetto alla nozione che speriamo a questo punto si imponga problematiche rilevanti: a partire da quella connessa all'esito del bilanciamento. Il quale risulta decisivo: perché se il giudice ritiene prevalenti le ragioni dell'impresa, il pregiudizio connesso al fattore discriminatorio, pur esistente, non è qualificabile come discriminazione e tantomeno come illecito.

Il giudizio è però appunto prevedibile solo fino ad un certo punto! E questo resta un elemento di significativa difficoltà nell'impiego della tecnica di tutela.

Certo se la discriminazione è diretta i margini di rischio per chi agisce sembrano assai meno elevati. Può emergere però in tal caso un'altra questione: non sempre è così facile distinguere la discriminazione diretta dalla indiretta.

Prima abbiamo visto degli esempi. Il criterio neutrale applicato dall'impresa di cui si parla nella pronuncia Achbita della Corte di Giustizia (sentenza del 14 marzo 2017, nella causa C-157/15) può condurre ad una discriminazione diretta od indiretta, quanto al fattore religioso? L'impresa – lo ricordo – in tal caso non accetta alcun segno distintivo: non vuole il velo islamico, il turbante sikh, la croce cristiana, neanche la spilletta con scritto "sono ateo".

In tal caso la Corte di Giustizia dice appunto che si tratta di discriminazione indiretta quanto alla religione. Poi si può aggiungere che se fosse stata dedicata adeguata

attenzione al criterio delle convinzioni personali l'esito poteva forse essere diverso: perché una ipotetica discriminazione indiretta rispetto al fattore religioso potrebbe invece essere configurata come diretta, in relazione appunto alle convinzioni personali.

La connessione con la religione invece pone maggiori incertezze. Si pensi ad un altro caso, non di licenziamento, in cui una lavoratrice islamica, che porta il velo, non viene assunta, in una fiera, perché è ora richiesto il requisito del "capello vaporoso". In tal caso emerge una discriminazione diretta od indiretta quanto al fattore religioso? Si potrebbe anche dire indiretta, considerando ad es. che il criterio penalizza pure una lavoratrice sottoposta a trattamenti sanitari oncologici…

Come che sia il giudice invece in tal caso dice che la discriminazione è diretta (Corte di appello di Milano, sentenza del 4 maggio 2016). E questa qualificazione inziale – si ripete – sovente risulta decisiva: perché a partire di lì si giunge ora più prevedibilmente agli esiti. Quantomeno occorre in effetti registrare che quando il giudice qualifica il pregiudizio come possibile discriminazione diretta, finisce assai più spesso con il riconoscere quest'ultima, dando ragione al lavoratore. Quando invece opta per una considerazione come indiretta, nel caso della Corte di Giustizia analizzato come in altri, può più frequentemente accadere l'inverso.

Certo anche in quest'ultima ipotesi, se la valutazione di proporzionalità risulta negativa per l'impresa, può essere riconosciuta la discriminazione. Nel caso da ultimo indicato forse si sarebbe potuto qualificare il criterio come discriminatorio anche a fronte di una considerazione quale indiretta, alla luce delle mansioni richieste e del fatto che la fiera presso cui la lavoratrice avrebbe dovuto operare con il "capello vaporoso" ben in vista era di calzature… e non di acconciature, per così dire.

Allo stesso modo può essere detto per la vicenda di cui si parlava in precedenza: cioè quella di una lavoratrice esclusa da un concorso per vigili del fuoco per ragioni di altezza. Dopo peraltro che la medesima aveva svolto per molti anni quelle mansioni come volontaria.

Mi pare infatti che il requisito introdotto, quello dell'altezza, assuma rilievo come possibile discriminazione di genere di tipo indiretto, visto che statisticamente ed in modo incontestato il criterio svantaggia le lavoratrici. Mentre il giudizio di proporzionalità secondo me andrebbe svolto considerando le mansioni richieste: queste sono tali da rendere anche solo rilevante l'altezza? Parrebbe di no: e comunque si può aggiungere che così non sia avvenuto nei numerosi anni in cui la lavoratrice aveva già operato come vigile del fuoco.

Cosicché concluderei per la qualificazione discriminatoria. Aggiungendo che su ipotesi analoghe ci sono pronunce anche risalenti: e che la vicenda mi pare in generale meno complessa di quanto si possa dire a proposito del velo islamico.

Quindi anche a partire da una ipotesi di discriminazione indiretta non è precluso giungere ad un esito favorevole alla lavoratrice. Però, nel confronto con la discrimi-

nazione diretta, è senz'altro più raro che ciò accada: e comunque l'esito risulta assai più incerto.

In definitiva le tensioni e connessioni con il mondo extra-giuridico, politico, culturale, filosofico, religioso, ideologico, che le valutazioni sulla eguaglianza e la discriminazione portano con sé si scaricano soprattutto su alcuni profili tecnici, la cui gestione genera in conseguenza notevole incertezza: innanzitutto quello della qualificazione come diretta od indiretta; poi appunto del bilanciamento vero e proprio tra ragioni del lavoratore danneggiato e della organizzazione di impresa.

Allora ricapitolando oggi è molto importante la tutela antidiscriminatoria. Lo è sempre di più in generale, considerando le tendenze degli ordinamenti. Basti dire che negli Stati Uniti, in termini forse un po' sommari ma non scorretti, il posto del diritto del lavoro è stato preso dal diritto antidiscriminatorio; che nell'Unione europea pressoché solo quanto alla tutela antidiscriminatoria, negli ultimi venti anni, è avanzata la tutela dei lavoratori: sugli altri profili assistendosi invece ad un arretramento. Infine che in Italia la tendenza è analoga se, come già osservavo, praticamente solo in caso di licenziamento discriminatorio è rimasta la tutela piena del prestatore, che conduce alla reintegrazione nel posto di lavoro nonché ad un significativo risarcimento dei danni.

Quindi si sta affermando universalmente una idea secondo cui, in generale, l'impresa deve essere lasciata libera di prendere le decisioni che ritiene: mentre il lavoratore vada tutelato soprattutto o solamente a fronte di comportamenti discriminatori.

Ma è realistico immaginare che la tutela funzioni in concreto, se si limita a combattere le discriminazioni, senza poter contare su altre disposizioni e principi che indirizzino o vincolino l'imprenditore? Io ho molti dubbi. È difficile reagire alle discriminazioni in un sistema che appresta pure altri strumenti di protezione: figurarsi quando ciò non accade.

D'altra parte l'accesso alla giustizia, in generale e più ancora nei casi di discriminazione, risulta complesso. Sappiamo che oggi, a differenza che in precedenza, il lavoratore deve affrontare dei costi quando introduce una causa; sappiamo che se perde la causa il rischio di essere condannato alle spese è molto più elevato che in passato.

Nel caso delle discriminazioni però si hanno ancora meno certezze di quanto in generale accada sull'esito della causa: e tale imprevedibilità condiziona molto la decisione di introdurla.

Considerando poi anche le generali condizioni del mercato del lavoro, specie quando c'è crisi come adesso: le quali scoraggiano iniziative di tutela dei diritti, che potrebbero generare difficoltà al prestatore quanto al permanere in una impresa od al trovare una nuova collocazione.

Inoltre va ricordata la difficoltà, da sempre rilevata a proposito delle discriminazioni,

di affrontare una causa su iniziativa individuale. Ed in verità le cause sulle discriminazioni si diffondono quando può assumere l'iniziativa un soggetto collettivo e quest'ultimo risulta forte ed organizzato.

Per inciso la Rete delle consigliere, quanto al fattore di genere, per le difficoltà anche logistiche di cui qui già si parlava, fa spesso fatica ad operare. Direi invece che il soggetto più forte, determinato ed efficace, a fronte di discriminazioni, appare il sindacato. Ma anche le cause di discriminazione etnica e per orientamento sessuale talora mostrano interventi di soggetti collettivi esponenziali piuttosto agguerriti, capaci di ottenere attenzione. Si tratta in effetti a mio avviso di un elemento decisivo per la concreta fruizione della tutela.

Insomma la tecnica di tutela antidiscriminatoria risulta oggi decisiva, anche perché rischia di essere una delle poche restanti. Ma questo non significa che sia di facile impiego.

Infine voglio dedicare un cenno ad un tema già toccato da Stefania Scarponi.

Quanti sono i fattori discriminatori considerati dall'ordinamento? Di sicuro tutti quelli menzionati dall'art. 15, legge 300/1970, dove trova posto l'insieme dei fattori pure considerati dall'Unione europea: ad essi esattamente ed esclusivamente rinvia la disciplina sul licenziamento discriminatorio sia del 2012 che del 2015, nel momento in cui prevede il diritto alla reintegrazione per il lavoratore.

Io credo però che ce ne siano anche altri. Che cioè l'elenco dei fattori discriminatori sia un elenco chiuso: però secondo me più vasto di quello compreso nel solo art. 15.

Di alcuni per la verità non si è mai occupato pressoché nessuno: cercando ad es. di approfondirne il significato, anche nelle figure diretta ed indiretta. Così ad es. per il patrimonio o la ricchezza, che comunque assumono rilievo secondo norme di diritto internazionale.

Quali potrebbero essere allora gli altri fattori? Ce n'è intanto uno, che assume rilievo centrale nei Trattati dell'UE ma, in conseguenza, non può non averlo anche per i Paesi componenti. Se io licenzio un lavoratore perché è francese o polacco pongo in essere una discriminazione? Il fattore della nazionalità di uno dei Paesi dell'Unione europea non è nell'elenco dell'art. 15 ma posso sostenere che nel caso analizzato non emerga una discriminazione, a fronte della quale garantire la reintegrazione a questo lavoratore?

Altri fattori sono considerati in convenzioni dell'Oil, ratificate e quindi pienamente vigenti nel nostro ordinamento. Potrei elencarli. Tra essi quelli appunto del patrimonio e della ricchezza.

In altri casi l'argomentazione giuridica che potrebbe consentire una considerazione è invece più complessa ed anche opinabile. A me pare in effetti rilevante sottolineare che il primo elenco da menzionare, nella gerarchia delle fonti, quando si parla

di discriminazioni, è quello dell'art. 3, comma 1, della Costituzione: qui, accanto a fattori ben noti, viene rivolta attenzione pure alle "condizioni personali e sociali", peraltro mai approfonditamente considerate nelle riflessioni nazionali.

Certamente il significato da attribuire alla formula va ricostruito ed anzi delimitato: perché altrimenti risulterebbe troppo vasto per essere giuridicamente significativo. Ma io credo che, grazie a questo riferimento, sia possibile dare piena cittadinanza pure ad ulteriori ragioni discriminatorie: come ad es. quelle menzionate nell'art. 21 della Carta di Nizza (dove si citano anche le caratteristiche genetiche e l'appartenenza ad una minoranza nazionale).

Poi certo sul piano politico capisco pure i rilievi critici di chi teme che, estendendo l'area dei fattori, si rischi di indebolire quelli storici.

Occorre però anche comprendere che l'estensione di cui parlo non è solo accademica ed astratta: al contrario potrebbe portare con sé alcuni vantaggi concreti oggi tutt'altro che disprezzabili.

Infatti in tal modo potrebbe essere assicurata ad un lavoratore la tutela "forte", mediante reintegrazione, in caso di licenziamento, ove si accolga una interpretazione dell'art. 15 costituzionalmente orientata, tale da estendere appunto l'area qui prefigurata.

Ma anche nel caso in cui a tale esito non si riuscisse a giungere va osservato che l'atto del licenziamento, ove ritenuto discriminatorio, andrebbe in ogni caso qualificato come nullo: ciò producendo il risultato oggi tutt'altro che banale dell'inefficacia del licenziamento e della permanenza del rapporto di lavoro. Non si avrebbe cioè diritto alla reintegrazione ma si otterrebbe comunque un risultato oggi tutt'altro che disprezzabile.

Per cui dico meditiamo sulla questione del numero dei fattori rilevanti nell'ordinamento.

Una ultima osservazione su di una tendenza, pure presente in Cassazione, che invece può ostacolare una considerazione adeguata del fenomeno discriminatorio. Si sostiene infatti diffusamente, soprattutto a proposito dei licenziamenti per ragioni economiche, che in materia di organizzazione del lavoro le prerogative dell'imprenditore non siano sindacabili.

Ebbene questo può introdurre o rafforzare remore ad effettuare quella valutazione sulle scelte dell'imprenditore che il bilanciamento di cui parlavo porta sempre con sé: un altro problema per la concreta diffusione delle tecniche di tutela antidiscriminatorie.

Licenziamento discriminatorio e ritorsivo

*Scheda a cura di Patrizia Tullini**

La nozione di licenziamento discriminatorio. Le fonti.

1. Fonti nazionali:

- Art. 4, l. n. 604/66;
- Art. 15 St. lav. (richiamato dall'art. 2, d.lgs. 23/15);
- Art. 3, l. n. 108/90 (richiamato dall'art. 18 St.lav. mod. ex l. n. 92/12).

2. Principali fonti europee:

- Dir. 54/2006/Cee - «Parità tra uomini e donne in materia di occupazione»;
- Dir. 78/2000/Cee (attuata dal d. lgs. 216/03)- «Parità di trattamento in materia di lavoro e condizioni d'impiego»;
- CGUE 22.5.2014, C-356/12: «la parità di trattamento sancita dall'art. 20 Carta di Nizza è principio generale dell'UE e il principio di non discriminazione di cui all'art. 21, par. 1, ne è una particolare espressione».

** Ordinaria di Diritto del lavoro, Università di Bologna.*

Quali sono i fattori di discriminazione vietati?

In relazione al licenziamento - art. 4, l. n. 604/66:

- credo politico;
- fede religiosa;
- appartenenza ad un sindacato, partecipazione ad attività sindacali.

Art. 15 St. lav.:

- politica;
- religione;
- razza;
- lingua;
- genere;
- handicap;
- età;
- orientamento sessuale (Cfr. CGUe, Grande Sezione, 23 aprile 2020, C-507/18);
- convinzioni personali (cfr. Cass. lav., 2 gennaio 2020, n. 1).

In relazione al divieto di licenziamento per causa di matrimonio, Cass. lav. n. 28926/2018 ha ritenuto legittima l'interpretazione ed applicazione dell'art. 35, d. lgs. n. 198/2006, laddove dispone che la nullità del licenziamento sia limitata alla sola lavoratrice: rilevando che "la previsione normativa, lungi dall'essere discriminatoria (perché non contempla il divieto di licenziamento del lavoratore per matrimonio, ndr), sia assolutamente legittima, in quanto rispondente ad una diversità di trattamento giustificata".

I fattori di discriminazione costituiscono un elenco chiuso o aperto?

Indirizzo giurisprudenziale che afferma una nozione di discriminazione «aperta e non tassativa»:

- ai sensi dell'art. 3 Cost. (Cass. lav. 8927/2012);
- ai sensi dell'art. 14 CEDU e art. 21 Carta di Nizza (T. Civitavecchia 1.3.2018);
- ammessi fattori discriminatori «atipici»: ad es., il licenziamento in base al criterio della precedente collocazione in CIG del lavoratore (T. Bologna 17.12.2017).

I fattori di discriminazione "tipici": è possibile un'interpretazione estensiva?

Alcuni casi esemplari e le incertezze della giurisprudenza:

- Il fattore «**handicap**»: il licenziamento discriminatorio del disabile per assenze reiterate a causa di malattia (CGUE 18.1.2018, C-270/16; 9.3.2017, C-406/15; 18.12.2014 C-354/13; T. Roma, 12.3.2018).
- **Malattia oncologica**: il licenziamento non è discriminatorio perché la malattia oncologica non è inclusa tra i fattori di discriminazione secondo T. Roma 9.1.2017.
- **Molestie e molestie sessuali**: il licenziamento è discriminatorio perché le molestie sono assimilate per legge alla discriminazione per il fattore di genere.

Le deroghe legittime al trattamento discriminatorio

"Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza NON costituiscono discriminazione le differenze di trattamento …. qualora **per la natura dell'attività lavorativa o il contesto nel quale viene espletata**, costituiscano un **requisito essenziale e determinante**».

Non costituiscono **comunque** discriminazione, le differenze di trattamento che, **pur risultando indirettamente discriminatorie**, siano giustificate oggettivamente da **finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari**» (art. 3, co. 3-4, d.lgs. 215/03).

Licenziamento discriminatorio e deroghe legittime: il caso dell'età

CGUE, 19.7.2017, Abercrombie: l'art. 21 Carta Nizza e la dir. 78/2000 non ostano alla disciplina nazionale che consenta di stipulare un contratto di lavoro intermittente con lavoratore < 25 anni e di licenziarlo al superamento del limite d'età, perché «persegue una finalità legittima di politica del lavoro e gli strumenti legislativi sono appropriati e necessari".

Cass. lav. 21.2.2018, n. 4223, Abercrombie: «la deroga alla parità di trattamento nel lavoro (in entrata e in uscita) è giustificata dalla finalità di natura sociale».

Ancora sul licenziamento discriminatorio per raggiunti limiti d'età e le sue deroghe

- CGUE 7.2.2018 (ord.) e Cass. 15.5.2018 n. 12108: la cessazione automatica del rapporto di lavoro per raggiunti limiti d'età differenti per le donne (ballerine) integra una discriminazione diretta in base al genere, «alla quale non possono opporsi legittime deroghe per finalità d'interesse pubblico»;
- Cass. 30.5.2018, n. 13678: ha sollevato questione pregiudiziale avanti la CGUE per violazione del principio di non discriminazione per età nel caso di cessazione automatica del rapporto di lavoro di pilota aereo ad un'età (60 anni secondo disciplina speciale) differente da altri piloti.

Un leading case giurisprudenziale

Il Datore di lavoro licenzia una lavoratrice più volte assente per sottoporsi a inseminazione artificiale: «non è un licenziamento discriminatorio, in quanto giustificato da motivo oggettivo di tipo organizzativo. Se vuole impugnare, la lavoratrice dovrà dimostrare l'esistenza di un motivo illecito unico e determinante».

Il Giudice: «La discriminazione, a differenza del motivo illecito, opera obiettivamente, a prescindere dalla volontà illecita del datore».

«Il licenziamento discriminatorio è nullo indipendentemente dalla motivazione addotta e il fattore discriminatorio determina di per sé la nullità del licenziamento» (Cass. lav. n. 6575 del 2016).

Licenziamento discriminatorio vs. ritorsivo

Licenziamento discriminatorio è nullo:

- «indipendentemente dalla motivazione (formalmente) addotta»: art. 4, l. n. 604/66; art. 3, l. 108/90; art. 2, co. 1, d. lgs. 23/2015.

Il licenziamento illecito o ritorsivo è nullo:

- solo se fondato su un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. (art. 18, co. 1, St. lav., mod. ex l. 92/2012);
- il motivo illecito è escluso in presenza di una concorrente e valida giustificazione del licenziamento (GC o GM) addotta dal Datore (Cass. lav. 14456/2017).

La prova del licenziamento discriminatorio

1. **La prova a carico del lavoratore (art. 28, co. 4, d.lgs. 150/11):**

- allegare il fattore di discriminazione e il nesso causale con il licenziamento (anche se non appartiene alla categoria protetta ma ha una relazione con il 'portatore' del fattore di protezione: c.d. discriminazione associata);
- indicare il termine di comparazione (reale o potenziale);
- fornire elementi di fatto («precisi e concordanti») della presunzione di licenziamento discriminatorio;
- fornire eventuali dati statistici (ad es., relativi ai licenziamenti nell'azienda) intesi in senso a-tecnico come «regolarità causali» che determinano una ragionevole probabilità di accadimento.

2. **La prova contraria del Datore di lavoro circa la «insussistenza della discriminazione» (art. 28, co. 4, d.lgs. 150/11):**

- in caso di discriminazione diretta: la prova della ragione non discriminatoria del licenziamento con un rilievo causale esclusivo; oppure allegare una deroga legittima prevista per legge;
- in caso di discriminazione indiretta: la prova dell'inesistenza della discriminazione perché esiste una causa giustificativa del licenziamento, perseguita con mezzi appropriati e necessari.

Il difetto o insufficienza della prova contraria resta a carico del Datore.

Casi simili, ma soluzioni diverse

La discriminazione diretta rileva in modo oggettivo: il caso del licenziamento della lavoratrice per lingua e nazionalità (Trib. Milano, 19.12.2017).

La discriminazione indiretta, ma sorretta da finalità legittime: il caso del licenziamento della lavoratrice mussulmana che rifiuta di togliere il velo (hijab) nonostante il regolamento aziendale di non ostentare simboli religiosi (CGUE, marzo 2017).

Il licenziamento della lavoratrice affetta da handicap è legittimo se il datore di lavoro prova la sussistenza del giustificato motivo oggettivo: va esclusa la configurabilità della discriminazione in caso di licenziamento di una lavoratrice con handicap in forza della necessità di riduzione del personale di un'unità lavorativa e del divieto di recesso nei confronti dell'unica altra dipendente ex art. 54, comma 9, d.lgs. n. 151/2001 (Cass. lav. n. 23338/2018).

Cass. lav. 10 luglio 2020, n. 14790 ha sancito il seguente principio di diritto: "Non costituisce comportamento discriminatorio la previsione, in sede di bando di concorso riservato alle categorie di lavoratori ex art. 8 della I. n. 68 del 1999, del requisito della sussistenza dello stato di disoccupazione anche al momento dell'assunzione, trattandosi di previsione avente la finalità di tutelare, in conformità con il dettato legislativo e con i principi affermati dalla Corte di Giustizia UE, il disabile disoccupato rispetto ad altro soggetto, egualmente disabile ma nelle more fuoriuscito dalla categoria dei disoccupati".

Le azioni in giudizio: profili sostanziali e processuali

I casi di discriminazione di genere tra direttive europee e ordinamento nazionale

*Antonia Sara Passante**

La nostra Costituzione sancisce, all'art. 3 comma 1, 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. Il divieto di diseguaglianze irragionevoli impone alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Tale norma fondamentale consacra il principio della uguaglianza formale e sostanziale allo scopo di garantire la pari dignità degli individui non solo attraverso la previsione del divieto di trattamenti differenziati sulla base di uno dei fattori espressamente – ma non in via esaustiva – indicati nel primo comma, ma anche attraverso l'adozione di "azioni positive" volte a rimuovere gli ostacoli che impediscano la realizzazione di un trattamento non discriminatorio.

Nel nostro Paese, parte dell'Unione Europea e del Consiglio di Europa, i principi e i diritti fondamentali in materia di diritto antidiscriminatorio si rinvengono non solo nella Costituzione, ma anche in fonti sovranazionali e internazionali, ed in particolare nel diritto dell'Unione europea e nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), fonti la cui interpretazione è riservata, rispettivamente, alla Corte di Giustizia dell'Unione europea e alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

L'Italia ha aderito al nucleo di valori fondamentali previsti dal Trattato sull'Unione Europea, che all'art. 2 prevede: "l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini", ed all'art. 3 punto 3 sancisce: "L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore".

** Avvocata giuslavorista del Foro di Bologna.*

Anche l'art. 19 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea contiene analoga disposizione, prevedendo che il Consiglio può adottare provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni, tra cui quelle fondate sul sesso.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, entrata in vigore il 1° dicembre 2009, ha espressamente codificato, agli artt. 21 e 23, il principio di non discriminazione fondata sul sesso nonché la parità tra donne e uomini che "deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione".

A livello comunitario numerose direttive riguardano l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (dal 2000 le direttive non si sono limitate infatti a vietare le discriminazioni, ma anche a garantire la pari opportunità in diversi settori).

In particolare, la Direttiva 2006/54/CE (recepita in Italia con il d.lgs. n. 5 del 2010), riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di lavoro e impiego, ha accorpato le disposizioni preesistenti in materia di diritto antidiscriminatorio di genere in parte modificandole (tra queste, la storica Direttiva 75/117/CEE "per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile" e la Direttiva 97/80/CE che, con riferimento ai casi di discriminazione di genere, ha individuato per la prima volta un regime agevolato dell'onere probatorio), imponendo agli stati membri di mantenere o adottare misure volte ad assicurare nella pratica la piena parità tra gli uomini e le donne nella vita lavorativa. La Direttiva include nell'ambito delle discriminazioni anche le molestie e le molestie sessuali e prevede l'adozione di strumenti di tutela in favore di chi lamenta discriminazioni al fine di evitare "atti di rappresaglia".

Si richiamano altresì la Direttiva 2010/41/UE, sull'applicazione del principio di parità di trattamento fra uomini e donne che esercitano un'attività di lavoro autonomo e la Direttiva 2000/78/CE (attuata nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 216 del 2003), che ha introdotto un quadro generale in materia di divieto di discriminazioni nel mondo del lavoro, tutelando "la parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, disponendo le misure necessarie affinché tali fattori non siano causa di discriminazione, in un'ottica che tenga conto anche del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini" (art. 1, d.lgs. cit.).

Poiché il diritto antidiscriminatorio ha una composizione variegata, ed è il risultato dell'intersecarsi di norme di diritto nazionale, di norme di recepimento di direttive comunitarie, di norme primarie UE (la Carta dei diritti fondamentali della UE) è fondamentale sollecitare l'interpretazione conforme del diritto nazionale rispetto alla Costituzione e alle norme UE e/o CEDU rilevanti.

Il Giudice nazionale è infatti tenuto ad interpretare la normativa nazionale conformemente al testo e agli obiettivi delle direttive e ove non sia possibile pervenire ad una soluzione ermeneutica conforme alle direttive il giudice potrà ricorrere allo strumento della disapplicazione o del rinvio alla Corte Costituzionale[1].

A livello nazionale la materia delle Pari Opportunità è stata riorganizzata con il d.lgs. 11 aprile 2006, n.198 (Codice delle Pari Opportunità), che ha raccolto in un unico testo le diverse disposizioni in materia. A seguito della approvazione della Direttiva di riordino 2006/54/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio vi è stato, con il d.lgs. n. 5/2010, l'aggiornamento ed adeguamento della normativa nazionale ed in particolare del Codice delle Pari Opportunità.

Il Codice delle pari opportunità, come novellato dal d.lgs. 5/2010, stabilisce, all'art. 25 comma 1, che costituisce discriminazione diretta, qualsiasi disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento, nonché l'ordine di porre in essere un atto o un comportamento, che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e, comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga. Il comma 2 della medesima disposizione stabilisce 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.

L'art. 25, comma 2 bis del Codice delle Pari Opportunità offre una tutela rafforzata collegata agli "status parentali", stabilendo che costituisce discriminazione ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti.

L'art. 26 comma 1 del Codice delle Pari Opportunità qualifica come discriminazioni anche le molestie, ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per ragioni connesse al sesso, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo; vengono qualificate altresì come discriminazioni (art. 26, comma 2) le molestie sessuali, ovvero quei comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo.
Costituiscono inoltre discriminazioni, ai sensi dell'art 26, commi 2 bis e 3 Codice delle Pari Opportunità, anche le ritorsioni conseguenti al rifiuto di comportamenti costituenti discriminazione in base al sesso o molestia/molestia sessuale o per aver rifiutato la sottomissione ed i trattamenti sfavorevoli da parte del datore di lavoro.

1 Elisabetta Tarquini, "*Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*", Giuffrè Editore 2015.

Per effetto dell'art. 1 comma 218 l. 205/207 (Legge Bilancio 2018) è stato aggiunto all'art. 26 del d.lgs. 198/2006 il comma 3-bis, secondo il quale "La lavoratrice o il lavoratore che agisce in giudizio per la dichiarazione delle discriminazioni per molestia o molestia sessuale poste in essere in violazione dei divieti di cui al presente capo non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, determinati dalla denuncia stessa. Il licenziamento ritorsivo o discriminatorio del soggetto denunciante è nullo. Sono altresì nulli il mutamento di mansioni ai sensi dell'art. 2013 c.c., nonché qualsiasi misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei confronti del denunciante. Le tutele di cui al presente comma non sono garantite nei casi in cui sia accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del denunciante per i reati di calunnia o diffamazione ovvero la infondatezza della denuncia".

Le tutele contro le discriminazioni in ambito lavorativo riguardano sia l'accesso al lavoro (è il caso della mancata assunzione o ammissione alle procedure selettive per l'assunzione di determinate persone), sia lo svolgimento del rapporto di lavoro, e concernono, come evidenziato, anche il divieto di ogni forma di molestia e ritorsione. La speciale azione di cui all'art. 38 CPO, di cui si dirà, è applicata in generale "alle condizioni di lavoro compresa la retribuzione" e dunque concerne anche i licenziamenti per ragioni di genere. In tal senso si richiama l'art. 14 lett. c) della Direttiva 2006/54.

Occorre a questo punto soffermarsi sulla normativa processuale partendo dalla considerazione che l'evoluzione normativa in materia processuale è correlata alla scelta del legislatore di affiancare alle nuove tutele di carattere sostanziale, introdotte nel nostro ordinamento per effetto del recepimento delle Direttive europee, adeguate e specifiche disposizioni processuali.

Con la introduzione del d.lgs. n.150 del 2011 vi è stato il riordino e la razionalizzazione delle molteplici fonti che regolavano i procedimenti in materia di discriminazione.

L'art. 28 del citato d.lgs. prevede ora che tutte le controversie in materia di discriminazioni debbano essere trattate con il rito sommario di cognizione.
In particolare, il primo comma dell'art. 28 d.lgs. 150/2011 riconduce a tale rito le controversie in materia di discriminazioni per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi ex art. 44 del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286; le controversie di cui all'art. 4 d.lgs. 215/2003 (discriminazione diretta o indiretta a causa della razza o dell'origine etnica, in attuazione della Direttiva 200/43), di cui all'art. 4 del d.lgs. 216/2003 (discriminazione diretta o indiretta a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale in attuazione della Direttiva 2000/78), di cui all'art. 3 della l. 67/2003 (discriminazioni in danno delle persone con disabilità), di cui all'art. 55 quinques del d.lgs. 198/2006 (discriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso nell'accesso ai beni e servizi e loro fornitura).

Restano escluse, dunque, le controversie di cui agli artt. 36-41 del d.lgs. 198/2006 (Codice delle Pari Opportunità), relative alle discriminazioni di genere previste e sanzionate dagli artt. 27 – 35 del d.lgs. 198/2006. Il processo per le discriminazioni di genere è dunque disciplinato tuttora dal Codice P.O., che prevede sia una azione a cognizione piena (individuale o collettiva) sia una azione speciale che ricalca lo schema dell'art. 28 l. n. 300/1970.

L'art. 36 del d.lgs. 198/2006 prevede che "Chi intende agire in giudizio per la dichiarazione delle discriminazioni poste in essere in violazione dei divieti di cui al capo II del presente titolo, o di qualunque discriminazione nell'accesso al lavoro, nella promozione e nella formazione professionale, nelle condizioni di lavoro compresa la retribuzione, nonché in relazione alle forme pensionistiche complementari collettive di cui al decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, e non ritiene di avvalersi delle procedure di conciliazione previste dai contratti collettivi, può promuovere il tentativo di conciliazione ai sensi dell'articolo 410 del codice di procedura civile o, rispettivamente, dell'articolo 66 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, anche tramite la Consigliera o il Consigliere di Parità della Città metropolitana e dell'ente di area vasta di cui alla legge 7 aprile 2014, n. 56 o regionale territorialmente competente.

Mentre il successivo art. 38 prevede che "qualora vengano poste in essere discriminazioni in violazione dei divieti di cui al capo II del presente titolo o di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, o comunque discriminazioni nell'accesso al lavoro, nella promozione e nella formazione professionale, nelle condizioni di lavoro compresa la retribuzione, nonché in relazione alle forme pensionistiche complementari collettive di cui al decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, su ricorso del lavoratore o, per sua delega, delle organizzazioni sindacali, delle associazioni e delle organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, o della Consigliera o del Consigliere di Parità della Città metropolitana e dell'ente di area vasta di cui alla legge 7 aprile 2014, n. 56 o regionale territorialmente competente, il tribunale in funzione di giudice del lavoro del luogo ove è avvenuto il comportamento denunziato, nei due giorni successivi, convocate le parti e assunte sommarie informazioni, se ritenga sussistente la violazione di cui al ricorso, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita, ordina all'autore del comportamento denunciato, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti".

Trattasi di norma ad hoc per la tutela delle discriminazioni di genere, che, a differenza dell'art. 700 c.p.c., prescinde dal periculum in mora in quanto la valutazione dell'urgenza è già stata fatta dal legislatore.

Quanto alla competenza per territorio, l'art. 28 comma 2 del d.lgs. 150/2011, all'evidente scopo di agevolare la posizione del soggetto che lamenta la sussistenza della discriminazione, prevede la competenza "del luogo in cui il ricorrente ha il domicilio", facendo riferimento al soggetto, sia individuale che collettivo, che lamenta il trattamento discriminatorio.

L'art. 38 del d.lgs. 198/2006 attribuisce invece la competenza territoriale per l'azione urgente individuale al Tribunale del luogo in cui si è verificato il comportamento discriminatorio denunciato (in termini analoghi alla disposizione di cui all'art. 28 Statuto Lavoratori).

Il comma 3 dell'art. 28 d.lgs. 150/2011 introduce una speciale disposizione in tema di onere probatorio secondo la quale: "Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata".

Analogamente, l'art. 40 del Codice delle Pari Opportunità prevede un meccanismo di distribuzione dell'onere probatorio "alleggerito" a favore della parte che denuncia la discriminazione, stabilendo che "quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione".

La disposizione in esame non richiede il requisito della "gravità" degli elementi di fatto da addurre, ma solo la "precisione" e la "concordanza".

Nella interpretazione ed applicazione di tale disposizione non si potrà prescindere dalla peculiare normativa comunitaria sul punto: secondo l'art. 19 della Direttiva 2006/54/CE del 5 luglio 2006 "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".

La lettura della norma interna, dunque, dovrà tenere conto della esigenza fondamentale di "garantire effettività alla tutela antidiscriminatoria", considerata la "diversità fattuale nella posizione iniziale delle parti interessate[2]", poiché chi denuncia una discriminazione non ha normalmente "accesso a dati sufficienti per consentirgli di identificare le cause di una disparità di trattamento"[3].

---

2 M. Bonini Baraldi: "*L'onere della prova nei casi di discriminazione: elementi per una concettualizzazione nella prospettiva del diritto privato*" in L. Calafà e D. Gottardi (a cura di), "*Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa"*).

3 Sempre M. Bonini Baraldi: "*L'onere della prova nei casi di discriminazione: elementi per una concettualizzazione nella prospettiva del diritto privato*" in L. Calafà e D. Gottardi (a cura di), "*Il diritto antidi-*

La Suprema Corte ha così affermato che: “In tema di comportamenti datoriali discriminatori, l’art. 40 del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 - nel fissare un principio applicabile sia nei casi di procedimento speciale antidiscriminatorio che di azione ordinaria, promossi dal lavoratore ovvero dal consigliere di parità - non stabilisce un’inversione dell’onere probatorio, ma solo un’attenuazione del regime probatorio ordinario, prevedendo a carico del soggetto convenuto, in linea con quanto disposto dall’art. 19 della Direttiva CE n. 2006/54 (come interpretato da Corte di Giustizia Ue 21 luglio 2011, C-104/10), l’onere di fornire la prova dell’inesistenza della discriminazione, ma ciò solo dopo che il ricorrente abbia fornito al giudice elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, relativi ai comportamenti discriminatori lamentati, purché idonei a fondare, in termini precisi (ossia determinati nella loro realtà storica) e concordanti (ossia fondati su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto), anche se non gravi, la presunzione dell’esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso” (Cass. Sez. L, Sentenza n. 14206 del 5 giugno 2013).

L’onere della prova del soggetto che allega di aver subito atti e/o comportamenti discriminatori consiste dunque nella prova di fatti, comportamenti e circostanze in termini precisi e coerenti tra loro, tali da rendere probabile e plausibile la sussistenza di una discriminazione vietata.

La parte che agisce in giudizio assumendo di aver subito una discriminazione dovrà allegare e dimostrare “l’esistenza di un trattamento differenziato” in riferimento “al tertium comparationis, rappresentato da un soggetto ritenuto comparabile, rispetto al quale non si dia il fattore di protezione che si afferma leso”, con la precisazione che il paragone potrà avvenire tra due situazioni attuali o potenziali tra loro analoghe (ricorre infatti una discriminazione diretta quando, a causa del fattore protetto, “una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe stata trattata un’altra in una situazione”) e tenuto conto che “con le direttive di seconda generazione il giudizio di relazione in cui consiste in generale l’accertamento della discriminazione si dia, nelle discriminazioni dirette, in termini di confronto tra due soggetti non necessariamente reali, il lavoratore comparabile… potendo essere un soggetto ipotetico o non più esistente al momento del giudizio di comparazione[4]”.
Deve evidenziarsi che lo stato di gravidanza o il congedo per maternità non richiedono un “termine di paragone”, come più volte chiarito dalla Corte di Giustizia (CG sentenza 8 novembre 1990 C-177/88, CG sentenza 14 luglio 1990, causa C-32/93) e come previsto dall’art. 2 della Direttiva 2006/54, secondo il quale “ai fini della Direttiva la discriminazione comprende… qualsiasi trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità ai sensi della Direttiva 92/85/CEE”.

L’allegazione e la prova di elementi di fatto con le caratteristiche di precisione e concordanza determina l’inversione dell’onere della prova.

scriminatorio tra teoria e prassi applicativa”).
4 Elisabetta Tarquini: *“Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale”*, Giuffrè Editore, 2015.

Spetterà pertanto al convenuto, nei casi di discriminazione diretta, provare la inesistenza della discriminazione, allegando e dimostrando fatti specifici e oggettivamente verificabili dai quali si possa desumere l'esistenza di una causa di esclusione del divieto o una ragione non discriminatoria del trattamento differenziato, avuto riguardo a fatti obiettivi e verificabili sì da escludere la fittizietà delle ragioni addotte.

Nei casi di discriminazione indiretta, nei quali la discriminazione non è nel trattamento (che è uguale) ma negli effetti, che possono essere "sproporzionatamente" pregiudizievoli nei confronti di un soggetto o di un gruppo di persone in correlazione con uno specifico fattore protetto, spetterà invece al datore di lavoro provare la inesistenza di una discriminazione o la esistenza di specifiche "cause di giustificazione".

Le fonti sovranazionali e le norme interne di recepimento attribuiscono un rilievo specifico, ai fini della prova, anche ai dati di carattere statistico "assunti come utili ad evidenziare, a fronte della apparente neutralità dei fatti o comportamenti censurati, lo svantaggio specifico derivato ai lavoratori interessati rispetto ad un gruppo di riferimento per il quale il fattore di protezione non si dia"[5].

I dati statistici rivestono un ruolo importante in particolare nelle controversie aventi ad oggetto ipotesi di discriminazione indiretta (ove assume rilievo, come evidenziato, l'effetto che una misura o pratica ha su determinati gruppi). In diverse pronunce relative alla rimozione di discriminazioni di genere in ambito lavorativo si è fatto ricorso alla prova statistica: già con la sentenza della Pretura di Milano del 16 agosto 1991 si censurava la natura discriminatoria del criterio relativo al requisito minimo di altezza per l'ammissione al concorso di vigile urbano; e la Corte Costituzionale, con sentenza n. 163 del 15 aprile 1993, si pronunciava negli anni '90 sempre in merito all'introduzione del requisito della statura minima indifferenziata per donne e uomini ai fini dell'accesso al ruolo tecnico del servizio anti-incendi (il limite posto all'altezza risultava discriminatorio nei confronti delle donne in quanto proporzionalmente più svantaggiate degli uomini a causa della loro statura media più bassa, mentre la statura non pregiudicava necessariamente la buona performance nelle mansioni attribuite al ruolo).

Rientrando nella nozione di discriminazione anche le molestie, le molestie sessuali ed i trattamenti sfavorevoli che costituiscono una reazione ad un reclamo o ad una azione volta ad ottenere il rispetto delle disposizioni in materia di divieto di discriminazioni, lo speciale regime della prova innanzi descritto troverà applicazione anche in tali ipotesi, dovendo perciò il datore di lavoro fornire una ricostruzione dei fatti necessariamente alternativa.

Si richiama, in tal senso, Cass. Sez. Lavoro 15 novembre 2016 n. 23286, nella quale si sottolinea "l'equiparazione tra discriminazione di genere e molestie sessuali", rinvenibile "oltre che nell'art. 26 comma 2 del d.lgs. 198/2006, anche nella nozione di molestie sessuali contenuta nell'art. 2 comma 1, lett. d), che a sua volta riprende ed estende il concetto di molestia come discriminazione già contenuto nell'art. 2

5 Elisabetta Tarquini, *"Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale"*, Giuffrè Editore, 2015.

comma 3 della Direttiva 2000/78".

Nella citata pronuncia la Suprema Corte rileva come correttamente i giudici di merito abbiano ravvisato la "prova presuntiva delle molestie sessuali ai danni delle due lavoratrici sulla base di plurime deposizioni che hanno riferito di molestie in loro danno, poste in essere dal datore di lavoro subito dopo l'assunzione di giovani lavoratrici"; tali deposizioni, peraltro, risultano "corroborate dalla prova statistica fornita dall'Ufficio delle Consigliere di Parità della Regione, costituita da un serrato turn over tra le giovani dipendenti assunte dal datore di lavoro, che dopo un breve periodo di lavoro si dimettevano senza apparente ragione". Tale quadro è stato ritenuto idoneo a far "scattare" la inversione dell'onere della prova a carico del datore di lavoro o comunque l'attenuazione dell'onere della prova gravante sulle lavoratrici ex art. 40 del d.lgs. 198/2006.

La Suprema Corte sottolinea la "doverosità dell'applicazione anche al caso di specie (ndr molestie sessuali) della regola probatoria di cui all'art. 40 cit.", richiamando, ad ulteriore conferma del proprio ragionamento, la sentenza della CG 17 luglio 2008, C-303/06 (Coleman), nella quale si statuisce che "poiché le molestie (in generale) sono una forma di discriminazione già ai sensi dell'art. 2 n. 1 della Direttiva 2000/78, ad esse sono applicabili le stesse disposizioni in tema di onere della prova, nel senso che, ove risultino fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incombe alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del divieto di discriminazione, fatto salvo il diritto degli stati membri di prevedere disposizioni in materia di prova più favorevoli alle parti attrici". Precisa la Suprema Corte che sebbene la pronuncia "Coleman" riguardi una discriminazione per handicap, "appare tuttavia chiaro quale sia l'orientamento della Corte di Giustizia in un'altra ipotesi (molestie ai danni di disabile) di tertium comparationis integrato da un trattamento differenziale meramente negativo (mancanza di analoghe molestie ai danni dei non disabili)".

Poiché le Direttive sui divieti di discriminazione impongono agli Stati membri di introdurre il peculiare regime probatorio di cui si è detto al fine di dare effettiva applicazione al principio di parità di trattamento, e tenuto conto che alle disposizioni interne deve essere data una interpretazione conforme allo spirito e agli obietti delle Direttive, consegue che la disciplina dell'onere della prova in materia di atti e comportamenti discriminatori si applica indipendentemente dal rito prescelto, e quindi anche quando il lavoratore che si affermi discriminato agisca in giudizio con strumenti processuali diversi da quelli di cui agli artt. 38 e ss del Codice delle Pari Opportunità e di cui all'art. 28 del d.lgs. 150/2011.

Una volta assolto l'onere della prova in merito alla sussistenza di una discriminazione, i rimedi previsti dall'ordinamento sono sia ripristinatori che risarcitori.

Sotto il profilo ripristinatorio andranno eliminate le conseguenze delle violazioni. Sotto il profilo risarcitorio occorre tenere conto che in materia di discriminazione di genere l'art. 18 della Direttiva 2006/54 impone agli stati membri la introduzione delle misure necessarie a garantire "un indennizzo o una riparazione reali ed effet-

tivi, da essi stessi stabiliti in modo tale da essere dissuasivi e proporzionali al danno subito".

In termini analoghi anche l'art. 18 della Direttiva 2000/78, secondo il quale "le sanzioni che possono prevede un risarcimento dei danni devono essere effettive, proporzionali e dissuasive".

La Corte di Giustizia UE si è pronunciata sul tema, affermando nella causa C-81/12 (Asociaţia Accept c. Consiliul Naţional) sulla applicazione dei principi della Direttiva 2000/78 che "una sanzione meramente simbolica non può essere considerata compatibile con un'attuazione corretta ed efficace della Direttiva".

Attribuendo le Direttive comunitarie al risarcimento del danno, quale strumento rimediale, i connotati di "effettività" con riferimento sia alla gravità del danno, sia alla funzione dissuasiva (e quindi sanzionatoria) della riparazione, ne consegue che ai fini della sua liquidazione dovranno essere considerarsi tutti i suddetti elementi.

Certamente assumeranno specifico rilievo, sotto il profilo della gravità del danno, la durata e la intensità delle condotte discriminatorie, così come il carattere reiterato della violazione e la condizione di particolare debolezza e precarietà dei soggetti danneggiati, sempre tenendo fermo il principio che la discriminazione è di per sé atto lesivo della dignità umana.
Sulla funzione dissuasiva e non meramente compensativa del danno si osserva che l'art 28, comma 6 del d.lgs. 150/2011 prevede che il giudice debba tenere conto, in fase di liquidazione, del fatto che l'illecito possa aver costituito una ritorsione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento. Partendo dal presupposto che il danno provocato da una discriminazione per ritorsione non sarà di per sé necessariamente maggiore del danno provocato da condotte attuate per ragioni non ritorsive, si coglie che il diverso e "maggiore" apprezzamento richiesto al Giudice deriva proprio dal riconoscimento di una funzione "sanzionatoria"/"deterrente" del danno.
La prospettiva anche dissuasiva del risarcimento del danno si coglie, inoltre, nel riconoscimento, nel nostro ordinamento, dell'azione collettiva degli organismi portatori dell'interesse leso dalla discriminazione, cui è attribuita anche la possibilità di richiedere il risarcimento del danno non patrimoniale.

Si richiama in argomento l'orientamento giurisprudenziale più recente, secondo cui accanto alla "preponderante e primaria funzione compensativa e riparatoria" del risarcimento del danno, si riconosce anche una "natura polifunzionale che si proietta verso più aree" tra cui le principali sono quella preventiva e quella sanzionatoria punitiva (Cass. Sez. Un. 16601/2017).

Si osserva, infine, che vi sono diverse disposizioni del nostro ordinamento che vanno nel senso di riconoscere una funzione anche "deterrente" alla "responsabilità civile": si pensi all'art. 709-ter c.p.c., all'art. 614 bis c.p.c. ed ancora all'art. 96 comma 3 c.p.c.

Casi discriminazione di genere tra direttive europee e ordinamento nazionale

La Corte di Giustizia si è in diverse occasioni soffermata sul tema della parità di trattamento dei lavoratori part time sotto il profilo della protezione contro le discriminazioni indirette di genere.

È il caso della pronuncia C-385/11 del 22 novembre 2012, nella quale si afferma che la Direttiva 79/7/CEE del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, deve essere interpretato nel senso che "osta, in circostanze come quella oggetto del procedimento principale, ad una normativa di uno Stato membro che esiga dai lavoratori a tempo parziale, costituiti in grande maggioranza da donne, rispetto ai lavoratori a tempo pieno, un periodo contributivo proporzionalmente maggiore ai fini della concessione della eventuale pensione di vecchiaia di tipo contributivo, il cui importo è proporzionalmente ridotto in funzione del loro tempo di lavoro".

Ed è il caso, ancora, della pronuncia della Corte di Giustizia C-98/15 del 9 novembre 2017, relativa alla indennità di disoccupazione per i lavoratori in regime di part time verticale, e quindi sempre afferente il settore della sicurezza sociale.

In fattispecie relativa a discriminazioni di genere e molestie (rivolte in particolare ad una giovane lavoratrice, licenziata per asserita giusta causa), si richiama Corte d'Appello di Bologna, sentenza del 25 marzo 2014, secondo la quale "le allegazioni della lavoratrice, confermate dalle prove testimoniali, dimostrano una condotta del sig….. legale rappresentante della società datoriale, atta ad integrare le molestie. La continua vicinanza del predetto alla sig.ra …. durante il lavoro, l'uso di nomignoli e vezzeggiativi, il rifiuto opposto alle richieste della dipendente di cambiare turno, le insistenti proposte di frequentazione al di fuori del lavoro e le avances riferite, anche se de relato, dalle …, rivelano un comportamento che appare indesiderato dal punto di vista della lavoratrice e oggettivamente lesivo della dignità della stessa. L'indesideratezza si ricava dalle lamentele della lavoratrice con le colleghe, spesso accompagnate da crisi di pianto, dalla reazione di quest'ultima nell'episodio del…. e dalla mancata accettazione delle proposte e delle avances, desumibile dalla complessiva condotta delle parti, in assenza, peraltro, di diverse allegazioni e prove da parte datoriale" . Secondo la Corte dall'intero corredo probatorio è emerso il grado di lesione della dignità della lavoratrice "ostacolata nella possibilità di svolgere serenamente il proprio lavoro e di mettere alla prova le proprie capacità e competenze, tutto ciò per ragioni connesse al sesso, con conseguenze negative anche nei rapporti con i colleghi, inevitabilmente destinatari degli effetti delle condizioni lavorative stressanti in cui la stessa si trovava ad operare. Gli elementi di prova finora esaminati permettono di ritenere ampiamente assolto l'onere gravante sulla lavoratrice di fornire, ai sensi dell'art. 40 d.lgs. 189/06, elementi di fatto relativi al licenziamento, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti o comportamenti integranti molestie-discriminazioni in ragione del sesso, laddove

parte datoriale in nessun modo ha assolto al proprio onere probatorio in ordine alla insussistenza delle molestie oppure alla riferibilità delle stesse a fattori diversi da quelli protetti. Anzi, la acclarata assenza di giusta causa del recesso costituisce forte elemento presuntivo a sostegno del carattere discriminatorio dello stesso".

È a tutti noto che le discriminazioni più ricorrenti sono quelle che maturano in occasione della maternità, della paternità ed in generale della assunzione di responsabilità genitoriali. Si segnalano alcuni precedenti sul tema.

Con sentenza del Tribunale di Ferrara n. 14 del 25 marzo 2019 resa in controversia proposta da una lavoratrice destinataria di una duplice protezione normativa sia in quanto lavoratrice madre, sia in quanto lavoratrice genitore di un minore disabile, ed avente ad oggetto la richiesta di assegnazione di orari di lavoro compatibili con le esigenze di cura della minore disabile ed il risarcimento del danno conseguente alle condotte discriminatorie subite, si è ritenuto che la "non corretta" gestione dei turni di lavoro fosse esemplificativa di una discriminazione indiretta, tenuto conto dei fattori protetti dall'ordinamento di cui risultava portatrice la lavoratrice.

Il Giudice ha evidenziato come nella fattispecie venisse in rilievo da un lato la posizione di protezione collegata all'art. 37 Costituzione e all'art. 25 comma 2 bis del d.lgs. 11.4.2006 n. 198, secondo il quale "costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità o dell'esercizio dei relativi diritti"; dall'altro, la tutela offerta ai lavoratori disabili e a coloro che se ne prendono cura di cui al d.lgs. 216/2003, volto ad attuare la "parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap".

Il Tribunale, richiamata la regola processuale secondo la quale "Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione (comma 4 art.28 l. 150/2011)", rileva che l'orario di lavoro imposto alla lavoratrice al rientro dalla seconda maternità "costituisce una chiara esemplificazione di comportamento discriminatorio in ragione dello stato di lavoratrice madre ed in ragione dell'handicap della figlia minore", sottolineando che "trattare in maniera identica agli altri lavoratori in punto di orari e turni di lavoro una persona in difficoltà e doppiamente protetta dall'ordinamento, sia in ragione della maternità sia in ragione dell'inabilità del figlio, significa operare una discriminazione indiretta perché una decisione datoriale, apparentemente neutra e che si dice gravare su tutti, pone la lavoratrice in una posizione di particolare svantaggio rispetto agli altri lavoratori a tempo pieno. Se viene evidenziata, così come è stata evidenziata ripetutamente, una situazione di difficoltà e disagio per la nascita di un neonato con handicap, lasciare immutato l'orario di lavoro a fronte di una richiesta di ammorbidimento in ragione dell'handicap, significa trattare allo stesso modo una situazione profondamente diversa e diversa

in ragione dell'esistenza di un minore con handicap da accudire. Si ritiene quindi che il diniego dell'azienda di trovare un accomodamento sull'orario di lavoro sia l'espressione di una discriminazione indiretta perché un orario, pure accettato dalla lavoratrice prima dell'evento e quindi un atto apparentemente neutro, mette la madre di figlio con handicap in una particolare situazione di svantaggio rispetto ad altri lavoratori, che pur seguendo orari simili, non hanno un figlio minore con handicap."

Sotto altro profilo, dopo aver evidenziato che "il risarcimento del danno di natura non patrimoniale evocato dalla parte riguarda il patimento sofferto per non avere potuto accudire la propria figlia minore a sufficienza, per non averla potuta frequentare e stimolare nei momenti in cui la stessa era libera dagli impegni scolastici, fatto che può riconoscersi come conseguenza del comportamento datoriale", il Giudice determina il danno in euro 20.000,00, come richiesto dalla lavoratrice, "in considerazione dell'ampiezza del periodo in cui la discriminazione è avvenuta e delle continue disattese sollecitazioni ad ammorbidire l'orario, nonché le assegnazioni al lavoro domenicale quando già era stata manifestata la non disponibilità".

Con decreto ex art. 38 del d.lgs. 198/2006 emesso dal Tribunale di Bologna in data 18 luglio 2011 in controversia avente ad oggetto la denuncia di comportamenti discriminatori riservati ad una lavoratrice madre al rientro in servizio dopo la maternità e nel periodo di fruizione dell'allattamento il Giudice, dopo aver premesso che il datore di lavoro aveva posto in essere condotte in violazione dell'art. 25 comma 2-bis d.lgs. n. 198/2006, secondo cui "Costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti", ed in violazione di quanto stabilito dall'art. 56 d.lgs. n. 151/2001, in forza del quale: "Al termine dei periodi di divieto di lavoro previsti dal Capo II e III, le lavoratrici hanno diritto di conservare il posto di lavoro e, salvo che espressamente vi rinuncino, di rientrare nella stessa unità produttiva ove erano occupate all'inizio del periodo di gravidanza o in altra ubicata nel medesimo comune, e di permanervi fino al compimento di un anno di età del bambino; hanno altresì diritto di essere adibite alle mansioni da ultimo svolte o a mansioni equivalenti, nonché di beneficiare di eventuali miglioramenti delle condizioni di lavoro, previsti dai contratti collettivi ovvero in via legislativa o regolamentare, che sarebbero loro spettati durante l'assenza", ha dichiarato la natura discriminatoria delle condotte datoriali consistite nella dequalificazione professionale, nel pagamento in costante ritardo delle retribuzioni (avvenuto solo nei confronti della lavoratrice madre), nell'aver proposto solo alla lavoratrice la riduzione dell'orario di lavoro con il mantenimento in mansioni dequalificanti o in alternativa il trasferimento ad altra sede di lavoro quale condizione per mantenere il ruolo professionale; ha quindi ordinato la cessazione di dette condotte e la restituzione della lavoratrice alle mansioni, al ruolo e alla posizione professionale ricoperta precedentemente alla sua assenza per maternità, condannando altresì la società al risarcimento del danno non patrimoniale quantificato in euro 22.500,00.

Il Tribunale ha ritenuto che “nella quantificazione del danno non patrimoniale è necessario procedere secondo un criterio equitativo, avendo contezza della gravità del danno e del pregiudizio arrecato alla vittima, della intensità dell’elemento psicologico alla base del comportamento dell’autore della discriminazione, nonché del settore e del contesto in cui si è verificato il fatto. Nel caso in esame sembrano sussistere tutti gli elementi che possono legittimare una liquidazione del danno in termini non meramente simbolici. La lavoratrice, infatti, ha subito un demansionamento che si è tradotto sia in un danno alla professionalità acquisita, sia un danno alla immagine…”; secondo il Giudice assumono specifico rilievo, anche la durata delle condotte discriminatorie (oltre un anno) e “l’esistenza di un clima di ostilità e di insofferenza verso la lavoratrice rientrata dalla maternità”.

Sulla fondamentale distinzione tra licenziamento ritorsivo e licenziamento discriminatorio si richiama la pronuncia della Suprema Corte n. 6575 del 5 aprile 2016, nella quale si sottolinea che mentre nel licenziamento ritorsivo il motivo di “rappresaglia” deve essere l’unico ad aver determinato il recesso, nel licenziamento discriminatorio la discriminazione opera obiettivamente, in ragione del trattamento deteriore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta e a prescindere dalla volontà illecita (e del motivo) del datore di lavoro.

La discriminazione, infatti, discende direttamente dalla violazione di norme interne e sovranazionali, così che la eventuale concorrente motivazione del datore di lavoro non esclude di per sé la discriminazione (si legge in particolare nella pronuncia: «la normativa nazionale ove interpretata nel senso di consentire una discriminazione diretta fondata sul sesso per la concorrenza di un’altra finalità, pur legittima (nella specie il dedotto motivo economico) sarebbe contraria alla Direttiva»).

Istruzioni per il buon uso della giurisdizione contro le discriminazioni

*Carlo Sorgi**

Desidero in primo luogo ringraziare chi ha organizzato questo corso, la Consigliera Regionale di Parità Sonia Alvisi ed i rappresentanti delle CPO degli ordini della Regione Emilia-Romagna.
Spero con il mio intervento di poter offrire un apporto utile in termini di diverso angolo visuale, integrando cioè la prospettiva con l'aggiunta di quello del giudicante in una materia tanto delicata e importante come quella delle discriminazioni, in particolare quelle di genere. Sarò per voi una specie di contrappunto. Spero che questo determini un valore aggiunto della mia relazione perché servirà a riflettere anche con altra visuale e questo auspico possa servire ad aumentare l'efficacia del vostro impegno professionale.

La prima considerazione che mi viene in mente nella materia è l'esiguità della risposta giudiziaria al tema. So di aprire con delle sollecitazioni che possono apparire polemiche ma ritengo che tutti noi se vogliamo essere utili, un pugno nello stomaco nei confronti della discriminazione, e questo è sicuramente nelle intenzioni comuni, dobbiamo essere molto franchi. Conoscendo la diffusione e la gravità di fenomeni discriminatori nei confronti del genere femminile nell'ambito del lavoro (intendendo per discriminazione il concetto più lato che ricomprende anche i fenomeni delle molestie[1], fini alle ipotesi del mobbing che comunque contengono aspetti chiaramente discriminatori) mi chiedo perché le nostre aule vedano così raramente giudizi che hanno come petitum la richiesta della tutela contro pratiche discriminatorie. Eppure le condizioni per favorire questo tipo di azioni ci sono. Il tessuto normativo, così ben descritto nell'intervento dell'Avvocata Sara Passante che mi ha preceduto, offre possibilità di intervento adeguato per affrontare le manifestazioni di discriminazione che nel tempo incontriamo anche modificate ed aggiornate. Ad esempio l'ultima frontiera della discriminazione alla

1 Art. 26 d.lgs. 198/2006: 1. Sono considerate come discriminazioni anche le molestie, ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per ragioni connesse al sesso, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo; testo che richiama l'art. 3, 3 della Dir. 2000/78/CEE.

** Presidente sezione lavoro Tribunale Bologna.*

quale assistiamo è quella dell'assunzione con livello inferiore rispetto quello effettivo corrispondente all'attività lavorativa femminile per rispettare a livello formale il dato della retribuzione costringendo la lavoratrice ad accettare una tale situazione. Dico per altro alla quale assistiamo in termini di "tradizione orale" perché nelle aule di giustizia, almeno nella realtà bolognese, queste forme di sopruso non sono arrivate. Purtroppo da questo punto di vista stiamo assistendo ad un depotenziamento delle strutture ispettive, almeno così interpreto io la riforma intervenuta nel 2017 con la creazione dell'Agenzia dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, autonoma oggi rispetto al Ministero del lavoro, vedremo cosa diranno i fatti sul punto.

Altro è il discorso delle sanzioni conseguenti comportamenti discriminatori, aspetto veramente problematico che deve essere affrontato in un contesto più generale della cultura del danno e del suo risarcimento[2].
Sta a noi, a tutti noi, alle Consigliere di Parità ed agli avvocati fare in modo che questi fenomeni siano denunciati per porre un argine agli stessi. Da questo punto di vista potrei definire il mio intervento come promozionale, io sono qui per spingervi a fare i processi. Voi dovete farli perché se vogliamo che le cose cambino dobbiamo contare anche sull'apporto della giurisdizione. Dobbiamo realizzare che solo azionando i propri diritti questi possono essere affermati in un contesto problematico come quello odierno del lavoro dove purtroppo assistiamo sempre più alla prevalenza del mercato sui diritti. Vieppiù nei confronti dei soggetti più deboli e nel mercato il soggetto debole è la donna che subisce una serie di ricatti per la sua condizione di fragilità dovuto al ruolo nella società e nella famiglia[3]. Bisogna azionare i propri

2 In Italia l'art. 18 Dir. 2006/54/CE ("Gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali le misure necessarie per garantire, per il danno subito da una persona lesa a causa di una discriminazione fondata sul sesso, un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi, da essi stessi stabiliti in modo tale da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito") è stato recepito in termini minimalisti dall'art. 38 d.lgs. 198/2006 nel quale si parla di "risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita" e si capisce che in tema di danno non patrimoniale il giudice italiano si trova in estrema difficoltà in particolare per la sua liquidazione.
Nel nostro paese il controllo del rispetto delle normative a tutela delle condizioni di lavoro è affidato all'Ispettorato Nazionale del Lavoro che interviene per verificare e eventualmente sanzionare comportamenti illegittimi. Le sanzioni previste in caso di inottemperanza ai divieti di discriminazioni di cui al ricordato d.lgs. 198/2006, per altro, non hanno un titolare della segnalazione indicato con la dovuta chiarezza. Questo determina che fuori dalle ipotesi di reato e a parte contatti con le Consigliere di Parità (figura istituita per la promozione e il controllo dell'attuazione dei principi di uguaglianza di opportunità e di non discriminazione tra uomini e donne nel mondo del lavoro) le situazioni non vengono segnalate e/o sanzionate, determinando come conseguenza la difficoltà delle lavoratrici discriminate nel rivolgersi agli ispettori del lavoro per essere tutelate e resistenze a rivolgersi al giudice del lavoro per i profili evidenziati (ci sono stati casi di risarcimenti tendenzialmente simbolici in mancanza di parametri di riferimento).
3 In termini di stretta attualità, mentre scrivo queste note, nel 2020 abbiamo assistito all'esplosione del Covid con tutte le conseguenze in termini sanitari e di ricadute sul tessuto economico del nostro paese e dell'economia mondiale. Anche in questo caso le conseguenze più pesanti le stanno pagamento le donne. Sul tema rinvio in generale all'articolo di A. Perulli "Il lavoro ai tempi della pandemia", maggio 2020, rivista Il Mulino, e sullo specifico femminile "Quale lavoro femminile al tempo del Covid-19? Fase 2: ritorno al passato" di Clelia Alleri, Mara Congeduti, Sabrina Pittarello, Francesca Stangherlin, avvocate giuslavoriste del Foro di Bologna, Questione Giustizia, giugno 2020.

diritti e in particolare in situazioni favorevoli e da questo punto di vista, lo dico con consapevolezza e anche con orgoglio, la nostra regione Emilia-Romagna ed in particolare la circoscrizione territoriale del Tribunale di Bologna costituiscono una realtà dove il tessuto sociale tiene ancora: pensate soltanto a quello che stiamo a fare adesso qui noi, guardate che è bellissimo, capite che veramente ci sono in questo contesto le possibilità per impegnarsi e realizzare risultati positivi.
Pensiamo ai tempi della giustizia che nella nostra realtà sono tempi "europei", anzi che forse l'Europa addirittura ci invidierebbe, ed anche in termini di sensibilità la stessa mi sembra abbastanza alta.

Altro aspetto che ritengo sia di grande aiuto in termini di effettività della tutela è quello della competenza funzionale del giudice del lavoro in tutta questa materia. Su questo punto importante la Corte di Cassazione è intervenuta anche recentemente, mi riferisco all'ordinanza n. 3936/2017[4]. Nel caso in esame la Corte di Cassazione rafforza la sua lettura possibilista sulla competenza funzionale del giudice del lavoro in materia antidiscriminatoria con la considerazione che il caso concreto riguardava un rapporto di lavoro. E l'ambito lavorativo sussiste non soltanto quando parliamo del rapporto cristallizzato da un contratto, tra imprenditore e lavoratore per intendersi, ma anche quando a molestare, a discriminare sia un collega di lavoro, con il quale la lavoratrice non ha un rapporto contrattuale (situazione riconducibile all'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c.) che potrebbe essere alla base della competenza funzionale richiamata, perché il contesto lavorativo appare idoneo a spiegare i suoi effetti in termini di competenza funzionale (penso all'ipotesi di mobbing nel quale la lavoratrice molestata agisce nei confronti del collega che con le forme del c.d. mobbing orizzontale) che attrae la materia, senza per altro dimenticare che in situazioni del genere è buona regola avere come riferimento l'art. 2087 c.c. in termini di dovere del datore di lavoro di assicurare la salute del proprio dipendente in termini di tutela dell'integrità fisica e personalità morale.

Io ritengo che la chiave di lettura della decisione ricordata della Corte di Cassazione sia da ricercare nella particolare capacità di ascolto del giudice del lavoro. La dimostrazione di quanto dico la posso fornire utilizzando quello che da sempre è stato un mio cavallo di battaglia cioè il mobbing. Non parlo fuori dal seminato perché la discriminazione capita sia alla base di questo fenomeno. Pensate al caso del lavoratore che deve agire per far riconoscere una situazione di mobbing subita e non potrà che chiamare a conforto della propria richiesta la testimonianza dei colleghi di lavoro che hanno assistito ai fenomeni denunciati. Se volesse agire nei confronti di un collega e non del datore di lavoro, come abbiamo visto questo è possibile, astrattamente dovrebbe rivolgersi al giudice civile (addirittura nella

4 "Quanto al rito, il procedimento, si è detto, è regolato dalle forme degli art. 702 bis c.p.c. e segg., con le variazioni dettate dalle norme generali di cui al d.lgs. n. 150 del 2011, artt. 3, 4 e 5 e da quelle speciali contenute proprio nell'art. 28. L'individuazione in concreto del giudice ben può dipendere dalla ripartizione interna di un determinato ufficio, essendo anche ipotizzabile che le cause d.lgs. n. 150 del 2011, ex art. 28, siano trattate dal giudice del lavoro".

prime cause di mobbing si scindevano le cause se il mobbizzato si rivolgeva sia nei confronti del collega che nei confronti del datore per mancato controllo) con conseguenze catastrofiche in termini di tempi per la decisione , ma quello che più conta è la capacità di ascolto che è tipica del giudice del lavoro. Pensate che sempre il giudice del lavoro si trova a dover decidere cause nella quale i testimoni sono essenzialmente altri lavoratori, certamente non estranei alla causa, ed è inutile evidenziare la particolare situazione, quasi da Giano bifronte, nella quale si viene a trovare il soggetto stretto nella morsa della solidarietà con un collega e la tutela del proprio posto di lavoro, che potrebbe essere a rischio in caso di dichiarazioni non favorevoli alla posizione datoriale. Si tratta di un dilemma dirompente. Se si entra in questo contesto come un elefante in una cristalleria si rompe tutto, astrattamente si corre il rischio di dover sempre mandare gli atti al Pubblico Ministero per l'ipotesi di falsa testimonianza, che comprende anche la reticenza, ma questo non ha senso. Il giudice del lavoro è la figura della giurisdizione assolutamente più vocata per queste situazioni, per la sua particolare sensibilità, formatasi nella capacità di comprendere l'estrema fragilità alla base delle stesse, e quindi fare tesoro di questa esperienza e questa peculiare capacità di ascolto (non a caso noi facciamo questo che amo definire un mestiere che si attacca alla nostra pelle). Difficilmente noi giudici del lavoro smettiamo di svolgere questo ruolo, prima di tutto perché è bellissimo e poi perché ci affiniamo in questa sensibilità che ci consente di affrontare processi così delicati e difficili che se affidati ad altri magistrati senza questa particolare esperienza e sensibilità rischierebbero, oltre che di durare in termini indefiniti ,di perdere la capacità di comprendere il significato delle offese alla dignità della persona del lavoratore anche soltanto con uno sguardo, anche soltanto con dei comportamenti che in sé non sarebbero illegittimi ma inseriti ad esempio in un particolare contesto mobbizzante (quello che si definisce il valore aggiunto di questa figura) diventano caselle di quella strategia espulsiva richiesta per la realizzazione della fattispecie.
Per i motivi descritti, agendo quasi con una forma preoccupante di auto-lesionismo, vi dico che indubbiamente non può che essere il giudice del lavoro quello deputato a tutta la materia anti-discriminatoria, di questo ne sono convintissimo. Avere l'esperienza nell'affrontare situazioni nelle quali si cammina a volte su uno strato di ghiaccio sottile che può rompersi con estrema facilità è elemento fondamentale per dedicarsi alla materia che vede nell'offesa alla persona donna in quanto tale la caratteristica determinante.

Tutto il contesto acquista per me un ulteriore interesse perché ci troviamo a parlare del danno e del suo risarcimento.
La tematica del danno è quella che nel diritto civile appare la più vitale, in continua evoluzione al passo con l'affermazione e la realizzazione dei principi costituzionali di solidarietà, in particolare per il lavorista i collegamenti molteplici della nostra materia alla Costituzione e le prospettive risarcitorie connesse con tali valori fondamentali fanno della materia del danno un sistema in continua evoluzione e grande potenzialità di ristoro nel sistema generale che, come detto, appare

complessivamente virare più su visuali connesse al mercato che ai diritti[5]. Ci vuole coraggio e fantasia, per trovare nuove strade di tutela dei soggetti deboli e indicarne i riferimenti costituzionali alla base delle pretese di tutela. Una storia quella del danno piena di queste prerogative, partendo dal danno alla salute, prima esclusiva creazione giurisprudenziale per lungo tempo[6], fino al danno c.d. esistenziale che esplicita il diritto ad una esistenza dignitosa previsto dalla Costituzionale[7]. Per una definizione della materia in termini giurisprudenziali dobbiamo attendere le famose sentenze di San Martino[8]. Sempre in questo spirito di ricerca della massima aderenza allo spirito della nostra Costituzione assistiamo ad ulteriori evoluzioni, penso per tutte al c.d. danno punitivo che tanto spaventa le compagnie di assicurazione ma che vista nell'ottica della Corte di Cassazione, che recentemente è intervenuta con parole mirabilmente lucide, pacate e al tempo stesso aperte, determina un ulteriore sviluppo che nel nostro specifico settore può assumere una valenza davvero straordinaria. In estrema sintesi con la sentenza n. 16601/2017 le sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale (un autore ha contato più di una decina di funzioni), che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva, richiamando sul punto il già ricordato art. 28 d.lgs. 28/2011 sulle controversie in materia di discriminazione, che dà facoltà al giudice di condannare il convenuto al risarcimento del danno tenendo conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento. Continua in termini precisi la sentenza che ogni imposizione di prestazione personale esige una "intermediazione legislativa", in forza del principio di cui all'art. 23 Cost., (correlato agli artt. 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario. Questo inquadramento del tema illumina la questione della compatibilità con l'ordine pubblico di sentenze di condanna per *punitive damages*[9].

5 Basti pensare che nel Codice civile sul tema del danno non patrimoniale c'era un solo laconico articolo, il 2059, e anche sul danno extra-contrattuale l'unica regola si ricavava sostanzialmente dall'art. 2043 in un contesto tutto segnato dalla contrattualizzazione dei rapporti tra soggetti.

6 Il primo riferimento esplicito al danno biologico lo troviamo solo con il TU Inail 38/2000.

7 Il danno esistenziale è definibile come il danno arrecato all'esistenza, cioè quel danno che si traduce in un peggioramento della qualità della vita, pur non essendo inquadrabile nel danno alla salute. Si comincia a parlare di questa figura, a partire dalla fine degli anni '90, grazie al Professor Paolo Cendon al quale dobbiamo la diffusione e lo studio del concetto di danno esistenziale.

8 Nel 2008, con la sentenza n. 26972 e le tre gemelle 73, 74 e 75 la Cassazione a Sezioni unite ha fatto il punto sul problema del danno esistenziale, ridefinendo completamente, per certi versi, tutto il sistema del danno alla persona.

9 Sulla sentenza 16601/2017 ed in generale sulla tematica del danno non patrimoniale rimando a "Dalla polifunzionalità della responsabilità civile ai risarcimenti punitivi", di Roberto Simone, sul sito Questione Giustizia, oltre a "La nuova frontiera della responsabilità civile: la quantificazione del danno non patrimoniale" di Giulio Ponzanelli, sul sito Questione Giustizia, oltre all'intervento di uno dei più

Il quadro così descritto ci dipinge una situazione che potrebbe essere da tanti punti di vista favorevole alla tutela contro le discriminazioni, con un sistema normativo che presta attenzione alla particolare condizione del soggetto debole, con un giudice che è attento all'ascolto delle situazioni più disomogenee ed appare formato culturalmente alla tutela dei soggetti deboli, una evoluzione giurisprudenziale sempre più orientata alla realizzazione dei principi di solidarietà sociale della nostra Costituzione, eppure nonostante questo quadro generale quella che abbiamo sotto gli occhi è una situazione nella quale la tutela giurisdizionale contro le discriminazioni appare francamente deludente. Mi viene in mente il paragone con chi ha una bellissima macchina che offrirebbe ottime prestazioni ma poi ci viaggia a trenta chilometri all'ora in città.

Dico questo perché troppo spesso assistiamo a situazioni nelle quali i risultati delle azioni sono modesti: "La misura del risarcimento è importante per molte ragioni: permette, innanzitutto, di verificare la coerenza delle affermazioni sulle funzioni svolte dalla r.c. e aiuta poi a riflettere sulla sostenibilità economica del risarcimento proprio alla luce del suo carattere di costo sociale. Insomma, bisogna evitare che i giudici possano fissare risarcimenti senza alcuna razionalità come se fossero numeri neutri"[10]. Io amo dire che noi giudici siamo molto più bravi nella metafisica, cioè a disegnare sistemi complessi, che nella tutale concreta del singolo caso, che costituisce la fisica del fenomeno.

Per richiamare il contenuto polifunzionale della tutela del danno l'efficacia di dissuasione si potrà avere se la consistenza del danno avrà un contenuto con una sua consistenza intrinseca. Faccio un esempio preciso per chiarire il mio ragionamento utilizzando quella sentenza della Corte di Appello di Milano[11] che amo definire della montagna e del topolino. Il caso è quello di una lavoratrice straniera discriminata per motivi religiosi, si era rifiutata di togliersi il velo, o hijab (cioè il velo che copre i capelli e lascia scoperto il volto) per un servizio nel quale questo particolare era insignificante mentre secondo la società datrice di lavoro vi erano caratteristiche di immagine incompatibili con il velo. Il giudice del Tribunale di Lodi aveva rigettato il ricorso e in appello la Corte milanese ricostruisce la vicenda con attenzione e meticolosità arrivando a dichiarare il carattere discriminatorio del comportamento della società. Arrivando alla determinazione del danno escluso il danno patrimoniale giustamente, sia come lucro cessante che come perdita di chances, sul danno non patrimoniale la Corte così si esprime: "Le modalità con le quali l'appellante è stata esclusa dalla selezione preassuntiva a seguito del suo rifiuto di togliersi lo hijab ha certamente inciso in modo negativo sulla sfera personale/esistenziale

---

illustri studiosi della materia, Massimo Franzoni, "Danno punitivo e ordine pubblico", Rivista diritto civile, 2018.

10 G. Ponzanelli, "La nuova frontiera della responsabilità civile: la quantificazione del danno non patrimoniale", cit.

11 Corte Appello Milano 4 maggio 2016 che si può consultare nel prezioso sito Osservatorio sulle discriminazioni.

della appellante, alla quale dev'essere riconosciuto quale risarcimento del relativo danno non patrimoniale l'importo, equitativamente determinato, di € 500,00. Non si ritiene di applicare ulteriori sanzioni, atteso che il comportamento discriminatorio ha ormai esaurito i suoi effetti e non risulta che sia stato reiterato". Inoltre attesa la novità le spese di giudizio vengono compensate.

Questo in realtà è il grande problema della liquidazione del danno non patrimoniale, che in quanto tale deve essere avulso da qualsiasi considerazione reddituale, la mancanza di dati di riferimento utili per la sua liquidazione. Chiaramente in compresenza con un danno biologico ci sono le tabelle del Tribunale di Milano che ci aiutano e ci guidano, saggiamente "appesantite" negli altri aspetti di danni.

Personalmente in caso di attacchi alla persona con contenuti di durata, penso al demansionamento o al mobbing, utilizzo il dato temporale e con l'ausilio del parametro dell'indennità temporanea totale calcolo la durata della lesione dei diritti del soggetto, con l'ulteriore possibilità di valutale l'ITT come un multiplo, considerando nei casi più pesanti di attacco alla persona che le otto ore di lavoro sono solo un terzo della giornata ma che il lavoratore a causa del comportamento soffre per tutta la giornata fatta di ventiquattro ore. Nel caso della montagna e del topolino non potendo fare riferimento all'elemento della durata temporale per superare una liquidazione che si avverte come quasi impalpabile, come il velo oggetto della vicenda, si può utilizzare come parametro, ad esempio, la sanzione civile, il riferimento è all'art. 4 del d.lgs. 7/2017, prevista dal nostro ordinamento nel caso di "chi offende l'onore o il decoro di una persona presente, ovvero mediante comunicazione telegrafica, telefonica, informatica o telematica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa", la vecchia ingiuria penale per la quale oggi è prevista una sanzione pecuniaria civile da euro cento a euro ottomila. Nel caso ricordato ritenendo ingiurioso il comportamento nei confronti della lavoratrice si poteva usare questo parametro che consentiva di arrivare ad una liquidazione di ottomila euro che, insieme con le spese processuali che per me dovevano seguire la soccombenza, e questo riferimento oltre a ridurre i margini della liquidazione equitativa meramente discrezionale poteva costituire certamente in termini più consistenti una ragione per affrontare un giudizio. Addirittura nel caso del velo poiché l'offesa alla persona colpisce la stessa sia come lavoratrice che come religiosa si poteva utilizzare il parametro trovato come multiplo per adeguare il danno complessivo con il ristoro in termini risarcitori. L'importante è avere dei parametri di riferimento perché si potrà cadere anche nell'errore opposto come ad esempio nel casi del Tribunale di Bergamo che con l'ordinanza ex art. 28 l. 300/1970 del 30 marzo 2018, richiamando per altro la giurisprudenza ricordata della Corte di Cassazione sul danno punitivo, con riferimenti alla diffusione mediatica delle parti ritenute discriminatorie di una clausola contrattuale[12] arriva ad un risarcimento

12 "Nella situazione in esame, il numero delle decisioni straniere che già hanno interessato Ryanair per il disconoscimento delle organizzazioni sindacali, l'ampia diffusione mediatica che le dichiarazioni hanno avuto, il contenuto e la forza offensiva delle stesse, la notorietà della società, inducono a

ritenuto equo senza ulteriori precisazioni, decisione che per altro risulta confermata anche dalla Corte di Appello di Brescia. In questo caso non voglio definire eccessivo il risarcimento, dico solo che l'espressione "stima equo" per quanto corroborata dai richiami alla giurisprudenza sul danno punitivo, nella quale per altro si richiamava l'esigenza di parametri di riferimento, non la trovo adeguata come motivazione del risarcimento.

Ritengo che occorra creare le condizioni per essere credibili, per fare in modo che queste sentenze reggano fino in fondo, e questo sforzo deve essere compiuto in primo luogo da voi avvocati, che da questo punto di vista risultate tendenzialmente pigri, questo lo dico in base alla mia personale esperienza (sono giudice del lavoro dal 1994). E questa pigrizia si trasferisce poi sui giudici. Si presentano ricorsi magari di tante pagine e nelle conclusioni vengono richieste condanne che non trovano adeguato ragionamento logico a supporto. Spesso sono somme che spaventano ed allontanano il giudice psicologicamente dalla valutazione di generale attendibilità del ricorso, meglio magari chiedere meno ma giustificando in termini di percorso logico la richiesta che sparare cifre roboanti che poi non risultano giustificate. In questo senso voi avvocati dovete essere più accorti ad aiutare il giudice, così come il giudice deve essere molto più bravo ad argomentare la liquidazione di una determinata somma. Da questo punto di vista rischiamo di essere ancora all'anno zero, occorre creare una cultura comune sotto questo fondamentale profilo.

Questo è il motivo dell'importanza del confronto come in questo contesto e per questo sono stato felice di aderire all'iniziativa.
Grazie a tutte e a tutti.

---

ritenere non adeguatamente dissuasivo l'ordine di pubblicazione del presente provvedimento, rendendo opportuna la condanna al pagamento di una somma di denaro che, tenuto conto degli elementi appena rappresentati, può equitativamente essere determinata in € 50.000,00".

Le discriminazioni sul lavoro e conseguenze risarcitorie. La tutela processuale e i precedenti giurisprudenziali

*Chiara Rigosi**

Il presente contributo prende vita dalle slides usate per la relazione che ho fatto al Corso di alta formazione in materia antidiscriminatoria e non ha dunque una classica forma discorsiva.

Ho pensato in un primo momento che potesse essere un limite ma poi ho mutato opinione: forse un approccio più schematico rispetto alla mia abituale narrazione può essere più utile e fruibile, soprattutto per chi si trovi a dovere applicare leggi sostanziali e processuali nella pratica lavorativa.

Così riporterò i contenuti delle slides, cercando solo di renderle chiare anche senza le parole del relatore.

** Avvocata del Foro di Bologna.*

Le controversie in materia di discriminazione: il datore di lavoro è tenuto a rispettare il principio di non discriminazione che trova origine nell'art. 3 della Costituzione. Il precetto costituzionale ha trovato attuazione in diverse norme di legge.

Le discriminazioni nell'ambito del rapporto di lavoro: norme di riferimento

L'art. 28 del d.lgs. n. 150 del 21 settembre 2011

L'art. 28 d.lgs. 150/2011 statuisce che "Le controversie in materia di discriminazione di cui all'articolo 44 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, quelle di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, quelle di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, quelle di cui all'articolo 3 della legge 1 marzo 2006, n. 67, e quelle di cui all'articolo 55-quinquies del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, sono regolate dal rito sommario di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo".

Legge 300/70 -TITOLO II - Della libertà sindacale

Articolo 15 Atti discriminatori Testo in vigore dal 28 agosto 2003

1. È nullo qualsiasi patto od atto diretto a:

a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte;

b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nell'assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero.

2. Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali.

Codice delle Pari Opportunità (d.lgs. 11 aprile 2006, n.198)

Pari opportunità nel lavoro

Capo I - Nozioni di discriminazione

Art. 25 - Discriminazione diretta e indiretta

Art. 26 - Molestie e molestie sessuali

Capo II - Divieti di discriminazione

Art. 27 - Divieti di discriminazione nell'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e nelle condizioni di lavoro

Art. 28 - Divieto di discriminazione retributiva

Art. 29 - Divieti di discriminazione nella prestazione lavorativa e nella progressione di carriera

Art. 30 - Divieti di discriminazione nell'accesso alle prestazioni previdenziali

Art. 30 bis - Divieto di discriminazione nelle forme pensionistiche complementari collettive. Differenze di trattamento consentite

Art. 31 - Divieti di discriminazione nell'accesso agli impieghi pubblici

Art. 32 - Divieti di discriminazione nell'arruolamento nelle forze armate e nei corpi speciali [ABROGATO]

Art. 33 - Divieti di discriminazione nel reclutamento nelle Forze armate e nel Corpo della guardia di finanza [ABROGATO]

Art. 34 - Divieto di discriminazione nelle carriere militari [ABROGATO]

Art. 35 - Divieto di licenziamento per causa di matrimonio

Art. 28 - Divieto di discriminazione retributiva

1. È vietata qualsiasi discriminazione, diretta e indiretta, concernente un qualunque aspetto o condizione delle retribuzioni, per quanto riguarda uno stesso lavoro o un lavoro al quale è attribuito un valore uguale.[1]

2. I sistemi di classificazione professionale ai fini della determinazione delle retribuzioni debbono adottare criteri comuni per uomini e donne ed essere elaborati in modo da eliminare le discriminazioni[2]*.*

Ancora Codice delle Pari Opportunità (d.lgs. 11 aprile 2006, n.198)

Pari opportunità nel lavoro

Capo III - Tutela giudiziaria

Art. 36 - Legittimazione processuale

Art. 37 - Legittimazione processuale a tutela di più soggetti
Azione promossa dalle consigliere o consiglieri di parità per provvedimenti discriminatori di carattere collettivo o quando non siano immediatamente individuabili i singoli lavoratori

Art. 38 - Provvedimento avverso le discriminazioni
Azione promossa dal lavoratore o dalle OOSS o dalle Consigliere di parità su sua delega

Art. 39 - Ricorso in via d'urgenza

Art. 40 - Onere della prova

Art. 41 - Adempimenti amministrativi e sanzioni

Art. 41 bis - Vittimizzazione

1 Il presente comma è stato così sostituito dall'art. 1 d.lgs. 25.01.2010, n. 5 con decorrenza dal 20.02.2010. Si riporta di seguito il testo previgente:
"La lavoratrice ha diritto alla stessa retribuzione del lavoratore quando le prestazioni richieste siano uguali o di pari valore."
2 Il presente comma è stato così modificato dall'art. 1 d.lgs. 25.01.2010, n. 5 con decorrenza dal 20.02.2010. Si riporta di seguito il testo previgente:
"I sistemi di classificazione professionale ai fini della determinazione delle retribuzioni debbono adottare criteri comuni per uomini e donne."

Il Procedimento ex art 28 d.lgs. 150/2011

La norma è inserita nelle Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69.

Le controversie in materia di discriminazione

1. È competente il tribunale del luogo in cui il ricorrente ha il domicilio.
2. Nel giudizio di primo grado le parti possono stare in giudizio personalmente.
3. Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione (inversione dell'onere della prova).

Si può estendere tale inversione dell'onere probatorio anche a fattispecie e riti diversi?

L'onere della prova nel rito speciale e in quello ordinario

In odine al licenziamento discriminatorio, ad esempio, la Corte di Cassazione ha precisato che ai soggetti che lamentino una discriminazione non debba applicarsi il regime probatorio ordinario, bensì quello "agevolato" previsto dalle norme speciali in materia di discriminazioni. Pertanto, è necessario che il lavoratore alleghi e dimostri circostanze di fatto dalle quali possa desumersi per inferenza che la discriminazione abbia avuto luogo, per far scattare l'onere per il datore di lavoro di dimostrare l'insussistenza della discriminazione attraverso circostanze inequivoche, idonee a escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria del recesso, in quanto dimostrative di una scelta che sarebbe stata operata con i medesimi parametri nei confronti di qualsiasi lavoratore, privo del fattore di rischio, che si fosse trovato nella stessa posizione del lavoratore licenziato (cfr. sul punto anche Cass. n. 14206/2013 secondo cui «incombe a colui che si ritenga leso dal mancato rispetto del principio di parità di trattamento dimostrare, in un primo momento, i fatti che consentano di presumere la sussistenza di una discriminazione diretta o indiretta. Solamente nel caso in cui questi abbia provato tali fatti, spetterà poi alla controparte, in un secondo momento, dimostrare che non vi sia stata violazione del principio di non discriminazione»). Cassazione Sezione Lavoro 27 settembre 2018, n. 23338, in motivazione.

In una recente sentenza (15 giugno 2020 n. 11530), sul regime probatorio in caso di discriminazione per sesso sul lavoro, la Corte di Cassazione ha ribadito che non si tratta di una vera e propria inversione dell'onere probatorio ma di una semplice attenuazione di tale onere a carico della persona discriminata, il cui adempimento fa scattare l'onere del datore di provare la non discriminazione. Nel caso esaminato, una lavoratrice aveva lamentato la mancata conferma dopo un periodo di apprendistato, diversamente da altri apprendisti maschi e aveva sostenuto che tale dato statistico fosse sufficiente ad invertire l'onere della prova. Viceversa la Corte lo ha escluso, essendo stato accertato in giudizio che, in un arco ragionevole di tempo (quattro mesi), l'impresa aveva assunto apprendisti di ambo i sessi, non confermando poi alcuni di essi, senza sostanziali differenze fra sessi.

Le controversie in materia di discriminazione previste dall'art. 28 d.lgs. 150/2011

Si tratta, nell'ordine, di giudizi riguardanti atti discriminatori nei confronti degli immigrati, atti discriminatori dovuti alla razza e alla origine etnica, atti discriminatori non solo nei confronti del rappresentante sindacale ma anche del portatore di handicap o causati da età o orientamenti sessuali o convinzioni personali (la modifica del testo dell'art. 15 legge 300/70), atti discriminatori nei confronti del disabile, condotte pregiudizievoli alla parità uomo/donna.

Tra le norme richiamate dal predetto articolo 28, vale la pena di riservare particolare attenzione al decreto legislativo n. 216 del 9 luglio 2003 (Attuazione della Direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro) che contiene anche la norma che ha modificato l'art. 15 legge 300/70.

L'articolo 1 individua l'oggetto di tale decreto, e cioè "1. Il presente decreto reca le disposizioni relative all'attuazione della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, disponendo le misure necessarie affinché tali fattori non siano causa di discriminazione, in un'ottica che tenga conto anche del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini".

Il successivo art. 3 stabilisce l'Ambito di applicazione del Principio di parità di traattamento.

1. Il principio di parità di trattamento senza distinzione di religione, di convinzioni personali, di handicap, di età e di orientamento sessuale si applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato ed è suscettibile di tutela giurisdizionale secondo le forme previste dall'articolo 4, con specifico riferimento alle seguenti aree

a) accesso all'occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione;

b) occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni del licenziamento;

c) accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali;

d) affiliazione e attività nell'ambito di organizzazioni di lavoratori, di datori di lavoro o di altre organizzazioni professionali e prestazioni erogate dalle medesime organizzazioni.

2. La disciplina di cui al presente decreto fa salve tutte le disposizioni vigenti in materia di:

a) condizioni di ingresso, soggiorno ed accesso all'occupazione, all'assistenza e alla previdenza dei cittadini dei Paesi terzi e degli apolidi nel territorio dello Stato;

b) sicurezza e protezione sociale;

c) sicurezza pubblica, tutela dell'ordine pubblico, prevenzione dei reati e tutela della salute;

d) stato civile e prestazioni che ne derivano;

e) forze armate, limitatamente ai fattori di età e di handicap.

3. Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e purché la finalità sia legittima, nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età o all'orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima.

(…)

4. (quanto alla salute) Sono fatte salve le disposizioni che prevedono accertamenti di idoneità al lavoro nel rispetto di quanto stabilito dai commi 2 e 3.

Il significato di questo punto 2 dell'art. 3 è dunque quello di "salvare" alcuni comportamenti che sarebbero di per sé potenzialmente discriminatori perché, secondo il legislatore, si tratta non di discriminazione ma di distinzione motivata e, come tale, permessa.

Le discriminazioni

La condotta discriminatoria si può verificare in momenti diversi del rapporto di lavoro, e per ragioni diverse, assumendo così molteplici vesti.

La discriminazione si può, infatti, riscontrare:

- al momento dell'assunzione;
- durante il rapporto di lavoro;
- come causa di recesso - Il licenziamento discriminatorio.

Si prenderanno in esame le varie fattispecie utilizzando alcune decisioni segnalate anche dall'Osservatorio sulle discriminazioni-monitoraggio sulla giurisprudenza italiana.

Discriminazione razziale al momento della assunzione

Ordinanza Tribunale di Torino, 18 maggio 2018, contenuto pubblicato sul sito Asgi - Discriminazione relativa all'accesso al lavoro

Ecco uno stralcio della sentenza:

"Le domande proposte dall'Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione ai sensi degli art. 44 d.lgs. 286/1998, 4 d.lgs. 215/2003 e 28 d.lgs. 150/2011 hanno a oggetto l'accertamento del carattere discriminatorio del "Bando di selezione per la formazione di una graduatoria volta all'assunzione di personale operaio addetto alla manutenzione del verde", emesso dall'Azienda Servizi Territoriali Genova Spa con avviso del 19/10/2017, nella parte in cui indica tra i requisiti per l'ammissione la "Cittadinanza italiana o di Stato appartenente all'Unione Europea", con adozione dei conseguenti provvedimenti idonei a rimuoverne gli effetti e, in subordine, condanna al risarcimento del danno (ric. p. 14 – 15).

Respinte le eccezioni di carenza di giurisdizione, di incompetenza territoriale e di interesse ad agire, passando al merito – premesso che l'art. 43 c. 2 lett. e) d.lgs. 286/1998 definisce come atto di discriminazione del datore di lavoro "qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza … ad una cittadinanza …" –, va precisato che l'attrice chiede la modifica del bando al fine di consentire la partecipazione, in via principale, "a tutti i cittadini di paesi terzi in possesso di un

titolo che consenta di lavorare" e, in subordine, a coloro che siano "in possesso di uno dei titoli di soggiorno" di cui all'art. 38 d.lgs. 165/2001 (ric. p. 14).

L'illegittimo contenuto configura una discriminazione secondo i principi affermati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, essendo idoneo "a dissuadere fortemente determinati candidati dal presentare le proprie candidature e, quindi, a ostacolare il loro accesso al mercato del lavoro" (Corte Giust. Ue, 10/07/2008, causa C-54/2007).

Per tutti gli esposti motivi, risulta accertato il carattere discriminatorio del bando in esame, nella parte in cui indica tra i requisiti per l'ammissione la "Cittadinanza italiana o di Stato appartenente all'Unione Europea", con conseguente necessità di adottare "ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti" ex art. 28 c. 5 d.lgs. 150/2011.

PQM

.. ordina all'Azienda Servizi Territoriali Genova Spa di modificare il bando del 19/10/2017, indicando che è consentita la partecipazione a tutti i cittadini di Paesi terzi in possesso di un titolo di soggiorno che consenta l'accesso al lavoro e fissando un nuovo termine per la presentazione delle relative domande".

Tribunale di Nola, sez. Lavoro ordinanza 13 settembre 2018, n. 21248 Giudice Di Palma: solo estetiste italiane

Si legge in sentenza:

"È di tutta evidenza che la fattispecie sottoposta al vaglio dell'odierno giudicante sia perfettamente riconducibile all'ipotesi di cui alla let. C) dell'art. 3 summenzionato, venendo in rilievo un avviso pubblico indetto dal comune convenuto per l'accesso ad un corso gratuito di formazione per make up artist, riservato alle sole donne di cittadinanza italiana o di altro stato UE, residenti nel Comune di Palma Campania, di età compresa tra 18 e 45 anni, prive di occupazione e qualifica professionale. Trattasi di requisiti tutti posseduti dalla ricorrente ad eccezione della cittadinanza italiana o Europea. Peraltro il principio di parità di trattamento nell'accesso alla formazione è espressamente previsto dal TU Immigrazione d.lgs. 286/98, ai sensi del quale lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano. Lo stesso Testo Unico, all'art. 43 definisce espressamente in termini di discriminazione, qualunque comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose (...).

La violazione del divieto di discriminazione nel caso di specie appare dunque evidente, non avendo il Comune nemmeno addotto eventuali ragionevoli motivazioni che potessero giustificare l'esclusione in ragione della nazionalità

P.Q.M.

Il Tribunale così provvede:

- accoglie la domanda e per l'effetto condanna il Comune convenuto a modificare l'avviso fissando un nuovo termine per la presentazione delle domande, ammettendo tutte le straniere non comunitarie alle stesse condizioni di quelle italiane o comunitarie;

- rigetta nel resto; (nulla sul danno)

- condanna parte resistente al rimborso delle spese di lite che, compensate per metà, liquida nel residuo in Euro. 500,00, oltre spese forfetarie, iva e cpa come per legge con attribuzione.

Così deciso in Nola il 13 settembre 2018.

Depositata in Cancelleria il 13 settembre 2018"

Discriminazione per motivi religiosi

Divieto di indossare burqa e niqab in uffici pubblici, Tribunale di Milano, sentenza del 20 aprile 2017

"Con ricorso ex art. 44 d.lgs. 286/1998 l'ASGI – Associazione degli Studi Giuridici sull'Immigrazione -, l'APN – Avvocati per Niente Onlus -, la Fondazione Guido Piccini per i Diritti dell'Uomo Onlus e il NAGA – Associazione Volontaria di Assistenza Socio-sanitaria e per i diritti dei cittadini stranieri, rom e sinti (), hanno convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Milano la Regione Lombardia deducendo: che il 10.12.2015 la Giunta regionale Lombarda aveva approvato la delibera n. X/4553, avente ad oggetto il "rafforzamento delle misure di accesso e permanenza nelle sedi della giunta regionale e degli enti società facenti parte del sistema regionale"; che nella predetta delibera si evidenziava come le tradizioni ed i costumi religiosi non potessero rappresentare giustificati motivi di eccezione, ai sensi dell'art. 5 della l. 152/1975, e si disponeva l'"adozione di misure idonee al rafforzamento del sistema di controllo, identificazione e sicurezza", vietando "l'uso di caschi protettivi o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona" presso gli enti individuati dall'art. 1 della l.r. 30/2006 (tra i quali erano compresi, a titolo di esempio, anche le Aziende Ospedaliere, le ASST ed enti pubblici quali l'Aler); IL RICORSO VENIVA RESPINTO in quanto si riteneva che fossero ragioni di sicurezza

ad impedire l'accesso nelle strutture a volto coperto, in qualsiasi modo il volto fosse coperto, veli, caschi o altro".

Discriminazione di genere, durante il rapporto di lavoro

Gravidanza e tutela sul lavoro

Discriminazione della lavoratrice a seguito di gravidanza, Tribunale di Pistoia, sentenza del 19 dicembre 2008

A seguito della comunicazione dello stato di gravidanza, era iniziata una serie di azioni vessatorie (ricorso proposto dalla Consigliera di Parità della Provincia di Pistoia). "Il contesto analiticamente descritto rivela non solo un palese intento discriminatorio, ma soprattutto una pluralità di condotte estremamente incisive, per la loro idoneità a fiaccare la volontà della lavoratrice di continuare a lavorare alle dipendenze della resistente. La reiterazione delle condotte, la loro gravità, l'assoluta loro pretestuosità, la loro incidenza in una sfera personalissima e in un momento estremamente delicato dell'esistenza dell'individuo impongono di liquidare equitativamente il danno nella misura di euro 30.000,00.

Le spese seguono la soccombenza. Tenuto conto della natura e del valore della controversia nonché delle questioni trattate, si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il giudice, dott. Giuseppe De Marzo, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta dalla Consigliera di Parità della Provincia di Pistoia nei confronti del L P s.r.l. l'accoglie e, per l'effetto, condanna la società convenuta al risarcimento del danno subito dalla lavoratrice L .M. e liquidato in euro 30.000,00, all'attualità, oltre interessi dal dì della sentenza al saldo, nonché al pagamento delle spese del processo, liquidate in euro 5.000,00, per diritti e onorari, cui devono aggiungersi rimborso spese generali, iva e cap come per legge

Discriminazione per età

Tribunale di Milano, sentenza del 5 ottobre 2010

Un dirigente della Agenzia delle Entrate era stato licenziato per raggiungimento dell'anzianità massima contributiva di quaranta anni ai sensi dell'art. 72, co. 11, della legge n. 133/08, come modificato dalla legge n. 15/09 e, da ultimo, dalla legge n. 102/09 del 4.8.09.

La parte attorea ha argomentato l'illegittimità del recesso per la violazione del termine di preavviso di cui al CCNL "dirigenti", per il fatto che non si dovrebbero contare nei quarant'anni di anzianità quelli oggetto di riscatto contributivo volontario, per la natura discriminatoria in ragione "del fattore di rischio dell'età" della motivazione di risoluzione.

L'unica ragione addotta dal datore di lavoro, secondo il Tribunale di Milano, è la necessità di diminuire i costi favorire l'obiettivo dell'assunzione di lavoratori più giovani, potendo per entrambe le finalità giovare il recesso dal rapporto con lavoratori in possesso dei requisiti pensionistici.

Gli stessi atti, piuttosto, mostrano solo come l'Agenzia delle Entrate, non prendendo in considerazione la situazione concreta di alcun ufficio, abbia solo richiamato la generica ed astratta motivazione delle esigenze di assicurare la piena evoluzione dei modelli organizzativi e l'ottimale utilizzo delle tecnologie di supporto al rafforzamento della gestione del sistema fiscale che renderebbero necessario il più ampio e rapido ricambio generazionale.

In tal modo, la convenuta ha solo evocato una motivazione stereotipata, che, essendo scollegata dall'individuazione di un interesse pubblico concreto, appare volta unicamente a giustificare il licenziamento dei lavoratori più anziani, non potendosi che collocare tra questi coloro che hanno un anzianità contributiva di quarant'anni.

Il Tribunale di Milano ha dunque accertato l'illegittimità del licenziamento intimato con lettera del 22.9.09, e ha disposto che il ricorrente, alla data del 2.6.10 (programmata per l'efficacia dell'atto di recesso) fosse mantenuto in servizio.

Discriminazione per Handicap e cessazione del rapporto di lavoro

Tribunale di Milano, ordinanza 11 febbraio 2013

Il licenziamento di una dirigente gravemente malata è stato ritenuto discriminatorio.

"Per come prospettata al datore di lavoro, la malattia sofferta da XY ha inequivocabilmente assunto il contenuto di un handicap: da un lato, la lavoratrice ha rappresentato di avere una "una patologia molto grave" che la costringerà a "rimanere in cura per tutto il resto della mia vita"; dall'altro, ha dato conto degli effetti delle cure obbligate: "a metà febbraio ho cominciato i trattamenti. Un inconveniente di ciò è che mi sento molto stanca e perciò cerco di guidare il meno possibile per non rischiare di addormentarmi mentre guido… I medici mi hanno consigliato di evitare lo stress, nei limiti del possibile. Sto facendo un grande sforzo per tenermi al passo svolgere i miei ordinari compiti…".

Sotto questo profilo, è del tutto irrilevante che XY non abbia comunicato alla società l'esatta natura della malattia che l'affligge poiché, con la propria missiva del 5/3/2012, ha comunque delineato in maniera oltremodo chiara la gravità della situazione e gli effetti della stessa, e il quadro emergente dalla sua descrizione è senz'altro quello di una patologia grave e invalidante.

A tale comunicazione non può che essere ricondotta la decisione datoriale di risolvere immediatamente il rapporto di lavoro in essere con XY.

È questa una conclusione cui il giudicante perviene considerando, da un lato, il brevissimo arco temporale in cui le vicende per cui è causa si sono svolte e, dall'altro, il tenore della stessa lettera di licenziamento.

P.Q.M.

accerta e dichiara la natura discriminatoria e, conseguentemente, la nullità del licenziamento intimato a XY il 4/7/2012 e, per l'effetto, ordina a SOCIETA' s.r.l. l'immediata reintegrazione della lavoratrice nel posto e nelle mansioni di cui in precedenza, o altre equivalenti".

La discriminazione per motivi sindacali

Il datore di lavoro non può limitare l'esercizio delle libertà sindacali costituzionalmente garantite all'interno dell'azienda, opponendo il diritto di proprietà o altri diritti relativi alla disponibilità dei beni aziendali. In particolare, sono poi espressamente vietati gli atti discriminatori.

Divieto di atti discriminatori

È nullo qualsiasi patto o atto (ossia ogni comportamento materiale) diretto a:

a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca a una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte;

b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nell'assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero.

Cassa integrazione e mobilità: discriminazione nella scelta dei lavoratori

Un generale divieto di discriminazione attiene anche al divieto di discriminazione nell'individuazione dei lavoratori da porre in cassa integrazione, posto che si ha una perdita di retribuzione, o da collocare in mobilità (e qui, il danno è assai più consistente ed è rappresentato dall'estromissione dal posto di lavoro). A tal fine, è necessario, in presenza di accordi sindacali volti alla definizione dei criteri per l'individuazione dei lavoratori da sospendere o estromettere, il pieno rispetto dei criteri così individuati (Cass. 2.3.1999, n. 1760). Anche in questo caso, il lavoratore che si ritenga vittima di comportamenti discriminatori, potrà adire il giudice per essere reintegrato in servizio.

Discriminazione mediante trattamenti economici collettivi

È altresì vietata la concessione di trattamenti economici di maggior favore aventi carattere discriminatorio (art. 16 l. 20.5.1970, n. 300). È quindi vietata la stipulazione di accordi che attribuiscono, a determinate categorie di prestatori di lavoro, un trattamento economico differente fondato su una delle motivazioni elencate dall'art. 15 L. 20.5.1970, n. 300. La decisione unilaterale del datore di lavoro di concedere all'uno e non all'altro sindacato un trattamento di miglior favore rispetto a quello contrattualmente previsto, costituisce comportamento antisindacale, essendo contrario al divieto di discriminazione ex artt. 15 e 16 Statuto dei Lavoratori, nonché ai principi di correttezza e buona fede (Pret. Milano 7.11.1995). Il giudice del lavoro, su domanda dei lavoratori nei cui confronti è stata attuata la discriminazione o delle associazioni sindacali alle quali hanno dato mandato, accertati i fatti, condanna il datore di lavoro al pagamento, a favore del fondo adeguamento pensioni, di una somma pari all'importo dei trattamenti economici di maggior favore illegittimamente corrisposti nel periodo massimo di un anno.

La discriminazione nei criteri di scelta

Il principio di parità di trattamento retributivo (inesistente)

Un orientamento che da tempo si è consolidato sia tra i giudici di merito sia tra quelli di Cassazione è quello secondo il quale, rispettati i salari del Contratto Collettivo applicato, non esiste nelle aziende un principio di parità di trattamento per il quale a mansioni uguali debba corrispondere uguale stipendio.

Questo principio, concettualmente condivisibile se interpretato in un'ottica premiante, può però essere usato in modo distorto e costituire, di fatto, lo strumento per discriminare alcuni soggetti.

Questa la pronuncia delle Sezioni Unite che pose fine ad un dibattito giurisprudenziale all'epoca esistente.

Corte di Cassazione, Sezione U civile Sentenza 17 maggio 1996, n. 4570

"Non esiste un diritto soggettivo del lavoratore subordinato alla parità di trattamento, essendo, al contrario, legislativamente prevista come possibile una situazione di disparità di trattamento dall'art. 2077 secondo comma, cod. civ., Con riferimento alle disparità di trattamento che si verificano, ad opera del datore di lavoro, nel corso del rapporto, l'attribuzione ingiustificata ad un lavoratore di un determinato beneficio non può costituire titolo per attribuire al lavoratore che si trovi nell'identica posizione un diritto ad ottenere lo stesso beneficio, ne` può determinare l'insorgenza di un danno risarcibile(omissis). Infine non è configurabile alcun comportamento discriminatorio del datore di lavoro qualora esso, pur determinando una disparità di trattamento fra i lavoratori, costituisca corretto adempimento di una norma collettiva, che, in forza dell'art. 2077 secondo comma, cod. civ., sia entrata a far parte del rapporto individuale di lavoro dei soggetti beneficiati e che, in quanto atto di esercizio dell'autonomia collettiva, si sottrae ad ogni potere correttivo in sede di controllo giudiziario".

Brescia come Philadelphia

Discriminazione orientamento sessuale, Corte D'Appello di Brescia, sentenza 11 dicembre 2014

Come nel bellissimo film con Tom Hanks e Denzel Washington, un avvocato ha apertamente sostenuto di non volere colleghi omosessuali nel proprio studio.

Ed è stato ancora più esplicito di quanto non avvenisse nel film, in cui il recesso nei confronti del giovane e bravissimo avvocato (Tom Hanks) aveva ragioni formalmente diverse ma quella vera era la malattia, AIDS contratto da un omosessuale.

Con ricorso ai sensi del rito speciale (e non del lavoro) di cui al combinato disposto dell'art. 28 d.lgs. 150/2011 e dell'art. 702 bis c.p.c., avanti al Tribunale di Bergamo, in funzione di giudice del lavoro, la Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI Rete Lenford, dopo aver convenuto l'avvocato C. T., ha agito per ottenere l'accertamento del carattere discriminatorio delle dichiarazioni rese dal professionista nel corso di un'intervista durante il programma radiofonico "La Zanzara", e consistenti nell'aver in più occasioni affermato di non voler assumere nel proprio studio avvocati, altri collaboratori e/o lavoratori omossessuali, nonché la correlata tutela legale (risarcitoria e in forma specifica, con rimozione degli effetti ai sensi del cit. art. 28 del d.lgs. 150/2011). L'avv. C. T. nel corso della trasmissione radiofonica "La Zanzara"

del 16/10/2013, intervistato dal conduttore, ha rilasciato una serie di dichiarazioni riguardanti l'omosessualità.

Dopo aver esordito con frasi quali "se la tenga lei l'omosessualità, io non ne ho alcune, né simpatia, né antipatia, non me ne frega niente, l'importante è che non mi stiano intorno" "… mi danno fastidio", alla considerazione del conduttore, "ma lei è circondato da omosessuali, lei purtroppo è circondato, purtroppo per lei, perché la quota di popolazione è sempre quella", l'avvocato ha risposto "sì vabbè intanto io ad esempio nel mio studio faccio una cernita adeguata in modo tale che questo non accada".

All'incalzare del conduttore che ha replicato "cioè non ho capito, lei, se uno è omosessuale, non lo assume nel suo studio?", l'avvocato ha confermato "ah sicuramente no, sicuramente no". Il conduttore ha quindi continuato esclamando "ma professore, ma questa è discriminazione … è discriminazione questa roba qua …" e l'appellante ha risposto "beh vabbè sarà discriminazione, a me non me ne frega niente".

Ed ancora, il professionista, facendo capire che non avrebbe reclutato nemmeno il miglior avvocato sulla piazza, laureato a Yale, ma omosessuale: "perché lo devo prendere, faccia l'avvocato se è così bravo e così, diciamo, così capace di fare l'avvocato si apra un bello studio per conto suo e si fa la professione dove meglio crede. Da me non … mi dispiace turberebbe l'ambiente, sarebbe una situazione di grande difficoltà"

Con ordinanza del 6 agosto 2014, il giudice di primo grado ha accolto il ricorso e ha dichiarato il carattere discriminatorio del comportamento tenuto dall'avvocato T., ordinando allo stesso la pubblicazione, a sue spese, di un estratto dello stesso provvedimento, in formato idoneo a garantire adeguata pubblicità, su "Il Corriere delle Sera", autorizzando l'Associazione ricorrente, in caso di inottemperanza, a provvedere direttamente alla pubblicazione, con diritto di rivalsa nei suoi confronti per le spese sostenute.

Ha altresì condannato il convenuto al pagamento in favore dell'Associazione della somma di € 10.000,00, a titolo di risarcimento del danno. Ha infine condannato lo stesso al pagamento delle spese di lite.

L'avvocato ha proposto appello e la Corte lo ha respinto, con condanna alle spese.

Discriminazione per razza, esclusione dall'assunzione

Tribunale ordinario di Torino, sezione lavoro, sentenza del 28 dicembre 2016

Sette lavoratori erano stati somministrati da un'agenzia interinale, sei vennero as-

sunti poi direttamente dall'impresa utilizzatrice tranne la ricorrente, di origine marocchina.

Il giudice ha ritenuto che si trattasse di comportamento discriminatorio, ritenendo tra l'altro che l'applicazione del rito sommario comporti l'inversione dell'onere probatorio: ai sensi dell'art. 28 comma 4 "quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione". Occorre quindi valutare se la ricorrente abbia fornito elementi di fatto idonei e sufficienti a determinare l'inversione dell'onere probatorio.

Tenuto conto della scarsissima percentuale di dipendenti extracomunitari e di una serie di conversazioni registrate sul fatto che la società non potesse permettersi di avere dipendenti che stavano in ferie un mese per tornare al loro paese, di cui si dà atto in motivazione, questo il dispositivo:

PQM

visto l'art. 28 d.lgs. 150/11

Accerta il carattere discriminatorio della condotta posta in essere dalla società convenuta e per l'effetto condanna la società convenuta a risarcire alla ricorrente il danno subito, liquidato in euro 13.000,00 oltre interessi e rivalutazione monetaria da oggi al saldo;

condanna la convenuta soccombente a rimborsare le spese di lite liquidate in euro 5.000,00 oltre rimborso forfettario, Iva e cpa.

Il danno da condotta discriminatoria. Alcuni casi

Sono portati alla attenzione dei Giudici molti casi in cui la condotta discriminatoria sfocia in un licenziamento, con la tutela conseguente prevista dall'art. 18 della legge 300/70; vi sono invece casi in cui non c'è un licenziamento ma un danno da condotta discriminatoria in un rapporto di lavoro ancora in essere o concluso per altra causa: in tali casi, ai giudici viene chiesta la condanna al risarcimento del danno da mobbing.

Il mobbing si sostanzia in una condotta sistematica protratta nel tempo con caratteristiche oggettive di persecuzione e discriminazione nei confronti del lavoratore, risultanti specialmente da una connotazione emulativa e pretestuosa. L'intento sotteso a tale condotta può essere provato anche mediante presunzioni gravi, precise e concordanti. Le diverse azioni devono essere valutate globalmente, ovvero nella

compenetrazione dello svilupparsi delle medesime, del loro interagire e delle loro conseguenze, al fine di verificare se la loro combinazione sia in grado di fornire una valida prova. Nella fattispecie era incontroverso che il legale rappresentante della società resistente, al rientro della ricorrente in azienda dopo un mese di assenza per malattia, l'avesse invitata a trovarsi un altro posto di lavoro; alla sola ricorrente veniva imposta la restituzione delle chiavi di ingresso dell'azienda ed impedito di consumare all'interno dell'azienda il pasto che la medesima si portava da casa, nonché intimato, nel periodo di malattia, il licenziamento poi revocato. Inoltre, alla ricorrente venivano imposte ferie forzose; negato il rimborso chilometrico, mutato l'orario di lavoro ed intimato un secondo licenziamento. Condotte queste di certo antigiuridiche come comprovato anche dalla documentazione sanitaria della ricorrente attestante una sindrome ansiosa-depressiva connessa ai problemi lavorativi, con conseguente configurabilità del mobbing e relativo risarcimento dei danni (Tribunale di Pordenone, Sezione Lavoro, Sentenza 9 dicembre 2015, n. 156).

Questa la quantificazione del danno secondo il Tribunale di Pordenone:

- Sul danno biologico l'elaborato ne attesta la sussistenza quantificandolo, in termini di invalidità temporanea, nella misura del 30% da aprile 2009 a luglio 2010.
- Consegue sul piano quantificatorio – partendo dall'importo massimo di euro 145,00 giornaliere secondo le tabelle di Milano comprensivo in quanto tale anche dell'invocata corretta personalizzazione – la condanna della resistente al pagamento a titolo di risarcimento danni della somma di euro 19.879,50 così determinata: 457 giorni moltiplicati per euro 43,50 giornalieri (30% di euro 145 giornaliere).
- Importo debitamente maggiorato di interessi legali e rivalutazione monetaria (quest'ultima a decorrere dal 2014) dalla maturazione delle singole poste creditorie al soddisfo.

Corte di Cassazione Sezione lavoro, Sentenza 7 luglio 2017, n. 16844 – Il risarcimento negato

Un vice direttore di banca aveva adito il Tribunale di Napoli chiedendo il risarcimento del danno da mancata progressione di carriera, deducendo l'intento discriminatorio del datore di lavoro per motivi sindacali (era responsabile della filiale di Napoli di una organizzazione sindacale).

«I fattori discriminatori potevano essere ricavati non solo dalla verifica dell'intento perseguito dal datore di lavoro ma pure dall'insieme dei fatti, dai quali risultava la obiettiva idoneità della condotta a ledere la parità di trattamento del lavoratore rispetto a posizioni analoghe: il datore di lavoro poneva in essere un comportamento

obiettivamente idoneo a ledere gli interessi del soggetto discriminato qualora la differenza di trattamento si configurava irragionevole».

Il Tribunale e la Corte d'Appello avevano respinto il ricorso per mancanza delle prove sull'intento discriminatorio.

La Corte di Cassazione confermava la decisione della Corte d'Appello che aveva «ritenuto carente la allegazione nel ricorso introduttivo della lite tanto dei fatti costitutivi del demansionamento – ed in particolare delle mansioni in concreto svolte anteriormente alla denunziata condotta illecita nonché di quelle successivamente assegnate – che dei danni che in concreto sarebbero derivati al lavoratore dall'inadempimento del datore di lavoro» e respingeva il ricorso.

Un caso bolognese di discriminazione non ritenuta sussistente

Il giudizio era stato introdotto con ricorso ex art. 28 d.lgs. 150/2011 per asserita condotta discriminatoria nei confronti di un soggetto portatore di handicap.

Si trattava, in realtà, di un dipendente che era stato dichiarato inidoneo, per un pregresso infortunio extralavorativo, a svolgere attività che comportassero faticose movimentazioni manuali. La convenuta era un'azienda metalmeccanica ed il ricorrente un operaio con una certa specializzazione. Onere dell'azienda era quello di dimostrare che si erano cercate tutte le strade per trovare un'occupazione confacente al soggetto, che però aveva rifiutato ogni mansione nell'ambito produttivo, chiedendo di essere adibito agli uffici.

Egli era rimasto assente per malattia, aveva superato periodo di comporto e non vi era stato alcun licenziamento.

Il Giudice dispose una Consulenza medico legale con nomina di medici specializzati in medicina del lavoro che conclusero ritenendo il ricorrente idoneo allo svolgimento di mansioni di addetto agli uffici.

Il Giudice effettuò un sopralluogo in azienda con assunzione diretta delle testimonianze di coloro che si trovavano al lavoro nei vari reparti.

Dall'istruttoria, svolta dunque anche presso l'azienda, emerse che non sussisteva la possibilità di spostare il ricorrente in settori non produttivi che sarebbero stati idonei alle sue condizioni di salute e che non vi erano state nuove assunzioni.

Il ricorso venne, pertanto, respinto perché si ritenne che la condotta discriminatoria non sussistesse.

Il significato che attribuiamo alla parola discriminazione è quasi sempre negativo e in questo senso è stato usato nel presente contributo.

In realtà, il discrimine non è in sé un male, significa infatti Distinzione, divisione, punto di separazione (dal vocabolario Treccani).

Probabilmente, sono le condotte ad assumere valenze diverse e, pur nella distinzione fra persone, casi e situazioni, la correttezza dei comportamenti è quella a cui dovrebbe tendere chi si occupa, con ruoli diversi, della tutela dei diritti.

Le discriminazioni sul posto di lavoro e il risarcimento del danno. Prassi giudiziali

Mario Turco*

Premessa

In tema di discriminazione sul posto di lavoro il legislatore ha prestato particolare attenzione a partire dall'emanazione della l. 300/1970, meglio nota come Statuto dei Lavoratori. La decisione di creare un numerus clausus di fattispecie alle quali ricondurre la valutazione di condotte più o meno discriminatorie aveva un duplice scopo: tipizzare e stigmatizzare eventuali abusi da parte del datore di lavoro nei confronti del lavoratore e circoscrivere l'area di intervento del giudice nel caso di denuncia da parte del sottoposto. L'evoluzione delle fattispecie in materia di discriminazione ha subito una forte accelerazione nel corso degli ultimi vent'anni, complice l'evoluzione dei costumi e perfino della tecnologia. Tale processo di trasformazione ha chiaramente messo in evidenza la portata limitante del dettato normativo di cui allo Statuto dei Lavoratori evidenziando la scarsa duttilità del sistema nel riconoscere nuove forme di lesione della dignità del lavoratore in sede giudiziaria.

In quest'ottica il Comitato Pari Opportunità dell'Ordine degli Avvocati di Bologna ha ritenuto di dover promuovere una serie di incontri volti alla formazione e alla sensibilizzazione degli operatori del diritto al fine di individuare una strategia comune ed integrata di prevenzione e di contrasto ai fenomeni discriminatori emergenti.

La normativa antidiscriminatoria

Con l'introduzione dello Statuto dei Lavoratori il legislatore ha inteso definire atti discriminatori quei patti o atti diretti a: "a) subordinare l'occupazione di un lavoratore

** Avvocato del Foro di Bologna.*

alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte; b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero[1]." Un primo intervento di ampliamento della casistica in materia fu operato a distanza di sette anni introducendo all'ultimo comma dell'art. 15 l. n. 300/70 l'inciso: "Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso[2]," con l'intento sancire la parità di trattamento tra uomini e donne nel mondo del lavoro. L'ultimo intervento legislativo di modifica dello Statuto dei Lavoratori in materia di atti discriminatori è stato effettuato a mezzo del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216 il quale amplia la casistica anche ai patti o atti diretti alla discriminazione di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali[3].

Nel panorama europeo la lotta alla discriminazione in ambito lavorativo ha conosciuto una lunga gestazione sia nelle fonti primarie dell'Unione Europea (prima ancora Comunità) sia negli atti derivati. Già a partire dal Trattato di Roma venne introdotto all'art. 119 il principio di parità della retribuzione fra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro[4]. Ad esso si susseguirono ben nove direttive[5], un numero di raccomandazioni e di risoluzioni

1 Art. 15 l. 20 maggio 1970 n. 300, Norme sulla tutela della libertà dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento.

2 Art. 13 l. 9 dicembre 1977 n. 903 Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro.

3 Art. 4 d.lgs. 9 luglio 2003 n.216.

4 Art. 119 del Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea: "Ciascuno Stato membro assicura durante la prima tappa, e, in seguito mantiene, l'applicazione del principio della parità delle retribuzioni fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro. Per retribuzione deve essere inteso, ai sensi del recente 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 uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base 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."

5 Direttiva 75/117/CEE del 10 febbraio 1975 per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile;

Direttiva 76/307/CEE del 9 febbraio 1976 relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro;

Direttiva 79/7/CEE del 19 dicembre 1978 relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale;

Direttiva 86/378/CEE del 24 luglio 1986 relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale modificata dalla Direttiva 96/97/CE del Consiglio del 20 dicembre 1996;

Direttiva 86/613/CEE dell'11 dicembre 1986 relativa all'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma, ivi comprese le attività nel

del Parlamento europeo, quattro programmi d'azione[6] e un'ampia giurisprudenza della Corte di Giustizia[7]. Con la sottoscrizione del **Tratto di Amsterdam[8]** si perfezionò il campo di applicazione della tutela antidiscriminatoria evidenziando la necessità di combattere qualsiasi tipo di azione avente ad oggetto la lesione della dignità basasti su sesso, razza, etnia, religione o credo, disabilità, età o orientamento sessuale. Gli articoli 2, 3 e 6 A accordarono una nuova competenza espressa alle istituzioni affinché si creassero le condizioni necessarie a perseguire una lotta contro qualsiasi forma di discriminazione basata sul sesso. L'unico limite a tale competenza era dato dal voto all'unanimità del Consiglio e dalla consultazione esclusiva del Parlamento europeo. L'inserimento nel nuovo trattato dell'Accordo sulla politica sociale agli articoli 117, 118 e 119 costituiva di fatto un'ulteriore dimostrazione del reale balzo in avanti compiuto dalla politica in materia di non discriminazione e di parità tra gli uomini e le donne, tanto nella sua attuazione, facendosi riferimento al procedimento di codecisione, quanto nel suo stesso contenuto, ammettendo, per la prima volta, l'esistenza di una possibile discriminazione positiva.

A partire dal nuovo millennio gli interventi legislativi europei si sono concentrati, oltre che sulla definizione di un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, sulla definizione di misure atte a garantire un indennizzo o una riparazione reale ed effettiva del soggetto leso: il legislatore europeo ha inteso procedere all'armonizzazione delle varie discipline statali nell'assicurare il giusto ristoro in caso di evento discriminatorio, anche in

settore agricolo, e relativa altresì alla tutela della maternità;
Direttiva 92/85/CEE del 19 ottobre 1992 concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento;
Direttiva del Consiglio relativa ai congedi parentali e ai congedi per motivi familiari divenuta la Direttiva 96/34/CE del Consiglio del 3 giugno 1996 concernente l'accordo quadro sule congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES;
Direttiva 97/80/CE del Consiglio del 15 dicembre 1997 riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso;
Direttiva 97/81/CE del Consiglio del 15 dicembre 1997 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES.

6 Particolare importanza ha assunto il Quarto programma di azione comunitaria a medio termine per le pari opportunità per le donne e gli uomini adottato con decisione del Consiglio il 22 dicembre 1995, GU L 335, pag. 37.

7 A titolo esemplificativo: Gabrielle Defrenne contro Sabena, sentenza 22 aprile 1976, C-43/75; Maria Kowalska contro Freie und Hansestadt Hamburg, sentenza 17 giugno 1990, C-33/89; Helga Nimz contro Freie un Hansestadt Hamburg, sentenza 7 febbraio 1991, C-184/89; Coloro Pension Trustees Lts contro James Richard Russell. Daniel Mangham, Gerald robert Parker, Robert Shapr, Joan Fuller, Judith Anna Broughton e Coloroll Group Plc, sentenza 28 settembre 1994, C-200/91; Gertruida Catharina Fisscher contro Voorhuis Hengelo BV e Stichting Bedrijfspensionenfonds voor de Detailhandel, sentenza 28 settembre 1994, C-128/93; Francina Johanna Maria Dietz conto Stichting Thuiszorg Rotterdam, sentenza 24 ottobre 1996, C-453/93.

8 Entrato in vigore il 1° maggio 1999.

un'ottica di deterrenza[9].

Sulla scia di tale evoluzione normativa si è proceduto, in Italia, alla creazione di un codice delle pari opportunità tra uomo e donna[10] inteso a dare piena attuazione alle sollecitazione tanto interne (evoluzione della prassi giurisprudenziale) quanto esterne (direttive europee, risoluzioni, piani di azione, etc..). Di particolare rilievo risulta essere l'impianto definitorio delle fattispecie discriminanti, a partire dalla nuova formulazione delle molestie sessuali, contenute all'art. 26 del predetto codice: "Sono considerate come discriminazioni anche le molestie, ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per ragioni connesse al sesso, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile degradante, umiliante o offensivo. …omissis". Tale impostazione intende ampliare quanto più possibile il novero di comportamenti sanzionabili pur nel rispetto di una cornice normativa che possa assicurare un quadro definitorio circostanziato. A ciò si deve aggiungere la previsione contenuta nell'art. 40 del medesimo codice, in termini di onere della prova, che introduce due pilastri fondamentali nell'impostazione dell'eventuale azione di condanna: da un lato, la possibilità di utilizzare elementi di fatto anche solamente desunti da opportune analisi sub species e dall'altro il generale principio di inversione dell'onere della prova (in capo, pertanto, al convenuto) nel dichiarare insussistente la discriminazione denunciata.

Su questo ultimo punto giova ricordare, inoltre, che dottrina e giurisprudenza sono oramai concordi nel ritenere che il solo elemento oggettivo che si fondi su presunzioni precise e concordanti sia elemento sufficiente per accertare e condannare una condotta discriminatoria, a nulla valendo l'inesistenza di un elemento soggettivo[11]. A ciò si deve aggiungere che la discriminazione può essere considerata tale sia in forma diretta che in forma indiretta[12], purché portatrice

9 In tal senso si vedano le Direttive 78/2000/CE e 54/2006/CE; quest'ultima all'art. 18 cita espressamente: "indennizzo o riparazione reali ed effettivi, in modo tale da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito".

10 D.lgs. 11 aprile 2006 n.198, Codice delle Pari Opportunità tra Uomo e Donna. Per un'ulteriore approfondimento si veda la l. 10 aprile 1991 n. 125.

11 Chez Razpredelenie Bulgaria AD contro Komisia za zashtita ot diskriminatsia, 16 luglio 2015, C-83/14: si attua la Direttiva 43/2000 in tema di discriminazione su base etnica e trova applicazione anche a tutela dei soggetti non appartenenti ad una determinata etnia, in virtù del solo pregiudizio subito. A tal fine si deve rimuovere ogni discriminazione, diretta o indiretta, seppur non contatta da una particolare gravità/rilevanza.

12 Art. 2 d.lgs. 9 luglio 2003, n.216:

"a) discriminazione diretta quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga;

b) discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o una comportamento apparentemente neutri possono mettere le perone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare

di una situazione e/o trattamento di particolare svantaggio, indipendentemente dalla gravità e/o rilevanza.

Ad oggi, pertanto, il quadro normativo in materia di discriminazioni risulta essere assai variegato sia sotto il profilo delle fonti (di derivazione internazionale, europea e nazionale) che sotto il profilo della casistica, rendendo particolarmente difficile l'individuazione di una prassi alla quale gli operatori del diritto possano attingere senza dover incappare in processi di esegesi normativa e/o fattuale.

Caso oggetto di disamina

Al fine di valutare la concreta applicazione della normativa vigente in tema di discriminazione sul lavoro è opportuno esaminare alcuni casi avvenuti nel panorama domestico. Il primo fa riferimento a due hostess di età molto giovane selezionate sulla base di stringenti criteri estetici per un evento fieristico di richiamo internazionale. Il contratto di lavoro veniva offerto da una società sub appaltatrice la quale assumeva il personale necessario agli eventi facendosi carico di ogni onere e trattamento economico, oltre rimborso spese, rimanendo in capo alla società sponsor ufficiale dell'evento il solo dominio apparente. Dopo un breve periodo di lavoro perveniva, alle ragazze, una lettera di licenziamento per motivi ricollegabili al mancato svolgimento corretto delle mansioni come da istruzioni ricevute dalla coordinatrice nei giorni precedenti (es. non aver messo in fila per due, anziché per tre, i contenitori; non aver mantenuto la postazione indicata; etc..). Dopo un breve colloquio con il responsabile dell'organizzazione le ragazze venivano invitate a ritenersi dispensate da qualunque altro impegno nei confronti della società, essendo venuto meno il rapporto sinallagmatico tra datore di lavoro e lavoratore.
L'atto veniva immediatamente impugnato per illegittimità nel merito mentre una delle hostess procedeva a muovere specifica contestazione per condotta discriminatoria qualificabile come molestia sessuale ex art. 26 secondo comma, d.lgs. n. 198/2006. Tale condotta veniva descritta con minuzia dalla ricorrente la quale asseriva di aver ricevuto, in almeno due occasioni prima del licenziamento, avance da un responsabile della stessa società datrice di lavoro, peraltro mai ricambiate.

Tali addebiti venivano prontamente respinti dal datore di lavoro, in particolare con riguardo alle specifiche doglianze della lavoratrice in materia di discriminazione, ritenendosi estraneo alle stesse e ritenendole generiche e prive di riscontro.
Il caso è stato affrontato in sede di conciliazione ex artt. 2113 c.c., 410 e 411 c.p.c., definendo in via transattiva un ristoro economico in termini complessivi di notevole

età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone".

entità. La strategia difensiva elaborata dalla ricorrente ha tenuto conto di alcune elementi essenziali nella definizione del caso: quadro probatorio scarso; difficoltà emotiva della ricorrente nel ripercorrere le tipologie di avance ricevute; particolare complessità nel stabilire un nesso causale tra il comportamento discriminatorio ed un congruo risarcimento economico. Più nel dettaglio si poneva all'attenzione del difensore la palese riluttanza della cliente nel voler notiziare gli operatori di quanto accaduto nello specifico, stante la particolare fragilità psicologica della ricorrente. Solo un attento e meticoloso lavoro di indagine coadiuvato da personale medico specializzato ha portato alla definizione dell'accaduto, pur rimanendo la difficoltà del reperimento di ulteriori indizi e/o prove (nel caso in esame vi era un solo sms inoltrato dal datore di lavoro alle ore 4.30 del mattino con scritto: "in che stanza alloggi!". La ricorrente asseriva che tale comportamento si era già ripetuto nel tempo ma non aveva conservato tracce ulteriori al riguardo). Quanto alla parte resistente si poneva il problema di un possibile danno d'immagine di ampie proporzioni qualora il caso fosse stato pubblicizzato additando le società coinvolte quali responsabili, in via indiretta, di comportamenti discriminatori nei confronti di dipendenti.

Per tali motivi le parti hanno ritenuto di procedere speditamente alla definizione del caso in via meramente transattiva. Si deve ritenere, peraltro, che tale tipologia di procedura risulta essere di gran lunga la più caldeggiata in sede di discriminazione, stante la persistente difficoltà degli operatori nel poter perseguire la via del risarcimento del danno in via giudiziale come previsto dal combinato disposto degli artt. 26, 37 e 38 del d.lgs. 198/2006.

Un altro caso di particolare interessa è stato oggetto di una sentenza del Tribunale di Pistoia, sezione Lavoro[13]: due donne con contratto di lavoro a tempo determinato venivano ripetutamente fatte oggetto di molestie da parte del datore di lavoro. La prima riceveva una lettera di licenziamento a seguito delle rimostranze avanzate per le molestie subite mentre la seconda veniva costretta alle dimissioni volontarie. Ambo le lavoratrici procedevano all'impugnazione del licenziamento a mezzo di ricorso promosso anche grazie all'intervento della Consigliera per le Pari Opportunità, chiedendo il risarcimento del danno non patrimoniale e l'applicazione di un piano di rimozione delle discriminazioni[14] eventualmente accertate in sede giudiziale.

Il Giudice, accertata la sussistenza degli elementi integranti un comportamento

13 Tribunale di Pistoia, Sezione Lavoro, Sentenza n.177 del 2012, depositata in data 8 settembre 2012.
14 Art. 4 d.lgs. 9 luglio 2003, n.216: "Con il provvedimento che accoglie il ricorso il giudice, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, ordina la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio, ove ancora sussistente, nonché la rimozione degli effetti. Al fine di impedirne la ripetizione, il giudice può ordinare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate."

discriminatorio, annullava il licenziamento e riconosceva ale lavoratrici il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale per la “condizione di sofferenza immediatamente apprezzabile in dipendenza della natura dei beni lesi e dalle caratteristiche della violazione”. Oltre al ristoro del danno patito dalle ricorrenti il Giudice stabiliva un risarcimento nei confronti della Consigliera per le Pari Opportunità e la comunicazione della pronuncia alle altre lavoratrice non ricorrenti affinché fossero edotte della possibilità di esperire un eventuale ricorso.

Quanto ad altre tipologie di discriminazione giova meritano attenzione due

pronunce del Tribunale di Bologna, sezione lavoro: la prima riguarda un operaio edile con anzianità di servizio di trent’anni licenziato per inidoneità fisica alla mansione in ragione di una intervenuta limitazione relativa al sollevamento di pesi inferiori a 12 kg certificata dal medico competente. Il datore di lavoro riteneva di non poter adibire il sottoposto ad altra mansione lavorativa presso la propria azienda dovendo procedere, pertanto, all’interruzione del rapporto di lavoro. Il Giudice ha ritenuto illegittimo l’atto decretandone la nullità e disponendo l’immediata reintegrazione sul posto di lavoro in quanto il licenziamento risultava essere discriminatorio per ragioni di handicap posto che, dalla documentazione medica prodotta, la malattia professionale sofferta dal ricorrente era già stata riconosciuta dall’Inail quale invalidante.

Nel secondo caso, invece, la lavoratrice oggetto di licenziamento aveva subito un demansionamento con contestuale riduzione dell’orario di lavoro , dopo aver fruito del periodo di congedo per maternità. A seguito del ricorso proposto ex art. 38 d.lgs. 196/2006 il Giudice statuiva l’esistenza di una condotta discriminatoria sulla base delle presunzioni allegate in fase di ricorso, non riuscendo la società convenuta a dimostrare l’infondatezza dei fatti e degli atti posti a fondamento della pretesa risarcitoria della ricorrente.

Conclusioni

Alla luce dei casi sopra esposti si deve evidenziare come nell’ambito delle discriminazioni sul lavoro l’esperienza sul campo degli operatori del diritto, a partire dalla casistica giurisprudenziale, rappresenti quanto mai un panorama eterogeneo non facilmente modificabile in un unico paradigma. Ogni evento/caso rappresenta un unicum rappresentando una notevole sfida in termini fattuali e processuali per i difensori. La sensibilità degli argomenti trattati associata alla necessaria tutela della dignità del lavoratore e della sua privacy rappresentano, spesso, uno scoglio insormontabile nella corretta rappresentazione dei fatti accaduti, inficiandone la relativa allegazione.

Per tali motivi è auspicabile una maggior sinergia tra gli operatori del diritto basata

su tre principali direttive: l'istituzione di protocolli volti alla prevenzione delle condotte discriminanti in ambito lavorativo; maggiore sensibilizzazione dei soggetti maggiormente coinvolti ed esposti, con particolare attenzione alla formazione specialistica; l'intensificazione dell'attività in sede giudiziale al fine di sedimentare le necessarie interpretazioni giuridiche del quadro di riferimento normativo.

Le discriminazioni sul lavoro: la vigilanza e il sistema sanzionatorio

*Valeria Moscardino**

Come afferma un illustre Dirigente appartenente all'Ispettorato Nazionale del Lavoro, Pietro Rausei, "a protezione della dignità individuale della persona che lavora e contestualmente del diritto del lavoratore e della lavoratrice a non subire alcun incolpevole e ingiustificato pregiudizio nello svolgimento della prestazione lavorativa, l'ordinamento giuridico pone il divieto inderogabile di discriminazione nell'accesso al lavoro e nello svolgimento del rapporto".

Tutta la normativa attuale, continua lo studioso, "è orientata ad impedire che un qualsiasi elemento differenziale legato all'identità personale, fisica o psicologica della persona che lavora o cerca lavoro possa presentarsi quale reale fattore di rischio per il realizzarsi di pregiudizi più o meno rilevante per il soggetto interessato alla diversità individuata".

Prima di entrare nello specifico del ruolo di un ispettore del lavoro e del sistema sanzionatorio applicabile, a titolo provocatorio vorrei analizzare due articoli che di seguito riporto per focalizzare i fatti.

Nel Giornale di Brescia, Giacomo Scanzi, direttore nel 2012 affrontava il problema delle disuguaglianze, sostenendo che la crisi fosse pagata soprattutto da giovani e donne: "… Sono stati i giovani e le donne a pagare in misura più elevata la crisi. Il rapporto dedica ampio spazio al fenomeno occupazionale delle donne, che si dice nel 2010 sono riuscite a mantenere stabile l'occupazione (con un tasso che rimane comunque basso 46,1%) …".

Nel secondo studio "Women, business and the law» la Banca Mondiale nel 2018 commentando il rapporto tra donne, lavoro e discriminazione e il conseguente impatto negativo della disuguaglianza di genere sulla crescita globale riferiva che: "… Numeri, alla mano, ad esempio, in Italia lavora solo il 46% delle donne …. se venisse centrato l'obiettivo pensato dalla strategia di Lisbona per rendere più competitivo il mercato europeo, cioè maggior partecipazione femminile fino al 60 per cento, sei donne su dieci al lavoro, l'Italia beneficerebbe di un +7% del Pil…"

** Funzionaria Ispettorato Territoriale del Lavoro, Parma – Reggio Emilia.*

Sempre per dare qualche spunto di riflessione iniziale vorrei commentare la presentazione in Conferenza stampa di un programma televisivo la cui prima puntata è stata trasmessa nel 2018, intitolato “Non ditelo al mio capo”.

La produttrice Matilde Bernabei affermò trattarsi della «storia di una sorta di super eroe, una madre lavoratrice costretta a nascondere i figli per trovare lavoro …» «Questa fiction nasce dai due modelli di donna che oggi abbiamo davanti - la mamma e la donna che lavora - e la schizofrenia di chi cerca la sintesi tra due cose che non possono essere sintetizzate.»

Sarebbe importante che, a parere di chi scrive, nessuna donna si considerasse un super eroe ma ancor più che non si parlasse di schizofrenia riferendosi a chi è una mamma lavoratrice!

Se dovessi pensare di seguire un preliminare sommario per trattare il tema della parità e delle pari opportunità nello svolgimento della prestazione lavorativa, andrei in sequenza ad analizzare il quadro normativo comunitario e nazionale, le varie definizioni e tipologie di discriminazione, le tutele e i soggetti preposti e da ultimo il sistema sanzionatorio amministrativo/penale.

Nel quadro normativo, non potremmo non tener conto di due ben definite fasi propedeutiche, indicateci da alcuni articoli della Costituzione Italiana e della Carta Europea dei diritti fondamentali; nonchè di una terza fase esplicativa, il cui contenuto prende forma nelle circolari del Ministero del Lavoro (Circ. 31/2001; Circ. 26/2006 e Nota Circ. 2840/2009) e nel decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, meglio conosciuto appunto come **«**Codice delle Pari Opportunità tra uomo e donna».

Lo schema portante delle norme indicate è costituito da quelli che potremmo definire gli ingranaggi del sistema, che nel d.lgs. n. 5/2010 trovano elencazione dettagliata: le tutele e le garanzie, i soggetti coinvolti, e soprattutto i divieti.

Le tutele sono quattro e sono l’occupazionale, che si preoccupa di difendere da ogni prevaricazione l’impiego lavorativo dei soggetti; la fisica per preservarne l’integrità; la familiare per garantire la funzione essenziale del soggetto e l’economica per garantire un adeguato sostegno e sussistenza.

Le garanzie invece si sostanziano nella possibilità e nel diritto all’accesso al lavoro, nella parità di trattamento economico a parità di mansioni e nella mobilità verticale nella carriera.

Da ultimo i divieti riguardano le discriminazione più comunemente conosciute e riferibili a ragioni connesse al sesso, allo stato di gravidanza, alla maternità o paternità (anche adottive).

Agli artt. 25-26 del Codice delle Pari Opportunità le discriminazioni vengono genericamente definite come “trattamenti meno favorevoli in ragione di gravidanza,

maternità o paternità ovvero in ragione della titolarità ed esercizio dei relativi diritti, molestie, molestie sessuali, ritorsioni".

A loro volta tali trattamenti si suddividono relativamente all'accesso al lavoro, inteso in qualsiasi forma (subordinata, autonoma, pub/priv …), anche concretizzabile come mancata fornitura di attrezzature, avvio o ampliamento di ogni forma di attività; alle modalità di assunzione, intese come avvio, condizioni, fornitura di materiale; al trattamento retributivo; alla classificazione professionale con riferimento alle qualifiche, mansioni, progressioni, prestazioni previdenziali, forme pensionistiche complementari.

I soggetti preposti alle quattro tutele descritte sono essenzialmente tre e individuabili nel Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità-CNP (art. 8 d.lgs 198/2006) che ha la funzione di promuovere iniziative per eliminare tutti gli ostacoli all'uguaglianza; nelle Consigliere di Parità (Circ. Min. n. 20 del 2010) che hanno il compito di promuovere e controllare l'attuazione dei principi sul luogo di lavoro e da non ultimo nell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, nelle sue diramazioni territoriali a livello ora dell'Interregionalità o a livello Provinciale (Circ. Min. n. 31/2001 e protocollo d'intesa 2007) che ai suoi pubblici funzionari (sono agenti di polizia giudiziaria) ha demandato il ruolo del controllo.

Per quanto riguarda le fasi e le modalità di intervento del personale ispettivo dobbiamo far riferimento alla Circ. Min. n. 31/2001 che detta proprio le Linee guida dell'attività ispettiva in materia di parità, pari opportunità e garanzia contro le discriminazioni.

L'azione degli ispettori trova origine o in una richiesta di intervento del soggetto interessato alla lesione, cui fa seguito una visita programmata in una determinata realtà lavorativa, oppure in un' attività di analisi dei contratti e accordi collettivi o della composizione organica del personale dipendente di una determinata ditta (es: assenza o presenza in % del personale femminile); o da ultimo in un'attività di analisi dei dati statistici distinti per sesso in relazione all'accesso, alle posizioni professionali e retributive, alle progressioni di carriera, alle cessazioni dei rapporti, alle condizioni generale dell'ambiente di lavoro, delle posizioni retributive e degli inquadramenti e mansioni.

Queste attività di analisi diventano un vero e più dettagliato controllo, arrivando a richiedere un successivo accesso ispettivo, nei casi di accertamento di cessazione del rapporto o di altre problematiche fattispecie in coincidenza di matrimonio o gravidanza: nei casi di esame del consenso espresso in caso di dimissioni durante la loro convalida da parte della ITL; nel caso di verifiche rispetto eventuali modifiche ingiustificate dell'orario di lavoro; nel caso di esame dell'attuazione di "progetti di azioni positive" a sostegno della conciliazione famiglia/lavoro.

In merito a questi vorrei raccontarvi brevemente di un accertamento capitatomi

qualche tempo fa. La lavoratrice, che a noi ispettori si è rivolta, lamentava al rientro dalla maternità il cambio dei turni in modo continuo e senza programmazione; lamentava che questi turni per lo più fossero coincidenti con il marito, anch'esso lavoratore nella stessa realtà e soprattutto la frequenza con cui questi turni fossero previsti nell'orario serale.

Recatisi presso la ditta, gli ispettori intervistando in processo di sommarie informazioni il direttore della struttura riportavano le fedeli parole da lui pronunciate «lei ha tradito la mia fiducia… prima ha fatto un figlio, poi ne ha fatto un altro… mi ha tradito».

Credo che poco altro si debba aggiungere!

Se analizzassimo qualche sanzione, ad esempio riferita alle discriminazioni relative all'accesso, alla formazione professionale, alla parità retributiva, alle qualifiche, alle mansioni e alla carriera, all'età del pensionamento, ci accorgeremmo che la sanzione è amministrativa e va da euro 5.000 a 10.000; si dice anche che la sanzione non sia diffidabile, ma all'importo vadano applicate altre pene accessorie come la revoca dei benefici, l' esclusione fino a due anni dagli appalti e la restituzione delle somme riscosse.

A questo punto occorre una precisione relativamente alla diffida obbligatoria, istituita con l'art. 13 del d.lgs. 124/2004.

Si tratta di un particolare strumento che mira ad ottenere l'immediata regolarizzazione della fattispecie se ancora materialmente possibile (ripresa del rapporto di lavoro o rientro nelle mansioni) e che per tanto estingue l'illecito con modalità agevolata di pagamento della sanzione.

Relativamente alla sua applicabilità e al suo uso in contesti in cui siano state riscontrate discriminazioni. In soccorso agli ispettore che la applicano sono arrivati chiarimenti da parte del Ministero con le circolari 24/2004 e 9/2006 che hanno stabilito, vista l'importanza della materia che non sia applicabile.

In generale occorre tener presente che le violazioni del divieto di discriminazione si configurano quali reati di tipo contravvenzionale, che cioè puniscono il comportamento del datore di lavoro con la pena pecuniaria dell'ammenda.

Prendiamo ad esempio l'art. 41 comma 2 d.lgs n. 198 del 2006, che punisce con la pena dell'ammenda la violazione dell'articolo 27 dello stesso decreto e cioè la prima tra le ipotesi considerate discriminatorie, il divieto per il datore di lavoro di praticare qualsiasi discriminazione fondata sul sesso nella fase dell'accesso al lavoro.

La contravvenzione de qua non si presenta esclusivamente come reato di azione, che necessità cioè di una condotta attiva, ma è sufficiente a realizzare l'illecito penale anche una mera partecipazione omissiva da parte del soggetto agente qualora

non attui direttamente e personalmente la discriminazione, ma per suo conto agiscano altri lavoratori all'interno o all'esterno dell'azienda, come ad esempio Agenzie per il lavoro nella fase della selezione e dell'accesso.

La violazione di tale norma rappresenta una contravvenzione di pericolo, in quanto la sua realizzazione non necessita di una prova di danno per essere accertata sussistente; perché il reato si realizzi, il lavoratore non è necessario che dia prova o dimostrazione di qualsivoglia danno subito, bastando l'accertamento della condotta discriminatrice.

A seguito della depenalizzazione dei reati puniti con la sola sanzione amministrativa (d.lgs. 81/2016) le violazioni si applicano alle fattispecie commesse a partire dal 6 febbraio 2016, alle condotte poste in essere dopo tale data, ma anche alle condotte precedenti purché un'eventuale procedimento penale non sia già stato definito con sentenza o decreto irrevocabili.

Le ipotesi, tra tutte quante le previste, che si differenziano nettamente per gravità, essendo tra le economicamente più rilevanti, e che rappresentano il punto di tutela più forte riconosciuto dal Codice delle Pari Opportunità, riguardano i due casi di inottemperanza agli ordini giudiziali di rimozione delle discriminazioni collettive e individuali.

Ci si riferisce all'inottemperanza al decreto o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione a seguito sia di azione individuale che di azione collettiva, per la cui fattispecie è previsto l'arresto fino a 6 mesi o ammenda fino a 50.000 euro accompagnato dal versamento di 51 euro per ogni giorno del ritardo al Fondo nazionale per l'attività dei Consiglieri di Parità.

Si tratta di contravvenzione punita alternativamente, per la quale è applicabile quale modalità di estinzione del reato la prescrizione obbligatoria prevista dall'art. 15 del d.lgs. n. 124/2004 secondo cui il personale ispettivo è chiamato a prescrivere la cessazione del comportamento illegale e il rispristino immediato della legalità mediante ottemperanza o a intervenire con una prescrizione c.d. ora per allora se il reato sia già stato compiuto e la reintegrazione nell'ordine giuridico possa essere solo fittizia.

Un discorso ancor più complesso è dato dall'art. 51 del Codice di Pari Opportunità, intitolato "Tutela e sostegno della maternità e paternità" che rimanda a tutta la disciplina del d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151.

In questo Testo Unico relativamente alla genitorialità vengono prese in considerazioni tutte le casistiche di seguito elencate: dimissioni - licenziamento, conservazione del posto di lavoro, divieto di adibire le donne al lavoro, lavoro notturno, allattamento, congedo parentale e congedo di paternità, congedo di maternità nei casi di adozione e affidamento e altri diritti garantiti come ad esempio la c.d. malattia bimbo.

Tra tutti questi contenuti, alcuni vengono analizzati come ipotesi discriminatorie specifiche e sono i casi di dimissioni, licenziamento e conservazione del posto, i casi di non riconoscimento delle c.d. “ore di allattamento” e i casi di congedo di maternità nelle situazioni di adozione e affidamento.

Ma perché possiamo farle rientrare in ipotesi discriminatorie? Perché il legislatore in via amministrativa punisce le condotte lesive dei diritti dei soggetti, genitori lavoratori, che si siano trovati ad aver fruito dei congedi parentali, ad esempio per l’astensione facoltativa; che non abbiano visto riconosciuto il diritto di conservazione nel posto occupato all’inizio del periodo di congedo o in altro equivalente; che non abbiano potuto godere dei riposi, permessi e congedi previsti.

Se andassimo ad analizzare il modulo delle dimissioni, che deve essere compilato e sottoscritto davanti ad un pubblico ufficiale proprio presso la sede di un Ispettorato territorialmente competente (la residenza della lavoratrice o del lavoratore o la sede legale della ditta), ci accorgeremmo della sua possibile divisione in 3 parti.

La prima parte consta in una premessa nella quale si indicano alla lavoratrice madre le tutele a lei riconosciute (occupazionale, fisica, familiare ed economica); la seconda parte è costituita da un questionario che permette di analizzare la situazione personale della lavoratrice; una terza parte dà indicazioni statistiche e si suddivide ulteriormente in una sezione a carattere motivazionale personale e in una sezione a carattere statistico riferito proprio all’azienda in cui si lavora.

Se in sintesi dovessimo descrivere come avvengono le dimissioni c.d. protette dovremmo parlare di un colloquio personale dinnanzi ad un pubblico ufficiale, che ha contenuti fissati e che per questo termina in una conclusione stabilita.

Se altrettanto in sintesi dovessimo chiederci il perché dell’intervento degli ispettori del lavoro, dovremmo dire che è per contrastare il fenomeno dei licenziamenti mascherati da dimissioni forzate cd. “in bianco”; che è per garantire uniformità nell’analisi delle singole situazioni e soprattutto che è per dare maggior efficacia al provvedimento di accertamento dell’autenticità della volontà dell’interessata che necessariamente deve essere effettiva, reale, spontanea, consapevole; in un’unica parola il legislatore la riassume come volontà personale.

Per quanto riguarda invece l’ipotesi prevista come discriminatoria del licenziamento e il diritto alla conservazione del posto, la disciplina viene stabilita dall’art. 54 del T.U.

Il testo dice che è punito il datore di lavoro per aver licenziato la lavoratrice durante il periodo di gestazione o fino al compimento di un anno del bambino; per aver licenziato il lavoratore che fruisce del congedo di paternità fino al compimento di un anno del bambino; per aver licenziato il genitore affidatario o adottivo fino al compimento di un anno dell’ingresso del bambino nel nucleo familiare.”

A tale dettato normativo vengono però riconosciuti dei limiti dettagliatamente esplicitati: ad esempio quando il datore abbia la prova di una colpa grave della lavoratrice, che costituisca giusta causa di licenziamento; oppure quando viene a cessare l'attività dell'azienda alla quale la lavoratrice è addetta; nel caso risulti definitivamente ultimata la prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o quando il rapporto si sia risolto per scadenza naturale del termine; da ultimo qualora si sia avuto un esito negativo del periodo di prova pattuito.

Teniamo presente che le due ipotesi previste relativamente alle dimissioni, al licenziamento e alla conservazione del posto sono state estese al padre lavoratore, ove questi venga a fruire del congedo di paternità o in caso di morte della madre, grave infermità della madre, abbandono della madre o affidamento esclusivo del bambino e trovano applicazione anche ai genitori adottivi o affidatari fino a un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare.

Altra ipotesi riconosciuta come discriminatoria è prevista dall'art. 46 d.lgs. 151/2001 che punisce l'inosservanza da parte del datore di lavoro degli artt. 39, 40, 41, 45 che non ha consentito di godere dei riposi alla madre/al padre; che non ha consentito di uscire fisicamente dall'azienda; che non ha considerato i riposi ore effettive (sia per durata che retribuzione); che non ha raddoppiato le ore nei casi di parti plurimi) o che non ha consentito di godere dei riposi ai genitori affidatari/adottivi.

La condotta che si intende sanzionare si sostanzia nel rifiuto, nell'opposizione o nell'ostacolo all'esercizio del diritto della lavoratrice o del lavoratore.

Tra le tante funzioni e compiti del personale ispettivo, fin qui analizzati indirettamente nell'erogazione di alcune sanzioni previste, ve n'è una che funge da prevenzione e repressione dei fenomeni discriminatori attraverso l'accertamento dell'effettiva composizione per genere del personale dipendente di un'impresa e l'analisi dell'andamento dei movimenti del suo personale, intesi come assunzioni, progressioni, licenziamenti.

Per questa finalità è previsto l'obbligo per i datori pubblici e privati che occupano più di cento dipendenti di redazione del Rapporto sulla situazione del personale, che dovrebbe essere trasmesso ogni 2 anni alle rappresentanze sindacali aziendali e alle Consigliere Regionali.

Questo Rapporto contiene le informazioni con riferimento al personale maschile e femminile, distinguendo le professionalità, lo stato e l'adattamento delle assunzioni, della formazione e promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria e di qualifica, di fenomeni di mobilità, di cassa integrazione e ricorso a licenziamenti, prepensionamenti e pensionamenti; deve essere tassativamente redatto secondo le indicazioni date dal Ministero del lavoro .

Su segnalazione delle RSA o della Consiglierà di Parità Regionale, se entro il 30 aprile il rapporto non sia stato trasmesso, la Direzione Interregionale del lavoro compe-

tente per territorio procede ad invitare le aziende, con lo strumento proprio della diffida, a provvedere entro 60 gg, al termine dei quali verrà erogata una sanzione amministrativa; in caso di persistente inadempimento, può essere disposta la sospensione da benefici contributivi eventualmente goduti dall'azienda.

A conclusione del mio intervento voglio riportarvi per un'ultima riflessione insieme il testo di una mail Inviata da Libero Mail per iOS il 3/7/2017, scrittami da un datore di lavoro, poco informato ma in buona fede, sanzionato per discriminazione.

"Gentile dott.ssa,

Volevo ringraziarla per l'opportunità di apprendimento di oggi.

Vorrei davvero impostare la cooperativa secondo logiche di lealtà e di collaborazione costante con le istituzioni.

Il mio frenetico spirito da innovatrice mi spinge a forzare e osare spesso all'interno del complesso quadro normativo riguardante le politiche del lavoro.

So che compirò molti errori perché in un certo senso è insito nel mio lavoro forzare le politiche sociali a un cambiamento ma sapere che vi è comprensione vale molto.

Da presidente quindi grazie.

Da mamma spero che le mie ansie mi facciano comunque insegnare alle mie figlie che preoccuparsi e assumersi responsabilità sono valori importanti.

Un cordiale saluto.

Francesca"

La discriminazione per maternità e dintorni

*Laura Calafà**

1. Retrospettive

Il diritto antidiscriminatorio è definito come quell'insieme di norme volte ad impedire, attraverso obblighi di natura negativa (ovvero divieti), che il destino delle persone sia determinato da condizioni personali (come il sesso, la razza o l'origine etnica, l'età, ecc.) e al tempo stesso consentire, attraverso obblighi di natura positiva, che identità soggettive differenti siano tutte egualmente riconosciute e tutelate in omaggio al generale principio di eguaglianza tra individui.

L'evoluzione della disciplina dell'Unione Europea è sintetizzata da diverse disposizioni dei Trattati e di alcune Direttive a partire dai divieti di discriminazione in base al sesso, da sempre centrali nel contesto di armonizzazione a livello dell'Unione, così come rappresentato dall'art. 157 e dall'art. 153, lett. i) del TFUE.

L'art. 157 TFUE riproduce, senza particolari modifiche, l'art. 141 del Trattato CE, che ha modificato e integrato, a sua volta, l'art. 119 del Trattato CEE, tenendo conto delle previsioni dell'art. 6 dell'Accordo sulla Politica Sociale, di alcune norme di diritto comunitario derivato e dell'elaborazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla parità di trattamento nel lavoro fra uomini e donne. D'altra parte, la lett. i) dell'art. 153 TFUE — per cui il Parlamento e il Consiglio UE possono adottare Direttive nel settore della «parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro e il trattamento sul lavoro» — rappresenta il momento di massimo sviluppo della politica sociale dell'Unione, anche in raccordo con le Direttive approvate ex art. 19 TFUE.

Il tema della parità di trattamento tra donne e uomini rappresenta la leva principale utilizzata dalla Corte di Giustizia per la costruzione di un importante nucleo di principi fondamentali della UE. Questi, negli anni, hanno legato il caso Defrenne II, nel quale la Corte sancì l'applicabilità diretta dell'art. 119 TCEE (Corte giust. 8.4.1976, causa C-43/75), già anticipata dal precedente caso Defrenne I del 1971, al recente caso Test Achats (Corte giust. 1.3.2011, causa C-236/09), nel quale la Corte invalida l'art. 5, par. 2, della Direttiva 2004/113 (in materia di parità tra donne e uomini nella prestazione di beni e servizi) per la lesione ingiustificata del principio generale della parità di trattamento sancito dall'art. 23 della CDFUE.

** Ordinaria di Diritto del lavoro, Università di Verona.*

L'evoluzione che va dal riconoscimento della parità di trattamento tra uomini e donne nel lavoro nel Trattato CE (divenuto in seguito TFUE) all'affermazione nella CDFUE del principio di non discriminazione come diritto fondamentale, direttamente invocabile nei rapporti interprivati a livello nazionale anche oltre il campo di applicazione originario dei relativi divieti nel lavoro, è contrassegnata da una serie di modifiche normative e da alcune importanti sentenze della Corte di Giustizia. Occorre in proposito ricordare:

- l'inserimento della parità di trattamento e di opportunità tra gli obiettivi dei Trattati (art. 3, par. 3, TUE e art. 8 TFUE);
- l'affiancamento di una base giuridica diversa in materia di regole antidiscriminatorie in generale, a prescindere dal settore del lavoro (art. 19 TFUE);
- la specifica considerazione del principio di non discriminazione e della parità di trattamento tra donne e uomini nel testo della CDFUE (risp. artt. 21 e 23).

Oggi il principio di non discriminazione assurge a principio generale dell'ordinamento europeo, che trova la propria concretizzazione in una serie di sentenze della Corte di Giustizia. Queste ultime focalizzano l'attenzione sull'applicabilità diretta nei rapporti tra privati del suddetto principio, anche oltre il genere. Questa premessa è necessaria in una giornata come quella di oggi in cui vi presento due questioni, entrambe ricche di contraddizioni relative alla maternità. La finalità è quella di concorrere ad aumentare la consapevolezza di ciascuno operatore del diritto: esiste un raccordo chiaro tra il diritto del lavoro e il raccordo con il diritto antidiscriminatorio e le fonti principali di questo raccordo sono l'art. 15 legge n. 300/1970 e art. 10 d.lgs. 276/2003.

2. *Esercizi di percezione: il licenziamento per giusta causa e la maternità*

Il caso di cui vorrei parlarvi oggi è indubbiamente complesso. Nonostante le poche questioni di stretto diritto che solleva, si riesce a trattare in modo compiuto l'interazione tra diritto del lavoro e diritto antidiscriminatorio con riguardo al funzionamento dell'onere della prova, ma soprattutto la gestione strategica del caso, antecedente alla presentazione del ricorso. Entrambi i profili meritano particolare attenzione perché arrivano, senza dubbio alcuno, ad inficiare gli esiti della causa.

Le questioni di stretto diritto da trattare si risolvono sostanzialmente a due: l'insussistenza del licenziamento discriminatorio nel caso concreto e la conferma del licenziamento per giusta causa motivato da insubordinazione della lavoratrice regolato dal contratto collettivo nazionale di lavoro applicato all'azienda coinvolta. La gestione del caso in azienda prima del licenziamento è condizionata quasi sicuramente da una serie di cattivi consigli che la lavoratrice ha ricevuto e che, soprattutto in sede

di opposizione ex l. 92/2012, emergono con tutta evidenza, risolvendo una serie di dubbi che il decreto del mese di aprile 2018 non aiutava a chiarire.

In estrema sintesi, una lavoratrice dipendente di IKEA (madre separata di due figli, di cui uno disabile al 100%) viene licenziata per giusta causa in ragione del mancato rispetto degli orari modificati dal datore di lavoro. Il licenziamento è motivato da ragioni discriminatorie (l'essere madre, in particolare di un figlio disabile) o è sostenuto dal mancato rispetto degli orari di lavoro da parte della lavoratrice che, in autonomia, ha deciso di seguire i vecchi orari di lavoro, nel frattempo superati da nuove formule di orario introdotte dal datore di lavoro?

Passando alle questioni di stretto diritto, si deve sottolineare che quella della sussistenza del licenziamento discriminatorio è risolta in modo alquanto sbrigativo dal giudice, il medesimo, in entrambe le sedi. Dopo aver ricordato l'art. 15 dello Statuto dei lavoratori e la famosa sentenza della Cassazione civile sez. lav., 05/04/2016, n. 6575, citata dal giudice, in cui viene riconosciuto dal giudice di legittimità l'irrilevanza dell'elemento soggettivo al fine di configurare una discriminazione, il giudice esclude che la ricorrente abbia assolto agli oneri probatori posti a sua carico (pag. 5 ord.: pag. 2-3 sent.) ed esclude l'esistenza di una discriminazione diretta in ragione del sesso/maternità. Questo passaggio merita di essere approfondito perché al problema della sussistenza della discriminazione diretta che rende nullo il licenziamento, si aggiunge a quello della prova in materia di discriminazione per ragioni di sesso.

La questione di stretto diritto antidiscriminatorio coinvolge l'interpretazione degli artt. 25 e 40 del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 e dell'art. 3 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151. Deve essere, in effetti, ricordato che – facendo sintesi della dimensione della tutela con quella della parità della lavoratrice madre – l'art. 25 del d.lgs. 198/2006 nel 2010 aggiunge il seguente comma 2 bis: "Costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonchè di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio". Dai fatti in causa emerge che la lavoratrice assunta nel reparto FOOD si autodetermina gli orari nel frattempo modificati dal datore di lavoro perché l'orario di lavoro proposto risulta incompatibile "*con le proprie esigenze familiari*" (pag. 1 dell'ord.). La ricorrente, che ha deciso di rispettare l'orario di lavoro superato, deduce di aver patito un trattamento discriminatorio in ragione della sua condizione di donna e madre in quanto *"solo la sua condizione di madre l'ha costretta ad opporsi alla turnazione che l'azienda pretendeva di imporle e solo la sua condizione di madre (in particolare di un figlio disabile) l'ha costretta alle ripetute assenze che l'hanno resa invisa alla società, e stigmatizzate anche nel comunicato con cui la società ha cercato di giustificare il proprio comportamento".* La discriminazione è, quindi, motivata dal fattore sesso e nella maternità, il trattamento sfavorevole è rappresentato dal licenziamento intimato dall'azienda e il nesso di causalità che lega fattore di protezione e trattamento sfavorevole risiede "nella impossibilità, in considerazione degli impegni di assistenza familiare, di rispettare la turnistica e nel-

la molteplicità di assenze". In sede di opposizione al decreto di rigetto, il giudice si limita a scrivere quanto alla discriminatorietà del licenziamento che "la difesa della ricorrente non ha apportato elementi ulteriori rispetto a quelli allegati nella prima fase", nel senso che non sono forniti elementi di fatto "precisi e concordanti" idonei a fondare la presunzione di licenziamento discriminatorio (pag. 3). Dopo aver ricordato – sempre e solo – la pronuncia del 2016, ritorna sulla centralità del comunicato stampa della società datrice di lavoro nella strategia di difesa della lavoratrice (e non sulla lettera di contestazione dell'addebito). Rispetto all'ordinanza precedente, nella sentenza si affronta con più chiarezza il ruolo svolto dai rappresentanti sindacali in azienda.

La vicenda processuale cristallizzata nell'ordinanza del 3 aprile 2018 – in modo molto evidente – era solo agli inizi ed è proseguita con l'impugnazione depositata il successivo 20 aprile 2018 conclusa con la sentenza del 29 ottobre 2018 che ne conferma in toto gli esiti. La vicenza in sede di appello risulta conciliata tra le parti.

Sono molti gli elementi da ricomporre in questa sede per offrire un commento completo e per offrire agli operatori, soprattutto sindacali, sollecitazioni utili per utilizzare in modo corretto il diritto antidiscriminatorio nel contesto di un licenziamento. In primo luogo, traspare che lo stesso giudice del Tribunale di Milano scrivendo la motivazione dell'ordinanza anche in ragione del rito prescelto (*ex* art. 1, comma 48. l. 92/12), ricorda che un'eventuale fase di opposizione potrebbe essere avviata anche al fine di meglio approfondire le questioni di merito sollevate che la fase cautelare non consente di approfondire.

Al licenziamento è stata data ampia eco sulla stampa nazionale anche perché – dopo la pronuncia – i colleghi hanno effettuato uno sciopero di solidarietà nei confronti della lavoratrice licenziata. Considerato il tema, una lettura di carattere tecnico-giuridico deve essere accompagnata da un'adeguata rilevanza della vicenda umana: può un datore di lavoro impunemente licenziare una lavoratrice madre di un figlio disabile per il fatto che si prende cura del figlio? Purtroppo, dopo la lettura dell'ordinanza emerge una realtà fattuale che impone di riformulare la domanda stessa nel modo seguente: perché nessuno ha consigliato nel modo corretto la lavoratrice dal mese di giugno al mese di ottobre 2017? Ad una lettura attenta, non sfugge che la concreta gestione del caso nel periodo antecedente al licenziamento è carente di ogni necessaria cautela volta ed evitare il licenziamento per giusta causa della cui legittimità (sia il giudice della sede cautelare che di merito) non dubitano. La successiva sentenza spiega che sugli esiti complessivi della causa hanno pesato anche i cattivi consigli ricevuti dalla lavoratrice: l'orario nuovo della lavoratrice non poteva risultare sospeso dalla mera sottoposizione delle questioni di conciliazione vita e lavoro in sede di riunioni tra la rappresentanza sindacale e il capo del personale. Come scrive il giudice, anche se la questione fosse stata posta (e non c'è prova che lo sia stata) "ciò non avrebbe autorizzato la lavoratrice a violare la turnazione solo perché non condivisa. La lavoratrice, più correttamente avrebbe potuto impugnare

la nuova turnazione, ma non certo autodeterminarsi il turno secondo le proprie, seppur legittime, esigenze, ignorando la disposizione del datore di lavoro" (pag. 6 sent.). I rappresentanti sindacali, insomma, non hanno svolto un ruolo chiaro dato che il giudice aggiunge espressamente che sulla consapevolezza della lavoratrice rispetto ai turni e alla vigenza delle relative regole in materia di orario hanno pesato consigli che non avrebbero, comunque, inciso sul rilievo disciplinare della condotta, né sull'elemento soggettivo in capo alla ricorrente. Un errore strategico, quindi, che ha indubbiamente pesato sull'intera vicenda.

Che il lavoro a turni sia di difficile conciliazione con le esigenze di cura dei figli è un fatto noto, che ancor di più la conciliazione sia difficile per una madre separata è fatto certo e che sia estremamente difficile far fronte alla cura di un figlio disabile pure. Quello che si rileva – fino a prevalere nel caso specifico – è che il costrutto della discriminazione non risulta sostenuto da prova adeguata. Il ricorso contro il licenziamento pare costruito non a partire dalla lettera di contestazione dell'addebito, ma dal testo del comunicato stampa (come riportato dai numerosi quotidiani che l'hanno pubblicato, seppur parzialmente, in cui si evocano le assenze della lavoratrice). Ma in corso di causa diventa centrale solo la lettera di contestazione dell'azienda da cui emerge la centralità della scelta della lavoratrice di autodeterminarsi l'orario e non altro (trattamento anche pregresso dei permessi per assistenza del figlio disabile). Il datore di lavoro prova (in applicazione al riparto dell'onere della prova indicato dall'art. 40 del d.lgs. 198/06) che ha sempre concesso i permessi per assistenza al figlio disabile, che la lavoratrice non ha avuto blocchi di carriera e che "in occasione delle variazione di turni decise nel giugno 2017 ha cercato di venire incontro alle esigenze della lavoratrice, sia impostando una turnistica sulla base delle esigenze rappresentate (…) e chiedendo agli altri coordinatori di rendersi flessibili al fine di poterle accogliere, sia accogliendo ben 15 indicazioni individuate" dalla lavoratrice "come assolutamente imprescindibili su un totale di 17". Su quelle due richieste non accettate relative agli orari del lunedì e del martedì si è concentrata la forzatura della lavoratrice e il conseguente licenziamento.

Il passaggio chiave dell'intera vicenda è proprio la scelta compiuta della lavoratrice di autodeterminare una parte di orario di lavoro applicando formule orarie oramai superate per tutti gli altri lavoratori e lavoratrici del servizio FOOD senza alcuna cautela (lettere e/o comunicazioni scritte in cui si segnala per ciascuno spostamento/cambiamento di orario il carico di cura da assolvere ma non assolto, ad esempio, e/o la comunicazione preventiva di necessità di un orario diverso cercando di mantenere l'orario assegnato in ragione del potere direttivo dell'azienda senza lasciarsi coinvolgere, tra le altre cose, in discussioni dai toni accesi con le referenti del reparto). Dalla ricostruzione emerge, ad esempio, che il tema non è solo quello delle assenze, ma delle presenze della lavoratrice in fasce di orario non dovute oltre che una serie di reazioni che la stessa avrebbe tenuto davanti a testimoni nel luogo di lavoro (tutte confermate in giudizio). Senza nessuna messa in mora formale della direzione, non può che ammettersi un troppo facile spostamento dell'attenzione del datore di

lavoro sull'art. 229 del CCNL Aziende del Terziario Distribuzione e Servizi (ipotesi di accordo del 26/2/2011 modificato e sottoscritto definitivamente in data 6/472011) che prevede tra le cause di licenziamento disciplinare - in via esemplificativa - "l'insubordinazione verso i superiori accompagnata da comportamento oltraggioso".

Il licenziamento per giusta causa dichiarato come legittimo dal giudice è fondato sull'insubordinazione, perché le altre fattispecie (ritardo, permanenza nel luogo di lavoro oltre l'orario) non sono idonee a supportare un recesso in tronco del datore di lavoro. In questa sede, non si può non prospettare la possibilità del ridimensionamento della gravità dell'insubordinazione in ragione dello stress emotivo della lavoratrice (escluso da Cassazione civile, 18 luglio 2018, n.19092, sez. lav., con riguardo ad un caso molto diverso da quello del peso della cura di un figlio disabile come nelle pronunce che si commentano). Sulla valutazione che deve essere effettuata dal giudice di merito, in effetti, si ricorda che "nell'applicare le clausole generali come quella di cui all'art. 2119 o all'art, 2106 c.c., che dettano tipiche 'norme elastiche', non sfugge ad una verifica in sede di giudizio di legittimità, sotto il profilo della correttezza del metodo seguito nell'applicazione della clausola generale, poiché l'operatività in concreto di norme di tale tipo deve rispettare criteri e principi desumibili dall'ordinamento generale, a cominciare dai principi costituzionali e dalla disciplina particolare" (Cassazione civile, 09 novembre 2016, n. 22796, sez. lav.; si legga altresì Cassazione civile sez. lav., 17/05/2018, n. 12094 sul legame discriminazione e insubordinazione; contra Corte appello, Torino, 26/03/2001). Oltre alla giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, possono trarsi osservazioni utili alla trattazione di tali tipologie di cause anche dall'interpello 68 del 2009 del Ministero del lavoro. In effetti, dopo aver ricostruito i principi da considerare in tema di conciliazione vita e lavoro, scrive il Ministero che "nell'ordinamento vigente vi sia un tendenziale riconoscimento di un obbligo, a carico del datore di lavoro, di valutare la possibilità, secondo canoni di correttezza e buona fede, di assegnare i dipendenti a turni di lavoro compatibili con le loro qualificate e comprovate esigenze familiari, specie quando la determinazione di un particolare orario di lavoro non comporti per l'azienda apprezzabili difficoltà organizzative". A ciò aggiunge che "l'esercizio del potere organizzativo del datore di lavoro, rientrante nella libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost., vada esercitato proprio nel rispetto dei canoni di correttezza e buona fede e vada contemperato con la protezione di altri interessi anch'essi tutelati dall'ordinamento costituzionale (artt. 3 e 37 Cost.) e comunitario (Direttiva n. 76/207/C.E.E. 9.2.1976), facenti capo al lavoratore. Tutto ciò premesso, il datore di lavoro, ancorché non presenti progetti di richiesta di contributi per la promozione di azioni volte ad incentivare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, non è esonerato dal dovere di leale collaborazione sotto i profili della buona fede, correttezza e ragionevolezza nello svolgimento del rapporto di lavoro. Pertanto lo stesso è tenuto valutare con la massima attenzione ogni soluzione utile ad agevolare l'assolvimento della funzione genitoriale del dipendente, in particolare attraverso una diversa organizzazione del lavoro o una flessibilizzazione degli orari. Tale valutazione, evidentemente, andrà effettuata con riferimento al caso concreto,

avendo riguardo alla oggettiva e comprovata situazione di difficoltà familiare e alle documentate esigenze di accudienza ed educative della prole". Anche il diritto privato può aiutare a ridimensionare la gravità del comportamento contestato (dopo il licenziamento) così come può supportare la messa in mora il datore di lavoro che non risponde alle richieste di considerare le esigenze di cura della lavoratrice (prima dell'esercizio del recesso ex art. 2119). Perché una risposta concreta sull'equilibrio da garantire a livello di singola azienda deve essere ricavata dalla corretta ponderazione degli interessi da confrontare nel caso concreto, ricordando che la madre di un figlio disabile è anche protetta dalla gravità del peso del fattore di rischio disabilità attraverso la discriminazione cd. associata (come insegna il caso CE 17 luglio 2008, *Coleman*, C-303/06; l concetto di discriminazione associata in essa legittimato è già stato applicato in Italia dal Tribunale Pavia, 19/09/2009 e dal Tribunale ordinario di Milano, sezione lavoro, ordinanza del 16 settembre 2010).

3. Conclusioni: genitorialità, discriminazioni e famiglia in trasformazione

Per concludere l'incontro di oggi, non si può non ricordare che - in generale, dal punto di vista del sistema regolativo nel suo complesso – è proprio la genitorialità LGBT che ci ricorda che quello nazionale è un sistema di regole rigide, costruite su congedi obbligatori e astensioni meramente facoltative della sola madre lavoratrice subordinata, ci sembra necessario far seguire un sistema regolativo attento alla completa parificazione tra genitori naturali e affidatari o adottivi, teso a riconoscere un dovuto ruolo dei padri nel contesto della cura dei figli, anche disabili, e un'estensione delle regole protettive nei confronti dei genitori – lavoratori autonomi e liberi professionisti – che si facesse anche carico dell'estensione delle formule di tutela nei confronti della genitorialità LGBT.

Le Corti, a ogni livello e con ogni competenza in materia, diretta o solo indiretta, sono chiamate ad arginare le antinomie tra il reale sistema economico-sociale e le regole dedicate alla genitorialità. Senza sottovalutare le strette connessioni tra rapporto di lavoro e rapporto previdenziale, come è successo in particolare tra il 2015 e il 2017 a seguito della cancellazione della collaborazione a progetto, i cui effetti sono stati solo parzialmente sanati con l'approvazione della l. 81/17 dedicata allo statuto del lavoratore autonomo. Siamo qui, in sede sindacale, perché senza dubbio anche il sindacato in sede contrattuale registra questa tensione.

Non si può non tener conto anche dell'attuale struttura e dei contenuti del testo unico sulla maternità e paternità del 2001. Il risultato di un'infinita sequenza di correzioni senza un disegno complessivo teso a dare una risposta chiara e coerente al già difficile equilibrio teorico da raggiungere tra tutela del figlio, dell'eguaglianza della donna, la parità tra i genitori – qualunque sia il loro orientamento sessuale – e rispettoso della tutela sociale di ogni nucleo familiare (anche composto da lavora-

tori autonomi e/o collaboratori coordinati continuativi) ha prodotto un testo unico pieno di ridicole forzature tecniche oltre che di evidenti vuoti di tutela. Qualche esempio? L'art. 28, dedicato al Congedo di paternità, contiene regole per i genitori lavoratori autonomi nei confronti dei quali l'ordinamento non riconosce il congedo, ma solo un'indennità senza astensione. L'art. 70 è intitolato alle Indennità di maternità per le libere professionistiche, ma in realtà contiene regole specifiche sul padre libero professionista cui spetta l'indennità "di maternità" per il periodo in cui sarebbe spettata alla madre libera professionista o per la parte residua, solo in caso di morte o di grave infermità della madre, ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre. Con ciò evitando di seguire la strada che la Corte costituzionale aveva segnato nel 2005 valorizzando la libera scelta dei genitori su chi potesse fruire del congedo. L'art. 42 contiene le regole per i Riposi e permessi con figli con handicap grave che a seguito dei numerosi interventi della Corte costituzionale ha visto completamente ridefinita la platea dei beneficiari che è arrivata ad includere, al posto del genitore, lo stesso figlio "che, al momento della presentazione della richiesta del congedo, ancora non conviva con il genitore in situazione di disabilità grave, ma che tale convivenza successivamente instauri, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti del coniuge convivente, del padre e della madre, anche adottivi, dei figli conviventi, dei fratelli e delle sorelle conviventi, dei parenti o affini entro il terzo grado conviventi, legittimati a richiedere il beneficio in via prioritaria secondo l'ordine determinato dalla legge" (Corte cost. n. 232/2018).

La vicenda dei padri lavoratori autonomi/liberi professionisti è paradigmatica della contraddizione tra il presente della genitorialità e il sistema regolativo. Tale deve essere ricostruita ricordando tre sentenze della Corte costituzionale tutte dedicate ai padri liberi professionisti: 385/2005, 285/2010 e 105/2018. Il recepimento non è forse l'occasione giusta per proporre un rinnovato, ambizioso progetto italiano di *work life balance*?

Riferimenti giurisprudenziali e bibliografici

M. Peruzzi, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, 2017, Torino, Giappichelli;

A. Allamprese, L. Fassina, *Vademecum per l'Europa. Guida per gli operatori degli Uffici vertenze del sindacato,* 2015, Roma, Ediesse;

L. Calafà, *Pari opportunità e divieti di discriminazione*, in Nuove Leggi Civili Commentate 3/2010, p. 537 e ss.

Maternità in avvocatura: contrasto alle discriminazioni

Marta Tricarico*

Una lettura appassionata delle riflessioni e relazioni sulle posizioni assunte nell'Assemblea costituente dalle Onorevoli Maria Federici e Angelina Merlin sui problemi delle donne lavoratrici e in particolare sulla maternità e la sua tutela (art. 37 della Costituzione) riaffaccia l'esigenza di fronteggiare in maniera adeguata, con chiarezza di inquadramento, i principi di uguaglianza e non discriminazione nel lavoro e tra i sessi, che devono essere coniugati all'adempimento delle funzioni e dei doveri della maternità con una speciale e adeguata protezione della salute e della vita della donna e del fanciullo.

Nella Costituzione (art. 37) troviamo il principio che obbliga il legislatore ad assicurare che le condizioni di lavoro consentano adeguate protezioni alla maternità ed all'infanzia, ove "tutelare" e "proteggere" non significa riconoscere una situazione d'inferiorità, ma rendere effettiva nel momento della maternità, la parità tra i lavoratori e le lavoratrici.

L'articolo 37, comma 1, stabilisce infatti che "*le condizioni di lavoro devono consentire (alla donna) l'adempimento della sua essenziale funzione familiare" "le condizioni di lavoro devono assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione".*

In Italia, la prima legge che aveva previsto per le madri lavoratrici un congedo obbligatorio di 4 settimane post parto (non retribuito) risale al 19 giugno del 1902 con la legge n. 242 (c.d. *"legge Carcano");* ben più lungo è stato il percorso di riconoscimento dei diritti delle donne legati alla maternità, alle esigenze di conciliazione e alla tutela della salute quando si è trattato delle libere professioniste o lavoratrici autonome.

** Avvocata del Foro di Bologna; Referente Formazione Gruppo Giustizia UDI (Unione Donne in Italia) sede Bologna; Vice Presidente/Segretaria Comitato Pari Opportunità dell'Ordine degli Avvocati di Bologna.*

La prima avvocata iscritta all'Ordine forense fu Lidia Poet nel 1883[1] **che pervicacemente riuscì a smantellare quei pregiudizi discriminatori che ritenevano** «*disdicevole e brutto veder le donne discendere nella forense palestra, agitarsi in mezzo allo strepito dei pubblici giudizi, accalorarsi in discussioni che facilmente trasmodano, e nelle quali anche, loro malgrado, potrebbero esser tratte oltre ai limiti che al sesso più gentile si conviene di osservare".*

Dunque non può stupire che per ottenere una effettiva politica di tutela della maternità nell'esercizio della professione forense abbiamo dovuto attendere in Italia 135 anni, ovvero l'introduzione, nella legge di bilancio 2018, del comma 5-bis nell'art. 420-ter c.p.p., che dal 1° gennaio 2018, prevede che lo stato di gravidanza debba ritenersi causa di legittimo impedimento assoluto se certificato, con l'unica eccezione di quelle cause rispetto alle quali si richiede una trattazione urgente.

Pertanto, in tali limitate ipotesi, l'avvocata dovrà necessariamente farsi sostituire.

Sul fronte civilistico, si fa esplicito riferimento al **Decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151** (cd. Testo unico maternità e paternità), ricomprendendo esplicitamente, quali ipotesi di legittimo impedimento, le fattispecie di adozione nazionale ed internazionale, nonché di affidamento del minore.

Il comma 274-quinquies della **Legge 27 dicembre 2017, n. 205** aggiunge un ulteriore comma all'articolo 81-bis delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile ("Calendario del processo"), prescrivendo che: «*Quando il difensore documenta il proprio stato di gravidanza, il giudice, ai fini della fissazione del calendario del processo ovvero della proroga dei termini in esso previsti, tiene conto del periodo compreso tra i due mesi precedenti la data presunta del parto e i tre mesi successivi. La disposizione si applica anche nei casi di adozione nazionale e internazionale nonché di affidamento del minore avendo riguardo ai periodi previsti dall'articolo 26 del testo unico delle disposizioni legislative di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151. Dall'applicazione del presente comma non può derivare grave pregiudizio alle parti nelle cause per le quali è richiesta un'urgente trattazione».*

In ambito penalistico, la novità è stata collocata (dal comma 274-sexies della **Legge 27 dicembre 2017, n. 205**) all'articolo 420-ter ("Impedimento a comparire dell'imputato o del difensore") del codice di procedura penale cui, dopo il comma 5, viene aggiunto il seguente:

«5-bis. Agli effetti di cui al comma 5 il difensore che abbia comunicato prontamente lo stato di gravidanza si ritiene legittimamente impedito a comparire nei due mesi precedenti la data presunta del parto e nei tre mesi successivi ad esso».

---

1 Lidia Poet si iscrive all'Ordine degli Avvocati di Torino, anche se solo dopo legge, la n. 1179 del 17 luglio 1919 nota come legge Sacchi, che abolì l'autorizzazione maritale e autorizzò le donne ad entrare nei pubblici uffici, tranne che nella magistratura, nella politica e in tutti i ruoli militari, Lidia Poët nel 1920, all'età di 65 anni, divenne ufficialmente avvocata.

Le avvocate hanno visto quindi finalmente riconosciuto un diritto che le discriminava in ragione dello stato di gravidanze e maternità seppur già con l' art. 3 del d.lgs. n. 151/2001 venisse *"vietata qualsiasi discriminazione per ragioni connesse al sesso, secondo quanto previsto dal d.lgs. 198/2006, con particolare riguardo ad ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità e paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti".*

È vero che il Legislatore nazionale aveva già incluso tra le discriminazioni fondate sul sesso anche quelle che sono attuate avendo a riferimento lo stato di gravidanza, ma la normativa non era applicata ad avvocate/i.

Ciò posto, mentre per le lavoratrici dipendenti l'astensione dal lavoro si attua 3 mesi ante e due post-parto, per le lavoratrici autonome questo obbligo non sussiste (Corte Costituzionale: sentenze n. 150 del 1994 e n. 181 del 1993), potendo queste ultime continuare ad esplicare la loro attività e, al contempo, percepire dall'Inps o dalla Cassa Professionale l'indennità di maternità per i due mesi antecedenti la data del parto e i tre mesi dopo, a prescindere dall'effettiva astensione dall'attività, a condizione che vi sia l'inesistenza del diritto a indennità di maternità per qualsiasi altro titolo.

L'art. 70 del d.lgs. n. 151/2001 prevede che possono avere l'indennità di maternità tutte le libere professioniste appartenenti alle seguenti casse:

- Cassa nazionale del notariato;
- Cassa azionale di previdenza ed assistenza a favore degli avvocati e procuratori;
- Ente nazionale di previdenza e di assistenza farmacisti;
- Ente nazionale di previdenza e assistenza veterinari;
- Ente nazionale di previdenza e assistenza medici;
- Cassa nazionale di previdenza ed assistenza a favore dei geometri;
- Cassa di previdenza per l'assicurazione degli sportivi;
- Cassa nazionale di previdenza ed assistenza a favore dei dottori commercialisti;
- Cassa nazionale di previdenza ed assistenza per gli ingegneri e gli architetti liberi professionisti;
- Cassa nazionale di previdenza ed assistenza a favore dei ragionieri e periti commerciali;
- Ente nazionale di previdenza e assistenza per i consulenti del lavoro.

Sul punto del mancato riconoscimento alla donna esercente la libera professione di avvocato del «diritto di usufruire del periodo di maternità così come previsto dall'Ordinamento italiano per le altre lavoratrici» era stata anche sollevata questione di legittimità costituzionale dal Tribunale ordinario di Perugia, sezione distaccata di Foligno in riferimento agli articoli 3, 31, secondo comma, e 37 della Costituzione, nonché al diritto di difesa.

La questione non era stata esaminata nel merito, perché la Corte Costituzionale, con decisione del 20 dicembre 2012 n. 312, in accoglimento alle eccezioni sollevate dal Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, aveva dichiarato inammissibile la questione per difetti e carenze della ordinanza di rimessione.

Tuttavia rileva che fra le definizioni contenute nell'art. 2 del d.lgs. n. 151/2001 si trovano quelle di "lavoratrice" e "lavoratore", prevedendosi che - salvo che non sia altrimenti specificato - con tali espressioni si intendono i dipendenti, compresi quelli con contratto di apprendistato, di amministrazioni pubbliche, di privati datori di lavoro nonché i soci lavoratori di cooperative. I lavoratori autonomi sono pertanto esclusi, in linea di principio, dalle tutele apprestate dal d.lgs. n. 151/2001.

Altre questioni di rilevanza costituzionale sono state prospettate sull'uguaglianza tra *i genitori, sulle discipline finalizzate alla protezione del nascituro e sulla tutela della salute della madre nel periodo anteriore e successivo al parto, risultando, quindi, di tutta evidenza che, in tali casi, la posizione di quest'ultima non è assimilabile a quella del padre (***Corte Cost., 28 luglio 2010, n. 285, in *Foro it.*, 2010, I, 2581).**

Altra pronuncia della Corte Costituzionale (sentenza n. 423/1995) ha sottolineato il rilievo costituzionale del valore rappresentato dal ruolo di madre della lavoratrice (sentenze n. 181 del 1993, nn. 61 e 132 del 1991), che comporta come, nel rapporto di lavoro, non possano frapporsi né ostacoli, né remore, alla gravidanza e alla cura del bambino nel periodo di puerperio, dovendo essere assicurata una speciale, adeguata protezione al bambino e alla madre. Questa deve esser posta in condizioni (di lavoro) tali da poter adempiere alla sua essenziale funzione familiare. In particolare si è affermato che il principio posto dall'art. 37 Cost. - collegato al principio di eguaglianza - impone alla legge di impedire che possano derivare conseguenze negative dalla maternità e dagli impegni connessi alla cura del bambino.

Anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea[2] risulta chiaramente che qualsiasi trattamento sfavorevole nei confronti della donna in relazione alla gravidanza o alla maternità costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso,[3] e

2 In applicazione alla Direttiva 2006/54/CE ex multis Corte di Giustizia UE 142 del 7/2/2018, Corte di Giustizia UE del 18/3/2014 n.C-363/12.

3 L'articolo 14, paragrafo 1, lettera c), della Direttiva 2006/54 così dispone: «È vietata qualsiasi discriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso nei settori pubblico o privato, compresi gli enti di diritto pubblico. Direttiva recepita in Italia con decreto legislativo 25 gennaio 2010, n. 5 (GU Serie Generale

che è altresì opportuno prevedere esplicitamente la tutela dei diritti delle lavoratrici in congedo di maternità, in particolare per quanto riguarda il loro diritto a riprendere lo stesso lavoro o un lavoro equivalente e a non *subire un deterioramento delle condizioni di lavoro per aver usufruito del congedo di maternità nonché a beneficiare di qualsiasi miglioramento delle condizioni lavorative cui dovessero aver avuto diritto durante la loro assenza.*[4]

La Direttiva n. 41/2010 UE[5], nota per l'applicazione del principio di parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma, impone agli Stati membri di adottare misure tese a garantire che alle lavoratrici autonome e alle coniugi e conviventi di lavoratori autonomi possa essere concessa, un'indennità di maternità, in ogni caso.

Successivamente il quadro normativo e antidiscriminatorio si è ampliato passando da una tutela specifica nel trattamento della maternità a prevedere gli strumenti volti a facilitare il traguardo della "condivisione", e degli effetti ad esso connessi, sia proprio il congedo di paternità, ma anche parentale, favorendo l'eguaglianza tra uomini e donne nel mercato del lavoro nel contesto del principio delle pari opportunità.

Attualmente quindi l'indennità di maternità compete, sia alla lavoratrice professionista che al lavoratore professionista (sent. C.C. n. 385/2005) anche in presenza di adozione o affidamento a patto che il bambino non abbia superato i sei anni di età al momento dell'inserimento nel nucleo familiare.

Nel caso di adozioni internazionali il diritto (tre mesi successivi all'ingresso in famiglia del minore adottato o affidato) può essere esercitato anche per i bambini di età compresa tra i sei anni e il compimento della maggiore età.(sent. C.C. n. 371/2003).

---

n.29 del 05-02-2010).

4 A mente di tale principio è interessante menzionare il caso che ha coinvolto una Magistrata italiana, (esaminato dalla *Corte Europea dei diritti dell'uomo Prima Sezione* decisione Ricorso n. 29923/13 Anna Maria Cristaldi contro l'Italia) La Corte europea dei diritti dell'uomo (prima sezione), riunita il 22 maggio 2018 ribadendo che secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, la discriminazione consiste nel trattare in maniera diversa, salvo giustificazione oggettiva e ragionevole, persone poste in situazioni equiparabili, coglie l'occasione per rammentare che il progresso verso la parità dei sessi è un obiettivo importante per gli Stati membri del Consiglio d'Europa e che solo considerazioni molto forti possono portare a ritenere compatibile con la Convenzione una disparità di trattamento. La Corte ***rigetterà la domanda*** rilevando, tuttavia, che: lo scopo e le condizioni dell'indennità giudiziaria erano legate all'esercizio effettivo delle funzioni giudiziarie e ritiene dunque che, in questo particolare contesto, la perdita di detta indennità speciale durante l'assenza dal lavoro, indipendentemente dal tipo di assenza, non sarebbe di natura tale da causare una perdita reale per l'interessata, in quanto legata all'esercizio effettivo delle funzioni durante un periodo percepiva comunque l'indennità di maternità.

5 All'Art. 8 denominato "Prestazioni di maternità" prevede espressamente l'obbligo per gli Stati membri di adottare le misure necessarie a garantire che alle lavoratrici autonome e alle coniugi e conviventi di cui all'articolo 2 possa essere concessa, conformemente al diritto nazionale, un' indennità di maternità sufficiente che consenta interruzioni nella loro attività lavorativa in caso di gravidanza o per maternità per almeno 14 settimane.

Qualora si dovesse verificare interruzione della gravidanza, spontanea o volontaria, non prima del terzo mese di gravidanza, spetta l'indennità di maternità per una mensilità.

Qualora l'interruzione della gravidanza, spontanea o volontaria, avvenisse dopo il compimento del sesto mese, compete l'indennità di maternità per intero.

L'indennità di maternità viene assegnata in misura pari all'80% di cinque dodicesimi del solo reddito professionale denunciato ai fini fiscali come reddito da lavoro autonomo dalla libera professionista nel secondo anno antecedente a quello dell'evento.

Indennità di maternità: modalità di richiesta

La domanda finalizzata all'indennità di maternità deve essere presentata, su apposito modulo predisposto dalla Cassa Forense, a decorrere dal compimento del sesto mese di gravidanza ed entro e non oltre il termine categorico di 180 giorni dopo il parto.

Stesso termine per interruzione della gravidanza. La domanda per avere la prestazione è da presentarsi entro i 180 giorni dalla data dell'evento.

Cassa Forense riconosce, inoltre, un'indennità in caso di eventi riferiti alla maternità, sia nel caso di nascita di un figlio, sia in caso di aborto (avvenuto fra il 61° giorno e la 26a settimana), sia in ipotesi di adozione o affidamento.

Possono beneficiare di tale istituto tutte le iscritte alla Cassa con decorrenza anteriore rispettivamente alla data del parto, dell'aborto, o dell'ingresso del minore nella casa materna.

Le richiedenti non devono avere diritto ad altra indennità erogata da altra struttura di cui al capo III e XI del d.lgs. n.151/2001 (lavoratrici dipendenti, autonome, imprenditrici agricole).

L'indennità erogata è pari all'80% di 5/12 del reddito professionale Irpef netto prodotto nel 2° anno anteriore al verificarsi dell'evento.

In ogni caso, l'indennità minima non può essere inferiore a quella stabilita in base alle tabelle INPS vigenti nell'anno del parto, e, l'indennità massima non può essere superiore a cinque volte l'importo minimo di cui sopra.

L'indennità viene corrisposta in unica soluzione (applicando la ritenuta d'acconto del 20%, fatta eccezione dei casi ove è previsto l'esonero della ritenuta stessa) per i due mesi di gravidanza antecedenti la data presunta del parto e per i primi tre mesi di puerperio successivi alla data effettiva del parto, per un totale di cinque mensilità.

Altre misure

A queste misure si aggiunge quella prevista dall'art. 10 del Regolamento di attuazione dell'art. 21, commi 8 e 9 della l. 247/2012 che attribuisce, a tutti gli iscritti alla Cassa la facoltà, a determinate condizioni, di essere esonerati dal pagamento dei contributi minimi previsti per un determinato anno solare, fermo restando il riconoscimento dell'intero anno ai fini previdenziali.

Le casistiche per cui è concesso l'esonero sono quelle previste nel 7° comma dell'art. 21 della l. 247/2012 e precisamente:

- avvocata in maternità e nei primi due anni di vita del bambino;
- avvocata in caso di adozione e nei primi due anni dall'entrata in famiglia del bambino;
- avvocato vedovo o separato affidatario in modo esclusivo della prole;
- e anche nei casi avvocato affetto da malattia che ne abbia ridotto grandemente la possibilità di lavoro;
- avvocato/a che svolga comprovata e continuativa attività di assistenza per il coniuge o congiunti prossimi affetti da malattia da cui derivi totale mancanza di autosufficienza.

Sulla richiesta di esonero delibera la Giunta Esecutiva della Cassa Forense.

Si precisa che l'esonero può essere chiesto, per una sola volta nell'arco dell'intera vita professionale ed esclusivamente in presenza di uno dei casi previsti dal settimo comma dell'art. 21, legge 247/2012.

Per la sola ipotesi di maternità/adozione l'esonero dal pagamento della contribuzione minima può essere estesa fino a tre anni in presenza di una pluralità di eventi.

Inoltre in caso di gravidanza, parto, adempimento da parte dell'uomo o della donna di doveri collegati alla paternità o alla maternità, è possibile chiedere l'esonero parziale dall'obbligo formativo, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento n. 6/2014 e ss.mm.

In caso di padre avvocato, la richiesta deve essere adeguatamente motivata e non è accolta qualora la madre – avvocata anch'ella – usufruisca già dell'esonero.

In ogni caso l'Ordine ha un potere discrezionale nella valutazione delle istanze ricevute, che devono essere adeguatamente documentate.

Una raccolta di tali normative è stata promossa dal Comitato Pari Opportunità

dell'Ordine degli Avvocati di Bologna che ha recentemente pubblicato il Quaderno della maternità e genitorialità per l'Avvocatura, scaricabile dal sito dell'Ordine degli Avvocati di Bologna.

Generalmente ulteriori disposizioni a tutela della gravidanza e della maternità/paternità e in materia di pari opportunità sono inserite nei Protocolli, nell'ambito della condivisione di prassi operative e per la risoluzione di varie problematiche di ordine pratico ove la tematica della concreta conciliabilità dei tempi di cura e di lavoro è ben presente, allorquando si tratta di disciplinare la continuità della pratica forense da parte dell'iscritta in stato di gravidanza o la formazione continua della avvocata e dell'avvocato genitore, occupata/o nella cura di un familiare, o affetto da patologie, o le modalità di comunicazione del legittimo impedimento, l'accesso nelle cancelleria o Ufficio Notifiche. Conquiste, queste, territoriali, supportate dall'azione dei Comitati pari Opportunità istituiti presso i Consigli dell'Ordine, con modalità elettive (Legge n. 247/2012, all'art.25, ultimo c.)

Un Welfare a misura di Avvocata/o

La tutela della maternità non va garantita però solo nelle aule di Tribunale ma anche all'interno degli studi legali, in cui le professioniste madri rischiano di essere penalizzate per il ruolo che rivestono all'interno della famiglia e nell'esigenza di un welfare più attivo che, non tutelando pienamente la maternità, diventa la causa del gap reddituale esistente tra i sessi.

Esaminando in particolare, gli ultimi rapporti CENSIS pubblicati da Cassa Forense, si evidenzia una progressiva femminilizzazione della professione forense che accompagna tuttavia un dato inversamente proporzionale sul piano reddituale.

Gli avvocati maschi riescono a raggiungere un livello di reddito superiore alla media a partire dalla fascia d'età compresa tra i 40 e i 45 anni mentre le donne vi arrivano ben quindici anni dopo, al raggiungimento dei 55 anni d'età. In generale le donne hanno un reddito medio pari al 43% dei colleghi maschi, inferiore in valori assoluti di quasi 30.000 euro (in termini percentuali del 56,1%).

Una delle principali cause, fotografata dall'indagine condotta, è che la professione continua ad essere esercitata in microstrutture individuali fortemente orientate al mercato locale.

L'Avvocatura al femminile risulta poi maggiormente penalizzata, oltre che dai fattori che incidono anche sul genere maschile, da quelli che per natura intervengono sul suo corpo e sulla sua salute, dalla gravidanza, alla maternità e alla menopausa.

Per scelta l'Avvocata privilegia forse materie meno remunerative rispetto ai maschi e deve conciliare il tempo dedicato al lavoro con quello necessario alla cura della

famiglia, tanto da risentirne economicamente nell'attualità e ai fini pensionistici con costi molto elevati.

Proprio al fine di favorire la crescita economica delle Avvocate e Avvocati, nell'ottica della rimozione degli ostacoli, il Comitato Pari Opportunità dell'Ordine degli Avvocati di Bologna ha ideato un intervento sulla organizzazione del lavoro al fine di pensare e realizzare strumenti specificamente volti a eliminare, o quantomeno ridurre, le penalizzazioni reddituali che derivano da impegni familiari: quali i figli, nelle diverse fasce di età, gli anziani e i familiari diversamente abili.

Nell'ottica quindi della conciliazione tra professione e vita familiare, il CPO di Bologna ha recentemente attivato la App SOS avvocati e servizi, che consente in emergenza di avvalersi a scelta del professionista di un servizio (baby sitter, navetta, dog sitter...) o di una sostituzione (udienza o incombenza in cancelleria).

La app si propone di superare, o quanto meno alleviare, in emergenza, le difficoltà di conciliazione vita-lavoro degli Avvocati e dei Praticanti Avvocato ma accanto a un buon "prodotto informatico", occorre favorire l'incontro fra "l'offerta e la domanda" e incentivare la conoscenza reciproca che potrebbe far nascere eventuali collaborazioni, fine per cui si è speso l'attuale CPO.

Nel contesto socio-economico e culturale contemporaneo, la battaglia verso la pari opportunità nel mercato del lavoro non è ancora finita, ma non partiamo da zero e bisogna privilegiare la possibilità di scegliere tra la famiglia o il lavoro sempre con meno difficoltà .

Prendersi un po' di tempo per definire quale valore e spazio dare ai diversi elementi che compongono la vita famigliare, lavorativa e personale di ognuno, tenendo conto delle richieste di attaccamento e cura, delle ambizioni personali, dati di realtà e valori individuali è il passaggio essenziale e non demandabile che richiede migliori strategie di delega, di un'organizzazione minuziosa e puntale delle giornate.

L'obiettivo di realizzare l'uguaglianza di genere de iure e de facto deve attuarsi anche attraverso prassi virtuose volte a tutelare pienamente la condizione di maternità e di genitorialità per le avvocate.

Resta il fatto che, a mio parere, è necessario un nuovo patto tra i generi. Perchè se da un lato si è riconosciuto il diritto a rivendicare giustizia e lottare per l'affermazione di diritti uguali, dall'altro non si deve obliare la differenza ma valorizzarla, nell'ottica delle pari opportunità.

Riferimenti giurisprudenziali e bibliografici

L. Calafà, *Pari opportunità e divieti di discriminazione*, in Nuove Leggi Civili Commentate 3/2010, p. 537 e ss. prof.ssa Paola Villa e Realizzato dalle dott. Anita Bevacqua e dott. Jessica Toniolli dell'Università degli Studi di Trento, Dipartimento di Economia,

“*Differenze di trattamento tra le donne lavoratrici”* Giunta della Provincia autonoma di Trento, pubblicato nel 2008. Comitato Pari Opportunità Ordine degli Avvocati di Bologna *Quaderno Maternità e genitorialità per l’Avvocatura”* Quaderno 1 anno 2018.

Discriminazioni di genere e per età

*Antonella Gavaudan**

Da avvocata giuslavorista intendo proporre l'esperienza specifica che ho acquisito nel trattare a giudizio le discriminazioni in materia di lavoro.

La "cassetta degli attrezzi" della quale possiamo disporre in materia antidiscriminatoria è oggi ben più ampia di quando sino agli anni settanta era soltanto la maternità delle lavoratrici ad essere tutelata (legge 860/1950 "Tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri", che vietava di licenziare nel periodo di gestazione e in quello di astensione obbligatoria dal lavoro successiva al parto).

Solo con l'Accordo Interconfederale del 16 luglio 1960 si raggiunse la parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici. Nel settore agricolo la parità salariale fu conquistata solamente nel 1964 con l'abolizione del cosiddetto "coefficiente Serpieri" utilizzato nel settore agricolo, per cui il valore di una giornata lavorativa di un uomo era pari a 1, quello della donna a 0,60, a parità di ore di lavoro.

La legge n. 903 del 1977 affermò il divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro, nella formazione professionale e nella progressione di carriera delle donne.

La fonte "antidiscriminatoria" cui attingere era l'art. 15 dello Statuto dei lavoratori (legge 300/1970), nei casi di "*discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso",* poi integrato dal d.lgs. 216/03, in attuazione delle disposizioni comunitarie, con le discriminazioni *"di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali."*

Eppure il principio di eguaglianza sostanziale era ed è ben lontano dall'essere realizzato.

La legge 125 del 1991 volle superare il concetto classico di eguaglianza formale, promuovendo un modello di trattamenti differenziati per sesso, che ripristinasse l'uguaglianza nelle condizioni di partenza, concretizzando la parità di chance nell'accesso e nello svolgimento dell'attività lavorativa.

Il d.lgs. 81/2008 (Testo unico sulla Sicurezza) prevede espressamente, all'art. 28, l'obbligo per il datore di lavoro di valutare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, "*ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui quelli collegati allo stress lavoro-correlato, quelli riguardanti le lavoratrici in stato di gravidanza, quelli connessi alle differenze di genere, all'età alla provenienza da altri Paesi....".* Tra questi rientrano sicuramente i rischi di patologie

** Avvocata giuslavorista del Foro di Bologna*

legate al cd. mobbing di genere, la cui valutazione, a partire dal 29 luglio 2008, diviene necessaria ed obbligatoria.

Fonte previgente e primaria – che tuttora è parte attiva dello strumentario normativo a disposizione nei temi che ci occupano, pur non appartenendo al genere delle tutele antidiscriminatorie – è l'art. 2087 del codice civile ("L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro").

È frequente che la vittima di discriminazioni – o di "mobbing di genere" – finisca infatti con l'incorrere in serie difficoltà a livello "esistenziale" fino ad manifestare veri e propri disturbi dell'adattamento e/o patologie psichiche che potenzialmente possono cronicizzarsi. comportamenti discriminatori di frequente spiegano pesanti conseguenze sulle vittime, si consideri ad esempio la situazione delle lavoratrici madri, che possono essere particolarmente fragili dal punto di vista psicologico, proprio per la loro particolare condizione e per i grandi cambiamenti che l'arrivo di un figlio comporta.

Al rientro in servizio la lavoratrice madre ha diritto di "ritrovare" il posto di lavoro che occupava prima della gravidanza, di ricoprire il medesimo ruolo e di svolgere le medesime mansioni, diritto che nella realtà viene più che frequentemente disatteso e violato.

La legge n. 123 del 2 agosto 2007 ("Misure in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e delega al governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia"), promuove, tra l'altro, la valorizzazione di accordi aziendali, territoriali e nazionali nonché, su base volontaria, dei codici di condotta ed etici e delle buone prassi che orientino i comportamenti dei datori di lavoro, anche secondo i principi della responsabilità sociale, dei lavoratori e di tutti i soggetti interessati, al fine del miglioramento dei livelli di tutela definiti legislativamente.

Questo apparato normativo si intreccia con l'ambito internazionale ed europeo. Valga il Trattato di Lisbona, del dicembre 2007, che definisce la parità di genere come un valore fondante dell'Unione Europea, da perseguire insieme alla lotta contro la discriminazione e la Carta dei diritti fondamentali (Carta di Nizza del 2000).

La tutela di genere

Il **d.lgs. 11 aprile 2006, n.198** (Codice delle Pari Opportunità) rappresenta il Testo unico che avrebbe dovuto riordinare organicamente il corpus di leggi e provvedimenti legislativi in materia e contiene sia le disposizioni in materia di pari opportunità nei rapporti di lavoro che la normativa vigente in materia di rapporti sociali, civili e politici.

Il primo libro (Disposizioni per la promozione delle pari opportunità tra uomo e donna) si articola in due titoli, il primo dei quali vieta ogni forma di discriminazione tra uomini e donne ed il secondo che individua gli organismi posti alla promozione delle pari opportunità.

Il libro secondo disciplina i rapporti tra i coniugi e il contrasto alla violenza nelle relazioni familiari.

Il libro terzo raccoglie le norme in materia di pari opportunità nei rapporti economici ed in specie nel lavoro, riportando all'art. 25 la definizione di discriminazione (diretta ed indiretta).

Prevede l'art.26 che sono considerate come discriminazioni anche le molestie (*comportamenti indesiderati posti in essere per ragioni connesse al sesso aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo)* e le molestie sessuali *(comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale, aventi lo scopo o l'effetto di violare ….),* e che lo siano quei trattamenti che costituiscano conseguenza del rifiuto dei comportamenti di cui sopra, o che rappresentino "*una reazione ad un reclamo o ad una azione volta ad ottenere il rispetto dei principi di parità di trattamento tra uomini e donne".*

Il Titolo 1 del libro terzo illustra partitamente i divieti di discriminazione di genere, elencate nel codice delle pari opportunità dall'art. 27 all'art. 35: quella fondata sul sesso, retributiva, nella prestazione lavorativa e nella progressione di carriera, nell'accesso a prestazioni previdenziali e così via.

L'aver previsto un divieto di discriminazione nella prestazione lavorativa consente una applicazione ampia del principio, e non mi stanco di segnalare quello che potrebbe essere - se utilizzato al fine di analizzare specificamente, azienda per azienda, e non solo a fini statistici come normalmente avviene – uno strumento prezioso di rilevamento delle discriminazioni, ovvero il Rapporto sulla situazione del personale introdotto dalla legge 125/91 e previsto all'art. 46 del T.U. che dispone che *"Le aziende pubbliche e private che occupano oltre cento dipendenti sono tenute a redigere un rapporto almeno ogni due anni sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni ed in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta."*

Il rapporto va trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e al consigliere regionale di parità e contiene elementi che, se correttamente "decrittati" dalle r.s.a., consentono di leggere la situazione occupazionale dell'azienda utilizzando informazioni che in alcun altro modo possono pervenire a chi – sindacato e consigliera – ha il potere di utilizzarle davvero allo scopo di combattere ed eliminare le discriminazioni di natura retributiva, di carriera, formazione, conservazione del posto di lavoro.

Giova rammentare che la legge prevede sanzioni pesanti per l'inottemperanza alla trasmissione del rapporto, che purtroppo rimane per lo più nei cassetti degli uffici delle organizzazioni sindacali e non viene utilizzato come potrebbe: i dati in esso

contenuti vengono analizzati più a livello sociologico che per impostare politiche contrattuali aziendali a tutela del personale femminile. Grande sarebbe invece lo spazio per promuovere, in base ai dati ricavati da tale rapporto, una più effettiva parità di condizioni di lavoro, anche sotto il profilo di un'analisi delle assunzioni, delle mansioni di destinazione del personale femminile, della progressione di carriera e del trend retributivo.

Discriminazione per età

Le norme dell'art. 15 Statuto lavoratori, come modificato dall'art. 4 del d.lgs. 216/2003, che vietano di "subordinare l'occupazione di un lavoratore, licenziarlo, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni", si applicano altresì ai "patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali".

Il decreto legislativo 216 del 2003 ha introdotto infatti all'art. 1 le disposizioni relative all'attuazione della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale. Si intende per parità di trattamento (art. 2) "*l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa"* di uno dei fattori indicati, ed in particolare, si ravvisa invece discriminazione quando – per quel che qui ci riguarda – per l'età una persona sia "*trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga"* (discriminazione diretta) oppure quando "*una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone ..... di una particolare età .....in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone*."

Come rilevato in dottrina, "*l'età rappresenta una delle quattro dimensioni fondamentali dell'esperienza individuale e sociali, insieme al genere, al gruppo etnico, alla classe o strato sociale*" (Ambrosini M. Ballarino G. "Risorsa anziani e politiche dell'impresa: un punto da riscrivere" in Molina S. (a cura di) "Le politiche aziendali per l'anzianato del lavoro in Italia", Angeli, Milano, 2000).

L'art. 3 comma 3 della Direttiva 2000/78/CE stabilisce che non costituiscono discriminazione soltanto quegli atti che *"per la natura dell'attività' lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, richiedano caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività' medesima*" o che siano "*giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari*"[1].

Alcuni casi concreti di discriminazione per genere

Quello del giuslavorista è un osservatorio privilegiato dal quale è possibile riscontra-

1 Per la giurisprudenza locale v. Trib. Bologna ordinanza cron. 5574 del 1.6.2012 in RG 708/2012 est. Sorgi e decreto cron 7701/2012 in RG 1911/2012 est. Benassi.

re molti evidenti casi di discriminazione, sia individuali che collettivi. Le fattispecie sono numerosissime, anche se non si riscontra una altrettanto vasta pubblicazione di sentenze. Quelle più gravi sono legate alla stessa possibilità di conservare il lavoro, e riguardano fondamentalmente l'orario di lavoro e il rientro al termine del periodo di divieto di licenziamento per maternità.

Costantemente chi opera sul "fronte" della tutela, deve occuparsi del problema di donne le quali, allo scadere del periodo in cui vige il divieto di licenziamento – quando il figlio compie un anno – vengono licenziate nelle piccole imprese, o che al momento della ripresa del servizio dopo l'assenza dal lavoro per maternità si vedono costrette alle dimissioni per essere state assegnate a turni di lavoro incompatibili con la funzione familiare o per non aver ottenuto orari compatibili con il ruolo di cura che intendono svolgere.

L'organizzazione del lavoro nelle imprese prevede con sempre maggior frequenza orari di lavoro su turni avvicendati, lavoro settimanale che comprende il sabato e la domenica, e sempre più spesso il termine del periodo protetto corrisponde con il mancato reinserimento della lavoratrice madre nell'ambiente di lavoro. Senza contare la esclusione dal mondo del lavoro che le forme di lavoro cd. "atipico" – lavoro in somministrazione, lavoro parasubordinato – unitamente al lavoro a tempo determinato, eccessivamente quanto illegittimamente diffuso, consentono agevolmente di realizzare attraverso il mancato rinnovo o la mancata costituzione di rapporti di lavoro con le donne in gravidanza.

La discriminazione colpisce peraltro le donne non solo in collegamento al genere, ma anche in ragione di fattori – pure tutelati dalla recente normativa sia comunitaria che nazionale – quali l'età e le condizioni di salute: è frequente verificare come le innovazioni tecnologiche o le riorganizzazioni aziendali comportino nelle aziende manifatturiere l'esclusione – motivata formalmente da pretesti "giustificati motivi oggettivi" (soppressione del posto di lavoro) – delle donne più anziane e quindi "costose" che per le loro condizioni di salute sono portatrici di prescrizioni limitative allo svolgimento di determinate mansioni.

Parallelamente la presenza massiccia di donne non cittadine italiane in determinati settori – il pulimento, le cooperative sociali, alcune cooperative di servizi – configura in talune situazioni una duplicità della discriminazione, in particolare in relazione ai trattamenti retributivi, alle iniziative di formazione, alla progressione di carriera, dalle quali di norma le lavoratrici straniere rimangono in particolare escluse.

Le discriminazioni più diffuse, e statisticamente rilevate, riguardano comunque tutte le donne, indipendentemente dalla nazionalità e dall'età in riferimento alla progressione di carriera, agli aspetti retributivi, e trovano i loro ostacoli principali in una cultura di disvalore più ampia, rispetto alla quale sia le organizzazioni sindacali che le donne stesse hanno ancora un lungo cammino di consapevolezza da compiere. E ciò anche in quelle situazioni nelle quali le fattispecie discriminatorie si incrociano: la discriminazione, ad esempio, che colpisce donne di una certa età,

con bassa scolarizzazione, le quali in occasione di una riorganizzazione aziendale, di un aggiornamento dell'organizzazione del lavoro o della produzione sotto il profilo tecnologico, vengono estromesse dal contesto lavorativo. Si pensi, quanto alla discriminazione individuale, alle lavoratrici madri che, a seguito delle assenze per malattia del bambino vengono sottoposte a trattamenti deteriori, assegnate a mansioni diverse rispetto a quelle svolte nel corso del rapporto, non equivalenti alla professionalità posseduta e all'inquadramento contrattuale, accusate di "inadeguatezza" sul lavoro", assegnate a turni lavorativi in fascia oraria notturna, in contrasto con le disposizioni a tutela delle lavoratrici madri, trasferite in altre sedi, al fine di indurle a lasciare il lavoro. O alla ricorrente ipotesi di lavoratrici assegnate a mansioni deteriori o trasferite al rientro dalla maternità, a titolo esemplificativo richiamo tra le altre[2] una risalente sentenza del Tribunale di Bologna, su ricorso della Consigliera provinciale di Parità (Trib. Bologna 2.4.2010 est. Coco) ed una più recente sentenza del Tribunale di Ferrara (Trib Ferrara 11.9.2017, est. De Curtis). Ai casi di licenziamento per preteso giustificato motivo oggettivo (soppressione del posto o riduzione del personale) che colpiscono proprio la lavoratrice all'indomani del compimento di un anno di età del bambino. Oppure ai casi nei quali l'orario di lavoro viene utilizzato per rendere inconciliabili le nuove esigenze di vita, sorte a seguito della nascita dei figli, con le esigenze di lavoro.

Con riferimento alla gestione degli orari di lavoro richiamo alcuni, risalenti, precedenti. Tribunale di Bologna (est. Coco - sent. n. 155/2007), relativo ad una fattispecie in cui si deduceva la illegittima modifica unilaterale dell'orario, da parte del datore di lavoro, in pregiudizio delle esigenze di una lavoratrice madre, affidataria in via esclusiva di un bimbo in tenera età: il Giudice, pur premessa la parvenza di fondatezza delle ragioni organizzative dedotte dall'impresa a sostegno della disposta modifica dell'orario, proseguiva argomentando la rilevanza dei principi, esplicitati fra l'altro dall'art. 9 della legge n.53/2000 a fini incentivanti (di misure a sostegno della maternità sotto il profilo della flessibilità degli orari e dell'organizzazione del lavoro), ma vigenti nell'ordinamento sulla base della clausola generale contenuta nell'art. 37, co. 1, della Costituzione («Le condizioni di lavoro devono consentire alla donna lavoratrice l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione»).

Altre sentenze di merito (in particolare v. Trib. Lecce 18.8.2003), hanno statuito l'obbligo del datore di lavoro di cooperare in buona fede per l'assegnazione dei dipendenti a turni di lavoro compatibili con loro qualificate esigenze familiari, specie quando la determinazione di un orario piuttosto che di un altro non comporti, per l'azienda, insuperabili difficoltà organizzative."

Analogo orientamento è stato espresso dal Tribunale di Milano con una ordinanza cautelare novembre 2009, con riferimento al caso che vedeva contrapposte la Oviesse ed una lavoratrice che, al rientro al lavoro dopo il periodo di maternità,

2 Vedi anche Trib. Bologna 2.7.2008 est. Dallacasa; Trib. Bologna 18.7.2011 est. Benassi.

aveva richiesto la riduzione dell'orario di lavoro con collocazione della prestazione in una fascia oraria compatibile con le esigenze di accudimento del bambino, e dunque entro le ore 16. Al diniego dell'azienda, che subordinava l'accoglimento della richiesta di part-time alla collocazione della prestazione tra le 16 e le 20, la lavoratrice richiedeva ed otteneva la tutela cautelare sul presupposto che «in relazione alla distribuzione oraria le esigenze aziendali non possono che cedere rispetto a quelle di assistenza del bambino, imponendo un orario che non vanifichi la ratio della norma e che non sia in concreto del tutto inidoneo a garantire la tutela del bambino stesso, seppure con sacrificio della organizzazione aziendale».

In materia di orari di lavoro deve rammentarsi che la richiesta di trasformazione dell'orario di lavoro da full-time in part-time, con turnazione nelle fasce orarie diurne, trova un preciso fondamento normativo nelle disposizioni della legge (art. 11 del d.lgs. n. 66/2003) e in alcuni CCNL di settore (ad esempio il Terziario), che prevedono condizioni di miglior favore al fine di consentire di conciliare le esigenze dei genitori di bambini di età inferiore ai tre anni con le esigenze e gli orari di lavoro.

Quanto alle discriminazioni in materia retributiva o nella progressione di carriera richiamo a titolo esemplificativo una interessante sentenza torinese (Corte appello Torino sent. n. 937/2017 www.lavorochiaro.it/sites/default/files/20180110_CdA-Torino.pdf) in relazione alla mancata equiparazione alla presenza in servizio delle giornate di assenza per maternità obbligatoria, congedo parentale e assenze per malattia del figlio ai fini del computo del premio di risultato, e della Corte d'Appello di Venezia (Corte Appello Venezia sent. 841/2017 in www.lavorosi.it/fileadmin/user_upload/GIURISPRUDENZA_2018/CdA_Venezia-sent.-n.-841-2017.pdf) su fattispecie analoga; con riferimento a discriminazioni collettive vedasi Tribunale di Aosta in relazione al licenziamento e al trattamento retributivo nettamente inferiore di una dirigente (Trib. Aosta sent. 65/2016). Un caso a parte è quello delle vittime di molestie per il quale richiamo una sentenza pregevole e ben motivata, anche in punto di risarcimento del danno, della Corte d'Appello di Bologna (sent. n. 453/2014 est. Ponterio) [3].

In proposito è opportuno sottolineare che la discriminazione di genere, ai sensi dell'art.4 del d.lgs. 125/91, rileva in termini oggettivi, connotati dal prodursi dell'effetto discriminatorio, indipendentemente da ogni valutazione soggettiva sull'intento discriminatorio, e che la nozione di discriminazione copre un'ampia gamma di condotte ed atti, comprendendo sia gli atti di gestione del rapporto che i comportamenti del datore di lavoro che producano effetti discriminatori.

In tali casi soccorre il regime agevolato del principio della prova, poiché la parte che lamenta la discriminazione ha l'onere di allegare e provare l'esistenza di un trattamento deteriore rispetto al termine di comparazione prescelto, mentre incombe

3 Corte Appello Bologna n. 453/2014 est. Ponterio (www.studiolegaleassociato.it/wp-content/uploads/2017/03/Sentenza-Corte-appello-di-Bologna-25-marzo-2014.pdf); ma anche Trib. Firenze 20.4.2016 est. Papait; Trib. Pistoia n. 177/2012 – in Casistica – e Cass. Civ. Lav. n. 23286 del 15.11.2016 su ripartizione dell'onere della prova.

sul datore di lavoro l'onere di dimostrare fatti specifici ed obiettivamente verificabili idonei a dimostrare che i provvedimenti adottati siano stati giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari. Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione.

Un regime sanzionatorio specifico si aggiunge alla tutela giudiziaria, che vede come atti nulli tutti quelli posti in violazione del divieto di discriminazione. Infatti l'art. 41 del T.U. prevede che, qualora la condotta discriminatoria sia posta in essere da «soggetti ai quali siano stati accordati benefici ai sensi delle vigenti leggi di Stato, ovvero che abbiano stipulato contratti di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, di servizi o forniture, ciò viene comunicato immediatamente dalla direzione (…) del lavoro territorialmente competente ai Ministri nelle cui amministrazioni sia stata disposta la concessione del beneficio o dell'appalto». Questi soggetti sono tenuti ad adottare «le opportune determinazioni», quali «la revoca del beneficio», «l'esclusione del responsabile per un periodo di tempo fino a due anni da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie ovvero da qualsiasi appalto».

La sanzione penale è ora riservata alla sola ipotesi di inottemperanza agli ordini giudiziali di rimozione delle discriminazioni accertate in sede giudiziale. La pena oggi prevista è quella dell'arresto fino a 6 mesi o dell'ammenda fino a 50.000 euro, ma qualora il datore di lavoro ottemperi successivamente alla prescrizione, la sanzione penale si trasforma in una sanzione amministrativa pari a 12.500 euro. Le altre sanzioni sono oggi tutte depenalizzate e quindi rimangono le sanzioni amministrative, verosimilmente più "dissuasive" di quelle penali: non è infatti possibile che la sanzione cada "in prescrizione" e la procedura per l'applicazione diviene più semplice, non dovendo più passare dal vaglio dell'autorità giudiziaria. In caso di discriminazione (diretta o indiretta) nell'accesso al lavoro la sanzione è da 5.000 a 10.000 euro per ogni violazione (non per ogni lavoratore). L'attività lavorativa presa in considerazione è tanto quella subordinata quanto quella autonoma e si può verificare anche per il tramite dei soggetti di cui l'imprenditore si avvale per la selezione del personale. Ulteriore ed analoga sanzione è prevista sia per la discriminazione nell'orientamento, formazione e aggiornamento, che può verificarsi sia per quanto concerne l'accesso, sia per quanto concerne i contenuti stessi dei programmi, sia per le ipotesi di diversa retribuzione o classificazione dei lavoratori non giustificata da contenuti tecnici e per lavoratori e lavoratrici che ricoprono le stesse mansioni e per eventuali ingiustificate differenze per quel che riguarda l'assegnazione di mansioni, qualifiche, e soprattutto progressioni di carriera. Trattata identicamente è la discriminazione in materia di prestazioni previdenziali, che può configurarsi con l'anticipato pensionamento della lavoratrice, o con la mancata erogazione degli assegni familiari.

Cultura, norme, prassi e azioni negoziali contro le discriminazioni di genere

*Anna Salfi**

Acquisite le diverse nozioni e rese più consapevoli delle sfaccettature che le discriminazioni di genere possono avere, a me sta il compito di affrontare l'aspetto della progettazione e della realizzazione di azioni di contrasto alle discriminazioni realizzate o realizzabili attraverso la contrattazione collettiva.

Abbiamo visto come esista un rapporto "circolare " tra norme, leggi e società: come, cioè, le diverse normazioni si concretizzino a valle – e come risultato – di più o meno lunghi processi sociali e come gli stessi contenuti normativi, una volta assunti e formalizzati, determinino – a loro volta – altrettanti comportamenti e fenomeni sociali. E, tuttavia, pur essendo state – le norme antidiscriminatorie – formulate con l'intento di regolamentare aspetti attinenti alle relazioni sociali, spesso, nella loro messa in pratica vengono trascurate la relazione e l'interazione esistenti tra norme, culture e prassi dei dettami normativi. È questo un fatto di particolare rilievo che si rivela, spesso, come causa dell'inefficacia degli stessi contenuti normativi.

Questa è una considerazione che abbiamo potuto rilevare in più occasioni, anche nella predisposizione e nella pratica delle diverse azioni negoziali. Pertanto, nell'avanzare semplici istanze o vere e proprie piattaforme per la contrattazione collettiva, bisognerà tenerne conto per poter raggiungere risultati reali ed efficaci. Bisogna cioè considerare come imprescindibile il fatto di mantenere un rapporto costante tra interventi di tipo culturale e sociale e azioni più squisitamente contrattuali, siano queste svolte nei luoghi di lavoro attraverso la contrattazione collettiva di categoria, oppure svolte nella contrattazione collettiva sociale che si realizza verso le diverse Istituzioni locali (Comuni, Unioni dei Comuni, Distretti socio-sanitari, Regioni).

Per fare un esempio concreto: nell'agire in un'azienda, in un servizio privato o pubblico bisognerà tenere in conto che la semplice richiesta "materiale" per un miglior salario, per un più equo inquadramento o anche per l'adozione di codici anti-molestie dovrà essere costantemente accompagnata da iniziative o azioni più "immateriali", incidenti sul contesto-clima aziendale o sul contesto sociale-territoriale.

Ed è così che la rivendicazione contrattuale volta ad ottenere l'adozione di codici o

** CGIL – Confederazione generale italiana del lavoro.*

di misure contro le molestie sessuali nei luoghi di lavoro, come previsto negli accordi quadro siglati da parte datoriale e sindacale a livello nazionale o regionale, dovrà essere anticipata, affiancata e seguita da azioni che sollecitino la piena e completa consapevolezza da parte delle donne e degli uomini che lavorano in quel posto di lavoro, che lo dirigono, che lo frequentano. Non farlo può significare o non raggiungere il risultato cui si mirava o anche – e questo non è meno grave – raggiungere una conquista meramente apparente ma di sostanziale inefficacia.

Ne consegue la necessità di calcolare e progettare azioni rivendicative che si attaglino allo specifico contesto di riferimento. In questo campo vale, più che in altri, il principio secondo il quale che ciò che va bene in un posto, non va bene in un altro, sia in termini di contenuti propri delle azioni sia con riguardo alle rappresentanze datoriali o sindacali. Un'azione negoziale di contrasto alle discriminazioni di genere deve essere progettata con molta attenzione per valutare innanzitutto i rischi e le opportunità presenti negli specifici contesti produttivi e/o di servizi sia privati che pubblici, se parliamo di contrattazione collettiva realizzata nelle diverse attività produttive oppure dei rischi e delle opportunità presenti nei diversi luoghi e/o ambiti, se parliamo, invece, della contrattazione collettiva confederale svolta nei territori.

Di conseguenza, acquista una rilevanza fondamentale la conoscenza del contesto (dove sono, con chi tratto, chi rappresento, perché lo faccio, dove intendo arrivare e in quanto tempo) e la sua analisi attenta, non tanto o non solo in termini di dati (utilissimi se fondati sulla disaggregazione di genere), ma anche fondata sull'osservazione del luogo e dell'ambito in cui si opera e degli eventi che lo attraversano (crisi, novità occupazionali, migrazioni, eventi eccezionali etc.) per saper cogliere la prospettiva giusta e proporre l'azione più utile e più appropriata.

Altro elemento centrale, ma che si collega a quanto specificato prima, è la relazione con le altre parti sociali, con le donne della politica e delle istituzioni e con gli uomini che, sempre più, appaiono disposti ad unirsi a noi o che, per lo meno, appaiono più di prima interessati a tali questioni. Soprattutto, è necessario coltivare il rapporto intergenerazionale attraverso – anche qui – azioni e progettazioni che affrontino aspetti culturali, di storia, di memoria e/o di narrazione, prevedendo, nel caso, anche sperimentazioni congiunte tra generazioni diverse. Ciò perché la percezione delle discriminazioni di genere è fatto che, se eclatante ed evidente, viene percepito indistintamente da giovani o meno giovani. Esistono tuttavia profonde differenze nei modi e nelle sensibilità soggettive con riguardo al modo di viverle, che vanno tenute in conto perché la vertenza, singola o collettiva che sia, non venga vissuta come distante o altro da sé.

Uno dei maggiori ostacoli che si incontra, impegnandosi sul terreno sia progettuale che della realizzazione, è quella dello "spontaneismo" che a volte accompagna gli interventi di contrattazione collettiva di genere e che si riscontra anche nelle iniziative che hanno per finalità quella di realizzare azioni contrattuali antidiscriminatorie.

Lavorare con le donne e/o per le donne in chiave antidiscriminatoria deve mettere e mette in relazione elementi e soggetti di un mondo nel quale alta è la componente di adesione emotiva e di partecipazione. Ciò è di assoluta rilevanza e anche molto bello per la dimensione collettiva che esprime e per la solidarietà che si incontra nella realizzazione di progetti o azioni non facili né scontati. Tuttavia, questa particolare caratteristica può talvolta determinare quelle condizioni di discontinuità nell'impegno che sono proprie delle attività volontarie. Caratteristiche che richiedono una specifica capacità di gestire questo tipo di relazioni connotate da notevoli elementi di slancio, di entusiasmo, ma anche da momenti di caduta di impegno, di improvvisazione o di non continuità. Sono aspetti propri e particolari di quella dimensione collettiva necessaria da agire, che potrebbero, tuttavia, apparire anche come limiti con riguardo all'efficacia delle azioni e per l'ottenimento dei risultati attesi. Infatti se è vero che le discriminazioni di genere appaiono palesemente come fatti dannosi e ingiusti è altrettanto vero che sono di complessa definizione sociale e di difficile contrasto. Agire in chiave antidiscriminatoria di genere a favore delle donne richiede di fornirsi di competenze, di risorse materiali e umane, di tempo, di continuità. Vuol dire sviluppare, in chi agisce, una consapevolezza, una determinazione, una costanza del tutto particolare poiché ci si avvia, come si diceva, lungo un percorso non breve e non semplice, per molti versi nuovo e che non rappresenta ancora una delle priorità nelle organizzazioni sindacali. Praticare una contrattazione collettiva di genere comporterà anche operare delle scelte in termini di priorità, consapevoli che l'azione più urgente ci farà agire al centro delle opinioni correnti: la più semplice potrà darci un risultato immediato e la più opportuna potrà renderci protagoniste di una stagione di cambiamento. E sarà solo l'attenta valutazione del contesto di riferimento a sapercelo dire.

Infine va considerato e contrastato un ulteriore rischio: quello di porsi come se ogni giorno fosse il primo. E' un atteggiamento ricorrente e non utile. Accanto alla valutazione delle nostre azioni a posteriori, è necessario acquisire la consapevolezza di quanto raggiunto. Anche nei casi in cui il risultato può apparirci parziale, esso è parte di un processo molto più lungo, che viene da lontano e che si pone l'obiettivo di guardare al futuro. L'ambizione di voler cambiare consolidati assetti sociali, ancor prima che fatti materiali o economici, deve puntare al consolidamento e all'acquisizione di una consapevolezza personale e collettiva relativamente a quanto raggiunto. A 25 anni dalla Conferenza mondiale delle donne di Pechino, dopo aver sperimentato la pratica dei due principi del mainstreaming (trasversalità delle politiche di genere) e dell'empowerment (rafforzamento del ruolo delle donne) anche nel mondo sindacale, nelle politiche contrattuali e nelle pratiche di contrattazione collettiva, possiamo legittimamente sottolineare come ulteriore meta la pratica della self-awareness auto-consapevolezza dei e nei ruoli ricoperti, nelle funzioni esercitate e dei risultati raggiunti.

In CGIL, la definizione della Carta dei Diritti universali del Lavoro, oggi incardinata

sotto forma di proposta di legge di iniziativa popolare presso il Parlamento italiano, ha individuato nella contrattazione “inclusiva” quella particolare modalità per la quale temi e soggetti esclusi finora da una piena tutela e da adeguate garanzie possono e devono essere valorizzati. La contrattazione di genere si pone quindi a pieno titolo, per gli uomini e per le donne della CGIL, come uno degli aspetti più rilevanti di tale contrattazione poiché mira ad includere una moltitudine di soggetti diversi, le donne, sino ad ora non adeguatamente rappresentate nei loro bisogni sia nei contenuti che negli obiettivi sindacali.

È una sfida appassionante e giusta, non facile, ma neanche impossibile. È la sfida per cui vale la pena di lottare ogni giorno.

Il contrasto alla discriminazione legata all'identità di genere e all'orientamento sessuale

*Cathy La Torre**

L'esigenza di apprestare tutele giuridiche adeguate a favore delle vittime di discriminazioni legate all'identità di genere o all' orientamento sessuale rappresenta una conquista recentissima nel panorama giuridico, sia italiano che europeo ed internazionale.

La necessità di introdurre delle norme volte a colmare le lacune nell'attuazione del principio di eguaglianza, infatti, si è manifestata con particolare evidenza soltanto sul finire del secolo scorso, ed è stata avvertita anche dalle democrazie occidentali più consolidate.

Alcune di queste hanno addirittura optato per la revisione costituzionale delle proprie carte fondamentali, introducendo nelle stesse un riferimento espresso al divieto di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. La prima Costituzione del mondo ad aver previsto tale divieto è stata quella del Sudafrica nel 1996, seguita dalle Isole Figi nel 1997, dall'Ecuador nel 1998 e dal Portogallo nel 2004.

Prima di esaminare gli strumenti che l'ordinamento italiano offre a tutela delle discriminazioni sopra richiamate, pare opportuno offrire una definizione di identità di genere e orientamento sessuale, dal momento che parte delle discriminazioni vissute dalle persone omosessuali, bisessuali e *transgender* passa anche da un uso impreciso e confuso dei termini.

Per identità di genere si intende comunemente il senso di appartenenza di una persona ad un genere con il quale si identifica e con il quale viene identificato dalla società (ruolo di genere). Questa può coincidere con il sesso biologico (cisessualità) oppure no (transessualità).

Per orientamento sessuale, invece, si intende la direzione che assume l'attrazione affettiva e sessuale di un individuo, che può essere verso persone di sesso opposto (eterosessualità), dello stesso sesso (omosessualità) o entrambe (bisessualità).

La Costituzione italiana non menziona in alcun modo l'identità di genere né l'orien-

** Avvocata del Foro di Bologna.*

tamento sessuale. L' articolo 3, infatti, nel sancire la pari dignità e l'eguaglianza dinanzi alla legge di tutti i cittadini, tra i fattori che non devono rappresentare causa ingiustificata di discriminazione si limita a menzionare il sesso, la razza, la lingua, la religione, le opinioni politiche e le condizioni personali e sociali.

L'espressione "orientamento sessuale" compare per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano soltanto nel 2003 con il d.lgs 216/2003, attuativo della Direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro.

Tale Direttiva ha imposto a tutti gli Stati membri dell'Unione Europea l'adozione di disposizioni dirette a prevenire e reprimere le discriminazioni fondate (anche) sull'orientamento sessuale, sia dirette che indirette, nell'ambito dell'impiego pubblico e privato, nell'accesso alla formazione professionale e nell'affiliazione a organizzazioni di lavoratori o di datori di lavoro.

Tra le più recenti applicazioni della suindicata disposizione normativa, ricordiamo l'ordinanza del 19 febbraio 2019 della Corte di Cassazione, la quale, confermando la pronuncia della Corte d'Appello di Venezia, ha condannato un imprenditore a risarcire il danno patito da un proprio dirigente nell'ambito di un rapporto di lavoro. Questi, infatti, aveva subito per anni una condotta offensiva e vessatoria da parte del proprio datore di lavoro a causa della sua presunta omosessualità.

Nella medesima direzione, la sentenza n. 63/2016 della Corte d'Appello di Trento, con la quale una scuola è stata condannata a risarcire una sua insegnate a causa del mancato rinnovo del contratto di lavoro, dovuto a una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale dell'insegnante in questione.

La possibilità per le istituzioni comunitarie di adottare misure volte a combattere la discriminazione fondata anche sull'orientamento sessuale era stata riconosciuta dall'art. 13 del Trattato CE (oggi art. 19 TFUE), che ha rappresentato una tappa fondamentale per il diritto antidiscriminatorio europeo e, conseguentemente, italiano.

La tutela dell'orientamento sessuale rientra infatti tra le funzioni dell'Unione Europea ed è prevista nel suo c.d. "diritto primario", di cui fanno parte anche le previsioni antidiscriminatorie contemplate nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, divenuta giuridicamente vincolante nel 2009 con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Notiamo, tuttavia, che la protezione dell'individuo dalle discriminazioni legate all'orientamento sessuale prevista dalla normativa euro-unitaria si limita al solo ambito lavorativo, lasciando esclusi altri aspetti assai rilevanti della vita quotidiana, quale l'istruzione, la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria. La citata Direttiva 2000/78/CE, infatti, non include tali ambiti tra quelli in cui opera il divieto di discriminazione, come invece prevedono altre direttive per le discriminazioni di sesso ed etnico-razziali.

L'esplicito divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale al di fuori dell'ambito occupazionale non è previsto neppure dalla normativa italiana, dal momento che il d.lgs. 216/2003 non va oltre a quanto prescritto dall'Unione Europea agli Stati membri.

Al di fuori del contesto occupazionale, la giurisprudenza italiana ha talvolta ovviato alle lacune normative ricorrendo al combinato disposto di cui gli articolo 2 e 3 della Costituzione. L'articolo 2, ricordiamo, tutela i diritti fondamentali della persona, anche se non espressamente riconosciuti dagli articoli seguenti, rappresentando, perciò, una c.d. "clausola aperta".

È questo ad esempio il caso della sentenza n. 2353/2005 con il quale il TAR Sicilia -Catania ha chiarito che l'«omosessualità non è una malattia psichica», e conseguentemente annullato il provvedimento con cui la Motorizzazione civile aveva disposto la revisione della patente di una persona dichiaratamente gay.

La medesima vicenda è poi giunta dinanzi alla Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 1126/2015 ha riconosciuto che la parte lesa è stata vittima di un vero e proprio comportamento di omofobia, che giustifica il diritto al risarcimento del danno.

In altri casi ancora, invece, la condanna giudiziale di discriminazioni di matrice omofobica è stata possibile soltanto qualora la condotta tenuta dall'autore delle stesse rientrasse in fattispecie sanzionate sul piano penalistico, quali l'ingiuria, la diffamazione o lo stalking (v. a titolo esemplificativo Corte di Cassazione, sentenza n. 10248/2010; Tribunale di Torino, sentenza n. 5009/2018; Tribunale di Milano, sentenza n. 9393/2017).

È invece del tutto assente nel nostro ordinamento una disciplina chiara e univoca che tuteli contro le discriminazioni legate all'identità di genere, al pari di quanto accade, quanto meno in ambito lavorativo, per l'orientamento sessuale.

Ciò appare alquanto significativo, non soltanto perché all'accesso al lavoro e alla stabilità lavorativa è legata un'indipendenza economica, ma anche perché si tratta di un ambito particolarmente critico per le persone transessuali, le quali di sovente subiscono discriminazioni all'ingresso nel mondo del lavoro e al mantenimento del posto di lavoro, soprattutto in fase di "transizione" (ossia durante il passaggio da un sesso all'altro).

Ciò nonostante, se spostiamo lo sguardo all'ordinamento europeo ed internazionale scopriamo che una serie di pronunce giudiziali significative, prima fra tutte la sentenza della Corte di giustizia UE *P. vs. S. e Cornwall County Council* del 1996, hanno contribuito ad estendere le tutele previste per le discriminazioni fondate sul sesso anche a chi abbia cambiato sesso, senza però prendere in considerazione la condizione di chi stia ancora vivendo la transizione.

L'orientamento seguito dalla Corte di giustizia UE è stato poi accolto dal Parlamento europeo con la Direttiva 2006/54/CE, in materia di parità di trattamento tra uomini e donne in ambito lavorativo. Tale intervento, tuttavia, rappresenta un'arma smussata poiché, pur considerando l'estensione delle tutele antidiscriminatorie di genere anche a favore delle persone transessuali operata dalla Corte di giustizia, non obbliga gli Stati membri ad adottare provvedimenti legislativi in tal senso.

Le profonde lacune dell'ordinamento italiano a livello nazionale sono state parzialmente colmate da alcune recenti leggi regionali che, non solo si impegnano a prevenire e contrastare le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale in ambiti ulteriori rispetto a quello lavorativo (come l'istruzione e l'assistenza sanitaria), ma estendono lo stesso anche alle discriminazioni fondate sull'identità di genere.

La prima regione italiana a muoversi in questa direzione è stata la Toscana con la legge n. 63 del 2004, seguita da Liguria (2009), Marche (2010), Piemonte (2016) e, infine, dall'Emilia-Romagna (2019).

Questi piccoli passi avanti sono stati resi possibili grazie anche ad una serie di documenti internazionali giuridicamente non vincolanti (c.d. *soft law*), come i Principi di Yogyakarta adottati nel 2006, che hanno svolto un ruolo di persuasione non irrilevante nei confronti dei governi nazionali, sottolineando come i diritti delle persone omosessuali e transessuali debbano essere ricompresi nella più ampia categoria dei diritti umani. Ricordiamo, tra le altre, le Risoluzioni del Consiglio dei diritti umani dell'ONU del 2011 "Diritti umani, orientamento sessuale e identità di genere" e quella successiva del 2014, nonché la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 2010, con la quale si invitava gli Stati membri ad approvare misure volte a rafforzare la tutela delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere.

Tra le aree di intervento più volte indicate dalle istituzioni internazionali vi è il contrasto all'omofobia, su cui, in particolare, si è più volte pronunciata l'Unione Europea con le Risoluzioni del 2007, 2012 e 2014.

Il contrasto all'omo-bi-transfobia è già in corso da diversi anni in molti paesi europei e non (tra i quali però manca ancora l'Italia), i quali hanno adottato apposite normative volte a combattere sia i crimini che i discorsi d'odio.

A tal proposito, ricordiamo che crimini d'odio (o *hate crime*) sono reati nei quali la vittima viene colpita in ragione della sua identità di gruppo (come la razza, l'origine nazionale, la religione, l'identità di genere, l'orientamento sessuale o altra caratteristica di gruppo). Sono realizzati sulla base di pregiudizio e intolleranza e manifestano spesso una natura particolarmente violenta, rappresentando, pertanto, una grave minaccia per le vittime e per le società intera.

Tali crimini, infatti, non si limitano a ledere i diritti fondamentali delle vittime ma violano altresì l'eguale dignità dinanzi alla legge di tutti i membri di una comunità, incrinando la pacifica convivenza sociale, scopo ultimo e supremo di ogni Stato democratico.

I crimini d'odio, quindi, colpiscono sempre gli appartenenti ad un gruppo che presenta una caratteristica comune, una c.d. "caratteristica protetta". Sono caratteristiche protette quelle che creano un'identità comune, tipica del gruppo e che riflettono un aspetto profondo e fondamentale dell'identità di una persona. Possono essere più o meno palesi a terzi e sono quasi sempre immutabili, nel senso che non possono essere modificate per decisione dell'interessato.

Sulla base di ciò, risulta chiaro come tra le caratteristiche meritevoli di protezione da parte dell'ordinamento giuridico debbano essere ricomprese anche l'identità di genere e l'orientamento sessuale, ossia due elementi immutabili, essenziali e imprescindibili della personalità di ciascun individuo e a cui la Costituzione riconosce la massima tutela all'art. 2.

Tra i crimini d'odio, una particolare categoria è rappresentata dai c.d. *"hate speech*", ossia quei discorsi che incitano all'odio, alla paura, alla discriminazione o persino alla violenza contro le persone appartenenti ad una determinata categoria.

Questa tipologia di discorsi costituisce una minaccia particolarmente grave per ogni ordinamento democratico poiché non solo contribuiscono alla diffusione di astio, paura e pregiudizi tra le diverse compagini sociali ma creano un "noi" e un "loro" all'interno di una stessa comunità, incrinando pericolosamente la coesione sociale.

In Italia, allo stato attuale, i crimini d'odio sono vietati e sanzionati dagli artt. 604-*bis* e 604-*ter* del Codice penale soltanto per ragioni razziali, etniche, nazionali e religiose.

Il disegno di legge Zan, che proprio nei giorni in cui si scrive è in discussione alle Camere, prevede l'applicazione delle suindicate norme penalistiche anche per ragioni legate all'orientamento sessuale, al genere e all'identità di genere. La sua approvazione andrebbe a colmare una pericolosa lacuna normativa, mettendo finalmente l'Italia al passo con le legislazioni antidiscriminatorie già vigenti da anni in molti paesi democratici.

Dall'analisi offerta si evince chiaramente come le misure di contrasto apprestate dall'ordinamento italiano ed euro-unitario contro le discriminazioni basate sull'identità di genere e l'orientamento sessuale siano poche e terribilmente limitate.

Gli episodi di discriminazione che ogni giorno si verificano a danno di persone omosessuali, bisessuali e transessuali, infatti, testimoniano l'urgenza di un intervento

normativo più ampio, che non solo tuteli le categorie indicate attraverso misure repressive e sanzionatorie ma anche attraverso strumenti in grado di favorire la diffusione di una cultura fondata sul dialogo, il rispetto e la tolleranza reciproca.

L'approvazione del disegno di legge Zan potrebbe rappresentare un ulteriore passo avanti in questa direzione, contribuendo ad accrescere la tutela effettiva della dignità e dell'eguaglianza dinanzi alla legge per ciascun individuo, indipendentemente dal genere con cui si identifica o che sente di amare.

Uguali senza distinzione di religione

Francesca Rescigno*

1. L'articolo 3 nella costruzione costituzionale. Brevi premesse

La nostra Carta costituzionale, come noto, si apre con l'affermazione dei Principi fondamentali, la sequenza dei primi tre articoli non è certo casuale; l'articolo 1 postula il principio democratico, l'articolo 2 si occupa dei diritti inviolabili e dei doveri inderogabili mentre spetta all'articolo 3 cristallizzare il principio di eguaglianza. Con questo percorso, le madri e i padri della Costituzione volevano affermare un quadro di democrazia quale sistema politico in cui attraverso l'esercizio della libertà si tendono a realizzare sempre più perfezionate condizioni d'eguaglianza. L'eguaglianza è quindi il presupposto della democrazia e come ha affermato la Consulta "è un principio generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obiettiva struttura" ed è espressione di un "*generale canone di coerenza dell'ordinamento normativo*"[1].

L'eguaglianza è un valore etico, sociale, religioso, un principio giuridico essenziale, una "supernorma" destinata ad operare quale "norma di chiusura" dell'ordinamento influenzando ed orientando l'interpretazione di tutte le altre disposizioni costituzionali[2].

Il problema è quello di definire concretamente il contenuto, l'essenza dell'eguaglianza in quanto essa non è una condizione di fatto poiché gli esseri umani sono essenzialmente diversi tra loro. Il principio di eguaglianza va dunque oltre le apparenze per considerare uguale ciò che uguale non è, tuttavia tale operazione logico-giuridica non può condurre ad un'omogeneizzazione che rende tutti uguali in tutto, a tal fine la regola dell'eguaglianza per non dimostrarsi priva di contenuto ed inutile deve preliminarmente determinare tra chi deve esserci eguaglianza e rispetto a che cosa[3]. Eguaglianza non significa dunque *identità*, ma anzi il concetto di eguaglian-

1 Cfr. Sentenze Corte Costituzionale n. 25 del 1966; n. 175 del 1971 e n. 204 del 1982, rispettivamente in *Giurisprudenza Costituzionale* 1966, 241; 1971, 2109; 1982, 2146.

2 Su tali definizioni cfr. C. Mortati, *Lezioni di diritto pubblico*, II, 9° ed., Padova, 1976, 1023; M. Mazziotti Di Celso, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Milano, 1993, II, 71.

3 Sono le domande che formula Norberto Bobbio: "*eguaglianza tra chi?*" ed "*eguaglianza rispetto a che cosa?*". L'ambito soggettivo di applicazione si può ormai annoverare tra gli 'pseudo-problemi' nel senso che ormai superata l'interpretazione letterale si assicura l'applicazione dell'eguaglianza non più ai soli cittadini italiani, ma anche gli stranieri, agli apolidi, alle persone giuridiche private e pubbliche.

** Associata di Istituzioni di Diritto Pubblico e Diritto delle Pari Opportunità, Università di Bologna.*

za comporta necessariamente la diversità. L'eguaglianza è un concetto relazionale, relativo rispetto a un parametro diverso da sé, per cui ogni giudizio di eguaglianza ha sempre un grado di incertezza, l'eguaglianza è un concetto per sua natura fluido, dinamico, un concetto da riempire rispondendo alle domande: eguaglianza tra chi? eguaglianza rispetto a che cosa?, per andare al di là della proclamazione-base secondo cui "*tutti gli uomini nascono eguali*", che riecheggia in tutte le Carte dei diritti a partire dalla fine del Settecento.

La previsione dell'articolo 3 comprende sia l'eguaglianza formale che quella sostanziale. La norma di eguaglianza formale, pur ripetendo ritmi tradizionali, presenta nel nostro ordinamento una razionalizzazione maggiore che in altre Costituzioni. L'articolo si apre con l'affermazione del principio di pari dignità sociale al quale possiamo attribuire un carattere più morale che giuridico, dato che nelle società contemporanee una differenza di dignità sociale giuridicamente rilevante non esiste più: all'uopo peraltro la XIV disposizione finale dispone "*che i titoli nobiliari non sono riconosciuti e che i predicati di quelli esistenti prima del 28 ottobre 1922 valgono come parte del nome*"[4]. L'articolo 3 sancisce l'eguaglianza davanti alla legge, per cui ai sensi della *rule of law* la legge si applica sia a quelli che governano che a coloro che sono governati senza eccezioni e il principio di eguaglianza si rivolge a tutte le funzioni dello Stato imponendo l'imparzialità del legislatore, dell'amministratore e del giudice nei loro rapporti con i soggetti privati, i cittadini e gli stranieri, così come con le persone fisiche e con quelle giuridiche[5]. Il principio di eguaglianza opera prima di tutto a carico del potere legislativo e incide sul contenuto della legge oltre che sulla sua efficacia, evitando che precisi criteri vengano violati. I Costituenti non

---

Dal punto di vista contenutistico il principio di eguaglianza si sostanzia nella soggezione di tutti ad un'unica legge, per cui sono normalmente da escludersi distinzioni fondate su caratteristiche soggettive: si ricerca la massima universalità possibile delle norme anche se tale universalizzazione non può far trattare in modo uguale situazioni diverse, ecco dunque come nello Stato pluriclasse le differenziazioni normative diventano possibili, anzi necessarie, se si presentano come non arbitrarie e appaiono tese alla realizzazione finale dello stesso principio di eguaglianza. Sul punto cfr. N. Bobbio, *Eguaglianza ed egualitarismo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1976, 322; A Cerri, *L'eguaglianza*, Roma-Bari, 2005; A. Celotto, *Commento all'articolo 3*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (eds.) *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Milano, 2006, 66.

4 Sui titoli nobiliari cfr. Sentenza Corte Costituzionale n. 101 del 1967 in *Giurisprudenza Costituzionale* 1967, 1107 con nota di Bon Valvassina, e molto interessanti i dubbi espressi dall'Onorevole Calamandrei quando affermava: "*...attraverso il richiamo dei Patti lateranensi, si introducono di soppiatto nella Costituzione, mediante rinvio, quelle tali norme occulte, leggibili solo per trasparenza, che saranno in urto con altrettanti articoli palesi della nostra Costituzione, i quali in realtà ne rimarranno screditati e menomati. …così, ad esempio, mentre la nostra Costituzione ha abolito i titoli nobiliari, l'articolo 42 del Concordato dice invece che «L'Italia ammetterà il riconoscimento, mediante decreto reale, dei titoli nobiliari conferiti dai Sommi Pontefici anche dopo il 1870 e di quelli che saranno conferiti in avvenire». L'antitesi non potrebbe essere più categorica!"*.

5 La giurisprudenza costituzionale non ha dubbi sull'applicabilità del principio di eguaglianza anche per gli stranieri là dove si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili della persona (cfr. Sentenze n. 120 del 1967, n. 104 del 1969, n. 14 del 1970, n. 47 del 1977, rispettivamente in *Giurisprudenza Costituzionale* 1967, 1577; 1969, 1565; 1970, 134; 1977, 188). La Corte ha affermato la vigenza del principio di eguaglianza anche nei confronti delle persone giuridiche (cfr. Sentenze n. 25 del 1966, n. 2 del 1969, rispettivamente in *Giurisprudenza Costituzionale* 1966, 241; 1969, 16).

si sono limitati infatti a sancire indistintamente l'eguaglianza davanti alla legge ma hanno voluto sottolineare una serie di parametri che non possono essere oggetto di trattamenti differenziati, si sono quindi preoccupati di affermare che né il sesso, la razza, la lingua, la religione, le opinioni politiche, e le condizioni personali e sociali, potranno essere utilizzate dal legislatore per applicare ai soggetti trattamenti differenziati. Sostenere il principio di eguaglianza di fronte alla legge significa vietare ogni discriminazione irragionevole, e si ha discriminazione irragionevole tutte le volte che situazioni eguali vengono disciplinate in modo diverso e che situazioni diverse vengono disciplinate in modo eguale. Dal principio di eguaglianza si ricava in tal modo il principio di ragionevolezza ai sensi del quale ogni distinzione di disciplina effettuata in relazione a qualunque elemento, tra qualunque gruppo di soggetti, diventa suscettibile di un giudizio sulla sua ragionevolezza e cioè se tale discriminazione sia fondata su elementi obiettivi, rilevanti, giustificabili. Si dilatano così i confini dell'eguaglianza che diviene divieto di qualunque irragionevole disparità di trattamento[6].

L'elaborazione del criterio della ragionevolezza evolve con la società e con la sensibilità della Corte costituzionale, ma è chiaro che l'applicazione di questo criterio deve anche essere "prudente" nel senso che la Consulta deve, fin dove è possibile, rispettare la volontà del Parlamento, quindi la ragionevolezza non può trasformarsi in un criterio politico per giudicare le scelte dal Parlamento, e la Corte costituzionale deve valutare con attenzione la flessibilità insita nell'eguaglianza prima di procedere con l'incostituzionalità[7]. Accanto all'eguaglianza formale viene enunciata, come ricordato, l'eguaglianza sostanziale ai sensi della quale il Legislatore, nel tentativo di rendere "più uguali" le situazioni di fatto, ha la facoltà di introdurre discipline differenziate al fine di garantire la promozione dei gruppi sociali economicamente e socialmente svantaggiati. Insomma, quello che il Costituente voleva era realizzare l'eguaglianza almeno nelle situazioni di partenza, e tale proposito giustifica anche l'introduzione di disuguaglianze di diritto. Tutto ciò si ricollega ai principi dello Stato sociale, uno Stato che può e anzi deve intervenire nella vita economica e sociale anche creando delle disuguaglianze legislative per contrastare ed equilibrare le disuguaglianze esistenti di fatto. In ultima analisi ciò che appare dal disegno costituzionale è che il principio di eguaglianza rappresenta un valore cardine dell'intero sistema giuridico, un limite immanente all'esercizio della funzione legislativa, e per questo deve condizionare e guidare l'intero ordinamento verso la coerenza e la ragionevolezza[8].

2. *L'eguaglianza e il dato religioso nella Carta costituzionale*

Come già evidenziato, con l'articolo 3 i nostri Costituenti non si sono limitati ad

6 Cfr. Sentenza Corte Costituzionale n. 53 del 1958 in *Giurisprudenza Costituzionale* 1958, 601 con osservazione di Esposito.

7 Per una ricostruzione completa del criterio della ragionevolezza cfr. A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

8Cfr. Sentenza Corte Costituzionale n 175 del 1971, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1971, 2109.

affermare in via generale l'eguaglianza davanti alla legge, ma hanno voluto sottolineare alcuni specifici parametri che non possono essere oggetto di trattamenti differenziati, e tra questi si evidenzia la religione, per cui siamo tutti uguali anche senza distinzione di religione. Il richiamo al dato religioso nell'ambito del principio di eguaglianza dimostra l'attenzione che il nostro ordinamento presta da sempre al fattore religioso sia perché l'esperienza religiosa viene considerata come un bene-valore che contribuisce alla crescita della persona umana[9]; ma anche perché, al di là dell'interiorità personale, la religione presenta una proiezione esteriore esprimendosi in una serie di atti che da sempre hanno inevitabili ricadute sulla sfera giuridica sociale. È doveroso notare come il rapporto tra ordinamento giuridico e fattore religioso preceda e influenzi l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Già lo Statuto Albertino infatti non aveva certo ignorato la questione mostrando una teorica propensione alla confessionalità nel momento in cui affermava all'articolo 1, che: "*la religione cattolica, apostolica e romana è la sola religione di Stato*" mentre rispetto alle altre religioni si prevede che "*gli altri culti ora esistenti sono tollerati conformemente alle leggi*"[10]. Tuttavia, malgrado le apparenze, si trattava di un regime confessionale *sui generis*, un confessionismo di facciata perché la previsione statutaria, peraltro contenuta in una Costituzione flessibile, non garantiva realmente alla religione cattolica una posizione privilegiata né tantomeno riuscì ad evitare gli scontri Stato-Chiesa legati a questioni politiche e patrimoniali, per cui, nonostante l'affermazione dell'articolo 1, lo Stato liberale sardo-piemontese, poi Regno d'Italia, si caratterizzò per una decisa laicizzazione del proprio ordinamento giuridico[11] realizzando il paradosso di uno stato laico con una religione di stato.

La situazione mutò radicalmente con la conclusione dei Patti Lateranensi dell'11 febbraio 1929 firmati dal Capo del Governo italiano Benito Mussolini e dal Segretario di Stato Vaticano Cardinale Pietro Gasparri[12]. I Patti Lateranensi rappresentano

---

9 In tal senso cfr. Sentenza Corte costituzionale n. 440 del 1995 in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995, 3475 con osservazioni di R. D'Alessio, 3482 e note di F. Ramacci, *La bestemmia contro la Divinità: una contravvenzione delittuosa*?, 3484 e M. D'Amico, *Una nuova figura di reato: la bestemmia contro la "Divinità"*, 3487.

10 Tale statuizione si pone sostanzialmente in linea con le previgenti disposizioni del Codice civile del 1837 in cui si disponeva che "*la religione Cattolica Apostolica Romana era la sola religione dello Stato*" (articolo 1) e che "*gli altri culti attualmente esistenti nello Stato sarebbero stati semplicemente tollerati secondo gli usi e i regolamenti speciali che li riguardano*" (art. 3). Tuttavia, già ad una prima lettura, si nota come lo Statuto Albertino sembri essere più tollerante nei confronti degli altri culti rispetto a quanto invece previsto dal Codice civile del 1837.

11 Per una ricostruzione esaustiva cfr. F. Finocchiaro, *Libertà di coscienza e di religione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XIX, 1990.

12 Tali accordi, resi esecutivi con la Legge del 27 maggio 1929, n. 810 con cui venne creato lo Stato Città del Vaticano e posto fine alla *questione romana*, constavano di tre distinti documenti: il *Trattato* che riconosceva l'indipendenza e la sovranità della Santa Sede; la *Convenzione Finanziaria*, legata al Trattati, che prevedeva un risarcimento di 750 milioni di lire a beneficio della Chiesa oltre all'esenzione per il nuovo Stato della Città del Vaticano dalle tasse e dai dazi sulle merci importate ed anche l'attribuzione di titoli di Stato consolidati al 5 per cento al portatore, per un valore nominale di un miliardo di lire, a compenso dei danni finanziari subiti dallo Stato pontificio in seguito alla fine del potere temporale; e il *Concordato* che definiva le relazioni civili e religiose in Italia tra la Chiesa e il Governo.

la volontà di conciliazione tra Stato e Chiesa attraverso la 'riconfessionalizzazione' dello Stato e la piena sovranità temporale della Santa Sede sullo Stato della Città del Vaticano. Gli accordi lateranensi davano sostanza all'interpretazione confessionale dell'articolo 1 dello Statuto, secondo una visione tradizionalista, conservatrice e nazionale del regime, fortemente in contrasto con l'ideologia dello Stato liberale sviluppatasi fino a quel momento[13].

La svolta concordataria non appare indirizzata tanto a promuovere la libertà religiosa personale quanto una libertà ecclesiastica che delaicizza e desecolarizza la società italiana, che ai sensi dell'articolo 29 del Concordato si trova impegnata a rivedere "*la sua legislazione in quanto interessa la materia ecclesiastica, al fine di riformarla e integrarla, per metterla in armonia colle direttive, alle quali si ispira il Trattato stipulato colla Santa Sede ed il presente Concordato*". In linea con questa nuova visione confessionale si pone il Codice Penale Rocco che criminalizza la bestemmia (art. 724) e il vilipendio contro la sola religione di Stato (art. 402), minando decisamente la condizione delle altre confessioni religiose poiché, rispetto al ruolo di assoluto privilegio accordato alla Confessione cattolica, gli altri culti si trovarono ben presto in posizione di netta subordinazione; secondo la legge n. 1159 del 24 giugno 1929, infatti, risultavano ammissibili, nello Stato, i culti diversi dalla religione cattolica apostolica e romana purché "*non professino principi e non seguano riti contrari all'ordine pubblico o al buon costume*". In ogni caso, al di là delle norme specificatamente dedicate alla regolamentazione dei culti, era l'intera produzione giuridica dello Stato a restringere gli spazi di libertà religiosa e allo stesso modo anche la giurisprudenza era incline ad estendere il più possibile i privilegi attribuiti alla religione cattolica.

Le motivazioni che avevano indotto lo Stato fascista e la Chiesa cattolica a siglare i Patti lateranensi erano simili ma opposte, in quanto ognuno dei due soggetti voleva fare dell'altro il proprio braccio secolare o spirituale; tale distanza motivazionale, unita ai tragici eventi bellici, allontanarono progressivamente i due sottoscrittori dei Patti.

Il quadro che si presenta all'indomani della fine del secondo conflitto mondiale appare dunque decisamente complesso, la difficile eredità lasciata dal fascismo ma anche i complessi rapporti che avevano caratterizzato precedentemente le relazioni Stato-Chiesa cattolica influenzarono l'atteggiamento dei Costituenti. L'Assemblea

13 Ancor prima della stipulazione dei Patti Lateranensi, il governo fascista si era mosso con particolare determinazione nella direzione di un immediato riavvicinamento con la gerarchia cattolica: nel 1922 si riattivò la prassi dell'esposizione del crocifisso nei locali pubblici; nel 1923 la riforma Gentile reintrodusse l'insegnamento della religione, sostanzialmente obbligatoria, nelle scuole elementari e, nel 1926, si istituì il ruolo dei cappellani militari per il servizio religioso nelle forze armate. In sostanza si stavano preparando le condizioni per quella che può essere considerata, a tutti gli effetti, una vera svolta nel rapporto tra Stato e Confessione cattolica; nel breve spazio di un biennio, tra il 1929 e il 1931, il complessivo sistema di relazioni si trasformò, infatti, da separatista a concordatario, caratterizzato da una fortissima impronta confessionista.

Costituente composta di forze e ideologie differenti, dalla Democrazia Cristiana (207 deputati su 556), ai partiti della sinistra (socialisti e comunisti), ai Repubblicani, ai Liberali, intendeva dare vita ad una Costituzione ispirata all'affermazione e alla difesa dei diritti individuali, delle libertà civili e politiche negate nell'ultimo ventennio. Accanto alla comune ispirazione antifascista si trovava la volontà di superare lo Stato prefascista, limitato e colpevole di non aver saputo evitare l'affermazione del fascismo. La Costituente divenne dunque il luogo dell'incontro, dell'intesa e della consacrazione dei valori democratici che avevano animato la Resistenza. Rispetto al dato religioso i Costituenti desideravano mantenere lo Stato e la Chiesa cattolica quali ordinamenti separati e indipendenti, salvaguardando la 'pace religiosa' faticosamente raggiunta e garantendo al contempo una generale libertà religiosa, accompagnata dall'affermazione dell'eguaglianza e dalla tutela delle confessioni religiose, legittimando infine anche la libertà di non professare alcuna religione. In realtà si evidenzia come la Costituzione non fornisca una nozione di confessione religiosa ma si occupi solo dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica e successivamente di quelli tra lo Stato e le altre confessioni religiose; mentre, nell'ottica di pacificazione-separazione, i Costituenti sembrano aver perso di vista il principio di laicità che non appare tra i principi fondamentali del nuovo ordinamento costituzionale.

Sono gli articoli 7 ed 8 ad occuparsi dei rapporti tra lo Stato, la Chiesa cattolica e le altre confessioni religiose, e fu soprattutto la genesi dell'articolo 7 a generare momenti di tensione tra i Costituenti. La definizione dello Stato e della Chiesa, contenuta nel primo comma dell'articolo 7, come due ordinamenti separati ed indipendenti non destò particolari problemi poichè la maggioranza riteneva che tale affermazione altro non rappresentasse se non la constatazione di un dato storico che non poteva arrecare alcun pregiudizio alla libertà dei non cattolici[14] e tale comma mostra quindi un valore meramente programmatico comportando il generale riconoscimento da parte dello Stato dell'organizzazione della Chiesa cattolica e dei suoi caratteri di sovranità ed indipendenza. Assai più articolata fu invece la discussione relativa alla seconda parte dell'articolo 7 rispetto all'opportunità o meno di richiamare nel testo costituzionale i Patti Lateranensi del 1929. Infatti da un lato vi era chi sottolineava l'inutilità di tale richiamo, considerando che normalmente i trattati internazionali o gli accordi con altri Stati non formano oggetto di rinvio costituzionale, ma soprattutto voleva evitare ogni possibile 'deriva confessionale' della neo-nata Repubblica Italiana[15], e dall'altro chi invece, muovendo proprio dalla separatezza ed indipendenza dello Stato e della Chiesa cattolica, sottolineava la necessaria bilateralità dei rapporti assicurata dal mantenimento dei Patti con coper-

14 Sull'articolo 7 Costituzione cfr. G. Catalano, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione repubblicana*, Milano, 1968; F. Finocchiaro, *Art. 7 e 8*, in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione*, *Art. 1-12*, *Principi fondamentali*, Bologna-Roma 1975, 321 ss; S. Lariccia, *Diritto ecclesiastico*, Padova 1978; P. Lillo, *Commento all'articolo 7*, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Milano, 2006, 171.

15 Decisamente contrario fu l'Onorevole Calamandrei. Cfr. Seduta del 20 marzo 1947, in Atti dell'Assemblea Costituente.

tura costituzionale che realizzava "*quella pacificazione religiosa auspicata da tutti gli italiani e quella soluzione di un conflitto storico che era già stata nel desiderio e nell'opera degli ultimi governi democratici*"[16]. I Patti sono entrati in Costituzione ma le norme pattizie non sono norme costituzionalizzate potendo modificarsi con legge ordinaria qualora vi sia l'accordo tra le parti; presentano comunque una resistenza passiva all'abrogazione per la quale è percorribile unilateralmente la sola via della revisione costituzionale; esse, inoltre, in quanto norme speciali, hanno la forza di derogare alle norme costituzionali pur incontrando il limite invalicabile dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato[17].

L'unica revisione dei Patti Lateranensi avvenuta fino ad ora si è realizzata grazie all'accordo tra Stato e Chiesa concluso nel febbraio 1984[18]; le modifiche intervenute hanno posto fine al principio, in realtà già da tempo considerato superato, della religione cattolica quale religione di Stato[19]. I nuovi accordi modificano il precedente Concordato negli aspetti più evidenti di giurisdizionalismo statale o confessionale: dalle restrizioni sulle attività politiche del clero, al controllo sulle nomine dei vescovi e dei parroci, fino al loro obbligo di giuramento di fedeltà allo Stato. Significative anche le modifiche in tema di insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche rispetto al quale viene meno il riferimento all'insegnamento della religione cattolica quale *'fondamento e coronamento*' dell'intera istruzione pubblica pur permanendo comunque un privilegio rispetto alle altre religioni, in quanto anche se certamente può riconoscersi al singolo un diritto soggettivo di avvalersi o meno di tale insegnamento, non è al contempo riconosciuta alcuna possibilità a chi volesse conoscere ed approfondire nella scuola pubblica i fondamenti di altre confessioni religiose[20].

16 Così si esprime l'Onorevole Dossetti in Assemblea Costituente, *Atti della Commissione per la Costituzione*, vol. II, Relazioni e proposte, Roma, 1947, 62.

17 La non costituzionalizzazione dei Patti del 1929 e la loro soggezione ai principi fondamentali è stata successivamente confermata dalla Corte costituzionale che ha chiarito come il secondo comma dell'articolo 7 "*non sancisce solo un generico principio pattizio da valere nella disciplina dei rapporti fra lo Stato e la Chiesa cattolica, ma contiene altresì un preciso riferimento al Concordato in vigore e, in relazione al contenuto di questo ... tuttavia, giacché esso riconosce allo Stato e alla Chiesa cattolica una posizione reciproca di indipendenza e di sovranità, non può avere forza di negare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato*". Sono le Sentenze n. 30, 31 e 32 del 1971 (rispettivamente in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1971, 150, 154, 156) a risolvere la questione della presunta costituzionalizzazione dei Patti lateranensi.

18 Cfr. Legge 25 marzo 1985, n. 121 contenente *Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede*. Il nuovo Concordato è diviso in un Accordo di modificazioni, composto da quattordici articoli, e in un Protocollo Addizionale, composto da ulteriori sette norme, che costituiscono le disposizioni esplicative dell'Accordo, fornendone in pratica l'interpretazione autentica.

19 Il punto 1 del Protocollo addizionale all'Accordo precisa infatti: "*Si considera non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano*".

20 Sulla revisione degli accordi del 1929 cfr. G. Vegas, *Il dibattito sulla revisione del Concordato 1965-1984*, Senato della Repubblica, Quaderno di documentazione, n. 13, Roma, 1984; F. Margiotta Broglio, *La riforma dei Patti Lateranensi dopo vent'anni*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*,

Gli accordi del 1984 hanno dunque il merito di avere eliminato alcune norme di stampo decisamente confessionista risalenti al Concordato del 1929[21], tuttavia continuano a permanere diversi aspetti controversi rispetto ad esempio al trattamento finanziario delle confessioni religiose diverse dalla cattolica, al già ricordato insegnamento scolastico della sola religione cattolica, allo *status* degli stessi insegnanti di religione, fino al tema (taciuto) dei simboli religiosi, questioni che incidono profondamente sul concetto di eguaglianza rispetto al dato religioso. La definizione dei rapporti tra Stato e Chiesa cattolica attraverso l'esplicita menzione dei Patti Lateranensi in Costituzione influenzò decisamente l'atteggiamento dei Costituenti nei confronti delle altre confessioni religiose; così, proprio per evitare che il riconoscimento offerto alla Chiesa cattolica si traducesse in una posizione di esclusività e privilegio si procedette in maniera analoga riconoscendo e garantendo in Costituzione anche le confessioni diverse dalla cattolica, considerate non più quali meri 'culti ammessi', ma 'confessioni religiose' tutte egualmente libere davanti alla legge. L'articolo 8 rappresenta il punto di arrivo di un lungo processo di trasformazione dell'ordinamento italiano passato da una posizione di mera tolleranza (poi trasformatesi in avversione) verso le confessioni diverse dalla cattolica all'affermazione della tutela effettiva dei loro diritti, costituendo una sorta di 'antidoto' rispetto ad una possibile deriva confessionale cattolica[22].

Gli articoli 7 e 8 della Carta fondamentale dimostrano quindi, seppure con declinazioni differenziate, la volontà dei Costituenti di eleggere il metodo dell'incontro delle volontà quale strumento principe per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le diverse Chiese[23], indipendentemente dalla loro quantificazione numerica e dal loro reale *appeal* nella società. Il progetto costituzionale era dunque quello di affermare, attraverso l'accordo, il pluralismo confessionale, al fine di superare definitivamente lo Stato liberale e ancor più quello fascista.

L'attenzione dedicata dalla nostra Carta costituzionale al legame tra lo Stato e la religione non si limita alla disciplina dei rapporti tra Stato e confessioni religiose organizzata secondo il già citato metodo dell'incontro e della garanzia del pluralismo ma

---

2004, 1, 5; C. Cardia, *Concordato, intese, laicità dello Stato. Bilancio di una riforma*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2004, 1, 23.

21 Alcune modifiche hanno riguardato anche la disciplina matrimoniale con la previsione di celebrare il matrimonio secondo le disposizioni contenute nella riforma del diritto di famiglia del 1975 e le relative restrizioni al riconoscimento della giurisdizione ecclesiastica, mentre la Chiesa accetta il divorzio, scompare il riconoscimento statale del matrimonio quale 'sacramento'.

22 In generale sull'articolo 8 della Costituzione cfr. F. Finocchiaro, *Art. 8*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 409; N. Colaianni, *Confessioni religiose ed intese. Contributo all'interpretazione dell'articolo 8 della Costituzione*, Bari, 1990; B. Randazzo, *Commento all'articolo 8*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006,193.

23 In questo senso S. Landolfi, *L'intesa tra Stato e culto acattolico. Contributo alla teoria delle fonti del diritto ecclesiastico italiano*, Napoli, 1962, 41, quando afferma: "*mentre le antiche esperienze concordatarie davano luogo ad un regime, per così dire, di bilateralità di fatto, quello stabilito dalle intese è un regime bilaterale di diritto, che conferisce ai culti, una vera e propria pretesa interna alla soluzione bilaterale*".

si sostanzia anche attraverso l'affermazione della libertà religiosa intesa quale vero e proprio concetto giuridico espresso con chiarezza dagli articoli 19 e 20 ([24]). Libertà di esprimere il proprio credo ma anche libertà di non avere un credo religioso anche se dall'esame dei lavori preparatori dell'articolo 19 non si evince un'equiparazione tra libertà religiosa e libertà di ateismo, ed effettivamente venne respinto il tentativo di costituzionalizzare il pensiero non religioso[25]. Così, fino agli anni '60, si è ritenuto che se all'ateismo si doveva riconoscere tutela costituzionale, questa avrebbe potuto discendere non dall'articolo 19, bensì dall'articolo 21 nella prospettiva della libera espressione del pensiero e solo successivamente, anche grazie all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, si è ampliata l'interpretazione dell'articolo 19 facendovi rientrare la possibilità di non esprimere alcuna fede religiosa dando al non credente maggiori garanzie rispetto a quelle offerte dall'articolo 21[26].

L'articolo 19 tutela il diritto di credere e quello di non credere, quello alla miscredenza e anche quello di non compiere alcuna scelta[27], così come la facoltà di diffondere e propagandare le proprie credenze di tipo negativo ed ateistico[28]. La previsione

---

24 In generale sugli articoli 19 e 20 della Costituzione cfr. F. Finocchiaro, *Art. 19*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 238; S. Ferrari, *L'articolo 19 della Costituzione*, in *Politica e diritto*, 1996, 97; M. Ricca, *Art. 19*, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006, 420; A. Guazzarotti, *Art. 19*, in V. Crisafulli - L. Paladin - S. Bartole - R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova, 2008, 148. G. Catalano, *Osservazioni sull'articolo 20 della Costituzione*, in *Diritto Ecclesiastico*, 1964, I, 353; F. Finocchiaro, *Art. 20*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 302; A. Bettetini, *Art. 20*, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006, 441.

25 L'emendamento presentato dall'Onorevole Labriola prevedeva "*sono pienamente libere le opinioni e le organizzazioni dirette a dichiarare il pensiero laico o estraneo a credenze religiose*". Cfr. seduta del 12 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, 1970, vol. I, 833.

26 Rispetto alla giurisprudenza costituzionale cfr. dapprima la Sentenza n. 58 del 1960 (in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1960, 752) in cui la Consulta sosteneva che *'l'ateismo comincia dove finisce la vita religiosa'* e quindi non risulta tutelato dall'articolo 19 della Costituzione, e successivamente il cambio di giurisprudenza espresso nella Sentenza n. 117 del 1979 (in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1979, 816) dove la Corte spiega invece: "*l'opinione prevalente fa ormai rientrare la tutela della c.d. libertà di coscienza dei non credenti in quella della più ampia libertà in materia religiosa assicurata dall'art. 19, il quale garantirebbe altresì (analogamente a quanto avviene per altre libertà: ad es. gli articoli 18 e 21 Cost.) la corrispondente libertà "negativa". Ma anche chi ricomprende la libertà di opinione religiosa del non credente in quella di manifestazione del pensiero garantita dall'art. 21 Cost. (norma parimenti richiamata come parametro di giudizio nell'ordinanza del pretore di Torino) perviene poi alle stesse conclusioni pratiche, e cioè che il nostro ordinamento costituzionale esclude ogni differenziazione di tutela della libera esplicazione sia della fede religiosa sia dell'ateismo, non assumendo rilievo le caratteristiche proprie di quest'ultimo sul piano teorico*".

27 Sul punto cfr. F. Finocchiaro, *Art. 19*, in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 247.

28 Sull'ateismo cfr. A. Origone, *La libertà religiosa e l'ateismo*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Milano, 1952, 417; C. Cardia, *Ateismo e libertà religiosa*, Bari, 1973; P. Floris, *Ateismo e religione nell'ambito del diritto di libertà religiosa*, in *Foro Italiano*, 1981, I, 5; P. Bellini, *Ateismo*, voce *Digesto discipline pubblicistiche*, 1987, vol. I, 513; P. Bellini, *L'ateismo nel sistema delle libertà fondamentali*, in P. Bellini, *Saggi di diritto ecclesiastico italiano*, Soveria Mannelli, 1996, Tomo I, 211; A. Di Giovine, *Garanzie costituzionali della libertà dei non credenti*, in *Rivista giuridica sarda*, 2001, 599; M. Novak, *Nessuno può vedere Dio. Il destino comune di atei e credenti*, Roma, 2010; P. Floris, *Ateismo*

dell'articolo 19 va letta nei due sensi della *'libertà di'* e in quella *'di non'*, anche se il fenomeno ateistico certamente non può essere equiparato in tutto a quello religioso, in quanto non risultano estendibili all'ateismo quelle garanzie tipiche delle confessioni religiose come la particolare autonomia organizzativa e la tutela di cui all'articolo 20 della Costituzione[29].

Rispetto alla libertà religiosa essa risulta composta da due aspetti principali fortemente connessi: la libertà di coscienza e la libertà di culto, che non sono da intendersi quali fatti "*puramente interiori dell'intimo sentimento religioso, o areligioso o magari antireligioso*" bensì come "*l'esteriore espressione*" del sentimento religioso e le "*pratiche visibili di tale adorazione*"[30]. Insomma, la libertà religiosa ha una natura decisamente pratica, una libertà concreta di manifestazione del sentimento religioso individuale e collettivo che non incontra limiti se non nel dovere morale, nel rispetto dell'alterità, essa si sostanzia nella "*libertà garantita dallo Stato a ogni cittadino di scegliere e professare la propria credenza in fatto di religione*"[31] e va considerata quale libertà giuridica, diritto inviolabile ai sensi dell'articolo 2, diritto soggettivo perfetto imponendosi sia nei confronti del privato che dei pubblici poteri, insomma la libertà religiosa rappresenta senza dubbio un fine costituzionale.

3. *Uguali senza distinzione di religione: la laicità quale paradigma di eguaglianza.*

Come evidenziato la religione rientra tra gli specifici divieti di discriminazione stabiliti dall'ultimo periodo del primo comma dell'articolo 3. La religione però è prota-

---

e Costituzione, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2011, n. 1, 87; G. Cimbalo, *Ateismo e diritti di farne propaganda tra dimensione individuale e collettiva*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2011, 113; G. Filoramo, *Trasformazioni del religioso e ateismo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2011, n.1, 3.

29 In tal senso cfr. L. Musselli, *Libertà religiosa e di coscienza*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, 1994, vol. IX, 226; S. Troilo, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Anales de Derecho*, 2008, n. 26, 353. L'aspetto organizzativo delle organizzazioni ateistiche sta assumendo contorni peculiari soprattutto in seguito agli sforzi compiuti dall'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR), associazione costituita nel 1991 per *'tutelare i diritti civili degli atei e degli agnostici'* e per far valere l'uguaglianza *'di fronte alla legge di religioni e associazioni filosofiche non confessionali'* (art. 3 Statuto). Nel 2005 l'UAAR ha richiesto, ai sensi della normativa del 1929, il suo riconoscimento quale ente di culto, e più volte ha indirizzato al Governo la richiesta di avviare la procedura di stipula di un'intesa ai sensi dell'articolo 8. Tali richieste sono finora state respinte sulla base dell'assunto per cui l'articolo 8 si riferisce a fattispecie connotate da un contenuto religioso di tipo positivo non estendibile ad associazioni che non presentano natura religiosa e confessionale. E' opportuno notare come tali richieste non presentino una mera connotazione polemica collocandosi nell'ambito di una prospettiva più ampia verso l'adozione di una nuova legge generale sulla libertà di religione. Sull'UAAR e il significato di una possibile intesa con lo Stato cfr. P. Floris, *Ateismo e Costituzione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2011, n. 1, 102; N. Colaianni, *Ateismo de combat e intesa con lo Stato*, in AIC -Associazione Italiana dei Costituzionalisti, n. 4/2014, www.rivistaaic.it, pubblicato il 6/12/2013.

30 Cfr. F. Ruffini, *Corso di diritto ecclesiastico italiano: libertà religiosa come diritto pubblico subbiettivo*, Torino, 1924, 198.

31 Per tale definizione cfr. P.A. D'Avack, *Il problema storico-giuridico della libertà religiosa*, Roma, 1966; Idem, *Libertà religiosa (diritto ecclesiastico)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, 1974.

gonista di molte altre disposizioni costituzionali già citate, mentre il grande assente sembra essere il principio di laicità. È dunque necessario domandarsi se basti la semplice affermazione dell'eguaglianza rispetto al fattore religioso per definire lo Stato quale Stato laico[32]. Effettivamente la nostra Carta costituzionale da un lato afferma l'eguaglianza senza distinzione di religione, ma dall'altro non opera alcun richiamo esplicito alla laicità dello Stato come carattere necessario dello stesso ed il termine *laicità* o *laico* non appare mai nell'intera Carta costituzionale. Tale omissione potrebbe avere due significati opposti, e cioè corrispondere all'idea che nel momento in cui si afferma l'eguaglianza senza distinzione religiosa si dà vita ad uno stato laico e quindi non è necessario richiamare la laicità quale carattere fondamentale del vivere insieme, oppure che si può essere (o cercare di essere) uguali senza distinzione di religione senza però dover essere laici. Nel caso italiano *è* evidente come i nostri Costituenti abbiano privilegiato una soluzione compromissoria temendo probabilmente che un'esplicita affermazione del pensiero laico fosse strutturalmente votata ad un relativismo vuoto e indifferente incapace di condurre ad argomenti e ragioni credibili e coerenti in quanto la laicità sfugge a concezioni assolute e astratte sostanziandosi diversamente a seconda del periodo storico e della società a cui ci si riferisce. Così, si è preferito evidenziare la via del pluralismo religioso, lasciando alle promesse dell'articolo 3 l'arduo compito di realizzare l'eguaglianza senza distinzione di religione e con essa la laicità dello Stato. Resta però da domandarsi: quando è possibile definire uno Stato come effettivamente laico? La risposta non può che essere che uno Stato è laico quando non tende ad imporre i punti di vista di una parte

32 Rispetto alla dottrina in tema di laicità, senza pretesa di completezza cfr. L. Guerzoni, *Note preliminari per uno studio della laicità dello Stato sotto il profilo giuridico*, in *Archivio giuridico*, 1967, n. 1-2, 80; U. Pototschnig, *La laicità dello Stato*, in *Jus*, 1977, 247; C. Cardia, *Stato laico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, 1990, 876; G. Dalla Torre (a cura di), *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea,* Torino, 1993; S. Lariccia, *Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia*, in *Diritto ecclesiastico*, 1994, I, 383; F. Rimoli, *Laicità,* in *Enciclopedia Giuridica Treccani,* vol. XVIII, 1995; F. Finocchiaro, *La Repubblica italiana non è uno Stato laico*, in *Diritto Ecclesiastico*, 1997, 11; R. Bin - G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, a cura di, *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino, 2004; G. Preterossi (a cura di), *Le ragioni dei laici*, Roma-Bari, 2005; L. Elia, *A proposito del principio di laicità dello Stato e delle difficoltà di applicarlo*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, vol. II, Napoli, 2005, 1063; F. Margiotta Broglio, *La laicità dello Stato*, in G. Preterossi (a cura di), *Le ragioni dei laici*, Roma-Bari, 2005, 79; G. Long, *Laicità dello Stato, confessioni religiose e multiculturalismo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2006, 340; G. Casuscelli, *Le laicità e le democrazie: la laicità della «repubblica democratica» secondo la Costituzione italiana*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2007, n. 1, 183; B. Randazzo, *Le laicità. Alla ricerca del nucleo essenziale di un principio*, in *Filosofia e teologia*, 2007, 273; A. Spadaro, *Libertà di coscienza e laicità nello stato costituzionale*: *sulle radici 'religiose' dello Stato 'laico'*, Torino, 2008; B. Randazzo, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano, 2008; A. Di Giovine, *Laicità e democrazia*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, 255; G. Rolla (a cura di), *Libertà religiosa e laicità. Profili di diritto costituzionale*, Napoli, 2009; M. Ainis, *Chiesa padrona. Un falso giuridico dai Patti Lateranensi ad oggi*, Milano, 2009; S. Prisco, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2009; S. Rodota', *Perchè laico*, Roma-Bari, 2009-2010; A. Barba (a cura di), *La laicità del diritto*, Roma, 2010; S. Lariccia, *Battaglie di libertà. Democrazia e diritti civili in Italia (1943-2011)*, Roma, 2011; P. Grassi, *Laicità e pluralismo religioso*, Villa Verucchio, 2013; L. Musselli - C. B. Ceffa, *Libertà religiosa obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2014; F. Rescigno, "*Ite missa est". Laicità paradigma di eguaglianza*, Napoli, 2015.

della società al resto della popolazione, nemmeno se quella parte corrisponde alla maggioranza, lo Stato laico è quello capace di proclamare l'autonomia di coscienza e svolge un ruolo di arbitro non affermando come obbligatoria una 'concezione buona' della vita, adoperandosi perché nessuno possa imporre la propria agli altri[33]. Lo Stato è effettivamente laico quando è separato da ogni cultura nella misura in cui riconosce il pieno valore delle differenze e, conformemente al carattere relativistico della democrazia, non ne assume alcuna in proprio ma è capace, in un quadro fondamentale di valori condivisi o di principi supremi, che trovano espressione nella Costituzione, di rispettare tutte le culture e le posizioni in egual misura[34].

La laicità dunque non è separazione e indifferenza, ma riconoscimento pieno e rispettoso della dignità dell'altro attraverso la salvaguardia della sua diversità culturale, religiosa e morale[35]. In questo senso il principio della democrazia che fa coesistere la pluralità delle idee, dei valori, degli stili di vita è necessariamente laico, laicità intesa non "*come una filosofia tra le filosofie, come un'ideologia da opporsi ad altre ideologie*", ma piuttosto come "*la regola di convivenza di tutte le possibili filosofie e ideologie*"[36]. Il principio di laicità diviene così, grazie alla sua neutralità assiologica, valore di tutti i valori, consentendo "*a tutti l'espressione della propria personalità e dei propri convincimenti*"[37]. Il binomio laicità-democrazia diviene dunque caratteristica imprescindibile per la tradizione democratica occidentale, ciò non significa escludere totalmente l'universo religioso dallo spazio pubblico, bensì conferirgli il ruolo che gli compete, cioè il collocarsi nella dimensione di libertà della democrazia non come verità di fede ma come un convincimento fra gli altri senza ambire di esserne il fondamento, in quanto la democrazia stessa è un insieme di valori in grado di fungere da solido supporto, etico e giuridico, alla dinamica convivenza fra i consociati[38].

Il nostro vuoto costituzionale rispetto alla laicità è stato colmato grazie ad una "ese-

33 Sulla definizione di Stato laico cfr. G. Haarscher, *La laïcité*, Paris, 1996 e la bella ricostruzione effettuata da F. Margiotta Broglio, *La laicità dello Stato*, in G. Preterossi (a cura di), *Le ragioni dei laici*, Roma-Bari, 2005, 79.

34 Così N. Colaianni, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale,* Bologna, 2012, 45 ss.

35 Sullo Stato laico di fronte all'altro si vedano le interessanti riflessioni di F. Rimoli, *Democrazia. Pluralismo. Laicità*, Napoli, 2013, 296 ss.

36 Cfr. G. Calogero, *Filosofia del dialogo*, Milano, 1969, 280; e ancora del medesimo autore, *Un'dea di laicità*, Bologna, 2013, 15, in cui afferma: "*La mia tesi principale è che la connessione fra laicità, istituzioni e scelte democratiche è così stretta che si può concludere a proposito dei due termini, democrazia e laicità, che essi simul stabunt, simul cadent*". Così anche P. Rossi, *Laicità in crisi?*, in A. Roncaglia - P. Rossi - M. L. Salvadori (a cura di), *Libertà, giustizia, laicità. In ricordo di Paolo Sylos Labini*, Bari, 2008, 59.

37 Cfr. F. Rimoli, *Laicità e pluralismo bioetico*, Relazione al Convegno annuale dell'associazione italiana dei Costituzionalisti, *Problemi della laicità agli inizi del secolo XXI*, Napoli, 26-27 ottobre 2007, annuario 2007, Padova.

38 In tal senso cfr. P. Prodi, *La questione laica nell'Italia di oggi*, in *Rivista del Grande Oriente d'Italia*, 2006, n. 4, in cui osserva che "*l'Occidente nella sua storia ha imparato a tenere a bada il sacro senza scacciarlo e questa è la nostra conquista della laicità*", ancora A. Di Giovine, *Laicità e democrazia*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, 255.

gesi creativa" effettuata dalla dottrina e ancor più dalla giurisprudenza costituzionale, al fine di annoverare il principio di laicità tra i principi fondanti del nostro vivere insieme. Il punto di partenza della creazione giurisprudenziale della laicità *è costituito dalla Sentenza n. 203 del 1989 con cui la Consulta ha elevato il concetto di laicità a principio supremo dell'ordinamento costituzionale*[39]. Tale pronuncia si occupa dell'annosa questione dell'insegnamento della religione cattolica rispetto alla posizione degli studenti che non se ne avvalgono essendo esso, ai sensi della Legge n. 121 del 1985, non più obbligatorio.

La Corte chiarisce la propria competenza nel verificare la costituzionalità della normativa impugnata in quanto il parametro è costituito da uno dei principi supremi dell'ordinamento, poiché "*i parametri invocati, artt. 2, 3 e 19. In particolare, nella materia vessata gli artt. 3 e 19 vengono in evidenza come valori di libertà religiosa nella duplice specificazione di divieto: a) che i cittadini siano discriminati per motivi di religione; b) che il pluralismo religioso limiti la libertà negativa di non professare alcuna religione*", e ancora chiarisce che i "*i valori richiamati concorrono, con altri (artt. 7, 8 e 20 della Costituzione), a strutturare il principio supremo della laicità dello Stato, che é uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica*".

Se dobbiamo ringraziare la Corte per aver costituzionalizzato il principio di laicità ponendolo tra i principi fondamentali del nostro ordinamento è anche doveroso notare come l'esegesi della Sentenza del 1989 lasci alquanto perplessi poiché, se da un lato la Corte afferma l'esistenza di uno Stato laico "*entro un quadro normativo rispettoso del principio supremo di laicità*", dall'altro, "*proprio per la sua forma di Stato laico*", inspiegabilmente conferisce solo ad una specifica religione una condizione decisamente privilegiata, rendendola unica confessione oggetto di studio (sia pur non obbligatorio) nelle scuole pubbliche. Così, la laicità riconosciuta dalla Corte nasce viziata, con un innegabile *favor* nei confronti della religione cattolica, una laicità che non può realizzare il principio di eguaglianza in quanto lo Stato non assume una posizione di neutralità e garanzia nei confronti di tutte le confessioni religiose e quindi non può definirsi quale stato veramente laico.

La ricostruzione della laicità operata dalla Sentenza del 1989, che richiama proprio l'articolo 3 tra le disposizioni che concorrono a strutturare il principio supremo di laicità dello Stato, lascia in ombra la rilevanza specifica che l'eguaglianza deve necessariamente assumere nella definizione dei caratteri e dei contenuti della laicità statuale; insomma il principio di eguaglianza deve divenire una 'pregiudiziale' della stessa tematica della laicità in modo da salvaguardare effettivamente la libertà di coscienza e religione di tutti e per tutti, in un reale regime di pluralismo confessio-

39 Cfr. Sentenza n. 203 del 1989 in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, 890, con osservazioni di A. Saccomanno, 903 e nota di L. Musselli, *Insegnamento della religione cattolica e tutela della libertà religiosa*, 908 ed anche G. G. Floridia - S. Sicardi, *Dall'eguaglianza dei cittadini alla laicità dello Stato*, *ivi*, 1086.

nale e culturale[40]. Nella ricostruzione operata dalla Consulta invece il *genus* 'valore della cultura religiosa' e la *species* 'principi del cattolicesimo nel patrimonio storico del popolo italiano' concorrono a descrivere l'attitudine laica del nostro Stato-comunità, ponendola al servizio delle concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini. Manca il principio della neutralità dello Stato[41], vero cardine della riflessione laica, e si considerano esistenti almeno due categorie di laicità[42]: la 'laicità negativa o laicità-neutralità' e la 'laicità sana'[43] o 'positiva[44] e la Sentenza del 1989 non riconosce formalmente il principio di laicità, ma certifica una sorta di temibile "metamorfosi interpretativa" dello stesso, una mutazione in grado di metterne "*in forse lo stesso contenuto originario ed essenziale, cioè il principio di neutralità religiosa e di conseguente imparzialità dello Stato*"[45], per cui la Corte prende le distanze da una concezione del fenomeno religioso quale elemento strettamente correlato alla sfera del privato, ponendosi in una prospettiva non di mera astensione, ma in quella di una 'laicità positiva' rispetto allo stesso fenomeno religioso.

Se la 'laicità negativa o neutrale' comporta l'irrilevanza per la Repubblica del fenomeno religioso e il vincolo a carico dello Stato a mantenersi neutrale rispetto ai convincimenti religiosi dei cittadini restando conseguentemente equidistante ed imparziale nei riguardi delle varie confessioni; la 'laicità positiva' invece non si traduce in indifferenza e neutralità ma al contrario vede lo Stato garante della libertà religiosa, al servizio delle concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini. In questo senso sembra dirigersi il primo articolo del Concordato riformato con cui la Repubblica e la Santa Sede si impegnano "*alla reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo e il bene del Paese*", per cui è evidente che la religione non corrisponde ad una dimensione individuale del singolo (o almeno non solo) bensì alla promozione della dimensione pubblica dell'uomo e al bene del Paese[46].

40 In tal senso cfr. le perplessità espresse da L. Guerzoni, *Problemi della laicità nell'esperienza giuridica positiva: il diritto ecclesiastico*, in G. Dalla Torre (a cura di), *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea,* Torino, 1993, 126.
Il principio di eguaglianza non sembra assurgere a vera *pregiudiziale* della tematica della laicità nemmeno con le pronunce successive quando la Corte pur richiamando tale fondamentale principio in materia di confessioni religiose dimentica però di declinarlo in maniera compiuta. Cfr. Sentenza n. 329 del 1997 in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997, 3335.

41 La Corte parla di 'equidistanza' e 'imparzialità' ma non di 'neutralità' e a tale proposito nella Sentenza n. 329 del 1997 (in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997, 3335) afferma: "*il principio costituzionale della laicità o non-confessionalità dello Stato, affermato in numerose occasioni da questa Corte (sentenze n. 203 del 1989, n. 259 del 1990 e n. 195 del 1993) ...non significa indifferenza di fronte all'esperienza religiosa ma comporta equidistanza e imparzialità della legislazione rispetto a tutte le confessioni religiose*".

42 Su tale distinzione cfr. G. Dalla Torre, *Sana laicità o laicità positiva*?, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, 2012.

43 Parla di *'sana laicità'* Pio XII in un discorso del 1958.

44 Parte della dottrina parla anche di 'laicismo estremo' e 'laicismo moderato', su tale distinzione cfr. F. D'Agostino, *Laicismo, costituzionalismo e religioni*, in Aa.Vv., *Costituzione e religione*, *Percorsi costituzionale*, 2/3, Trento, 2013, 15.

45 Cfr. L. Guerzoni, *Il principio di laicità tra società civile e Stato*, in M. tedeschi (a cura di), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Napoli, 1996, 75.

46 Questa impostazione, decisamente discutibile, viene confermata dalla Corte quando decide una

Il principio di laicità introdotto dalla giurisprudenza costituzionale mostra dunque forti limiti mentre una definizione chiara della laicità nel nostro contesto costituzionale e legislativo non appare più procrastinabile, i tempi moderni infatti ci pongono dinanzi a sfide quotidiane che coinvolgono il principio di laicità: dal campo della bioetica, a quello del multiculturalismo, all'accoglienza, ai fondamentalismi ed integralismi religiosi -pericolose deviazioni del principio del pluralismo religioso-, alle 'nuove famiglie', all'applicazione delle avanguardistiche tecnologie biomedicali alla vita di relazione, alle profonde trasformazioni nel modo d'essere dello Stato e nel rapporto tra società civile e Stato, all'uso dei simboli religiosi, fino ai 'diritti di quarta generazione'. Continuare a sostenere che il nostro principio di laicità non si sostanzia nell'indifferenza, nell'equidistanza e nella neutralità rispetto al fenomeno religioso ma costruisce una *'laicità relativa'*, un *'pluralismo privilegiato'*, una laicità ponderata alle concrete condizioni sociali, proporzionata all'importanza del patrimonio cattolico[47] dimostra solo che purtroppo "*il principio di laicità non conforma la realtà italiana, ma è da essa conformato, sia sul piano giuridico – la tenaglia dell'art. 7 e del Concordato – che su quello sociale (l'imponente condizionamento da parte della gerarchia cattolica, assecondata da un ceto politico "in ginocchio")*"[48]. Non può infatti esistere una *'laicità buona*' e una *'laicità cattiva'*, esiste solo lo Stato laico e la laicità esprime il valore fondante del vivere insieme e come tale va riconosciuta e realizzata. La laicità omessa dai nostri Costituenti ed introdotta dalla giurisprudenza costituzionale è una "*laicità battezzata e praticante*" fondata "*sulla norma implicita che continua a riconoscere al cattolicesimo -e non ai principi costituzionali- un ruolo pontificale nel processo d'integrazione societaria e, di conseguenza, un regime di privilegio in perfetta continuità con la natura di Nazione Stato e non di Stato-Nazione dell'Italia*" [49].

La mancanza di laicità quale fondamento dell'impianto costituzionale inficia, in parte, la democraticità dell'ordinamento poiché, almeno sul fronte religioso, non si ga-

seconda volta sulla legittimità dell'articolo 9, comma 2, della legge n. 121 del 1985 (cfr. Sentenza Corte Costituzionale n. 13 del 1991, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1991, 77, con nota di A. Saccomanno*, Insegnamento di religione cattolica: ancora una interpretativa di rigetto*, 88), occasione in cui la Consulta ribadisce decisamente l'orientamento maturato nella Sentenza del 1989 sostenendo che: "*l'insegnamento di religione cattolica, compreso tra gli altri insegnamenti del piano didattico, con pari dignità culturale, come previsto nella normativa di fonte pattizia, non è causa di discriminazione e non contrasta- essendone anzi una manifestazione col principio supremo di laicità dello Stato...*". L'insegnamento della sola religione cattolica nella scuola pubblica costituisce dunque (alquanto paradossalmente) per il Giudice delle leggi attuazione del principio di laicità e chi decide di non avvalersene si trova in uno stato di 'non obbligo'. La definizione di laicità rimane ancorata all'idea di 'buona laicità' che ben si concilia con i privilegi riconosciuti alla sola religione cattolica.

47 Per la dottrina in linea con tale impostazione cfr. M. Olivetti, *Incostituzionalità del vilipendio della religione dello Stato, uguaglianza senza distinzioni di religione e laicità dello Stato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 3978; R. Coppola, *Ma la "laicità relativa" non l'ho inventata io… ovvero dell'uguaglianza delle confessioni religiose secondo Procuste*; ed anche *Il simbolo del crocifisso e la "laicità relativa" o ponderata, in Forum di Quaderni costituzionali*, 13 aprile 2002 e 9 giugno 2006.

48 Cfr. la lucida ricostruzione critica e le inevitabili e condivisibili conclusioni di A. Di Giovine, *Laicità e democrazia*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, 273.

49 Cfr. A. Ferrari, *Laicità del diritto e laicità narrativa*, in *Il Mulino*, 2008, n. 6, 1123 e ss.

rantisce l'uguaglianza dei cittadini e delle confessioni religiose davanti alla legge. La differenza di trattamento tra le religioni non appare infatti giustificabile ai sensi del principio di ragionevolezza, poiché le confessioni religiose (come chiarito dalla stessa Corte) non possono essere considerate in maniera diversa sulla base del dato numerico, antropologico o sociologico, e tale inattuazione non può giustificarsi nemmeno con il timore della pericolosità di una presunta deriva laicista. Il principio di laicità non può essere confinato al solo dibattito dottrinale, non è un semplice esercizio di stile, o il *'sogno di un giurista'*[50], poiché la sua concreta affermazione influenza decisamente la vita di ogni soggetto e solo lo Stato laico è in grado di superare ogni *weltanschauung* caratterizzata dal c.d. integralismo, da certezze indimostrabili, da pericolosi dogmi, insomma solo la laicità può 'smascherare' le ideologie perchè lo Stato divenga effettivamente "*il luogo di confronto ed integrazione di tutte le verità, riconosciute e relativizzate come tali nella loro infinità varietà*"[51] e solo lo Stato laico può realizzare effettivamente ed efficacemente il principio di eguaglianza senza violare le scelte più intime, personali e anche confessionali che ognuno dei suoi consociati è libero comunque di compiere nella sua dimensione privata.

La mancata previsione della laicità costituzionale così come la sua parziale e falsata introduzione ad opera della Corte costituzionale si ripercuotono negativamente su molti settori della nostra legislazione positiva, la mancanza di laicità ferisce duramente il principio di eguaglianza e giustifica un legislatore inerte o schizofrenico che troppo spesso quando si confronta con gli importanti temi etici che contraddistinguono i nostri tempi dimostra un'arretratezza giuridica realmente intollerabile o sceglie di non scegliere preferendo l'omissione legislativa alla legislazione laica fedele al principio di eguaglianza.

In conclusione, se è pur vero che *'non possiamo non dirci cristiani'* per il nostro passato e la nostra storia[52], allo stesso tempo deve essere altrettanto vero, anche per onorare e rispettare la rivoluzione operata dal Cristianesimo, che per il nostro futuro da cristiani è arrivato il momento di dimostrarci capaci di essere effettivamente laici ed egualitari nella gestione della cosa pubblica e della democrazia che oggi più che mai non può fare a meno di connotarsi in maniera egualitariamente laica. La laicità appare quindi quale strumento imprescindibile per realizzare la rivoluzione promessa dall'articolo 3.

4. Il crocifisso di Stato che mortifica la laicità

Il pluralismo religioso e confessionale riconosciuto dalla nostra Costituzione e il principio di laicità, seppure nella sua declinazione 'buona', emerso dalla giurispru-

50 Così si esprime F. Margiotta Broglio, *La laicità dello Stato*, in G. Preterossi (a cura di), *Le ragioni dei laici*, Roma-Bari, Laterza, 2005, 93.
51 Così V. Zanone, *Laicismo*, in N. Bobbio - N. Matteucci - G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1976, 511; F. Rimoli, *Laicità,* in *Enciclopedia Giuridica Treccani,* vol. XVIII, 1995.
52 B. Croce, *Perchè non possiamo non dirci cristiani*, in *La Critica,* 20 novembre 1942.

denza costituzionale non sembrano dunque sufficienti a definire l'eguaglianza senza distinzione di religione: infatti malgrado tali affermazioni la religione cattolica continua a mantenere una posizione di privilegio che inficia il principio di eguaglianza. Tale situazione appare in tutta la sua gravità anche nell'ambito della simbologia. In un'epoca come la nostra, caratterizzata dalla multiculturalità e dal pluralismo anche religioso, non può stupire il fatto che la tematica dei simboli, da quelli "profani" a quelli più specificatamente religiosi, risulti di forte impatto[53]. Il simbolo infatti può avere effetti molto diversi, da un lato è in grado di *"sintetizzare messaggi e di comunicarli con immediatezza*", è dunque uno strumento di richiamo identitario, ma così come il simbolo può unire, al contempo esclude, ghettizza, discrimina: il simbolo cioè unisce i *"partecipi"* della stessa credenza, fede o passione, e contemporaneamente li divide dai *"non partecipi"*[54].

La questione dell'esposizione dei simboli religiosi nello spazio pubblico presuppone, da un punto di vista teorico, una riflessione sul ruolo che il principio di laicità riveste nelle contemporanee società multiculturali[55]. Lo Stato laico e neutrale dovrebbe infatti consentire a tutte le diverse culture di partecipare e comunicare nello spazio sociale e nei luoghi dell'interazione pubblica, nel rispetto dei principi essenziali della democrazia e del moderno costituzionalismo in quadro di pluralismo religioso e confessionale, tuttavia anche in questo ambito la nostra laicità non appare abbastanza convinta riparandosi all'ombra del crocifisso esposto nei luoghi dello Stato[56].

53 In generale sull'importanza dell'uso dei simboli con particolare riferimento ai simboli religiosi cfr. G. Ferrero, *I simboli in rapporto alla storia e filosofia del diritto, alla psicologia e alla sociologia*, Torino, 1892 (riedito a cura di Bruno Lauretano, Napoli, 1995); G. Mosse, *La nazionalizzazione delle masse. Simbolismo politico e movimenti di massa in Germania*, Bologna, 1984; D. Kertzer, *Riti e simboli del potere*, Roma, 1989; E. Gentile, *Il culto del littorio*, Roma-Bari, 1993; L. Gattamorta, *Teorie del simbolo: studio sulla sociologia fenomenologica,* Milano, 2005; L. Lombardi Vallauri, *Simboli e realizzazione*, in E. Dieni - A. Ferrari - V. Pacillo (a cura di), *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, Bologna, 2005, 13; E. Dieni - A. Ferrari - V. Pacillo (a cura di), *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, Bologna, 2005; M. Jasonni, *Simbolo religioso e laicità (Appunti a margine della rilettura apologetica di un frammento eracliteo)*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 2005, 2; G. Casuscelli, *Il crocifisso nelle scuole: neutralità dello Stato e «regola della precauzione»*, in *Diritto ecclesiastico*, 2005, n. 1, 512; M. Parisi (a cura di); *Simboli e comportamenti religiosi nella società globale*, Napoli-Roma, 2006; E. Dieni - A. Ferrari - V. Pacillo (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano, 2006; S. Mancini*, Il potere dei simboli, i simboli del potere: laicità e religione alla prova del pluralismo*, Padova, 2008; F. Benigno - L. Scuccimarra (a cura di), *Simboli della politica*, Roma 2010; A. De Oto (a cura di), *Simboli e pratiche religiose nell'Italia «multiculturale». Quale riconoscimento per i migranti?*, Roma, 2010; G. Zagrebelsky, *Simboli al potere: politica, fiducia, speranza*, Torino, 2012; F. La Camera, *Il diritto ad esporre simboli religiosi nello spazio pubblico*, in S. Domianello (a cura di), *Diritto e religione in Italia. rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, Bologna, 2012, 215; L. P. Vanoni*, Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, Milano, 2013; F. Rescigno, "*Ite missa est". Laicità paradigma di eguaglianza*, Napoli, 2015.

54 Cfr. A. Guazzarotti, *Giudici e minoranze religiose*, Milano, 2001.

55 Chiarisce con maestria gli effetti negativi del simbolo in termini di carica identitaria rispetto ai fondamentalismi di ogni religione L. Lombardi Vallauri, *Simboli e realizzazione*, in E. Dieni - A. Ferrari - V. Pacillo (a cura di), *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, Bologna, 2005, 13.

56 L'esposizione del crocifisso negli uffici pubblici in genere, è disciplinata dall'Ordinanza ministeriale

Il problema rispetto all'esposizione del crocifisso è se debba essere considerato lecito, e soprattutto rispondente ad uno Stato che afferma annoverare il principio di laicità tra i suoi principi fondamentali, esporre un crocifisso in un'aula scolastica, in un tribunale o in un ufficio pubblico; oppure se questa scelta, oltre a potere offendere la coscienza del non credente o dell'appartenente ad un'altra confessione religiosa, contraddica il principio di laicità e conseguentemente lo stesso principio di eguaglianza.

L'esposizione del crocifisso nei luoghi pubblici risponde ad alcune normative risalenti al periodo fascista, previsioni che né le successive novità legislative né, tantomeno, la Costituzione repubblicana che statuisce l'eguaglianza delle religioni di fronte alla legge sono riuscite a scalfire, così come non sembra esserci riuscita l'affermazione della Corte Costituzionale che sancisce la presenza del principio di laicità tra i fondamenti dello Stato.

Rispetto alla collocazione del crocifisso nei tribunali è la Circolare del Ministro Rocco del 29 maggio 1926 a disporne la collocazione nelle aule di udienza[57]. Tale previsione, ancora oggi applicata, è stata contestata apertamente a partire dall'ottobre del 2003 da un magistrato di Camerino -il dottor Tosti- che decise, su richiesta di alcuni avvocati, di rimuovere il crocifisso presente nell'aula giudiziaria, gesto che causò un'inchiesta dell'allora Ministro della giustizia Castelli al fine di appurare se fosse necessario intervenire con un trasferimento d'ufficio o un'azione disciplinare nei confronti del magistrato. Il giudice arrivò fino all'astensione dalle udienze con le naturali conseguenze derivate dall'interruzione di pubblico servizio, cioè una prima condanna nel dicembre del 2005 da parte del Tribunale dell'Aquila, a sette mesi di reclusione e all'interdizione dei pubblici uffici per un anno. Tale condanna veniva confermata dalla Corte di Appello dell'Aquila, e poi successivamente annullata nel 2009 dalla Cassazione che accoglieva la non configurazione del reato di omissione di atti di ufficio, poiché le udienze erano state tenute comunque dai sostituti, omet-

11 novembre 1923 n. 250; mentre l'esposizione nelle aule giudiziarie deriva dalla Circolare del Ministro Rocco, Ministro Grazia e Giustizia, Div. III, del 29 maggio 1926, n. 2134/1867 recante "*Collocazione del crocifisso nelle aule di udienza*". Per quanto concerne la scuola si fa riferimento ad una serie di atti secondari su cui si avrà modo di soffermarsi nel prosieguo della trattazione. Più recentemente rispetto all'esposizione di simboli religiosi all'interno di uno spazio pubblico destinato ad uso privato è stata prevista -dall'articolo 58, comma 2, d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230- la possibilità al detenuto di "*esporre nella propria camera individuale o nel proprio spazio di appartenenza nella camera a più posti, immagini e simboli della propria confessione religiosa*". Infine, si ricorda la *'Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione*' approvata con Decreto del Ministro dell'Interno 23 aprile 2007, n. 26628, in cui si afferma tra l'altro che "*l'Italia rispetta i simboli, e i segni, di tutte le religioni. Nessuno può ritenersi offeso dai segni e simboli di religioni diverse dalla sua*". Peccato che i simboli delle altre religioni non trovino alcuno spazio nei luoghi dello Stato.

57 Cfr. Circolare Ministero di Grazia e Giustizia - Div. III del 29/5/1926, n. 2134/1867: «*Prescrivo che nelle aule di udienza, sopra il banco dei giudici e accanto all'effige di Sua Maestà il Re sia restituito il Crocefisso, secondo la nostra antica tradizione. Il simbolo venerato sia solenne ammonimento di verità e di giustizia. I Capi degli uffici giudiziari vorranno prendere accordi con le Amministrazioni comunali affinché quanto ho disposto sia eseguito con sollecitudine e con decoro di arte, quale si conviene all'altissima funzione della giustizia*».

tendo però di pronunciarsi sugli altri motivi relativi alla tutela della libertà religiosa. In seguito all'assoluzione è stato riattivato il procedimento disciplinare che era stato sospeso in attesa della definizione di quello penale e nel 2010 la Sezione disciplinare del CSM -pur ritenendo che l'imposizione dei crocifissi potesse configurare la lesione dei diritti di libertà religiosa e di coscienza- rimuoveva comunque il giudice Tosti dalla magistratura in quanto considerava i rimedi alternativi proposti sufficienti a garantire i diritti dello stesso[58]. Nel luglio del 2012 la Corte di appello dell'Aquila ha discusso l'appello contro la seconda sentenza di condanna nel frattempo già pronunciata assolvendo il giudice dal reato di omissione di atti di ufficio (art. 328 Codice Penale) per essersi rifiutato di tenere le udienze sotto l'imposizione dei crocifissi, omettendo però anche in questo caso di soffermarsi sui profili più controversi della vicenda e cioè quelli legati alla libertà religiosa e al principio di laicità[59]. La lunga vicenda del giudice Tosti arriva anche dinanzi alla Corte costituzionale la quale con l'Ordinanza n. 127 del 2006 dichiara inammissibile il conflitto tra poteri dello Stato[60] cogliendo l'occasione per aggiungere che in realtà il magistrato "*esprime solo il personale disagio di un lavoratore dipendente del Ministro di Giustizia per lo stato dell'ambiente nel quale deve svolgere la sua attività*" senza lamentare "*alcuna menomazione delle attribuzioni costituzionalmente garantite agli appartenenti all'ordine giudiziario*".

Dopo condanne, assoluzioni e azioni disciplinari possiamo ben dire che la questione non appare risolta e che, accanto al motto '*La legge è uguale per tutti*', ancora oggi trova posto nei nostri tribunali il simbolo della passione di Cristo, come a ricordarci che una cosa è l'eguaglianza dinanzi alla legge e ben altro è invece l'eguaglianza senza distinzione di religione. Se questa è la situazione nei luoghi deputati alla giustizia, altrettanto pregiudizievole è quella nei luoghi del sapere: infatti, oltre all'insegnamento della sola religione cattolica, le nostre scuole veicolano il messaggio religioso attraverso l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche.

Paradossalmente l'esposizione dei crocifissi nelle scuole pubbliche non deriva da

58 I giudici del CSM hanno scelto la sanzione estrema della rimozione dalla magistratura per motivi di "*prevenzione speciale*" poichè se il giudice Tosti fosse stato riammesso in servizio avrebbe comunque proseguito nella sua richiesta di difesa dei propri diritti inviolabili e quindi nella rimozione dei crocifissi, così l'unica soluzione concretamente praticabile appariva quella della rimozione del giudice e non certo dei crocifissi.

59 La Corte d'Appello nella sua Sentenza sostiene: "*che è meritevole di tutela, alla luce dei principi costituzionali, il diritto dei difensori e dell'imputato a presenziare e ad esercitare le prerogative difensive in un'aula di giustizia priva di espliciti simboli religiosi*", ma afferma anche che tale tutela di questi diritti poteva "*essere garantita mediante la celebrazione del processo in un'altra aula della Corte, che era priva dei crocifissi*".

60 Si tratta del giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sorto a seguito della circolare del Ministro di grazia e giustizia – Div. III del 29 maggio 1926, n. 2134/1867, relativa alla «*Collocazione del Crocefisso nelle aule di udienza*» e consequenziale diniego dell'attuale Ministro della giustizia alla rimozione dei crocifissi nelle aule giudiziarie promosso con ricorso di Luigi Tosti, nella qualità di giudice monocratico del Tribunale di Camerino, nei confronti del Ministro della giustizia, depositato in cancelleria il 5 dicembre 2005 ed iscritto al n. 43 del registro conflitti tra poteri dello Stato, fase di ammissibilità. Cfr. Ordinanza n. 127 del 2006 in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006, 1192.

una previsione legislativa ma è il risultato di una serie di atti secondari concernenti non tanto l'insegnamento della religione cattolica quanto piuttosto gli arredi scolastici[61]. I Patti Lateranensi e le successive modifiche del 1984 non hanno infatti stabilito niente di specifico rispetto all'esposizione del crocifisso nelle scuole o, più in generale negli uffici pubblici. È interessante notare come il Consiglio di Stato abbia però fornito parere negativo rispetto ad una abrogazione implicita dovuta al decadimento della previsione della religione cattolica quale religione di Stato avvenuto proprio con la modifica dei patti Lateranensi[62].

L'esposizione del crocifisso nelle nostre scuole ha dato vita ad una lunghissima vicenda giudiziaria terminata, almeno fino ad ora, addirittura davanti alla Grand Chambre. Il caso è cominciato nel 2002 in seguito alla richiesta della signora Lautsi al Consiglio d'istituto della scuola media di Abano Terme frequentata dai propri figli, di rimuovere il crocifisso dalle aule. Al rifiuto della scuola la signora decide di rivolgersi al Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto che non entra nel merito della vicenda e rimette la questione di legittimità alla Corte Costituzionale fondando la propria ordinanza di remissione sui due presupposti: che le norme regolamentari del 1924 e del 1928 fossero tuttora vigenti in virtù dell'art. 676 del Decreto legislativo n. 297 del 1994 e che quindi fosse possibile un controllo indiretto su di esse attraverso la proposizione di una questione di legittimità avente ad oggetto alcune disposizioni del testo unico sull'istruzione, così come «specificate» da tali norme secondarie[63]. Il

61 L'esposizione dell'immagine del crocifisso (e del ritratto del Re) nelle scuole pubbliche è disposta dall'articolo 118, r.d. 30 aprile 1924, n. 965, in ogni aula delle scuole medie (del Regno d'Italia) e, per la scuola elementare, dal r.d. 26 aprile 1928, n. 1297, che all'allegato C (articolo 119) prevede il crocifisso nella tabella degli arredi e del materiale occorrente nelle varie classi. La vigenza di tali norme viene successivamente confermata dall'articolo 30 della Legge 28 luglio 1967, n. 641 in materia di edilizia scolastica (poi sostituito dall'articolo 6 della Legge 17 febbraio 1968, n. 106) e dalla Circolare del Ministero della Pubblica Istruzione 19 ottobre 1967, n, 367/2527 che prevede l'esposizione dell'immagine del Presidente della Repubblica al posto di quella del Re. Il Decreto Legislativo 16 aprile 1994, n. 297 (T.u. delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione) non menziona espressamente gli elementi di necessario corredo delle aule scolastiche; la Circolare del Miur del 3 ottobre 2002, n. 2667, dedicata proprio al crocifisso, ribadisce l'obbligo per i dirigenti scolastici di assicurare il rispetto dell'esposizione. Ancora, in merito all'esposizione di simboli religiosi diversi dal crocifisso nelle scuole pubbliche è intervenuta la Circolare del Ministero della Pubblica Istruzione dell'8 aprile 1923, n. 8823 che accogliendo le richieste dei valdesi, prevede la possibilità di affiggere un'immagine del Redentore "*in un'espressione significativa che valga a manifestare il medesimo altissimo ideale che è raffigurato nel crocifisso*".

62 Con il Parere n. 63 del 1988, il Consiglio di Stato ha stabilito che le norme dell'art 118 R.D. 30 aprile 1924 n. 965 e l'allegato C del R.D. del 26 aprile 1928 n. 1297, che prevedono l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche non possono essere considerate implicitamente abrogate dalla nuova regolamentazione concordataria sull'insegnamento della religione cattolica in quanto, premesso che "...*il Crocifisso, o più esattamente la Croce, a parte il significato per i credenti, rappresenta il simbolo della civiltà e della Cultura cristiana, nella sua radice storica, come valore universale, indipendentemente da specifica confessione religiosa, le norme citate, di natura regolamentare, sono preesistenti ai Patti Lateranensi e non si sono mai poste in contrasto con questi ultimi. Occorre, poi, anche considerare che la Costituzione Repubblicana, pur assicurando pari libertà a tutte le confessioni religiose, non prescrive alcun divieto alla esposizione nei pubblici uffici di un simbolo che, come il Crocifisso, per i principi che evoca e dei quali si è già detto, fa parte del patrimonio storico*".

63 Cfr. TAR Veneto, Sezione I, Ordinanza 14 gennaio 2004, n. 56, in *Foro italiano*, 2004, III, 235.

giudice delle leggi però 'decide di non decidere' e dichiara la manifesta infondatezza della questione sollevata «sotto ogni profilo» ritenendo «erronei» i presupposti del ricorso[64]. La questione è inammissibile, poiché non vi sarebbe un obbligo legislativo all'affissione del crocifisso ma al massimo una previsione con fonte secondaria; in tal modo la Consulta non sembra voler avallare il Parere del Consiglio di Stato del 1988 che sosteneva la vigenza e la costituzionalità delle disposizioni del periodo fascista; in più, considerando che nel 2000 la Corte di Cassazione, Sezione IV penale, con la Sentenza n. 439, dichiarava non necessaria e non legittima la presenza del crocifisso nei seggi elettorali, allora si poteva pensare che la loro legittimazione a rimanere nelle scuole dovesse essere rimessa sostanzialmente all'autonomia e alla discrezionalità delle singole istituzioni scolastiche e, concretamente, alle decisioni assunte dagli organi direttivi.

La prudenza della Consulta non appare condivisibile considerando l'importanza della questione relativa all'esposizione del simbolo cattolico per eccellenza in un luogo così rilevante quali le aule scolastiche. Il seguito della laconica Ordinanza della Corte arriva con la Sentenza T.A.R. Veneto 17-22 marzo 2005, n. 1110, in cui il Tribunale regionale, in maniera "dissociata" rispetto alla precedente ordinanza di rimessione – che poteva far supporre una propensione verso la caducazione delle norme incriminate – decide di superare le perplessità precedenti e dopo avere affermato la propria giurisdizione passa al giudizio nel merito in cui ricostruisce dapprima l'evoluzione storica della disciplina prendendo le mosse dalla normativa prevista dallo Statuto Albertino e dalle modifiche sopravvenute; sottolineando come l'esposizione del crocifisso nelle scuole sia perdurata tanto a lungo, anche dopo la caduta del fascismo, che si potrebbe ipotizzare addirittura una consuetudine nel senso giuridico del termine. Il TAR ricorda come il principio di laicità non rimanga confinato al nostro ordinamento, ma costituisca altresì un tratto distintivo di tutti i sistemi democratici occidentali come confermato da numerose sentenze che in diversi paesi (anche non europei) si sono occupate di risolvere delicati conflitti sulla presenza pubblica di simboli religiosi[65]. Il Tribunale amministrativo appare consapevole che

64 Cfr. Ordinanza n. 389 del 2004 in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 4280 e ss. con osservazioni di S. Lariccia, *A ciascuno il suo compito: non spetta alla Corte costituzionale disporre la rimozione del crocifisso nei locali pubblici*; G. Gemma, *Esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche: una corretta ordinanza di inammissibilità*; F. Rimoli, *La Corte, la laicità e il crocifisso, ovvero di un appuntamento rinviato*; A. Gigli - S. Gattamelata, *Il crocifisso: valore universale di un arredo scolastico*. Ancora su tale pronuncia cfr. G. Gemma, *Spetta al giudice comune, non alla Corte costituzionale, disporre la rimozione del crocifisso,* in R. Bin- G. Brunelli- A. Pugiotto- P. Veronesi (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino 2004, 161; A. Celotto, *Il simbolo sacro inserito tra gli arredi scolastici può mettere in discussione la laicità dello Stato*, in *Guida al diritto*, 2004, n. 8, 95; F. Margiotta Broglio, *Obbligatorio o non obbligatorio? Il crocifisso per ora resta appeso*, in OLIR, *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, www.olir.it, dicembre 2004.

65 Per quanto concerne i riferimenti di diritto comparato il TAR respinge decisamente l'idea di un concetto di laicità alla francese sostenendo: "*Infine, risulta impossibile trasporre nel nostro sistema il concetto di laicità francese, legato strettamente alla specifica storia di quel Paese e basato non già sulla neutralità dello Stato, ma su di una sua precisa scelta di valori*", come se la Francia fosse caratterizzata da principi, valori e da una storia che nulla ha in comune con la tradizione italiana.

"*il crocifisso…non può essere considerato semplicemente come un arredo, ma è un simbolo, un oggetto cioè che richiama significati diversi rispetto alla sua materialità,…ciò premesso, va osservato innanzi tutto come il crocifisso costituisca anche un simbolo storico-culturale, e di conseguenza dotato di una valenza identitaria riferita al nostro popolo...esso indubbiamente rappresenta in qualche modo il percorso storico e culturale caratteristico del nostro Paese e in genere dell'Europa intera e ne costituisce un'efficace sintesi...il crocifisso non può, oggi, essere considerato come un mero simbolo storico e culturale, nemmeno nel contesto scolastico, ma deve essere valutato anche come un simbolo religioso. A tale proposito va evidenziato come la croce vada intesa quale simbolo del cristianesimo, non già semplicemente del cattolicesimo, e quindi riassuma in sé oltre al cattolicesimo stesso anche i valori delle altre confessioni cristiane presenti nel nostro Paese...In sostanza, la croce è un simbolo in cui si possono identificare numerose (anche se probabilmente non tutte) confessioni religiose che si rifanno alla figura del Cristo e che, in certo qual modo, costituisce quindi anche il segno del loro comune denominatore ... il crocifisso debba essere considerato non solo come simbolo di un'evoluzione storica e culturale, e quindi dell'identità del nostro popolo, ma quale simbolo altresì di un sistema di valori di libertà, eguaglianza, dignità umana e tolleranza religiosa e quindi anche della laicità dello Stato, principi questi che innervano la nostra Carta costituzionale*".

Il ragionamento del giudice amministrativo lascia decisamente increduli. Il giudice si è avventurato su quello che lui stesso definisce essere un *'terreno scivoloso*' ed è '*scivolato*' non tanto perché sostiene l'esistenza di un'affinità tra i valori che costituiscono l'architrave del pensiero cristiano e il nucleo portante della Carta repubblicana, ma perché afferma che per questo il simbolo della croce diviene simbolo di un sistema di valori di libertà, eguaglianza, dignità umana, tolleranza religiosa e dunque simbolo della laicità dello Stato. Il crocifisso '*abbraccia*' tutti e *'non può escludere nessuno senza negare sé stesso*', per cui tutti: credenti, non credenti e seguaci di altre religioni in esso devono riconoscersi; ben venga dunque la sua collocazione nelle aule della scuola pubblica, in quanto non solo esso non contrasta ma anzi afferma e conferma il principio della laicità dello Stato repubblicano[66]. La Sentenza sposa quindi l'idea di una laicità 'attiva' rispetto alla quale lo Stato svolge un ruolo di promozione non nel senso dell'eguaglianza tra le varie confessioni religiose, bensì in quello dell'esaltazione dei valori espressi dalla sola religione cattolica; infine, in nessuna considerazione vengono tenute le libertà fondamentali degli alunni, considerando che tra le funzioni primarie della scuola dovrebbe invece esserci l'edu-

66 Si evidenzia come l'ottica di riferimento della pronuncia è unicamente quella della oggettiva valenza del crocifisso alla luce del patrimonio storico e culturale della Nazione, tralasciando la percezione soggettiva del simbolo ad opera dell'alunno, cioè la prospettiva soggettivistica della libertà di coscienza. Sul dilemma tra ottica 'soggetivistica' e prospettiva 'oggettivistica' rispetto alla questione dell'esposizione del crocifisso nei luoghi pubblici e cioè se essa attenga in via esclusiva o primaria al tema della laicità dello Stato ovvero a quello della libertà di coscienza di quanti accedono in quei luoghi, cfr. M. Manco, *Esposizione del crocifisso e principio di laicità dello Stato*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 2005, n. 1, 33, dove l'autore si concentra sulla forma assiologica cui si conforma l'istituzione statale in sè.

cazione al pluralismo religioso e culturale ed alla tolleranza ed anche la protezione della libertà di coscienza degli alunni stessi[67].

La storia infinita dell'esposizione del crocifisso nelle scuole pubbliche prosegue con la Sentenza n. 556 del 2006 del Consiglio di Stato il quale conferma l'impostazione relativa alla 'laicità del crocifisso' elaborata dal giudice amministrativo di I° grado e chiarisce, preliminarmente, che il concetto di laicità non va inteso in senso generale ed univoco, per cui se è pur vero che la laicità richiede la distinzione tra la dimensione temporale e quella spirituale è altrettanto vero che ogni Stato realizza la propria personale laicità[68]. Emerge quindi accanto alla 'laicità buona' e alla 'laicità cattiva' una visione 'territoriale' della laicità, per cui si riconoscono tante laicità quanti Paesi esistono, e il Consiglio di Stato afferma, tra l'altro, che il crocifisso deve restare nelle aule scolastiche in quanto "*simbolo idoneo ad esprimere l'elevato fondamento dei valori civili*" che hanno un'origine religiosa, ma "*che sono poi i valori che delineano la laicità nell'attuale ordinamento dello Stato*". Ancora, il giudice amministrativo rinviene nel crocifisso un simbolo unificante di grande portata poiché sarebbe difficile trovare, «*nel contesto culturale italiano*», un altro simbolo più idoneo del crocifisso ad esprimere «*l'elevato fondamento dei valori civili*»[69].

La ricorrente decide allora di rivolgersi alla Corte europea per i diritti dell'uomo, che con la Sentenza del 3 novembre 2009 (Procedimento n. 30814/06, *Lautsi v. Italia*) capovolge l'impostazione delineata fino a quel momento dalla giustizia italiana stabilendo che l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche costituisce "*una violazione del diritto dei genitori a educare i figli secondo le loro convinzioni e del diritto degli alunni alla libertà di religione*"[70]. La Corte dei diritti sottolinea infatti come

67 A tale proposito giova ricordare la Legge 27 maggio 1991, n. 176 contenente *Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo,fatta a New York il 20 novembre 1989* e pure la Legge 20 marzo 2003, n. 77 contenente *Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli*, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996.

68 Cfr. Sentenza n. 556 del 2006 del Consiglio di Stato.

69 Su tale affermazione non si può che dissentire in quanto esiste certamente un altro simbolo assai più idoneo allo scopo indicato e pure chiaramente descritto dalla Carta repubblicana tra i suoi principi fondamentali: si tratta della nostra bandiera unico dei simboli della Repubblica a trovare esplicita menzione nella Costituzione che non si riferisce né all'inno, né a feste nazionali, né tantomeno a simboli religiosi o pseudo-tali.

70 Sulla Sentenza della Corte di Strasburgo cfr. S. Mancini, *La supervisione europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro-maggioritario delle Corti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, 4055; S. Bartole, *Simbolo religioso, simbolo passivo, simbolo civile: le metamorfosi forensi del Crocifisso*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 65; N. Colaianni, *Il crocifisso tra Roma e Strasburgo*, in www.statoechiese.it., maggio 2010; J. H. H. Weiler, *Il crocefisso a Strasburgo: una decisione imbarazzante*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010, 148; D. Tega, *Cercando un significato europeo di laicità: la libertà religiosa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010, 799; M. Ruotolo, *La questione del crocifisso e la rilevanza della sentenza della Corte europea dal punto di vista del diritto costituzionale*, in www.costituzionalismo.it, 11/01/2010; A. Guazzarotti, *Il crocifisso visto da Strasburgo,* in *Studium Iuris,* 2010, n. 5, 494; F. Cortese - S. Mirate, *La CEDU e il crocifisso: prodromi, motivi e conseguenze di una pronuncia tanto discussa,* in www.forumcostituzionale.it, 28 gennaio 2010; M. Ricca, *Chi vuole il crocifisso? Domande semplici, democrazia interculturale, fede personale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 5;

spetti principalmente all'istruzione pubblica salvaguardare e promuovere il pluralismo educativo, essenziale alla preservazione della società democratica così come la concepisce la Convenzione, per cui "*il rispetto delle convinzioni dei genitori deve essere reso possibile nel quadro di un'istruzione capace di garantire un ambiente scolastico aperto e favorendo l'inclusione piuttosto che l'esclusione, indipendentemente dall'origine sociale degli allievi, delle loro credenze religiose o dalla loro origine etnica*", infatti "*la scuola non dovrebbe essere il teatro di attività di proselitismo o predicazione*" bensì "*un luogo di unione e confronto di varie religioni e convinzioni filosofiche, dove gli allievi possono acquisire conoscenze sulle diverse tradizioni*". Il pluralismo per la Corte è assicurato dalla neutralità dello Stato, ancor più necessaria quando i protagonisti sono i giovani e giovanissimi che ancora non possono aver maturato quella capacità critica consona a prendere le distanze rispetto al messaggio che deriva da una scelta preferenziale manifestata dallo Stato in materia religiosa. Lo Stato è dunque tenuto alla neutralità confessionale nel quadro dell'istruzione pubblica obbligatoria e l'esposizione nelle aule delle scuole pubbliche di un simbolo che è ragionevole associare al cattolicesimo (la religione maggioritaria in Italia) non appare di alcun aiuto alla realizzazione del pluralismo educativo essenziale alla preservazione d'una società democratica come la concepisce la Convenzione, e alla preservazione del pluralismo che è stato riconosciuto pure dalla Corte costituzionale nel diritto nazionale. La Corte stabilisce che in questo caso c'è stata effettivamente violazione dell'articolo 2 del protocollo n. 1 e dell'articolo 9 della Convenzione, ma non potendo imporre la rimozione dei crocifissi dalle scuole italiane ed europee, condanna comunque il nostro Paese a risarcire la ricorrente per danni morali.

Questa pronuncia suscitò forti reazioni e condusse a quella che per ora appare l'ultima tappa della vicenda e cioè la pronuncia della Grande Chambre del 18 marzo 2011, con la quale (con quindici voti a favore e due contrari) viene ribaltata la pronuncia di primo grado e assolta l'Italia, perchè pur essendo vero che il crocifisso è essenzialmente un simbolo religioso, "*non sussistono tuttavia nella fattispecie elementi attestanti l'eventuale influenza che l'esposizione di un simbolo di questa natura sulle mura delle aule scolastiche potrebbe avere sugli alunni*"; in altre parole, la Corte considera il crocifisso come un simbolo "*passivo*", e le scelte relative alla sua esposizione o meno nelle aule scolastiche rientrano totalmente "*nell'ambito del margine della discrezionalità dello Stato*"[71].

C. Cardia, *Identità religiosa e culturale europea. La questione del crocifisso*, Torino, 2010; D. Scaffidi, *L'esposizione di simboli religiosi nella scuola pubblica: la decisione della Corte e europea dei diritti dell'uomo del 3 novembre 2009 nel caso Lautsi c. Italia (ric. 30814/2006)*, in *Persona e mercato*, 2011, n. 2, 120; L. P. Vanoni, *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, Milano, 2013.

71 Sulla decisione cfr. A. Leoni, *L'"Affaire Lautsi c. Italie": la vicenda giudiziaria dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in Rivista telematica, www.statoechiese.it, aprile 2011; C. Pinelli, *Esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche e libertà di religione (Oss. a Corte europea dei diritti dell'uomo-* Grande Chambre*,* Lautsi contro Italia*, 18 marzo 2011)*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa* (*www.europeanrights.eu*), 10 maggio 2011; M. Toscano, *La sentenza Lautsi e altri c. Italia della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Stato,*

L'ultimo atto di questa annosa vicenda non pare risolvere la 'questione crocifisso' in maniera convincente, mostra infatti una Corte prudente che, pur ritenendo che il crocifisso sia innanzitutto un simbolo religioso, non ravvede però specifici elementi che attestino l'eventuale influenza negativa dell'esposizione di un simbolo religioso sui muri delle aule scolastiche; lasciando unicamente alla valutazione dello Stato convenuto la scelta se affiggerlo o meno sostenendo che comunque il nostro sistema di istruzione pubblica sembra ispirato al pluralismo e al rispetto di ogni convinzione religiosa (come emerge da quanto allegato dal Governo italiano). Così il crocifisso che nella sentenza del 2009 era un *'simbolo forte'* si trasforma in un*'simbolo essenzialmente passivo'*, che si concilia con il principio di neutralità, in quanto non è possibile attribuirgli un'influenza sugli allievi paragonabile a quella che può avere ad esempio un discorso didattico o la partecipazione ad attività religiose. La Corte sembra così aver accantonato la sua giurisprudenza precedente in cui neutralità e laicità camminavano insieme perché "*laicità significa neutralità; lo dice la Corte europea, lo dice la dottrina: neutrale è, e deve essere, lo spazio pubblico di convivenza, in primo luogo la scuola, sede primaria di formazione del cittadino. Non va confuso ciò che rientra nella libertà dei singoli e ciò che è consentito allo Stato*"[72].

Il crocifisso rimane dunque in classe e la scuola che dovrebbe essere uno dei luoghi per eccellenza laici diventa invece una 'scuola prepotente' fonte di divisione, una scuola che perde la possibilità di educare a superare gli egoismi al fine di individuare interessi generali unificanti[73].

È triste e fa pensare un paese che ha bisogno di ricorrere a simboli religiosi per 'unire', dovrebbero invece essere i principi fondamentali, la Costituzione e i diritti inviolabili a testimoniare la nostra identità culturale, la nostra storia e il nostro percorso democratico e non certo il crocifisso, simbolo di estrema importanza per la religione cattolica, ma che non può certo realizzare il principio di eguaglianza senza 'senza distinzione di religione', ma anzi suo malgrado, contribuisce a mortificare la laicità e l'eguaglianza, venendo utilizzato quale strumento di intolleranza e divisione. Il cammino verso la realizzazione del principio di laicità in Italia appare quindi ancora molto lungo e faticoso.

Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica, www.statoechiese.it, ottobre 2011; I. Ruggiu, *Il crocifisso come "simbolo passivo" nella Lautsi II: riflessioni sulle tecniche argomentative dei giudici nei conflitti multiculturali e religiosi*, in *Diritti Comparati*, www.dirittocomparati.it, 28 luglio 2011; A. Errante Parrino, *La decisione della "grande chambre" sul caso del crocifisso nelle scuole italiane*, in *Persona e mercato*, 2011, n. 2, 129; S. Mancini, *La sentenza della Grande Camera sul crocifisso: è corretta solo l'opinione dissenziente*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 2, 425.

72 Cfr. L. Carlassare, *Crocifisso: una sentenza per l'Europa 'non laica'*, in *Costituzionalismo.it*, 2011, n.2 (www.costituzionalismo.it/articoli/384), ed ora anche in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, n. 6, parte II, 291.

73 In tal senso cfr. le riflessioni di S. Rodotà, *Perchè laico*, Bari, 2009-2010, 63 ss.

Breve bibliografia ragionata

AINIS M., *Chiesa padrona. Un falso giuridico dai Patti Lateranensi ad oggi*, Milano, 2009;

BARBA A. (a cura di), *La laicità del diritto*, Roma, 2010;

BARBERA A., *Il cammino della laicità*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna, 2007, 33;

BIN R. - BRUNELLI G. - PUGIOTTO A. - VERONESI P. (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino, 2004;

CANESTRARI S. (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna, 2007;

CARDIA C., *Stato laico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, 1990, 876;

CARDIA C., *Identità religiosa e culturale europea. La questione del crocifisso*, Torino, 2010;

CARLASSARE L., *Crocifisso: una sentenza per l'Europa 'non laica'*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, 6, parte II, 291;

CROCE B., *Perchè non possiamo non dirci cristiani*, in *La Critica,* 20 novembre 1942;

CROCE M., *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, Pisa, 2012;

DALLA TORRE G., *Il fattore religioso nella Costituzione*, Torino, 1988;

DALLA TORRE G. (a cura di), *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea,* Torino, 1993;

DALLA TORRE G., *Europa. Quale laicità?*, Cinisello Balsamo 2003;

DI GIOVINE A., *Garanzie costituzionali della libertà dei non credenti*, in *Rivista giuridica sarda*, 2001, 599;

DI GIOVINE A., *Laicità e democrazia*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, 255;

ELIA L., *A proposito del principio di laicità dello Stato e delle difficoltà di applicarlo*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, vol. II, Napoli, 2005, 1063;

GIGLI A. - GATTAMELATA S., *Il crocifisso: valore universale di un arredo scolastico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 4280;

GRASSI P., *Laicità e pluralismo religioso*,Villa Verucchio, 2013;

GUERZONI L., *Il principio di laicità tra società civile e Stato*, in M. TEDESCHI (a cura di), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Napoli, 1996, 75;

LARICCIA S., *Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia*, in *Diritto ecclesiastico*, 1994, I, 383;

LARICCIA S., *La laicità in Italia, oggi*, in CARCANO R. (a cura di), *Le voci della laicità*, Roma, 2006, 23;

LARICCIA S., *Battaglie di libertà. Democrazia e diritti civili in Italia (1943-2011)*, Roma, 2011;

LOMBARDI VALLAURI L., *Simboli e realizzazione*, in E. DIENI - A. FERRARI - V. PACILLO (a cura di), *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti*

LUZZATTO S., *Il crocifisso di Stato*, Torino, 2011;

MANCINI S, *Il potere dei simboli, i simboli del potere: laicità e religione alla prova del pluralismo*, Padova, 2008;

MANCINI S., *La sentenza della Grande Camera sul crocifisso: è corretta solo l'opinione dissenziente*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 2, 425;

Margiotta Broglio F., *La protezione internazionale della libertà religiosa nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 1967;

Margiotta Broglio F., *La riforma dei Patti Lateranensi dopo vent'anni*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2004, 1, 5;

Margiotta Broglio F., *Obbligatorio o non obbligatorio? Il crocifisso per ora resta appeso*, in OLIR, *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, www.olir.it, dicembre 2004;

Musselli L., *Insegnamento della religione cattolica e tutela della libertà religiosa*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, 908;

Nania R., *Il Concordato, i giudici, la Corte*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1982, 147;

Parisi M., *Il diritto alla scelta di insegnamenti di religione nella scuola pubblica*, in S. Domianello, *Diritto e religione in Italia. rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, Bologna, 2012, 139;

Pinelli C., *Esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche e libertà di religione (Oss. a Corte europea dei diritti dell'uomo-* Grande Chambre*,* Lautsi contro Italia*, 18 marzo 2011)*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa* (*www.europeanrights.eu*), 10 maggio 2011;

Pototschnig U., *La laicità dello Stato*, in *Jus*, 1977, 247;

Prisco S., *La laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2007 (ult. ed. 2009);

Pugiotto A., *Sul crocifisso la Corte costituzionale pronuncia un'ordinanza pilatesca*, in www.forumcostituzionale.it, 23 dicembre 2004;

Pugiotto A., *Verdetto pilatesco sul crocifisso in aula. Dopo l'ordinanza si naviga a vista*, in *Diritto & Giustizia*, 2005, n. 3, 80;

Randazzo B., *Commento all'articolo 8*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006,193;

Randazzo B., *Le laicità. Alla ricerca del nucleo essenziale di un principio*, in *Filosofia e teologia*, 2007, 273;

Randazzo B., *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano, 2008;

Rescigno F., *Se non ora quando? Principio di eguaglianza e laicità all'italiana*, in *IANUS* (Rivista telematica), n. 12 - 2015;

Rescigno F., "*Ite missa est". Laicità paradigma di eguaglianza*, Napoli, 2015;

Rescigno P., *Il Crocifisso dopo Strasburgo*, in *Corriere giuridico*, 2011, n. 7, 894;

Ricca M., *Commento all'articolo 19*, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Milano, 2006, 425;

Ricca M., *Chi vuole il crocifisso? Domande semplici, democrazia interculturale, fede personale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 5;

Rimoli F., *Laicità (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, IV volume di aggiornamento, 1995;

Rimoli F., *Tutela del sentimento religioso, principio di eguaglianza e laicità dello Stato*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997, 3343;

Rimoli F., *La Corte, la laicità e il crocifisso, ovvero di un appuntamento rinviato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 4280;

Rimoli F., *I diritti fondamentali in materia religiosa*, in P. Ridola - R. Nania (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, vol. III, 877;

Rodotà S., *La battaglia su un simbolo*, in *La Repubblica*, 4 novembre 2009;

Rodota' S., *Perchè laico*, Roma-Bari, 2009-2010;

Rodota' S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012;

Ruffini F., *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Bologna, 1924 (riedizione del volume del 1992);

Ruffini F., *Relazioni tra Stato e Chiesa*, Bologna, 1974;

Scalfari E., *Perchè non possiamo non dirci laici*, in *La Repubblica*, 7 novembre 2004;

Spadaro A., *Libertà di coscienza e laicità nello stato costituzionale*: *sulle radici religiose dello Stato laico*, Torino, 2008;

Tega D., *L'addio al celibato (e nubilato) dei militari*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, 3652;

Tega D., *Cercando un significato europeo di laicità: la libertà religiosa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010, 799;

Tornielli A., *La fragile concordia. Stato e cattolici in centocinquant'anni di storia italiana*, Milano, 2011;

Tortarolo E., *Il laicismo*, Roma-Bari, 1998;

Vanoni L. P. *, Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, Milano, 2013;

Veca S., *Laicità e democrazia: "simul stabunt, simul cadent"*, in *MicroMega*, *Almanacco di filosofia*, Roma, 2009, 98;

Veca S., *Un'idea di laicità*, Bologna, 2013;

Vegas G., *Il dibattito sulla revisione del Concordato 1965-1984*, Senato della Repubblica, Quaderno di documentazione, n. 13, Roma, 1984;

Weiler J. H. H., *Il crocefisso a Strasburgo: una decisione imbarazzante*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010, 148;

Zagrebelsky G., *Principi costituzionali e sistema delle fonti di disciplina del fenomeno religioso,* in Aa.Vv., *Studi per la sistemazione delle fonti in materia ecclesiastica*, Salerno, 1993, 108;

Zagrebelsky G., *La virtù del dubbio*, Roma -Bari, 2007;

Zagrebelsky G., *Contro l'etica della verità*, Bari, 2008;

Zagrebelsky G., *Il problema della laicità nella Costituzione*, in Aa.Vv., *Costituzione, laicità e democrazia*, *Quaderni laici*, n. 0, Torino, 2009, 59;

Zagrebelsky G., *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, Roma-Bari, 2010;

Zagrebelsky G., *Simboli al potere: politica, fiducia, speranza*, Torino, 2012;

Zanone V., *Laicismo*, in N. Bobbio - N. Matteucci - G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1976, 511 (2° ed. 1983).

Le politiche xenofobe in Italia continuano a essere incostituzionali

*Diletta Tega**

Nel 2018, quasi contemporaneamente agli inusuali avvenimenti istituzionali e politici che hanno portato al varo del "governo giallo-verde", la Corte costituzionale ha reso pubbliche le sentenze nn. 106, 107 e 166, ribadendo che nell'ordinamento italiano non c'è posto per normative discriminatorie[1].

Le prime due decisioni sanzionano le politiche regionali in tema di accesso per i cittadini extracomunitari all'edilizia residenziale pubblica e agli asili nidi, mentre la terza colpisce il dettato normativo nazionale in relazione al sostegno al pagamento del canone di locazione degli alloggi: tutte dimostrano come il diritto antidiscriminatorio comunitario, recepito dal legislatore nazionale, in combinato disposto con il dettato costituzionale, *in primis* con l'art. 3, costituisca un baluardo nei confronti di scelte politiche che strumentalizzano il requisito del radicamento nel territorio, trasformandolo in una mal celata forma di xenofobia. La Corte riconosce che le situazioni di bisogno o di disagio, riferibili direttamente alla persona in quanto tale, costituiscono l'unico presupposto principale di fruibilità delle provvidenze sociali. A questa regola generale, si accompagnano dei distinguo che però devono sempre rispettare il principio di eguaglianza e di ragionevolezza, come si vedrà di seguito.

Queste decisioni rivestono un'importanza non secondaria anche perché costituiscono il riferimento per valutare se l'individuazione dei beneficiari fatta nel discusso decreto sul cd. reddito di cittadinanza (decreto-legge 4/2019, conv. l. 26/2019) sia conforme a Costituzione. In base all'art. 2, comma 1, lett. *a*), del decreto-legge, infatti, può farne richiesta chi associ, al possesso della cittadinanza italiana o comunitaria o del permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo, la residenza in Italia da almeno dieci anni, di cui gli ultimi due in modo continuativo[2].

1 Sugli sviluppi giurisprudenziale del 2019 cfr. F. Corvaja, *Straniero e prestazioni di assistenza sociale: la Corte costituzionale fa un passo indietro ed uno di lato*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3/2019, 244 ss.

2 L'art. 2, lett. *b*) e *c*), individua rispettivamente gli ulteriori necessari requisiti reddituali/patrimoniali e relativi all'intestazione o alla piena disponibilità di beni durevoli.

** Associata di Diritto costituzionale, Università di Bologna.*

Il ricorso del governo che ha provocato la decisione n. 106 ha avuto ad oggetto la legge ligure n. 13 del 2017 che, all'art. 4, comma 1, prevedeva che i cittadini extracomunitari dimostrassero, per accedere all'edilizia residenziale pubblica (ERP), la regolare residenza «da almeno dieci anni consecutivi nel territorio nazionale». L'Avvocatura dello Stato, attraverso una motivazione molto sintetica, denunciava la lesione dell'art. 117, comma 1, Cost. in relazione agli artt. 4 e 11 della Direttiva 2003/109/CE, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, recepita con il decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3. In base alla normativa comunitaria il cittadino di paese terzo che, sulla base di un permesso di soggiorno in corso di validità, risieda nello Stato per almeno cinque anni, può acquistare, nel concorso degli altri requisiti di legge, lo *status* di soggiornante di lungo periodo (che gli viene riconosciuto dal questore mediante il rilascio di uno specifico permesso di soggiorno), e con esso, anche il diritto all'assegnazione degli alloggi ERP in condizioni di parità con i cittadini. La normativa ligure impugnata è stata ritenuta in contrasto con i parametri evocati dall'Avvocatura (parametri che, a differenza dei precedenti giurisprudenziali, non annoveravano l'art. 3 Cost.).

La Corte costituzionale non è nuova a tali decisioni. Da tempo infatti si oppone al tentativo delle Regioni di rendere più difficile per gli stranieri extracomunitari l'assegnazione di una casa popolare, in un'ottica di solidarietà sociale, specificando il significato e il peso del criterio della residenza e concludendo, di norma, per la violazione dell'art. 3 Cost.

In base ai precedenti[3], confermati nella decisione n. 106, il criterio della residenza non è irragionevole[4]. Può esserlo invece la richiesta della protrazione per un determinato periodo di tempo di essa: se è vero che l'elemento del radicamento nel territorio è significativo sotto molteplici aspetti – potendo arrivare sino a rappresentare non più di una mera regola di preferenza – è altrettanto vero che esso non può assumere carattere generale e dirimente, senza violare i principi di ragionevolezza e di uguaglianza, principi cui non si può abdicare nemmeno in nome di limitate risorse economiche.

Il legislatore regionale dunque può richiedere una residenza 'prolungata', benché la giurisprudenza costituzionale non perda occasione per qualificare il diritto sociale all'abitazione come diritto attinente alla dignità e alla vita di ogni persona e, quindi,

3 Ci si riferisce all'importante sentenza n. 432 del 2005: in quel frangente, la questione di legittimità costituzionale sollevata davanti alla Corte riguardava una normativa lombarda – art. 8, comma 2, della legge della Regione Lombardia 12 gennaio 2002, n. 1 (Interventi per lo sviluppo del trasporto pubblico regionale e locale), come modificato dall'art. 5, comma 7, della legge regionale 9 dicembre 2003, n. 25 (Interventi in materia di trasporto pubblico locale e di viabilità) – che non includeva i cittadini stranieri, residenti nella Regione, fra gli aventi il diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea, riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili. Sulla scia cfr. anche le pronunce nn. 2, 4 e 133 del 2013 e la n. 168 del 2014.

4 Proprio a partire dalla sent. n. 432 del 2005, la Corte ha iniziato a squalificare il ricorso alla cittadinanza quale criterio di selezione degli aventi diritto a prestazioni sociali, valorizzando progressivamente le esigenze di parità di trattamento tra stranieri regolarmente soggiornanti e cittadini.

anche dello straniero presente nel territorio dello Stato. Nella decisione n. 168 del 2014 – richiamata dalla pronuncia n. 106 – si precisa che la residenza prolungata per un certo periodo di tempo potrebbe essere giustificata, al fine di evitare che gli alloggi siano assegnati a persone che, non avendo ancora un legame sufficientemente stabile con il territorio, possano poi rinunciare ad abitarvi, rendendoli inutilizzabili per altri che ne avrebbero diritto, in contrasto con la funzione socio-assistenziale dell'edilizia residenziale pubblica, solo se non avesse una durata troppo prolungata.

La Corte si sforza di circoscrivere questa accezione di residenza in particolare nella decisione n. 222 del 2013 in cui si puntualizza che si può prendere in considerazione un radicamento territoriale ulteriore rispetto alla sola residenza, purché contenuto entro limiti non palesemente arbitrari ed irragionevoli: «L'accesso a un bene di primaria importanza e a godimento tendenzialmente duraturo, come l'abitazione, per un verso si colloca a conclusione del percorso di integrazione della persona presso la comunità locale e, per altro verso, può richiedere garanzie di stabilità, che, nell'ambito dell'assegnazione di alloggi pubblici in locazione, scongiurino avvicendamenti troppo ravvicinati tra conduttori, aggravando l'azione amministrativa e riducendone l'efficacia». La decisione n. 107 dichiara l'incostituzionalità dell'art. 1, comma 1, della legge della Regione Veneto 21 febbraio 2017, n. 6, in base al quale hanno titolo di precedenza per l'ammissione all'asilo nido i figli di genitori residenti in Regione, anche in modo non continuativo, da almeno quindici anni o che prestino attività lavorativa in Veneto, ininterrottamente, da almeno quindici anni, compresi eventuali periodi intermedi di cassa integrazione, o di mobilità o di disoccupazione. Il ricorso evidenziava svariati profili di incostituzionalità, relativi ai parametri rappresentati dagli artt. 3, 31, comma 2, 117, comma 1, e 120 Cost. La Corte, richiamando i precedenti utilizzati anche nella pronuncia n. 106, ha riconosciuto la violazione di tutti i parametri denunciati con un argomentare articolato e, al contempo, molto stringente. Molto opportunamente la Corte, in primo luogo, chiarisce la funzione degli asili nido: essa è sia socio-assistenziale, a vantaggio dei genitori che lavorano e non hanno mezzi economici per provvedere privatamente ai bisogni dei propri figli, sia educativa, a vantaggio dei bambini. Si ricorda che il primo intento della legislazione sul tema era stato quello di favorire l'accesso delle donne al lavoro e che la Costituzione stessa garantisce la possibilità per la donna di conciliare il lavoro con la «funzione familiare» (art. 37, comma 1). In secondo luogo, si specifica che la normativa veneta stabilisce un titolo di precedenza che, pur non essendo un vero e proprio requisito di accesso, persegue un risultato talmente escludente da essere paragonabile alle norme che considerano la residenza prolungata come requisito di accesso. In terzo luogo, si riconosce la violazione dell'art. 3 Cost. perché la norma impugnata, neutralizzando tanto la funzione sociale, quanto quella educativa degli asili, riduce all'ineffettività il principio di eguaglianza sostanziale e viola il principio di ragionevolezza: il servizio degli asili nido dovrebbe avere quali utenti privilegiati le famiglie in condizioni di disagio economico o sociale.

La decisione mette in luce, correttamente, che norme di questo tenore rischiano

di privare «certi soggetti dell'accesso alle prestazioni pubbliche solo per il fatto di aver esercitato il proprio diritto di circolazione o di aver dovuto mutare regione di residenza»: chi si muove tra Regioni non avrà contribuito al welfare del territorio nel quale approda, ma ha pagato i tributi nella Regione dalla quale proviene. Come è possibile che sia costituzionalmente ammissibile sfavorirlo nell'accesso ai servizi pubblici solo per aver esercitato il proprio diritto costituzionale di circolazione?

La penna del redattore si fa assai lucida quando smaschera un argomento, utilizzato dalla Regione Veneto a sostegno dell'infondatezza della questione e assai caro alla propaganda leghista ossia che la norma impugnata darebbe la precedenza «a coloro che abbiano più a lungo contribuito alla realizzazione del contesto sociale ed economico pubblico da cui ha origine il sistema locale di assistenza alla prima infanzia». Assai *ragionevolmente* infatti, la Corte, dapprima, afferma che «nessuno dei due criteri utilizzati dalla norma impugnata […] assicura che i genitori abbiano pagato tributi in Veneto per un lungo periodo (la residenza può non essere coincisa con un periodo lavorativo e l'occupazione prolungata in Veneto non implica necessariamente la residenza in Veneto)». La Corte segnala argutamente che «L'argomento si presenta opinabile anche alla luce dell'effettivo assetto delle fonti di finanziamento degli asili nido, dato che le risorse necessarie per la costruzione degli edifici e lo svolgimento del servizio possono essere di origine non regionale (gli artt. 8 e 12 del citato d.lgs. n. 65 del 2017 prevedono finanziamenti statali, e la stessa legge reg. Veneto n. 32 del 1990 menziona «contributi statali» all'art. 32, comma 1), e che, per quanto riguarda le risorse provenienti dai bilanci dei comuni e delle regioni, si dovrebbe distinguere fra finanza "propria" e "derivata". E ciò senza contare che, sotto un profilo più generale, l'argomento del contributo pregresso tende inammissibilmente ad assegnare al dovere tributario finalità commutative, mentre esso è una manifestazione del dovere di solidarietà sociale, e che applicare un criterio di questo tipo alle prestazioni sociali è di per sé contraddittorio, perché porta a limitare l'accesso proprio di coloro che ne hanno più bisogno». In quarto luogo, risulta fondata la questione relativa all'art. 117, comma 1, Cost. e all'art. 21 del TFUE sulla base del quale i cittadini dell'Unione hanno il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi. Da ultimo, nell'ambito di un giudizio in via incidentale, i giudici di palazzo della Consulta hanno accolto la prospettazione del giudice rimettente, dichiarando incostituzionale per contrasto con l'art. 3 Cost. la norma statale[5] che subordina per i soli immigrati l'accesso alla misura di sostegno del pagamento del canone di locazione al possesso del certificato storico di residenza da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima Regione.

5 Si tratta dell'art. 11, comma 13, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133.

Molto opportunamente la Corte ricorda che tale sostegno (e il Fondo ad esso collegato) venne istituito nel 1998 allo scopo di rivolgersi a situazioni di così grave bisogno da compromettere la fruizione di un bene di primaria importanza qual è l'abitazione. I destinatari del contributo erano tutti i titolari di un contratto di locazione registrato, che versavano in una situazione di indigenza tale da non disporre di risorse sufficienti a sostenere l'onere del pagamento dell'ammontare dovuto, senza distinzioni tra cittadini e stranieri. Solo nel 2008 sono stati introdotti i requisiti legati alla durata della residenza sul territorio nazionale e regionale per i soli cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e per gli apolidi, introducendo così – come afferma ora la Corte – una irragionevole discriminazione. La norma impugnata risulta, in base ai precedenti che abbiamo discusso e, in primo luogo, alle sentenze nn. 106 e 107 del 2018, in contrasto con gli obblighi europei (in particolare la Direttiva 2003/109/CE) che, anche per quanto riguarda le prestazioni sociali, esigono la parità di trattamento tra i cittadini italiani ed europei e i soggiornanti di lungo periodo. Essa viola anche, come si è anticipato, l'art. 3 Cost. perché il requisito dei dieci anni di residenza sul territorio nazionale o dei cinque su quello regionale individua una durata irragionevole e arbitraria. La Corte è molto efficace quando, per evidenziare gli estremi di irrazionalità intrinseca e di sproporzionalità della norma impugnata, ricorda che il requisito della residenza protratta per dieci anni sul territorio nazionale è esattamente il medesimo necessario e sufficiente per chiedere la cittadinanza italiana. Trattandosi di una provvidenza che, alla luce della scarsità delle risorse disponibili, viene riservata a casi di vera e propria indigenza, anche in questo la Corte non ravvisa alcuna ragionevolezza nel legare il soddisfacimento dei bisogni abitativi primari di chi versi in condizioni di povertà e sia insediato nel territorio regionale alla lunga protrazione nel tempo di tale radicamento territoriale. Questa pronuncia porta con sé importanti conseguenze: la norma dichiarata incostituzionale infatti è la stessa alla cui ombra i consigli regionali hanno potuto varare le normative che abbiamo visto essere al centro della valorizzazione del criterio della cd. residenza prolungata, tanto che è stata invocata anche dalla difesa regionale ligure nel ricorso deciso con la sentenza n. 106 del 2018.

Ho scelto di commentare insieme queste decisioni, ponendo l'accento sulla loro carica anti-discriminatoria, perché mi sono apparse una (stra)ordinaria rassicurazione all'opinione pubblica su quanto fortemente: *i*) la Corte costituzionale interpreti il ruolo di garante della Costituzione; *ii*) la Costituzione ripudi le normative discriminatorie (xenofobe); iii) la normativa antidiscriminatoria dell'Unione europea eserciti la sua influenza, in quanto norma interposta ex art. 117, comma 1, Cost.

La pubblicazione di queste sentenze è venuta a cadere in settimane connotate da agitazione politica e preoccupazioni per la tenuta, in Italia, della leale partecipazione all'Ue e della garanzia dei diritti di migranti, rifugiati, minoranze etniche e religiose. Letto dall'estero, il cd. contratto di governo ha portato qualcuno a temere

che ci stiamo avviando sulla strada già tracciata dalla Polonia e dall'Ungheria[6]. Viste su questo sfondo, contro il quale sono venute a stagliarsi in gran parte per caso, le tre pronunce sono davvero rassicuranti. Dimostrano non solo la forza della Corte e della Costituzione, ma anche l'importanza della normativa antidiscriminatoria Ue, capace, per i contenuti che esprime, di un dialogo fecondo e profondo con i principi fondamentali dell'ordinamento repubblicano. Ricordano una parte importante del patrimonio di valori comune all'Italia repubblicana e all'Europa unita: un legame che nessuna delle due può rinnegare, senza mettere in crisi la propria stessa identità.

Si diceva all'inizio di questa breve riflessione che le sentenze del 2018 offrono argomenti per ragionare se l'imposizione della residenza decennale all'immigrato lungo soggiornante che vuole usufruire del reddito di cittadinanza possa costituire una forma di discriminazione malcelata.

Tre domande richiedono riflessione:

1. rispetto alle norme censurate nelle sentenze 106 e 166/2018, la residenza prolungata è richiesta anche ai cittadini italiani e comunitari, questa sorta di inedito livellamento basta ad evitare l'effetto sproporzionato sugli stranieri prodotto dal requisito?

2. la residenza decennale – dieci sono richiesti, come ricordava la Corte nella pronuncia 166/2018, per acquisire la cittadinanza italiana – potrebbe considerarsi intrinsecamente irragionevole?

3. il reddito di cittadinanza, concetto multidimensionale che sembra voler essere sia una misura per combattere la povertà sia uno strumento di avviamento al lavoro, rientra nelle provvidenze sociali per la quali la Corte ritiene doverosa l'equiparazione del cittadino con l'immigrato lungo soggiornante?

6 Si veda l'allarmato editoriale del *Verfassungsblog* dal titolo Festa della Repubblica, 2 giugno 2018, verfassungsblog.de/festa-della-repubblica/

Discriminazioni per ragioni politiche e sindacali

Alberto Piccinini*

Per parlare delle discriminazioni politiche e sindacali dobbiamo partire dal 1966 l'anno in cui, per la prima volta una legge - la n. 604 che disciplina i licenziamenti - prevede una forma di tutela antidiscriminatoria, riferita a quelle posizioni che all'epoca si riteneva necessitassero di maggiori protezioni. Secondo l'art. 4 della legge 604/66 il licenziamento determinato da credo politico o fede religiosa (tutte le religioni, dal momento che non c'è alcuno esplicito riferimento alla sola religione cattolica, per quanto i patti lateranensi non fossero ancora stati modificati) dall'appartenenza a un sindacato o dalla partecipazione ad attività sindacali è *nullo* indipendentemente dalla motivazione. Annotiamoci la rilevanza attribuita alla questione del credo politico o dell'adesione al sindacato o alle sue forme di lotta.

Analogamente, pochi anni dopo, nello Statuto dei Lavoratori del 1970 troviamo l'art. 15 che allarga l'ambito della tutela, estendendola al momento dell'assunzione e rafforzandola in costanza di rapporto (in caso di assegnazione di qualifiche o mansioni, di trasferimento, di esercizio del potere disciplinare) e in occasione della sua cessazione, sempre con riferimento all'affiliazione, all'attività sindacale ovvero alla partecipazione ad uno sciopero. Nel '70 ci fermiamo qua, perché evidentemente la sensibilità sociale era quella che era, ancora fortemente condizionata dai licenziamenti e dalle discriminazioni subite presso la Fiat negli anni 50 motivate da quelle sole ragioni. Poi nel '77 arriva un primo "innesto" all'art. 15 dello Statuto con l'estensione della tutela anche rispetto a patti od atti finalizzati a discriminazione politica, religiosa, *razziale, di lingua o di sesso*. Dobbiamo attendere 25 anni per avere infine l'ultima integrazione su quel testo di legge: il d.lgs 216/2003 sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, recependo la Direttiva comunitaria 78/2000, aggiunge anche le ipotesi *di handicap, età, orientamento sessuale, convinzioni personali.*

Il quadro quindi è abbastanza chiaro: l'ultima integrazione di cui ho parlato – che recepisce la Direttiva del 2000 – nell'estendere la protezione ad ulteriori fattispecie e nel richiamarle tutte, non lo fa, espressamente, per la discriminazione sindacale. È vero che, se ci limitiamo ad esaminare la tutela del *licenziamento* discriminatorio, dobbiamo riconoscere che essa non è venuta meno né con la legge Fornero (che pur

** Avvocato giuslavorista del Foro di Bologna e presidente Associazione Comma 2 - Lavoro e dignità.*

ha ridimensionato le possibilità di reintegrazioni dell'art. 18) né con il cd. Jobs Act, il decreto legislativo n. 23 del 2015, che ha eliminato la possibilità di reintegrazione in quasi tutte le ipotesi di licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo, ha pur tuttavia continuato a tutelare il lavoratore dalle discriminazioni elencate nell'art. 15.

Quindi la tutela antidiscriminatoria esiste ed è forte nel nostro ordinamento, anche se non ha impedito comportamenti datoriali per i quali si è reso necessario l'intervento della magistratura.

Ma quali strumenti processuali abbiamo a disposizione? L'analisi di due casi concreti fornisce un esempio pratico di come l'intervento di tutela giudiziaria possa essere diversamente modulato[1]. Uno strumento "classico" è il ricorso all'art. 28 dello Statuto dei Lavoratori, sostanzialmente invariato da oltre cinquant'anni, che prevede uno speciale procedimento sommario che può essere promosso dal sindacato di categoria territoriale presso il Tribunale del luogo dove si è realizzata l'antisindacalità. Il Giudice in tempi rapidissimi deve prendere dei provvedimenti che facciano *cessare il comportamento* antisindacale e *rimuoverne gli effetti*. A questo si è aggiunto un ulteriore strumento di tutela: mi riferisco, in particolare, all'art. 28 (stesso numero, ma diversa legge) del decreto legislativo n. 150/2011 che richiama il procedimento sommario di cognizione disciplinato dall'art. 702 *bis* c.p.c. per le controversie in materia di discriminazione. Si riprendono formule e rito analoghi all'art. 28 Stat. Lav. rivelatisi particolarmente efficaci e celeri.

Veniamo al primo caso. Nell'estate del 2010 tre delegati della Fiom dello stabilimento Sata[2] di Melfi sono stati licenziati perché accusati di aver impedito, durante

1 Non sarà oggetto di questo intervento un terzo caso giudiziario, riguardante sempre la FIAT, unicamente perché non concerne specificatamente la discriminazione. Ma poiché esso è strettamente connesso con il secondo caso trattato (stabilimento di Pomigliano d'Arco) si ritiene opportuno riportarlo in nota.
Il fatto si svolge nello stabilimento di Pomigliano d'Arco quando la FIAT pone in essere un'operazione quasi diabolica tanto sofisticata dal punto di vista giuridico: dopo essere uscita da Confindustria e Federmeccanica, disdiceva tutti gli accordi aziendali e nazionali sottoscritti, incluso anche l'accordo interconfederale che prevedeva le RSU (Rappresentanze Sindacali Unitarie) ripristinando la vecchia forma di rappresentanza prevista dallo Statuto dei Lavoratori, le RSA (Rappresentanze Sindacali Aziendali). Qual è la differenza? Mentre le RSU sono elette, le RSA sono nominate ai sensi dell'art. 19 Stat. Lav. da sindacati che abbiano firmato i contratti collettivi applicati in azienda, e dato che la FIOM non era tra i firmatari degli stessi il gioco è fatto. Sono stati promossi 30 ricorsi per comportamento antisindacale in tutta Italia dal collegio difensivo della FIOM. Molti giudici hanno dato un'interpretazione *costituzionalmente orientata* dell'art. 19 considerando che la FIOM era ed è a livello nazionale il sindacato comparativamente di gran lunga più rappresentativo ed evidenziando come fosse ingiusto che non avesse le sue rappresentanze. Altri giudici hanno interpretato l'art. 19 in modo letterale respingendo i ricorsi. Infine, quattro giudici hanno sollevato la questione di costituzionalità della norma, sulla quale si è poi pronunciata la Corte Costituzionale con la sentenza n. 231/2013 "additiva", che ha modificato l'art. 19 dello Statuto dei Lavoratori sancendo che per nominare una RSA non è necessaria la sottoscrizione del contratto applicato ma è sufficiente aver partecipato alle trattative.
2 La Fiat, poi FCA, oggi STELLANTIS, in ogni stabilimento assume una diversa ragione sociale, ma è (era) sempre la FIAT.

uno sciopero notturno, il passaggio di un carrello che doveva portare del materiale ai lavoratori che non scioperavano. Il caso è finito su tutti i giornali ed ha avuto un lungo e tormentato *iter* processuale. Con decreto ai sensi dell'art. 28 dello Statuto dell'agosto 2010 il Tribunale di Melfi ha disposto un ordine di reintegrazione: i tre licenziamenti sono stati ritenuti non solo antisindacali, ma anche discriminatori, in quanto - a seguito di istruttoria - è emerso che il carrello si era fermato davanti ad un assembramento di circa 50 lavoratori di tutte le sigle sindacali, ma casualmente gli unici tre licenziati sono stati quelli della FIOM... Il Tribunale di Melfi in veste di giudice dell'opposizione (perché questa procedura prevede che il decreto venga impugnato davanti a un diverso giudice dello stesso Tribunale) ha dato invece ragione all'azienda riformando il decreto con sentenza, che però veniva a sua volta ribaltata dalla Corte d'Appello di Potenza e poi confermata definitivamente dalla Corte di Cassazione dopo 3 anni.

Il secondo caso che vorrei presentarvi è relativo ad una discriminazione di tipo collettivo posta in essere nei confronti di centinaia di lavoratori iscritti alla FIOM: vi consiglio sin d'ora, per un approfondimento, di leggere l'ordinanza di primo grado del Tribunale di Roma e la sentenza della Corte d'Appello, ove sono stati meglio sviluppati gli argomenti ai quali ora farò un breve cenno. I fatti: nel 2010 la FIAT disdettava tutti gli accordi aziendali e nazionali sottoscritti, e sottoscriveva un accordo separato (senza la FIOM) che in vista di un forte investimento nello stabilimento di Pomigliano d'Arco per la produzione di nuovi autoveicoli tipo Panda, prevedeva la costituzione di una NewCo (denominata Fabbrica Italia Pomigliano – FIP S.p.A.) che avrebbe gestito lo stabilimento con l'assunzione progressiva del personale addetto già dipendente di FGA (Fiat Group Automobilies S.p.A.) avente ad organico circa 5000 dipendenti quasi tutti in cassa integrazione e praticamente destinata a morire. Le modalità di questo passaggio erano state disciplinate da un accordo che prevedeva che i singoli dipendenti rassegnassero le dimissioni dalla FGA per essere poi progressivamente riassunti a partire dal marzo 2011. Da marzo 2011 partono quindi le nuove assunzioni. Un anno dopo, nel marzo 2012 gli assunti a FIP ammontavano a 1893, di cui *nessuno* iscritto alla FIOM. A questo punto il collegio di avvocati della FIOM ha promosso un ricorso al Tribunale di Roma in rappresentanza di 19 lavoratori nonché dal segretario Nazionale della FIOM, Maurizio Landini che agiva anche come rappresentante delle persone che non potevano essere individuate. Veniva utilizzato il rito antidiscriminatorio previsto dall'art. 28 d.lgs. 150/2011 (e quindi non l'art 28 dello Statuto dei Lavoratori) invocando il summenzionato d.lgs. 216/2003 – di attuazione della Direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - anche allo scopo di utilizzare una serie di agevolazioni processuali che attribuiscono rilevanza al dato statistico. In giudizio fu prodotta una relazione del Prof. Olson (docente di statistica presso l'Università di Birmingham) che dimostrava che in una selezione casuale le probabilità che nessun iscritto FIOM venisse assunto era una su dieci milioni. Ma un punto su cui vorrei soffermarmi riguarda un aspetto particolare relativo alla discriminazione sindacale che, come abbiamo visto, non è *espressamente* ricompresa tra le tante

fattispecie elencate nel d.lgs. 216/2003. È quanto infatti ha eccepito la difesa della FIAT, sostenendo che la libertà sindacale non rientrasse tra le previsioni tutelate dall'art. 2 del d.lgs. 216/2003 secondo il quale "*Ai fini del presente decreto e salvo quanto disposto dall'articolo 3, commi da 3 a 6, per principio di parità di trattamento si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale*".

Dov'è finita la libertà sindacale e la discriminazione per ragioni politiche o sindacali? Che abbia ragione la FIAT?

Nella memoria di controparte, scritta da bravi avvocati, si fa ricorso ad argomenti molto suggestivi. Uno di questi è quello per cui nel testo inglese della Direttiva (come nella sua traduzione) "*religion or belief*" vengono accorpati da una "o" mentre tutte le altre ipotesi di discriminazione tutelate (es. disabilità, età ecc..) vengono divise da una virgola. Dal momento che *religion or belief* sono accorpati, secondo la difesa della società *belief* dovrebbe intendersi come un "credo" particolarmente forte (es. quello dei seguaci di *Scientology*) e quindi non assimilabile a ragioni sindacali[3]. Il tema è stato particolarmente sviscerato e approfondito dalla Corte D'Appello - che ha in parte riformato la sentenza di primo grado – con argomentazioni molto forti per replicare a tutte le varie eccezioni che vi invito ad andare a leggere ed approfondire.

Mi sia concessa un'ultima considerazione sul concetto di *Religion or belief*. Barack Obama, in un discorso tenuto nel 2008 per le primarie dell'Iowa, così si esprime: «*Hope is the bedrock of this nation*. *Hope is the* ***belief*** *that destiny will not be written for us, but by us*», ossia *la speranza è il fondamento della nostra nazione. La speranza è la convinzione che il nostro destino non è scritto per noi, ma da noi*. Al di là della bellezza e della retorica di questa frase, vi faccio notare come in essa l'espressione *belief* non può che essere tradotta con "convinzione": una convinzione certo profonda, ma non certo riducibile al solo credo religioso. Mi sono quindi, a mia volta, *convinto* definitivamente della capziosità delle argomentazioni avversarie[4].

---

3 Su questo specifico punto recentemente la Corte di Cassazione, con sentenza del 2 gennaio 2020 n. 1/2020, richiamando l'art. 13 del trattato di Amsterdam che modifica il Trattato sull'Unione Europea, i trattati che istituiscono le Comunità Europee e alcuni atti connessi, si è così pronunciata *"La contiguità dei due termini, religione e convinzioni personali, separati dalle altre definizioni da una virgola, pone in rilievo l'affinità dei due concetti, senza tuttavia confonderli."*

4 Sempre Cass .n. 1 del 2020, dopo aver fatto riferimento all'art 21 La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza) e richiamando lo **spirito della Direttiva 2000/78, di cui il decreto legislativo costituisce attuazione,** (in particolare **l'art. 4 d.lgs.216/03,** ha così definitivamente (seppur in un diverso procedimento) statuito: *Accedendosi ad una interpretazione delle norme coerente con la ratio della norma comunitaria letta alla luce dei principi fondamentali del Trattato, nel caso specifico può senz'altro ritenersi che la Direttiva 2000/78/CE, tutelando le* ***convinzioni personali*** *avverso le discriminazioni, abbia dato ingresso nell'ordinamento comunitario al formale riconoscimento (seppure nel solo ambito della regolazione dei rapporti di lavoro) della libertà ideologica il cui ampio contenuto materiale può essere stabilito anche facendo riferimento all'art. 6 del TUE e, quindi, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Infatti, se il legislatore comunitario avesse voluto compren-*

Merita infine di essere menzionata un'eccezione subordinata di controparte che, dopo aver negato per 40 pagine di aver in qualche modo voluto discriminare questi lavoratori (ha ad esempio affermato di aver assegnato l'incarico di decidere chi assumere a società esterne; ha dichiarato di non essere neppure a conoscenza di chi fosse o meno iscritto alla FIOM, eccetera) alla fine ha invocato l'esimente di cui all'art. 3 co. 3 del d.lgs. 216/2003[5] per giustificare la mancata assunzione dei lavoratori iscritti alla FIOM. Negli scritti difensivi, la mancata assunzione dell'operaio iscritto alla FIOM viene equiparata a quella dello *stuart* che non vuole indossare la divisa della compagnia aerea o a quella del musulmano che non vuole lavorare di sabato: *"Volendo ricorrere ad un esempio la mancata assunzione di una o più domestiche extracomunitarie o di religione islamica non è discriminatoria se consegue alla dichiarazione di indisponibilità a lavorare il sabato"* e *"la mancata assunzione di uno o più assistenti di volo iscritti a partiti politici o sindacati che rifiutano la divisa*.."

In buona sostanza la FIAT "getta la maschera", ammettendo – candidamente, seppur… subordinatamente – di ritenere l'adesione alla FIOM un'inaccettabile mancata adesione alle regole aziendali: "*Il pregiudiziale fermissimo rifiuto ribadito anche nel ricorso introduttivo di accettare i regolamenti e i contratti collettivi appare incompatibile con lo svolgimento dell'attività lavorativa che deve collocarsi in un contesto aggregato coordinato e retto da regole peraltro negoziati necessariamente uguali per tutti*". In tal modo la FIAT mostra di esigere non solo che le proprie regole vengano rispettate ma anche che esse siano condivise ed approvate. Siamo alla pretesa del controllo delle opinioni da parte del datore di lavoro, unita alla rivendicazione del diritto di estromettere i dissidenti… Ma questa eccezione subordinata ha anche una sua particolarità sotto il profilo tecnico-giuridico, e dal momento che vedo in sala giovani avvocati mi permetto di tenere una lezioncina su come graduare le difese.

Se mi accusano di aver rotto un vaso io posso dire: a) che il vaso non è stato rotto; b)

---

dere nelle convinzioni personali solo quelle assimilabili al carattere religioso, non avrebbe avuto alcun bisogno di differenziare le ipotesi di discriminazione per motivi religiosi da quelle per convinzioni per motivi diversi. Il contenuto dell'espressione "convinzioni personali" richiamato dall'art. 4 d.lgs. 216/03 non può perciò che essere interpretato nel contesto del sistema normativo speciale in cui è inserito, ***restando del tutto irrilevante che in altri testi normativi l'espressione "convinzioni personali" possa essere utilizzata come alternativa al concetto di opinioni politiche o sindacali.*** *Sicuramente l'affiliazione sindacale rappresenta la professione pragmatica di una ideologia di natura diversa da quella religiosa, connotata da specifici motivi di appartenenza ad un organismo socialmente e politicamente qualificato a rappresentare opinioni, idee, credenze* ***suscettibili di tutela in quanto oggetto di possibili atti discriminatori vietati.***

5 Art. 3 co. 3 d.lgs. 216/2003 *Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età o all'orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima. Parimenti, non costituisce atto di discriminazione la valutazione delle caratteristiche suddette ove esse assumano rilevanza ai fini dell'idoneità allo svolgimento delle funzioni che le forze armate e i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso possono essere chiamati ad esercitare.*

che è stato qualcun altro; c) che non l'ho fatto apposta. Ebbene: se dico che è stato qualcun altro riconosco che il vaso è rotto contraddicendo la prima affermazione; mentre se dico che non l'ho fatto apposta riconosco addirittura di averlo rotto io. Nel nostro caso la difesa della FIAT, nel richiedere l'applicazione dell'esimente, ha infine confessato di aver volutamente rotto il vaso...

Concludendo: l'affiliazione sindacale, che un tempo rappresentava lo *zoccolo duro* delle tutele contro le discriminazioni datoriali, ora è tutelata in quanto riconducibile alle convinzioni personali (nozione che *racchiude una serie di categorie di ciò che può essere definito il "dover essere" dell'individuo che vanno dall'etica alla filosofia, dalla politica - in senso lato - alla sfera dei rapporti sociali,* cfr. Corte D'Appello di Roma del 19.10.2012). Ma ciò è pacifico solo a seguito dei pregevoli sforzi interpretativi della giurisprudenza (da ultimo Cass. n. 1/2020).

Il dato non è, a parere di chi scrive, di poco rilievo: il fatto che ora la discriminazione antisindacale e politica debba essere ricavata per interpretazione ci dà la misura dell'epoca in cui viviamo. Da un lato, il corposo pacchetto di regole antidiscriminatorie rappresenta certamente la realizzazione di un obiettivo di civiltà. Dall'altro lato però, l'aver "dimenticato" - non elencandola espressamente - la tutela dalla discriminazione sindacale, può essere segno dell'obsolescenza in cui vengono confinati i corpi intermedi (la cui massima espressione storica sono stati propri i sindacati) della società. Infatti, se è vero che il tasso di affiliazione alle organizzazioni sindacali è in calo, ciò non significa affatto che sia venuta meno la necessità del loro ruolo o men che meno che non vi siano più discriminazioni dettate da motivi sindacali. Come dimostrano i casi citati.

Discriminazioni basate sulla nazionalità e sulla condizione personale

Nazzarena Zorzella*

Premessa

Attualmente siamo in un contesto sociale in cui alle pur già diffuse discriminazioni "ordinarie" ai danni di cittadini stranieri sono venute ad aggiungersi le differenziazioni tra stranieri basate sulla specifica condizione personale.

È nota l'ampia platea di decisioni della Corte costituzionale che, soprattutto nell'ambito delle azioni antidiscriminazione, hanno censurato i requisiti di "lunga residenza" poiché escludevano (da misure di welfare) i cittadini stranieri regolarmente soggiornanti, valorizzando (la Corte) il bisogno sotteso alla prestazione anziché la durata del soggiorno. L'intervento della prof. Diletta Tega illustra bene la questione e ad essa si rinvia per un approfondimento.

Oggi ci troviamo di fronte ad una nuova serie di differenziazioni basate sulla nazionalità, coniugata con la condizione personale e sociale. Ad essere intaccati, oggi, sono i diritti fondamentali e i diritti sociali "di base" del cittadino straniero, giustificati, implicitamente o esplicitamente, da un'esigenza di priorità per gli italiani. Restrizione che comporta anche ingiustificate discriminazioni, perché non assistite da adeguata giustificazione.

Tra i primi, possiamo annoverare:

- la iscrizione anagrafica dei richiedenti protezione internazionale; cd. richiedenti asilo) e ciò che ne consegue;
- la cittadinanza e la sua revoca per una specifica categoria di cittadini (quelli non nati cittadini ma che hanno acquistato lo status successivamente.

Tra i secondi:

- il reddito di cittadinanza.

Si tratta di disposizioni che differenziano le persone in base alla condizione personale, alla nazionalità e alla specifica condizione giuridica.

* *Avvocata del Foro di Bologna e socia ASGI, Associazione per gli Studi Giuridici sulla Immigrazione.*

L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo

L'art. 13 d.l. 113/2018 (conv. in legge 132/2018, cd. decreto sicurezza) ha modificato alcune disposizioni del d.lgs. 142/2015 (disciplina del sistema di accoglienza dei richiedenti asilo), modificando la disciplina dell'iscrizione anagrafica per i soli richiedenti asilo. L'art. 4, co. 1.bis d.lgs 142 modificato stabilisce, infatti, che il permesso di soggiorno per richiesta asilo NON costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica.

Nel contempo, l'art. 4, co. 1 stabilisce che il permesso di soggiorno è documento di riconoscimento ai sensi dell'art. 1 lett. c) d.p.r. 445/2000 (documento munito di fotografia, rilasciato da una pubblica amministrazione "che consenta l'identificazione personale del titolare").

La residenza non è, di per sé, un diritto fondamentale, ma un diritto sociale che, tuttavia, è presupposto per l'esercizio di una serie di diritti fondamentali, quali l'assistenza sanitaria, il lavoro, l'istruzione. L'art. 14 d.P.R. 223/89 (Regolamento anagrafico) stabilisce che colui che trasferisce dall'estero la residenza deve comprovare la propria identità mediante esibizione di passaporto o documento equipollente. I richiedenti asilo, tuttavia, quasi mai posseggono un passaporto e, se lo posseggono, esso deve essere ritirato dalla questura all'atto della presentazione della domanda di riconoscimento della protezione internazionale.

Per tale ragione, sin dal 2006, il Ministero dell'interno (titolare della funzione demografica) ha emanato una circolare in cui si afferma che il richiedente asilo è esentato dalla presentazione del passaporto. Del resto, l'art. 9, co. 6 d.P.R. 394/99 (Regolamento di attuazione del TU immigrazione d.lgs. 286/98), che non è stato modificato dal d.l. 1134/2018, dispone che il/la richiedente asilo non deve esibire il passaporto per il permesso di soggiorno.

Se, dunque, il permesso di soggiorno è un documento di riconoscimento, cioè identifica il/la richiedente asilo, ma nel contempo non è ritenuto dal legislatore titolo idoneo per l'iscrizione anagrafica, come può garantirsi il diritto soggettivo alla residenza?

Ipotesi alternative

1. In mancanza di passaporto, il titolo equipollente è il Modello C3, cioè il verbale compilato dalla questura al momento della formalizzazione della domanda di riconoscimento della protezione internazionale, che contiene l'identificazione del/della richiedente asilo ed è munito di fotografia. Va, infatti, considerato che l'art. 6, co. 7 TU immigrazione d.lgs. 286/98 – non modificato dal decreto sicurezza – stabilisce la parità di accesso all'iscrizione anagrafica tra cittadini stranieri ed italiani, con l'unica ulteriore condizione che il primo sia regolarmente soggiornante. Pertanto, il titolo utile per l'iscrizione anagrafica sarà il Modello C3 che attesta l'identità del/della richiedente asilo. Oppure, si potrà esibire un atto notorio (con 2 testimoni) che attesti l'identità del/della richiedente asilo

(alla pari di ciò che avviene per la persona riconosciuta rifugiata politica). Chi, invece, è entrato in Italia con passaporto, pur se gli è stato ritirato dalla questura al momento della domanda di asilo, potrà esibire la copia certificata conforme.

2. Se il Comune rifiuta l'iscrizione anagrafica, si può impugnare il provvedimento davanti al Tribunale e chiedere un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni o, in alternativa, il rinvio alla Corte costituzionale per violazione ingiustificata dell'art. 3 Cost., adducendo che la differenza di trattamento, basata sulla condizione personale, è irragionevole ed ingiustificata.

Non può, infatti, essere giustificata la "precarietà" del permesso di soggiorno per richiesta asilo in quanto:

- la procedura amministrativa, ed eventualmente giudiziale, per il riconoscimento del diritto alla protezione internazionale, ha tempi molto lunghi (anni);
- altri permessi di soggiorno temporanei, cioè rinnovabili, non sono esclusi dalla iscrizione anagrafica (ad esempio: quello per lavoro stagionale, quello per cure mediche, quello per calamità, ecc.).

Va, tuttavia, tenuto presente che il d.l. 113/2018 riconosce al richiedente asilo, anche in assenza di iscrizione anagrafica, il diritto di accesso a tutti i servizi erogati sul territorio sulla base del solo DOMICILIO (art. 5, co. 3 d.lgs. 142/2015); pertanto va prestata attenzione a che essi non vengano negati a causa dell'assenza di iscrizione anagrafica.

La cittadinanza

Il d.l. 113/2018 ha modificato la legge sulla cittadinanza (legge 91/1992) introducendo l'art. 10-bis, che impone la revoca in determinate ipotesi di condanna.

«La cittadinanza italiana acquisita ai sensi degli articoli 4, comma 2, 5 e 9, è revocata in caso di condanna definitiva per i reati previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4), del codice di procedura penale, nonché per i reati di cui agli articoli 270-ter e 270-quinquies.2, del codice penale. La revoca della cittadinanza è adottata, entro tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna per i reati di cui al primo periodo, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno ». La revoca riguarda TUTTE le ipotesi di acquisto della cittadinanza, ad eccezione di quella jus sanguinis (nati da genitori italiani). Pare evidente la violazione dell'art. 3 Cost. in quanto viene differenziata la condizione del cittadino a seconda di come abbia acquisito lo status, ovverosia discrimina in base alla nazionalità originaria.

Inoltre, la disposizione è ritenuta una violazione anche dell'art. 22 Cost. perchè priva della cittadinanza per motivi (indirettamente) politici, in quanto i reati per i quali interviene la revoca (reati con finalità di terrorismo) hanno comunque alla base un motivo politico (pur non condivisibile).

Infine, la disposizione pare violare anche obblighi internazionali (e dunque anche costituzionali, ex art. 10, co. 2 Cost.) perché non si fa carico di verificare se, a seguito della revoca, la persona diventi apolide, in violazione della Convenzione di New York del 1961 sulla riduzione dell'apolidia, ratificata con legge 162/2015.

Il d.l. 113/2018 ha allungato anche il termine di definizione del procedimento – da 735 gg. a 48 mesi -, applicabile anche ai procedimenti in corso; ha altresì previsto che i documenti per la cittadinanza siano rilasciati dalla PA entro 6 mesi. Tutte tali disposizioni violano il principio di parità di trattamento, previsto dall'art. 2, co. 2 TU 286/98, senza giustificazione alcuna, comportando la violazione dell'art. 3 Cost. sulla base della condizione personale.

Il reddito di cittadinanza

Tra i destinatari/beneficiari del reddito di cittadinanza il d.l. 4/2019 indica anche il cittadino straniero, non solo titolare di PSUE (permesso di lungo periodo), ma che sia anche residente in Italia da almeno 10 anni, di cui gli ultimi 2 continuativi.

Il reddito di cittadinanza è una misura che rappresenta un LIVELLO ESSENZIALE delle PRESTAZIONI da garantire (cfr. Dossier del Senato) e la sentenza Corte cost. 106/2018 ha dichiarato illegittime le prestazioni condizionate alla residenza, per discriminazione dissimulata.

Del resto, tutta la giurisprudenza costituzionale va nel senso di censurare le disposizioni che, relativamente a misure di carattere assistenziale essenziale, differenziano a seconda della tipologia del permesso di soggiorno di cui sia titolare la persona straniera.

Infatti il criterio della residenza è irragionevole perché non c'è alcuna correlazione tra essa e situazioni di bisogno (Corte cost. 40/2011 – 222/2013, ecc.).

Alla luce dei principi espressi dalla Corte costituzionale, è ragionevole sospettare che le previsioni del d.l. 4/2019 siano illegittime costituzionalmente, richiedendo un requisito che dissimula la discriminazione sulla base della nazionalità. E questo vale anche per i cittadini dell'Unione europea.

Le discriminazioni fondate sulla disabilità: aspetti teorici e casi pratici

Paolo Addis* – Maria Giulia Bernardini**

1. Premessa

All'interno di questo contributo, ci proponiamo di fornire al lettore una panoramica relativa alla declinazione che assume il diritto antidiscriminatorio quando viene riferito ad una specifica soggettività, quella delle persone con disabilità. Negli ultimi tempi, anche in seguito all'entrata in vigore della *Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità* (d'ora in avanti, CRPD), la riflessione giuridica ha rivolto con sempre maggiore frequenza la propria attenzione a soggetti che la dottrina ha riconosciuto diffusamente essere "nuovi" per il mondo del diritto[1], in ragione del fatto che l'approccio culturale con il quale, oggi, ci si accosta alla disabilità e al tema dei diritti delle persone con disabilità è sensibilmente mutato, come si avrà modo di riscontrare nel prosieguo di questo saggio.

Per approfondire il tema delle discriminazioni fondate sulla disabilità, abbiamo scelto di avvalerci dell'analisi di alcuni casi pratici relativi a due ambiti della vita quotidiana (istruzione e lavoro), e abbiamo altresì tentato di dare conto dell'ottica multilivello in cui, come è noto, ormai da qualche tempo le fonti si strutturano, e in relazione alla quale le Corti si trovano a dover reperire il materiale rilevante per le proprie decisioni[2]. Infatti, come ha evidenziato anche la Corte di Cassazione, la condizione delle persone con disabilità va inquadrata in una «logica di integrazione tra fonti di protezione dei diritti fondamentali interne, convenzionali, sovranazionali ed internazionali [...] senza rotture con il dato letterale delle norme nazionali [...] [ma]

1 Si tratta di una dinamica su cui si innesta un processo evolutivo che vede il passaggio dall'idea di soggetti di diritto a quella di persone: cfr S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012 (in particolare pp. 149-178).

2 Sul problema del reperimento delle fonti, che caratterizza l'attività dell'interprete, *ex multis* cfr. B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, CEDAM, Padova, 2014.

** Assegnista di ricerca di Diritto Costituzionale, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa.*
*** Ricercatrice di Filosofia del diritto, Università di Ferrara.*
I due Autori hanno costantemente collaborato nella fase di ideazione e revisione del saggio e hanno scritto congiuntamente la premessa. Sono da attribuire a Paolo Addis i §§ 2, 3, e a Maria Giulia Bernardini i §§ 4 e 5.

in modo che sia coerente con i vincoli liberamente assunti dal nostro Paese in sede europea e internazionale»[3].

Prima di procedere con l'analisi specifica delle forme di discriminazione fondate sulla disabilità, è necessario formulare alcune osservazioni preliminari, al fine di chiarire meglio in cosa consista il mutamento dell'approccio culturale al quale si è fatto cenno poc'anzi. La vita delle persone con disabilità è stata storicamente connotata, pur non in termini assoluti, da una condizione di minorità ed esclusione: la maggior parte delle società, nel confrontarsi con le persone che presentavano delle menomazioni (fisiche, ma non solo) ha tendenzialmente adottato atteggiamenti (più o meno consapevoli[4]) di rigetto, rifiutandosi di riconoscere in loro esseri umani "a pieno titolo", e dunque negandone l'eguaglianza rispetto a coloro che erano considerati "normali", o "normodotati". Ed è a partire dal presupposto della titolarità di una soggettività "mancante" e deficitaria che ha tratto giustificazione l'adozione di meccanismi di esclusione e discriminazione strutturale, che nelle parole delle stesse persone con disabilità hanno assunto sovente il carattere di una vera e propria "oppressione"[5].

Tale premessa risulta fondamentale qualora si voglia studiare la condizione delle persone con disabilità: prima di affrontare il tema dei diritti ed interrogarsi sull'utilità degli strumenti antidiscriminatori via via elaborati al fine di garantire una loro maggior tutela, è infatti indispensabile comprendere le concezioni culturali ad essi sottese e, dunque, approfondire brevemente la distinzione tra il "modello medico" e il "modello sociale" della disabilità, intesi come paradigmi euristici che consentono di definire la disabilità stessa. Invero, ormai da qualche decennio si è diffusa la

3 Cfr. Cassazione Civ. n. 12911 del 23/05/2017. Cfr. altresì, per quel che concerne le decisioni del Supremo consesso, le sentt. n. 2210/2016 e n. 17867/2016; le decisioni qui menzionate relative alla tutela della condizione della persona con disabilità in ambito lavorativo, su cui si tornerà specificamente *infra*.
Il tema della tutela multilivello dei diritti è ampiamente trattato in letteratura; per un'introduzione, cfr. almeno A. Ruggeri, *La tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in "Politica del diritto", 3/2007, pp. 317-346; specificamente sulla disabilità, cfr. anche G. Simoneschi, *Il diritto al lavoro della persona disabile: tutela multilivello e progetto di vita*, in "Minorigiustizia", 3/2010, pp. 179-193, nonché la parte monografica della rivista "Questione giustizia", 3/2018, dedicata al tema del rapporto tra giustizia e disabilità.

4 La letteratura psicoanalitica relativa alle ragioni del rifiuto dell'alterità è ampia: si vedano, ad esempio, J. Kristeva, *Poteri dell'orrore. Saggio sull'abiezione*, Spirali, Milano, 2006 e M.C. Nussbaum, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Carocci, Roma, 2007. Specificamente sulla disabilità, cfr. J. Kristeva, J. Vanier, *Il loro sguardo buca le nostre ombre. Dialogo tra una non credente e un credente sull'handicap e la paura del diverso*, Donzelli, Roma, 2011 e M. Shildrick, *Dangerous Discourses of Disability, Subjectivity and Sexuality*, Palgrave, MacMillan, Londra, 2009.

5 Sull'oppressione nell'ambito della riflessione *disability oriented*, cfr., per tutti P. Abberley, *The Concept of Oppression and the Development of a Social Theory of Disability*, in "Disability & Society", 2, 1987, 1, pp. 5-19. Per un inquadramento di carattere storico del trattamento riservato alle persone con disabilità cfr. *ex multis* M. Schianchi, *Storia della disabilità: dal castigo degli dèi alla crisi del* welfare, Carocci, Roma, 2012, nonché il più recente Id., *Il debito simbolico: una storia sociale della disabilità tra Otto e Novecento*, Carocci, Roma, 2019, H.-J. Stiker, *Corps infirmes et sociétés*, III ed., Dunod, Paris, 2013 e M. Fioranelli, *Il decimo cerchio: appunti per una storia della disabilità*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

consapevolezza della relatività storico-geografica del concetto in questione, il quale non è definibile in astratto né in termini assoluti; al contrario, per essere compreso, deve essere contestualizzato e inquadrato usando coordinate di tipo culturale, sociale, politico e giuridico, nonché tenendo ben presente che l'approccio da utilizzare deve essere dinamico e – come vedremo – aperto a continue revisioni e risignificazioni[6]. Solo adottando questa prospettiva si può capire come mai la situazione delle persone con disabilità sia stata considerata prima una condizione di diversità che relegava il soggetto che ne fosse interessato ad una "radicale alterità" rispetto alla normalità normodotata, poi una specificità meritevole di integrazione, infine una specificità che vanta il diritto all'inclusione sociale.

Questa traiettoria, tra l'altro, non può ancora dirsi conclusa, atteso che retaggi del trattamento escludente sono ancora riscontrabili in pressoché ogni contesto, e che la stessa inclusione degli individui con disabilità non ne garantisce ancora, allo stato attuale, il loro pieno ed effettivo riconoscimento quali soggetti, in un rapporto di eguaglianza con coloro che, nei diversi contesti, sono considerati "normodotati".

In base ad un'ottica escludente, in un primo momento le persone con disabilità sono state considerate incapaci di provvedere a sé stesse e, come tali, destinatarie di assistenza caritatevole da parte del resto della società, "oggetti di cura" da custodire o segregare. Invero, solo in tempi recenti si è approdati a una prospettiva in cui tali individui meritano "eguale considerazione e rispetto"[7], ossia devono essere considerati soggetti *eguali* rispetto agli altri consociati: persone alle quali va riconosciuta pari dignità sociale, in linea con i principi costituzionali che informano il nostro ordinamento giuridico e che si pongono alla base del nostro patto di cittadinanza[8].

La differenza tra le prospettive appena individuate può essere resa attraverso il richiamo ai due modelli della disabilità summenzionati, ossia quello medico e quello sociale. In base al primo, a lungo dominante e ad oggi non ancora definitivamente tramontato, la disabilità va letta come condizione di "svantaggio", "mancanza" o "anormalità" che deriva da una menomazione fisica o mentale, spesso considerata un malfunzionamento; si tratta di una condizione intrinsecamente negativa, in quanto preclude ad un individuo che ne sia "vittima" la possibilità di condurre una vita normale. Chi è disabile dovrà allora prendere atto della propria minorazione e affrontare i propri problemi da solo (o avendo accanto la propria famiglia, dato che

6 Per un'introduzione al tema, cfr. almeno S. Grech, K. Soldatic (eds.), *Disability in the Global South. The Critical Handbook*, Springer, Dordrecht, 2016.

7 Rimandiamo alla nota tesi del filosofo del diritto Ronald Dworkin, che faceva ricorso al principio dell'*equal concern and respect* per generare il principio dell'eguaglianza approssimativa. Per approfondimenti, cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978. Taluni hanno ritenuto che questo principio sia alla base delle azioni positive: cfr. J. Marshall, *The Right to Equal Concern and Respect: The Foundation of Affirmative Action*, in "Brigham Young University Prelaw Review", 9, article 9, https://scholarsarchive.byu.edu/byuplr/vol19/iss1/9.

8 In una prospettiva costituzionale, cfr. C. Colapietro, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

l'attività di *caregiving* è primariamente a base familiare, o al più riconducibile alla sfera del volontariato).

Al contrario, sulla società non grava (e non deve gravare) alcun onere. Ad occuparsi della persona con disabilità saranno innanzitutto i familiari e, per quanto attiene la cura e la presa in carico, chi ha ricevuto un'adeguata formazione scientifica e professionale per curare gli *anormali*[9] nel corpo e nella psiche, primo fra tutti il personale medico. L'obiettivo – perseguito essenzialmente secondo i ritmi fissati e scanditi dal terapeuta – è il ritorno alla normalità perduta: la persona con disabilità deve recuperare ciò che non ha più in termini funzionali, o avvicinarsi al grado che sia più prossimo a tale condizione. Solo dopo che il processo di "normalizzazione" avrà avuto compimento, il soggetto potrà far parte a pieno titolo della società[10].

Questo approccio reca con sé notevoli conseguenze di carattere politico e giuridico. In primo luogo, come già anticipato, la disabilità finisce per essere una questione privata: lo scorrere della vita sociale può continuare imperturbato, in attesa della guarigione di chi era infermo. Infatti, la persona con disabilità diviene visibile al più o come oggetto di compassione o – se si dimostra particolarmente determinata – come figura esemplare, una sorta di fonte d'ispirazione per affrontare le piccole o grandi difficoltà[11].

Al contrario, se la normalità è impossibile da riottenere, è ben più probabile che la persona con disabilità venga considerata come un fardello, un "peso" sociale, innanzitutto sul versante economico. E, se questa è la retorica che ammanta la condizione disabile, allora ben si comprende la scelta, effettuata ripetutamente nel corso della storia e di recente nuovamente riproposta anche all'interno di numerosi Stati euro-unitari[12], di isolare le persone con disabilità, segregandole all'interno di luoghi deputati alla loro specifica cura, e così allontanandole dalla società per *difenderla*[13].

9 L'impiego di tale termine, volutamente provocatorio, rimanda al noto testo di M. Foucault, *Gli anormali. Corso al Collège de France (1974-75)*, Feltrinelli, Milano, 2000.

10 Sulle logiche sottese al processo di normalizzazione si rinvia a W. Wolfensberger, *The Principle of Normalization in Human Services*, National Institute on Mental Retardation, Toronto, 1972.

11 Tra gli altri, mette in guardia circa l'effetto di esclusione che l'esaltazione del cosiddetto "*disability hero*" produce nei confronti delle persone con disabilità che non abbiano compiuto gesta straordinarie Matteo Schianchi, in Id., *La terza nazione del mondo: i disabili tra pregiudizio e realtà*, Feltrinelli, Milano, 2009.

12 Sull'istituzionalizzazione, cfr. almeno D.L. Braddock, S.L. Parish, *An Institutional History of Disability*, in G. Albrecht et al. (eds.), *Handbook of Disability Studies*, Sage, Thousand Oaks, 2001, pp. 11-68. Le "grandi istituzioni" sono notoriamente quelle cui si riferiscono J. Bentham, *Panopticon ovvero la casa d'ispezione*, a cura di M. Foucault, M. Perrot, Marsilio, Padova, 2002; M. Foucault, *Storia della follia nell'età classica*, Rizzoli, Milano, 1973; E. Goffman, *Asylums. Le istituzioni totali*, Einaudi, Torino, 1978; F. Basaglia, *L'istituzione negata*, Einaudi, Torino, 1968. Per uno sguardo alla contemporaneità, ed un invito a superare la logica segregante attuando i principi della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità e, dunque, promuovendo il diritto alla vita indipendente, cfr. i tre report della *Fundamental Rights Agency* (FRA) del 2017.

13 Il richiamo è ancora a Foucault e, in particolare, a M. Foucault, *Bisogna difendere la società*, Feltrinelli, Milano, 1998.

A ben vedere, infatti, in questa prospettiva la condizione di tali soggetti può e deve essere affrontata facendo riferimento a sostegni appropriati, da rendicontare e tradurre in flussi di denaro che lo Stato del benessere elargirà loro, direttamente o indirettamente; i diritti di tali individui sono dunque essenzialmente relativi alla cura e all'assistenza. Infine, è da notare un'ulteriore e rilevante conseguenza giuridica relativa a tale condizione di "minorità" ed esclusione: nell'ottica "medica", l'accertamento della presenza di una menomazione o di una difficoltà relazionale in capo ad un soggetto giustifica l'operare di una presunzione concernente la sua incapacità, nonché la conseguente limitazione (più o meno rilevante a seconda dello strumento di tutela prescelto e/o resosi necessario) della sua capacità d'agire. Come è noto, tale fattore si traduce nell'ostacolo al compimento di attività giuridicamente rilevanti (prime fra tutte, l'esercizio dei diritti politici e gli atti di disposizione del diritto di proprietà), quando non nel loro totale divieto. Anche in termini giuridici, pertanto, la persona con disabilità avrà bisogno di "assistenza" e di "tutela": le norme del nostro Codice civile relative agli istituti dell'interdizione e inabilitazione (artt. 414-432) sono il logico corollario di una costruzione politica e valoriale come quella appena delineata.

A questa impostazione se ne è contrapposta, ormai da alcuni decenni, un'altra, già evocata il modello sociale della disabilità, messo a punto fra America ed Europa fra gli anni Sessanta e Ottanta del XX secolo e più volte riformulato, propone infatti una chiave di lettura inconciliabile con quella appena illustrata. Ciò perché nel modello sociale la disabilità non scaturisce dalla menomazione, ma trae origine nella società e consiste nella reazione manifestata dalla società in relazione a quella che, adottando una prospettiva medica, è considerata un'anomalia (anziché una specificità, una diversità che merita una piena valorizzazione). Solitamente, per rinvenire una formulazione dell'idea fondante del modello sociale della disabilità, si fa riferimento a quanto elaborato in seno a un'associazione fondata da un attivista inglese, Paul Hunt, nel 1972, la *Union of the Physically Impaired against Segregation* (UPIAS). In un documento, pubblicato nel 1976 e intitolato *Principles of Disability*, si legge che *«In our view, it is society which disables physically impaired people. Disability is something imposed on top of our impairments, by the way we are unnecessarily isolated and excluded from full participation in society. Disabled people are therefore an oppressed group in society. It follows from this analysis that having low incomes, for example, is only one aspect of our oppression. It is a consequence of our isolation and segregation, in every area of life, such as education, work, mobility, housing, etc. Poverty is one symptom of our oppression, but it is not the cause. […]. We shall clearly get nowhere if our efforts are chiefly directed not at the cause of our oppression, but instead at one of the symptoms».*

Le poche righe riportate consentono di mettere bene a fuoco i tratti fondamentali del modello sociale, che troverà poi ulteriori rielaborazioni, a opera di autori come – fra gli altri – Mike Oliver e Colin Barnes[14]: la disabilità non nasce da un deficit, ma è una

14 Si vedano, nell'ampia letteratura, M. Oliver, C. Barnes, *The New Politics of Disablement*, Palgrave Macmillan, Londra, 2012.

forma di oppressione che trae origine dalla società, che esclude e discrimina coloro che hanno una menomazione, restringendone il campo di azione e la possibilità di partecipazione, sulla base di radicati stereotipi relativi all'incapacità e alla sub-umanità di tali individui[15].

Non è questa, ovviamente, la sede adatta per rievocare il clima politico-culturale in cui il modello sociale ha visto la luce, sull'una o sull'altra sponda dell'Atlantico, né la sua evoluzione nel corso degli ultimi quarant'anni e le differenti, varie formulazioni che ne sono state date (si tenga presente che ne sono state contate diverse decine). Quello che va evidenziato è come il modello sociale si sia affermato come strumento utile per trasformare il quadro politico.

Giuridicamente, le conseguenze derivanti dall'adozione di tale prospettiva sono notevoli. Citando un famoso attivista statunitense, Ed Roberts, il punto cruciale messo a fuoco grazie al modello sociale consiste nella presa di consapevolezza che non è possibile affrontare le questioni attinenti all'ambito della disabilità (soltanto) in termini di carità, benevolenza fraterna, assistenza e compassione. Al contrario, si tratta di fare appello alla giustizia e ai diritti[16]: «la soluzione ai problemi legati alla disabilità passa non da un percorso di risanamento di una "deviazione dalla norma", ma dalla rimozione di ciò che nega alle persone con menomazioni il pieno godimento delle pari opportunità»[17]. Le regole giuridiche sono appunto deputate a rimuovere quelle barriere che ostacolano o impediscono l'esercizio dei diritti (producendo la disabilità), al fine di garantire l'eguaglianza delle persone con disabilità. A tal riguardo, il diritto antidiscriminatorio riveste indubbiamente un ruolo fondamentale, come si avrà modo di verificare nel prosieguo, dopo il preliminare e necessario inquadramento delle fonti rilevanti in tema di tutela dei diritti delle persone con disabilità.

2. La condizione giuridica delle persone con disabilità nel quadro giuridico internazionale, nell'Unione europea e nel Consiglio d'Europa

2.1.1. I diritti delle persone con disabilità e il diritto internazionale (I fase: 1945-2000)

Si è detto, in apertura, come la condizione giuridica delle persone con disabilità, oggi, debba essere letta in una prospettiva articolata su più piani. Il primo a venire in considerazione, in questa nostra analisi, è quello relativo al diritto internazionale, oggetto di una notevole evoluzione nel corso dei decenni. Come rilevato da Theresia Degener, in questo ambito le persone con disabilità sono state a lungo pressoché in-

15 In particolare, si tratta degli stereotipi che vanno a comporre il modello medico, e che abbiamo sinteticamente riportato in precedenza.

16 Sia permesso rimandare a M.G. Bernardini, *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e* Disability Studies, Giappichelli, Torino, 2016.

17 Così A.D. Marra, *Società, Disabilità, Diritti. Come i* disability studies *hanno attecchito nella giurisprudenza italiana*, Key editore, Vicalvi, 2018, p. 15.

visibili: esse non vengono menzionate né nello Statuto delle Nazioni unite del 1945, né nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948[18]. Non sono presenti riferimenti alle persone con disabilità neppure nella Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni discriminazione razziale del 1965[19], né nel Patto internazionale sui diritti civili e politici e nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, entrambi del 1966[20]. In seguito, nel decennio che va dal 1970 al 1980, in seno alle Nazioni Unite si registra l'approvazione di due documenti, non vincolanti, la Dichiarazione dei diritti delle persone con ritardo mentale nel 1971[21] e la Dichiarazione dei diritti delle persone disabili nel 1975[22].

Si trattava – rileva ancora Degener – di atti conformi al modello medico della disabilità. La Dichiarazione del 1971 si apre con l'affermazione che «*The mentally retarded person has, to the maximum degree of feasibility, the same rights as other human beings*»: il riferimento al «*maximum degree of feasibility*» (ovvero, al miglior risultato ottenibile) pare dar per inteso che in molti casi sia naturale l'irraggiungibilità d'una piena eguaglianza nel godimento e nell'esercizio dei diritti[23].

Ancora, la Dichiarazione del 1975 ha come *incipit* la statuizione secondo cui «The term "disabled person" means any person unable to ensure by himself or herself, wholly or partly, the necessities of a normal individual and/or social life, as a result of deficiency, either congenital or not, in his or her physical or mental capabilities»; seppure non manchino, nel testo della Dichiarazione, importanti affermazioni di principio (al punto 3, ad esempio, si legge che «*Disabled persons have the inherent right to respect for their human dignity. Disabled persons, whatever the origin, na-*

18 Cfr. sul punto T. Degener, *From Invisible Citizens to Agents of Change: A Short History of the Struggle for the Recognition of the Rights of Persons with Disabilities at the United Nations*, in V. Della Fina, R. Cera, G. Palmisano (a cura di), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Springer, Cham, 2017, pp. 1-39.

19 Per quel che concerne l'Italia, l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine d'esecuzione alla Convenzione in questione sono stati dati con la l. n. 654 del 13 ottobre 1975.

20 Per quanto concerne l'Italia, l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine d'esecuzione dei Patti del 1966 sono stati dati con la l. n. 881 del 25 ottobre 1977.

21 Il testo della Dichiarazione del 1971, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 dicembre 1971 (Res. Ass. Gen. 2856 (XXVI), è disponibile *online* all'indirizzo https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RightsOfMentallyRetardedPersons.aspx. A conferma di quanto appena esposto, si noti come al punto 5 s'affermi che «*The mentally retarded person has a right to a qualified guardian when this is required to protect his personal well-being and interests*» e, al punto 7, che «*Whenever mentally retarded persons are unable, because of the severity of their handicap, to exercise all their rights in a meaningful way or it should become necessary to restrict or deny some or all of these rights, the procedure used for that restriction or denial of rights must contain proper legal safeguards against every form of abuse. This procedure must be based on an evaluation of the social capability of the mentally retarded person by qualified experts and must be subject to periodic review and to the right of appeal to higher authorities.*». Il modello di intervento nei confronti delle persone con disabilità intellettive è quindi quello della custodia e della tutela, ma in caso di necessità è del tutto ammissibile la compressione o la privazione dei diritti, purché con le debite precauzioni per evitare abusi.

22 Il testo della Dichiarazione del 1975 è reperibile all'indirizzo *web* https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/res3447.pdf

23 Cfr. T. Degener, *From Invisible Citizens to Agents of Change*, cit., p. 4

ture and seriousness of their handicaps and disabilities, have the same fundamental rights as their fellow-citizens of the same age, which implies first and foremost the right to enjoy a decent life, as normal and full as possible»), è sempre presente una tensione al raggiungimento di una normalità perduta (al punto 9 si legge che «*Disabled persons have the right to live with their families or with foster parents and to participate in all social, creative or recreational activities*» ma, subito dopo, si afferma che «*If the stay of a disabled person in a specialized establishment is indispensable, the environment and living conditions therein shall be as close as possible to those of the normal life of a person of his or her age*»). Nonostante il riferimento al principio di normalizzazione possa essere interpretato come un passo per una lettura dei diritti delle persone con disabilità come diritti umani, il documento del 1975 è ancora radicato nel paradigma medico[24].

Il ventennio che va dal 1980 al 2000 registra numerosi ed evidenti passi in avanti. L'ONU proclama il 1981 "Anno internazionale delle persone con disabilità" e vara un ampio programma di azione; l'Organizzazione Internazionale del Lavoro, nel 1983, approva una Convenzione (n. 159) sull'inclusione lavorativa delle persone con disabilità; nel 1986 vengono stilati dei Principi e delle linee guida e garanzie per la protezione delle persone private della libertà personale per problemi connessi alla salute mentale, unitamente a un rapporto dello *Special Rapporteur* della Sottocommissione per la prevenzione della discriminazione e la protezione delle minoranze. Ma il passaggio più significativo è dato dall'approvazione, nel 1993, delle Regole Standard delle Nazioni unite sulle pari opportunità per le persone con disabilità[25]. Si tratta di un atto non vincolante, ma rilevante nel contribuire alla realizzazione di un cambio di prospettiva: della condizione delle persone con disabilità si discute non più in termini di tutela, ma di non discriminazione nel godimento dei diritti.

2.1.2. L'emergere dei diritti delle persone con disabilità come diritti umani e la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità (II fase: 2000-oggi)

All'inizio del nuovo millennio, però, si fece strada l'idea che i diritti delle persone con disabilità dovessero trovare collocazione anche all'interno di uno strumento di carattere vincolante. Era un'esigenza avvertita all'interno del movimento globale per i diritti delle persone con disabilità, ma non solo: quando il presidente messicano Vicente Fox Quesada rilanciò, in seno alle Nazioni unite, l'idea di una Convenzione internazionale che definisse il tema dei diritti delle persone con disabilità come diritti umani, la proposta, pur con resistenze e attriti, venne accolta.

Non è ovviamente possibile, in questa sede, ripercorrere passo per passo il com-

24 Cfr. ancora T. Degener, cit., pp. 5-6: Degener sottolinea anche come, nonostante i suoi numerosi limiti, la Dichiarazione in questione «*was one of the first documents of the United Nations that acknowledged the importance of consultations with organizations of disabled persons*» (*ibidem*).

25 Sulle Regole Standard del 1993 cfr., nella dottrina italiana, M.R. Saulle, *Le norme standard sulle pari opportunità dei disabili*, ESI, Napoli, 1998.

plesso *iter* negoziale che ha condotto all'approvazione della Convenzione ONU; ma essa, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni unite nel dicembre del 2006, rappresenta oggi il più aggiornato e completo strumento di garanzia dei diritti delle persone con disabilità a livello internazionale.

Gli spunti d'interesse che la Convenzione offre al giurista sono molteplici e numerosissimi sono stati i lavori tesi a metterne in luce gli aspetti più interessanti[26]: essa, al di là dei suoi primati (si tratta del primo trattato sui diritti umani del XXI secolo, è stata elaborata in tempi eccezionalmente brevi ed è stata ratificata rapidamente da un numero molto elevato di Paesi, sin dal primo giorno di apertura alla firma da parte degli Stati), ha in sé un valore intrinseco, dato dal fatto che è stata messa a punto con il coinvolgimento diretto delle persone con disabilità e, pur non attribuendo alle persone con disabilità nuovi diritti, rilegge quelli esistenti, dando loro una coloratura nuova e chiarendone l'applicabilità alle persone con disabilità, con l'obiettivo di rafforzarne effettività e potenzialità inclusive[27].

Il testo della Convenzione, cui l'Italia ha dato ratifica ed esecuzione con la l. 18/2009, è lungo e complesso; essa consta di un Preambolo e 50 articoli. Alla Convenzione, inoltre, s'accompagna un Protocollo opzionale, composto da 18 ulteriori articoli; il

26 Cfr. *ex multis*, A.S. Kanter, *The Promise and Challenge of the United Nations on the Rights of Persons with Disabilities*, in "Syracuse J. Int'l L. & Com.", 34, 2007, p. 287 e ss.; R. Kayess, P. French, *Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in "HRLR", 8, 2008, 1, pp. 1-34; G. Quinn, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Toward a New International Politics of Disabilities – Jacobus tenBroek Disability Law Symposium, April 17 2009*, in "Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights", 15, 2009-2010, 1, pp. 33-52; M.A. Stein, J.E. Lord, *Future Prospects for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in O.M. Arnadóttir, G. Quinn (eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. European and Scandinavian Perspectives*, Martinus Nijhoff, Amsterdam, 2009; A. Lawson, *The United Nations Convention on the Rights: the New Era or False Dawn?*, in "Syracuse J. Int'l L. & Com.", 2007, p. 563 ss.; F. Seatzu, *La Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone disabili: i principi fondamentali*, in "Diritti umani e diritto internazionale", 3, 2008, pp. 535-559, nonché Id., *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili: diritti garantiti, cooperazione, procedure di controllo*, in "Diritti umani e diritto internazionale", 3, 2009, pp. 259-280.
Per un commento sistematico all'articolato della CRPD, cfr. V. Della Fina, R. Cera, G. Palmisano (eds.), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary, Springer* Cham, I. Bantekas, M. A. Stein, D. Anastasiou (eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, OUP, Oxford, 2018.
27 In questo senso, si è ricordato come la Convenzione, in molti ambiti, vada a definire le condizioni minime perché il godimento di diritti altrove sanciti sia assicurato anche alle persone con disabilità. Ciò non impedisce, però, di rinvenire nelle previsioni contenute nella CRPD anche tratti spiccatamente innovativi: «*Despite the "official fiction" that the CRPD creates no new rights, it does contain articles bearing entirely novel titles, and introduces many innovative measures and mechanisms*». Al riguardo, si ponga attenzione al fatto che «*articles concerning accessibility (Article 9), living independently and being included in the community (Article 19), personal mobility (Article 20), habilitation and rehabilitation (Article 26), speak to specific concerns for disabled people*»: così L. Series, *Disability and Human Rights*, in N. Watson, S. Vehmas (eds.), *Routledge Handbook on Disability*, II ed., Routledge, Londra, 2019, pp. 72-88 (il passo qui citato è a pp. 77-78); la stessa A., di seguito, però scrive che «*Whether these are "new rights", or simply rights that are so securely (and thereby invisibly) enjoyed by most non-disabled people as not to attract specific protection in human rights treaties, is a matter for debate*» (*ibidem*).

Protocollo opzionale delinea i tratti essenziali di un sistema di monitoraggio e controllo, a sua volta non privo di aspetti di rilevante novità[28].

Dopo aver enunciato il proprio scopo (art. 1), definito alcuni concetti e princìpi fondamentali (artt. 2 e 3) e obblighi generali (art. 4), il testo della Convenzione affronta il tema dell'uguaglianza e della non discriminazione. È un passaggio fondamentale, ai fini di questa nostra analisi: all'art. 5 si legge che «Gli Stati Parti riconoscono che tutte le persone sono uguali dinanzi alla legge ed hanno diritto, senza alcuna discriminazione, a uguale protezione e uguale beneficio dalla legge.». Il comma successivo recita che «Gli Stati Parti devono vietare ogni forma di discriminazione fondata sulla disabilità e garantire alle persone con disabilità uguale ed effettiva protezione giuridica contro ogni discriminazione qualunque ne sia il fondamento.». Poi, si chiarisce che «Al fine di promuovere l'uguaglianza ed eliminare le discriminazioni, gli Stati Parti adottano tutti i provvedimenti appropriati, per garantire che siano forniti accomodamenti ragionevoli» e che «Le misure specifiche che sono necessarie ad accelerare o conseguire *de facto* l'uguaglianza delle persone con disabilità non costituiscono una discriminazione ai sensi della presente Convenzione.». Per intendere correttamente il testo dell'art. 5 è necessario richiamare le nozioni tratteggiate all'art. 2, ove si specifica che per «"discriminazione fondata sulla disabilità" si intende qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo. Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole»; e per quest'ultimo «[…] si intendono le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali».

I concetti definiti all'art. 5, "eguaglianza" e "non discriminazione", sono due volti di una stessa medaglia e costituiscono uno dei princìpi-cardine del diritto internazionale dei diritti umani[29]; per quanto concerne la Convenzione, «*Rights to equality and non-discrimination in Article 5 are conceived as free-standing provisions since their application is not confined to the rights contained in the Convention*»[30]. Si tratta, quindi, di una disposizione che di per sé, anche da sola, vincolerebbe gli Stati parti della CRPD a quanto appena sopra richiamato. Ma fra gli articoli della Convenzione – che non possiamo analizzare puntualmente ce ne sono alcuni che regolano gli ambiti di vita di cui ci occuperemo nella parte del lavoro destinata all'esame delle

28 Cfr. M.A. Stein, J.E. Lord, *Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Innovations, Lost Opportunities, and Future Potential*, in "Human Rights Quarterly", 32, 2010, pp. 689-728.
29 Cfr. R. Cera, *Article 5 [Equality and Non-Discrimination]*, in V. Della Fina, R. Cera, G. Palmisano (a cura di), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, cit., pp. 157-174.
30 *Ibidem*, p. 160.

sentenze relative a casi di discriminazione: l'art. 24 sul diritto all'istruzione e l'art. 27 sul diritto al lavoro. Ma è importante aver ben presente che la lotta alle discriminazioni e la tensione verso l'uguaglianza non solo permeano tutta la Convenzione e ne informano l'interpretazione, ma costituiscono una vera e propria stella polare per gli ordinamenti giuridici contemporanei vincolati dalla CRPD, nel loro rapportarsi a chi si trovi in una condizione di disabilità.

2.2. Un secondo piano normativo: il diritto dell'Unione europea

Un altro dei livelli di tutela per la condizione giuridica delle persone con disabilità è costruito a partire dal diritto dell'Unione europea. In prospettiva diacronica, si può dire che l'interesse delle (allora) Comunità europee nei confronti dei diritti delle persone con disabilità è maturato con una certa lentezza. Attorno alla metà degli anni Settanta vide la luce una risoluzione del Consiglio, che recava come titolo "Programma di azione per l'integrazione occupazionale e sociale delle persone portatrici di handicap"; l'obiettivo delle istituzioni comunitarie, nella prima fase del proprio agire, non riguardava l'inclusione sociale delle persone con disabilità, ma, piuttosto, la loro integrazione come lavoratori che dovevano muoversi e operare all'interno di un mercato comune.

Come debitamente sottolineato da chi ha ricostruito l'evolversi della posizione occupata dalle persone con disabilità all'interno delle politiche e della normativa delle Comunità europee prima e dell'Unione europea poi, il punto di svolta è rappresentato dall'entrata in vigore, nel 1999, del Trattato di Amsterdam[31]. È con questo atto, infatti, che viene introdotto all'interno dell'ordito normativo dei Trattati, il principio secondo cui è compito delle istituzioni euro-unitarie impegnarsi per combattere la discriminazione anche nei confronti delle persone con disabilità. Come recita l'attuale art. 10 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, «Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale», mentre all'art. 19 si legge che «Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale». Il primo frutto tangibile di questo mutare di sensibilità e di orientamento di politica del diritto è rappresentato dalla Direttiva 2000/78/CE, su cui ci soffermeremo in maniera più puntuale più avanti, nell'analisi della tutela con-

31 Si rinvia, per una ricostruzione sintetica, a D. Ferri, *L'Unione europea e i diritti delle persone con disabilità: brevi riflessioni a vent'anni dalla prima "Strategia"*, in "Prospettive sociali e sanitarie", 17, 2016, 2, pp. 118-123; v. anche A. Waldschmidt, *Disability policy of the European Union: The supranational level*, in "Alter – Revue européenne de recherche sur l'handicap", 3, 2009, 1, pp. 8-23.

tro le discriminazioni in ambito lavorativo. Ulteriori modifiche, per quanto riguarda le fonti con cui adottare gli atti normativi necessari per combattere le discriminazioni sono state poi introdotte dal Trattato di Lisbona, particolarmente con riguardo al ruolo del Parlamento europeo[32].

L'approccio antidiscriminatorio – ispirato al modello statunitense dell'*Americans with Disabilities Act*[33] – ha rappresentato un importante elemento di novità per la condizione delle persone con disabilità e, in termini più generali, un contributo originale del diritto dell'Unione alla regolazione dei rapporti fra privati[34].

Un ulteriore punto significativo, nel panorama del diritto dell'Unione riguardante la condizione giuridica delle persone con disabilità, è segnato dall'introduzione, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, di alcune disposizioni direttamente rilevanti ai fini della nostra analisi[35]. Se all'art. 21 è ribadito che «È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale», la condizione delle persone con disabilità è affrontata, specificamente, dall'art. 26. La disposizione in questione afferma che «L'Unione riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità». Anche tenendo conto dei limiti di quanto disposto nella Carta, pare indubbio che alcune delle disposizioni in essa

32 Cfr. ancora D. Ferri, *L'Unione europea e i diritti delle persone con disabilità*, cit., p. 120; in termini più generali, per l'impatto del Trattato di Lisbona, si vedano, volendo, le considerazioni esposte in M.G. Bernardini, *L'Europa dopo Lisbona: cosa cambia*, in "Federalismi.it", n. 11/2010; Ead*., L'Unione europea ed il Trattato di Lisbona: nuove frontiere per la tutela multilivello dei diritti*, in "Diritto e società", 3/4, 2010, pp. 407-445.

33 Cfr. M. Priestley, *In Search of European Disability Policy: Between National and Global*, in "ALTER – Revue européenne de recherche sur l'handicap", 2007, 1, pp. 61-74. Il collegamento fra il diritto antidiscriminatorio statunitense e quello europeo non equivale, ovviamente, a non riconoscerne i differenti percorsi; cfr. al riguardo G. De Búrca, *The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law*, in "American Journal of Comparative Law", 60, 2012, 1, pp. 1-22.

34 Come sottolineato da autorevole dottrina, «*In turn, anti-discrimination law is an original EU contribution to regulatory private law*»; e se inizialmente il divieto di discriminazione riguardava la nazionalità di provenienza dei lavoratori, dei servizi e delle merci, nell'ottica di un aumento dell'efficienza del mercato comune, «*However, its subsequent destiny was to provide the constitutional basis for gradually widening anti-discrimination case law and secondary legislation. Constitutionally anchored anti-discrimination law is a primary example of social constitutional law severing its roots in the economic constitution and adopting a more independent teleology. Differing from labour law, the main credit for this development is due not to the political legislator, but to the ECJ. This fact may balance an over-straightforward view of the ECJ as a champion of negative integration and economic constitutionalization*» (così K. Tuori, *European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 259-260).

35 La Carta dei diritti fondamentali è stata adottata a Nizza nel dicembre del 2000 e poi solennemente riproclamata a Strasburgo, con alcune a modifiche, nel 2007; nel diritto dell'UE essa si colloca, sul piano delle fonti del diritto, allo stesso livello dei Trattati.

contenute siano dotate di un certo grado di innovatività; ma la disposizione appena sopra riportata, per quanto appaia «accattivante l'idea che […] non si limiti a riconoscere il diritto dei disabili di beneficiare delle misure funzionali alla loro autonomia e inclusione già previste dai singoli Stati, ma attribuisca il diritto a pretenderne l'istituzione, ove manchino», sembra piuttosto avere una portata essenzialmente programmatica[36]; e ciò pare trovare conferma nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea[37].

Non si può poi tacere il fatto che l'ordinamento dell'UE, circa l'aspetto che rileva in questa sede, abbia conosciuto un ulteriore sviluppo, anche in una dimensione costituzionale[38], a seguito del fatto che la CRPD, a partire dal 2010, è parte del diritto dell'Unione; ma va sottolineato come, avendo riguardo al quadro delle fonti del diritto, essa vada collocata in una posizione inferiore a quella dei Trattati. L'influenza della Convenzione delle Nazioni Unite è apprezzabile sotto più profili; vedremo fra poco come essa abbia spinto la Corte del Lussemburgo a un rilevante *revirement* per quel che concerne la nozione di disabilità da utilizzare nell'applicazione della Direttiva 2000/78/CE. Ciò premesso, la Corte stessa ha chiarito che la CRPD ha – nel quadro del diritto euro-unitario – valenza programmatica[39]. Ma essa funge comun-

36 In questo senso, D. Izzi, *Articolo 26*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffré, Milano, 2017, pp. 498-510 (il passo citato è a p. 502). Per quel che riguarda un commento alla disposizione *de qua* si vedano anche M. Olivetti, *Articolo 26*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Mulino, Bologna, 2001, pp. 202 ss. e C. O'Brien, *Article* 26, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart, Oxford, 2014, pp. 707-748.

37 «Tuttavia, sebbene l'articolo 26 della Carta prescriva dunque all'Unione di rispettare e riconoscere il diritto dei disabili di beneficiare di misure di inserimento, *il principio così consacrato non implica che il legislatore dell'Unione sia tenuto ad adottare questa o quella misura particolare. Affinché produca pienamente effetti, l'articolo deve essere concretizzato da disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale. Esso non può, quindi, conferire di per sé ai singoli un diritto soggettivo autonomamente azionabile* […]»: così la Corte del Lussemburgo, nel caso *Glatzel c. Freistaat Bayern* (C-352/14, 22 maggio 2014); il passaggio qui riportato è al punto 78 della sentenza; il corsivo è aggiunto.

38 Si veda, sul punto, D. Ferri, *The Conclusion of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities by the EC/EU: A Constitutional Perspective*, in L. Waddington, G. Quinn (eds.), *European Yearbook in Disability Law*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, pp. 47-72.

39 «Quindi, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 114 delle conclusioni, *[la CRPD], imponendo obblighi agli Stati contraenti, presenta un carattere programmatico.* Di conseguenza, *le disposizioni della Convenzione dell'ONU sono subordinate*, quanto ad esecuzione o a effetti, *all'intervento di atti ulteriori che competono alle parti contraenti*. […]. Pertanto, senza che occorra esaminare la natura e la struttura della Convenzione dell'ONU, si deve dichiarare che le sue disposizioni non sono, dal punto di vista del contenuto, incondizionate e sufficientemente precise […], e mancano dunque di effetti diretti nel diritto dell'Unione. Ne consegue che la validità della Direttiva 2000/78/CE non può essere esaminata in riferimento alla Convenzione dell'ONU»: così i punti 88-90 della sentenza *Z. c. A Government department – The Board of management of a community school* (C-363/12, 18 marzo 2014). Non può essere poi trascurato il piano relativo all'intersezione fra la CRPD e la Carta dei diritti fondamentali: al riguardo si veda, da ultimo, F. Venade de Sousa, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a Dynamic* Pro Unione *and* Pro Homine *with Particular Reference to the CJEU Case-Law*, in "UNIO – EU Law Journal", 5, 2019, 1, pp. 109-120.

que da chiaro riferimento normativo per quanto concerne l'elaborazione di fonti primarie incidenti sulla condizione delle persone con disabilità. Un esempio, piuttosto recente, è dato dall'approvazione – a lungo attesa – di una Direttiva europea "ad ampio raggio" riguardante l'accessibilità. Si tratta della Direttiva (UE) 2019/882 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019, relativa ai requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi. Essa ribadisce, nei suoi *considerando* iniziali, che la definizione di "persone con disabilità" usata dalla Direttiva stessa è plasmata su quella della CRPD, che «Da quando l'Unione è divenuta parte della UNCRPD, le disposizioni di tale convenzione sono divenute parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione e vincolano le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri»[40], che «L'entrata in vigore dell'UNCRPD nell'ordinamento giuridico degli Stati membri comporta la necessità di adottare disposizioni nazionali supplementari sull'accessibilità dei prodotti e dei servizi. In assenza di interventi da parte dell'Unione, tali disposizioni porterebbero a un ulteriore aumento delle disparità fra le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri»[41] e che «È pertanto necessario agevolare l'attuazione dell'UNCRPD nell'Unione prevedendo regole comuni dell'Unione. La presente Direttiva contribuisce altresì agli sforzi degli Stati membri volti a rispettare, in modo armonizzato, i rispettivi impegni nazionali e obblighi in materia di accessibilità derivanti dall'UNCRPD»[42].

Il diritto antidiscriminatorio dell'Unione trova spazio anche in strumenti di *soft law*. Nella Strategia europea sulla disabilità 2010-2020, a tal proposito, si sottolinea come la lotta alle discriminazioni subite dalle persone con disabilità sia un punto-cardine della Strategia stessa[43]; dopo aver menzionato il già richiamato art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Strategia afferma che «Conformemente agli articoli 1, 21 e 26 della Carta dell'UE e agli articoli 10 e 19 del TFUE, la Commissione favorirà la parità di trattamento delle persone disabili». Tale azione – sottolinea il documento in questione – si articolerà su due fronti: «Essa si fonderà sulla legislazione attuale dell'UE per assicurare la protezione contro la discriminazione nonché sull'attuazione di misure attive destinate a lottare contro la discriminazione e a promuovere le pari opportunità nelle politiche dell'UE»; se da un lato, quindi, non si può fare a meno di misure di carattere reattivo, dall'altro è necessario fare ricorso a misure proattive, che corroborino le spinte inclusive presenti nella società europea e intervengano *a monte*; prima, cioè, che le misure antidiscriminatorie – deputate, intrinsecamente, a scattare al cospetto di un qualcosa di patologico – entrino in azione.

È poi interessante notare come la Strategia faccia cenno al cumulo di possibili cause di discriminazione[44] e all'opportunità di sostenere «il lavoro delle ONG attive in que-

40 Così il considerando 12.

41 Cfr. il considerando 15.

42 Cfr. il considerando 16.

43 Sulla Strategia in questione, cfr. D. Hosking, *Staying the Course: the European Disability Strategy 2010-2020*, in L. Waddington, G. Quinn, E. Flynn (eds.), *European Yearbook on Disability Law*, 4, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, pp. 73-98.

44«La Commissione esaminerà inoltre con attenzione l'effetto cumulativo della discriminazione di cui i

sto settore a livello UE» e riconosca che si tratta di una lotta da combattere – pena la sconfitta – anche a livello nazionale[45].

Il più recente e completo strumento di *soft law* messo in campo dall'Unione europea è il Pilastro europeo dei diritti sociali, proclamato a Göteborg nel novembre del 2017. Al di là delle (condivisibili) valutazioni critiche sul documento in questione[46], limitiamoci qui a sottolineare come esso contenga un punto (il n. 17) specificamente dedicato alle persone in condizione di disabilità. Esso recita che «Le persone con disabilità hanno diritto a un sostegno al reddito che garantisca una vita dignitosa, a servizi che consentano loro di partecipare al mercato del lavoro e alla società e a un ambiente di lavoro adeguato alle loro esigenze»; ma dal nostro punto di vista è maggiormente rilevante quanto previsto dal punto 3 del Pilastro, ove si prevede che «A prescindere da sesso, razza o origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età o orientamento sessuale, ogni persona ha diritto alla parità di trattamento e di opportunità in materia di occupazione, protezione sociale, istruzione e accesso a beni e servizi disponibili al pubblico. Sono promosse le pari opportunità dei gruppi sottorappresentati».

2.3. Le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità e il Consiglio d'Europa

Non può essere poi trascurata l'azione antidiscriminatoria posta in essere all'interno del Consiglio d'Europa, avendo riguardo a quanto realizzato a partire dai suoi due documenti di maggiore importanza, la Carta europea dei diritti sociali e la Convenzione europea dei diritti umani.

2.3.1. La Carta sociale europea (1996) e la disabilità

La Carta europea dei diritti sociali, come rilevato in dottrina[47], è uno strumento rilevante per la tutela dei diritti delle persone con disabilità; esso opera già da anni ed è dotato di un suo meccanismo di controllo. Va sottolineato che la Carta, sin dalla sua versione del 1961, contiene una previsione relativa ai diritti delle persone con disabi-

---

disabili possono soffrire per altre ragioni quali la nazionalità, l'età, la razza o l'etnia, il sesso, la religione, le convinzioni personali o l'orientamento sessuale».

45 «L'Unione sosterrà e completerà le politiche e i programmi nazionali volti a promuovere l'uguaglianza, ad esempio incoraggiando gli Stati membri ad adeguare la loro legislazione in materia di capacità giuridica in conformità alla Convenzione dell'ONU».

46 Cfr. al riguardo S. Giubboni, *L'insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in "Politica del diritto", 4, 2018, pp. 557-578, e A.O. Cozzi, *Perché il Pilastro europeo dei diritti sociali indebolisce la Carta europea dei diritti fondamentali*, in "Quad. cost.", 2, 2018, pp. 516 ss.; per un inquadramento complessivo della garanzia dei diritti sociali dopo il *summit* di Göteborg, cfr. i saggi contenuti in *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, numero speciale della rivista "Federalismi.it", 4/2018, a cura di P. Bilancia.

47 In questi termini G. Palmisano, *La protezione dei diritti delle persone con disabilità nella Carta sociale europea*, in AA. VV., *Scritti in onore di Maria Rita Saulle*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 1171-1191 (ma cfr. particolarmente p. 1173).

lità; e – nella sua versione riveduta e corretta del 1996 – contempla un'affermazione del principio di non discriminazione[48]: nella Parte III della della Carta, punto E), si legge che «Il godimento dei diritti riconosciuti nella […] Carta deve essere garantito senza qualsiasi distinzione basata in particolare sulla razza, il colore della pelle, il sesso, la lingua, la religione, le opinioni politiche o ogni altra opinione, l'ascendenza nazionale o l'origine sociale, la salute, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, la nascita o ogni altra situazione». Se si guarda in maniera specifica alla condizione delle persone con disabilità, l'art. 15 della Carta, nella sua versione del 1996[49], afferma che «Per garantire alle persone portatrici di handicap l'effettivo esercizio del diritto all'autonomia, all'integrazione sociale ed alla partecipazione alla vita della comunità, a prescindere dall'età e dalla natura ed origine della loro infermità, le Parti si impegnano in particolare: I. ad adottare i provvedimenti necessari per somministrare alle persone inabili o minorate un orientamento, un'educazione ed una formazione professionale nel quadro del diritto comune ogni qualvolta ciò sia possibile oppure, se tale non è il caso, attraverso istituzioni specializzate pubbliche o private; II. a favorire il loro accesso al lavoro con ogni misura suscettibile d'incentivare i datori di lavoro ad assumere ed a mantenere in attività persone inabili o minorate in un normale ambiente di lavoro e ad adattare le condizioni di lavoro ai loro bisogni o, se ciò fosse impossibile per via del loro handicap, mediante la sistemazione o la creazione di posti di lavoro protetti in funzione del grado di incapacità. Tali misure potranno giustificare, se del caso, il ricorso a servizi specializzati di collocamento e di accompagnamento; III. a favorire la loro completa integrazione e partecipazione alla vita sociale mediante misure, compresi i presidi tecnici, volte a sormontare gli ostacoli alla comunicazione ed alla mobilità ed a consentire loro di avere accesso ai trasporti, all'abitazione, alle attività culturali e del tempo libero».

Si tratta, con ogni evidenza, di una norma che ha un ampio ambito di applicazione e che segna, nelle intenzioni dei suoi estensori, una marcata presa di distanza dall'idea che le politiche e i diritti delle persone con disabilità dovessero essere considerati in maniera tale da evitare approccio potenzialmente segregativi[50].

Va sottolineato, infine che le previsioni della Carta sociale europea sono garantite da un sistema di controllo basato sulla possibilità di sottoporre alla valutazione di un organismo *ad hoc* (il Comitato europeo dei diritti sociali) dei reclami collettivi[51]. Per quanto riguarda il rapporto fra Carta sociale europea e ordinamento italiano, val la pena di ricordare, per inciso, come in tempi abbastanza recenti la Corte costituzionale abbia utilizzato la Carta stessa quale parametro interposto *ex* art. 117, I comma, Cost.[52].

---

48 *Ibidem.*

49 L'Italia ha dato ratifica ed esecuzione alla Carta sociale europea, nella sua versione riveduta e corretta, con la l. 30 del 9 febbraio 1999; per l'Italia, la Carta è entrata in vigore il 1° settembre di quello stesso anno.

50 Cfr. L. Waddington, *Evolving Disability Policies: From Social-Welfare to Human Rights. An International Trend from a European Perspective*, in "Netherlands Quaterly of Human Rights", 19, 2001, 2, pp. 141-165.

51 V. ancora G. Palmisano, *La protezione*, cit.

52 Cfr. al riguardo C. Lazzari, *Sulla Carta Sociale Europea quale parametro interposto ai fini dell'art. 117, comma 1, Cost.: note a margine delle sentenze della Corte Costituzionale n. 120/2018 e n. 194/2018*, e G.E. Polizzi, *Le norme della Carta sociale europea come parametro interposto di legittimità costitu-*

2.3.2. Disabilità, discriminazione e la Convenzione europea sui diritti umani (1950)

Per quanto concerne il rapporto fra Convenzione europea dei diritti umani e discriminazione nei confronti dei diritti delle persone con disabilità, si può osservare come, *ictu oculi*, la Convenzione stessa non contenga, nel suo testo originario, alcun riferimento alla disabilità se non, marginalmente, all'art. 5 (ove si dispone che «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: […] e) se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, *di un alienato*, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo; […]»; corsivo aggiunto). Tuttavia, va ricordato che la Convenzione EDU contiene una norma antidiscriminatoria con un raggio d'azione molto ampio, l'art. 14. La disposizione in parola statuisce che «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella […] Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.»; ancora, il Protocollo n. 12 prevede che «1. Il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione. 2. Nessuno potrà essere oggetto di discriminazione da parte di una qualsivoglia autorità pubblica per i motivi menzionati al paragrafo 1». Come emerge dalla lettura delle due norme, esse sono prive di qualsivoglia riferimento alla condizione delle persone con disabilità. Il loro carattere "aperto" ha consentito alla Corte europea dei diritti dell'uomo di estenderne la copertura: l'art. 14 è stato uno strumento molto utile per declinare la protezione della CEDU, "saldando" la lotta alle discriminazioni cui sono state a lungo sottoposti vari gruppi sociali, fra cui, appunto, le persone con disabilità[53]. Nel *corpus* delle decisioni della Corte di Strasburgo, circa la tutela dei diritti di questo ultimo gruppo di "soggetti vulnerabili"[54], è agevole individuare il primo caso in cui si è utilizzato l'art. 14 CEDU

---

zionale alla luce delle sentenze Corte costituzionale nn. 120 e 194 del 2018, entrambi in *Federalismi*, 4/2019.

53 Per un inquadramento complessivo del rapporto fra discriminazioni e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, v. B. Micolano, *Il diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffré, Milano, 2009. In letteratura si è opportunamente messo in luce come la giurisprudenza sviluppata dalla Corte di Strasburgo a partire dall'art. 14 CEDU abbia messo in luce le quattro diverse facce della *substantive equality* (ovvero, le sue quattro diverse dimensioni: distributiva, ricognitiva, partecipativa, trasformativa): v. a tal proposito S. Fredman, *Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights*, in "Human Rights Law Review", 16, 2016, 2, pp. 273-301.

54 V. al riguardo L. Peroni, A. Timmer, *Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law*, in "International Journal of Constitutional Law", 11, 2013, 4, pp. 1056-1085; per un'analisi specificamente dedicate alla qualifica delle persone con disabilità come '"soggetti vulnerabili" nel quadro dell'operato della Corte EDU, v. volendo M.G. Bernardini, *Vulnera-*

come strumento di protezione dei diritti delle persone con disabilità: si tratta della decisione *Glor c. Svizzera*, del 2009.

Essa è di particolare rilevanza poiché – come sottolineato in sede di commento – è una decisione che segna una triplice "prima volta": non solo, infatti, si tratta del primo frangente in cui l'art. 14 della Convenzione EDU viene utilizzato per tutelare la condizione delle persone con disabilità, ma anche si tratta del primo caso in cui la CRPD viene utilizzata dalla Corte di Strasburgo nel proprio *legal reasoning* ed è il primo caso in cui viene evocato dalla Corte in questione il concetto di accomodamento ragionevole[55].

Da ultimo, va ricordato come il Consiglio d'Europa si sia dotato, da qualche anno, di strumenti di carattere programmatorio. Nel corso del 2017 è stata presentata una Strategia per la tutela dei diritti delle persone con disabilità; essa dovrebbe coprire un arco temporale della durata di sei anni. Nel documento in questione, intitolato "*Human rights: a reality for All - Council of Europe Disability Strategy 2017-2023*", si fa riferimento alla "*Equality and non-discrimination*" come una delle aree di azione prioritaria. Al riguardo, il punto 49 della Strategia riconosce l'eguaglianza quale motivo di fondo della tutela della condizione giuridica delle persone con disabilità e colloca il contrasto alle discriminazioni basate sulla disabilità in un contesto più complesso[56], ponendolo in relazione con altre condizioni personali (la minore età e il genere); sotto quest'ultimo profilo, va messo in risalto come il contrasto alle discriminazioni multiple sia uno dei *cross-cutting themes* della Strategia in parola[57]. Dal momento che azioni e misure aventi carattere discriminatorio pregiudicano il pieno

*bilità e disabilità a Strasburgo: il «*vulnerable groups approach*» in pratica*, in "Ars Interpretandi", 7, 2018, 2, pp. 77-94. Sul rapporto fra vulnerabilità e art. 14 CEDU, in particolare, cfr. O.M. Arnadóttir, *Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights. Innovation or Business as Usual?*, in "Oslo Law Review", 2017, 4.

55 Cfr., sul caso in questione, J. Stavert, *Glor c. Switzerland: Article 14 ECHR, Disability and Non-Discrimination*, in "Edinburgh Law Review", 14, 2010, 1, pp. 141-146. Per una ricostruzione complessiva del rapporto fra ordinamento del Consiglio d'Europa e CRPD, cfr. A. Broderick, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the European Convention on Human Rights: A Tale of Two Halves or a Potentially Unified Vision of Human Rights*, in "Cambridge Int. L. J.", 7, 2019, 2, pp. 199-224 e S. Favalli, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities in the Case Law of the European Court of Human Rights and in the Council of Europe Disability Strategy 2017-2023: "from Zero to Hero"*, in "Human Rights Law Review", 18, 2018, 3, pp. 517-538.

56 «*Equality is a core principle of all human rights and fundamental freedoms*. It is guaranteed to everyone in the European Convention on Human Rights, the European Social Charter, the UNCRPD (Article 5) and other regional and international human rights treaties and related documents. The work on equality and non-discrimination includes focus on gender equality (UNCRPD, Article 6) and on the rights of children with disabilities (UNCRPD, Article 7)».

57 Al punto 42 della Strategia si afferma che «Many persons with disabilities are at risk of multiple and/or intersecting forms of discrimination and segregation from the society due to their specific situations (e.g. financial or educational status, living or housing arrangement, level of assistance needed, disability or combination of multiple disabilities, etc.) or to certain grounds (e.g., race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, birth, age, sexual orientation, gender identity or other status). This Strategy attributes attention to the application of the non-discrimination principle across all priority areas».

ed eguale godimento dei diritti, la Strategia traccia sei linee d'azione per impedire che ciò accada. Si tratta delle azioni di promozione del *mainstream* dell'uguaglianza e della discriminazione, dell'irrobustimento dell'azione di monitoraggio e controllo da parte degli organismi del Consiglio d'Europa, della promozione d'uguaglianza e non discriminazione tramite i sistemi educativi, della raccolta di dati ed evidenze statistiche in grado di consentire l'individuazione di sacche di discriminazione e diseguaglianza, del supporto per l'istituzione e il rafforzamento di strutture di controllo e contrasto a livello nazionale e della messa a fuoco, dello studio e della disseminazione di buone pratiche di contrasto a discriminazioni e condizioni di ineguaglianza.

Il sistema antidiscriminatorio del Consiglio d'Europa, quindi, si pone – è stato osservato – come una sorta di "campo gravitazionale" ulteriore rispetto al sistema di tutela posto in essere in seno all'Unione europea[58]; ma entrambi i meccanismi presuppongono un'azione decisa, di fondamentale importanza, da parte dei singoli Stati; ed è quindi il momento di prendere in considerazione, in maniera sintetica, la disciplina italiana di contrasto alle discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità.

2.4 La lotta alle discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità e l'ordinamento italiano

L'ordinamento italiano, a partire dal testo costituzionale, afferma con chiarezza e forza l'incompatibilità fra l'assetto delineato dalla nostra forma di stato ed eventuali discriminazioni fondate sulla disabilità; come vedremo in maniera più dettagliata *infra*, l'art. 3 della Costituzione del 1948 e il principio d'eguaglianza lì scolpito danno a legislatore ed operatori del diritto, complessivamente considerati, indicazioni chiare ed inequivocabili sulla direzione da seguire; e a quanto statuito dall'art. 3 Cost. va poi ad aggiungersi quel che dispone l'art. 2 della Carta costituzionale, sia sotto il profilo del primato della persona umana, sia sotto il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà. Se – come è stato acutamente rilevato – l'inclusione sociale delle persone con disabilità si profila quale vero e proprio "imperativo costituzionale"[59], si può ben sostenere che uno dei suoi corollari è la presenza, all'interno dell'ordinamento, di misure che consentano una rimozione tempestiva ed efficace, per via giurisdizionale, di condotte e situazioni fattuali che si pongano in contrasto con questa spinta inclusiva. L'Italia si è quindi dotata, a partire dal 2006, di una disciplina *ad hoc*, avente proprio tali finalità: si tratta della legge n. 67 del 1°

58 È questa la suggestiva immagine utilizzata da Gerard Quinn con riferimento al contrasto alle discriminazioni da parte del sistema della CSE e del diritto euro-unitario: cfr. G. Quinn, *The European Social Charter and EU Anti-discrimination Law in the Field of Disability: Two Gravitational Fields with One Common Purpose*, in G. de Búrca, B. de Witte, L. Ogertschnig (eds.), *Social Rights in Europe*, OUP, Oxford, 2005, pp. 279-304.

59 Così C. Colapietro, *L'inclusione sociale delle persone con disabilità: un imperativo costituzionale*, in "Non profit", 2, 2011, pp. 11-34.

marzo 2006, recante "Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni"[60].

La legge in questione – a lungo attesa – intende promuovere, nel solco tracciato dal già evocato art. 3 Cost., «la piena attuazione del principio di parità di trattamento e delle pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, al fine di garantire alle stesse il pieno godimento dei loro diritti civili, politici, economici e sociali» e dichiara che «il principio di parità di trattamento comporta che non può essere praticata alcuna discriminazione in pregiudizio delle persone con disabilità» (art. 2, I comma). Di seguito, il testo legislativo – composto da soli 4 articoli – va a definire la nozione di discriminazione diretta (art. 2, II comma: «Si ha discriminazione diretta quando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga») e indiretta (*ibidem*, III comma: «Si ha discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone.»), andando poi a ricondurre al novero delle discriminazioni anche «le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi connessi alla disabilità, che violano la dignità e la libertà di una persona con disabilità, ovvero creano un clima di intimidazione, di umiliazione e di ostilità nei suoi confronti». Dal punto di vista processuale, va rilevato come la legge *de qua*, a partire da una novella del 2011, faccia rinvio, per quel che riguarda il giudice competente, a quanto previsto dall'art. 28 del d. lgs. 150/2011. All'art. 4 – si dispone che siano legittimate ad agire, su delega della persona discriminata, anche «le associazioni e gli enti individuati con decreto del Ministro per le pari opportunità, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base della finalità statutaria e della stabilità dell'organizzazione». Ma su alcuni di questi profili si tornerà nei paragrafi che seguono.

3. *Tutela antidiscriminatoria e diritto all'istruzione delle persone con disabilità*

3.1 Premessa: il diritto all'istruzione delle persone in un quadro multilivello

Il diritto all'istruzione è di particolare interesse, per quanto concerne i più generali profili relativi all'inclusione sociale delle persone con disabilità. Come vedremo, nel nostro ordinamento tale diritto è stato utilizzato quale volano per l'attivazione di più ampie (e costituzionalmente dovute) dinamiche di carattere inclusivo[61].

---

60 Per un commento al testo legislativo in questione, cfr. A.D. Marra, *La tutela contro la discriminazione dei disabili in Italia: legge n. 67 del 2006*, in "Diritto di famiglia e delle persone", 4, 2008, pp. 2162-2194.

61 Cfr. Colapietro, *Diritti...*, cit., pp. 34 e ss. Per una ricostruzione esaustiva del processo di integrazione e inclusione scolastica in Italia, in una prospettiva giuridica, v. S. Troilo, *Tutti per uno o uno contro tutti?*

Nella logica multilivello sin qui adottata, la norma di riferimento relativa al diritto all'istruzione in ambito internazionale è l'art. 24 della CRPD. In precedenza, non erano mancate disposizioni di *soft law* relative al diritto all'istruzione[62], che però, in quanto tali, erano prive del carattere della vincolatività.

La disposizione in questione si apre con la statuizione che «Gli Stati Parti riconoscono il diritto all'istruzione delle persone con disabilità. Allo scopo di realizzare tale diritto senza discriminazioni e su base di pari opportunità, gli Stati Parti garantiscono un sistema di istruzione inclusivo a tutti i livelli ed un apprendimento continuo lungo tutto l'arco della vita». Di seguito, si precisa che le finalità dei sistemi educativi, con riferimento alla condizione delle persone con disabilità devono essere «[il] pieno sviluppo del potenziale umano, del senso di dignità e dell'autostima ed al rafforzamento del rispetto dei diritti umani, delle libertà fondamentali e della diversità umana», «[lo] sviluppo, da parte delle persone con disabilità, della propria personalità, dei talenti e della creatività, come pure delle proprie abilità fisiche e mentali, sino alle loro massime potenzialità» e «[il] porre le persone con disabilità in condizione di partecipare effettivamente a una società libera». La norma in questione delinea poi ulteriori obbligazioni e accorgimenti che gli Stati parti dovranno porre in essere per garantire il diritto in questione[63].

A livello dell'Unione europea, la tutela del diritto all'istruzione delle persone con disabilità deve fare i conti con il fatto che quello dell'educazione è un ambito nel quale – ai sensi dei Trattati – l'Unione europea dispone di prerogative significativamente meno incisive rispetto a quelle inerenti ad altri settori: l'art. 6 del TFUE, difatti, dispone che «L'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri. I settori di tali azioni, nella loro finalità europea, sono i seguenti: a) tutela e miglioramento della salute umana; b) industria; c) cultura; d) turismo; e) istruzione, formazione professionale, gioventù e sport; f) protezione civile; g) cooperazione amministrativa"; di seguito, l'art. 165 TFUE afferma che l'UE ha un ruolo di supporto, coordinamento e completamento; essa deve agire "incentivando la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, sostenendo ed integrando la loro azione nel pieno rispetto della responsabilità degli Stati membri per quanto riguarda il con tenuto dell'insegnamento e l'organizzazione del sistema di istruzione».

Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello stato sociale, Giuffré, Milano, 2012

62 Lo sottolinea D. Ferri, *Inclusive Education in Italy: A Legal Appraisal 10 Year after the Signature of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in "Ricerche di Pedagogia e Didattica – Journal of Theories and Research in Education", 12, 2017, 2, pp. 1-21.

63 Per un commento all'art. 24, si rimanda a V. Della Fina, *Article 24 [Education]*, in V. Della Fina, R. Cera, G. Palmisano (a cura di), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities* cit., pp. 439-470; e a G. De Beco, *The Right to Inclusive Education According to Article 24 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in "Netherlands Quaterly of Human Rights", 32, 2014, 2, pp. 263 ss.

Possiamo qui limitarci a sottolineare come il diritto dell'istruzione delle persone con disabilità, a livello euro-unitario, sia da inquadrare tenendo presenti non solo lo *hard law*, ma anche una serie di documenti riconducibili al soft law[64]; da ultimo, il Pilastro europeo dei diritti sociali, già evocato, prevede, al suo primo punto, che «Ogni persona ha diritto a un'istruzione, a una formazione e a un apprendimento permanente di qualità e inclusivi, al fine di mantenere e acquisire competenze che consentono di partecipare pienamente alla società e di gestire con successo le transizioni nel mercato del lavoro».

Per quel che riguarda quanto previsto in seno al Consiglio d'Europa, va sottolineato che non mancano decisioni relative al diritto all'istruzione né all'interno del *corpus* delle decisioni della Corte europea dei diritti umani, né nel novero dei casi presi in esame dal Comitato europeo dei diritti sociali. Per quanto riguarda la Corte di Strasburgo[65], la condizione delle persone con disabilità e le relative discriminazioni circa il diritto all'istruzione sono state scrutinate, a onor del vero, in un numero non particolarmente elevato di casi. La valutazione della Corte si è appuntata, in alcune occasioni, su quanto previsto dall'art. 2 del I Protocollo (ove si statuisce che «Il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche»), in combinato disposto con quanto delineato dall'art. 14 CEDU.

I casi affrontati dalla Corte EDU, come anticipato, non sono stati numerosi[66], ma va ricordato come la Corte abbia comunque modo di leggere il diritto all'istruzione alla luce di quanto previsto dalla CRPD; in alcuni casi, la Corte EDU ha affermato che – per quanto riguarda il nostro peculiare ambito di interesse – le autorità nazionali sono nella posizione migliore per valutare le scelte necessarie per l'edificazione di un sistema educativo inclusivo[67]. In tempi recenti, peraltro, la giurisprudenza della

64 Cfr. al riguardo, volendo, P. Addis, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità. Profili sostanziali e giurisprudenziali*, in E. Catelani, R. Tarchi (a cura di), *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, ESI, 2015, pp. 149-176.

65 Cfr. B. Andò, *Alla ricerca di un "contenuto minimo" del diritto all'istruzione del disabile fra giurisprudenza nazionale e corte EDU*, in "Comparazione e diritto civile", 2012.

66 Per una rassegna sistematica delle decisioni della Corte di Strasburgo, si veda il *report* messo a disposizione dalla Corte stessa e intitolato *Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights – Right to Education*, disponibile *online* all'indirizzo https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_2_protocol_1_eng.pdf (accesso effettuato il 26 novembre 2019).

67 Cfr. ad esempio Çam v. Turkey (Application no. 51500/08): «The Court is not unaware that every child has his or her specific educational needs, and this applies particularly to children with disabilities. In the educational sphere, the Court acknowledges that reasonable accommodation may take a variety of forms, whether physical or non-physical, educational or organisational, in terms of the architectural accessibility of school buildings, teacher training, curricular adaptation or appropriate facilities. *That being the case, the Court emphasises that it is not its task to define the resources to be implemented in order to meet the educational needs of children with disabilities. The national authorities, by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions in this respect*» (§ 66; corsivo

Corte europea dei diritti umani pare aver adottato un approccio di minore apertura rispetto al passato. Nel caso *Dupin c. Francia*[68] – come rilevato in dottrina[69] – la Corte pare abbandonare alcuni approdi prima raggiunti circa la garanzia della disponibilità di sistemi educativi inclusivi, non tenendo più in debita considerazione quanto postulato dalla Convenzione ONU: «[…] nel caso Dupin, non solo non vi è alcun riferimento a tali criteri ispiratori, ma in più di un passaggio si svela l'ancoraggio all'idea, ormai superata, per cui deve essere, ancora una volta, il soggetto "fragile" ad adattarsi all'ambiente, tradendo, così, il richiamo ad una concezione di disabilità davvero risalente, di tipo prettamente medico-clinico, che ignora completamente la dimensione socio-culturale e ambientale di tale condizione»[70]. Ancor più di recente, una simile prospettiva, di minore tutela, ha trovato un'ulteriore conferma nel caso *Stoian c. Romania*[71].

Per quel che concerne l'operato del Comitato europeo dei diritti sociali, si può ricordare come sia stata considerato in contrasto con l'art. 15 della CSE il sistema educativo belga, con particolare riferimento alla sua componente in lingua fiamminga[72]. Nel caso di specie, il Comitato ha ritenuto, all'unanimità, che l'assenza di un rimedio giudiziale al possibile rifiuto, da parte dell'autorità scolastica di iscrivere un alunno o un'alunna con disabilità a una classe del sistema di istruzione comune sia in contrasto con la disposizione della CSE appena citata. Inoltre – a maggioranza – ha stabilito che le scelte del sistema educativo belga sono, in base a quanto esposto, discriminatorie, ponendosi in contrasto con l'art. 15 CSE letto alla luce dell'art. E). Tali disposizioni vanno anche contro l'art. 17 § 2 della CSE (ove si dispone che «Per assicurare ai bambini ed agli adolescenti l'effettivo esercizio del diritto di crescere in un ambiente favorevole allo sviluppo della loro personalità e delle loro attitudini fisiche e mentali, le Parti s'impegnano a prendere sia direttamente sia in cooperazione con le organizzazioni pubbliche o private tutte le misure necessarie e appropriate miranti: [...] 2. ad assicurare ai bambini ed agli adolescenti un insegnamento primario e secondario gratuito, favorendo una regolare frequentazione scolastica»), tanto letto come norma a sé, quanto letto in combinato disposto con l'art. E della CSE.

Da ultimo, va ricordato che la già citata Strategia del Consiglio d'Europa per il periodo 2017-2023 specifica che «*Quality education, including human rights education, is a prerequisite for persons with disabilities to enjoy human rights on an equal basis with others. This also includes early childhood and family support*» e che «*In*

aggiunto).

68 Cfr. *Dupin c. Francia* (dec.), no. 2282/17, 18 dicembre 2018

69 Cfr. G. Matucci, *Il caso Dupin all'esame della Corte Edu: un passo indietro per il diritto all'istruzione inclusiva?*, in "Quad. cost.", 2, 2019, pp. 476-478; v. anche J. Lievens, M. Spinoy, *Dupin v. France: the ECtHR going Old School in its Appraisal of Inclusive Education?*, 11 febbraio 2019, in https://strasbourgobservers.com/ (accesso effettuato il 26 novembre 2019).

70 In questi termini G. Matucci, *Il caso Dupin,* cit*.,* p. 478.

71 V. Corte EDU, IV sezione, Stoian c. Romania (Application no. 289/14), 25 giugno 2019.

72 Il caso cui si riferimento è il n. 109/2014, *Mental Disability Advocacy Center (MDAC) c. Belgio*; la decisione al riguardo è stata resa pubblica il 4 giugno 2018.

the context of the Council of Europe, this means improved access for persons with disabilities to information, education and training programmes and events about human rights and their implementation. This also means inclusion of persons with disabilities as actors and users in education» (cfr. i §§ 44-45 della Strategia).

3.2 Il diritto all'istruzione e la condizione di disabilità fra legislatore e giudici: l'ordinamento italiano

Un possibile punto di partenza, per l'inquadramento del diritto all'istruzione delle persone con disabilità, può essere dato dalla constatazione che il sistema scolastico italiano è stato a lungo impermeabile rispetto alle istanze di tutela dei diritti delle persone in una condizione di disabilità: come sottolineato in letteratura, «[…] è solo a partire dagli anni Settanta che la riflessione sul sistema scolastico si apre a questioni sociali quali la selezione classista effettuata all'interno delle scuole e la garanzia dei soggetti diversamente abili»[73].

Se si guarda al diritto positivo, il primo passo per la costruzione di un sistema scolastico inclusivo venne compiuto con la l. 118/1971 ("Conversione in legge del decreto-legge 30 gennaio 1971, n. 5, e nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili"), ove si disponeva, all'art. 28, II comma, che «L'istruzione dell'obbligo deve avvenire nelle classi normali della scuola pubblica, salvi i casi in cui i soggetti siano affetti da gravi deficienze intellettive o da menomazioni fisiche di tale gravità da impedire o rendere molto difficoltoso l'apprendimento o l'inserimento nelle predette classi normali»[74]. Qualche anno dopo, con la l. 517/1977 ("Norme sulla valutazione degli alunni e sull'abolizione degli esami di riparazione nonché altre norme di modifica dell'ordinamento scolastico"), si passò all'abolizione delle classi differenziali in tutte le scuole di ogni ordine e grado (art. 7), prevedendo «[…] forme di integrazione e di sostegno a favore degli alunni portatori di handicaps da realizzare mediante l'utilizzazione dei docenti, di ruolo o incaricati a tempo indeterminato, in servizio nella scuola media e in possesso di particolari titoli di specializzazione, che ne facciano richiesta, entro il limite di una unità per ciascuna classe che accolga alunni portatori di handicaps e nel numero massimo di sei ore settimanali», oltre a un limite massimo di alunni per le classi con la presenza di alunni o alunne con disabilità («Le classi che accolgono alunni portatori di handicaps sono costituite con un massimo di 20 alunni»). In tali classi devono essere assicurati la necessaria integrazione specialistica, il servizio socio-psico-pedagogico e forme particolari di sostegno secondo le rispettive competenze dello Stato e degli enti locali preposti, nei limiti delle relative

73 Così L. Giani, *Diritti sociali e la sfida della crisi economica. Equità ed eguaglianza nel diritto all'istruzione dei soggetti diversamente abili*, in AA. VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, vol. II, Jovene, Napoli, 2013, pp. 663-706; il passo qui citato è a p. 675.

74 La disposizione in questione è stata abrogata dalla l. 104/1992; peraltro, come giustamente sottolineato, si trattava di una disciplina che da un lato poneva l'accento sull'assolvimento dell'obbligo scolastico, piuttosto che su una tensione inclusiva; dall'altro, restava immutata la condizione degli alunni con disabilità grave: cfr. S. Nocera, *Il diritto alla partecipazione scolastica*, Key, Vicalvi, 2015, p. 15.

disponibilità di bilancio e sulla base del programma predisposto dal consiglio scolastico distrettuale. La materia, attualmente, è disciplinata, nelle sue linee essenziali, dalla l. 104/1992 ("Legge quadro sull'handicap"), più volte novellata; nel testo legislativo appena menzionato si statuisce, all'art. 12, I comma, che «Al bambino da 0 a 3 anni handicappato è garantito l'inserimento negli asili nido»; immediatamente dopo, si afferma che «È garantito il diritto all'educazione e all'istruzione della persona handicappata nelle sezioni di scuola materna, nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie». Al III e al IV comma si dice che «L'integrazione scolastica ha come obiettivo lo sviluppo delle potenzialità della persona handicappata nell'apprendimento, nella comunicazione, nelle relazioni e nella socializzazione» e che «L'esercizio del diritto all'educazione non può essere impedito da difficoltà di apprendimento né da altre difficoltà derivanti dalle disabilità connesse all'handicap». Come detto, si tratta di una materia su cui si sono registrati svariati interventi da parte del legislatore; si pensi, da ultimo, a quanto disposto dalla riforma sulla c.d. "Buona scuola" (l. 107/2015), cui ha recentemente dato un ulteriore attuazione il d. lgs. 96/2019, che è andato a integrare e modificare quanto già disposto dal d. lgs. 66/2017.

A quanto sino a ora esposto deve poi aggiungersi quanto statuito dai legislatori regionali e delle Province autonome di Trento e Bolzano. Alla luce di quanto disposto dall'art. 117 della Costituzione e dall'assetto competenziale da esso definito, si tratta di una disciplina che al momento presenta limitate potenzialità di differenziazione; ma, come recentemente sottolineato in dottrina[75], si tratta di un ambito sul quale *pro futuro* potrebbero incidere le dinamiche centrifughe conseguenti all'avvio di percorsi di regionalismo differenziato *ex* art. 116, III comma, Cost.

Passando dal formante legislativo a quello giurisprudenziale, va rimarcato come non siano mancati, in questo settore, importanti interventi da parte della giurisprudenza, sia costituzionale, sia di merito, sia amministrativa, impossibile da richiamare in questa sede se non per sommi capi; ma vale la pena di soffermarsi, per la loro rilevanza sistematica, su alcuni profili che emergono dalla lettura della giurisprudenza del Giudice delle leggi. È assai nota, nel panorama delle pronunce rese dalla Consulta, la sentenza 215/1987; essa, infatti, ha consentito alla Corte di chiarire alcuni importanti concetti relativi alla condizione giuridica della persona con disabilità in una prospettiva costituzionalmente orientata. La questione sottoposta allo scrutinio della Consulta riguardava la compatibilità con il dettato costituzionale di una disposizione della già menzionata l. 118/1971. In particolare, si dubitava della conformità a Costituzione di quanto previsto dal III comma dell'art. 28, ove si diceva che la frequenza degli invalidi e mutilati civili alle scuole medie superiori ed universitarie dovesse essere solamente "facilitata".

75 Cfr. C.B. Ceffa, *L'inclusione scolastica nelle prospettive di attuazione del regionalismo differenziato*, in G. Matucci (a cura di), *Diritto all'istruzione e inclusione sociale. La scuola "aperta a tutti" alla prova della crisi economica*, Franco Angeli, Milano, 2019, pp. 245-259.

La Corte, con una sentenza additiva di principio, ha affermato l'incostituzionalità della normativa *de qua*, giacché essa avrebbe dovuto delineare una *garanzia* della frequenza scolastica delle persone con disabilità. Ma è da sottolineare che la Consulta, con la decisione in questione, ha evidenziato come fosse «ormai superata in sede scientifica la concezione di una radicale irrecuperabilità [delle persone con disabilità]», e che «l'inserimento e l'integrazione nella scuola ha fondamentale importanza al fine di favorire il recupero di tali soggetti». Ciò perché «La partecipazione al processo educativo con insegnanti e compagni normodotati costituisce […] un rilevante fattore di socializzazione e può contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità dello svantaggio, al dispiegarsi cioè di quelle sollecitazioni psicologiche atte a migliorare i processi di apprendimento, di comunicazione e di relazione attraverso la progressiva riduzione dei condizionamenti indotti dalla minorazione» (così il punto 5 del "considerato in diritto").

Di seguito, si rimarcava che sul tema della condizione giuridica del portatore di handicap «confluiscono un complesso di valori che attingono ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale: e che, conseguentemente, il canone ermeneutico da impiegare in siffatta materia è essenzialmente dato dall'interrelazione e integrazione tra i precetti in cui quei valori trovano espressione e tutela. Statuendo che «la scuola è aperta a tutti», e con ciò riconoscendo in via generale l'istruzione come diritto di tutti i cittadini, l'art. 34, primo comma, Cost. pone un principio nel quale la basilare garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo «nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» apprestata dall'art. 2 Cost. trova espressione in riferimento a quella formazione sociale che è la comunità scolastica. L'art. 2 poi, si raccorda e si integra con l'altra norma, pure fondamentale, di cui all'art. 3, II comma, che richiede il superamento delle sperequazioni di situazioni sia economiche che sociali suscettibili di ostacolare il pieno sviluppo delle persone dei cittadini» (punto 6 del "considerato in diritto").

Si tratta, quindi, di un'impostazione che consente di contestualizzare la condizione delle persone con disabilità in un ambito valoriale nel quale la *vis expansiva* dei principi fondanti del nostro ordinamento ha modo di dispiegarsi in tutta la loro ricchezza, anche al di là della necessità di tutelare un particolare diritto, inerente a una particolare formazione sociale (quella scolastica, appunto): ciò prelude a una più ampia tensione alla socializzazione, nelle varie situazioni e nei vari frangenti della vita quotidiana. La persona con disabilità e i suoi diritti, quindi, vanno quindi inquadrati in linea con l'idea di *homme situé*; concetto, quest'ultimo che – come rilevato in dottrina – «costituisce uno dei tratti caratterizzanti dell'art. 2 della Costituzione italiana»[76]. Non è difficile intuire come questa impostazione consenta di conciliare,

76 Lo sottolinea P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 146. Del resto, è stato anche rilevato che «nella terza fase della costituzionalizzazione dei diritti dell'uomo si assiste […] al fenomeno definito da Bobbio quale specificazione dei diritti dell'uomo, una moltiplicazione delle situazioni giuridiche soggettive avvenuta in conseguenza dell'incremento della quantità di beni considerati meritevoli di essere tutelati, della estensione della titolarità di alcuni tipici diritti

senza difficoltà, l'impostazione postulata dall'affermarsi del paradigma del modello sociale della disabilità e la spinta verso la definitiva eliminazione del modello medico. Si può, sin dal 1987, pensare a questa tensione verso il modello sociale come a una dinamica costituzionalmente orientata; e ciò ben prima che iniziassero i negoziati per l'elaborazione della CRPD.

Come rilevato in dottrina, dalla lettura delle parole della Corte costituzionale emerge una chiara apertura politico-culturale nei confronti verso un'effettiva garanzia dei diritti delle persone con disabilità, vòlta a sottolineare, in una società complessa e dinamica, la centralità dell'integrazione (sociale) delle persone come presupposto indefettibile della cittadinanza[77]. Negli anni più recenti, la Corte è tornata sul diritto all'istruzione e la condizione di disabilità, con riferimento al numero di ore di disponibilità dell'insegnante di sostegno (sent. 80/2010)[78] e con riferimento al trasporto scolastico (sent. 275/2016)[79]. Le due decisioni appena richiamate hanno consentito alla Consulta di affermare che il diritto in parola, come riconosciuto a livello nazionale e internazionale (in particolare, dal già citato art. 24 CRPD) «si configura come un diritto fondamentale», dotato di un «nucleo indefettibile» sottratto alla disponibilità del legislatore (punto 4 del "considerato in diritto", sent. 80/2010) e che, una

a soggetti diversi dall'uomo, in quanto l'uomo stesso non è stato più considerato come ente generico, o uomo in astratto, ma è stato visto nella poliedricità delle situazioni che lo vedono assumere rilievo in seno alla società quale minore, anziano, disabile»: così L. Mezzetti, *I nuovi diritti*, in Id. (a cura di), *Diritto costituzionale. Casebook*, Maggioli editore, Rimini, 2013, p. 584.

77 In questo senso C. Colapietro, *Una scuola «aperta» a tutti e a ciascuno: la scuola inclusiva ai tempi della crisi*, in G. Matucci (a cura di), *op. cit*., pp. 11-32 (ma particolarmente v. p. 19). Sul punto, l'A. in questione fa espresso riferimento a quanto illustrato da A. Valastro, *Le vicende giuridiche dell'*handicap *e la «società dell'informazione». Vecchie conquiste e nuove insidie per la Corte costituzionale*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale – Nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, Giuffré, Milano, 2006, pp. 989-1020.

78 Per un commento, cfr. F. Madeo*, Insegnante di sostegno: possibile la presenza per tutte le ore di sostegno dello studente disabile grave*, in "Giur. cost.", 2010, pp. 1831 ss.; A. Pirozzoli, *La discrezionalità del legislatore nel diritto all'istruzione del disabile. Nota a Corte cost. 80 del 2010*, in "Rivista AIC", 2010; C.S. Vigilanti, *Il diritto all'istruzione dei disabili come paradigma della tutela dei diritti sociali*, in "Forum di Quaderni costituzionali-Rassegna", 7 marzo 2012.

79 La sentenza in questione ha suscitato l'attenzione di una serie molto nutrita di commentatori. V. almeno A. Apostoli, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in "Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna", 11 gennaio 2017; F. Blando, *Soggetti disabili e istruzione: la lotta per il diritto*, in "Federalismi.it", 10, 2017; R. Cabazzi, *Diritti incomprimibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo Corte costituzionale n. 275/2016*, in "Le Regioni", 3, 2017, pp. 593 ss.; L. Carlassare, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti "invalicabili" alla discrezionalità del legislatore*, in "Giur. cost.", 2016, pp. 2339 ss.; E. Furno, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale*, in "Consulta online", Studi 2017/I, pp. 105 ss.; A. Lucarelli, *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*, in "Giur. cost.", 2016, pp. 2343 ss.; L. Madau, "*È la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione". Nota a Corte cost. n. 275/2016*, in "Osservatorio costituzionale AIC", 2017, 1; F. Masci, *L'inclusione scolastica dei disabili: inclusione sociale di persone*, in "Costituzionalismo.it", 2017, 2, pp. 131-177; F. Pallante, *Dai vincoli "di" bilancio ai vincoli "al" bilancio*, in "Giur. cost.", 2016, pp. 2698 ss.; S. Rossi, *Limiti di bilancio e diritti fondamentali delle persone con disabilità – Corte cost. n. 275/2016*, in "Persona & Danno", 5 febbraio 2017.

volta identificato normativamente un "nocciolo duro" del diritto all'istruzione delle persone con disabilità, «il nucleo invalicabile di garanzie minime per render[lo] effettivo non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali» (punto 11 del "considerato in diritto", sent. 275/2016). Da ultimo, il carattere fondamentale del diritto all'istruzione delle persone con disabilità è stato confermato dalla sent. 89/2019[80].

3.2 Diritto all'istruzione e diritto antidiscriminatorio

Anche il diritto all'istruzione, come sottolineato da un'avvertita dottrina, può trovare adeguata e pronta tutela grazie all'impiego degli strumenti predisposti dalla l. 67/2006[81]. Va preliminarmente osservato che proprio una decisione relativa al diritto *de quo* ha dato origine a diverse pronunce, da parte della Corte di Cassazione, relative al riparto di competenze fra giudici ordinari e giudici amministrativi. Si tratta di una discussione che è partita da una sentenza delle SS. UU. del Supremo consesso risalente all'autunno del 2014[82], ha conosciuto un'ulteriore evoluzione a seguito alcune pronunce del Consiglio di Stato[83] e ha trovato, almeno per ora, una conclusione con una decisione dell'ottobre 2019[84].

Con la sentenza appena menzionata, gli ermellini hanno confermato un orientamento già precedentemente definito: «Nel merito queste Sezioni Unite ritengono di dover confermare e dare continuità alla propria giurisprudenza in materia secondo cui, in tema di sostegno all'alunno in situazione di handicap, il "piano educativo individualizzato", definito ai sensi della l. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 12, obbliga l'amministrazione scolastica a garantire il supporto per il numero di ore programmato, senza lasciare ad essa il potere discrezionale di ridurne l'entità in ragione delle risorse disponibili […]. Quindi, la condotta dell'amministrazione che non appresti il sostegno pianificato si risolve nella contrazione del diritto del disabile alla pari opportunità nella fruizione del servizio scolastico, la quale, ove non accompagnata dalla corrispondente riduzione dell'offerta formativa per gli alunni normodotati, concretizza una discriminazione indiretta, la cui repressione spetta al giudice ordinario. Le controversie concernenti la declaratoria della consistenza dell'insegnamento di sostegno, ed afferenti alla fase che precede la redazione del piano educativo individualizzato, sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi

80 Per un commento, v. E. Vivaldi, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: continuità dei finanziamenti e tutela del nucleo essenziale del diritto (sent. n. 83/2019)*, in "Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna", 23 settembre 2019.
81 Cfr. A.D. Marra, *Diritto allo studio delle persone con disabilità: diritti umani e norme antidiscriminazione*, in "Intersticios: Revista Sociológica de Pensamiento Crítico", 8, 2014, 2, pp. 161-183.
82 Cfr. Cass. civ. SS. UU., sent. 25011 del 25 novembre 2014. Per un commento, cfr. F. Girelli, *Quale giudice per gli alunni con disabilità?*, in *Giur. cost.*, 4, 2015, pp. 1475 ss.
83 Fra cui Cons. di Stato, Ad. Plen., Sentenza n. 7 del 12 aprile 2016 e Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2023 del 3 maggio 2017.
84 Cassazione civile sez. un., 08/10/2019, (ud. 16/04/2019, dep. 08/10/2019), n. 25101.

dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., atteso che, in tale fase, sussiste ancora, in capo all'amministrazione scolastica, il potere discrezionale, espressione dell'autonomia organizzativa e didattica, di individuazione della misura più adeguata al sostegno, il cui esercizio è precluso, invece, dalla successiva formalizzazione del piano suddetto, che determina il sorgere dell'obbligo dell'amministrazione di garantire il supporto per il numero di ore programmato ed il correlato diritto dell'alunno disabile all'istruzione come pianificata, nella sua concreta articolazione, in relazione alle specifiche necessità dell'alunno stesso […]» (così il punto 7 della sentenza da ultimo menzionata).

Per quel che riguarda il contrastante orientamento espresso dal Consiglio di Stato, la Cassazione osserva che «va riportato alla sua reale portata se si tiene conto che i punti di convergenza fra la giurisprudenza amministrativa e quella delle Sezioni Unite sono tali da far escludere in generale – e specificamente nel caso in esame – una sostanziale divergenza di opinioni» e che «la divergenza fra la giurisprudenza delle Sezioni Unite e quella del Consiglio di Stato […] va pertanto circoscritta alle ipotesi in cui il ricorrente non deduca specificamente "la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno", ai sensi del comma 3 della L. n. 67 del 2006. Secondo il Consiglio di Stato tale norma «prevede una fattispecie tipica devoluta alla giurisdizione del giudice civile ed ha il suo ambito di applicazione esclusivamente e tassativamente quando e solo quando l'interessato si rivolge al giudice rappresentando gli elementi di fatto in cui la discriminazione stessa si manifesta» (così i punti 8 e 11).

Va rimarcato che si tratta di un ambito in cui la giurisprudenza conosce un'evoluzione continua, tale da rendere difficile richiamarne anche solo le linee essenziali; ad esempio, in tempi assai recenti il Tribunale Amministrativo della Campania ha chiarito alcuni profili relativi al danno conseguente alla mancata assegnazione degli insegnanti di sostegno[85]. Le pronunce che analizzeremo in questa sede, quindi, rappresentano solamente una minima frazione di un *corpus* giurisprudenziale ampio, variegato e in costante espansione.

Il caso deciso dalla I sezione del Tribunale di Milano il 10 gennaio 2011 scaturisce da un ricorso *ex* l. 67/2006 presentato dall'associazione Ledha, assieme ai genitori di alcuni alunni e alunne con disabilità. Oggetto del ricorso era la decisione di ridurre sensibilmente le ore di sostegno agli alunni e alle alunne con disabilità per l'anno scolastico 2010/2011, assunta dal Ministero dell'istruzione e – a cascata – dall'amministrazione scolastica regionale. La scelta era stata giustificata con ragioni connesse alla necessità complessiva di ridurre la spesa pubblica; del resto, le stesse Linee guida per l'integrazione degli alunni con disabilità, pubblicate dal Ministro per l'istruzione nel 2009, contenevano delle indicazioni che andavano in quella direzione, dando seguito a una linea di tendenza, risalente ad alcuni anni prima, concretizzan-

85 Cfr. Tar Napoli, sez. IV, 2 dicembre 2019, n. 5668.

tesi in una lenta ma evidente erosione degli investimenti in materia di istruzione[86]. L'argomento della necessaria riduzione delle risorse disponibili era stato utilizzato anche dalla parte resistente, difesa dall'Avvocatura dello Stato.

Il giudice milanese, dopo aver ricostruito il sistema delle fonti di tutela del diritto all'istruzione delle persone con disabilità e aver rievocato la già citata sent. 215/1987, afferma che «Dal momento che la riduzione delle ore di sostegno agli alunni disabili ha indubbiamente comportato una contrazione del loro diritto fondamentale all'istruzione, la scelta della pubblica amministrazione, finendo per incidere negativamente solo sulle situazioni giuridiche soggettive dei disabili, concreta un'illecita discriminazione indiretta a loro danno»; sebbene il giudice ordinario non avesse alcuna competenza per sindacare l'allocazione delle risorse pubbliche e le scelte ricollegate alle esigenze di ridurre la spesa pubblica, esse «non possono essere semplicisticamente richiamate dall'amministrazione pubblica per giustificare scelte che finiscono in concreto per risultare discriminanti e lesive del diritto all'istruzione dei disabili rispetto agli studenti non svantaggiati».

Se si fosse iniziato a ragionare in questi termini, infatti, si sarebbe potuto tranquillamente ipotizzare che le esigenze di bilancio potessero spingere il legislatore a ridurre le ore di insegnamento di sostegno sino a giungere a un sostanziale azzeramento delle stesse (o all'assegnazione di un numero di ore di sostegno tale da non arrecare alcun beneficio alla persona con disabilità e alle istituzioni scolastiche coinvolte nella dinamica inclusiva). Si sottolineava inoltre, nella decisione *de qua*, che non rilevava, ai fini della valutazione circa la qualificazione della condotta, un intento discriminatorio da parte dell'amministrazione scolastica. Dal momento che pareva «innegabile che per effetto della riduzione delle ore di sostegno gli alunni disabili [fossero] venuti a trovarsi in una obiettiva situazione di svantaggio rispetto a quella degli altri alunni, al punto che – secondo quanto allegato nel ricorso e riferito da taluni ricorrenti comparsi in udienza - alcuni alunni affetti da disabilità grave [erano] di fatto "costretti" a frequentare meno ore di lezione degli altri, proprio per l'assenza dell'insegnante di sostegno che la scuola non è in condizione di fornire», il Tribunale non ha potuto che dichiarare la «natura indirettamente discriminatoria della scelta amministrativa lamentata dai ricorrenti», ordinando all'amministrazione pubblica statale e agli istituti scolastici «la cessazione della condotta discriminatoria mediante il ripristino delle ore di sostegno garantite a ciascun alunno disabile nel precedente anno scolastico».

A corroborare l'orientamento evidenziato nella sentenza in questione circa il rap-

86 Tale propensione – si è osservato – «si va affermando a partire dal 2002 nelle scelte di politica legislativa che, attraverso la «leva finanziaria», privilegiano imprescindibili esigenze di risanamento del bilancio statale, al cui soddisfacimento si vuole pervenire anche attraverso la riduzione di risorse destinate all'integrazione degli alunni e degli studenti portatori di handicap»: v. E. Paparella, *Il diritto all'integrazione e all'istruzione scolastica dei soggetti diversamente abili: una fondamentale declinazione del diritto allo studio nella prassi amministrativa e nelle recenti politiche governative*, in AA. VV., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Jovene, Napoli, 2010, pp. 959-985 (il passo qui citato è a p. 981).

porto fra diritti ed esigenze di bilancio ha provveduto, come abbiamo visto, la Consulta, con la sent. 275/2016. Per converso, va sottolineato come nella sentenza in esame il diritto all'istruzione delle persone con disabilità sia agganciato non all'art. 34 della Costituzione, bensì all'art. 38. Si tratta di una presa di posizione discutibile, in contrasto con quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sent. 215/1987. Non sono mancate, nella giurisprudenza, altre ricostruzioni analoghe: come evidenziato in letteratura, si tratta di un percorso che può condurre a risultati potenzialmente regressivi[87].

Non sempre, però, i giudici propendono per ricostruzioni lineari, nel valutare la discriminatorietà delle condotte poste in essere dalle istituzioni scolastiche e da coloro che le fanno vivere. Un esempio, a tal proposito, è costituito da quanto deciso dalla I sezione del Tribunale di Catanzaro il 15 gennaio 2013. Nel caso di specie, il giudizio riguardava una vicenda che aveva come protagonista M., un bambino con sindrome di Down. Una dirigente scolastica dell'istituto frequentato dal minore aveva tentato di impedire la partecipazione di M. alle uscite didattiche programmate dall'istituto. Ciò, in particolare, tentando di imporre il silenzio sulle attività in questione a tutti i compagni di classe di M.: quest'ultimo e la sua famiglia dovevano restare all'oscuro delle gite organizzate dalla scuola. Tuttavia, i compagni di classe di M. e i loro genitori, colta immediatamente la gravità di una simile consegna del silenzio, hanno espresso la loro piena solidarietà a M. e ai suoi familiari, dando visibilità alla vicenda.

È evidente come la condotta della dirigente scolastica avesse tutti i requisiti per integrare la fattispecie della discriminazione diretta, visto che M. sarebbe stato trattato in maniera diversa rispetto a tutti i suoi compagni di classe in ragione della sua disabilità. Tuttavia, il giudice ha valutato che la condotta discriminatoria non sussistesse e ha respinto il ricorso. Ciò perché – come si legge nel provvedimento in questione – «Mutuando un'espressione di matrice penalistica potrebbe dirsi che il comportamento della dirigente scolastica ha realizzato un mero "tentativo" di discriminazione, non estrinsecatosi in un'effettiva lesione della sfera giuridica del disabile, con riferimento all'esercizio del diritto a essere istruito, leso tutt'al più nella propria dignità, risarcibile di per sé con il ricorso agli ordinari strumenti di cognizione».

Come rilevato in dottrina, è ben possibile leggere la vicenda di M. in termini diversi, dando una più condivisibile interpretazione estensiva alla disciplina dettata dall l. 67/2006: «Aderendo ad un'interpretazione alternativa, la dichiarazione [della dirigente scolastica], certamente nata come discriminazione diretta, nell'arenarsi, non perde la connotazione discriminatoria, acquisendo piuttosto i contorni di un

87 Come molto opportunamente sottolineato da E. Vivaldi, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità*, cit., pp. 8-9; l'A in questione fa proprie le considerazioni di U. De Siervo, *Libertà negative e positive,* in R. Belli (cur.), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Franco Angeli, Milano, 2000, pp. 35-40 e di M. Benvenuti, "*La scuola è aperta a tutti"? Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione*, in "Federalismi.it", 2018.

comportamento indesiderato volto ad incidere sulla dignità (come previsto dalla clausola di chiusura di cui al comma 4 dell'art. 2, l. n. 67/2006) dello scolaro, ad escluderlo a causa della sua condizione dalle iniziative extrascolastiche programmate dall'istituto, ad isolare ed emarginare, ad instillare un senso di autorizzazione all'esclusione negli altri allievi evidentemente più esteso e deleterio negli effetti rispetto alle isolate parentesi legate alle uscite esterne»[88]. L'approccio qui riassunto, a differenza di quello prospettato dal giudicante, pare essere tanto compatibile con il dato letterale della norma dettata dalla l. 67/2006, quanto maggiormente aderente a quella istanza sistemica di tutela della dignità intrinseca delle persone con disabilità, ricompresa fra i princìpi fondamentali della Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità[89].

4. Il divieto di discriminazioni fondate sulla disabilità nei luoghi di lavoro e l'obbligo di «accomodamento ragionevole» delle posizioni lavorative

4.1. Un quadro d'insieme

L'ambito lavorativo costituisce uno dei settori in cui l'attenzione alla discriminazione delle persone con disabilità è stata maggiore, e dove più di frequente è stato richiesto un intervento giurisprudenziale, sia a livello nazionale, sia nel contesto euro-unitario. Si tratta – lo si è già rilevato – di un ambito al quale la Convenzione delle Nazioni Unite dedica una disposizione *ad hoc*, l'art. 27.

Per quanto concerne l'ordinamento italiano, nel quale il lavoro è posto a fondamento della Repubblica (art. 1 Cost.), la normativa di riferimento afferisce principalmente a tre ambiti: il primo riguarda le normative-quadro e di settore in materia di integrazione sociale delle persone con disabilità, con particolare attenzione all'inserimento lavorativo, e si compone della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (*Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*) e della legge 12 marzo 1999, n. 68 (*Norme per il diritto del lavoro dei disabili*), modificata e integrata con il d. lgs. 151/2015. Il secondo è costituito dalla normativa di attuazione della Direttiva 2000/78/CE/CE, riguardante il quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (il riferimento è dunque al d. lgs. 216/2003 e successive modificazioni). Il terzo è dato dallo Statuto dei Lavoratori (d. lgs. 20 maggio 1970, n. 300, più volte novellato).

Una volta delineato tale contesto di riferimento, un primo dato significativo sul quale pare opportuno soffermarsi è quello relativo alla legittimazione soggettiva: affinché una persona possa avvalersi della tutela antidiscriminatoria all'interno del contesto

88 Così N. Bruzzi, *La discriminazione fondata sulla disabilità: il principio di dignità come lente trifocale*, in "Responsabilità civile e previdenza", 3, 2013, pp. 931-955; il passo qui riportato è a p. 942.
89 In questo senso, appunto, N. Bruzzi, *La discriminazione fondata sulla disabilità*, cit.; su dignità e disabilità, v., in una prospettiva diversa, S. Graumann, *Human Dignity and People with Disabilities*, in M. Düwell, J. Braarvig, R. Brownsword, D. Mieth (eds.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 484-491.

euro-unitario, è infatti necessario che la sua condizione personale possa essere ricompresa all'interno della definizione di disabilità elaborata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, in applicazione della Direttiva 2000/78/CE. A tal riguardo, preme mettere in rilievo due significativi aspetti. In primo luogo, va rammentato che le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione impongono che sia data un'autonoma ed uniforme interpretazione del concetto nell'intero ambito dell'Unione europea, indipendentemente dal fatto che la disabilità sia certificata o meno in base alla normativa interna. Ne consegue che, ad esempio, per l'ordinamento italiano *non* rilevano i criteri e le certificazioni stabiliti dalla legge 68/1999 e dalla legge 104/1992, sicché potrà darsi il caso che una persona sia disabile ai sensi della normativa nazionale, ma non sia disabile in base all'orientamento della Corte di Giustizia; in tal caso, la Direttiva 2000/78/CE non troverà applicazione.

Il secondo aspetto degno di nota riguarda il fatto che la Direttiva 2000/78/CE non contiene alcuna espressa definizione della disabilità; la Corte di Giustizia riveste dunque un ruolo significativo non solo nel mettere a fuoco i margini di applicazione del concetto di cui si discute, ma anche nella sua stessa elaborazione. Pertanto, vista l'importanza della Corte di Giustizia nell'individuare i confini di un concetto altamente indeterminato – in quanto storicamente e geograficamente relativo – come quello di "disabilità", per stabilire quali siano gli elementi caratterizzanti la tutela antidiscriminatoria delle persone con disabilità nel contesto lavorativo appare senz'altro utile ripercorrere brevemente il percorso giurisprudenziale seguìto finora in tema di discriminazioni fondate sulla disabilità nei luoghi di lavoro.

A tal riguardo, è fondamentale rimarcare un dato: come si avrà modo di verificare, la terminologia rinvenibile nelle fonti normative ed utilizzata dalle Corti spesso non è adoperata in modo coerente, né vi è la possibilità di riferirvisi facendo appello ad una costanza terminologica, che talvolta costituisce un canone ermeneutico che soccorre l'interprete. Questa varietà, da un lato appare pressoché inevitabile laddove rispecchia l'evoluzione e la stratificazione delle classificazioni di disabilità che si sono avute fino ad ora (nonché la loro rispondenza ai diversi "modelli" di disabilità[90]), mentre dall'altro rivela la necessità di procedere ad una riformulazione dei testi normativi, per rendere più omogeneo il linguaggio ivi utilizzato e per fare sì che esso sia conforme a quello impiegato all'interno della CRPD[91].

4.2. La Corte di Giustizia "alla prova" della disabilità: il percorso evolutivo

La Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sull'ambito di applicazione della Direttiva 2000/78/CE – e, dunque, sui margini applicativi del concetto di disabilità – in svariate occasioni, dando luogo a significativi mutamenti per quanto concerne

90 Cfr. *supra*, par. 1.

91 In riferimento all'ordinamento italiano, cfr. ad esempio i rilievi di L. Busatta, *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale*, in F. Cortese, M. Tomasi (a cura di), *Le definizioni nel diritto*, Università degli Studi di Trento, 2016, pp. 335 ss. Sempre per quanto concerne il nostro ordinamento, insistono sulla necessità di operare una riforma del lessico impiegato all'interno dei testi normativi vigenti anche il *Primo* ed il *Secondo Programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità*.

il proprio orientamento. In particolare, è possibile individuare tre pronunce-chiave, che consentono di verificare come la Corte abbia inizialmente adottato un approccio restrittivo, per poi recepire il mutamento di paradigma intercorso con la CRPD, passando così dal modello medico della disabilità a quello sociale.

La prima sentenza, del 2006, è nota come *Chacón Navas*[92], dal nome della ricorrente. In essa, la Corte si pronuncia per la prima volta sulla nozione di handicap, ai fini dell'applicazione della Direttiva 2000/78/CE[93]. Nel caso di specie, la signora Chacón Navas presenta un ricorso al tribunale spagnolo, lamentando di essere stata licenziata dall'impresa Eurest per la quale lavorava, in quanto aveva interrotto la propria prestazione professionale per un lungo periodo a causa di una malattia, nonché in ragione del fatto che, in base alle attestazioni del servizio sanitario, la signora non sarebbe stata in grado di riprendere in breve tempo la propria attività lavorativa. La società Eurest, convenuta, ammette l'irregolarità del licenziamento, offrendo alla lavoratrice un indennizzo; tuttavia, la ricorrente rifiuta il ristoro economico, in quanto ritiene il proprio licenziamento – non irregolare, ma – nullo, in ragione della disparità di trattamento e della discriminazione sofferta. Chacón Navas chiede dunque di essere reintegrata nel proprio posto di lavoro[94].

Per determinare se il licenziamento in oggetto sia stato irregolare o nullo, il giudice *a quo* si trova a dover risolvere la questione relativa all'ambito di applicazione del divieto di discriminazione nei confronti delle persone con disabilità (letteralmente «portatrici di handicap», ai sensi della Direttiva 2000/78/CE). In particolare, il dub-

92 *Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA*, 11 luglio 2006, Causa C-13/05.

93 Non è questa la sede per affrontare diffusamente la cosiddetta "questione linguistica", concernente la terminologia appropriata. Va però segnalato che un corretto recepimento delle classificazioni internazionali (in primo luogo, il riferimento è all'*International Classification of Functionings* dell'Organizzazione Mondiale della Sanità) e l'attuazione della CRPD impongono una significativa revisione di alcune categorie correnti e, in particolare, l'abbandono della nozione di handicap. La scelta, operata all'interno di questo paragrafo, di mantenere comunque il riferimento all'handicap, nasce dalla volontà di rimanere fedeli al dato normativo e, in particolare, al dettato della Direttiva 2000/78/CE, sì da meglio comprendere anche l'articolarsi del ragionamento della Corte di Giustizia. Tuttavia, il richiamo all'handicap va più correttamente inteso come rimando al concetto di disabilità.

94 La normativa spagnola distingue tra il licenziamento nullo e quello irregolare, in base alla causa dello stesso. Se il licenziamento viene effettuato in violazione del principio di non discriminazione previsto dalla Costituzione spagnola e dalla legge nazionale di attuazione della Direttiva 2000/78/CE, allora è nullo. L'art. 14 della Costituzione spagnola stabilisce, infatti, il divieto di discriminazione per motivi di nascita, razza, sesso, religione, opinione e per qualsiasi altra condizione o circostanza personale o sociale. Nella stessa ottica, l'art. 17 dello Statuto dei lavoratori spagnolo (a seguito della modifica introdotta con la legge del 30 dicembre 2003, n. 62 che dà attuazione proprio alla Direttiva 2000/78/CE) dispone che sono nulli e privi di effetto le norme di regolamento, le clausole dei contratti collettivi, i contratti individuali e le decisioni unilaterali del datore di lavoro che creano, direttamente o indirettamente discriminazioni sfavorevoli ai fini dell'impiego, della retribuzione, dell'orario di lavoro e di altre condizioni di lavoro, per ragioni basate su sesso, razza, origine etnica, stato civile, condizione sociale, religione o convinzioni personali, nonché su idee politiche, orientamento sessuale, lingua, o motivate dall'adesione o meno a sindacati e ai relativi accordi collettivi. Lo stesso regime giuridico si applica nel caso in cui le discriminazioni dirette o indirette siano da ascriversi alla presenza di vincoli di parentela con altri lavoratori nell'impresa.

bio origina dal fatto che si produce uno svantaggio sociale in presenza tanto di una disabilità quanto di una malattia: così, poiché due condizioni soggettive diverse hanno effetti assimilabili, per il giudice rimettente appare necessario un chiarimento sul punto da parte della Corte di giustizia. Quest'ultima è dunque chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di considerare la malattia un motivo che si aggiunge a quelli in base ai quali, ai sensi della Direttiva 2000/78/CE, è vietata ogni discriminazione. Nel caso di specie, la Corte fa leva sul dato linguistico per sostenere che, poiché disabilità e malattia sono due termini diversi, e dato che il legislatore ha scelto di fare riferimento alla sola disabilità all'interno della Direttiva, allora è esclusa l'assimilabilità tra le due condizioni. Su tale base, la signora Chacón Navas non ottiene la dichiarazione di nullità del licenziamento e, dunque, nemmeno la reintegrazione nel proprio posto di lavoro. Affinché la condizione soggettiva possa integrare i margini di applicabilità della Direttiva 2000/78/CE, infatti, per la Corte è necessario che la limitazione funzionale sia *di lunga durata*.

Eppure, come anticipato, in seguito il Giudice del Lussemburgo rivede la propria posizione. In particolare, la Corte muta orientamento per la prima volta nel 2013, nelle pronunce riunite C-335/11 (*HK Danmark, per conto di Jette Ring c. Dansk Almennyttigt Boligselskab*) e 337/11 (*HK Danmark, per conto di Lone Skouboe Werge c. Dansk Arbejdsgiverforening per conto della Pro Dislapy A/S*). Nei casi di specie, le signore Ring e Werger restano assenti dal posto di lavoro per un periodo prolungato di tempo, l'una a causa di dolori alla colonna lombo-sacrale, l'altra per i postumi di un colpo di frusta occorsole anni prima; in entrambi i casi, il trattamento riabilitativo cui si sono sottoposte non sortisce gli effetti desiderati, e le donne sono impossibilitate a svolgere un'attività lavorativa. Vengono così licenziate dai rispettivi datori di lavoro, con preavviso scritto di un mese – dunque ridotto –, in quanto la normativa danese permette di licenziare con un breve preavviso un lavoratore che sia assente per malattia, con mantenimento della retribuzione, per 120 giorni nel corso dei 12 mesi precedenti. Le ricorrenti affermano che, se vi fossero stati un adattamento dell'ambiente di lavoro e una riduzione dell'orario dello stesso, non si sarebbe resa necessaria una così significativa assenza, ma avrebbero potuto continuare la propria attività lavorativa.

Con l'aiuto del proprio sindacato, HK Danmark, si rivolgono dunque al tribunale danese, adducendo il carattere discriminatorio del loro licenziamento e della norma speciale dalla quale esso trae legittimazione: si tratterebbe di un caso di discriminazione indiretta, e dunque di atti vietati dalla normativa danese in materia di parità di trattamento. Poiché quest'ultima costituisce attuazione della Direttiva 2000/78/CE, la Corte di giustizia viene investita della questione. In particolare, i quesiti posti alla sua attenzione sono tre: (i) la condizione di una persona che, a causa di menomazioni fisiche, mentali o psichiche, non può svolgere la propria attività lavorativa (o può farlo soltanto entro certi limiti) per un arco di tempo che soddisfa i requisiti, in termini di durata, di quanto specificato nella causa Navas, rientra nella nozione di handicap ai sensi della Direttiva in oggetto? (ii) la riduzione dell'orario di lavoro

rientra tra le misure di cui all'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE? Può, in altri termini, essere considerata una delle modalità attraverso le quali procedere al cosiddetto "accomodamento ragionevole"? (iii) la legislazione nazionale che permette di licenziare, con preavviso ridotto, i lavoratori che hanno esercitato il loro diritto al congedo per malattia con mantenimento della retribuzione, è conforme al diritto dell'Unione europea?

In tale occasione, la Corte di giustizia mostra una significativa apertura nei confronti della possibilità di applicare la tutela antidiscriminatoria di cui alla Direttiva 2000/78/CE anche in caso di malattia. Più nello specifico, secondo la Corte, la nozione di "handicap" (*rectius*, di "disabilità") deve essere interpretata nel senso di includere una condizione patologica causata da una malattia (diagnosticata come curabile o meno), qualora quest'ultima comporti una limitazione di lunga durata risultante in particolari menomazioni che, in interazione con barriere di varia natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione dell'interessato alla vita professionale, in condizioni di eguaglianza con gli altri lavoratori.

Tale mutamento di posizione discende da alcune considerazioni relative alla teoria delle fonti. La Corte ricorda infatti che, in base all'art. 216 TFUE, se l'Unione conclude accordi internazionali, questi ultimi prevalgono sugli atti dell'Unione; e, poiché ha approvato la CRPD con la decisione 2010/48, l'Unione è tenuta a fare propria la nozione socio-contestuale di disabilità di cui all'art. 1, par. 2 di tale documento[95]. Ne consegue che gli Stati membri sono tenuti a propria volta a non adottare normative suscettibili di produrre una situazione di svantaggio per i lavoratori disabili, nonché a prevedere misure che consentano alle persone con disabilità di svolgere la propria prestazione lavorativa, eventualmente anche prevedendo una riduzione dell'orario lavorativo, che può dunque costituire un provvedimento idoneo a consentire tale adattamento (ragionevole), rientrando altresì nell'ambito di applicazione dell'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE. Quest'ultima impone infatti al datore di lavoro l'adozione di misure che consentano anche ad una persona che sia disabile sia di accedere in modo effettivo ad un impiego, sia di svolgere la propria attività lavorativa. Pertanto, alla luce della Direttiva summenzionata, la legislazione danese sul licenziamento con preavviso ridotto non può essere applicata al caso di specie, in quanto la disabilità è parzialmente riconducibile alla circostanza che il datore di lavoro non abbia adottato provvedimenti appropriati: l'applicazione generalizzata del preavviso ridotto costituisce dunque una discriminazione indiretta, in quanto tratta in modo uguale persone che si trovano in una situazione differente, causando una situazione di svantaggio per il lavoratore disabile. In questa circostanza, peraltro, la Corte si spinge anche ad affermare che la legge potrebbe perfino essere nulla, in quanto indirettamente discriminatoria: è possibile presumere, infatti, che le

95 Si è già detto dell'ingresso della CRPD nel diritto dell'Unione europea; per una più ampia analisi del rapporto fra diritto dell'UE e diritto internazionale, si veda P. De Pasquale, *Rapporti tra le fonti di diritto dell'Unione europea*, in "DPCE", numero speciale, 2019, pp. 191-214.

persone con disabilità raggiungano più facilmente il limite dei 120 giorni di assenza lavorativa rispetto a coloro che non siano disabili o non abbiano malattie croniche. Chiaramente, ogni valutazione in merito non è però di competenza della Corte di Giustizia; piuttosto, spetta al tribunale danese determinare se sussista una giustificazione obiettiva affinché siano in vigore normative di questo tipo, e che consenta di applicarle anche alle persone con disabilità.

Infine, nel caso *Daouidi*, deciso il 1° dicembre 2016 (Causa C-395/15)[96], la Corte approda all'orientamento che mantiene ancora oggi, come si evince dalla recente sentenza *DW c. Nobel Plastiques Ibérica SA* (C-397/18, 11 settembre 2019)[97]. Nel caso di specie, il ricorrente viene assunto nell'aprile 2014 come aiuto-cuoco in un ristorante situato all'interno di un complesso alberghiero nei pressi di Barcellona. Inizialmente viene stipulato un contratto di lavoro a tempo parziale e determinato, che poi viene convertito in un contratto a tempo pieno, raddoppiando il numero delle ore di servizio; al contempo, la scadenza del contratto a tempo determinato viene prorogata. Tuttavia, nell'ottobre 2014, il signor Daouidi si procura una lussazione del gomito sinistro cadendo accidentalmente all'interno della cucina in cui lavora; la lesione riportata richiede un'ingessatura e comporta un'invalidità temporanea, che rende necessaria l'assenza dal lavoro. A quasi due mesi di distanza dall'incidente, il signor Daouidi si vede recapitare una lettera di licenziamento disciplinare, e per tale motivo decide di ricorrere al giudice, sì da fare dichiarare la nullità del suo licenziamento. A tal fine, egli eccepisce la violazione del suo diritto all'integrità fisica, tutelato dall'art. 15 della Costituzione spagnola del 1978, e rileva altresì il carattere discriminatorio del licenziamento, che sarebbe stato causato dalla sua invalidità temporanea. Secondo la ricostruzione prospettata dal ricorrente, l'invalidità in questione, di durata incerta, rientrerebbe nella nozione di "handicap" (*rectius*, disabilità) cui fa riferimento la Direttiva 2000/78/CE, così come interpretata dalla Corte di giustizia nei casi riuniti *HK Danmark* (C-335/11 e C-337/11, dell'11 aprile 2013).

Appurata la sussistenza di un nesso causale fra l'invalidità e il licenziamento, il giudice di rinvio constata che nella giurisprudenza spagnola i licenziamenti fondati su presupposti analoghi non vengono considerati discriminatori e sono, pertanto, validi. Tuttavia, egli dubita della conformità della normativa nazionale rispetto al diritto dell'Unione europea: se il signor Daouidi fosse stato discriminato a causa della sua disabilità, il suo licenziamento avrebbe costituito una violazione dei diritti fondamentali tutelati dal diritto dell'Unione, e pertanto sarebbe stato radicalmente nullo. Nello specifico, il giudice *a quo* prospetta alla Corte di giustizia cinque questioni pregiudiziali, quattro delle quali vertono su aspetti in merito ai quali la Corte dichiara di non avere le competenze necessarie per dare una risposta. Risponde però alla

96 Si veda, sulla decisione *Daouidi*, D. Ferri, *Daouidi v Bootes Plus SL and the Concept of "Disability" in EU Anti-Discrimination Law*, in "European Labour Law Journal", 10, 2019, 1, pp. 69-84.
97 Per un commento, P. Addis, *Suonala ancora Sam: la Corte di giustizia dell'Unione europea e le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità sul posto di lavoro (Corte di giustizia dell'Unione europea, DW contro Nobel Plastiques Ibérica SA, C-397/18, 11 settembre 2019)*, in "DPCEonline", 4/2019.

quinta, con la quale il giudice rimettente chiede se la decisione del datore di lavoro di licenziare un lavoratore temporaneamente invalido a causa di un incidente sul lavoro rientri fra le «discriminazioni dirette fondate sull'handicap» a cui fanno riferimento gli artt. 1, 2 e 3 della Direttiva 78/2000/CE.

Al riguardo, il Giudice del Lussemburgo ribadisce che le disposizioni del diritto euro-unitario devono essere interpretate conformemente alla CRPD, dato che la Direttiva in oggetto intende costituire un quadro generale per la lotta alla discriminazione basata sulla disabilità in ambito lavorativo, e che l'Unione europea ha ratificato la CRPD. Ne discende, pertanto, che la nozione di "handicap" (*rectius*, disabilità) ai sensi della Direttiva 2000/78/CE deve essere intesa come «limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione dell'interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori».

Un aspetto qualificante del caso Daouidi verte, inoltre, sul carattere di reversibilità della menomazione: nonostante quest'ultima sia reversibile, al momento dell'udienza davanti al Tribunale del lavoro di Barcellona l'arto del ricorrente è ancora lesionato e immobilizzato. Ciò comporta certamente un'impossibilità di svolgere la sua attività professionale, ma l'impossibilità in oggetto è di carattere temporaneo. Affinché la situazione possa rientrare nell'ambito di applicabilità della Direttiva 2000/78/CE, la limitazione della capacità deve però essere *duratura*. A tal proposito, va ricordato che la CRPD nulla dice circa il carattere duraturo di una menomazione (sia essa fisica, mentale, intellettuale o sensoriale), e che la Direttiva 2000/78/CE non fornisce alcuna definizione di disabilità o di "durata" della stessa. Pertanto, in assenza di un espresso rinvio al diritto degli Stati membri, la Corte si trova nella condizione di dover procedere a un'interpretazione autonoma e uniforme.

Secondo la Corte, anche se il signor Daouidi è considerato (solo) "temporaneamente" invalido ai sensi della disciplina spagnola, può essere comunque considerato in una "duratura" condizione di disabilità ai sensi del diritto dell'Unione, interpretato alla luce della CRPD. A tal proposito, il Giudice del Lussemburgo richiama la sentenza *Chacón Navas,* per rimarcare che la valutazione circa il carattere duraturo della menomazione deve essere effettuata con riferimento al momento in cui è stata posta in essere la condotta discriminatoria, e che una menomazione guaribile in tempi significativi e non ben definiti *può* essere duratura. Tuttavia, la medesima Corte non può dare una soluzione definitiva al caso di specie: il giudice del rinvio dovrà infatti decidere basandosi sugli elementi obiettivi complessivi di cui dispone e, in particolare, sui documenti e sui certificati concernenti lo stato di tale persona, redatti sulla base di conoscenze e dati medici e scientifici attuali, in quanto l'incertezza della durata non fa automaticamente sì che la menomazione dia luogo ad una disabilità. In conclusione, si può ipotizzare che una menomazione sia duratura (e, dunque, rientri nel campo di applicazione della Direttiva 2000/78/CE) qualora, al momento della condotta discriminatoria, non vi sia una prospettiva riabilitativa definita temporalmente, o nel caso in cui tale menomazione possa protrarsi per un lasso di tempo significativo.

4.3. Questioni di "rilevanza"

Vista la significativa evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia in relazione al tema in oggetto, pare senz'altro opportuno soffermarsi brevemente su alcuni aspetti caratterizzanti i parametri che devono essere soddisfatti affinché la condizione della lavoratrice o del lavoratore rientri nell'ambito di applicazione della Direttiva 2000/78/CE. Ad esempio, in presenza di un disagio psicologico, emotivo o relazionale, bisogna distinguere le condizioni cliniche di ansietà e/o depressione dagli stati d'animo di insoddisfazione, tristezza, o irritazione. Infatti, mentre le prime sono riconducibili alla definizione di disabilità qualora siano severe, protratte, croniche o ricorrenti nel tempo, le seconde – al contrario – costituiscono ordinarie reazioni umane a condizioni di stress o a circostanze avverse della vita, e come tali non rilevano ai fini dell'applicazione della Direttiva 2000/78/CE[98]. La menomazione deve dunque essere "sufficientemente rilevante", ossia costituire un ostacolo alla vita professionale del lavoratore, in considerazione delle circostanze specifiche del caso in questione.

Per stabilire in cosa possa concretarsi la "sufficiente rilevanza", pare opportuno rivolgersi nuovamente alla giurisprudenza della Corte di giustizia, che fornisce alcune utili indicazioni in merito. Nel caso *Z. c. Government Dept. The board of management of a community school* (CGUE sentenza 18 marzo 2014, causa C-363/12), il Giudice di Lussemburgo si è infatti trovato a stabilire se la lavoratrice priva di utero sia persona con disabilità ai sensi della dir. 2000/78/CE. Il caso di specie riguarda la signora Z., che lavora in Irlanda e soffre di una rara patologia, per effetto della quale è priva di utero e non è in grado di avere figli. Per questo motivo, lei e il marito ricorrono ad una madre surrogata californiana, la cui identità non viene menzionata nel certificato di nascita statunitense; per lo Stato della California, dunque, la signora Z. e il marito sono i genitori della bambina, circostanza che induce la donna a fare richiesta di congedo retribuito (equivalente ad un congedo di maternità o di adozione). La sua domanda non trova però accoglimento da parte del Giudice nazionale, in base al rilievo che non è mai stata incinta, né la bambina è stata adottata. Il tribunale irlandese decide di adire la Corte di Lussemburgo affinché chiarisca se il rigetto è contrario alla Direttiva sulle lavoratrici gestanti, o se costituisce una discriminazione basata sul genere o sulla disabilità (l'uno vietato ai sensi della Direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne, l'altro ai sensi della Direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro).

98 Si noti come, anche a tal riguardo, venga in rilievo la durata della condizione invalidante. Non a caso, alcune legislazioni nazionali hanno cercato di arginare l'incertezza interpretativa precisando il termine di durata superato il quale una patologia può considerarsi disabilità ai sensi della Direttiva 2000/78/CE; al contrario, non rileva che le menomazioni derivino da deficit congeniti o acquisiti. Ad esempio, nel 2015, l'Autorità per la parità di trattamento danese ha respinto un ricorso presentato da un fisioterapista, che adduceva il carattere discriminatorio del proprio licenziamento, avvenuto a causa delle assenze determinate da uno stato di depressione, in quanto ha ritenuto che quest'ultimo non fosse di severità e durata tali da costituire un ostacolo allo svolgimento delle proprie mansioni lavorative, e come tale, non fosse qualificabile come disabilità ai sensi della Direttiva 2000/78/CE.

Secondo la Corte di giustizia è certamente innegabile che l'incapacità di procreare possa causare grandi sofferenze, e tuttavia queste non sono di rilevanza tale da integrare gli estremi per l'applicazione della Direttiva 2000/78/CE, la quale richiede che la limitazione della persona, in interazione con le barriere di diversa natura, sia idonea ad ostacolare la sua piena ed effettiva partecipazione alla vita professionale, in condizioni di eguaglianza con gli altri lavoratori. L'incapacità di procreare naturalmente, infatti, «non impedisce, di per sé, l'accesso all'impiego e una carriera […] e non costituisce un ostacolo all'esercizio dell'attività professionale» (par. 82), né ad ottenere una promozione; non costituisce dunque un handicap (*rectius*, una disabilità) ai sensi della Direttiva in oggetto.

Può essere inquadrata come questione attinente alla "rilevanza" anche la nota causa *Fag og Arbejde (FOA) c. Kommunernes Landsforening (KL)*, decisa dalla Corte di giustizia nel 2014[99]. Il caso di specie origina dal licenziamento del signor Karsten Kaltoft, che aveva prestato servizio come educatore per la prima infanzia presso il Comune di Billund, in Danimarca, per quindici anni. Nel 2010 il Comune pone fine al rapporto di lavoro motivando la misura con il calo del numero dei bambini che frequentano la struttura in cui Kaltoft trova impiego; non dà però alcuna spiegazione circa la decisione di interrompere proprio il suo rapporto di lavoro, ma non altri.

Kaltoft ritiene che la scelta dell'amministrazione sia caduta su di lui in ragione della propria condizione di obesità, determinata come tale in base agli indici di massa corporea dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS); per l'intera durata della propria attività lavorativa, infatti, l'uomo non aveva mai raggiunto un peso inferiore ai 160 kg nonostante gli sforzi volti alla sua riduzione, e la responsabile degli assistenti all'infanzia gli aveva fatto ripetutamente visita, manifestando interesse proprio in relazione alla sua perdita di peso. Pertanto, nonostante il Comune neghi che il peso del ricorrente abbia contribuito a determinarne il licenziamento, Kaltoft si rivolge al proprio sindacato, tramite il quale adisce il Tribunale distrettuale danese affinché si pronunci sul carattere discriminatorio del licenziamento, ai sensi della Direttiva 2000/78/CE. Nel valutare il ricorso, il tribunale chiede dunque alla Corte di giustizia di precisare se il diritto dell'Unione europea vieti la discriminazione basata sull'obesità, e se l'obesità possa essere considerata una disabilità e, come tale, sia tutelata dalla Direttiva 2000/78/CE.

Nel corso del procedimento, l'avvocato generale della Corte di giustizia Jaaskinen si esprime in senso affermativo, ritenendo che l'obesità possa essere considerata una forma di disabilità qualora raggiunga un livello tale da ostacolare in modo chiaro la partecipazione alla vita professionale. Ad avviso dell'avvocato generale, affinché trovi applicazione la Direttiva 2000/78/CE, è necessario che l'obesità sia grave, patologica, e che l'indice di massa corporea sia superiore a 40. Di conseguenza, non solo il licenziamento del signor Kaltoft è illegittimo, ma – più in generale – l'azien-

99 CGUE, sentenza 18 dicembre 2014, causa C-354/13.

da dovrebbe adottare misure («accomodamenti»), che consentano di agevolare lo svolgimento dell'attività lavorativa da parte delle persone con disabilità, fatta salva la proporzionalità dell'onere a suo carico (tali misure, in altri termini, devono essere «ragionevoli»[100]).

La Corte si pronuncia in modo parzialmente conforme. Dopo avere ricordato che né i Trattati né il diritto derivato dell'Unione contengono una disposizione che proibisca la discriminazione fondata sulla disabilità, rileva che non si fa cenno a tale profilo nemmeno nella Direttiva 2000/78/CE e che l'ambito di applicazione della Direttiva in oggetto non deve essere esteso per analogia ad altre ipotesi di discriminazione non contemplate dal suo art. 1. Essa afferma poi il principio secondo il quale la Direttiva stessa deve essere interpretata nel senso che «[l]o stato di obesità di un lavoratore costituisce un handicap, ai sensi [della Direttiva 2000/78/CE], qualora determini una limitazione, risultante segnatamente da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, la quale, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori». Spetta dunque al giudice nazionale verificare se tali condizioni sussistano nel caso di specie e, dunque, se l'obesità possa costituire il presupposto per la presenza di una discriminazione ai sensi della Direttiva 2000/78/CE. Quest'ultimo caso si verifica, ad esempio, se l'obesità del lavoratore ostacola la sua partecipazione incidendo sulla sua mobilità, comportando l'insorgenza di patologie che gli impediscono di svolgere il suo lavoro, o rendendo difficoltoso l'esercizio della sua attività professionale.

In tale occasione, la Corte di giustizia sceglie dunque di affermare un principio generale: nel caso in cui l'obesità comporti limitazioni sufficientemente severe o gravi – e, come si evince dalle cause riunite C-335/11 e C-337/11, la limitazione sia "permanente" o "di lunga durata" – allora potrà trovare applicazione la Direttiva 2000/78/CE[101].

100 Sugli «accomodamenti ragionevoli», seppur brevemente, cfr. *infra*.

101 Un simile orientamento si registra anche all'interno dell'ordinamento italiano. In tal senso, è possibile ricordare la sentenza del Tribunale di Milano dell'11 febbraio 2013, dove si afferma che si può parlare di handicap ogniqualvolta una malattia sia di lunga durata e abbia l'attitudine a incidere negativamente sulla vita professionale del lavoratore. Nel caso di specie, da uno scambio di missive tra il datore di lavoro e la lavoratrice XX si evinceva in modo chiaro la gravità della situazione in cui la stessa versava: il quadro della descrizione era certamente quello di una patologia grave e invalidante, dato che la donna rappresentava di avere una patologia molto grave, che l'avrebbe costretta a rimanere in cura per tutto il resto della vita, con l'effetto collaterale di sentirsi molto stanca, il che la costringeva a guidare il meno possibile e le rendeva molto difficoltoso lo svolgimento dei compiti ordinari. In tali casi, va tenuto presente che l'onere della prova grava sul lavoratore, e che la valutazione relativa al carattere della limitazione sofferta deve essere effettuata quando si verificano l'atto o il comportamento che si asserisce essere discriminatori; la valutazione può anche avere un carattere prognostico, sulla base degli elementi disponibili.

4.4. Le discriminazioni vietate: una tassonomia e la declinazione in riferimento alla disabilità

La Direttiva 2000/78/CE vieta la discriminazione diretta o indiretta fondata (anche) sulla disabilità. Cosa debba intendersi per "discriminazione diretta" è ormai noto, ma giova ricordarlo brevemente: ai sensi della Direttiva 2000/78/CE, art. 2, par. 2, lett. a), «Sussiste discriminazione diretta quando […] una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga».

L'unica eccezione al divieto di discriminazione diretta si rinviene nei casi in cui sia necessaria la valutazione dell'idoneità lavorativa, ossia nell'eventualità in cui una caratteristica collegata alla disabilità costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento della mansione lavorativa, tenuto conto della per la natura della stessa o del contesto in cui quest'ultima viene espletata, nonché nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza[102]. Ai sensi dell'art. 3, comma 3, del d.lgs. 216/2003, infatti, «Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età o all'orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima [...]».

A tal riguardo, giova sottolineare come, tanto in materia di accesso ad un'occupazione quanto in relazione al suo mantenimento, l'esclusione aprioristica di un lavoratore o il suo demansionamento in ragione della sua disabilità, senza che la sua idoneità alle mansioni sia stata valutata nelle modalità previste per legge, assuma carattere discriminatorio. In questo caso, infatti, l'esclusione avviene non sulla base delle effettive capacità personali, ma in ragione di una disabilità *percepita ed interpretata* attraverso le griglie concettuali proprie del modello medico della disabilità (ossia in base all'idea che gli individui disabili siano inevitabilmente sfortunati, inutili, diversi, oppressi, malati[103]). In quest'ottica, ad esempio, la Corte di Cassazione ha ritenuto che sia nullo «il licenziamento per ragione esclusiva di discriminazione da

---

102 Già da tempo la giurisprudenza ha fatto propria tale impostazione; ad esempio, già dalla fine degli anni Ottanta si è ritenuto ammissibile il patto di prova, secondo la durata prevista dal contratto collettivo, anche con riferimento all'assunzione del lavoratore o della lavoratrice disabile, avuto però riguardo a che il suo contenuto sia rapportato alla sua condizione personale (sul punto, cfr. Corte costituzionale, sent. 255/1989 e Corte di Cassazione, sent. 16 agosto 2004, n. 15942). Parimenti, la Cassazione ha stabilito che anche il recesso è nullo, se non è motivato dall'incapacità del/la lavoratore/lavoratrice disabile allo svolgimento delle mansioni compatibili con il grado di disabilità (Cfr. Corte di Cassazione, SS. UU., 1° marzo 1989, n. 1104).

103 P. Hunt, *A Critical Condition*, in Id. (ed.), *Stigma: The Experience of Disability*, Geoffrey Chapman, London 1966, pp. 145-159, 146.

handicap […] quando il licenziamento sia stato intimato sulla scorta dell'affermazione apodittica che la condizione di invalidità del lavoratore abbia impedito di rendere proficuamente la prestazione, senza alcun accertamento medico al riguardo e senza la prova di effettive disfunzioni nello svolgimento dei compiti di pertinenza»[104].

La discriminazione indiretta si verifica quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri sono idonei a mettere i lavoratori con disabilità in una posizione di particolare svantaggio rispetto agli altri. L'unica ragione che giustifica il trattamento differente è data, dunque, dalla circostanza che la disposizione, il criterio o la prassi in questione siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima, e che i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari. È, questo, il principio al quale si sono ispirate le pronunce riunite C-335/11 (*HK Danmark, per conto di Jette Ring contro Dansk almennyttigt Boligselskab*) e 337/11 (*HK Danmark, per conto di Lone Skouboe Werge contro Dansk Arbejdsgiverforening per conto della Pro Dislapy A/S*) viste in precedenza, dove la Corte di giustizia ha stabilito che un periodo di comporto identico per tutti i lavoratori può, in astratto, costituire una discriminazione indiretta a danno di coloro che siano disabili, sicché diventa necessario valutare la sussistenza della discriminazione in concreto[105].

Mantenendo lo stesso orientamento, di recente la stessa Corte ha affermato l'incompatibilità della normativa spagnola in base alla quale il datore di lavoro può licenziare un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro con il divieto di discriminazioni indirette fondate sulla disabilità, anche qualora dette assenze siano giustificate, e pure nel caso in cui esse siano dovute a malattie imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore. Infatti, se pure la normativa in questione persegue una

104 Corte di Cassazione, sez. lav., 26 aprile 2016, n. 8248.

105 Al contempo, è da segnalare come la Cassazione italiana abbia ritenuto che le assenze del lavoratore determinate da eccessiva morbilità, anche in caso di mancato superamento del periodo di comporto, possono legittimare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, qualora comportino una prestazione lavorativa utilizzabile per la società perché inadeguata sotto il profilo produttivo, e pregiudizievole per l'organizzazione aziendale (cfr. Cass. civ., 4 settembre 2014, n. 18678). Si discosta da tale impostazione la coeva sentenza pronunciata dal Tribunale di Bologna sez. lavoro, il 15 aprile 2014. Nel caso di specie, una lavoratrice disabile, affetta da neoplasia, viene licenziata per avere superato il periodo di comporto, in quanto non ha chiesto di prorogare il termine in oggetto, prima della sua scadenza. In presenza di patologie gravi, e nel caso in cui siano necessarie terapie salvavita, il contratto collettivo nazionale di categoria consente, infatti, di prorogare di 120 giorni il termine di comporto, con un periodo di aspettativa non retribuita, con un'ulteriore possibile estensione fino a 12 mesi. È da notare che la lavoratrice non aveva provveduto ad effettuare tale richiesta essendovi impossibilitata: a causa del decorso della malattia e in conseguenza dell'effettuazione di interventi chirurgici, era entrata in coma. Nel caso di specie, il giudice di merito annulla il licenziamento, rilevandone la natura discriminatoria: pur riconoscendo l'esistenza di una regola generale in base alla quale il datore di lavoro non è obbligato a convertire d'ufficio l'assenza per malattia in ferie o in congedo non retribuito né ad avvertire il lavoratore dell'imminente scadenza del periodo di comporto per la conservazione del posto di lavoro, l'organo giudicante ritiene infatti che non prendere in considerazione le circostanze particolari del caso e le difficoltà umane della lavoratrice determinate dallo stato particolarmente grave di salute integri gli estremi di una discriminazione indiretta, nonché la violazione dei principi civilistici di correttezza e buona fede e del principio costituzionale di solidarietà sociale.

finalità legittima (la lotta all'assenteismo), tuttavia non rispetta il principio di proporzionalità, in quanto non prevede adeguate clausole di tutela che, tenendo conto del maggior rischio cui sono soggette le persone con disabilità, siano suscettibili di compensare gli svantaggi derivanti da tale condizione. In altri termini, è sempre necessario effettuare un bilanciamento tra gli interessi delle imprese e la protezione e sicurezza dei lavoratori con disabilità[106].

L'art. 2, par. 3 individua ulteriori condotte discriminatorie, concretizzantisi nelle molestie. Queste ultime sono comportamenti indesiderati, adottati in ragione della disabilità del soggetto, che hanno lo scopo o l'effetto di violare la dignità di un lavoratore o di una lavoratrice e di creare nei suoi confronti un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo. Al riguardo, è fondamentale mettere in rilievo che i comportamenti in oggetto sono rilevanti a prescindere dalle intenzioni soggettive di chi li pone in essere; ad esempio, è sufficiente che le espressioni verbali dirette ad una persona con disabilità facciano riferimento in modo oggettivamente denigratorio o offensivo alla sua menomazione o a quella di un suo familiare, a prescindere dalle intenzioni soggettive o dalla consapevolezza dell'autore delle stesse circa il loro carattere discriminatorio.

Una sentenza di qualche anno fa, pronunciata dal Tribunale di Aosta e poi confermata dalla Corte di Appello di Torino[107], è esemplificativa di tale orientamento. Infatti, nel caso in oggetto, il Tribunale ha accolto il ricorso per il risarcimento dei danni proposto da una lavoratrice disabile con mansioni di biologa presso la ASL, ritenendo che la stessa fosse stata vittima di molestie sul luogo di lavoro, appunto a causa della propria disabilità.

La ricorrente lamentava che uno dei dirigenti della struttura le si fosse ripetutamente rivolto con appellativi quali "piccola" e sinonimi, nonché con gesti della mano che ne indicavano la statura notevolmente al di sotto della media, dovuta alla sua disabilità. Il dirigente aveva inoltre ironizzato ripetutamente sul pericolo incombente nel caso di turni di guardia notturni, e aveva altresì sostenuto più volte che, avendo ottenuto il proprio posto di lavoro ai sensi della l. 68/99 sul collocamento mirato delle persone con disabilità, la lavoratrice avesse sottratto il posto a chi, pur dotato delle medesime competenze, fosse normodotato. Questi comportamenti avevano ingenerato nella donna uno stato di forte stress, che l'aveva indotta a ricorrere a cure mediche contro l'ansia. Per contro, il datore di lavoro aveva sostenuto di avere utilizzato le espressioni denunciate in modo benevolo, senza alcuna intenzione di offendere o denigrare.

Ebbene, come anticipato, tanto il Tribunale quanto la Corte di Appello di Torino hanno accettato la richiesta di risarcimento dei danni, riconoscendo la sussistenza delle

106 CGUE, sentenza 18 gennaio 2018, *Carlos Enrique Ruiz Conejero c. Ferroser Servicios Auxiliares SA, Ministerio Fiscal*, causa C-270/16.

107 Cfr., rispettivamente, sentenza 22-28 settembre 2011 e sentenza 29 novembre 2012.

molestie: invero, per integrare la fattispecie in questione, sono sufficienti il fatto oggettivo della lesione della dignità della persona, nonché il carattere indesiderato di questi comportamenti[108].

Infine, devono essere tenute presenti due ulteriori ipotesi di discriminazione. La prima è la cosiddetta "discriminazione per associazione". Quest'ultima si verifica quando il lavoratore subisce una discriminazione non a causa della sua disabilità, ma in quanto in stretto rapporto con persone, familiari o amici con disabilità; la disabilità di questi ultimi è dunque la ragione della discriminazione subìta. Se di questo tipo di discriminazione si parla in vari ambiti del diritto antidiscriminatorio (si pensi alla causa *Chez*, C-83/14, in cui si affronta il tema della discriminazione delle persone che, pur non avendo un'origine rom, risiedono nei "quartieri rom" e, per tale motivo, sono vittime di discriminazione), è proprio in relazione alla disabilità che si è verificato uno dei casi più noti. In *S. Coleman c. Attridge Law e Steve Law* (causa C-303/06), infatti, protagonista è una segretaria inglese, tenuta a sopportare comportamenti umilianti sul luogo di lavoro (qualificabili come molestie) in quanto ha necessità di disporre di un orario flessibile, per accudire il figlio disabile.

A tal riguardo, innanzitutto è opportuno mettere in luce un dato particolarmente significativo dal punto di vista sociologico: di norma, sono le donne ad essere interessate dalla discriminazione per associazione, in quanto esse svolgono più di frequente il ruolo di *care-giver*, e dunque non è raro che nel datore di lavoro si ingeneri il timore che la lavoratrice lavori meno alacremente, a causa degli impegni di cura assunti confronti del *care-receiver*[109]. Inoltre, per quanto attiene al piano più strettamente normativo, va posto in evidenza come il divieto di discriminazione per associazione trovi la propria *ratio* giustificativa nella salvaguardia dell'*effetto utile* degli artt. 1 e 2 della Direttiva 2000/78, i quali hanno un valore interpretativo vincolante per il giudice interno. Non a caso, di recente il principio sancito in *Coleman*

108 È opportuno precisare che, nel caso di molestie sul luogo di lavoro da parte di un collega, anche il datore di lavoro può essere chiamato a risponderne civilmente qualora, debitamente informato in relazione al comportamento vietato, non abbia posto in essere misure atte a prevenirlo o a reprimerlo, ai sensi dell'art. 2087 c.c. In tal caso, è onere di quest'ultimo dimostrare di avere adottato le misure in oggetto. Lo stesso principio vale in relazione ai contratti di somministrazione, dove tanto il somministratore quanto l'utilizzatore sono tenuti a far cessare il comportamento pregiudizievole (sul punto, cfr. almeno Tribunale di Potenza, ordinanza del 21 marzo 2005). Sulla stessa scia, anche l'ordine di discriminare è equiparato ad una discriminazione (cfr. art. 2, par. 4 della Direttiva 2000/78/CE).

109 Sul caso *Coleman* e sulla discriminazione per associazione, cfr. V. Protopapa, *La discriminazione per associazione e le conseguenze del comportamento discriminatorio*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 3/2012, pp. 555-565. Sulla femminilizzazione del lavoro di cura, cfr. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *General Comment n. 3/2016 on women and girls with disabilities*, specialmente punto 17. In relazione al Commento in oggetto, cfr. almeno S. Lancioni, *Commento Generale del Comitato ONU sulle donne con disabilità*, in "Informare un'h", 4 settembre 2019, http://www.informareunh.it/commento-generale-del-comitato-onu-sulle-donne-con-disabilita/
Infine, all'interno dell'amplissima letteratura relativa al tema della cura/*care*, cfr. almeno B. Casalini, *Il femminismo e le sfide del neoliberismo. Postfemminismo, sessismo, politiche della cura*, IF Press, Roma, 2018; P. Di Nicola, *Princìpi di «giustizia»: la sfida del lavoro di cura per le famiglie e per la società degli individui*, in "Autonomie locali e servizi sociali", 3/2017, pp. 609-620.

è stato richiamato (oltreché dall'avvocato della ricorrente) anche dal Tribunale di Ferrara, sez. lavoro, nella sentenza del 24 gennaio 2019. Rientrata al lavoro dopo la sua seconda maternità, una lavoratrice dipendente di un grande magazzino riceve un trattamento molto penalizzante dal punto di vista dell'orario, che le impedisce di accudire la figlia, con disabilità ed affetta da una grave patologia oncologica. Falliti tutti i tentativi di confronto con la propria azienda, la quale era stata ripetutamente invitata a modificare i turni e si era dimostrata insensibile in relazione alle esigenze della lavoratrice, quest'ultima adisce dunque il Tribunale, che riconosce la discriminazione, condannando il datore di lavoro a corrispondere un risarcimento alla donna e a modificarne l'orario di lavoro secondo modalità che siano sostenibili per lavoratrici che si trovino a fronteggiare necessità di assistenza analoghe[110].

L'invito a modificare i turni di lavoro – dunque, ad individuare soluzioni organizzative che permettano di conciliare le diverse esigenze – rimanda all'ultima causa di discriminazione, costituita dal «rifiuto di accomodamento ragionevole», la cui fonte è da rinvenirsi nell'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE, rubricato appunto "soluzioni ragionevoli per i disabili", da intendersi come accorgimenti finalizzati a garantire la parità di trattamento di tali lavoratori[111]. Il principio in oggetto impone al datore di lavoro di prendere «i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili».

Si noti che questo principio è richiamato, quanto al suo contenuto, anche nei *Considerando* nn. 20 e 21 della Direttiva, e oggi costituisce altresì uno dei principi cardine della CRPD, dove si trova anche il riferimento a «soluzioni ragionevoli», che vanno

110 Per l'individuazione di alcune "questioni aperte" in relazione al divieto di discriminazione per associazione (nonché per l'analisi di taluni profili significativi concernenti la tutela antidiscriminatoria), cfr. Garante regionale dei diritti della persona, *Disabilità, divieto di discriminazione e obbligo di accomodamento ragionevole delle posizioni lavorative*, serie "I quaderni dei diritti", 5/2018, Trieste, pp. 72-77.
111 Per un approfondimento sul tema dell'accomodamento ragionevole, cfr. D. Ferri, *L'accomodamento ragionevole per le persone con disabilità in Europa: dal* Transatlantic Borrowing *alla* Cross-Fertilization, in "Diritto pubblico comparato ed europeo", 2/2017, pp. 381-420; M. Bell, *People with Intellectual Disabilities and Labour Market Inclusion: What Role for EU Labour Law?*, in "European Labour Law Journal", 20/2019, pp. 1-23; S. D'Ascola, *Seminario internazionale di diritto comparato del lavoro, Pontignano XXXIII "Disability and Work". Modena, 28 giugno-1° luglio 2016. Disabilità e diritto del lavoro: istantanee dall'Italia e dall'Europa: sintesi dei lavori*, in Aa. Vv., *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 415-467. Per quanto concerne l'ordinamento italiano, in commento alla sentenza 19 marzo 2018, n. 6798 della Cassazione civile, sez. lav., cfr. M. Aimo, *Inidoneità sopravvenuta alla mansione e licenziamento: l'obbligo di accomodamenti ragionevoli preso sul serio dalla Cassazione*, in "Rivista Italiana di diritto del lavoro", 2, 2019, pp. 161-167; sempre in relazione a tale sentenza, cfr. anche O. Bonardi, *L'inidoneità sopravvenuta al lavoro e l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli in una innovativa decisione della Cassazione*, in "Questione Giustizia", 3/2018, pp. 101-112.

intese nel medesimo senso: si vedano, ad esempio, l'art. 2, l'art. 5 comma 3, l'art. 27, comma 1, lett. a), g) ed i)[112].

Giova ricordare che, nel recepire la Direttiva in questione con il d. lgs. 216/2003, inizialmente il legislatore italiano non aveva fatto riferimento alcuno all'obbligo di accomodamento ragionevole summenzionato. Così, a seguito del procedimento di infrazione promosso dalla Commissione europea e della successiva sentenza di condanna (sent. 4 luglio 2013, causa C-312/11) all'Italia per il non corretto recepimento dell'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE, all'art. 3 del d. lgs. 216/2003 è stato aggiunto il comma 3 bis, dove appunto si prevede l'obbligo generale, per i datori di lavoro, di garantire un accomodamento ragionevole delle posizioni lavorative alle esigenze specifiche ed individuali dei singoli lavoratori disabili. Tale comma raccorda la disciplina italiana al dettato della CRPD, laddove stabilisce che «Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente».

Infine, un'ultima precisazione attiene al requisito della *ragionevolezza* degli oneri finanziari imposti al datore di lavoro tenuto ad adempiere l'obbligo di predisporre un accomodamento ragionevole. Ai sensi del *Considerando* n. 21 della Direttiva 2000/78/CE, tale ragionevolezza va valutata tenendo conto dei costi (finanziari, e non solo) comportati dall'accomodamento, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'organizzazione, nonché della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni. Opera, dunque, il principio di proporzionalità tra i costi sopportati dal datore di lavoro e le esigenze del lavoratore con disabilità, sicché il primo non è tenuto a porre in essere "stravolgimenti" che non sia effettivamente e oggettivamente

112 In particolare, ai sensi dell'art. 2 CRPD, l'accomodamento ragionevole indica le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e libertà fondamentali. È da segnalare che il principio in oggetto anima anche altri testi normativi; ad esempio, l'art. 39-ter del d.lgs. 165/2001, introdotto con d.lgs. 75/2017, prevede l'obbligo, per le Amministrazioni pubbliche con più di 200 dipendenti, di nominare un responsabile per i processi di inserimento dei lavoratori con disabilità, con impegni riconducibili alla realizzazione del principio di accomodamento ragionevole delle posizioni lavorative in relazione alle esigenze specifiche dei lavoratori e delle lavoratrici con disabilità. Il medesimo principio si rinviene nel *Secondo programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità* (cap. 7, linea di intervento 5). Possono essere ricondotti ad esso anche l'art. 16, comma 1, della l. 68/1999, che prevede speciali modalità di svolgimento delle prove di esame per la partecipazione a concorsi pubblici, nonché l'art. 20 della l. 104/1992, dove si fa riferimento ausili e tempi aggiuntivi per sostenere le prove d'esame nei concorsi pubblici.

in grado di sopportare. Al contempo, tuttavia, l'eventuale valutazione dell'inidoneità del secondo a svolgere le funzioni essenziali dell'attività lavorativa potrà giungere solo dopo che il datore di lavoro abbia constatato, in buona fede, l'ineffettività, la non realizzabilità o la non ragionevolezza di ogni possibile adattamento della posizione lavorativa alle specifiche esigenze del lavoratore con disabilità. Quest'ultimo conserva dunque il diritto ad essere messo nelle condizioni di partecipare alla vita professionale, in una posizione di effettiva uguaglianza con gli altri lavoratori, sì da annullare o ridurre il più possibile lo svantaggio conseguente alla menomazione[113].

5. Conclusioni

Anche se parziale e limitata[114], l'analisi normativa e giurisprudenziale offerta in queste pagine permette di avanzare alcune considerazioni circa lo stato attuale della tutela dei diritti delle persone con disabilità. In primo luogo, pare difficile contestare che, seppur lungo traiettorie non sempre lineari e prive di ostacoli – e nonostante la strada da percorrere ai fini dell'effettiva tutela dei diritti di tali persone sia ancora lunga, almeno per quanto concerne l'ordinamento italiano –, teoria e pratica convergono nella direzione del superamento della concezione medica e medicalizzante della disabilità, ed accolgono con sempre maggiore frequenza una visione socio-contestuale di quest'ultima.

Il mutamento di paradigma in questione è evidente innanzitutto nell'ambito delle fonti dove, nel corso degli anni, la normativa adottata sia nell'ambito internazionale, sia in quello europeo e all'interno dell'ordinamento italiano si è discostata in modo crescente dal riferimento esclusivo alla cura, alla riabilitazione e all'aspetto prestazionale proprio di un *Welfare State* dai connotati primariamente assistenzialistici[115], per rivolgersi (anche) ad aspetti quali l'istruzione, la libertà di movimento, l'occupazione, l'autodeterminazione personale[116]. La finalità di tale mutamento di pro-

113 Un'ulteriore fondamentale questione attiene al momento in cui sorge, in capo al datore di lavoro, l'obbligo di adottare un accomodamento ragionevole. Al riguardo, si distingue tra l'ipotesi in cui la menomazione è invisibile e quelle, assimilabili, nelle quali essa è visibile, viene comunicata dal lavoratore interessato, o quest'ultimo è assunto ai sensi della l. 68/99. Per approfondimenti, cfr. ancora Garante regionale dei diritti della persona, *Disabilità, divieto di discriminazione e obbligo di accomodamento ragionevole delle posizioni lavorative*, pp. 46-48.

114 La parzialità e la limitatezza dell'analisi sono dovute, oltre che alla responsabilità degli Autori, anche al fatto che la materia in oggetto sta assumendo dimensioni considerevoli, per la crescente importanza del tema della tutela dei diritti delle persone con disabilità in generale, e della tutela antidiscriminatoria in particolare.

115 Questa, come è noto, è l'impostazione inizialmente adottata anche dalle Nazioni Unite, a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso e per i decenni successivi. Sul *welfare*, cfr. G. Griffo (a cura di), *Il nuovo welfare coerente con i principi della CRPD: l'empowerment e l'inclusione delle persone con disabilità*, Edizioni di Comunità, Lamezia Terme, 2018.

116 In relazione a quest'ultimo profilo, per quanto concerne l'ordinamento italiano, si pensi alla normativa sulle Disposizioni anticipate di trattamento e alle leggi regionali rivolte all'implementazione del diritto alla vita indipendente, in attuazione dell'art. 19 della CRPD.

spettiva è ben nota, ma vale la pena rimarcarla nuovamente: l'obiettivo è quello di favorire una sempre più piena attuazione del diritto all'inclusione, inteso dai teorici e dagli attivisti con disabilità nei termini di un processo di recupero della dignità da parte di coloro i quali si trovano in una (perdurante) condizione di confinamento ed esclusione. In altri termini, il processo in oggetto è diretto a prendere in considerazione sin dall'inizio (anziché in modo secondario e derivato) i bisogni delle persone con disabilità, sì da consentire il riequilibrio dei poteri all'interno della società e favorire la loro piena partecipazione in ogni ambito della vita[117].

Oltre alla presenza di una così copiosa produzione normativa, a rivelare il mutamento di paradigma in atto concorre anche (ed è questo, a ben vedere, il dato più significativo) la progressiva tendenza a concettualizzare in modo "nuovo" il soggetto disabile all'interno di tali documenti giuridici: sin a partire dai noti artt. 12 e 19, il dettato della CRPD impone infatti di presumere la capacità (giuridica e d'agire) dei soggetti disabili, di promuoverne l'autonomia e l'*agency*, nonché di predisporre quei supporti e quegli accomodamenti ragionevoli che siano necessari affinché tali individui possano effettivamente esercitare i propri diritti fondamentali e umani in condizioni di eguaglianza con chi *attualmente* non presenti (ancora) alcuna disabilità[118].

Recependo tali principi, anche i nuovi testi normativi adottati nell'ambito dei diversi livelli di cui abbiamo dato conto in questa sede (ossia quelli nazionale, sovranazionale ed internazionale) tendono a valorizzare la capacità decisionale delle persone con disabilità, a riconoscerne l'intrinseca dignità, a promuoverne l'autonomia e la partecipazione sociale. I margini di azione delle persone con disabilità di dilatano dunque enormemente, perché ogni loro aprioristica esclusione da qualsivoglia sfera di realizzazione personale viene oggi riconosciuta come patentemente discriminatoria, in quanto fondata su un pregiudizio abilista relativo all'incapacità di individui che, a causa della permanenza di diffusi stereotipi, per troppo tempo sono stati considerati *a-normali* e incapaci e, in quanto tali, esclusi e "oppressi"[119]. E sembra

117 Su tali aspetti, centrali per il movimento delle persone con disabilità, cfr. almeno G. Griffo, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e l'ICF*, in G. Borgnolo et al. (a cura di), *ICF e Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità. Nuove prospettive per l'inclusione*, Erickson, Trento, 2009.

118 A ben vedere, infatti, la condizione di disabilità è esperibile, almeno potenzialmente, da chiunque, come esortano a riconoscere i teorici e gli attivisti disabili, laddove si riferiscono a coloro che di norma vengono considerati "normodotati" ricorrendo all'espressione "*temporarily able-bodied*".

119 L'oppressione non è, chiaramente, una categoria propriamente giuridica, eppure pare significativo farvi riferimento, perché costituisce una parola-chiave del lessico del movimento per i diritti civili delle persone con disabilità e, più in generale, delle teorie critiche del diritto. Per rimanere al solo contesto italiano, si pensi alle note e sempre attuali considerazioni di Letizia Gianformaggio «la valorizzazione delle differenze non richiede che si ripudi l'eguaglianza, ma piuttosto che la si prenda sul serio. Essa richiede infatti che proprio in nome dell'eguaglianza dei diritti fondamentali si conduca la lotta nei confronti dell'oppressione di individui e gruppi; che finalmente si consideri la violazione del principio giuridico dell'eguaglianza l'oppressione oltreché la mera discriminazione, o addirittura l'oppressione anziché la discriminazione» (L. Gianformaggio, *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 90).

doversi proprio a tale acquisita consapevolezza la tendenza ad adottare documenti normativi che, fermo restando il riconoscimento della specificità della condizione disabile e della discriminazione basata sulla disabilità, muovono verso il *mainstreaming* e il superamento della logica settoriale in relazione alla tutela dei diritti delle persone disabili[120].

L'apertura ad un modo non medicalizzante di comprendere la disabilità tendenzialmente si registra, come si è avuto di riscontrare, anche all'interno del formante giurisprudenziale. Invero, l'analisi dei casi ha rivelato che anche la giurisprudenza maggioritaria è attenta all'implementazione dei principi espressi all'interno della CRPD, laddove si dimostra sempre più aperta all'interpretazione socio-contestuale della disabilità, alla sua dimensione relazionale (si pensi, ad esempio, ai casi di discriminazione per associazione), nonché alla garanzia dell'effettività del diritto all'inclusione delle persone con disabilità. In siffatto contesto, destano chiaramente preoccupazione e si rivelano del tutto censurabili quelle pronunce – ad oggi, fortunatamente, ancora in larga parte minoritarie – che tendono a negare la sussistenza di una discriminazione sulla base della disabilità o ad "affievolire" le pretese delle persone con disabilità, attraverso argomentazioni che rivelano l'anacronistica adesione al paradigma medico[121].

Inoltre, dall'analisi della giurisprudenza è emerso anche un ulteriore dato significativo: i giudici si dimostrano consapevoli della necessità di tenere conto del carattere "evolutivo" del concetto in questione[122], nonché della correlata inadeguatezza di un'interpretazione meramente letterale del dato normativo. Uno degli ambiti in cui questa tendenza è maggiormente riscontrabile è, come si è avuto modo di vedere, quello relativo all'applicazione della Direttiva 2000/78/CE; negli ultimi anni, la Corte di Giustizia ha superato l'interpretazione strettamente formalistica del suo dettato, estendendo in linea di principio la tutela antidiscriminatoria ivi prevista anche alle ipotesi di malattie croniche o di obesità, pur ritenendo necessaria la presenza di requisiti quali la durata della limitazione e la sufficiente rilevanza di quest'ultima. In altri termini, in conformità con i principi espressi all'interno della CRPD, la giurisprudenza sta incominciando a prendere in considerazione sempre più compiutamente l'interazione tra un soggetto e l'ambiente circostante, anziché soffermarsi esclusivamente sulla condizione personale dell'individuo. Quest'ultimo, dunque, non è intrinsecamente *incapace*, ma viene disabilitato da un ambiente/contesto che non tiene conto della sua specificità, e che in questo rivela la propria

120 Ad esempio, nel contesto euro-unitario, sembra poter andare in tale direzione la proposta di una nuova Direttiva antidiscriminatoria volta – anche – al contrasto della discriminazione sulla base della disabilità, e che si estende al di fuori dell'ambito lavorativo (cfr. *Proposal for a Council Directive on Implementing the Principle of Equal Treatment between Persons Irrespective of Religion or Belief, Disability, Age or Sexual Orientation,* COM [2008], 426 final).

121 Cfr., in particolare, le sentenze analizzate in questa sede, nel § 3, relativo al diritto all'istruzione.

122 In questo si dimostrano perfettamente in linea con il dettato della CRPD: ai sensi del *Preambolo*, lett. e), infatti, gli Stati Parti della Convenzione riconoscono «che la disabilità è un concetto in evoluzione […]».

discriminatorietà, in quanto non attua l'eguaglianza *fino in fondo*, ossia non prende congiuntamente in considerazione il principio di eguaglianza formale e sostanziale, sì da garantire l'eguale valorizzazione delle differenze[123].

Una questione particolarmente complessa e rilevante, a livello giuridico, è poi quella relativa alla relatività e alla variabilità storica, sociale e contestuale del concetto di disabilità, cui si è avuto modo di fare riferimento – seppur rapidamente – anche nel corso di questo contributo. Il tema in oggetto è significativo perché, legandosi al rilevante margine di indeterminatezza che caratterizza il linguaggio nel suo complesso e alcuni termini (come, appunto, "disabilità") in modo più marcato, pone l'assoluta centralità dell'attività interpretativa, laddove tale "fluidità" amplifica il margine discrezionale del giudice e aumenta i profili di incertezza applicativa[124]. Si è avuto un esempio di tale difficoltà anche nell'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia in relazione alla possibilità e/o all'opportunità di discostarsi dal tenore letterale della Direttiva 2000/78/CE. In particolare, tale aspetto è emerso chiaramente quando, chiamato a pronunciarsi sulla possibilità di considerare l'obesità una condizione di disabilità, il Giudice di Lussemburgo ha affermato che *a certe condizioni*, e in base a quanto disposto all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, è possibile effettuare tale operazione. Invero, con queste considerazioni, la Corte si è dimostrata consapevole della relatività e variabilità del concetto di disabilità, e ha posto altresì in luce la correlata necessità di superare ogni visione essenzialista della stessa.

Dal punto di vista giuridico, l'abbandono di tale prospettiva presenta certamente rilevanti problemi interpretativo-applicativi, perché fa venire meno – o mette in discussione – alcuni dei parametri fondamentali sui quali finora si è basata l'attività del giurista e, dunque, induce a mutare in modo significativo orientamenti anche consolidati. Cionondimeno, soprattutto all'indomani dell'entrata in vigore della CRPD[125], il superamento della logica "medica" appare ormai irrinunciabile, laddove ci si ponga nell'ottica della tutela dei diritti di tutte le persone (ivi comprese quelle con disabilità) su un piano di eguaglianza. Il diritto antidiscriminatorio si inserisce compiutamente in questo contesto, in quanto costituisce certamente uno degli strumenti principali attraverso cui favorire l'affermazione, anche sul piano giuridico, del paradigma sociale della disabilità. Ad oggi, si tratta però di un'affermazione non

---

123 Su tali temi, ampiamente trattati in dottrina, cfr. almeno L. Gianformaggio, *Eguaglianza, donne e diritto*, cit.; D. Morondo Taramundi, *Il dilemma della differenza nella teoria femminista del diritto*, Es@, Pesaro, 2004; L. Ferrajoli, Principia Juris*. Teoria del diritto e della democrazia*, I, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 795 s.; si vedano anche i saggi raccolti in F. Rescigno (a cura di), *Percorsi di eguaglianza*, Giappichelli, Torino, 2016.

124 Tale incertezza si lega anche alla pluralità delle definizioni riconducibili al concetto di disabilità, presenti nei diversi testi normativi; per un'analisi, con particolare riferimento al contesto italiano, si veda la già citata L. Busatta, *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale*, cit.

125 Come si è avuto modo di riscontrare nel corso di questo contributo, l'ordinamento italiano ha rivelato di essere un precursore di tale approccio inclusivo, almeno in relazione a taluni profili, in primo luogo quello dell'istruzione.

ancora compiuta; piuttosto, ci troviamo in una fase di transizione, e nonostante si possano intravedere alcune traiettorie promettenti, è ancora presto per valutare se tale approccio si rivelerà davvero in grado di rispondere alle istanze delle persone con disabilità. Certamente, molto dipenderà dalla capacità degli operatori del diritto (non unicamente i giudici) di conoscere e di comprendere appieno la rivoluzione culturale che è in atto, nonché dalla loro volontà di cooperare al fine di realizzare un sistema di tutela dei diritti che finalmente permetta di riconoscere l'eguale *diritto ai diritti*[126] a tutte le persone con disabilità. In capo a loro, dunque, è presente una significativa responsabilità.

126 Richiamando la nota espressione di Hannah Arendt, si esprimono in tal modo O. Osio, P. Braibanti, *Il diritto ai diritti. Riflessioni e approfondimenti a partire dalla Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità*, Franco Angeli, Milano, 2012.

La discriminazione per disabilità - Analisi dei casi concreti

*Sara Antonia Passante**

La disabilità come specifico fattore di discriminazione alla luce delle fonti interne e delle norme sovranazionali

La nostra **Costituzione** sancisce, all'**art.3**, il divieto di diseguaglianze irragionevoli, imponendo alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

L'art. **15 dello Statuto Lavoratori,** come novellato dal d.lgs. n. 216/2003, art. 2 comma 1, stabilisce la nullità di qualsiasi patto o atto diretto a "*licenziare il lavoratore, a discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero*". Tali divieti operano anche con riferimento ad "***atti e patti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali***".

La **Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità**, ratificata in Italia con la legge n. 18 del 3.3.2009, ha lo scopo, come previsto all'art.1, di "*promuovere, proteggere, assicurare il pieno ed eguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità, e promuovere il rispetto per la loro inerente dignità*". La Convenzione Onu prevede che le persone con disabilità "***includono quanti hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri***".

A seguito di ratifica da parte della UE (con Decisione del Consiglio 2010/48 del 26.11.2009), la Convenzione Onu è parte integrante del diritto dell'Ue.

** Avvocata giuslavorista del Foro di Bologna.*

Inoltre costituiscono fonti del diritto antidiscriminatorio della Unione Europea in materia il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, la Carta dei Diritti fondamentali della Unione Europea e la Direttiva 2000/78, atto questo che, nello stabilire all'art. 1 un quadro generale "*per la lotta alle discriminazioni fondate sugli handicap*" in materia di occupazione e di condizioni di impiego, risulta assai significativo sul piano della garanzia del diritto al lavoro delle persone con disabilità.

Secondo la Direttiva 2000/78 sussiste discriminazione diretta quando, sulla base dello specifico fattore protetto, una persona è stata trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe stata trattata in altra situazione analoga; sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi, apparentemente neutri, possano mettere in una posizione di particolare svantaggio i soggetti portatori del fattore protetto rispetto ad altri (tranne che risultino oggettivamente giustificati da una finalità legittima ed il mezzo impiegato per il suo conseguimento risulti appropriato e necessario).

La Direttiva 2000/78 vieta la discriminazione (tanto diretta quanto indiretta) e le molestie in ragione della disabilità (oltre che in relazione agli altri fattori protetti) imponendo nel contempo ai datori di lavoro l'adozione dei c.d. accomodamenti ragionevoli, ovvero "*provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato*". L'art. 5 della Direttiva chiarisce, inoltre, che l'onere non potrà considerarsi sproporzionato se e nella misura in cui sia "*compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro*".

Pur proibendo espressamente ogni forma di discriminazione fondata sull'handicap, la Direttiva 2000/78 non contiene una definizione di disabilità. Ed infatti sino ad oggi le questioni interpretative di maggior rilievo sottoposte alla CGUE sono sorte proprio con riguardo alla nozione di disabilità.

Diverse pronunce della CGUE hanno chiarito i "confini" del concetto di "handicap"; in una prima fase la sentenza Chacon/Navas C-13/05 ha definito la disabilità come "*un limite che deriva in particolare da minorazioni fisiche, mentali, psichiche e che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale*" (con esclusione di una assimilazione pura e semplice della nozione di malattia a quella di handicap); in una successiva fase – coincidente con la ratifica in Italia e nella Unione Europea della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità – l'elemento qualificante dell'handicap diventa la interazione tra la persona disabile e l'ambiente di lavoro, comprensivo delle limitazioni ad esso connesso.

Con la pronuncia HK Danmark nelle cause C-335/11 e C-337/11 la Corte di Giustizia ha fatto propria la nozione di handicap individuata nella Convenzione Onu sui

diritti delle persone con disabilità del 2006, precisando che "*la nozione di handicap di cui alla Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27.11.2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretata nel senso che essa include una condizione patologica, causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile, qualora tale malattia comporti una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori, e tale limitazione sia di lunga durata….*" . È stato precisato che la causa dell'handicap (infortunio o malattia) è del tutto ininfluente ai fini della Direttiva, che potrà infatti applicarsi anche in ipotesi di malattia, curabile o meno, a condizione che essa comporti una limitazione di lunga durata.

Con la pronuncia FOA (caso del signor Kaltoft C-354/13) la Corte di Giustizia è giunta ad affermare che anche lo stato di obesità di un soggetto può costituire un "handicap" se è di ostacolo alla piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori. E nel caso Daouidi (C- 395/15) la Corte di Giustizia ha rilevato che tra gli indizi che consentono di considerare una limitazione come "duratura" vi è la circostanza che "*all'epoca del fatto asseritamente discriminatorio la menomazione dell'interessato non presenti una prospettiva ben delimitata di superamento nel breve periodo, o il fatto che tale menomazione possa protrarsi in modo rilevante prima della guarigione di tale persona*" (par. 57).

Con la successiva pronuncia della Corte di giustizia U.E., resa nella causa n. C-270/16, Canejero, si è ulteriormente precisato che "*l'art. 2 paragrafo 2, lettera b della Direttiva 2000/78 del Consiglio del 27.11.2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in base alla quale un datore di lavoro può licenziare un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate, nella situazione in cui tali assenze sono dovute a malattie imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore*".

Alla Direttiva 2000/78 è stata data attuazione, nell'ordinamento interno, con il d.lgs. n. 216/2003, che all'art. 2 comma 1, prevede : "*ai fini del presente decreto si intende per principio di parità di trattamento l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale. Tale principio comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta così come di seguito definite: a) discriminazione diretta quando, per religione, convinzioni personali, handicap, età, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia o sarebbe stata trattata un'altra in una situazione analoga; b) discriminazione indiretta quando una disposizione un criterio, una prassi, un atto un patto o un comportamento ap-*

parentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione, ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una determinata età, in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone...".

Il comma 3 bis dell'art. 3 dal d.lgs. 216/2003 (introdotto a seguito di procedura di infrazione ad opera del d.l. 76/2013, art. 9 comma 4-ter), opera il rinvio diretto alla Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità statuendo: *«Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n.18 nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente».*

Questo è dunque il quadro del diritto interno, internazionale e del diritto dell'Unione e la evoluzione interpretativa del concetto di "handicap" della CGUE.

Applicazioni nel diritto interno del divieto di discriminazione per handicap: casi concreti

La Corte di Cassazione con sentenza n. **6798 del 19.3.2018** ha qualificato "la inidoneità del lavoratore" in quanto "derivante da una situazione di infermità di lunga durata "*e tale da ostacolare la piena ed effettiva partecipazione del lavoratore alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori*" quale "handicap". In particolare, secondo la Suprema Corte *"tale circostanza di fatto pone la fattispecie di causa nel campo di applicazione della Direttiva 2000/78 del 27.11.200, sulla parità di trattamento in materia di occupazione, sussistendo tanto il presupposto oggettivo della attinenza della controversia alle condizioni di lavoro, <<comprese le condizioni di licenziamento (articolo 3 della Direttiva)>> che il fattore soggettivo dell'<<handicap>> protetto dall'art. 1 della Direttiva"*. Nella sentenza si precisa: "*riguardo a tale fattore soggettivo va precisato che la nozione di handicap ai sensi della Direttiva non è ricavabile dal diritto interno, ma unicamente dal diritto dell'Unione Europea, sicché può parlarsi di una nozione europea di disabilità. La Corte di Giustizia, sin dalla sentenza Chacon Navas – nella quale vi è una prima enunciazione della condizione di handicap ai fini della applicazione della Direttiva - ha riservato a se stessa il compito definitorio, osservando che dall'imperativo tanto della applicazione uniforme del diritto comunitario quanto del principio di uguaglianza discende che i termini di una disposizione di diritto comunitario che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata devono di norma es-*

sere oggetto nell'intera Comunità di una interpretazione autonoma e uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e della finalità perseguita dalla normativa di cui trattasi (sent. cit. punto 40). La definizione di handicap è stata ulteriormente argomentata nelle pronunzie rese dalla Corte di Giustizia in epoca successiva, in considerazione della avvenuta ratifica della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità del 2006, il cui articolo 1 comma 2 determina la platea delle persone disabili (….). La Corte di Lussemburgo è ormai consolidata nell'intendere la nozione di handicap ai sensi della Direttiva nel senso di: <<una menomazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali, psichiche durature che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione dell'interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori (…)>>; quanto al carattere duraturo di una limitazione, il Giudice europeo ha precisato che l'importanza accordata dal legislatore dell'Unione alle misure destinate ad adattare il posto di lavoro in funzione dell'handicap dimostra che esso ha previsto ipotesi in cui la partecipazione alla vita professionale è ostacolata per un lungo periodo (sentenza Chacon Navas, sentenza Mo.Da C.395-15 punti 41 e 42) .

Diverse pronunce hanno poi dato applicazione alla disposizione di cui all'art. 3 comma 3 bis del d.lgs. 216/2003, affermando la illegittimità e discriminatorietà del licenziamento intimato al lavoratore divenuto inabile alle mansioni in ragione del mancato adempimento dell'obbligo di dare attuazione ai c.d. "accomodamenti ragionevoli". Tra le misure denominate "accomodamenti ragionevoli" possono ricomprendersi: l'adeguamento della postazione di lavoro, il superamento delle barriere architettoniche, l'adozione di nuove tecnologiche o di diverse modalità organizzative del lavoro etc.

Tali pronunce hanno evidenziato che le mansioni accessibili per i lavoratori disabili devono individuarsi proprio in relazione all'obbligo di adottare ragionevoli accomodamenti. In applicazione dei principi in materia di riparto dell'onere della prova individuati dalle disposizioni antidiscriminatorie, se il lavoratore individuerà in concreto la esistenza di possibili ragionevoli "accomodamenti", non potrà che spettare al datore di lavoro provare l'inesistenza di eventuali ragionevoli accomodamenti o la necessità di uno sforzo "sproporzionato" per darvi attuazione.

La "sproporzione" dello sforzo per l'applicazione degli "accomodamenti ragionevoli" andrà poi valutata, secondo le previsioni della Direttiva 2000/78, in relazione alla consistenza dell'impresa, alla disponibilità di sussidi o sgravi o sovvenzioni pubbliche.

In argomento si richiamano, oltre alla sentenza della Suprema Corte n. 6798/2018 innanzi citata, anche alcune pronunce di merito.

Il Tribunale di Bologna con ordinanza del 20.10.2013, est. Dott. Marchesini, resa

in procedimento ex art. 1 comma 48 l. 92/2012, ha ritenuto discriminatorio il licenziamento intimato al lavoratore per inidoneità sopravvenuta alla mansione (il giudizio medico dichiarava il lavoratore idoneo alla mansione con limitazioni) in stretta connessione temporale con la denuncia di malattia professionale. Il Tribunale ha ritenuto che la ragione addotta dalla impresa per giustificare la impossibilità di assegnazione del lavoratore ad altre mansioni, ovvero la mancanza di patente di guida di gru e di muletti all'interno del magazzino, "*non può certamente essere considerata ostativa alla eventuale assegnazione di tali mansioni al ricorrente, previo conseguimento di tale titolo, senza particolari oneri a carico della società*". Secondo il Giudice il licenziamento deve qualificarsi come "*discriminatorio per handicap"*, in accoglimento di una nozione di handicap di derivazione comunitaria, ovvero di malattia di lunga durata che abbia l'attitudine ad incidere negativamente sulla vita del lavoratore. Poiché "*la condizione fisica accertata dal medico competente e dall'Inail*" rappresenta "*l'unico motivo del licenziamento intimato dalla V…"* il Tribunale ha ordinato la reintegra del lavoratore nel posto di lavoro, pure in presenza di una realtà imprenditoriale di modeste dimensioni.

Il Tribunale di Milano, con la sentenza n. 2875/2016 del 28.10.2016, est. Dott. Mariani, ha così statuito: "*il datore di lavoro non può licenziare il lavoratore [disabile] durante tale periodo protetto (ndr il periodo di c.d. comporto), salvo che sussista una giusta causa di recesso, o il lavoratore sia definitivamente inidoneo allo svolgimento della prestazione, o sia intervenuta la cessazione totale della attività di impresa. Si aggiunga la recente sentenza della Corte di Giustizia, UE, Sez. II, 11.4.2013, n. 335, che al punto 76 opera un riferimento ad una norma del diritto danese: "un lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di una malattia collegata al suo handicap. Pertanto egli corre un rischio maggiore di accumulare giorni di assenza per malattia e quindi di raggiungere il limite dei 120 giorni contemplato dall'art. 5 paragrafo 2 della FL…Pertanto appare evidente che la norma dei 120 giorni prevista da tale disposizione è idonea a svantaggiare i lavoratori disabili e dunque, a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sull'handicap ai sensi dell'art. 2, paragrafo 2, lettera b della Direttiva 2000/78/CE".* Ritiene il Tribunale che *"il quadro normativo italiano in tema di periodo di comporto, con particolare riferimento alla categoria dei disabili, debba essere oggetto di una interpretazione costituzionalmente orientata alla luce dei sopraesposti corollari di cui all'art. 3 della Costituzione, nonché oggetto di una lettura conforme ai principi di matrice comunitaria in tema di parità di trattamento tra i lavoratori"*.

Nel medesimo senso Trib. Milano, ord. 24.9.2018, e Trib. Bologna, ord. 15.4.2914 - est. dott. Sorgi.

Si segnala infine una recente pronuncia del Tribunale di Ferrara (sentenza n. 14/2019) resa in favore di lavoratrice madre di minore portatore di handicap.

La lavoratrice, dipendente di una società della grande distribuzione organizzata,

al rientro in servizio dalla maternità e dopo aver fruito del congedo straordinario per assistere la figlia minore affetta da handicap, risultava destinataria di turni lavorativi spezzati e serali e con assegnazione continuativa delle c.d. "chiusure" che di fatto le impedivano di assistere e prestare le cure necessarie alla figlia minore.

La "non corretta" gestione dei turni di lavoro è stata ritenuta esemplificativa di una discriminazione indiretta, tenuto conto dei fattori protetti dall'ordinamento di cui risultava portatrice la lavoratrice. Nella fattispecie assumeva rilievo sia la tutela e protezione collegata all'art. 37 Costituzione e all'art. 25 comma 2 bis del d.lgs. 11.4.2006 n. 198, secondo il quale "*costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità o dell'esercizio dei relativi diritti*", sia la tutela offerta ai lavoratori disabili e a coloro che se ne prendono cura di cui al d.lgs. 216/2003, che traspone nell'ordinamento interno la Direttiva 2000/78 .

Si è evidenziato nel giudizio che l'armonizzazione tra le esigenze aziendali e le esigenze della lavoratrice madre di minore portatore di una disabilità costituisce un "*accomodamento ragionevole*"; che secondo la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità la nozione di discriminazione basata sulla disabilità comprende anche il rifiuto di accomodamenti ragionevoli, cioè delle modifiche e degli adattamenti necessari ed appropriati per assicurare ai disabili l'esercizio dei diritti su base di uguaglianza; che la norma interna (d.lgs. 216/2003, artt. 1e 2) costituisce trasposizione della Direttiva 2000/78 (articoli 1 e 2), e che la sentenza Coleman della Corte di Giustizia Grande Sezione del 17 luglio 20108 ha valore vincolante per il giudice interno.

La sentenza Coleman afferma in particolare che gli articoli 1 e 2 della Direttiva 2000/78 vanno interpretati nel senso che il divieto di discriminazione ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili, ma anche ai lavoratori che prestano la parte essenziale delle cure al figlio disabile.

Si è pertanto rilevato che tale principio deve essere applicato indipendentemente dal tipo di discriminazione (diretta o indiretta) attuata, poiché diversamente l'obiettivo della Direttiva ed il suo effetto verrebbe tradito.

Oltre alla rimozione degli effetti della discriminazione, si è altresì richiesto il risarcimento del danno conseguente alla discriminazione subita, tenuto conto del patimento sofferto dalla lavoratrice per non avere potuto accudire a sufficienza la figlia minore disabile.

Il Giudice ha accolto il ricorso ritenendo la sussistenza di elementi di fatto sufficienti per affermare, ai sensi dell'art. 28 co. 4 del decreto legislativo 150/2011, che il trattamento riservato alla lavoratrice madre costituiva discriminazione.

Ha quindi disposto la rimozione degli effetti della discriminazione, disponendo l'assegnazione di turni di lavoro compatibili con le particolari esigenze di cura del minore, e ha condannato la società al risarcimento del danno conseguito al trattamento discriminatorio, liquidato in € 20.000,00.

Profili di diritto penale nel diritto antidiscriminatorio

Maria (Milli) Virgilio*

1. Generalità. I delitti di discriminazione

La progressiva valorizzazione del diritto antidiscriminatorio ha condotto all'utilizzo in materia anche dello strumento del diritto penale. Proprio l'inquadramento del diritto alla non discriminazione come diritto fondamentale della persona ha comportato di ritenerlo meritevole di tutela penale, soprattutto sotto la spinta di varie fonti giuridiche sovranazionali (per tutte la decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale). Ovviamente si è trattato di bilanciare attentamente il principio di eguaglianza e il diritto alla non discriminazione con altri diritti e beni – anch'essi fondamentali - che si prospettano pertanto come potenzialmente conflittuali: sono quelli di manifestazione del pensiero, di associazione, di religione, e altri tipici delle società democratiche e pluraliste.

Storicamente, nel nostro sistema giuridico, l'intervento penale si è realizzato con tecniche diverse per i vari fattori di discriminazione. Nonostante che il genere sia stato il primo fattore di discriminazione in evidenza normativa (l. 14 marzo 1985, n. 132, Ratifica ed esecuzione della convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979), il diritto penale discriminatorio si è costruito invece sul modello del fattore razziale. Penalisticamente infatti dobbiamo partire dalla l. n. 654/1975, intitolata "Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966", il cui art. 3 verrà aggiornato nel 1993 (cd. legge Mancino n. 205/1993, ritoccata nel 2006) e approderà all'attuale testo degli artt. 604 bis e 604 ter del codice penale (in forza della cd. riserva di codice, attuata con d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21). Si considerino anche le modifiche di cui all'art.5 l. 20 novembre 2017 n. 167 Disposizioni per la completa attuazione della decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale.

Tali due disposizioni del codice penale costituiscono il modello penale attuale per i

** Avvocata del Foro di Bologna, pres. Ass. GIUdIT, Giuriste d'Italia.*

delitti di discriminazione, impostato su un doppio binario, costituito da una parte da varie fattispecie punitive elencate – appunto - all'art. 604 bis (che punisce condotte alquanto eterogenee: propaganda ovvero istigazione a commettere o commissione di atti di discriminazione; violenza o atti di provocazione alla violenza; incitamento alla discriminazione o alla violenza) e – dall'altra - dalla aggravante generale dell'art. 604 bis (applicabile ai reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo, commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso). I motivi di rischio qui contemplati sono quelli "razziali, etnici, nazionali o religiosi". Ma a questo modello si sono riagganciate oggi varie proposte legislative, per ricomprendervi altri fattori di discriminazione: omofobia e transfobia (anche sulla scorta delle Risoluzioni sull'omofobia del Parlamento Europeo 2006 e 2012). Inoltre, al momento in cui scriviamo, è aperta in Parlamento la discussione se aggiungere altri motivi a quelli razziali, etnici, religiosi, e cioè anche quelli "fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere".

La tutela penalistica è rafforzata sul versante civile e amministrativo dagli artt. 43 e 44 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, che definivano la discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (diretta e indiretta) e approntavano l'azione civile contro la discriminazione.

Per quanto concerne il profilo penale relativo ad altri diversi fattori di discriminazione, occorre riferirsi alle specifiche discipline di settore. Scorrendo le fonti legislative che vengono a costituire un ideale "Codice di diritto antidiscriminatorio" (vedi l'elenco dei titoli di legge, presentato in questo volume) troviamo un apparato penale diffuso, per esempio in tema di disabilità e maternità. Quanto al fattore del genere, dedicheremo un espressa trattazione alla normativa penale di contrasto alla violenza contro le donne basata sul genere, perché ormai definita giuridicamente e espressamente come una forma di discriminazione. Infine occorrerà trattare molestie e molestie sessuali (in ambito di lavoro e non), anch'esse considerate una forma di discriminazione, che hanno finora avuto una attenzione ridotta da parte del sistema penale.

Il contesto di questo nostro esame dei profili di diritto penale nel diritto antidiscriminatorio vede l'indicazione sopranazionale orientarsi nella direzione di un ampliamento della protezione antidiscriminatoria. Così l'Unione europea ha ampliato la tutela di tipo lavoristico rispetto al genere, adottando, nel 2000, le seguenti direttive: la n. 2000/43/CE del 29 giugno che attua il principio della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e la n. 2000/78/CE del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro e per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali (tale Direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età

o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento).

Tali due direttive antidiscriminatorie n. 2000/43 e 2000/78 sono state recepite in Italia con i due d.lgs. n. 215/2003 (Attuazione della Direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica) e n. 216/2003 (Attuazione della Direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale).

A tale allargamento non ha finora corrisposto da parte del nostro sistema un utilizzo della strumentazione penale, nonostante - come vedremo - le convenzioni del Consiglio d'Europa e le direttive dell'Unione Europea formulino alcune chiare indicazioni di penalizzazione degli illeciti in materia.

2. *La violenza contro le donne basata sul genere come forma di discriminazione*

Oggi la violenza contro le donne basata sul genere viene qualificata - anche nei testi normativi interni - come una forma di discriminazione.

Per il nostro ordinamento giuridico due sono i testi sovranazionali di riferimento. Il primo è stato adottato dal Consiglio d'Europa, la Convenzione di Istanbul 11 maggio 2011 «Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence» ed è stata ratificata dall'Italia con legge 27 giugno 2013, n. 77, «Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica» (così la corrente traduzione in italiano). Ma è importante considerare anche il secondo testo, questa volta dell'Unione Europea, e cioè la «Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI», cui l'Italia si è adeguata con il decreto legislativo di attuazione 15 dicembre 2015, n. 212.

È appunto nella Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa per prevenire e combattere la violenza contro le donne e la violenza domestica (traduzione nostra del titolo) che troviamo la più recente definizione normativa della «violenza contro le donne»:

"si intende designare una violazione dei diritti umani e <u>una forma di discriminazione contro le donne,</u> comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata".

La Convenzione definisce anche la «violenza contro le donne basata sul genere», che

" designa qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato», nonché la «violenza domestica»[1], che " *designa tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima".*

Diversa è la scelta definitoria praticata da parte dell'Unione Europea. Infatti la Direttiva 2012/29/UE sulle vittime utilizza una diversa concettualizzazione, quella di «violenza di genere», costruita con riferimento alla persona e alla vittima, e dunque non solo alle donne:
"Per violenza di genere s'intende la violenza diretta contro una persona a causa del suo genere, della sua identità di genere o della sua espressione di genere o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere. Può provocare un danno fisico, sessuale, emotivo o psicologico, o una perdita economica alla vittima. La violenza di genere è considerata una forma di discriminazione e una violazione delle libertà fondamentali della vittima e comprende la violenza nelle relazioni strette, la violenza sessuale (compresi lo stupro, l'aggressione sessuale e le molestie sessuali), la tratta di esseri umani, la schiavitù e varie forme di pratiche dannose, quali i matrimoni forzati, la mutilazione genitale femminile e i cosiddetti «reati d'onore». Le donne vittime della violenza di genere e i loro figli hanno spesso bisogno di un'assistenza e protezione speciali a motivo dell'elevato rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni connesso a tale violenza".

Dunque, entrambi i testi europei, sia quello del Consiglio d'Europa sia quello della Unione, inquadrano la violenza contro le donne come una forma di discriminazione (oltre che come violazione dei diritti umani e/o delle libertà fondamentali).

Il testo sovranazionale tuttora nodale in materia di discriminazioni è la Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) del 1979, la Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne. Eppure non contiene la parola "violenza"; evidentemente il tema non era ancora maturo a livello internazionale e dunque occorrerà attendere i primi anni '90 per vedere focalizzato e poi sancito il collegamento tra discriminazione e violenza.

Fu la Raccomandazione generale n. 19 del 1992, La violenza contro le donne, a statuire formalmente che: "*La violenza di genere è una forma di discriminazione che*

1 Tale definizione sarà letteralmente ripresa dalla legge n. 119/2013 (art.3) per disciplinare la misura di prevenzione dell'ammonimento questorile, ma caricandola di un ulteriore requisito fortemente restrittivo, perché la circoscrive ai soli atti che siano "gravi ovvero non episodici".

inibisce gravemente la capacità delle donne di godere dei diritti e delle libertà su una base di parità con gli uomini".

Nella Conferenza mondiale di Vienna sui diritti umani del 1993 fu adottata dall'Assemblea generale ONU la Risoluzione 19 dicembre 1993, n. 48/104, intitolata appunto Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne, che contiene la definizione storica della violenza contro le donne:

Articolo 1. Ai fini della presente Dichiarazione l'espressione "violenza contro le donne" sta a significare ogni atto di violenza fondata sul genere che abbia come risultato, o che possa avere come risultato, un danno o una sofferenza fisica, sessuale o psicologica per le donne, incluse le minacce di tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica che privata.

Nell'art. 3 la Dichiarazione specifica che la violenza contro le donne riguarda principalmente:

a. *la violenza fisica, sessuale e psicologica che si produca nella famiglia, inclusi i maltrattamenti, gli abusi sessuali delle bambine in ambito familiare, le violenze legate alla dote, lo stupro coniugale, la mutilazione genitale femminile e altre pratiche tradizionali dannose per le donne, la violenza perpetrata da altri membri della famiglia e la violenza legata allo sfruttamento;*

b. *la violenza fisica, sessuale e psicologica che avviene all'interno della comunità in generale, compreso lo stupro, l'abuso sessuale, le molestie e l'intimidazione sul posto di lavoro, nelle istituzioni educative e altrove, la tratta delle donne e la prostituzione forzata;*

c. *la violenza fisica, sessuale e psicologica perpetrata o tollerata dallo Stato, ovunque si manifesti.*

La Dichiarazione stabilisce inoltre una relazione tra l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro la donna e l'eliminazione della violenza di genere, enunciando che il primo passo per poter contrastare il fenomeno della violenza è l'eliminazione delle discriminazioni di natura sessista. La violenza contro le donne è prospettata come un ostacolo alla parità e alla pace, in quanto ostacolo allo stesso sviluppo umano, ritenendo che la violenza contro le donne costituisce una manifestazione delle relazioni di potere disuguale fra uomini e donne.

Progressivamente quella elencazione delle forme di violenza contro le donne sarà poi ampliata, fino a comprenderne altre ulteriori, come i matrimoni precoci e forzati, i crimini dell'odio (hate crimes), la schiavitù sessuale, e altre.

Il tema della violenza contro le donne fu espressamente trattato nella Conferenza di Pechino del 1995 che inserì la lotta alla violenza di genere tra le aree prioritarie di intervento, ritenendo che la violenza contro le donne costituisca sia una

violazione dei diritti umani della donna sia un impedimento al pieno godimento di tutti i suoi diritti.

Il Programma d'Azione di Pechino del 1995 ampliò il quadro, allargandolo alle guerre e ai conflitti armati, nonché alle migrazioni.

"11. Gravi violazioni dei diritti fondamentali delle donne avvengono soprattutto nei periodi di conflitto armato, e producono omicidi, torture, stupri sistematici, gravidanze forzate e aborti forzati, in particolare nelle strategie di «pulizia etnica». (…)

116. Alcuni gruppi di donne, come ad esempio le donne che appartengono a minoranze, le rifugiate, le emigrate, le donne che vivono in condizioni di povertà in comunità rurali o isolate, le donne senza risorse, le donne rinchiuse in istituzioni o in centri di detenzione, le figlie piccole, le donne disabili, le donne anziane, le donne profughe, rimpatriate, le donne che vivono nella povertà e le donne che vivono in situazioni di conflitto armato, occupazione straniera, guerre di aggressione, guerre civili, terrorismo, incluso il rapimento di ostaggi, sono particolarmente vulnerabili alla violenza."

In Europa la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU) del 1950 non comprendeva nessun riferimento alla violenza contro le donne, ma l'art. 14[2] sanciva il diritto di non discriminazione, elencando tra le forme di discriminazione anche quella fondata sul sesso.

I vari nessi sono ben illuminati nel Preambolo della più volte citata Convenzione di Istanbul 2011:

"Riconoscendo che il raggiungimento dell'uguaglianza di genere de jure e de facto è un elemento chiave per prevenire la violenza contro le donne;

Riconoscendo che la violenza contro le donne è una manifestazione dei rapporti di forza storicamente diseguali tra i sessi, che hanno portato alla dominazione sulle donne e alla discriminazione nei loro confronti da parte degli uomini e impedito la loro piena emancipazione;

Riconoscendo la natura strutturale della violenza contro le donne, in quanto basata sul genere, e riconoscendo altresì che la violenza contro le donne è uno dei meccanismi sociali cruciali per mezzo dei quali le donne sono costrette in una posizione subordinata rispetto agli uomini;

Riconoscendo con profonda preoccupazione che le donne e le ragazze sono spesso

2 Art.14 Divieto di discriminazione. Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.

esposte a gravi forme di violenza, tra cui la violenza domestica, le molestie sessuali, lo stupro, il matrimonio forzato, i delitti commessi in nome del cosiddetto "onore" e le mutilazioni genitali femminili, che costituiscono una grave violazione dei diritti umani delle donne e delle ragazze e il principale ostacolo al raggiungimento della parità tra i sessi;
Constatando le ripetute violazioni dei diritti umani nei conflitti armati che colpiscono le popolazioni civili, e in particolare le donne, sottoposte a stupri diffusi o sistematici e a violenze sessuali e il potenziale aggravamento della violenza di genere durante e dopo i conflitti;

Riconoscendo che le donne e le ragazze sono maggiormente esposte al rischio di subire violenza di genere rispetto agli uomini;
Riconoscendo che la violenza domestica colpisce le donne in modo sproporzionato e che anche gli uomini possono essere vittime di violenza domestica;

Riconoscendo che i bambini sono vittime di violenza domestica anche in quanto testimoni di violenze all'interno della famiglia;

Aspirando a creare un'Europa libera dalla violenza contro le donne e dalla violenza domestica" (…).

Anche a livello della Unione europea registriamo la adozione di testi specifici, oltre alla già citata Direttiva vittime del 2012, come la Raccomandazione Rec(2002)5 sulla protezione delle donne dalla violenza, la Raccomandazione CM/Rec(2007)17 sulle norme e meccanismi per la parità tra le donne e gli uomini e la Raccomandazione CM/Rec(2010)10 sul ruolo delle donne e degli uomini nella prevenzione e soluzione dei conflitti e nel consolidamento della pace. Inoltre dobbiamo riferirci ai testi fondamentali del 2007: la Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. e il Trattato di Lisbona.

Il nostro sistema interno - quanto alle discriminazioni - ha registrato un ampliamento dei parametri di discriminazione considerati dalle normative intrecciate, anche se ad oggi il legislatore non ha composto un "Codice contro le discriminazioni", come invece è avvenuto per il "Codice per le pari opportunità"[3] .
Oggi nel nostro ordinamento le politiche di contrasto della violenza contro le donne basata sul genere non sono raccolte in un testo organico, ma sono disperse tra i vari codici e i vari altri testi normativi. Non è questa la sede per esaminarle; tuttavia possiamo esprimere un giudizio complessivo. Le politiche in materia continuano a muovere prevalentemente dal diritto penale; tendono cioè a privilegiare lo strumento penale e il perseguimento degli aggressori (c. d. ipertrofia e primazia del diritto penale). Nella produzione legislativa nazionale, selezionando le fonti che abbiano a oggetto la libertà femminile e i c.d. diritti delle donne, risulta un evidente progressivo aumento di testi di natura penalistica, che si intensificano decisamente nelle ulti-

3 Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, decreto legislativo, 11/04/2006 n. 198, integrato dal d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5, poi modificato con d.lgs. n. 152/2015 e l. n. 205/ 2017

me due legislature, la XVII e la XVIII, per culminare nei due testi nodali: la legge c.d. «sul femminicidio», come viene comunemente identificata la prima parte dell'eterogeneo testo legislativo del d.l. n. 93/2013, con la relativa legge di conversione n. 119/2013, recante: «*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province*» e il "Codice Rosso" (la Legge n. 69 del 19 luglio 2019, intitolata "*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*"). Insomma, nella scelta tra le tre P della Convenzione di Istanbul 2011 – Prevenzione, Protezione, Punizione – dobbiamo costatare che la Punizione ha preso il sopravvento. Eppure il diritto penale, che è certamente il diritto dotato della più forte carica simbolica, è certamente il più debole intrinsecamente quanto a capacità di incidere sui rapporti di potere. Invece le indicazioni di diritto antidiscriminatorio ben dovrebbero articolarsi anche in ambito civilistico e comunque extrapenalistico, come da ultimo prescrive anche il Consiglio d'Europa con la Raccomandazione CM/Rec(2019)1 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla prevenzione e la lotta contro il sessismo.

La tematica nazionale e sovranazionale, con i suoi intrecci e sovrapposizioni, ha influenzato anche le fonti normative regionali.

Quanto alla legislazione regionale, un modello di riferimento può essere la legge regionale Emilia-Romagna 27/06/2014, n. 6, che già nel titolo Legge quadro per la parità e contro le discriminazioni di genere, apre alla tematica della discriminazione e delle violenze contro le donne.

Nel testo l'esordio proclama un intento, quello che (art. 1) "*la Regione Emilia-Romagna favorisce il pieno sviluppo della persona e sostiene la soggettività e l'autodeterminazione femminile come elemento di cambiamento e progresso della società; contrasta ogni tipo di violenza e discriminazione di genere in quanto lesive dei diritti umani, della libertà, della dignità e dell'inviolabilità della persona (…)*".

Poi l'art 8 allarga il concetto di discriminazione, attribuendo alla "*diffusione della cultura paritaria*" il carattere di "*strumento di prevenzione e contrasto di ogni violenza e discriminazione sessista anche di tipo omofobico e transfobico".*

3. Le molestie e le molestie sessuali, in ambito lavorativo e non

Già dalla Direttiva 2006/54/CE[4] è affermato esplicitamente che "le molestie e le molestie sessuali" siano "contrarie al principio della parità di trattamento fra uomini e donne e costituiscono forme di discriminazione fondate sul sesso ai fini della presente Direttiva. (...) Queste forme di discriminazione dovrebbero pertanto essere

4 Prima ancora, era intervenuta la Raccomandazione - 27/11/1991, n.131 Allegato n. 1, Tutela della dignità degli uomini e delle donne nel mondo del lavoro. Codice di condotta relativo ai provvedimenti da adottare nella lotta contro le molestie sessuali.

vietate e soggette a sanzioni efficaci proporzionate e dissuasive". È la anticipazione della più recente Risoluzione del Parlamento europeo 2897 del 26 ottobre 2017 sulla lotta alle molestie e agli abusi sessuali nell'UE.

Tali strumenti sovranazionali contribuiscono a rendere alquanto articolato l'attuale panorama normativo, che è segnato da una oscillazione tra il piano della predisposizione di strumenti normativi di tutela giuslavoristica (a tutela sia di dignità sia di sicurezza) e quello invece della repressione penale. Le molestie sessuali infatti vengono ricondotte talora nell'alveo delle forme di discriminazione e talaltra in quello della tutela o della "libertà sessuale" (ma per colpire condotte di minore disvalore sociale), o della tranquillità e dignità della lavoratrice (e del lavoratore). L'esempio trainante è quello del sexual harassement dei sistemi di common law (U.S.A. e Canada) che, piuttosto che in ambito penalistico, si è sviluppato prevalentemente in processi civilistico-giuslavoristici, cogliendo nella molestia sessuale una violazione del divieto di discriminazione (MacKinnon, Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination, 1979).

Del resto a una pluralità di piani, non solo penalistici, indirizza anche la Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011:
Articolo 40 – Molestie sessuali. Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che qualsiasi forma di comportamento indesiderato, verbale, non verbale o fisico, di natura sessuale, con lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona, segnatamente quando tale comportamento crea un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo, sia sottoposto a sanzioni penali o ad altre sanzioni legali.

Le molestie (in particolare quelle sessuali nei luoghi di lavoro) costituirono oggetto di studio e di elaborazione, a livello europeo, fin dal 1976, quando il Consiglio Europeo con una raccomandazione invitò gli Stati a rimuovere negli ambienti di lavoro le discriminazioni basate sul sesso. Nel 1986 il Parlamento Europeo approvò una risoluzione dell'11 giugno 1986 sulla violenza contro le donne. È il primo atto comunitario in cui si evidenzia l'esistenza di un problema relativo alla dignità delle donne e degli uomini sul lavoro. Tra l'altro incaricava un comitato di esperti di elaborare un rapporto sul fenomeno delle molestie negli Stati membri. Il Rapporto, denominato Rubenstein, La dignità della donna nel lavoro - Rapporto sul problema delle molestie sessuali negli Stati membri della Comunità europea, ottobre 1987, a cura di Michael Rubenstein, fu redatto nel 1987. Evidenziava la necessità di intervenire non solo sul piano sanzionatorio, ma anche a livello di prevenzione, attraverso interventi legislativi. Proprio sulla base del rapporto il Consiglio della Comunità Europea adottò nel 1990 una risoluzione sulla tutela degli uomini e delle donne nell'ambiente di lavoro, sollecitando anche la Commissione ad elaborare un "codice di condotta europeo".

Arrivammo così alla Raccomandazione della Commissione delle Comunità Europee del 27 novembre 1991 n. 131 sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro, in cui si invitavano gli Stati membri ad adottare un codice di condotta

riguardo alle molestie sessuali sul lavoro proponendo una definizione di molestia sessuale, che si è poi imposta come modello anche per l'attività successiva del legislatore e che introduceva, come centrale, il concetto di atto "unwanted" (tradotto in italiano con "non desiderato", invece che con "non voluto" o "contro la volontà").

Al contempo sono sempre più diffusi protocolli e accordi aziendali (sulla traccia di testi europei, nazionali e regionali) di diritto antidiscriminatorio che contengono espressi riferimenti alle molestie sessuali e attribuiscono poteri (anche) di iniziativa alle Consigliere di pari opportunità nazionale, regionali e provinciali.

Certo, in via preliminare rispetto alla trattazione, si pone un problema definitorio e di lessico giuridico per individuare, attraverso le fonti giuridiche, quali condotte siano ascrivibili alle quattro categorie di "molestie" e "molestie sessuali" (con la ulteriore specificazione che entrambe si collochino in ambito di lavoro oppure in ogni altro ambito) e come siano penalmente considerate.

Il testo legislativo base è quello del Codice Pari opportunità (come modificato nel 2015 e poi con l. n. 205 del 27.12.2017, cd. Legge di Bilancio 2018) che offre le "Nozioni di discriminazione" all'art. 26:

*1. Sono considerate come discriminazioni anche le **molestie,** ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per ragioni connesse al sesso, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo.*

*2. Sono, altresì, considerate come discriminazioni le **molestie sessuali**, ovvero quei comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo.*

2-bis. Sono, altresì, considerati come discriminazione i trattamenti meno favorevoli subiti da una lavoratrice o da un lavoratore per il fatto di aver rifiutato i comportamenti di cui ai commi 1 e 2 o di esservisi sottomessi.

3. Gli atti, i patti o i provvedimenti concernenti il rapporto di lavoro dei lavoratori o delle lavoratrici vittime dei comportamenti di cui ai ((commi 1, 2 e 2-bis)) sono nulli se adottati in conseguenza del rifiuto o della sottomissione ai comportamenti medesimi. Sono considerati, altresì, discriminazioni quei trattamenti sfavorevoli da parte del datore di lavoro che costituiscono una reazione ad un reclamo o ad una azione volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne.

*3-bis. La lavoratrice o il lavoratore che agisce in giudizio per la dichiarazione delle discriminazioni per **molestia o molestia sessuale** poste in essere in violazione dei divieti di cui al presente capo non può essere sanzionato, demansionato, licenziato,*

trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, determinati dalla denuncia stessa. Il licenziamento ritorsivo o discriminatorio del soggetto denunciante è nullo. Sono altresì nulli il mutamento di mansioni ai sensi dell'articolo 2103 del codice civile, nonché' qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei confronti del denunciante. Le tutele di cui al presente comma non sono garantite nei casi in cui sia accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del denunciante per i reati di calunnia o diffamazione ovvero l'infondatezza della denuncia.

3-ter. I datori di lavoro sono tenuti, ai sensi dell'articolo 2087 del codice civile, ad assicurare condizioni di lavoro tali da garantire l'integrità fisica e morale e la dignità dei lavoratori, anche concordando con le organizzazioni sindacali dei lavoratori le iniziative, di natura informativa e formativa, più opportune al fine di prevenire il fenomeno delle ***molestie sessuali*** *nei luoghi di lavoro. Le imprese, i sindacati, i datori di lavoro e i lavoratori e le lavoratrici si impegnano ad assicurare il mantenimento nei luoghi di lavoro di un ambiente di lavoro in cui sia rispettata la dignità di ognuno e siano favorite le relazioni interpersonali, basate su principi di eguaglianza e di reciproca correttezza.*

In verità, qui, all'art. 26 del Codice Pari Opp. il profilo penale è del tutto assente.
Non così è per la già riportata Convenzione di Istanbul 2011 del Consiglio d' Europa, che all' 40 disciplina le molestie sessuali, definendole e indicando sì la sanzione penale, ma prescrivendola agli Stati solo come una delle possibili sanzioni legali.
Oggi la autorevolezza di questa fonte, che – ripetiamo – lascia aperta agli stati la duplice opzione di politica legislativa, se utilizzare la sanzione penale o altre sanzioni di altra natura, deve confrontarsi con la sopravvenuta Convenzione sull'eliminazione della violenza e delle molestie nel mondo del lavoro n. 190 del 10 giugno 2019 della Conferenza generale dell'organizzazione internazionale del lavoro. Anche tale testo affronta il problema definitorio:

Articolo 1

1. Ai fini della presente Convenzione:

a) l'espressione "violenza e molestie" nel mondo del lavoro indica un insieme di pratiche e di comportamenti inaccettabili, o la minaccia di porli in essere, sia in un'unica occasione, sia ripetutamente, che si prefiggano, causino o possano comportare un danno fisico, psicologico, sessuale o economico, e include la violenza e le molestie di genere;

b) l'espressione "violenza e molestie di genere" indica la violenza e le molestie nei confronti di persone in ragione del loro sesso o genere, o che colpiscano in modo sproporzionato persone di un sesso o genere specifico, ivi comprese le molestie sessuali.

2. Fatto salvo quanto stabilito ai commi a) e b) del paragrafo 1 del presente articolo, le definizioni di cui alle leggi e ai regolamenti nazionali possono prevedere un concetto unico o concetti distinti.

Questo testo amplia e intreccia vari concetti, accorpa violenza e molestie riconducendole entrambe al genere, senza tuttavia definire le molestie sessuali.

Può aiutarci a capire il Report Istat 13 febbraio 2018, intitolato "Le molestie e i ricatti sessuali sul lavoro"[5].

L'Istat fa riferimento a molestie sessuali, molestie a sfondo sessuale, atti sessuali subiti da minorenne (uomo o donna).

Le molestie sessuali vengono distinte - sempre dall'Istat – in:

- molestie verbali (tra cui telefonate oscene o messaggi);
- molestie fisiche con contatto fisico, come essere avvicinate toccate abbracciate accarezzate baciate contro la propria volontà (senza attingere le cd zone erogene, perché queste sono già comprese nella attuale violenza sessuale e così già sanzionate penalmente);
- molestie attraverso il web;
- gli atti sessuali sul luogo di lavoro (nella triplice forma di ricatto per l'assunzione, per mantenere il posto e per ottenere progressione di carriera).

Vengono inoltre elencati esibizionismo (ma ora gli atti osceni in luogo pubblico sono stati depenalizzati…) e pedinamenti.

Questo, secondo ISTAT, è l'ambito concreto e fattuale delle molestie sessuali (nonché molestie e ricatti),

Fatto è che manca tuttora nel nostro sistema penale interno una fattispecie penale specifica di molestie sessuali. In concreto, la repressione penale delle molestie e molestie sessuali sul lavoro (e non) utilizza gli strumenti penalistici non specifici presenti nel nostro Codice Penale: la violenza sessuale (art 609-bis), la molestia o disturbo alle persone (art.660), gli atti persecutori (art.612-bis), i maltrattamenti (art.572). Li ricordiamo.

art. 660. Molestia o disturbo alle persone

Chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo è punito con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda fino a cinquecentosedici euro.

Art. 609-bis. (Violenza sessuale)

5 www.istat.it/it/files/2018/02/statistica-report-MOLESTIE-SESSUALI-13-02-2018.pdf

Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da cinque a dieci anni.

Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali:

1. abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto;

2. traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.
Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi.

Art. 612-bis. (Atti persecutori)

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita.

La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge, anche separato o divorzia- to, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici.

La pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso a danno di un minore, di una donna in stato di gravidanza o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero con armi o da persona travisata.
Il delitto è punito a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi. Si procede tuttavia d'ufficio se il fatto è commesso nei confronti di un minore o di una persona con disabilità, di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio. La remissione della querela può essere soltanto processuale. La querela è comunque irrevocabile se il fatto è stato commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all'articolo 612, secondo comma.

Art. 572 (Maltrattamenti contro familiari e conviventi)

Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da due a sei anni.
Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a ventiquattro anni.

Con un tale apparato normativo, la effettiva collocazione delle molestie sessuali (non sessuali, in ambito o no di lavoro) nelle varie figure di reato ha messo alla prova interpreti e giurisprudenza.

Se sono molestie di petulanza sono punite dall'art 660, contravvenzione e non delitto, fattispecie ormai vetusta, nata quando c'era solo il telefono fisso (a meno che non vengano classificate come reato di violenza privata).

Se le molestie hanno la caratteristica di essere "sessuali" (in ogni ambito, di lavoro o non) possono rientrare nella violenza sessuale, ma solo ai requisiti là indicati, ancora in gran parte quelli del codice 1930: condotta di costrizione, con la modalità di violenza e minaccia, con "atti sessuali".

Dal 2009 le molestie (tutte, non solo le sessuali) sono ora comprese nel nostro delitto di atti persecutori, che punisce le condotte di chi minaccia o molesta. In verità tale previsione è andata a confliggere con la successiva indicazione della Convenzione Istanbul 2011, che chiedeva di colpire come stalking[6] solo le condotte di minaccia reiterata, escludendo le condotte di molestia sessuale, cui dedicava altra specifica disposizione, quella dell'art. 40, sopra riportato. Invece il legislatore del 2009 aveva accorpato minaccia e molestia sotto la fattispecie di atti persecutori. Quindi anche le molestie e le molestie sessuali sono state collocate in quell'ambito, imponendo l'ulteriore requisito dell'evento triplice, relativo alla serenità e all'equilibrio psicologico, nonché quello della reiterazione delle condotte.

La casistica giurisprudenziale aiuta a porre alcuni punti fermi.

Così Cassazione penale sez. III, 18/12/2019, n. 5918 distingue violenza sessuale ex art. 609 bis e molestia e disturbo ex art. 660 e esclude la derubricazione nel reato di cui all'art. 660 c.p. in un caso di toccamento delle parti intime e di baci, che unitariamente valutati non possono far configurare la molestia sessuale, che presuppone l'assenza di contatti fisici (sessuali) tra le parti. La distinzione era già stata affrontata da Cass. Sez. III, n. 27042 del 12/05/2010: "Integra il reato di violenza sessuale e non quello di molestia sessuale (art. 660 c.p.) la condotta consistente nel toccamento non casuale dei glutei, ancorché sopra i vestiti, essendo configurabile la contravvenzione solo in presenza di espressioni volgari a sfondo sessuale o di atti di corteggiamento invasivo ed insistito diversi dall'abuso sessuale. In motivazione la Corte ha precisato che, se dalle espressioni verbali si passa ai toccamenti a sfondo sessuale, il delitto assume la forma tentata o consumata a seconda della natura del contatto e delle circostanze del caso". Idem Cassazione, sez. II Penale, sentenza 17 aprile 2013, n. 40973, e Cass. Sez. III 25.1.2006 n. 7369: il toccamento dei glutei va considerato violenza sessuale e non molestia, atteso che nel reato di violenza la condotta sanzionata (cioè gli atti sessuali) comprende qualsiasi atto che, risolvendosi in

6 Articolo 34 – Atti persecutori (Stalking). Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per penalizzare un comportamento intenzionalmente e ripetutamente minaccioso nei confronti di un'altra persona, portandola a temere per la propria incolumità.

un contatto corporeo, pur se fugace ed estemporaneo, ponga in pericolo la libera autodeterminazione della vittima.

Secondo Cassazione penale, sez. III, 05/07/2019, n. 41951 integra il reato di violenza sessuale e non quello di molestie di cui all' art. 660 c.p. la condotta di chi, per soddisfare o eccitare il proprio istinto sessuale, mediante comunicazioni telematiche che non comportino contatto fisico con la vittima, induca la stessa al compimento di atti che comunque ne coinvolgano la corporeità sessuale e siano idonei a violarne la libertà personale e non la mera tranquillità (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da censure la sentenza con la quale il ricorrente era stato condannato per il delitto di violenza sessuale per avere indotto, con plurime comunicazioni telematiche, una minore degli anni 14 a compiere giochi erotici e ad avere rapporti sessuali virtuali).

Cassazione penale sez. III, 16/01/2015, n.9222 ha riprecisato, in tema di violenza sessuale, che sono considerati atti sessuali quelli che siano idonei a compromettere la libera determinazione della sessualità della persona o ad invadere la sfera sessuale con modalità connotate dalla costrizione (violenza, minaccia o abuso di autorità), sostituzione ingannevole di persona, abuso di inferiorità fisica o psichica, in essi potendosi ricomprendere anche quelli insidiosi e rapidi, e che riguardino zone erogene su persona non consenziente, come ad es. palpamenti, sfregamenti, baci (così questa sez. III, n. 42871 del 26.9.2013, Z. e altro, rv. 256915). Le molestie sono un minus con connotazioni assolutamente diverse. La decisione ha anche tracciato il confine rispetto agli atti persecutori. Se è vero, infatti che realizza gli estremi della molestia e disturbo alla persona la condotta dell'agente, insistente e petulante, idonea a turbare in modo apprezzabile le normali condizioni nelle quali si svolge la vita della persona molestata (cfr. sul punto sez. VI, n. 2967 del 25.1.1978, Laglia, rv. 138326), è anche vero che, a differenza che nel delitto di cui all art. 612 bis cod. pen., ai fini della sussistenza del reato previsto dall'art. 660 cod. pen. la molestia o il disturbo devono essere valutati con riferimento alla psicologia normale media, in relazione cioè al modo di sentire e di vivere comune. Nell'ipotesi in cui il fatto sia oggettivamente molesto o disturbatore, in altri termini, è pertanto irrilevante che la persona offesa non abbia risentito alcun fastidio (così sez. V, n. 7355 del 23.5.1984, De Gasperi, rv. 165668, nel caso di un continuo e pressante tallonamento con la vettura da parte dell'autore del reato nei confronti della vittima). Il quid pluris che caratterizza lo stalking rispetto alle minacce ed alle molestie, in sintesi, è costituito da due elementi: a) la reiterazione delle condotte, sicché l'illecito può ascriversi nel novero dei reati abituali; b) la produzione in un soggetto ben determinato e in relazione alla sua psicologia di un grave e perdurante stato di ansia o di paura o di un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da una relazione affettiva o una alterazione, non voluta, delle proprie abitudini di vita.

Il delitto di violenza sessuale concorre con quello di maltrattamenti in famiglia, se-

condo Cassazione penale sez. III, 03/10/2019 n.3455 e Cassazione Sez. III, n. 40663 del 23/09/2015, qualora, attesa la diversità dei beni giuridici offesi, le reiterate condotte di abuso sessuale, oltre a cagionare sofferenze psichiche alla vittima, ledano anche la sua libertà di autodeterminazione in materia sessuale, potendosi configurare l'assorbimento esclusivamente nel caso in cui vi sia piena coincidenza tra le due condotte, ovvero quando il delitto di maltrattamenti sia consistito nella mera reiterazione degli atti di violenza sessuale.

Nella penalizzazione delle molestie e molestie sessuali (in ambito di lavoro e non) si presentano dunque molte sovrapposizioni di fattispecie e qualche vuoto che rendono difficile all'interprete scegliere. Da tempo sono prospettate ipotesi di riforma, con la creazione di nuove ipotesi, ma quegli stessi motivi rendono arduo anche creare una nuova norma penale specifica, perché ciò presupporrebbe la contestuale modifica delle altre norme complementari e confinanti, in particolare degli atti persecutori (art.612 bis) e della violenza sessuale (art. 609 bis).

Molestie sessuali e sicurezza sul lavoro: obblighi e responsabilità del datore di lavoro

*Antonella Rimondi**

1. *La normativa comunitaria*

Oltre a ledere la dignità e la libertà della persona e a rappresentare una odiosa forma di discriminazione, le molestie e le molestie sessuali **costituiscono un rischio per la salute e la sicurezza, minano la produttività e rappresentano una importante fonte di costo per la collettività e per le imprese**.
Tali aspetti, di indubbio rilievo e ben presenti alle istituzioni comunitarie, restano spesso ai margini del dibattito sull'argomento.
Eppure, già con la **Risoluzione sulla violenza contro le donne, approvata l'11 giugno 1986**, **il Parlamento europeo**, affrontando tra gli altri il tema delle molestie sessuali, chiedeva alla Commissione "*di condurre uno studio:*

a) che dia una valutazione dei costi sostenuti dagli enti socio-previdenziali degli Stati membri per malattie o assenze dal lavoro dovute a ricatti sessuali nell'ambito lavorativo (malattie psicosomatiche, nevrosi, ecc.);

b) che analizzi la relazione intercorrente fra le cadute di produttività nelle aziende pubbliche o private dove tali casi si verificano e il ricatto sessuale nella sfera professionale";

mostrando di tenere in debita considerazione non solo i costi umani, ma anche sociali e produttivi, di tale fenomeno.
Partendo proprio dagli esiti di tale studio[1], il Comitato consultivo per l'uguaglianza delle opportunità tra donne e uomini, con parere espresso all'unanimità il 20 giugno 1988, evidenziava la necessità di adottare una raccomandazione e un codice di condotta specificamente dedicati al tema delle molestie sessuali sul lavoro nei confronti di entrambi i sessi.
Significativi, per quanto qui di specifico interesse, alcuni passaggi della Introduzione del **"Codice di condotta relativo ai provvedimenti da adottare nella lotta contro le molestie sessuali", adottato dalla Commissione il 27 novembre 1991,** unitamente alla Raccomandazione sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro

1 Rubenstein M., La dignità della donna nel mondo del lavoro – Rapporto sul problema della molestia sessuale negli Stati membri delle Comunità europee, Brussels-Luxembourg, 1988.

* *Avvocata del Foro di Bologna.*

(92/131/CEE), e redatto in conformità alla Risoluzione del Consiglio delle Comunità europee del 29 maggio 1990 sullo stesso argomento:
"*Le molestie sessuali guastano l'ambiente di lavoro e possono compromettere con effetti devastanti la salute, la fiducia, il morale e le prestazioni di coloro che le subiscono. L'ansia e lo stress provocati da abusi di questo genere causano assenze per malattia, una minore efficienza o un allontanamento dal posto di lavoro e la ricerca di un nuovo impiego. I lavoratori subiscono spesso le conseguenze negative di una siffatta situazione e danni a breve e lungo termine per quanto concerne le prospettive professionali quando si trovano costretti a cambiare lavoro. Le molestie sessuali possono inoltre coinvolgere negativamente anche quei lavoratori che non sono fatti segno di comportamenti indesiderati, ma che si trovano ad essere testimoni o che vengono a conoscenza del verificarsi di un comportamento di questo tipo.*
Anche i datori di lavoro si trovano a subire le conseguenze avverse di abusi a sfondo sessuale. Vi è infatti un impatto diretto sulla redditività dell'impresa nel caso in cui il personale si assenti per malattia o si licenzi perché esposto a molestie sessuali. Ne risente inoltre anche l'efficienza economica dell'impresa in cui si registra un calo di produttività dei lavoratori costretti ad operare in un clima in cui non viene rispettata l'integrità personale".
Il Codice, da applicarsi sia nel settore pubblico che nel settore privato, era volto a fornire orientamenti pratici a datori di lavoro, sindacati e lavoratrici/lavoratori al fine di prevenire il verificarsi di molestie a sfondo sessuale in ambito lavorativo e di garantire l'adozione di procedure idonee a risolvere i problemi eventualmente verificatisi e a prevenirne il ripetersi.
Partendo dalla definizione di molestia sessuale, mutuata da quella già coniata dal Consiglio con la Risoluzione 29 maggio 1990, il Codice rivolge una serie di raccomandazioni ai sindacati e ai lavoratori ma, in primo luogo, ai datori di lavoro, i quali sono tenuti "*ad intervenire in caso di molestia sessuale perpetrata da un dipendente come nel caso di qualsiasi altra forma di comportamento scorretto, nonché ad astenersi personalmente dal molestare i dipendenti*".
Infatti, "***poiché l'abuso sessuale rappresenta un rischio per la salute e la sicurezza*** *spetta ai datori di lavoro adottare i provvedimenti adeguati al fine di ridurre al minimo il rischio come nel caso di altri tipi di rischio. Dal momento che l'abuso sessuale rappresenta spesso un abuso di potere, i datori di lavoro possono essere considerati responsabili dell'uso improprio dell'autorità da essi conferita*".
In ragione di quanto sopra, il Codice raccomanda ai datori di lavoro:

- di testimoniare l'interesse e l'impegno nel contrasto alle molestie sessuali mediante una **dichiarazione di principio** volta ad affermarne l'illiceità e l'inammissibilità e a sancire il diritto di tutti i lavoratori e le lavoratrici a protestare qualora ne siano vittime;
- di definire ciò che si intende per comportamento inadeguato sul posto di lavoro, stabilendo le relative sanzioni;
- di mettere a punto una apposita **procedura volta a disciplinare le segnalazioni**

e ad assicurare un rapido e serio riscontro, garantendo il segnalante da processi di vittimizzazione o da eventuali ritorsioni, pur nel rispetto del diritto di difesa riconosciuto a tutte le parti in campo;

- di garantire un'**efficace comunicazione a tutti i dipendenti** della politica adottata dall'azienda nel contrasto alle molestie sessuali e di sollecitare la loro adesione e il loro impegno a garantire ai colleghi un trattamento che rispetti la dignità della persona;
- di **assicurare ai dirigenti (e ai quadri) una adeguata formazione** in materia, al fine di sensibilizzarli al rispetto delle responsabilità loro affidate nell'ambito della politica individuata dal datore di lavoro e di garantire alle figure chiamate a svolgere ruoli ufficiali nell'ambito delle procedure aziendali una formazioni specialistica;
- di individuare e designare una figura incaricata (il c.d. **consigliere di fiducia**) di fornire consulenza e assistenza ai dipendenti oggetto di attenzioni moleste al fine di contribuire alla soluzione dei problemi che vengono segnalati, sia con mezzi informali che formali. A tale figura devono essere fornite risorse adeguate e idonea protezione contro eventuali ritorsioni;
- di garantire che le indagini interne conseguenti alla presentazione di una segnalazione siano svolte con la massima riservatezza, nel rispetto dei diritti di tutti i soggetti coinvolti (in particolare: il diritto di farsi assistere da un rappresentante del sindacato di appartenenza e, per l'incolpato, il diritto di essere dettagliatamente informato circa il contenuto della segnalazione e di essere sentito a propria discolpa).

Il tema del Consigliere di fiducia è stato in seguito ripreso dal Parlamento europeo con la Risoluzione dell'11 febbraio 1994.
Dopo avere considerato che:

- un numero elevato di donne e di uomini subiscono situazioni di molestie sessuali sul luogo di lavoro e che tali situazioni costituiscono una minaccia per le pari opportunità in ambito professionale;
- le molestie sessuali sul luogo di lavoro non solo attentano alla dignità della persona, ma comportano anche una minore produttività e un costo supplementare in materia di gestione del personale;
- la raccomandazione e il codice di condotta (adottati dalla Commissione il 27 novembre 1991) costituiscono un primo passo, ma occorre compiere ulteriori progressi;

il Parlamento:

- **invita gli Stati membri ad adottare una legislazione che obblighi il datore di lavoro**, da un lato, **a prendere misure di prevenzione** e a prevedere sanzioni nei regolamenti interni alle imprese e, dall'altro, **a designare un consigliere** con il compito di combattere i casi di molestie sessuali, proteggendo tanto le vittime

quanto i testimoni;

- chiede che la designazione del consigliere venga effettuata di concerto tra le parti sociali e la direzione delle imprese e, se del caso, in collaborazione con i competenti ispettorati del lavoro;
- ritiene, in via generale, che il ruolo di consigliere si attagli meglio ad una donna, posto che il maggior numero di vittime sono, appunto, di genere femminile;
- chiede che i datori di lavoro attribuiscano al consigliere mezzi adeguati per agire (a partire dalla formazione) e che lo tutelino adeguatamente da eventuali ritorsioni al fine di salvaguardare la sua indipendenza;
- chiede che i lavoratori vengano informati dell'avvenuta designazione del consigliere e delle modalità per contattarlo;
- insiste affinché le funzioni del consigliere non si limitino all'ascolto delle vittime ma comportino anche azioni di prevenzione nonché di informazione e sensibilizzazione;
- invita ad elaborare testi informativi volti a portare a conoscenza delle vittime di molestie sessuali i vari livelli di tutela loro garantiti;
- chiede che, per le piccole e medie imprese o per le cooperative agricole che non dispongono di mezzi adeguati, siano gli ispettori del lavoro o le figure istituzionali incaricate alle pari opportunità a garantire lo svolgimento di tale ruolo;
- chiede alle istituzioni comunitarie di dare il buon esempio nominando un proprio consigliere;
- insiste affinché gli Stati membri si impegnino a far sì che le amministrazioni nazionali e le grandi imprese del settore pubblico provvedano alla designazione del consigliere;
- chiede, infine, che le istituzioni comunitarie e gli Stati membri organizzino campagne di informazione al fine di favorire la prevenzione del fenomeno delle molestie sessuali sul luogo di lavoro.

Il Consigliere di fiducia (o, più di frequente, la Consigliera di fiducia) – la cui designazione è oggi prevista nei codici di condotta adottati su base volontaria, prevalentemente nel settore pubblico e nelle grandi imprese private, su iniziativa delle rappresentanze datoriali e sindacali – individuato in una figura (interna o esterna) dotata di specifica competenza, è chiamato non solo a gestire i casi di molestie e di molestie sessuali nei luoghi di lavoro (unitamente ad altre forme di discriminazione e, da ultimo, anche i casi di mobbing) oggetto di segnalazione, ma anche a svolgere un'attività di prevenzione, informazione e formazione con specifico riferimento agli ambiti di intervento.
Le previsioni della Raccomandazione e del Codice adottati dalla Commissione, completate dalla suddetta Risoluzione del Parlamento, erano indubbiamente molto avanzate in rapporto all'epoca ma, non essendo immediatamente vincolanti, la loro effettiva applicazione era necessariamente affidata all'azione legislativa degli Stati membri.

La risposta dei legislatori nazionali, in Italia ma non solo, si è fatta inutilmente attendere. Occorreva pertanto adottare una strumento normativo dotato di maggiore forza coercitiva e capacità armonizzatrice.

Al fine di superare l'inerzia degli Stati membri, **il 27 novembre 2000, il Consiglio dell'Unione Europea ha quindi emanato la Direttiva 2000/78/CE** che, ai sensi dell'articolo 1, "*mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento*".
L'articolo 2 definisce il principio della parità di trattamento (da intendersi come assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata sui motivi di cui al summenzionato articolo 1), nonché i concetti di discriminazione diretta e discriminazione indiretta, e stabilisce che le molestie sono da considerarsi una discriminazione in caso di comportamento indesiderato, adottato per uno dei motivi di cui all'articolo 1, avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo.

La definizione del concetto di molestia viene tuttavia rimessa alle leggi e prassi nazionali degli Stati membri e neppure un accenno viene dedicato al tema specifico delle molestie sessuali. Particolarmente deludente, poi, a parere di chi scrive, la scelta di rimettere agli Stati membri, "*in conformità alle rispettive tradizioni e prassi nazionali*", l'assunzione di "*misure adeguate*" per incoraggiare il dialogo tra le parti sociali al fine

- da un lato, "*di promuovere il principio della parità di trattamento, tra l'altro attraverso il monitoraggio delle prassi nei luoghi di lavoro, contratti collettivi, codici di comportamento e ricerche o scambi di esperienze e di buone pratiche*",
- e, dall'altro, di "*concludere* [lasciando peraltro impregiudicata la loro autonomia] *al livello appropriato accordi che fissino regole antidiscriminatorie negli ambiti di cui all'articolo 3* [condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo, e a tutti i tipi di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione; condizioni di lavoro, comprese quelle relative al licenziamento e alla retribuzione, nonché affiliazione e attività in un'organizzazione di lavoratori o datori di lavoro] *che rientrano nella sfera della contrattazione collettiva*".

In ragione di quanto sopra, tale Direttiva segna un evidente arretramento rispetto al dettato della Risoluzione 29 maggio 1990.
Tale arretramento è stato in seguito, solo in parte, superato con la **Direttiva 2002/73/CE del Parlamento e del Consiglio del 23 settembre 2002** che – nel modificare 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 professionale e le condizioni di lavoro – **ha definito, all'articolo 2, sia le molestie che le molestie sessuali (paragrafo 2) e stabilito che le**

stesse "*sono considerate discriminazioni basate sul sesso e sono pertanto vietate*" (paragrafo 3).

La Direttiva in esame ha così realizzato, sia pure nei limiti di cui sopra, quella armonizzazione delle norme di legge vigenti nei vari Stati membri in materia di ricatto sessuale nel luogo di lavoro sollecitata dal Parlamento europeo sin dal 1986.
In Italia, le definizioni dettate dalla citata Direttiva sono state introdotte nell'art. 4 L. 10 aprile 1991, n. 125 (recante "Azioni positive per la realizzazione della parità tra uomo e donna") dal d.lgs. 30 maggio 2005, n. 145 (recante "Attuazione della Direttiva 2002/73/CE in materia di parità di trattamento tra gli uomini e le donne, per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro") e successivamente trasfuse nell'art. 26 d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (recante "Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'art. 6 Legge 28 novembre 2005, n. 246").
Troppo cauta, invece, a parere di chi scrive, la formulazione del paragrafo 5, del citato articolo 2, secondo cui "*gli Stati membri **incoraggiano**, in conformità con il diritto, gli accordi collettivi o le prassi nazionali, **i datori di lavoro** e i responsabili dell'accesso alla formazione professionale a prendere misure per prevenire tutte le forme di discriminazione sessuale e, in particolare, le molestie e le molestie sessuali sul luogo di lavoro*". Evidente, infatti, il passo indietro rispetto al dettato dell'articolo 3, paragrafo 2, del Codice di condotta di cui alla Raccomandazione del 27 novembre 1991, laddove si legge testualmente che "*poiché l'abuso sessuale rappresenta un rischio per la salute e la sicurezza **spetta ai datori di lavoro** adottare i provvedimenti adeguati al fine di ridurre al minimo il rischio …*".
Alla "timidezza" del Legislatore europeo e all'inerzia del Legislatore nazionale ha, per quanto possibile, sopperito la **contrattazione collettiva**, sia pure in modo progressivo e con modalità non omogenee, quantomeno nella fase iniziale.

Il tema delle molestie sessuali fa la sua apparizione nella contrattazione collettiva italiana nel corso degli anni novanta, sull'onda dei provvedimenti assunti in sede sovranazionale. La casistica è multiforme e meriterebbe un approfondimento, non consentito in questa sede. Basti qui ricordare che, in ambito pubblico, il primo accordo per la promozione del Codice di condotta e per la realizzazione di attività di informazione e di formazione sulle molestie è stato stipulato tra ANCI Toscana e i Coordinamenti donna CGIL, CISL, UIL nel 1994. Nel settore di lavoro privato, invece, la prima esperienza è stata quella della ELECTROLUX ZANUSSI nel 1997.
Sulla scia di tali "progetti pilota" si è in seguito sviluppata un'ampia serie di iniziative volte a recepire le normative comunitarie, definendo codici di condotta, istituendo l'ufficio della Consigliera di fiducia e promuovendo progetti di informazione e formazione.
Tutto ciò ben prima del formale riconoscimento, nel nostro Paese, del ruolo della contrattazione collettiva nella prevenzione e nel contrasto a tutte le forme di discriminazione sessuale e, in particolare, delle molestie e delle molestie sessuali nel luogo di lavoro, intervenuto con l'introduzione nel d.lgs. n. 198/2006 dell'art. 50-bis, ad opera del d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5 (recante "Attuazione della Direttiva

2006/54/CE relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego”).

Attualmente, i codici di condotta sono previsti in tutti i comparti del pubblico impiego. Più variegata la situazione nei vari comparti del lavoro privato, che va però, via via, uniformandosi a quella esistente nel settore pubblico a seguito dei rinnovi contrattuali.
Nel novero dei provvedimenti adottati in ambito comunitario, particolare rilievo assume altresì, ai fini della presente disamina, l’**Accordo quadro sulle molestie e sulla violenza sul luogo di lavoro, firmato dalle parti sociali europee a livello intersettoriale (BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP e CES, con l’intervento del comitato di collegamento EUROCADRES/CEC) il 26 aprile 2007**, a seguito di una consultazione organizzata dalla Commissione europea ai sensi dell’art. 138 del Trattato.
Queste le tappe:

- nel dicembre 2004, la Commissione, nel quadro del programma in materia di salute e sicurezza sul luogo di lavoro 2002-2006, ha dato avvio alla prima fase di consultazione delle parti sociali in merito al tema della violenza sul luogo di lavoro e dei suoi effetti sulla salute e sulla sicurezza sul lavoro;
- le parti sociali europee a livello intersettoriale hanno successivamente informato la Commissione della loro intenzione di organizzare un seminario sui temi oggetto di consultazione al fine di verificare la possibilità di negoziare un accordo autonomo, conformemente al loro programma di lavoro sul dialogo sociale per il periodo 2003-2005;
- nel febbraio 2006, a seguito di detto seminario, le organizzazioni hanno elaborato i rispettivi mandati e aperto ufficialmente i negoziati, che si sono conclusi con successo nel dicembre 2006;
- a seguito dell’approvazione da parte degli organismi decisionali interni delle quattro organizzazioni delle parti sociali partecipanti ai negoziati, l’accordo è stato ufficialmente firmato il 26 aprile 2007, alla presenza del Commissario europeo responsabile dell’occupazione, degli affari sociali e delle pari opportunità.

Come precisato dalla Commissione nella comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo dell’8 novembre 2007: “*L’accordo mira a impedire e, se del caso, a gestire i problemi di prepotenza, molestie sessuali e violenza fisica sul luogo di lavoro. Esso condanna tutte le forme di molestia e di violenza e* ***conferma il dovere del datore di lavoro di tutelare i lavoratori contro tali rischi. Le imprese in Europa sono tenute ad adottare una politica di tolleranza zero*** *nei confronti di tali comportamenti e a fissare procedure per gestire i casi di molestie e violenza laddove essi si verifichino. Le procedure possono comprendere una fase informale con la partecipazione di una persona che goda della fiducia tanto della direzione che dei lavoratori. I ricorsi andranno esaminati e risolti rapidamente. Occorre rispettare i principi di dignità, riservatezza, imparzialità ed equo trattamento. Contro i colpevoli saranno adottate misure adeguate, dall’azione disciplinare fino al licenziamento, mentre alle vittime*

sarà fornita, se del caso, assistenza nel processo di reinserimento".
L'accordo riprende, in buona sostanza, i contenuti del "Codice di condotta relativo ai provvedimenti da adottare nella lotta contro le molestie sessuali", adottato dalla Commissione il 27 novembre 1991, e, secondo le previsioni, avrebbe dovuto trovare attuazione entro tre anni dalla firma.
In realtà, sono trascorsi quasi nove anni prima che CONFINDUSTRIA e CGIL, CISL e UIL, in qualità di organizzazioni italiane affiliate a BUSINESSEUROPE e CES, sottoscrivessero un apposito **Accordo quadro volto a dare attuazione in Italia all'Accordo sottoscritto dalle parti sociali europee**. Un ritardo preoccupante, tanto più se si considera che il testo sottoscritto in sede nazionale il **25 gennaio 2016** si limita a ribadire che:

- ogni atto o comportamento che si configuri come molestie o violenza nei luoghi di lavoro è inaccettabile;
- è, pertanto, riconosciuto il principio che la dignità delle lavoratrici e dei lavoratori non può essere violata da atti o comportamenti che configurano molestie o violenza;
- i comportamenti molesti o la violenza subiti nel luogo di lavoro vanno denunciati;
- le lavoratrici, i lavoratori e le imprese hanno il dovere di collaborare al mantenimento di un ambiente di lavoro in cui sia rispettata la dignità di ognuno e siano favorite le relazioni interpersonali, basate su principi di eguaglianza e di reciproca correttezza;

rimettendo ad un momento successivo l'individuazione delle procedure di gestione più adeguate, fatto comunque salvo **l'impegno ad adottare, all'interno delle unità produttive, una dichiarazione volta ad affermare i principi di cui sopra, ad esplicitare i concetti di molestie e di violenza**, riportando le definizioni stabilite nell'Accordo delle parti sociali europee del 26 aprile 2007, e ad anticipare che agli autori di tali condotte verranno applicate misure adeguate.
Le rappresentanze per l'Emilia-Romagna di CONFINDUSTRIA e di CGIL, CISL e UIL hanno poi sottoscritto, il 3 maggio 2017, un apposito Accordo su base regionale che – pur giovandosi del riferimento alla Legge quadro della Regione Emilia-Romagna 27 giugno 2014, n. 6 per la parità e contro le discriminazioni di genere e pur individuando nelle Consigliere di Parità, presenti a livello regionale e presso ciascun territorio provinciale, le strutture più idonee, in ragione delle loro specifiche competenze, alle quali le vittime di molestie o di violenza nei luoghi di lavoro potranno liberamente rivolgersi (salva comunque la possibilità di rivolgersi ad altre strutture di loro fiducia) – non apporta significative elaborazioni né sul piano delle procedure da applicarsi in caso di "incidenti", così come invece richiesto dal paragrafo 4 dell'Accordo quadro siglato dalle parti sociali europee il 26 aprile 2007, né sul piano delle misure da adottare per prevenire il fenomeno.

Restando in Emilia-Romagna, un passo avanti, quantomeno sul piano della normati-

va di riferimento, è stato certamente compiuto con **l'Accordo regionale sulle molestie e la violenza nei luoghi di lavoro siglato dalle rappresentanze regionali di CGIL, CISL e UIL e di Legacoop, Confcooperative e AGCI il 16 aprile 2018**; tale Accordo – unitamente alla normativa nazionale in materia di molestie e violenza, con particolare riferimento agli artt. 26, commi 3-bis e 3-ter, e 55-bis del d.lgs. 198/2006, e alla citata Legge quadro della Regione Emilia-Romagna n. 6/2014 – **richiama infatti espressamente i doveri posti in capo al datore di lavoro dall'art. 2087 del codice civile e dal d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81** (recante "Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro").
Uscendo dal contesto regionale, occorre dare atto che, a far data dal 2007, molti accordi sono stati via via siglati, a livello nazionale e nei vari territori, ad opera delle parti sociali affiliate a BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP e CES. Ebbene, pur a fronte di un quadro non omogeneo, può dirsi che – quantomeno in ambito privato e, in particolare, nell'ambito delle micro, piccole e medie imprese – molto resta ancora da fare sia in ordine alla procedura da applicare in caso di eventi avversi sia in ordine alle misure da adottare in chiave preventiva e per favorire l'emersione del fenomeno.

Un importante impulso in questo senso può venire dalla **"Convenzione sull'eliminazione della violenza e delle molestie nel mondo del lavoro", approvata dalla Conferenza Generale dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro il 21 giugno 2019 e ora ratificata dall'Italia con l. 15 gennaio 2021 n.4**.
Tra i molti aspetti di interesse, si evidenziano in particolare:

- l'ambito di applicazione (decisamente ampio): la Convenzione si applica, infatti, alla violenza e alle molestie nel mondo del lavoro che si verificano ***"in occasione di lavoro, in connessione con il lavoro o che scaturiscono dal lavoro"*** (articolo 3);
- l'obbligo per gli Stati membri di adottare ***"un approccio inclusivo, integrato e incentrato sulla prospettiva di genere*** *per la prevenzione e l'eliminazione della violenza e delle molestie nel mondo del lavoro*" (articolo 4, paragrafo 2);
- **l'obbligo da parte degli Stati membri di adottare "*leggi e regolamenti che richiedano ai datori di lavoro di intraprendere misure adeguate e proporzionate*** *in materia di prevenzione della violenza e delle molestie nel mondo del lavoro, ivi comprese la violenza e le molestie di genere*" e, in particolare, di:
    a) adottare e attuare, previa consultazione delle lavoratrici e dei lavoratori e dei loro rappresentanti, "***una politica in materia di violenza e di molestie a livello aziendale***";
    b) "*includere la violenza e le molestie, come pure i rischi psico-sociali correlati, nella* ***gestione della salute e della sicurezza sul lavoro***";
    c) "*identificare i pericoli e la valutazione dei rischi* *relativi alla violenza e alle molestie*", con la partecipazione delle lavoratrici e dei lavoratori e dei

loro rappresentanti, e di "*adottare le misure per prevenirli e tenerli sotto controllo*";

d) "***informare e formare le lavoratrici e i lavoratori e altri soggetti interessati*** *in merito ai pericoli e ai rischi identificati di violenza e molestie e alle relative misure di prevenzione e protezione*" (articolo 9).

2. La normativa interna

In virtù di quanto illustrato nel paragrafo che precede, **il datore di lavoro** – oltre ad essere soggetto all'ovvio divieto di sottoporre i lavoratori e le lavoratrici a vessazioni, violenze fisiche e/o morali nonché a molestie, anche sessuali – **è altresì tenuto ad adoperarsi al fine di prevenire/contrastare il verificarsi di tali condotte anche ad opera di altri dipendenti (dirigenti, quadri, ma anche semplici colleghi e soggetti subordinati) e, finanche, di soggetti esterni/estranei all'impresa (clienti, pazienti, ecc.)**.

Tale obbligo trova certamente fondamento nell'**art. 2087 cod. civ.**, a mente del quale: "*L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro*".

Non a caso, infatti, l'art. 1 l. 27 dicembre 2017, n. 205 (Legge di Bilancio 2018) ha introdotto nell'**art. 26 d.lgs. n. 198/2006 il comma 3-ter**, in virtù del quale: "*I datori di lavoro sono tenuti, ai sensi dell'art. 2087 del codice civile, ad assicurare condizioni di lavoro tali da garantire l'integrità fisica e morale e la dignità dei lavoratori, anche concordando con le organizzazioni sindacali dei lavoratori le iniziative, di natura informativa e formativa, più opportune al fine di prevenire il fenomeno delle molestie sessuali nei luoghi di lavoro. Le imprese, i sindacati, i datori di lavoro, i lavoratori e le lavoratrici si impegnano ad assicurare il mantenimento nei luoghi di lavoro di un ambiente di lavoro in cui sia rispettata la dignità di ognuno e siano favorite le relazioni interpersonali basate su principi di eguaglianza e di reciproca correttezza*".

Ciò detto, si tratta ora di comprendere se l'obbligo di cui sopra, certamente foriero di responsabilità in sede civile, trovi fondamento anche nella specifica normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro e, in particolare, **se tra i rischi che il datore di lavoro è tenuto a valutare e a prevenire/contrastare ai sensi del d.lgs. 81/2008 (Testo Unico Sicurezza) rientrino anche la violenza e le molestie sessuali**.

La risposta a tale interrogativo consente altresì di stabilire **se, in caso di omessa valutazione di tali rischi/adozione di misure idonee a prevenirli/contrastarli, il datore di lavoro possa essere chiamato a rispondere, anche penalmente, dei danni psico-fisici patiti da lavoratrici e lavoratori** che, sia pure derivanti da condotte poste in essere da altri dipendenti e/o da estranei, siano da ritenersi causalmente connessi alle suddette omissioni.

In sede civile – la competenza, come noto, è attribuita al Giudice del lavoro – le sentenze di condanna dei datori di lavoro, rimasti colpevolmente inerti, al risarcimento dei danni patiti da lavoratrici/lavoratori a causa di violenze e/o di mo-

lestie sessuali nel luogo di lavoro causati da altri dipendenti o da estranei hanno generato un'ampia casistica, definendo un orientamento che può ormai ritenersi consolidato.
Si pensi, in particolare, alla copiosa giurisprudenza avente ad oggetto il risarcimento dei danni patiti da personale sanitario a causa di aggressioni ovvero da dipendenti di uffici postali/banche/ società autostradali a causa di rapine, ma anche a casi di mobbing e molestie sessuali posti in essere da semplici colleghi di lavoro della vittima.
Non altrettanto può dirsi in sede penale, ove la giurisprudenza in materia è quasi assente.
Per tentare di dare risposta all'interrogativo di cui sopra – pur nella consapevolezza che il tema è e resterà aperto – occorre partire da alcuni punti fermi.
In primo luogo, può ritenersi pacifico il principio, più volte affermato dalla Cassazione Penale, secondo cui "*… **in tema di infortuni sul lavoro non occorre, per configurare la responsabilità del datore di lavoro, che sia integrata la violazione di specifiche norme dettate per la prevenzione degli infortuni stessi, essendo sufficiente che l'evento dannoso si sia verificato a causa dell'omessa adozione di quelle misure ed accorgimenti imposti all'imprenditore dall'art. 2087 cod. civ.** ai fini della più efficace tutela dell'integrità fisica del lavoratore*[2]". "*Ed invero, l'art. 2087 cod. civ., pur non contenendo precetti specifici come quelli rinvenibili nelle leggi organiche per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, non si risolve in una mera norma di principio, ma deve considerarsi inserita a pieno titolo nella legislazione antinfortunistica, di cui costituisce norma di chiusura, che impone al datore di lavoro precisi obblighi di garanzia e protezione a fini individuali*"[3].
Tale principio può ritenersi rafforzato dall'introduzione nell'art. 26 del d.lgs. n. 198/2006 del comma 3-ter di cui si è detto in precedenza.
Ma, esaminando il dettato del d.lgs. n. 81/2008, v'è ragione di ritenere che la valutazione dei rischi violenza e molestie sessuali rientri a pieno titolo tra i doveri posti in capo al datore di lavoro anche in virtù della specifica normativa antinfortunistica.
Ai sensi dell'art. 3, comma 1, infatti, il d.lgs. n. 81/2008 "*si applica a tutti i settori di attività, privati e pubblici, e a tutte le tipologie di rischio*".
Tra i compiti attribuiti al datore di lavoro, in tale ambito, particolare rilievo assume **l'obbligo di valutazione dei rischi e la conseguente elaborazione del relativo documento**, attività entrambe non delegabili.
Ebbene, secondo la definizione di cui all'art. 2, comma 1, lettera q), d.lgs. n. 81/2008, la valutazione deve riguardare "***tutti i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui essi prestano la propria attività***" – pertanto, non solo i rischi direttamente derivanti dall'attività svolta, ma anche quelli comunque ricollegabili all'attività lavorativa, ivi compresi i c.d. rischi ambientali – al fine di "***individuare le adeguate misure di prevenzione e di protezione** e ad elaborare il programma delle misure atte a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di salute e sicurezza*".

2 Cass. Pen., Sez. IV, 26 novembre 2015, n. 46979.
3 Cass. Pen., Sez. IV, 9 febbraio 2018, n. 6505.

Nel disciplinare la valutazione dei rischi e la redazione del relativo documento, l'art. 28, comma 1, d.lgs. 81/2008 prevede che la valutazione abbia ad oggetto tutti i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori, **ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui anche quelli collegati allo stress lavoro-correlato, nonché quelli connessi alle differenze di genere, all'età, alla provenienza da altri Paesi e quelli connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro**.

Il citato art. 28 rimette al datore di lavoro la scelta dei criteri di redazione del documento di valutazione dei rischi, da elaborare a conclusione della valutazione, ma tale documento deve obbligatoriamente contenere, tra l'altro:

- una relazione sulla valutazione di tutti i rischi per la sicurezza e la salute **durante** l'attività lavorativa, nella quale siano **specificati i criteri** adottati;
- l'indicazione delle misure di prevenzione e protezione attuate e dei dispositivi di protezione individuati a seguito della valutazione;
- il programma delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza;
- l'individuazione delle procedure per l'attuazione delle misure da realizzare, nonché dei ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbono provvedere, a cui devono essere assegnati unicamente soggetti in possesso di adeguate competenze e poteri.

Il mancato rispetto dei requisiti di cui sopra[4] costituisce già di per sé una ipotesi di reato, sia pure di natura contravvenzionale.
Se poi, in ragione della **mancata valutazione di un rischio, potenzialmente presente e ragionevolmente prevedibile *ex ante* con la diligenza esigibile dal datore di lavoro**, e della conseguente **mancata adozione di misure idonee a prevenirlo/contrastarlo**, si verifica un evento lesivo, non è peregrino ritenere che il datore di lavoro possa essere chiamato a risponderne a titolo di lesioni personali colpose ovvero di omicidio colposo commessi con violazione delle normative antinfortunistiche.

Il tema è complesso e non si intende certamente banalizzarlo con improprie semplificazioni. È però pacifico che la violazione degli obblighi inerenti alla valutazione dei rischi ha assunto nella giurisprudenza penale un peso determinante quale condotta omissiva del datore di lavoro causalmente associabile a un evento di danno che diviene, in tal modo, anche penalmente perseguibile[5].
Ma – è lecito domandarsi – **la violenza e le molestie, anche sessuali, patite in occasione di lavoro (così come le vessazioni e il mobbing) possono tradursi in infortunio sul lavoro o generare malattie professionali?**

---

4 Per una approfondita analisi della giurisprudenza, civile e penale, in materia di valutazione dei rischi e di misure di prevenzione e protezione, si rinvia a Guariniello R., Molestie e violenza anche di tipo sessuale nei luoghi di lavoro, Milano, 2018.
5 Guariniello R., Il T.U. Sicurezza Lavoro commentato con la giurisprudenza, Milano, 2015.

La risposta è affermativa, ovviamente in presenza dei requisiti previsti dal D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 (recante "Testo Unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali"), anche alla luce degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza formatasi in materia[6].
Si osserva, infine, anche se la precisazione rischia di essere pleonastica, che **la lesione personale si sostanzia in una malattia nel corpo o nella mente**. La giurisprudenza ha via via definito la nozione di malattia. Per quanto riguarda, in particolare, la malattia nella mente, essa consiste in qualsivoglia disturbo funzionale dell'attività psichica, ivi compresi quelli ansioso-depressivi.

Le considerazioni svolte consentono – almeno in astratto – di non escludere che, in caso di infortunio/malattia professionale conseguente a violenze o a molestie poste in essere da un/una dipendente nei confronti di altra/o dipendente (ma, in estrema ipotesi, anche da soggetti terzi con i quali la vittima abbia rapporti ricollegabili all'attività lavorativa), il datore di lavoro che non abbia valutato il rischio – pur potenzialmente presente e ragionevolmente prevedibile *ex ante* con la diligenza esigibile in capo al medesimo – e non abbia, conseguentemente, adottato misure idonee a prevenirlo/contrastarlo possa essere chiamato a rispondere, anche penalmente, dell'evento lesivo generatosi, in forza del principio dettato dall'art. 40, comma 2, cod. pen., stante la posizione di garanzia dal medesimo rivestita. Come noto, infatti, ai sensi di tale articolo, "*non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo*".
Ovviamente, la configurabilità del reato dovrà essere valutata in rapporto ad ogni singolo caso concreto, partendo proprio dalla prevedibilità del rischio e dalla conseguente esigibilità della condotta.
La colpa non può infatti trasformarsi in responsabilità oggettiva, anche se – come mirabilmente denunciato da uno dei grandi Maestri del diritto penale italiano (e non solo) nel suo ultimo lavoro[7] – il rischio di una responsabilità (penale) senza colpa, legata a un mero status e a un ruolo sociale, quello di datore di lavoro nel contesto in esame, è certamente concreto e, sia consentito dirlo, preoccupante.

3. La responsabilità degli enti e i modelli organizzativi

L'assunto di cui al paragrafo precedente è foriero di ulteriori – potenziali, ma rilevanti – conseguenze: **alla responsabilità personale del datore di lavoro e delle altre figure aziendali "debitrici di sicurezza" potrebbe infatti aggiungersi**, in caso di omicidio colposo o di lesioni personali colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, e in presenza delle condizioni normativamente previste, **la responsabilità amministrativa dell'impresa in quanto tale**, ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (recante "Disciplina della

6 Per una approfondita disamina, si rinvia a Ninci A., Donne e violenza. "Cassiopea": un progetto dell'INAIL per la prevenzione, in Rivista degli infortuni e delle malattie professionali, 2010, fasc. 3, 742-745.
7 F. Sgubbi, Il diritto penale totale, Bologna, 2019.

responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica").
Il tema richiederebbe, invero, una trattazione a sé.
In estrema sintesi, al solo fine di rendere comprensibile la portata di tale affermazione anche a coloro che non frequentano la materia, pare opportuno precisare che, in ragione del summenzionato D. Lgs. n. 231/2001, **gli enti** (persone giuridiche, società e associazioni anche prive di personalità giuridica) **sono direttamente chiamati a rispondere per i reati espressamente previsti dallo stesso d.lgs. n. 231/2001 (c.d. reati presupposto) commessi, nel loro interesse o a loro vantaggio**, da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione o da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo (c.d. **soggetti apicali**) o, ancora, da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza dei soggetti predetti (c.d. **soggetti sottoposti**).
La responsabilità amministrativa dell'ente si fonda su una **colpa "di organizzazione"**: l'ente è infatti ritenuto responsabile per il reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio da un soggetto apicale ovvero da un soggetto sottoposto **se ha omesso di dotarsi di una organizzazione in grado di impedirne efficacemente la realizzazione e, in particolare, se ha omesso di dotarsi di un sistema di controllo interno e di adeguate procedure (ossia di un modello di organizzazione, gestione e controllo)** per lo svolgimento delle attività a maggior rischio di commissione di illeciti.
I reati di omicidio colposo e di lesioni personali colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle normative antinfortunistiche, rientrano tra i c.d. reati presupposto, essendo espressamente richiamati nell'art. 25-septies del d.lgs. n. 231/2001.
Con riferimento a tali reati, la giurisprudenza ha chiarito che l'interesse o il vantaggio si concretizzano nel risparmio di spesa e/o di tempo derivante dalla mancata adozione delle misure normativamente previste e/o, comunque, necessarie al fine di tutelare l'integrità psico-fisica dei lavoratori.
In caso di accertata responsabilità, l'ente è punito con una **sanzione pecuniaria**, quantificata ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 25-septies, 10 e 11 d.lgs. n. 231/2001, fatti salvi i casi di riduzione disciplinati dall'art. 12 d.lgs. n. 231/2001, ed è soggetto, nei casi espressamente previsti, alla applicazione delle **sanzioni interdittive** di cui all'art. 9, comma 2, d.lgs. n. 231/2001 (segnatamente: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca di autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio, esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi ed eventuale revoca di quelli già concessi, divieto di pubblicizzare beni o servizi) per periodi di tempo che variano in ragione delle diverse ipotesi di reato disciplinate dall'art. 25-septies, commi 1, 2 e 3, d.lgs. n. 231/2001. **Qualora venga applicata una sanzione interdittiva, la sentenza di condanna è soggetta a pubblicazione**. Con la sentenza di condanna è in ogni caso disposta **la confisca (anche per equivalente) del prezzo o del profitto**.
L'applicazione delle suddette sanzioni interdittive è disciplinata dagli artt. 13 e 14 d. lgs. n. 231/2001.

Nei casi previsti dall'art. 15, comma 1, d.lgs. n. 231/2001, il Giudice, in luogo dell'applicazione della sanzione interdittiva, può disporre la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un **Commissario giudiziale** per un periodo di tempo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicata.

Ai sensi dell'art. 45 d.lgs. n. 231/2001, **le sanzioni interdittive possono essere applicate anche in via cautelare** (ossia prima dell'accertamento di responsabilità) quando sono presenti gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente e vi sono fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede. Anche in questo caso, il Giudice, nei casi previsti dal citato art. 15, in luogo della misura cautelare interdittiva, può nominare un Commissario giudiziale per un periodo di tempo pari alla durata della misura che sarebbe stata applicata.

L'ente può ridurre la sanzione pecuniaria ed evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive alle seguenti condizioni:

- risarcire integralmente il danno ed eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato;
- eliminare le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- mettere a disposizione il profitto conseguito.

La sussumibilità della condotta del datore di lavoro – in caso di evento lesivo causalmente connesso alla omessa valutazione dei rischi violenza e molestie, anche sessuali, ritenuti potenzialmente presenti e ragionevolmente prevedibili *ex ante* con la diligenza esigibile in ragione della sua posizione di garanzia, e alla omessa adozione di misure idonee a prevenirli/contrastarli – in una delle ipotesi di reato richiamate dall'art. 25-septies D. Lgs. n. 231/2001 riverbera, all'evidenza, conseguenze potenzialmente gravissime anche in capo all'ente e tali da porre a rischio la sua stessa sopravvivenza.
L'intento del Legislatore è evidente: aggiungere alla punizione dell'autore o degli autori del reato la punizione del soggetto (l'ente) che se ne giova, anche in termini di mero risparmio.
Pur formalmente definita "amministrativa" (in ossequio al principio cardine del nostro ordinamento giuridico espresso dal brocardo *societas delinquere non potest*), la responsabilità posta in capo agli enti ha natura sostanzialmente penale[8], basti pensare che:

- la competenza a giudicare l'illecito amministrativo contestato all'ente appartie-

8 "*Un corpus normativo di peculiare impronta, un tertium genus, se si vuole*" – così testualmente Cass. Pen., S.U., 24 aprile 2014, n. 38343 – che presenta tuttavia "*evidenti ragioni di contiguità con l'ordinamento penale per via, soprattutto, della connessione con la commissione di un reato, che ne costituisce il primo presupposto, della severità dell'apparato sanzionatorio, delle modalità processuali del suo accertamento*".

ne al **giudice penale** competente a giudicare il reato dal quale l'illecito dipende;

- per quanto non espressamente previsto dal d. lgs. n. 231/2001, il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato è disciplinato dalle norme del **codice di procedura penale;**
- all'ente si applicano, pur con i necessari adeguamenti, le **norme processuali relative all'imputato;**
- l'ente ha diritto di nominare un **difensore di fiducia** e, in mancanza, è assistito da un **difensore d'ufficio**.

È la logica del "diritto penale totale", di cui si è detto in precedenza, che trova fondamento nella convinzione, ormai dominante, che "*nel diritto penale si possa trovare il rimedio giuridico a ogni ingiustizia e a ogni male sociale*"[9].
Che fare, dunque?
Ai sensi dell'art. 30 d.lgs. n. 231/2001, l'adozione di un **modello di organizzazione e gestione idoneo ed efficacemente attuato** prima della commissione del reato presupposto dell'illecito amministrativo ha efficacia esimente.
Come già evidenziato in precedenza, peraltro, l'adozione del modello in un momento successivo alla commissione del reato presupposto consente, in ogni caso, di ridurre le sanzioni pecuniarie e di evitare l'applicazione di misure interdittive, anche in via cautelare.
In buona sostanza, **il modello deve realizzare un sistema aziendale volto ad assicurare l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro**, a partire proprio dalla valutazione dei rischi e dalla predisposizione delle conseguenti misure di prevenzione.

Un importante contributo alla costruzione dei modelli organizzativi è stato offerto dall'INAIL.
Ai sensi dell'art. 30, comma 5, d.lgs. n. 81/2001, infatti, "*in sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti*".
Le Linee guida elaborate da UNI e INAIL sono state integrate, nel corso del tempo, da altri documenti contenenti indicazioni più operative, ai fini di una più agevole applicazione delle Linee guida, e da Linee guida settoriali, volte ad adattare i requisiti e le indicazioni contenute nelle Linee guida a specifici comparti di attività.
Tra tali documenti si ricordano, in particolare, quelli realizzati nell'ambito del progetto "*Salute e sicurezza sul lavoro: una questione anche di genere*" (in collaborazione tra CPO, oggi CUG, Inail e Regione Toscana):

- volumi 1 e 2 – Disegno di linee guida e primi strumenti operativi;
- volume 3 – Integrazione di genere delle Linee guida per un SGSL;

9 Sgubbi F., Il diritto penale totale, cit.

- Volume 4 – Rischi lavorativi. Un approccio multidisciplinare.

Il SGSL definito sulla base delle Linee guida UNI-INAIL può essere certificato secondo lo standard OHSAS 18001:2007 e secondo la nuova ISO 45001:2018 che, nel 2021, subentrerà allo standard OHSAS 18.001:2007.
Ai sensi dell'art. 30, comma 5-bis, d.lgs. n. 81/2001, la Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro elabora procedure semplificate per la adozione e la efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza nelle piccole e medie imprese.

In attuazione di quanto previsto dal citato comma 5-bis, con **Decreto 13 febbraio 2014, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha infatti adottato un documento denominato "Procedure semplificate per l'adozione di modelli di organizzazione e gestione (MOG) nelle piccole e medie imprese (PMI)**", volto a fornire alle PMI indicazioni organizzative semplificate, di natura operativa, utili alla predisposizione ed efficace attuazione di un sistema aziendale (SGSL) idoneo a prevenire i reati previsti dall'art. 25 septies, d.lgs. n. 231/2001.
Se, infatti, l'adozione di modelli organizzativi è prassi ormai diffusa nelle più importanti realtà imprenditoriali e negli enti privati in controllo pubblico, non altrettanto può dirsi con riferimento alle piccole e medie imprese. Le ragioni risultano evidenti, sia in termini di costo che in termini di sforzo organizzativo. Eppure, la dimensione aziendale non è direttamente proporzionale all'entità dei rischi, anzi.
A questo proposito, è utile ricordare che le aziende che attuano, su base volontaria, interventi migliorativi per la prevenzione e la tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, aggiuntivi rispetto a quelli minimi ed obbligatori previsti dal d.lgs. n. 81/2008, possono usufruire di una **"riduzione del tasso medio per prevenzione"**.

La materia è ora regolata dall'art. 23 delle "Modalità di applicazione delle tariffe dei premi", approvate con Decreto interministeriale del 27 febbraio 2019. Nel **modello OT23** che, a seguito della approvazione del citato decreto interministeriale, ha sostituito il precedente modello OT24, sono indicati gli interventi considerati meritevoli ai fini dell'ottenimento del beneficio richiesto e i relativi punteggi. Il punteggio minimo per il conseguimento del beneficio non può essere inferiore a 100 punti, realizzabili anche cumulando più interventi tra quelli espressamente previsti.
È interessante notare che, **nel modulo di domanda per l'anno 2021**, sono indicati, tra i tanti:

- l'adozione o il mantenimento di un SGSL che risponde ai criteri definiti dalle Linee Guida UNI INAIL ISPESL e Parti Sociali o da norme riconosciute a livello nazionale e internazionale (con esclusione di quelle aziende a rischio di incidente rilevante che siano già obbligate per legge all'adozione ed implementazione del sistema);
- l'adozione o il mantenimento di un SGSL conforme alle "*Linee di indirizzo SGSL – PMI. Per l'implementazione di Sistemi di Gestione per la Salute e la Sicurezza sul Lavoro nelle Micro e Piccole Imprese*", adottate da INAIL, in collaborazione con CASARTIGIANATO, CLAAI, CNA, CONFARTIGIANATO, CGIL, CISL e UIL, nel 2011;

- l'adozione o il mantenimento di un modello organizzativo e gestionale di cui all'art. 30 d.lgs. n. 81/2008, anche secondo le procedure semplificate di cui al D.M. 13 febbraio 2014;

a tali progetti è riconosciuto un punteggio pari a 100 punti
e, per quanto qui di specifico interesse:

- l'attuazione di progetti formativi o informativi di sensibilizzazione dei lavoratori sulle molestie e la violenza nei luoghi di lavoro, in attuazione dell'Accordo quadro europeo sulle molestie e la violenza sul luogo di lavoro del 26 aprile 2007.

Tale iniziativa, alla quale è riconosciuto un punteggio pari a 40 punti, non è però di per sé sola sufficiente all'ottenimento del beneficio.

La *riduzione del tasso medio per prevenzione* – forse non ancora adeguatamente conosciuta, soprattutto nell'ambito delle micro, piccole e medie imprese – può in ogni caso costituire un importante incentivo alla attuazione di interventi migliorativi per la prevenzione e la tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, anche sul piano della prevenzione e del contrasto alla violenza e alle molestie e molestie sessuali nel luogo di lavoro.

In conclusione, può dirsi che gli strumenti e gli incentivi volti a prevenire/contrastare il verificarsi di molestie, anche sessuali, nel luogo di lavoro o, comunque, in occasione di lavoro, non mancano. Ciò che ancora appare carente – soprattutto nelle micro, piccole e medie imprese – è la consapevolezza in ordine agli obblighi che incombono in capo ai datori di lavoro con riferimento a tali aspetti e alle conseguenti responsabilità in caso di inerzia. A tale fine, oltre ad iniziative di carattere divulgativo, fondamentale risulta l'apporto di tutti gli operatori a vario titolo coinvolti, a partire da coloro che, in ambito giuridico o tecnico, prestano attività di consulenza alle imprese, i quali debbono necessariamente acquisire specifiche competenze anche nell'ambito in esame.

Le istituzioni italiane di parità

*Sonia Alvisi**

In materia il testo normativo base è il d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, contenente il "Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246". È corretto consultarlo nella versione aggiornata e attualmente vigente, perché è stato sottoposto a numerose e significative modifiche. Ci riferiamo alle varie modifiche del 2007, nonché a quelle apportate dal decreto legislativo n. 5 del 25 gennaio 2010, "Attuazione della Direttiva 2006/54/CE relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego", e poi dalla legge 27 dicembre 2017, n. 205.

È in tale Codice che sono disciplinati i vari organismi di parità, tra cui la Commissione per le pari opportunità tra uomo e donna, che fornisce consulenza e supporto tecnico alla Ministra per le P. O. nell'elaborazione e attuazione di politiche di p.o. che esulino dall'ambito dei rapporti di lavoro, il Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed eguaglianza di opportunità tra lavoratrici e lavoratori, istituito presso il Ministero del Lavoro, con varie funzioni propositive, informative, consulenziali, le Consigliere ed i Consiglieri di Parità, che operano a livello Nazionale, regionale e provinciale e si occupano di promuovere pari opportunità nel lavoro tra uomo e donna, il Comitato per l'imprenditoria femminile, operante presso il Ministero delle Attività Produttive, con compiti di indirizzo, informazione e promozione di ricerca sull'imprenditorialità femminile.

Trattasi di un articolato sistema di organismi che hanno il compito di vigilare sull'attuazione della legislazione in materia di pari opportunità tra uomini e donne con particolare riferimento alla parità di trattamento sul luogo di lavoro.

Tale sistema, capillarmente organizzato per garantire la presenza di un occhio vigile a diversi livelli territoriali, esso ha il suo vertice nel Dipartimento per le Pari Opportunità, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (D.P.C.M. 28/10/1997, n. 405) con funzione di proposta e coordinamento delle iniziative per le pari opportunità, fungendo da struttura amministrativa e funzionale nonché di raccordo con gli organismi europei.

** Consigliera di Parità Effettiva Regione Emilia-Romagna.*

Il Dipartimento viene affiancato nelle sue attività dal Comitato Nazionale di Parità, composto da donne designate dalle organizzazioni sindacali rappresentative e dalle confederazioni sindacali dei datori di lavoro, quale organismo consultivo a supporto dell'azione del Presidente del Consiglio, al fine di promuovere la rimozione dei comportamenti discriminatori per sesso e di ogni altro ostacolo all'uguaglianza delle donne nell'accesso al lavoro e sul lavoro e nella progressione professionale e di carriera, e dalla Commissione Nazionale per la parità e le pari opportunità tra uomo e donna, costituita da venticinque commissarie, donne che rappresentano vari settori della società, dell'imprenditoria, del volontariato, delle associazioni sindacali e femminili; la commissione svolge una molteplicità di funzioni fra cui quella di formulare proposte al Ministro per l'elaborazione delle modifiche normative e l'adeguamento della legislazione.

Non va inoltre tralasciata l'importante funzione del Comitato per l'imprenditoria femminile, istituito presso il Ministero dell'Industria quale strumento di informazione, di indirizzo e coordinamento soprattutto in materia di azioni positive per l'imprenditoria femminile, al fine di promuoverne lo studio, la ricerca e l'informazione nonché lo sviluppo.

Tutti questi organismi, organizzati in rete (la cosiddetta "Rete per le pari opportunità"), trovano dei loro corrispettivi a livello locale (regionale, provinciale e comunale) in una varietà di altri organi di parità, quali le Consulte femminili (le prime ad essere istituite, negli anni '70) dotate di potere consultivo e propositivo nei confronti degli atti delle regioni, delle province e dei grandi comuni, poi affiancate e sostituite negli anni '80 dalle Commissioni per le Pari Opportunità, anch'esse dislocate a livello regionale, provinciale e locale, e finalizzate soprattutto alla tutela delle donne nel settore del lavoro, della formazione professionale e dei servizi, con funzione di rappresentanza e promozione delle politiche di genere sul territorio.

Da essi va invece distinta l'azione dei Comitati Pari Opportunità, istituiti sulla base dei Contratti Collettivi Nazionali del Lavoro presso ogni amministrazione con compiti di raccolta dati, formulazione di proposte e promozione di iniziative.

Tali Comitati sono recentemente confluiti, insieme con i Comitati Paritetici sul fenomeno del Mobbing, nel CUG, Comitato Unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni. Tale Comitato, istituito con la legge 183/2010 (art. 21), ha compiti propositivi, consultivi e di verifica, e si pone l'obiettivo di contribuire all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico, migliorando l'efficienza delle prestazioni che viene collegata alla garanzia di un ambiente di lavoro caratterizzato dal rispetto dei principi di pari opportunità, di benessere organizzativo e dal contrasto di qualsiasi forma di discriminazione e di violenza morale o psichica per i lavoratori.

Le consigliere e i consiglieri di parità

Il sistema capillarmente distribuito in tutto il territorio nazionale vede al suo vertice la Consigliera Nazionale di Parità, le cui funzioni sono "diramate" nelle attività delle altre consigliere presenti a livello regionale e provinciale.

Compiti e funzioni sono precisati dal Codice P.O. all'art. 15

1. 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 di pari opportunità per lavoratori e lavoratrici, svolgendo in particolare i seguenti compiti:

a. rilevazione delle situazioni di squilibrio di genere, anche in collaborazione con le direzioni interregionali e territoriali del lavoro, al fine di svolgere le funzioni promozionali e di garanzia contro le discriminazioni nell'accesso al lavoro, nella promozione e nella formazione professionale, ivi compresa la progressione professionale e di carriera, nelle condizioni di lavoro compresa la retribuzione, nonché in relazione alle forme pensionistiche complementari collettive di cui al decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252;

b. promozione di progetti di azioni positive, anche attraverso l'individuazione delle risorse dell'Unione europea, nazionali e locali finalizzate allo scopo;

c. promozione della coerenza della programmazione delle politiche di sviluppo territoriale rispetto agli indirizzi dell'unione europea e di quelli nazionali e regionali in materia di pari opportunità;

d. promozione delle politiche di pari opportunità nell'ambito delle politiche attive del lavoro, comprese quelle formative;

e. collaborazione con le direzioni interregionali e territoriali del lavoro al fine di rilevare l'esistenza delle violazioni della normativa in materia di parità, pari opportunità e garanzia contro le discriminazioni, anche mediante la progettazione di appositi pacchetti formativi;

f. 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 discriminazione;

g. collegamento e collaborazione con i competenti assessorati e con gli organismi di parità degli enti locali.

Più in particolare, la Consigliera di parità regionale svolge i seguenti compiti:

- promuove e monitora la realizzazione di progetti e azioni contro le discriminazioni di genere, partecipando a tavoli ed incontri favorendo l'uguaglianza sostanziale tra donna e uomo nell'accesso al lavoro e nel mantenimento dell'occupazione al lavoro e carriera;
- dà attuazione ad azioni positive nelle Pubbliche Amministrazioni, come previsto dall'art. 15 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, azioni volte a compensare gli svantaggi legati al genere, rimuovere gli ostacoli che, di fatto, impedisco-

no la realizzazione di pari opportunità, favorire l'occupazione femminile e realizzare l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro (art. 42 decreto legislativo n. 198/2006);

- redige il rapporto sulla situazione del personale in relazione all'obbligo delle aziende pubbliche e private con più di 100 dipendenti, tenute alla redazione ogni due anni di un Rapporto sulla Situazione del Personale maschile e femminile (art. 46 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198), e li trasmette alla Consigliera Nazionale di Parità e al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali;
- rileva le situazioni di squilibrio di genere e collabora con le direzioni regionali e provinciali del lavoro per le violazioni della normativa in materia;
- sostiene le politiche attive del lavoro, comprese quelle formative, per favorire condizioni di pari trattamento;
- incentiva anche l'attuazione di politiche di pari opportunità da parte dei soggetti pubblici e privati che operano nel mercato del lavoro;
- favorisce il diffondersi delle buone prassi, collaborando con gli assessorati al lavoro e con gli organismi di parità degli enti locali;
- può acquisire nei luoghi di lavoro informazioni sulla situazione occupazionale maschile e femminile.

Le consigliere di parità regionali sono anche componenti a tutti gli effetti della Commissione regionale per l'Impiego; partecipano altresì ai tavoli di partenariato locale ed ai comitati di sorveglianza di cui al regolamento (CE) n. 1260/99, del Consiglio del 21 giugno 1999; sono inoltre componenti della Commissione Regionale per le pari opportunità. Il decreto legislativo 196/2000 ("Disciplina dell'attività delle consigliere e dei consiglieri di parità e disposizioni in materia di azioni positive") che la Consigliera è stata effettivamente dotata degli strumenti necessari ad adempiere ai suoi compiti. Il decreto, infatti, ha definito le condizioni di funzionamento degli Uffici delle Consigliere, stabilendo la stipula di una convenzione quadro con Regioni e Province per garantire sedi ed attrezzature agli uffici stessi. Tale decreto ha inoltre perfezionato il profilo giuridico della Consigliera mediante la specificazione dei compiti assegnati e la configurazione di nuovi rapporti con gli organismi negoziali o istituzionali competenti in materia di mercato del lavoro, nonché ha valorizzato il ruolo della Consigliera di parità attribuendole la qualifica di pubblico ufficiale (art. 1), così assegnandole l'obbligo di segnalazione all'autorità giudiziaria dei reati di cui venga a conoscenza.

Nella Regione Emilia-Romagna la figura è divenuta operativa con il d.lgs. 196/2000, quando, accanto ad una precisa definizione di ruolo e funzioni, furono destinate risorse per il funzionamento, a seguito dello sviluppo progressivo nel tempo della conoscenza dei servizi offerti e dei casi trattati.

Originariamente l'attività della Consigliera di parità ha trovato allocazione funzionale all'interno delle strutture della Giunta regionale. Nel 2018, con una modifica legislativa alla legge regionale n. 6/2014 "Legge quadro per la parità e contro le

discriminazioni di genere", la Regione Emilia-Romagna ha disposto l'integrazione dell'ufficio della Consigliera di parità con il servizio dedicato agli altri istituti di garanzia (Difensore civico, Garante per l'infanzia e l'adolescenza, Garante delle persone sottoposte a misure restrittive o limitative della libertà personale) ed alla partecipazione e al dialogo con i cittadini. Questo passaggio viene attuato concretamente nel corso del 2019 si attua, arrivando, così, ad uniformare le funzioni dell'Assemblea in termini di supporto ai diversi organi di garanzia. Viene raggiunto, così, l'obiettivo che la Regione si è posta, cioè di valorizzare la figura istituzionale della Consigliera, supportandola con una struttura dedicata, anche per altri istituti, ai diritti dei cittadini e al rispetto del principio di non discriminazione. Con Delibera della Giunta regionale n. 318 del 2019 è stato approvato lo schema di protocollo tra la Giunta e l'Assemblea legislativa della Regione Emilia-Romagna per il trasferimento delle risorse e delle competenze dell'Ufficio della Consigliera di parità regionale.

La attuale Consigliera di parità regionale è stata nominata con Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 1 del 2018, a seguito della designazione della Regione Emilia-Romagna avvenuta con Delibera della Giunta regionale 1552 del 2017. Il mandato dura 4 anni ed è rinnovabile una sola volta. La Consigliera supplente agisce su mandato della Consigliera effettiva e in sua sostituzione.

Alle consigliere e consiglieri di parità sono attribuiti importanti compiti in materia di tutela giurisdizionale, come prevedono gli artt. 36 e 37 del Codice P.O.:

art. 36 Legittimazione processuale

1. Chi intende agire in giudizio per la dichiarazione delle discriminazioni poste in essere in violazione dei divieti di cui al capo II del presente titolo, o di qualunque discriminazione nell'accesso al lavoro, nella promozione e nella formazione professionale, nelle condizioni di lavoro compresa la retribuzione, nonché in relazione alle forme pensionistiche complementari collettive di cui al decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, e non ritiene di avvalersi delle procedure di conciliazione previste dai contratti collettivi, può promuovere il tentativo di conciliazione ai sensi dell'articolo 410 del codice di procedura civile o, rispettivamente, dell'articolo 66 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, anche tramite la consigliera o il consigliere di parità della città metropolitana e dell'ente di area vasta di cui alla legge 7 aprile 2014, n. 56 o regionale territorialmente competente.

2. Ferme restando le azioni in giudizio di cui all'articolo 37, commi 2 e 4, le consigliere o i consiglieri di parità delle città metropolitane e degli enti di area vasta di cui alla legge 7 aprile 2014, n. 56 e regionali competenti per territorio hanno facoltà di ricorrere innanzi al tribunale in funzione di giudice del lavoro o, per i rapporti sottoposti alla sua giurisdizione, al tribunale amministrativo regionale territorialmente competenti, su delega della persona che vi ha interesse, ovvero di intervenire nei giudizi promossi dalla medesima.

Art. 37 Legittimazione processuale a tutela di più soggetti

1. Qualora le consigliere o i consiglieri di parità regionali e, nei casi di rilevanza nazionale, la consigliera o il consigliere nazionale rilevino l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori diretti o indiretti di carattere collettivo in violazione dei divieti di cui al capo II del presente titolo o comunque nell'accesso al lavoro, nella promozione e nella formazione professionale, nelle condizioni compresa la retribuzione, nella progressione di carriera, nonché in relazione alle forme pensionistiche complementari collettive di cui al decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto le lavoratrici o i lavoratori lesi dalle discriminazioni, prima di promuovere l'azione in giudizio ai sensi dei commi 2 e 4, possono chiedere all'autore della discriminazione di predisporre un piano di rimozione delle discriminazioni accertate entro un termine non superiore a centoventi giorni, sentite, nel caso di discriminazione posta in essere da un datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, le associazioni locali aderenti alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale. Se il piano è considerato 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.

2. Con riguardo alle discriminazioni di carattere collettivo di cui al comma 1, le consigliere o i consiglieri di parità, qualora non ritengano di avvalersi della procedura di conciliazione di cui al medesimo comma o in caso di esito negativo della stessa, possono proporre ricorso davanti al tribunale in funzione di giudice del lavoro o al tribunale amministrativo regionale territorialmente competenti.

3. Il giudice, nella sentenza che accerta le discriminazioni sulla base del ricorso presentato ai sensi del comma 2, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, 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 la consigliera o il consigliere nazionale. Nella sentenza il giudice fissa i criteri, anche temporali, da osservarsi ai fini della definizione ed attuazione del piano.

4. Ferma restando l'azione di cui al comma 2, la consigliera o il consigliere regionale e nazionale di parità possono proporre ricorso in via d'urgenza davanti al tribunale in funzione di giudice del lavoro o al tribunale amministrativo regionale territorialmente competenti. Il Tribunale in funzione di giudice del lavoro adito, nei due giorni successivi, convocate le parti e assunte sommarie informazioni, ove ritenga sussistente la violazione di cui al ricorso, con decreto motivato e immediatamente esecutivo oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita, ordina all'autore della discriminazione la cessazione del comportamento pregiudizievole e adotta ogni altro provvedimento

idoneo a rimuovere gli effetti delle discriminazioni accertate, ivi compreso l'ordine di definizione ed attuazione da parte del responsabile di un piano di rimozione delle medesime. Si applicano in tal caso le disposizioni del comma 3. Contro il decreto è ammessa, entro quindici giorni dalla comunicazione alle parti, opposizione avanti alla medesima autorità giudiziaria territorialmente competente, che decide con sentenza immediatamente esecutiva. La tutela davanti al giudice amministrativo è disciplinata dall'articolo 119 del codice del processo amministrativo.

5. L'inottemperanza alla sentenza di cui al comma 3 e al comma 4, al decreto di cui al comma 4 o alla sentenza pronunciata nel relativo giudizio di opposizione è punita con l'ammenda fino a 50.000 euro o l'arresto fino a sei mesi e comporta altresì il pagamento di una somma di 51 euro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento da versarsi al Fondo di cui all'articolo 18 e la revoca dei benefici di cui all'articolo 41, comma 1.

Dunque, quando – esemplificativamente – è possibile chiedere aiuto alla Consigliera di Parità?

Ogni qualvolta in ambito lavorativo si presenti una delle seguenti situazioni:

- se al momento dell'assunzione sono stati messi in atto meccanismi che, a parità di condizioni, hanno privilegiato l'ingresso della persona di un altro sesso al posto tuo;
- se sei stata vittima di molestie anche a sfondo sessuale;
- se hai riscontrato ostacoli nella conciliazione degli impegni lavoro/famiglia (orari che cambiano in modo repentino, ad esempio);
- se ti è stato "consigliato" un test di gravidanza in fase/al momento dell'assunzione;
- se al momento del ritorno dal congedo per maternità ti hanno cambiato mansioni oppure trasferita o sei stata licenziata;
- se all'annuncio della tua gravidanza o al rientro ti è stato cambiato contratto;
- se non ti sono stati concessi i congedi per malattia dei figli;
- se non ti è stato concesso il part time che avevi chiesto causa carichi familiari;
- se è stata fatta qualche pressione o azione per impedire la tua progressione di carriera o per chiederti le dimissioni.

In ciascuna di queste circostanze, la Consigliera di Parità, oltre alla possibilità di agire in giudizio, può intervenire direttamente nei confronti dell'organismo, pubblico o privato, autore della discriminazione, richiedendo la predisposizione di un piano di rimozione delle discriminazioni accertate che, una volta approvato e divenuto parte di un'azione di conciliazione, diventa vincolante.

Quindi la Consigliera, dopo un'analisi del caso, può decidere di intraprendere diverse strade:

1. procedura informale: la Consigliera di Parità cerca di mediare tra il lavoratore e l'azienda, convocando l'Azienda per un incontro, al fine di trovare un accordo;
2. procedura formale (legale): si attiva quando la prima strada è fallita o non ha

ottenuto gli effetti sperati. È in questa fase giurisdizionale che la Consigliera può avvalersi dell'Avvocatura, in giudizio.

Se la discriminazione ha carattere collettivo e interessa più lavoratrici/lavoratori (riguarda cioè accordi aziendali, procedure concorsuali, prassi e comportamenti sistematicamente adottati sul luogo di lavoro), l'azione è di competenza della Consigliera di Parità regionale (art. 37 Codice P.O.).

Questa, prima di attivare le vie legali, può chiedere al responsabile della discriminazione di predisporre entro e non oltre i 120 giorni un piano di rimozione delle discriminazioni accertate.

Quindi molto importante è, ancor prima del ruolo di attivazione della giurisdizione, il ruolo giocato dalla Consigliera di parità a titolo di conciliazione nel caso di controversie individuali e collettive di lavoro a matrice discriminatoria, una attività che richiede capacità di mediazione e di dialogo e che può rappresentare una valida alternativa alla tutela giurisdizionale. Anche in questa fase le consigliere e i consiglieri di parità possono avvalersi della consulenza stragiudiziale della avvocatura.

Il Patto di Alleanza tra Consigliera Regionale di Parità e Ordine Forense

*Serenella Molendini**

Gli anni 2000, come sappiamo, sono stati uno spartiacque sia per l'Europa sia per l'Italia.

La nuova legislazione, dal 2000 in poi, innova le tecniche di tutela prima sperimentate e le novità sono in parte dovute all'esperienza applicativa di quell'unica norma del Trattato sull'Unione, ovvero l'art. 119, che statuiva il principio di parità retributiva tra donne e uomini, sulla base del diritto derivato e della ricchissima giurisprudenza della Corte di Giustizia, elaborando così norme e soluzioni più avanzate.

I fallimenti della legislazione precedente sotto il profilo dell'effettività della tutela hanno portato a rafforzare i meccanismi applicativi con la richiesta agli stati membri di adottare sanzioni proporzionate, effettive e dissuasive e con la generalizzazione del sistema probatorio favorevole alla ricorrente sull'onere della prova delle discriminazioni di genere.

Le nuove direttive (in particolare la Direttiva 54 del 2006, recepita in Italia con il d.lgs. 5/2010, ma anche la Risoluzione europea del 16 settembre 2016) hanno dato maggiore spazio alle azioni collettive e, per contrastare le discriminazioni di genere, hanno richiesto un'agenzia indipendente che potesse agire in giudizio a sostegno delle vittime individuali, che potesse fare indagini e vigilare sul rispetto della normativa antidiscriminatoria. Da qui il consolidamento in Italia dell'istituzione delle Consigliere di Parità.

Questi interventi europei degli anni 2000 si situano a ridosso di una stagione del diritto del lavoro in cui le linee di sviluppo seguono un duplice percorso.

Da una parte l'attenzione si sposta dal micro (il rapporto individuale) ad un'ottica macro che privilegia il mercato del lavoro. Ma anche la decisione dei politici che dal piano delle politiche sociali spostano l'azione sul piano delle politiche per l'occupazione.
Nello stesso tempo va prevalendo un approccio soft law il cui perno sembra essere costituito dalla tutela antidiscriminatoria.

** Consigliera Nazionale di Parità Supplente.*

Per questo motivo possiamo affermare che il Codice Pari Opportunità, che sistematizza i diversi decreti di recepimento delle direttive europee e ne accoglie anche alcune nuove (come il d.lgs. 5/2010) nonostante tutto, possa essere uno strumento validissimo per combattere le discriminazioni sul lavoro.

Certo ci sono diversi elementi di critica sul Codice.
Sicuramente non è un codice nel significato autentico che noi attribuiamo alla parola Codice: ovvero la denominazione che normalmente designa una raccolta di disposizioni di legge disciplinanti una certa materia giuridica. Inoltre l'aspetto lessicale (discriminazioni come superamento di ogni distinzione basata sul sesso e non sul genere), l'onere probatorio dell'azione collettiva, l'assenza del mainstreaming presente nelle direttive europee, ma dimenticato dal legislatore già nel d.lgs. 145/2005, sono altrettanti punti di debolezza dello stesso d.lgs. 198/2006.

Tuttavia, l'affermarsi nel diritto comunitario del principio di non discriminazione come fonte autonoma di diritti e il ricorso anche da parte del legislatore italiano al paradigma antidiscriminatorio, ci fa comprendere come il diritto antidiscriminatorio possa essere considerato come l'ultimo baluardo di un sistema di garanzie giuridiche che perde sempre più peso rispetto agli imperativi dell'economia, l'estremo argine verso una liberalizzazione del lavoro.

Per questo motivo il d.lgs. 198/2006 (Codice Pari Opportunità) con le successive modifiche e integrazioni può essere considerato un traguardo importante per le attività non solo di controllo e contrasto alle discriminazioni di genere, ma anche per quelle di prevenzione e promozione di politiche attive nell'ambito del lavoro e di pari opportunità più in generale al fine di scardinare gli stereotipi di genere. E tutto questo avviene grazie a Istituzioni deputate allo scopo, ovvero le Consigliere di Parità.

E, dunque, a fronte a volte dell'incomunicabilità tra diritto del lavoro classico e diritto antidiscriminatorio, è necessario che insieme Consigliere di Parità e Avvocate/i diventino alleate in un sistema di reciproco riconoscimento e collaborazione fattiva.

Grazie al Protocollo d'Intesa, firmato a giugno 2017 tra Consigliera Nazionale di Parità e Consiglio Nazionale Forense (e Commissione Pari Opportunità del CNF), un vero Patto di alleanza tra Consigliere di Parità e Avvocate/i si sta concretizzando nelle varie regioni ad opera delle instancabili Consigliere Regionali con l'organizzazione di Corsi di Alta Formazione in Diritto antidiscriminatorio di genere, per fronteggiare le molteplici discriminazioni che arrivano presso i nostri Uffici, ambito che ci compete come Consigliere di Parità e che ci assegna il d.lgs. 198/2006 e successive modifiche e integrazioni.

Quello che con il Protocollo abbiamo voluto sottolineare è, infatti, proprio questo: fiducia, competenza, relazione tra due soggetti.

E i Corsi di alta formazione non mirano solo a dare maggiori conoscenze e competenze agli/alle Avvocati/e in questo ambito, ma vogliono ribadire l'importanza del ruolo delle Consigliere di Parità ai vari livelli nel contrasto e prevenzione alle discriminazioni di genere.

La Consigliera di Parità, infatti, è una figura che risulta avere una specifica connotazione con compiti e funzioni esplicitamente declinati nella normativa vigente, taluni esclusivi rispetto agli altri organismi di parità e pari opportunità:

- è pubblico ufficiale;
- è soggetto terzo e non di parte;
- opera per promuovere e monitorare parità e pari opportunità in ambito lavorativo (formazione, accesso al lavoro, evoluzione delle carriere, aspetti previdenziali e pensionistici) e per il contrasto alle discriminazioni di genere.

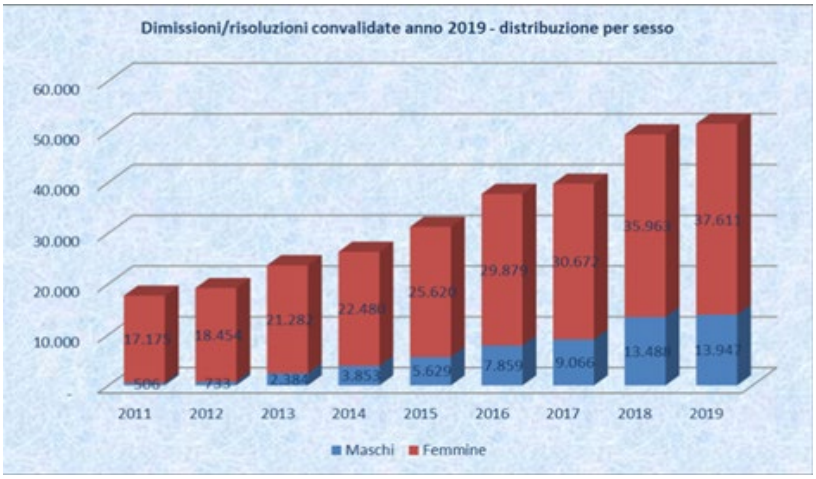
La funzione antidiscriminatoria è certamente il fulcro dell'azione propria delle Consigliere di Parità.

Nel 2018 le/gli utenti/i che si sono rivolte/i agli Uffici delle Consigliere di Parità per denunciare discriminazioni sono state 2947, tra questi: presi in carico 944, pareri (267), informazioni (1202) e riorientamento ad altri uffici (366), archiviazione (168). È interessante notare, poi, che le motivazioni principali dei casi di discriminazione individuale (delle donne), presi in carico nel 2018, siano state: la conciliazione dei tempi (241) e la maternità e paternità (107), seguono molestie (150) e molestie sessuali sui luoghi di lavoro(84)

Le Consigliere di Parità, in particolare le Consigliere Regionali, si avvalgono di strumenti importanti per conoscere e prevenire le discriminazioni e progettare azioni positive.
Tra questi il monitoraggio delle dimissioni a seguito di maternità, monitoraggio che avviene di concerto tra Consigliere di Parità e Ispettorato Nazionale del Lavoro. Il monitoraggio delle dimissioni è stato sperimentato una prima volta nel lontano 2005 grazie ad un gruppo di lavoro istituito nella Rete delle Consigliere di Parità.

È evidente dal grafico sottostante come significativo sia l'aumento delle dimissioni per maternità dal 2011 (17.175) al 2019 (37.611) e quanto lavoro ci sia da fare in questo ambito.

Un altro importante strumento è il Rapporto biennale sul personale maschile e femminile delle aziende con più di 100 dipendenti, come previsto dall'art. 46 del d.lgs. 198/2006, in ognuna delle professioni e in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, della retribuzione effettivamente corrisposta.



Scopo della prescrizione consiste nel potenziamento del sistema d'informazione di cui può disporre la Consigliera, per consentirle il controllo ed il monitoraggio costante delle situazioni aziendali, secondo distinzioni di genere, in funzione di sostegno indiretto all'elaborazione di azioni positive.

Il quadro delle informazioni così ottenute ricostruisce una mappa delle dinamiche salienti nella gestione del personale, con particolare riferimento all'accesso e alla costituzione del rapporto, ai fattori di crescita professionale e di sviluppo della carriera, nonché al trattamento retributivo ed infine ai fenomeni relativi alle procedure di mobilità e di risoluzione del rapporto di lavoro.

Una corretta redazione del rapporto da parte delle aziende può rendere chiaramente visibili i fenomeni di segregazione orizzontale e verticale, di sotto inquadramento, evidenziare le ragioni di minori opportunità di carriera o di trattamento retributivo inferiore, oppure ancora della diversa condizione delle lavoratrici rispetto ai lavoratori nell'eventualità di processi di crisi che impongono la cessazione del rapporto di lavoro.

Per le sue finalità, per l'approccio analitico, per la sua completezza, e per il fatto che si tratta di una rilevazione declinata per genere in ambito lavorativo che sia assistita dall'obbligatorietà, appare ancora oggi tra le migliori metodologie orientate ad un utilizzo operativo di cui il nostro ordinamento disponga ed, inoltre, risponde pienamente alle indicazioni della Direttiva 54/2006 che all'art. 20 invitava gli Stati membri a designare "uno o più organismi per la promozione, l'analisi, il controllo ed il sostegno della parità di trattamento di tutte le persone senza discriminazioni fondate sul sesso", i quali siano competenti ad erogare "assistenza indipendente alle vittime di discriminazione" ed a svolgere "inchieste indipendenti in materia di discriminazione" nonché la" pubblicazione di relazioni indipendenti".
La forza di questa indagine sta nella non occasionalità, ma nella continuità, nel confronto con le valutazioni precedenti per comprendere se le misure di sviluppo e di politiche del lavoro messe in campo in questi anni a livello europeo, nazionale e re-

gionale, esplicitamente mirate o meno all'occupazione femminile, abbiano prodotto un impatto positivo sul lavoro delle donne, sul piano quantitativo e qualitativo. Uno strumento importante soprattutto per le eventuali azioni collettive.

Dal 2016-2017 le Aziende immettono i dati del Rapporto direttamente sul sito del Ministero del Lavoro e questo ha reso ancora più cogente la prescrizione normativa.

In tutto questo nostro faticoso, appassionante (e non remunerativo) lavoro le Consigliere chiedono un'alleanza con le/gli Avvocate/i per ribadire che un egualitarismo astratto, cieco rispetto alle differenze, si tradurrebbe in ingiustizia.
Al diritto, del resto, non si chiede propriamente di "rendere uguali" le persone, ma piuttosto di non trattarle con disparità, di non discriminarle. Il divieto di discriminazione è appunto il criterio di cui il diritto si serve per assicurare pieno rispetto e compimento ai profili di uguaglianza che accomunano gli esseri umani, attraverso la considerazione delle differenze emergenti dalle situazioni concrete.

È un diritto dunque che "non insegue semplicemente il fatto, ma prova a cambiarlo, prova a incidere sulle strutture economiche, sociali, culturali, piuttosto che soltanto sulle strutture giuridico-formali".
Di qui la specifica funzione della Consigliera di Parità, in particolare Regionale, che può promuovere un'uguaglianza nella differenza che coinvolga tutte le dimensioni che hanno un impatto sulle prospettive di vita delle persone e sul loro rapporto con le istituzioni: dunque non solo reddito, ma anche istruzione, formazione, lavoro, partecipazione alla sfera pubblica, servizi. Ma per fare questo sono necessarie alleanze e quella con le Avvocate e Avvocati specializzate/i in Diritto Antidiscriminatorio può davvero essere molto efficace.

Come contattare la/il consigliere di parità nazionale, regionale o locale in Emila-Romagna

CONSIGLIERE DI PARITÀ	RECAPITI
CONSIGLIERA NAZIONALE	
Francesca Bagni Cipriani	06 46834069 - 4070 - 4107 consiglieranazionaleparita@lavoro.gov.it Via Fornovo 8, Pal. A - 00192 Roma
Serenella Molendini	supplente
CONSIGLIERA REGIONALE	
Sonia Alvisi	051 5273644 consparita@regione.emilia-romagna.it V.le Aldo Moro, 50 - BO
Adriana Ventura	supplente
CITTÀ METROPOLITANA BOLOGNA	
Giorgia Campana	051 6598845 Segreteria, Laura Venturi, 051 6598143 consiglieradiparita@cittametropolitana.bo.it Via Benedetto XVI, 3 - BO
FERRARA	
Donatella Orioli	0532 299240-299241 consiglieradiparita@provincia.fe.it c/o Castello Estense, Largo Castello 1 – FE
Elena Ferrari	supplente

FORLÌ – CESENA	
Castellucci Carla	0543 714545 consiglieradiparita@provincia.fc.it Carla.castellucci@provincia.fc.it P.zza Gian Battista Morgagni 2 - FO
Lentini Maria	supplente
MODENA	
Valeria Moscardino	059 209355 consigliereparita@provincia.modena.it V.le Martiri della Libertà, 34 -MO
Laura Caputo	supplente
PARMA	
Mariantonietta Calasso	0521 931623 consiglieraparita@provincia.parma.it mariantonietta.calasso@agenziapo.it V.le Martiri della Libertà, 15 - PR
Manuela Cucchi	supplente
PIACENZA	
Manuela Sodini (dimissionaria, in attesa di bando)	0523 795813 consigliera.parita@provincia.pc.it Corso Garibaldi, 50 - PC
Stefania Tagliaferri	supplente
RAVENNA	
Carmelina Fierro	0544 258404 consiglieraparita@mail.provincia.ra.it Via della Lirica 21- RA
Adriana Ventura	supplente

REGGIO EMILIA	
Maria Mondelli	0522 444809 m.mondelli@provincia.re.it consiglierapari@provincia.re.it Corso Garibaldi, 59 - RE
Francesca Bonomo	supplente
RIMINI	
Adriana Ventura	0541 363988 cons.parita@provincia.rimini.it P.zza Bornaccini 1 -RN
Marinella Mengozzi	supplente

Accordi e protocolli

Protocollo di intesa 22 giugno 2017 CNP - CNF

MINISTERO del LAVORO e delle POLITICHE SOCIALI

Consigliera Nazionale di Parità

CNF Consiglio Nazionale Forense

PROTOCOLLO DI INTESA

TRA

la CONSIGLIERA NAZIONALE DI PARITÀ, con sede in Roma, presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali -, con sede in Roma, via Fornovo, n. 8 (C.F. 80237250586), Dott.ssa Francesca Bagni Cipriani, a ciò autorizzata in forza della carica ricoperta

E

il CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE, con sede in Roma, presso il Ministero della Giustizia, e con sede amministrativa in Roma, alla via del Governo Vecchio, 3, in persona del Presidente p.t., Avv. Andrea Mascherin, a ciò autorizzato in forza della carica ricoperta;

VISTI

- il Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro per le pari opportunità, con il quale è stata nominata la Consigliera Nazionale di Parità
- le competenze alla stessa attribuite per la promozione ed il controllo dell'attuazione dei principi di uguaglianza di opportunità e di non discriminazione tra uomini e donne nel mondo del lavoro.

CONSIDERATO

- In particolare che la Consigliera Nazionale di Parità si occupa della trattazione dei casi di discriminazione di genere sul lavoro di rilevanza nazionale e della promozione di pari opportunità per lavoratori e lavoratrici.
- Che la Consigliera Nazionale di Parità è componente del Comitato nazionale di parità e coordina la Conferenza nazionale delle consigliere e dei consiglieri di parità, che comprende tutte le consigliere e i consiglieri, regionali, delle città metropolitane e delle province (così detti enti territoriali di area vasta e così di seguito nominati ex L. n.56/2014) con il compito di rafforzare le funzioni delle consigliere e dei consiglieri di parità, di accrescere l'efficacia della loro azione, di consentire lo scambio di informazioni, esperienze e buone prassi.
- Che la Consigliera Nazionale di Parità, ai sensi dell'art. 15 d.lgs. n. 198/2006, esercita le proprie funzioni nel rispetto del principio di non discriminazione e della promozione di pari opportunità per lavoratori e lavoratrici, di cui agli artt. 25 e ss. d.lgs. n. 198/2006, al fine di garantire la tutela giurisdizionale delle vittime di discriminazioni e migliorare la qualità delle azioni poste a tutela dei soggetti discriminati.

- Che le consigliere di parità, nell'ambito delle proprie attribuzioni, ai sensi dell'art. 13, 2 comma, *"svolgono funzioni di promozione e di controllo dell'attuazione dei principi di uguaglianza di opportunità e di non discriminazione tra donne e uomini nel lavoro"*.
- Il Consiglio Nazionale Forense (CNF), dotato di funzioni giurisdizionali e amministrative, è l'organo di rappresentanza istituzionale e generale dell'Avvocatura italiana istituito, quale ente pubblico non economico presso il Ministero della Giustizia, con R.D.L. 27 novembre 1933 n. 1578 e disciplinato dal Decreto Legislativo Luogotenenziale 23 novembre 1944, n. 382, normativa oggi riformata con la Legge n. 247/2012. Tra le sue principali *mission* vi è quella di garantire la qualità professionale ed il livello etico degli avvocati italiani ed a tal fine favorisce la responsabilità sociale dell'avvocatura anche promuovendo la formazione continua individuando anche nuovi settori di sviluppo dell'attività professionale e relativi profili professionali.
- Il CNF nel febbraio 2003 ha costituito la Commissione per le Pari Opportunità particolarmente dedicata a favorire ed assistere il percorso dell'avvocatura femminile e impegnata contro tutte le forme di discriminazione.

- La commissione per le Pari Opportunità assicura attraverso i Comitati Pari Opportunità locali una concreta diffusione a livello territoriale della cultura di parità e l'individuazione di azioni positive.

SI CONVIENE E STIPULA QUANTO SEGUE

Art. 1.

Oggetto e finalità.

Con il presente Protocollo i firmatari confermano la comune volontà e il comune impegno, nel rispetto dei rispettivi ruoli e attribuzioni, di sviluppare un rapporto di collaborazione non oneroso, finalizzato alla definizione di un comune progetto destinato in via sperimentale a favorire il giusto accesso alla giustizia per le vittime di discriminazioni e promuovere una strategia integrata di prevenzione e contrasto delle discriminazioni, nonché favorire l'emersione del fenomeno della discriminazione attraverso un monitoraggio dei procedimenti per i diversi fattori di discriminazione.

Art. 2.

Impegno.

Per il raggiungimento degli obiettivi di cui al presente accordo i firmatari si propongono di realizzare mediante avviso pubblico, una Short- list di avvocate/i specializzati in diritto del lavoro e in diritto

antidiscriminatorio a supporto delle Consigliere regionali, degli Enti di area vasta e Nazionale.

La Short-list di avvocate/i specializzate/i sarà a disposizione della Consigliera Nazionale, delle Consigliere regionali, delle città metropolitane e degli enti di area vasta, le quali possono scegliere o meno, qualora abbiano necessità, di individuare all'interno della lista stessa i soggetti cui affidare eventuali incarichi professionali.

Art. 3.

Modalità attuative.

Le parti si avvalgono delle proprie strutture, senza alcun onere finanziario, per l'attuazione del presente Protocollo, per l'attività di verifica e di monitoraggio delle iniziative.

Art. 4.

Comitato tecnico di gestione.

E' costituito un Comitato tecnico con funzioni di indirizzo e gestione delle attività previste dal presente Protocollo.

Il Comitato è composto da:

a) La Consigliera Nazionale di Parità, in qualità di Presidente e un rappresentante dell'Ufficio della Consigliera Nazionale di Parità da lei nominato.

b) Due rappresentante del CPO del CNF.

Al Comitato spetta l'attività di direzione e coordinamento, volta ad assicurare che gli obiettivi generali dell'intervento vengano conseguiti, che le attività siano realizzate in coerenza con quanto programmato con il presente Protocollo e con le esigenze di tutela espresse dagli Enti interessati dai beneficiari.

Il Comitato ha il compito di curare la realizzazione della short – list e di definire un disciplinare per il conferimento di incarico professionale agli avvocati, che potrà essere adottato dalla dalla Consigliera Nazionale di parità, dalle Consigliere regionali e di Enti di Area Vasta, ha altresì il compito di impegnarsi per l'estensione delle caratteristiche previste del Gratuito Patrocinio alle vittime di discriminazione.

L'attività di monitoraggio ed aggiornamento delle attività, nonché di diffusione dei risultati, deve essere oggetto di programmazione con riunioni periodiche del Comitato tecnico di gestione.

Art. 5.

Ambito di applicazione.

Il progetto di cui al presente Protocollo si riferisce ad ogni procedimento giudiziale e/o stragiudiziale, in ambito civile e penale, in cui si rappresenti l'esigenza da parte della Consigliera Nazionale, delle Consigliere regionali, degli Enti di area vasta Libro III, Titolo I, Capo III del d.lgs.n.198/2006.

MINISTERO del LAVORO e delle POLITICHE SOCIALI

Consigliera Nazionale di Parità

CNF Consiglio Nazionale Forense

Art. 6.

Durata e modifiche.

Il presente Protocollo non ha scadenza e può essere, d'accordo tra le Parti, integrato, implementato e modificato per iscritto in ogni momento.

Roma, 22 giugno 2017

la Consigliera Nazionale di Parità
Dott.ssa Francesca Bagni Cipriani

il Presidente
del Consiglio Nazionale Forense
Avv. Andrea Mascherin

Accordo quadro europeo 8.11.2007

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Bruxelles, 8.11.2007
COM(2007) 686 definitivo

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL CONSIGLIO E AL PARLAMENTO EUROPEO

che presenta l'accordo quadro europeo sulle molestie e la violenza sul luogo di lavoro

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL CONSIGLIO E AL PARLAMENTO EUROPEO

che presenta l'accordo quadro europeo sulle molestie e la violenza sul luogo di lavoro

La presente comunicazione mira ad informare il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea circa l'accordo quadro europeo relativo alle molestie e alla violenza sul luogo di lavoro, firmato il 26 aprile 2007 da: CES, BUSINESSEUROPE, UEAPME e CEEP. Si tratta del terzo accordo autonomo negoziato dalle parti sociali europee a livello intersettoriale, che fa seguito ad una consultazione organizzata dalla Commissione europea a titolo dell'articolo 138 del trattato CE.

Il 23 dicembre 2004 la Commissione ha deciso di avviare la prima fase di consultazione delle parti sociali in merito al tema della violenza sul luogo di lavoro e dei suoi effetti sulla salute e sulla sicurezza sul lavoro[1], nel quadro del programma della Commissione in materia di salute e sicurezza sul lavoro, definito nella strategia comunitaria per la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro 2002-2006.

Le parti sociali europee a livello intersettoriale hanno successivamente informato la Commissione della loro intenzione di organizzare un seminario su tale aspetto al fine di analizzare la possibilità di negoziare un accordo autonomo, conformemente al loro programma di lavoro sul dialogo sociale per il periodo 2003-2005. A seguito di tale seminario, le organizzazioni hanno elaborato i rispettivi mandati di negoziato e aperto ufficialmente i negoziati il 6 febbraio 2006. I negoziati relativi ad un accordo quadro sono durati più di dieci mesi e si sono conclusi con successo il 15 dicembre 2006. A seguito dell'approvazione da parte degli organismi decisionali interni delle quattro organizzazioni delle parti sociali partecipanti ai negoziati, l'accordo è stato ufficialmente firmato il 27 aprile 2007 alla presenza di Vladimír Špidla, commissario responsabile dell'occupazione, degli affari sociali e delle pari opportunità, e presentato alla stampa.

L'accordo mira a impedire e, se del caso, a gestire i problemi di prepotenza, molestie sessuali e violenza fisica sul luogo di lavoro. Esso condanna tutte le forme di molestia e di violenza e conferma il dovere del datore di lavoro di tutelare i lavoratori contro tali rischi. Le imprese in Europa sono tenute ad adottare una politica di tolleranza zero nei confronti di tali comportamenti e a fissare procedure per gestire i casi di molestie e violenza laddove essi si verifichino. Le procedure possono comprendere una fase informale con la partecipazione di una persona che goda della fiducia tanto della direzione che dei lavoratori. I ricorsi andranno esaminati e risolti rapidamente. Occorre rispettare i principi di dignità, riservatezza, imparzialità ed equo trattamento. Contro i colpevoli saranno adottate misure adeguate, dall'azione disciplinare fino al licenziamento, mentre alle vittime sarà fornita, se del caso, assistenza nel processo di reinserimento.

L'accordo autonomo va applicato dai membri delle parti firmatarie, cioè dalle organizzazioni nazionali delle parti sociali, conformemente alle procedure e alle prassi proprie delle parti sociali negli Stati membri, come disposto dalla prima opzione dell'articolo 139, paragrafo 2

---

[1] C/2004/5220.

del trattato CE. L'accordo va attuato entro tre anni dalla firma. Nel quarto anno il comitato del dialogo sociale elaborerà una relazione sulla sua attuazione.

Pur rispettando il principio dell'autonomia delle parti sociali, la Commissione riveste un ruolo particolare nel caso specifico degli accordi autonomi attuati conformemente alla prima opzione dell'articolo 139, paragrafo 2, del trattato CE, ove tale accordo risulti da una consultazione secondo l'articolo 138[2]. In particolare, la Commissione si è impegnata a pubblicare gli accordi autonomi e ad informare il Parlamento europeo e il Consiglio previa valutazione del testo. Tale valutazione a priori riguarda sia la rappresentatività delle parti firmatarie sia il contenuto dell'accordo.

Rappresentatività: Come già in studi precedenti, la Commissione ritiene che le parti firmatarie siano, collettivamente, sufficientemente rappresentative[3] delle parti sociali da potere firmare accordi intersettoriali a livello europeo. Molte volte in passato esse hanno dimostrato la propria capacità di concludere accordi quadro europei. Tutte le parti firmatarie hanno il mandato di rappresentare i rispettivi membri nei negoziati nell'ambito del dialogo sociale e hanno approvato l'accordo conformemente alle rispettive procedure interne di decisione.

Contenuto: Le varie disposizioni dell'accordo quadro sulle molestie e sulla violenza sul luogo di lavoro sono conformi al diritto comunitario e gli obiettivi coincidono con quelli della politica europea in materia di salute e di sicurezza sul lavoro. L'accordo opta per un approccio attivo piuttosto che giuridico al fine di risolvere il problema delle molestie e della violenza a livello dell'impresa. La Commissione ritiene l'accordo un utile contributo delle parti sociali alla protezione non soltanto della salute e della sicurezza, ma anche della dignità dei lavoratori, nonché alla promozione di organizzazioni moderne del lavoro. In quanto tale, l'accordo rappresenta un valore aggiunto per le relative legislazioni europea e nazionali e si ispira al documento di consultazione della Commissione.

Alla luce della valutazione a priori, la Commissione ha deciso di informare il Parlamento europeo e il Consiglio dell'accordo quadro sulle molestie e sulla violenza sul luogo di lavoro.

---

2 Cfr. COM(2004) 557 del 12.8.2004.

3 La valutazione della rappresentatività delle parti sociali europee si basa sui tre criteri illustrati nel documento COM(93) 600. Per essere considerate rappresentative, le organizzazioni delle parti sociali debbono:
- essere intersettoriali, settoriali o categoriali ed essere organizzate a livello europeo;
- essere composte da organizzazioni riconosciute come parte integrante delle strutture delle parti sociali degli Stati membri, essere abilitate a negoziare accordi e, nei limiti del possibile, essere rappresentative di tutti gli Stati membri;
- disporre di strutture adeguate che consentano loro di partecipare in modo efficace al processo di consultazione.

Inoltre la Commissione invita le istituzioni europee a promuovere l'accordo con tutti i loro mezzi, fornendo un'adeguata pubblicità e sostenendo l'attuazione a livello nazionale.

La Commissione fornirà tutto l'aiuto necessario alle parti sociali durante il processo di attuazione. Inoltre, una volta scaduto il periodo di attuazione, la Commissione, pur concedendo la precedenza ai controlli effettuati dalle parti sociali stesse, effettuerà i propri controlli per valutare fino a che punto l'accordo abbia contribuito al raggiungimento degli obiettivi comunitari.

ALLEGATO

ACCORDO QUADRO SULLE MOLESTIE E SULLA VIOLENZA SUL LUOGO DI LAVORO

26 aprile 2007

(Fa fede unicamente la versione inglese. La presente traduzione non è stata verificata né approvata dalle parti sociali.)

1. INTRODUZIONE

Il rispetto reciproco della dignità a tutti i livelli sul luogo di lavoro è una delle caratteristiche principali delle organizzazioni di successo. Per questo motivo le molestie e la violenza sono inaccettabili. BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP e CES (come pure il comitato di collegamento EUROCADRES/CEC) le condannano in tutte le loro forme. Essi ritengono che sia nell'interesse tanto del datore di lavoro quanto dei lavoratori affrontare la questione, che può comportare gravi conseguenze sociali ed economiche.

Le legislazioni nazionali e comunitaria[4] stabiliscono l'obbligo dei datori di lavoro di proteggere i lavoratori contro le molestie e la violenza sul luogo di lavoro.

Varie sono le forme di molestie e di violenza che possono presentarsi sul luogo di lavoro. Esse possono:

– essere di natura fisica, psicologica e/o sessuale;

– costituire incidenti isolati o comportamenti più sistematici;

– avvenire tra colleghi, tra superiori e subordinati o da parte di terzi, ad esempio clienti, pazienti, studenti, ecc.;

– andare da manifestazioni lievi di mancanza di rispetto ad altri atti più gravi, ad esempio reati che richiedono l'intervento delle autorità pubbliche.

Le parti sociali europee riconoscono che le molestie e la violenza possono interessare qualsiasi posto di lavoro e qualsiasi lavoratore, indipendentemente dall'ampiezza dell'impresa, dal settore di attività o dalla forma di contratto o di relazione di lavoro.

---

[4] Nella legislazione comunitaria figurano, tra l'altro, le direttive seguenti:
- Direttiva 2000/43/CE, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica
- Direttiva 2000/78/CE, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro
- Direttiva 2002/73/CE, del 23 settembre 2002, che modifica la direttiva 76/207/CEE 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
- Direttiva 89/391/CEE concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro.

Peraltro alcuni gruppi e settori possono essere più a rischio di altri. Nella pratica il fenomeno non interessa tutti i posti di lavoro né tutti i lavoratori.

Il presente accordo riguarda le forme di molestie e di violenza di competenza delle parti sociali e corrisponde alla descrizione di cui al punto 3 seguente.

2. OBIETTIVO

Il presente accordo ha l'obiettivo di:

– sensibilizzare maggiormente i datori di lavoro, i lavoratori e i loro rappresentanti sulle molestie e sulla violenza sul luogo di lavoro;

– fornire ai datori di lavoro, ai lavoratori e ai loro rappresentanti a tutti i livelli un quadro di azioni concrete per individuare, prevenire e gestire le situazioni di molestie e di violenza sul luogo di lavoro.

3. DESCRIZIONE

Molestie e violenza sono l'espressione di comportamenti inaccettabili di uno o più individui e possono assumere varie forme, alcune delle quali sono più facilmente identificabili di altre. L'ambiente di lavoro può influire sull'esposizione delle persone alle molestie e alla violenze.

Le molestie avvengono quando uno o più lavoratori o dirigenti sono ripetutamente e deliberatamente maltrattati, minacciati e/o umiliati in circostanze connesse al lavoro.

La violenza interviene quando uno o più lavoratori o dirigenti sono aggrediti in circostanze connesse al lavoro.

Molestie e violenza possono essere esercitate da uno o più lavoratori o dirigenti, allo scopo e con l'effetto di ferire la dignità della persona interessata, nuocere alla sua salute e/o creare un ambiente di lavoro ostile.

4. PREVENIRE, RICONOSCERE E GESTIRE LE SITUAZIONI DI MOLESTIE E VIOLENZA

Una maggiore consapevolezza e una formazione adeguata dei dirigenti e dei lavoratori possono ridurre le probabilità di molestie e di violenza sul luogo di lavoro.

Le imprese debbono elaborare una dichiarazione precisa che indichi che le molestie e la violenza non saranno tollerate. Tale dichiarazione deve specificare le procedure da seguire in caso di incidenti. Le procedure possono includere una fase informale in cui una persona che gode della fiducia tanto della direzione quanto dei lavoratori è disponibile per fornire consigli e assistenza. È possibile che procedure preesistenti siano adeguate a far fronte ai problemi di molestie e violenza.

Una procedura adeguata deve ispirarsi ma non limitarsi alle seguenti considerazioni:

– é nell'interesse di tutte le parti agire con la discrezione necessaria per tutelare la dignità e la vita privata di tutti;

– non vanno divulgate informazioni alle parti non implicate nel caso;

– i ricorsi debbono essere esaminati e trattati senza indebiti ritardi;

– tutte le parti coinvolte debbono fruire di un'audizione imparziale e di un trattamento equo;

– i ricorsi debbono essere sostenuti da informazioni particolareggiate;

– non vanno tollerate false accuse, che potranno esporre gli autori a misure disciplinari;

– può rivelarsi utile un'assistenza esterna.

Ove siano state constatate molestie e violenza, occorre adottare misure adeguate nei confronti del/degli autore/i. Tali misure possono andare da sanzioni disciplinari al licenziamento.

La/le vittima/e deve/devono ricevere sostegno e, se del caso, essere assistita/e nel processo di reinserimento.

I datori di lavoro, in consultazione con i lavoratori e/o i loro rappresentanti, elaborano, riesaminano e controllano tali procedure, al fine di garantirne l'efficacia nella prevenzione dei problemi e nella loro risoluzione, ove essi sorgano.

Se del caso, le disposizioni del presente capitolo possono essere applicate ai casi di violenza esterna.

5. ATTUAZIONE E VERIFICA

Nel contesto dell'articolo 139 del trattato, il presente accordo quadro autonomo europeo impegna i membri di BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP e CES (nonché il comitato di collegamento EUROCADRES/CEC) ad attuarlo secondo le procedure e le prassi proprie alle parti sociali negli Stati membri e nei paesi dello Spazio economico europeo.

Le parti firmatarie invitano altresì le relative organizzazioni associate nei paesi candidati ad attuare il presente accordo.

Il presente accordo sarà attuato entro tre anni dalla data della firma.

Le organizzazioni associate riferiranno al comitato del dialogo sociale circa l'attuazione del presente accordo. Durante i primi tre anni dalla data della firma il comitato del dialogo sociale elaborerà e adotterà una tabella annuale con un quadro riassuntivo dell'andamento dell'attuazione dell'accordo. Nel quarto anno il comitato del dialogo sociale elaborerà una relazione completa sulle misure di attuazione; la relazione sarà adottata dalle parti sociali europee.

Alla scadenza dei cinque anni dalla data della firma le parti firmatarie valuteranno e riesamineranno l'accordo, qualora una di esse ne faccia richiesta.

In caso di dubbi circa il contenuto del presente accordo, le organizzazioni associate interessate possono, separatamente o congiuntamente, rivolgersi alle parti firmatarie, che risponderanno alle domande congiuntamente o separatamente.

Nel quadro dell'attuazione del presente accordo, i membri delle parti firmatarie eviteranno di imporre alle PMI un onere di lavoro eccessivo.

L'attuazione del presente accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di protezione offerto ai lavoratori nel campo coperto dal presente accordo.

Il presente accordo non pregiudica il diritto delle parti sociali di concludere, al livello appropriato, compreso quello europeo, accordi intesi ad adeguare e/o a completare il presente accordo di modo che esso tenga conto delle esigenze specifiche delle parti sociali interessate.

John Monks
General Secretary
of ETUC
(on behalf of the
trade union delegation)

Philippe de Buck
Secretary General
of BUSINESSEUROPE

Hans-Werner Müller
Secretary General
of UEAPME

Rainer Plassmann
Secretary General
of CEEP

ETUC / CES

European trade union confederation
Bd. du Roi Albert II, 5
1210 Brussels
www.etuc.org

BUSINESSEUROPE

The Confederation of European Business
Av. de Cortenbergh 168
1000 Brussels
www.businesseurope.eu

UEAPME

European association of craft small and medium-sized enterprises
Rue Jacques de Lalaing, 4
1040 Brussels
www.ueapme.com

CEEP

European centre of enterprises with public participation and of enterprises of general economic interest
Rue de la Charité, 15
1210 Brussels
www.ceep.eu

Accordo Regionale RER 17 maggio 2018 CONFAPI – CGIL, CISL e UIL

CGIL EMILIA ROMAGNA — CISL EMILIA ROMAGNA — UIL Emilia Romagna e Bologna — CONFAPI INDUSTRIA EMILIA ROMAGNA

ACCORDO REGIONALE
SULLE MOLESTIE E LA VIOLENZA NEI LUOGHI DI LAVORO

In data 17 maggio 2018 le OO.SS. Emilia Romagna rappresentate per CGIL da Antonella Raspadori, per CISL da Elisa Fiorani e Giorgio Graziani, per UIL da Giuseppina Morolli e CONFAPI Industria Emilia Romagna rappresentata da Cristian Camisa

preso atto

dell'**Accordo Quadro sulle molestie e violenza nei luoghi di lavoro** sottoscritto il 26 aprile 2007 dalle Parti Sociali Europee BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP e ETUC che si intende qui **integralmente richiamato** (allegato A)

richiamando

- l'articolo 2087 del codice civile per il quale il datore di lavoro "è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro";
- il D.Lgs. 81/2008, che prevede in capo al datore di lavoro l'obbligo di valutare tutti i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori e delle lavoratrici, tenendo in considerazione (ai sensi dell'art 28) anche quelli connessi allo stress lavoro-correlato, nell'ambito dei rischi psico sociali, come le molestie e la violenza;
- la normativa nazionale in materia di molestie e violenza, e in particolare il D.lgs. 198/2006 Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, il cui art 26 "Molestie e molestie sessuali" (comma 3 bis e ter) in particolare sancisce che:
  - "la lavoratrice o il lavoratore che agisce in giudizio per la dichiarazione delle discriminazioni per molestia o molestia sessuale non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, determinati dalla denuncia stessa. (...)";
  - "I datori di lavoro sono tenuti, ai sensi dell'articolo 2087 del codice civile, ad assicurare condizioni di lavoro tali da garantire l'integrità fisica e morale e la dignità dei lavoratori, anche concordando con le organizzazioni sindacali dei lavoratori le iniziative, di natura informativa e formativa, più opportune al fine di prevenire il fenomeno delle molestie sessuali nei luoghi di lavoro. Le imprese, i sindacati, i datori di lavoro e i lavoratori e le lavoratrici si impegnano ad assicurare il mantenimento nei luoghi di lavoro di un ambiente di lavoro in cui sia rispettata la dignità di ognuno e siano favorite le relazioni interpersonali, basate su principi di eguaglianza e di reciproca correttezza";

Altresì, l'art. 55bis (commi 4-6) "Nozione di discriminazione" che, così, stabilisce che:
"Sono considerate come discriminazioni, ai sensi del presente titolo, anche le molestie, ovvero quei comportamenti indesiderati, fondati sul sesso, aventi come oggetto o conseguenza la lesione della dignità di una persona e la creazione di un ambiente intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo.
Sono considerate come discriminazioni, ai sensi del presente titolo, anche le molestie sessuali,

ovvero quei comportamenti indesiderati con connotazioni sessuali, espressi a livello fisico, verbale o non verbale, aventi come oggetto o conseguenza la lesione della dignità di una persona, in particolare con la creazione di un ambiente intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo. L'ordine di discriminare persone direttamente o indirettamente a motivo del sesso è considerato una discriminazione, ai sensi del presente titolo."

- i contenuti della Legge quadro regionale n. 6/2014 per la parità e contro le discriminazioni di genere, che individua le parti sociali sia come soggetti titolari del Tavolo regionale permanente per le politiche di genere (art.38), sia come attori della prevenzione contro la violenza di genere, indicati nel Piano regionale;

riconoscendo

- la necessità di valorizzare l'adozione di buone pratiche da parte dei datori di lavoro anche ai fini del riconoscimento delle cosiddette certificazioni etiche o di benefici da parte di INAIL ed INPS, nonché dell'assegnazione dell'etichetta GED (Gender equality and diversity label) prevista dall'art 30 L.R. 6/2014

ribadiscono che

- ogni atto o comportamento che si configuri come molestia o violenza sul lavoro, secondo le definizioni richiamate, è inaccettabile;
- la dignità delle lavoratrici e dei lavoratori non può essere violata da atti o comportamenti che configurano molestie o violenze;
- i comportamenti molesti o la violenza subiti nei luoghi di lavoro vanno denunciati;
- le lavoratrici, i lavoratori e i datori di lavoro hanno il dovere di collaborare al mantenimento di un ambiente di lavoro in cui sia rispettata la dignità di ognuno e siano favorite le relazioni interpersonali basate sui principi di uguaglianza e reciproca correttezza.

Sulla base di queste premesse e sul valore dei principi espressi, le parti condividono l'impegno a:

- dare la massima diffusione del presente Accordo regionale nei territori ed in particolare nei luoghi di lavoro tra le lavoratrici e i lavoratori e i datori di lavoro e a promuoverne l'attuazione anche attraverso la contrattazione di secondo livello, nei modi e nelle forme individuati dagli accordi aziendali;
- promuovere l'adozione della **dichiarazione allegata al presente accordo (all.1),** derivante anche dal citato Accordo quadro europeo, nelle imprese e nelle unità produttive delle imprese del territorio, anche al fine di diffondere, all'interno dei contesti organizzativi, il principio dell'inaccettabilità di ogni atto o comportamento che si configuri come molestia o violenza nei luoghi di lavoro;
- promuovere attività finalizzate alla sensibilizzazione degli attori ed alla prevenzione dei fenomeni, in particolare attraverso iniziative di informazione e di formazione di dirigenti, preposti, lavoratori, RLS, RLST, RSPP, medico competente, finanziate anche attraverso l'utilizzo di risorse pubbliche, per prevenire l'insorgere di comportamenti molesti e violenti nei luoghi di lavoro attraverso la diffusione di una maggiore consapevolezza e capacità di discernimento del fenomeno e dei comportamenti a rischio;
- adottare misure organizzative e procedurali volte alla prevenzione, alla gestione e alla cessazione di eventuali casi di molestie e violenza, anche da parte di terzi;
- responsabilizzare i datori di lavoro per garantire la tutela di lavoratrici e lavoratori da qualsiasi forma diretta o indiretta di ritorsione o penalizzazione in seguito a segnalazione o denuncia di molestie e violenze;
- rendere note le procedure di sostegno alle vittime, quali:
  1) **la rete regionale delle Consigliere di Parità, con le strutture e i recapiti (all.2),** alle quali le vittime di molestie e violenza potranno liberamente rivolgersi, e che per la loro specifica

competenza sono ritenute le più idonee per affrontare le problematiche dirette e indirette di questi eventi, con la discrezione necessaria a proteggere la dignità e la riservatezza di ciascun soggetto coinvolto;

2) la sperimentazione da parte della Regione Emilia-Romagna di percorsi di ascolto e supporto dedicati alle vittime presso i consultori delle AUSL.

In un'ottica più generale le parti si impegnano, inoltre, a promuovere presso i datori di lavoro:

- l'inserimento lavorativo per sostenere l'autonomia economica di chi segue un percorso di uscita dalla violenza, anche verificando le opportunità offerte dalla Legge Regionale 14/15 (Disciplina a sostegno dell'inserimento lavorativo e dell'inclusione sociale delle persone in condizione di fragilità e vulnerabilità);
- l'attuazione della normativa sui congedi a favore delle lavoratrici vittime di violenza di genere.

Per verificare l'attuazione del presente accordo, le parti prevedono un monitoraggio periodico, con cadenza almeno annuale, che potranno proporre all'attenzione dell'Osservatorio definito dall'art. 18 della Legge regionale quadro n.6/2014.

Il presente Accordo verrà trasmesso a tutti gli associati a CONFAPI Industria Emilia Romagna, attraverso i mezzi più idonei a garantirne la maggiore diffusione e conoscenza.

CGIL Emilia-Romagna

CISL Emilia-Romagna

UIL Emilia-Romagna

CONFAPI INDUSTRIA Emilia Romagna CONFAPINDUSTRIA EMILIA ROMAGNA

Bologna, 17 maggio 2018

ALLEGATO A

Traduzione

ACCORDO QUADRO SULLE MOLESTIE E LA VIOLENZA NEI LUOGHI DI LAVORO

1. INTRODUZIONE

Il rispetto reciproco della dignità degli altri a tutti i livelli all'interno dei luoghi di lavoro è una delle caratteristiche fondamentali delle organizzazioni di successo. Questa è la ragione per cui le molestie e la violenza sono inaccettabili. BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP e ETUC (nonché il comitato di collegamento EUROCADRES/CEC) le condannano in tutte le loro forme. Ritengono che sia interesse reciproco dei datori di lavoro e dei lavoratori e delle lavoratrici affrontare tale questione, che può avere delle gravi conseguenze di carattere sociale ed economico.

La legislazione comunitaria e quella nazionale stabiliscono l'obbligo dei datori di lavoro di proteggere i lavoratori e le lavoratrici dalle molestie e dalla violenza nel luogo di lavoro.

Differenti forme di molestie e di violenza possono presentarsi sul luogo di lavoro. Queste possono:

- essere di natura fisica, psicologica e/o sessuale
- costituire episodi isolati o comportamenti più sistematici
- avvenire tra colleghi, tra superiori e subordinati o da parte di terzi, come ad esempio, clienti, pazienti, studenti etc.
- andare da casi minori di mancanza di rispetto ad atti più gravi, ivi inclusi reati che richiedono l'intervento delle pubbliche autorità.

Le parti sociali europee riconoscono che le molestie e la violenza possono potenzialmente presentarsi in qualsiasi luogo di lavoro e riguardare qualunque lavoratore o lavoratrice, indipendentemente dalla dimensione aziendale, dal rispettivo settore di attività o dalla tipologia del contratto o del rapporto di lavoro. Tuttavia, alcuni gruppi e settori possono essere più a rischio. Ciò non significa che tutti i posti di lavoro e tutti i lavoratori e le lavoratrici sono a rischio.

Il presente accordo riguarda quelle forme di molestie e di violenza di competenza delle parti sociali che corrispondono alla descrizione fatta al paragrafo 3 sotto riportato.

2. FINALITÀ

La finalità del presente accordo è di:

- aumentare la consapevolezza dei datori di lavoro, dei lavoratori e delle lavoratrici e dei loro rappresentanti sulle molestie e sulla violenza nei luoghi di lavoro.
- fornire ai datori di lavoro, ai lavoratori e alle lavoratrici e ai loro rappresentanti ad ogni livello, un quadro di azione concrete per individuare, prevenire e gestire i problemi derivanti da molestie e violenza nei luoghi di lavoro.

3. DESCRIZIONE

Le molestie e la violenza sono dovute a comportamenti inaccettabili di uno o più individui e possono avere diverse forme, alcune delle quali sono più facilmente identificabili di altre. L'ambiente di lavoro può influire sull'esposizione delle persone alle molestie e alla violenza.

Le molestie si verificano quando uno o più lavoratori o lavoratrici subiscono ripetutamente e deliberatamente abusi, minacce e/o umiliazioni in contesto di lavoro.

La violenza si verifica quando uno o più lavoratori vengono aggrediti in contesto di lavoro.

Le molestie e la violenza possono essere esercitate da uno o più superiori, o da uno o più lavoratori o lavoratrici, con lo scopo o l'effetto di violare la dignità della persona , di nuocere alla salute e/o di creare un ambiente di lavoro ostile.

4. PREVENIRE, INDIVIDUARE E GESTIRE I CASI DI MOLESTIE E DI VIOLENZA

La maggiore consapevolezza e una formazione adeguata dei superiori e dei lavoratori e delle lavoratrici possono ridurre l'eventualità di molestie e violenza nei luoghi di lavoro.

Le imprese sono chiamate ad adottare una dichiarazione che sottolinei che le molestie e la violenza non verranno tollerate.

La dichiarazione specificherà le procedure da seguire qualora si verifichino dei casi.

Le procedure possono includere una fase informale nella quale una persona indicata di comune accordo dalle parti sociali sia disponibile a fornire consulenza e assistenza. Procedure già adottate possono essere idonee per affrontare le molestie e la violenza.

Una adeguata procedura sarà ispirata, ma non limitata, ai seguenti aspetti:

- è interesse di tutte le parti procedere con la necessaria discrezione per proteggere la dignità e la riservatezza di ciascuno
- nessuna informazione deve essere resa nota a persone non coinvolte nel caso
- i casi segnalati devono essere esaminati e gestiti senza indebito ritardo
- tutte le parti coinvolte devono essere ascoltate e trattate con correttezza e imparzialità
- i casi segnalati devono essere fondati su informazioni particolareggiate
- le false accuse non devono essere tollerate e possono dare luogo ad un'azione disciplinare
- può rivelarsi utile un'assistenza esterna

Qualora venga accertato che si sono verificate delle molestie o violenze, occorre adottare misure adeguate nei confronti di colui o coloro che le hanno poste in essere. Ciò può includere un'azione disciplinare che può comprendere il licenziamento.

Le vittime riceveranno sostegno e, se necessario, verranno assistite nel processo di reinserimento.

I datori di lavoro, consultati i lavoratori e le lavoratrici e/o i loro rappresentanti elaborano, attuano e verificano l'efficacia di queste procedure per prevenire e affrontare i problemi che si dovessero presentare.

Ove opportuno, le disposizioni del presente capitolo possono essere applicate nei casi di violenza esterna posta in essere, ad esempio, da parte di clienti, pazienti e studenti etc.

5. ATTUAZIONE E *FOLLOW-UP*

Ai sensi dell'articolo 139 del Trattato, il presente accordo quadro volontario a livello Europeo impegna i membri di BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP ed ETUC (nonché il comitato di collegamento EUROCADRES/CEC) ad attuarlo in conformità alle specifiche procedure e prassi delle parti sociali in ciascuno Stato membro e nei Paesi dello spazio economico europeo.

Inoltre, le parti firmatarie invitano le rispettive organizzazioni affiliate nei Paesi candidati ad applicare il presente accordo.

Le organizzazioni affiliate forniranno un resoconto sull'applicazione del presente accordo al Comitato per il Dialogo Sociale. Nei primi tre anni dalla data di sottoscrizione del presente accordo, il Comitato per il Dialogo Sociale predisporrà annualmente una tabella riepilogativa sull'evoluzione in corso relativamente all'applicazione dell'accordo. Un rapporto completo sulle misure attuative adottate sarà predisposto dal Comitato per il Dialogo Sociale e verrà adottata dalle parti sociali Europee nel corso del quarto anno.

Le parti firmatarie valuteranno e rivedranno l'accordo in qualsiasi momento a decorrere dal quinto anno dalla data della firma, se richiesto da una di esse.

In caso di controversie sul contenuto del presente accordo, le organizzazioni affiliate interessate possono congiuntamente o separatamente rivolgersi alle parti firmatarie, che risponderanno congiuntamente o separatamente.

Nell'applicazione del presente accordo, le associazioni aderenti alle parti firmatarie eviteranno oneri superflui a carico delle piccole e medie imprese.

L'applicazione del presente accordo non costituisce valida base per ridurre il livello generale di protezione fornito ai lavoratori e alle lavoratrici nell'ambito dello stesso.

Il presente accordo non pregiudica il diritto delle parti sociali di concludere, a livello adeguato, incluso quello europeo, accordi che lo adattino e/o integrino in modo da tener conto di specifiche necessità delle parti sociali interessate.

Firme:

John Monks
Segretario generale ETUC
(per conto della delegazione sindacale)

Philippe de Buck
Segretario generale BUSINESSEUROPE

Hans-Werner Müller
Segretario generale UEAPME

Rainer Plassmann
Segretario generale CEEP

Allegato 1

DICHIARAZIONE

"ai sensi dell'Accordo quadro sulle molestie e la violenza nei luoghi di lavoro"
del 26 aprile 2007

L'azienda ..... ritiene inaccettabile ogni atto o comportamento che si configuri come molestie o violenza nel luogo di lavoro, e si impegna ad adottare misure adeguate nei confronti di colui o coloro che le hanno poste in essere.

Per molestie o violenza si intende quanto stabilito dalle definizioni previste dall'Accordo e qui di seguito riportato:

> "Le molestie si verificano quando uno o più individui subiscono ripetutamente e deliberatamente abusi, minacce e/o umiliazioni in contesto di lavoro.
>
> La violenza si verifica quando uno o più individui vengono aggrediti in contesto di lavoro.
>
> Le molestie e la violenza possono essere esercitate da uno o più superiori, o da uno o più lavoratori o lavoratrici, con lo scopo o l'effetto di violare la dignità della persona, di nuocere alla salute e/o di creare un ambiente di lavoro ostile".

Riconosce, inoltre, il principio che la dignità degli individui non può essere violata da atti o comportamenti che configurano molestie o violenza e che vanno denunciati i comportamenti molesti o la violenza subite sul luogo di lavoro.

Nell'azienda tutti hanno il dovere di collaborare al mantenimento di un ambiente di lavoro in cui sia rispettata la dignità di ognuno e siano favorite le relazioni interpersonali, basate su principi di eguaglianza e di reciproca correttezza, anche in attuazione dell'Accordo delle parti sociali europee del 26 aprile 2007.

Firma del datore di lavoro

ALLEGATO 2

CONSIGLIERE DI PARITA'	RECAPITI
MANUELA SODINI Stefania Tagliaferri (supplente) **Piacenza**	0523 795814 roberta.solari@provincia.pc.it consigliera.parita@provincia.pc.it
MARIANTONIETTA CALASSO Manuela Cucchi (supplente) **Parma**	0521 931791 FAX 0521 931318 consiglieraparita@provincia.parma.it
MARIA MONDELLI Francesca Bonomo (supplente) **Reggio Emilia**	0522 444809 m.mondelli@provincia.re.it consiglierapari@provincia.re.it
BARBARA MAIANI **Modena**	059 209355 consiglierediparita@provincia.modena.it
GIORGIA CAMPANA Laura Venturi (supplente) **Città Metropolitana Bologna**	051 6598845 consiglieradiparita@cittametropolitana.bo.it
DONATELLA ORIOLI **Ferrara**	0532 299241 consiglieradiparita@provincia.fe.it
CASTELLUCCI CARLA Lentini Maria (supplente) **Forlì - Cesena**	0543 714545 carla.castellucci@provincia.fc.it pariopp@provincia.forli-cesena.it
SONIA ALVISI Arianna Orru (supplente) **Ravenna**	0544 258404 consiglieraparita@mail.provincia.ra.it
CARMELINA FIERRO Mariella Mengozzi (supplente) **Rimini**	0541 363988 cons.parita@provincia.rimini.it

Le fonti normative del diritto antidiscriminatorio. Elenco dei titoli di legge

(Aggiornamento dal Codice contro le discriminazioni 2012 del Difensore Civico della Regione Emilia-Romagna)

1. NORME DI CARATTERE GENERALE

Costituzione della Repubblica Italiana, deliberazione Assemblea.

Costituente 22 Dicembre 1947, entrata in vigore il 1° gennaio 1948.

1.1 Normativa Internazionale

Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea

Generale delle Nazioni Unite il 10 Dicembre 1948.

1.2 Normativa dell'Unione Europea

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, 12 Dicembre 2007.

Versione consolidata del Trattato sull'Unione Europea.

Versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali

1.3 Normativa italiana

Legge 24 luglio 1954, n. 722. Ratifica della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951.

Legge 4 agosto 1955, n. 848. Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmata a Parigi il 20 marzo 1952.

Legge 25 ottobre 1977, n. 881. Ratifica ed esecuzione del patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali, e culturali, nonché del patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, con protocollo facoltativo, adottati e aperti alla firma di New York rispettivamente il 16 e il 19 Dicembre 1966.

Legge 27 maggio 1991, n. 176. Ratifica ed esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989.

Legge 9 febbraio 1999, n. 30. Ratifica ed esecuzione della Carta Sociale Europea, riveduta, con annesso, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996.

Legge 8 novembre 2000, n. 328. Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali.

D.lgs. 27 maggio 2005, n. 116. Attuazione della Direttiva 2003/8/CE intesa a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di norme minime comuni relative al patrocinio a spese dello Stato in tali controversie.

1.4. Normativa regionale

Legge Regionale 31 marzo 2005, n. 13. Statuto della Regione Emilia-Romagna. Testo coordinato con le modifiche apportate da Legge Regionale 27 luglio 2009, n. 12

Legge Regionale 22 dicembre 2009, n. 24. Legge finanziaria regionale adottata a norma dell'articolo 40 della Legge Regionale 15 novembre 2001, n. 40 in coincidenza con l'approvazione del bilancio di previsione della Regione Emilia-Romagna per l'esercizio finanziario 2010 e del bilancio pluriennale 2010-2012.

Legge Regionale 27 giugno 2014, n. 6, Legge quadro per la parità e contro le discriminazioni di genere.

2. DISABILITÀ

2.1 Normativa Europea

Regolamento (CE) n. 1107/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 relativo ai diritti delle persone con disabilità e delle persone a mobilità ridotta nel trasporto aereo.

2.2 Normativa italiana

Legge 10 febbraio 1692, n. 66. Nuove disposizioni relative all'Opera nazionale per i ciechi civili.

Legge 26 maggio 1970, n. 381. Aumento del contributo ordinario dello Stato a favore dell'Ente nazionale per la protezione e l'assistenza ai sordomuti e delle misure dell'assegno di assistenza ai sordomuti.

Legge 27 maggio 1970, n. 382. Disposizioni in materia di assistenza ai ciechi civili.

Legge 30 marzo 1971, n. 118. Conversione in legge del D.L. 30 gennaio 1971, n. 5, e nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili.

Legge 14 febbraio 1974, n. 37. Gratuità del trasporto dei cani guida dei ciechi sui mezzi di trasporto pubblico.

Legge 4 agosto 1977, n. 517. Norme sulla valutazione degli alunni e e sull'abolizione degli esami di riparazione nonché altre norme di modifica dell'ordinamento.

Legge 11 febbraio 1980, n. 18. Indennità di accompagnamento agli invalidi civili totalmente inabili.

Legge 29 marzo 1985, n. 113. Aggiornamento della disciplina del collocamento al lavoro e del rapporto di lavoro dei centralinisti non vedenti.

Legge 21 novembre 1988, n. 508. Norme integrative in materia di assistenza economica agli invalidi civili, ai ciechi civili ed ai sordomuti.

D.lgs. 23 novembre 1988, n. 509. Norme per la revisione delle categorie delle minorazioni e malattie invalidanti, nonché dei benefici previsti dalla legislazione vigente per le medesime categorie, ai sensi dell'art. 2 comma 1, della Legge 26 luglio 1988, n. 291.

Legge 9 gennaio 1989, n. 13. Disposizioni per favorire il superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati.

D.M. 14 giugno 1989, n. 236. Prescrizioni tecniche necessarie a garantire l'accessibilità l'adattabilità e la visitabilità degli edifici privati e di edilizia residenziale pubblica sovvenzionata e agevolata, ai fini del superamento e dell'eliminazione delle barriere architettoniche.

Legge 5 febbraio 1992, n. 104. Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate.

D.L. 27 agosto 1993, n. 234. Proroga dei termini di durata in carica degli amministratori straordinari delle unità sanitarie locali, nonché norme per le attestazioni da parte delle unità sanitarie locali della condizione di handicappato in ordine all'istruzione scolastica e per la concessione di un contributo compensativo all'Unione italiana ciechi.

D.P.R. 24 luglio 1996, n. 503. Regolamento recante norme per l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici, spazi, e servizi pubblici.

Legge 12 marzo 1999, n. 68. Norme per il diritto al lavoro dei disabili.

D.P.C.M. 13 gennaio 2000, n. 91. Atto di indirizzo e coordinamento in materia di collocamento obbligatorio dei disabili, a norma dell'art. 1, comma 4, della Legge 12 marzo 1999, n. 68.

D.P.R. 10 ottobre 2000, n. 333. Regolamento di esecuzione della Legge 12 marzo 1999, n. 68, recante norme per il diritto al lavoro dei disabili.

Legge 21 novembre 2000, n. 342. Misure in materia fiscale.

D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

Legge 3 aprile 2001, n. 138. Classificazione e quantificazione delle minorazioni visive e norme in materia di accertamenti oculistici.

Legge 9 gennaio 2004, n. 4. Disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici.

Legge 1° marzo 2006, n. 67. Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazione.

D.lgs. 24 febbraio 2009, n. 24. Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni del regolamento (CE) n. 1107/2006 relativo ai diritti delle persone con disabilità e delle persone a mobilità ridotta nel trasporto aereo.

Legge 3 marzo 2009, n. 18. Ratifica ed esecuzione della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, con Protocollo opzionale, fatta a New York il 13 dicembre 2006 e istituzione dell'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità.

D.P.C.M. 23 febbraio 2009, n. 31. Regolamento di disciplina del contrassegno da apporre sui supporti, ai sensi dell'articolo 181-bis della Legge 22 aprile 1941, n. 633.

D.lgs. 1° luglio 2009, n. 78. Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini. D.L. convertito con modificazioni dalla Legge 3 agosto 2009, n. 102.

Legge 24 giugno 2010, n. 107. Misure per il riconoscimento dei diritti delle persone sordocieche.

Legge 11 marzo 2011, n. 25. Interpretazione autentica del comma 2 dell'articolo 1 della Legge 23 novembre 1998, n. 407, in materia di applicazione delle disposizioni concernenti le assunzioni obbligatorie e le quote di riserva in favore dei disabili.

D.L. 6 luglio 2011, n. 98. Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria, convertito con modificazioni dalla Legge 15 luglio 2011, n. 111.

D.P.R. 27 luglio 2011, n. 171. Regolamento di attuazione in materia di risoluzione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche dello Stato e degli enti pubblici nazionali in caso di permanente inidoneità psicofisica, a norma dell'articolo 55-octies del D.lgs 30 marzo 2001, n. 165.

D.P.R. 30 luglio 2012, n. 151. Regolamento recante modifiche al D.P.R. 16 dicembre

1992, n. 495, concernente il regolamento di esecuzione e attuazione del Nuovo codice della strada, in materia di strutture, contrassegno e segnaletica per facilitare la mobilità delle persone invalide.

D.P.C.M. 5 dicembre 2013, n. 159. Regolamento concernente la revisione delle modalità di determinazione e i campi di applicazione dell'Indicatore della situazione economica equivalente.

Legge 13 luglio 2015, n. 107. Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti.

Legge 18 agosto 2015, n. 134. Disposizioni in materia di diagnosi, cura e abilitazione delle persone con disturbi dello spettro autistico e di assistenza alle famiglie.

D.lgs. 14 settembre 2015, n. 150. Disposizioni per il riordino della normativa in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della Legge 10 dicembre 2014, n. 183.

D.lgs. 14 settembre 2015, n. 151. Disposizioni di razionalizzazione e semplificazione delle procedure e degli adempimenti a carico di cittadini e imprese e altre disposizioni in materia di rapporto di lavoro e pari opportunità, in attuazione della Legge 10 dicembre 2014, n. 183.

Legge 22 giugno 2016, n. 218. Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare.

D.lgs. 26 agosto 2016, n. 179. Modifiche ed integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale, di cui al D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell'articolo 1 della Legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche. (16G00192).

Legge 14 novembre 2016, n. 220. Disciplina del cinema e dell'audiovisivo (art. 3 lett. g).

D.M. del lavoro e delle politiche sociali 23 novembre 2016. Requisiti per l'accesso alle misure di assistenza, cura e protezione a carico del Fondo per l'assistenza alle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare, nonché ripartizione alle Regioni delle risorse per l'anno 2016.

D.P.R. 10 gennaio 2017, n. 23. Regolamento concernente modifiche al D.P.R. 30 aprile 1999, n. 162, per l'attuazione della Direttiva 2014/33/UE relativa agli ascensori ed ai componenti di sicurezza degli ascensori nonché per l'esercizio degli ascensori.

D.L. 20 febbraio 2017, n. 14. Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città.

D.lgs. 27 febbraio 2017, n. 43. Riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, concernente il Comitato italiano paralimpico, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, let-

tera f), della Legge 7 agosto 2015, n. 124.

D.lgs. 13 aprile 2017, n. 66. Norme per la promozione dell'inclusione scolastica degli studenti con disabilità, a norma dell'articolo 1, commi 180 e 181, lettera c), della Legge 13 luglio 2015, n. 107.

D.P.C.M. 23 maggio 2017, n. 87. Regolamento di attuazione dell'articolo 1, commi da 199 a 205, della Legge 11 dicembre 2016, n. 232, in materia di riduzione del requisito contributivo di accesso al pensionamento anticipato per i lavoratori c.d. precoci .

D.P.R. 12 ottobre 2017. Adozione del secondo programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità.

Legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento.

Legge 3 maggio 2019, n. 37. Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2018. Attuazione della Direttiva (UE) 2017/1564 relativa a taluni utilizzi consentiti di determinate opere e di altro materiale protetto da diritto d'autore e da diritti connessi a beneficio delle persone non vedenti, con disabilità visive o con altre difficoltà nella lettura di testi a stampa. Modifiche alla Legge 22 aprile 1941, n 633.

D.lgs. 10 agosto 2018, n. 106. Attuazione della Direttiva (UE) 2016/2102 relativa all'accessibilità dei siti web e delle applicazioni mobili degli enti pubblici.

Circolare AgID n. 2 del 23 settembre 2015 Specifiche tecniche sull'hardware, il software e le tecnologie assistive delle postazioni di lavoro a disposizione del dipendente con disabilità.

Circolare AgID n. 3/2017 Raccomandazioni e precisazioni sull'accessibilità digitale dei servizi pubblici erogati a sportello dalla Pubblica Amministrazione, in sintonia con i requisiti dei servizi online e dei servizi interni.

Normativa Regione Emilia-Romagna

Legge Regionale 21 agosto 1997, n. 29. Norme e provvedimenti per favorire le opportunità di vita autonoma e l'integrazione sociale delle persone disabili. Testo coordinato con le modifiche apportate da: L. R. 12 marzo 2003 n. 2.

Legge Regionale 1° agosto 2005, n. 17. Norme per la promozione dell'occupazione, della qualità, sicurezza e regolarità del lavoro.

Legge Regionale 19 febbraio 2008, n. 4. Disciplina degli accertamenti della disabilità - ulteriori misure di semplificazione ed altre disposizioni in materia sanitaria e sociale.

Legge Regionale 28 marzo 2014, n. 2. Norme per il riconoscimento ed il sostegno del

caregiver familiare (persona che presta volontariamente cura e assistenza). (Linee attuative: DGR 858/2017).

Legge Regionale 15 luglio 2016, n. 11. Modifiche legislative in materia di politiche sociali, abitative, per le giovani generazioni e servizi educativi per la prima infanzia, conseguenti alla riforma del sistema di governo regionale e locale.

Legge Regionale 22 ottobre 2018, n. 15. Legge sulla partecipazione all'elaborazione delle politiche pubbliche.

3. RAZZA, GRUPPO CULTURALE, ETNIA, NAZIONALITÀ, RELIGIONE

3.1 Normativa internazionale

Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 1965.

3.2 Normativa dell'Unione Europea

Direttiva 2000/43/CE. Consiglio del 29 giugno 2000. Parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

3.3 Normativa italiana

Legge 20 giugno 1952, n. 645. Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione.

Legge 13 ottobre 1975, n. 654. Ratifica ed esecuzione della Convenzione Internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966.

D.L. 26 aprile 1993, n. 122. Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa. Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla Legge 25 giugno 1993, n. 205.

Legge 28 agosto 1997, n. 302. Ratifica ed esecuzione della Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali, fatta a Strasburgo il 1° febbraio 1995.

D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286. Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

D.lgs. 9 luglio 2003, n. 215. Attuazione della Direttiva 2000/43/CE per la Parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

D.M. 16 dicembre 2005. Istituzione dell'elenco delle associazioni ed enti legittimati

ad agire in giudizio in nome, per conto o a sostegno del soggetto passivo di discriminazione basata su motivi razziali etnici di cui all'articolo 5 del D.lgs. 9 luglio 2003, n. 205.

D.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30. Attuazione della Direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

D.lgs. 19 novembre 2007, n. 251. Attuazione della Direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della Protezione riconosciuta.

3.4 Normative della Regione Emilia-Romagna

Legge Regionale 24 marzo 2004, n. 5. Norme per l'integrazione sociale dei cittadini stranieri immigrati. Modifiche alle Leggi Regionali 21 febbraio 1990, n. 14 e 12 marzo 2003, n. 2.

4. GENERE

4.1 Normativa internazionale

Convenzione sui diritti politici della donna, firmata a New York il 31 marzo 1953, entrato in vigore il 7 luglio 1954 (testo ufficiale in inglese).

Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne, risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite 48/04 del 24 febbraio 1994.

Protocollo opzionale alla convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne, adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 6 ottobre 1999.

Consiglio d'Europa Raccomandazione CM/Rec(2019)1 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla prevenzione e la lotta contro il sessismo.

Convenzione sull'eliminazione della violenza e delle molestie nel mondo del lavoro n. 190 del 10 giugno 2019 della Conferenza generale dell'Organizzazione Internazionale del lavoro.

4.2 Normativa dell'Unione Europea

Direttiva 13 dicembre 2004, n. 2004/113/CE Direttiva del Consiglio che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso ai beni e servizi e la loro fornitura.

4.3 Normativa italiana

Legge 9 dicembre 1977, n. 903. Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro.

Legge 14 marzo 1985, n. 132. Ratifica ed esecuzione della convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979.

D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Norme Generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

D.lgs. 11 aprile 2006, n. 198. Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della Legge 28 novembre 2005, n. 246 (come modificato nel 2015 e poi con Legge 27 dicembre 2017, n. 205, cd. Legge di Bilancio 2018).

D.P.R. 14 maggio 2007, n. 115. Regolamento per il riordino della Commissione per le pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 29 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223 convertito, con modificazioni, dalla Legge 4 agosto 2006, n. 248.

D.lgs. 6 novembre 2007, n. 196. Attuazione della Direttiva 2004/113/CE che hanno il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso ai beni e servizi e la loro fornitura.

D.L. 6 luglio 2011, n. 98. Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria, convertito con modificazioni dalla Legge 15 luglio 2011, n. 111.

5. DISCRIMINAZIONE IN AMBIENTE DI LAVORO

5.1 Normativa internazionale

Convenzione sull'eliminazione della violenza e delle molestie nel mondo del lavoro n. 190 del 10 giugno 2019 della Conferenza generale dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro.

Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e delle loro famiglie, adottata per Risoluzione Assemblea Generale delle Nazioni Unite 45/158 del 18 dicembre 1990, entrata in vigore il 1° luglio 2003.

5.2 Normativa dell'Unione Europea

Direttiva 2000/78/CE del consiglio, del 27 novembre 2000, un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

Direttiva 2006/54/CE del 5 luglio 2006. Direttiva del Parlamento Europeo e del consiglio riguardante la situazione del principio delle pari opportunità e della parità di

trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione).

Direttiva 7 luglio 2010, n.41- 2010/41/UE. Direttiva del Consiglio sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma e che abroga la Direttiva 86/613/CEE del Consiglio.

5.3 Normativa italiana

Legge 6 Febbraio 1964, n. 405. Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale del lavoro n. 111, concernente la discriminazione in materia di impiego e di professione adottata a Ginevra il 25 giugno 1958.

Convenzione 25 giugno 1958. Convenzione Organizzazione Internazionale del Lavoro (O.I.L.) sulla discriminazione in materia di impiego e nelle professioni.

Legge 20 maggio 1970, n. 300. Norme sulla tutela della libertà e dignità dei sapori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento.

Legge 10 aprile 1981, n. 158. Ratifica della Convenzione Internazionale della Organizzazione Internazionale del Lavoro (O.I.L.), n. 143 del 1975.

Convenzione internazionale della Organizzazione Internazionale del lavoro (O.I.L.), n. 143 del 1975.

D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487. Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di Assunzione nei pubblici impieghi.

Legge 15 maggio 1997, n. 127. Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di controllo.

D.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61. Attuazione della Direttiva 97/81/CE relativa all'accordo-quadro sul lavoro e tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES.

D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151. Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della Legge 8 marzo 2000, n. 53.

D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Norme Generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

D.lgs. 6 settembre 2001, n. 368. Attuazione della Direttiva 1999/70/CE e relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES.

D.lgs. 9 luglio 2003, n. 216. Attuazione della Direttiva 2000/78/CE per la parità di

trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30.

Legge 24 febbraio 2006, n. 104. Modifica della disciplina normativa relativa alla tutela della maternità delle donne dirigenti.

Legge 28 giugno 2012, n. 92. disposizioni in materia di riforma del Mercato del Lavoro in una prospettiva di crescita.

Direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri, 7 luglio 2019 - Misure per promuovere le pari opportunità e rafforzare il ruolo dei Comitati unici di garanzia nelle amministrazioni pubbliche.

Legge 19 luglio 2019, n. 69 - Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere (CODICE ROSSO).

Bibliografia. Riferimenti essenziali

M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti strumenti interpreti*. Giappichelli, 2020

A.K. Giuliani, A. Brunetti www.clap-info.net/2020/11/molestie-e-discriminazioni-di-genere-nei-luoghi-di-lavoro-quali-strumenti-per-lazione-giudiziaria/

F. Bilotta, A. Zilli (a cura di), *Codice di diritto antidiscriminatorio*, Pacini editore, Pisa 2019

O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma 2017

M.Peruzzi, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Torino 2017

S. Scarponi, *Licenziamento discriminatorio, licenziamento per motivo illecito determinante*, Rivista giuridica del lavoro, II, 2016

B. Pezzini (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole. 1. Corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio*, 2012

B. Pezzini (a cura di), *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere. 2. Corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio*, 2012

A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro*, Padova 2010

L. Calafà e D. Gottardi (a cura di), *Il diritto discriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma 2009

M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano 2007

Un caso di discriminazione per maternità davanti alla Consigliera di parità di Rimini e poi al Giudice del Lavoro (scheda e sentenza)

*Carmelina Fierro**

La Consigliera di Parità di Rimini riceve una lettera da parte del sindacato per assegnazione di ferie obbligatorie/variazione di mansione ad una donna lavoratrice. Trattasi di una donna di 32 anni con due figli, di 3 anni e 18 mesi. Assunta a tempo indeterminato dal 2009 presso un'azienda di commercio all'ingrosso con 18 dipendenti di cui 4 uomini. L'attività viene gestita con 2 reparti: magazzino, segreteria/contabilità.

Al primo incontro, presentata la situazione lavorativa e familiare, la lavoratrice conferisce delega alla Consigliera ai sensi del Dlgs 198/2006. La Consigliera convoca la lavoratrice, il sindacato e l'azienda per rilevare i diversi aspetti lavorativi nelle due versioni:

- LAVORATRICE: al rientro dalla maternità non sono più in ufficio ma in magazzino a fare la magazziniera
- AZIENDA: stiamo cambiando le procedure e investendo nell'e-commerce per cui avremo un ufficio anche in magazzino dove la signora sarà responsabile

La Consigliera, alla luce di quanto esposto dall'azienda, chiede di formalizzare che trattasi di un'azione positiva e di qualificazione, rimandando a un aggiornamento entro sei mesi. Formalizza che l'azienda nella valorizzazione delle competenze necessarie al coordinamento del magazzino promuoverà un'azione positiva nei confronti della lavoratrice nel rispetto di mansioni e livelli contrattuali. Invita a monitorare l'indicatore «conciliazione dei tempi» nella valutazione dello stress lavoro correlato.

** Consigliera di Parità della Provincia di Rimini.*

AGGIORNAMENTO

Nell'aggiornamento richiesto dalla Consigliera emerge che la lavoratrice di fatto in magazzino espleta le mansioni di pulizia, ha avuto una variazione unilaterale dell'orario, non ha potuto usufruire né delle ferie, né di permessi non retribuiti per andare alle terme già prenotate per una cura prenotata in precedenza per il figlio. Pur trattandosi del consueto periodo di chiusura collettiva, la Consigliera avvia la valutazione e chiede la documentazione ritenuta necessaria. Nel frattempo la lavoratrice in data 13 agosto riceve lettera di licenziamento per giustificato motivo soggettivo per assenze ingiustificate (la lavoratrice non si presenta a lavoro nella settimana di ferie richieste per cure termali dei figli).

La documentazione richiesta con il coinvolgimento dell'Ispettorato del Lavoro e la Medicina del Lavoro di riferimento consta di: DVR- VALUTAZIONE STRESS LAVORO CORRELATO-ORGANICO con livelli e mansioni – mansionario scritto della lavoratrice - Spiegazioni formali sulla variazione d'orario e sul diniego delle ferie- LIBRO UNICO - LETTERE DI ASSUNZIONI eventuali promozioni e contestazioni dal 2010 a oggi - Eventuali procedure e regolamenti interni.

Dalla valutazione emergono i seguenti dati significativi: nel 2011 è stata formalizzata alla lavoratrice una promozione, passaggio da magazzino a ufficio, rilevato come elemento migliorativo e di riconoscimento positivo. Dal 2010 l'azienda ha sempre avuto la chiusura collettiva di 2 settimane nel mese di agosto.
Assunzione a tempo determinato di una nuova persona per sostituzione maternità.
Tale rapporto viene confermato anche dopo la maternità
Assenza di riduzione di personale all'area amministrativa
Assenza di un ufficio nel magazzino

Alla luce dei questi elementi considerati significativi, la Consigliera di Parità invia al datore di lavoro e alla lavoratrice il proprio PARERE evidenziando la SIGNIFICATIVA CORRELAZIONE CON IL RIENTRO DALLA MATERNITA'.

N. R.G. 2016/216

TRIBUNALE ORDINARIO di RIMINI

SEZIONE CIVILE

SETTORE LAVORO

Il Giudice del Lavoro Lucio Ardigo'

A scioglimento della riserva assunta nel procedimento promosso da

D[redacted] (c.f. [redacted]) rappresentato e difesa dall'avv. Riccardo FONTANA ed elettivamente domiciliata nel suo studio sito a Rimini in Via Dario Campana n.14

RICORRENTE

CONTRO

M[redacted]; rappresentata e difesa dall'avv. Elvira Miranda ed elettivamente domiciliata presso il suo studio sito a Rimini in Via Covignano n. 215

RESISTENTE

OSSERVA

D[redacted] – assunta in data 9\09\2009 dalla società convenuta con contratto a tempo indeterminato con le seguenti qualifiche : inizialmente di addetta al magazzino ed inquadramento al VI livello del CCNL TERZIARIO COMMERCIO DISTRIBUZIONE E SERVIZI , successivamente a far data dal 1\10\2011 di " *impiegata d'ordine e di segreteria con mansioni di addetta all'Ufficio Ordini* " con inquadramento al V livello del CCNL di settore ; a far data dal 1\04\2014 di addetta al magazzino mantenendo lo stesso inquadramento – ha impugnato il licenziamento per giustificato motivo soggettivo costituito dalla assenza ingiustificata dal lavoro ex art. 17 CCNL per più di tre giornate consecutive nel periodo 10-13 agosto 2015 intimato da M.[redacted] con raccomandata in data 13\08\2015 all'esito della instaurazione di procedimento disciplinare , sostenendone in via principale la natura discriminatoria e deducendo in via subordinata la legittimità della sua assenza dal lavoro

Si costituiva ritualmente in giudizio la società resistente M.[redacted] ribadendo la legittimità dell'irrogato licenziamento.

Sintetizzata in questo modo la presente vicenda processuale , il ricorso appare meritevole di integrale accoglimento .

Va in primo luogo affermata la piena applicabilità al caso di specie del nuovo rito speciale introdotto dalla legge di riforma n. 92\2012 (in vigore dal 18\07\2012) , il cui articolo 42 com'è noto ha modificato il testo dell'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 prevedendo in particolare ai commi quarto e quinto che : " *4) Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo* ***soggettivo*** *o della* ***giusta causa*** *addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una* ***sanzione conservativa*** *sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata*

Firmato Da: BIGONZI SABRINA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6d48a - Firmato Da: ARDIGO' LUCIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 121210

all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione.....5) Il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato ***motivo soggettivo*** *o della* ***giusta causa*** *addotti dal datore di lavoro, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di* ***dodici e un massimo di ventiquattro mensilità*** *dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo ...".*

La riforma in sostanza ha quindi mantenuto ferme le vecchie causali di licenziamento delineate dalla legge 604/1966 (giusta causa e giustificato motivo soggettivo), ma ha diversificato le tutele in caso di illegittimità del licenziamento per il caso in cui "*non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore*" ; ed ha ammesso la reintegrazione nel posto di lavoro (associata ad una indennità massima di 12 mensilità di retribuzione) soltanto in due ipotesi: la prima, nel caso in cui "*il fatto contestato non sussiste*"; e la seconda, allorché "*il fatto rientra tra le condotte punibili solo con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti o dei codici disciplinari applicabili*".

In tutte le *"altre ipotesi"* , secondo la nuova versione dell'art.18, non opera più la reintegrazione nel posto di lavoro ed il giudice, dichiarando risolto il rapporto di lavoro, deve riconoscere soltanto un'indennità determinata tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale.

346

Avendo peraltro il ricorrente eccepito, in prima battuta, la natura discriminatoria\ritorsiva del suo licenziamento , va qui richiamato l'art. 3 della Legge 11\05\1990 n. 108 il quale prevede come " *Il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie ai sensi dell'art. 4 della L. 15 luglio 1966 n. 604* (vale a dire quello determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa , dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali) *e dall'art. 15 della Legge 20 maggio 1979 n. 300 come modificato dall'art. 13 della Legge 9 dicembre 1977 n. 903* (con particolare riguardo alla discriminazione sindacale , politica , religiosa , razziale , di lingua o di sesso ed a quella che viola il principio di uguaglianza tra lavoratori) *è nullo indipendentemente dalla motivazione addotta e comporta , quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro , le conseguenze previste dall'art. 18 della L. 20 maggio 1970 n. 399 come modificato dalla presente legge ...*"

L'art. 2 comma della Direttiva Comunitaria 2000/78/CE in data 27\11\2000 fornisce poi la seguente nozione di discriminazione : " *1. Ai fini della presente direttiva, per «principio della parità di trattamento» si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1. 2. Ai fini del paragrafo 1: a) sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga ; b) sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone...*".

Infine il novellato art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 al primo comma dispone che " *Il giudice, con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108... ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo*

Firmato Da: BIGONZI SABRINA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6046a - Firmato Da: ARDIGO' LUCIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 12120

1345 del codice civile, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro…" .

Reintegrazione del lavoratore a cui segue ai sensi del secondo comma della citata disposizione la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno pari ad una indennità (non inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto) commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione – dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione per lo svolgimento di altre attività lavorative – ed al versamento per lo stesso periodo dei contributi previdenziali e assistenziali.

Secondo la ricorrente il carattere chiaramente discriminatorio del suo licenziamento sarebbe evincibile :

– dall'avvenuto demansionamento (da impiegata d'ordine ad addetta al magazzino) operato arbitrariamente dalla azienda dopo il suo rientro dalla seconda maternità in chiara violazione dell'art. 56 primo comma del Dlgs 151/2001 - secondo il quale "*al termine dei periodi di divieto al lavoro previsti dal Capo II e III, le lavoratrici hanno diritto di conservare il posto di lavoro e, salvo che espressamente vi rinuncino, di rientrare nella stessa unità produttiva ove erano occupate all'inizio del periodo di gravidanza o in altra ubicata nel medesimo comune e di rimanervi fino al compimento di un anno di età del bambino; hanno altresì diritto di essere adibite alle mansioni da ultimo svolte o a mansioni equivalenti* " : fatto questo che provocava tra l'altro alla ricorrente un " *disturbo dell'adattamento e dell'umore depresso*" certificato in atti ;

– dalle ferie forzate della durata di ben 41 giorni lavorativi (dal 28\02\2015 al 20 Aprile 2015) imposto unilateralmente dalla azienda ;

– dal diniego della concessione di un periodo di *aspettativa/congedo per gravi motivi famigliari* nel periodo lavoro dal 10 al 23 Agosto 2015 formalmente richiesto dalla lavoratrice alla azienda ex art. 157 CCNL Commercio con note scritte in data 5 e 7 agosto 2015 ;

– dall'avere contestato la M[redacted] l'assenza della lavoratrice nella giornata del 10 Agosto 2015 in cui la ricorrente era stata invece convocata dalla Consigliera di Parità per un incontro effettivamente tenutosi alle ore 9,00 presso la Provincia di Rimini .

Risulta allora decisivo come l'azienda resistente nella sua memoria difensiva non sia stata in grado di contestare specificamente le evidente anomalie del rapporto di lavoro della ricorrente verificatesi al rientro dalla sua seconda maternità nonché del provvedimento espulsivo adottato dalla azienda dopo appena due giorni dalla irrogazione della contestazione disciplinare nonostante l'invito contenuto nella stessa missiva in data 11\08\2015 rivolto alla lavoratrice di presentare le proprie giustificazioni " *entro cinque giorni dal ricevimento della presente richiesta* ".

Appaiono allora pienamente condivisibile la valutazione effettuata in data 12\10\2015 dalla Consigliera di Parità che nel caso di specie ha debitamente segnalato : "*…la discriminazione di genere derivante da una significativa correlazione del rientro a lavoro dalla maternità della lavoratrice, con :- cambiamento di mansione senza preventiva comunicazione alla lavoratrice, - cambiamento di reparto e postazione di lavoro, - incremento dell'organico nell'ufficio di provenienza della lavoratrice, - conferma della persona assunta in sostituzione della sig.ra D[redacted] che, al momento della valutazione, risultava essere ancora in forza, - variazione unilaterale dell'orario di lavoro penalizzante le esigenze di conciliazione della lavoratrice madre (esigenze che erano state adeguatamente comunicate al datore di lavoro), - mancata riconsiderazione dell'indicatore "conciliazione dei tempi vita – lavoro" come predisposto dalle linee guida Inail (Dlgs 81/2008 e s.m.) nella valutazione dello stress da lavoro correlato, - assenza di azioni positive, quali buone prassi di prevenzione e quale azione di promozione di salute e benessere organizzato, - inasprimento della conflittualità tra le parti…* " e confermato " *…la presenza di*

Firmato Da: BIGONZI SABRINA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6d48a - Firmato Da: ARDIGO' LUCIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 121210

comportamenti discriminatori finalizzati all'espulsione della lavoratrice dal contesto lavorativo; intento confermato dalla successiva risoluzione del rapporto di lavoro..." .

Ne consegue la dichiarazione di illegittimità del licenziamento intimato alla ricorrente in quanto discriminatorio con tutte le conseguenze di legge .

Le spese di lite seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Visto l'art. 18 primo comma L. 300/70

DICHIARA

1) Dichiara la nullità del licenziamento discriminatorio intimato a D'[redacted] con nota in data 13\08\2015 e , per l'effetto , ordina a M.[redacted] in persona del legale rappresentante pro tempore di reintegrare D'[redacted] nel suo posto di lavoro nonché a versare allo stesso a titolo di risarcimento del danno una indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto (pari nella specie ad € 1.819,39) dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione (dedotto quanto percepito dal lavoratore e , nel periodo di estromissione, per lo svolgimento eventuale di altre attività lavorative) , oltre al versamento per lo stesso periodo dei contributi previdenziali e assistenziali .

2) Condanna M.[redacted] in persona del legale rappresentante pro tempore al pagamento in favore della ricorrente delle spese processuali consistenti nel compenso del difensore che si liquidano ai sensi del regolamento n.55 del 2014 in € 4.192,00 (di cui € 547,00 a titolo di rimborso delle spese forfettarie) , oltre a I.V.A. e C.P.A. nella misura di legge da distrarsi in favore del procuratore dichiaratosi antistatario .

Si comunichi.

Rimini , li 12/09/2016

IL GIUDICE

LUCIO ARDIGO'

ato Da: BIGONZI SABRINA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 6d48a - Firmato Da: ARDIGO' LUCIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 12120

Un caso di discriminazione per maternità davanti alla Consigliera di parità di Modena nell'atto di intervento ad adiuvandum

*Mirella Guicciardi**

TRIBUNALE CIVILE DI MODENA

-SEZIONE LAVORO-

R.G.L. 359/2014 UDIENZA 15 OTTOBRE 2014 G.d.L. DOTT.SSA VACCARI

Nel ricorso ex art. 414 c.p.c. promosso da

MRM, ricorrente, con l'Avv…

CONTRO

SPA., resistente,

CON INTERVENTO AD ADIUVANDUM

CONSIGLIERA DI PARITA' DELLA PROVINCIA DI MODENA, nella persona della dott.ssa prof.ssa Barbara Maiani, interveniente, con l'Avv. Prof. Mirella Guicciardi.

Oggetto: accertamento comportamenti discriminatori / mobbizzanti posti in essere al rientro dalla maternità– strategia negativa in danno della ricorrente – straining / bossing - dequalificazione professionale - risarcimento danni patrimoniali e non patrimoniali. C.C.N.L.: Tessili

* * * * *

INTERVENTO AD ADIUVANDUM DELLA CONSIGLIERA DI PARITA' DELLA PROVINCIA DI MODENA ai sensi dell'art.38 Decreto legislativo 11.04.2006 n. 198 per la ricorrente MRM.

La CONSIGLIERA DI PARITA' EFFETTIVA DELLA PROVINCIA DI MODENA, nella persona della dott.ssa prof.ssa Barbara Maiani, con sede in Modena (MO), Viale Martiri della Libertà n. 34, presso Direzione Generale URP Pari Opportunità della Provincia di

** Avvocata del Foro di Modena, già Vice Presidente CPO Ordine Avvocati di Modena.*

Modena, P.IVA 01375710363, elettivamente domiciliata in Modena (MO), Corso Canalgrande n. 26, presso lo studio e nella persona dell'Avv. Prof. Mirella Guicciardi, che la rappresenta e difende in forza di procura alle liti posta in calce al presente atto e come affidamento di incarico libero professionale con determinazione del Direttore generale dott. Ferruccio Masetti della Provincia di Modena n. 24 in data 02 ottobre 2014 agli atti, che dichiara di voler ricevere le notificazioni, le comunicazioni e gli avvisi di Cancelleria presso il proprio fax 059-241465 e presso il proprio indirizzo di p.e.c. mirella.guicciardi@ordineavvmodena.it, C.F. GCCMLL52P64F240T, così come indicati ai sensi degli artt. 125, 136 e 170 c.p.c. e dell'art. 37 D.L. 6 luglio 2011, n. 98 (convertito in legge 15 luglio 2011, n. 111) e successive modifiche ed integrazioni.

PREMESSE IN FATTO

1. In data 13 Novembre 2013 la lavoratrice MRM, assistita dal legale Avv., inviava una lettera raccomandata A/R all'Ufficio della Consigliera di parità della Provincia di Modena avente ad oggetto "Contestazione comportamenti discriminatori, dequalificazione professionale e comportamenti vessatori / mobbizzanti" perpetrato dalla società SPA., ai sensi del Decreto legislativo n. 198/2006, che si produce doc. n.6;

2. in data 05-12-2013 la Consigliera di parità convocava la lavoratrice unitamente al di Lei legale Avv. e MRM sottoscriveva la scheda informativa e di incarico di assistenza e rappresentanza ai sensi del D.lgvo n. 198/2006 ora D.lgvo n.5/2010 onde porre in essere ogni azione utile a tutela degli interessi della stessa lavoratrice per la tutela avente ad oggetto discriminazione al rientro dalla maternità (docc. nn. 9-10);

3. la Consigliera di parità apprendeva i seguenti fatti: (omissis)

   - che in data 8 giugno 2012, la signora MRM si assentava per maternità (doc. 20 ricorso); -che in data 7 agosto 2012, la ricorrente inviava al Presidente una *e-mail* con la quale annunciava che il primo agosto era nata Rebecca ed il Presidente le rispondeva: "*complimenti ….. e cazzi tuoi adesso"* (doc. 21 ricorso);

   - che decorsi alcuni giorni dal rientro dopo il periodo di astensione per maternità (4 marzo 2013), la signora MRM veniva convocata dalla signora X (doc. 22 ricorso), la quale, nel corso dell'incontro, Le proponeva di risolvere il rapporto di lavoro a fronte della sottoscrizione di un nuovo contratto a termine della durata di otto mesi con il ruolo di *buyer;*

   - che la proposta veniva declinata dalla signora MRM che non poteva ovviamente permettersi di rimanere priva di occupazione dopo pochi mesi dal rientro, con una bimba appena nata;

   - che trascorsi alcuni giorni, la stessa signora X ricontattava la lavoratrice

proponendoLe di recarsi in Polonia dove la società gestiva alcuni negozi;

- che a seguito della domanda della MRM in merito alla gestione della bimba, quest'ultima Le rispondeva: *"l'allattamento lo fai in Polonia"*;

- che il giorno 5 marzo 2013, la signora MRM inoltrava alla società la richiesta dei permessi previsti per l'allattamento, che prevedevano un orario di lavoro pari a sei ore giornaliere da lunedì a venerdì con termine alle ore 16.00 (v.doc. 24 ricorso);

- che rientrata al lavoro (la data del 4.03.2013 era stata concordata preventivamente con l'azienda), alla lavoratrice non Le venivano assegnate le mansioni che aveva svolto prima dell'astensione per maternità, non Le veniva riconsegnato né il computer, né il cellulare, nè l'auto aziendale, e non Le venivano riconosciuti il fondo spese e la carta di credito;

- che in pratica la lavoratrice, privata degli strumenti di lavoro, si ritrovava a svolgere esclusivamente semplici mansioni esecutive che consistevano nel sistemare / riordinare le vetrine o i punti vendita (v. doc. 25 ricorso);

- che SPA Le impediva di beneficiare delle due ore giornaliere per l'allattamento; -che la ricorrente non si occupava più dell'immagine del prodotto o di intrattenere i rapporti con i fornitori o ancora di intrattenere i rapporti con gli addetti ai punti vendita, ossia di tutte quelle attività già dettagliatamente descritte nei precedenti punti. (omissis). I fatti prospettati ed i documenti prodotti ovvero demansionamento al rientro dalla maternità, intimazione alla risoluzione del rapporto di lavoro, vessazioni continue (es. isolamento dai/le Colleghi/ghe anche attraverso esclusione da riunioni di lavoro, mail, omesse informazioni importanti sul lavoro), violazione delle norme sulla tutela della maternità, dimostravano il comportamento discriminatorio di genere onde legittimare la Consigliera di parità in qualità di pubblico ufficiale a procedere con invito formale al Datore di lavoro SPA di presentarsi onde accertare i fatti, così come previsto dal D.lgvo 198/2006 ora D.lgvo n.5/2010;

4. in data 12-12-2013 la Consigliera di parità inviava a mezzo fax la richiesta di incontro a SPA., che si produce (doc. n. 11);

5. in data 16-01-2014 le parti: la lavoratrice MRM ed il legale Avv ed il Datore di lavoro ed il legale si presentavano avanti la Consigliera di parità al fine di accertare i fatti denunciati e perfezionare un contradittorio sulla discriminazione denunciata;

6. i tentativi di conciliare la vertenza, ovvero invito formale della Consigliera di parità di rimuovere immediatamente la discriminazione ed il comportamento in palese violazione alle norme di legge con ripristino della mansione, ebbero un esito negativo, come da relazione della Consigliera di parità in data 01/10/2014

che si produce doc. n. 4;

7. la documentazione prodotta e i fatti lamentati hanno dimostrato in maniera palese il pregiudizio ed il grave danno professionale subito dalla lavoratrice per effetto della discriminazione di genere quali: impoverimento delle capacità professionali acquisite, correlato alla mancata acquisizione di una maggiore capacità; frustrazione di ragionevoli aspettative di progressione professionale; mancanza di costante aggiornamento sul campo, tenuto conto della continua evoluzione del mercato e dell'esclusione ai corsi di aggiornamento aziendali, lesione del prestigio, dell'immagine, del decoro e dell'umiliazione subita in azienda; demansionamento e dequalificazione, non concessione dei permessi per allattamento, mobbing;

8. la certificazione medica e la relazione medica prodotte dalla ricorrente hanno riconosciuto il danno biologico e morale subito, in particolare vedasi la documentazione dell'Ospedale in data 08.01.2014 (doc. 48 ricorso);

9. successivamente nell'aprile 2014 la lavoratrice era, quindi, costretta a rassegnare le dimissioni per giusta causa con mandato a procedere per la tutela dei propri diritti;

10. in data 07-04-2014 l'Avv. …notificavano alla Consigliera di parità della Provincia di Modena per chiedere l'intervento ad adiuvandum a favore della lavoratrice MRM come previsto ex lege;

11. stante la discriminazione accertata e l'interesse ancora attuale, appare legittimo e lecito l'intervento ad adiuvandum della Consigliera di parità della Provincia di Modena, in quanto competente per territorio, ai sensi del D.lgvo 198/2006 ore D.lgvo n.5/2010, al fine di denunciare i comportamenti illeciti e discriminatori, per i seguenti

MOTIVI DI DIRITTO

Preme richiamare in toto tutte le premesse e le motivazioni in diritto spiegate dalla ricorrente che si devono intendere parte integrante del presente atto.

In primis, appare precipuo fare un breve excursus normativo al fine di inquadrare la discriminazione.

DECRETO LEGISLATIVO N.198/2006 del 11-04-2006 CODICE PARI OPPORTUNITA' ora DECRETO LEGISLATIVO N.5 IN DATA 25-01-2010

Art. 1 *(Divieto di discriminazione tra uomo e donna)*

(L. 14 maggio 1985, n. 132, art. 1)

1. Le disposizioni del presente decreto hanno ad oggetto le misure volte ad eliminare ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso, che abbia come conse-

guenza, o come scopo, di compromettere o impedire il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo.

Capo I Nozioni di discriminazione

Art. 26 *(Discriminazione diretta e indiretta)*

(L. 10 aprile 1991, n. 125, art. 4, commi 1 e 2)

1. Costituisce discriminazione diretta, ai sensi del presente titolo, qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e comunque il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga.

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

Divieti di discriminazione

Art. 28 *(Divieti di discriminazione nell'accesso al lavoro)*

(L. 9 dicembre 1977, n. 903, art. 1, commi 1, 2, 3 e 4; L. 10 aprile 1991, n. 125, art. 4, comma 3)

1. È vietata qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda l'accesso al lavoro, in forma subordinata, autonoma o in qualsiasi altra forma, indipendentemente dalle modalità di assunzione e qualunque sia il settore o il ramo di attività, a tutti i livelli della gerarchia professionale.

2. La discriminazione di cui al comma 1 è vietata anche se attuata:

1) attraverso il riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza;

2) in modo indiretto, attraverso meccanismi di preselezione ovvero a mezzo stampa o con qualsiasi altra forma pubblicitaria che indichi come requisito professionale l'appartenenza all'uno o all'altro sesso.

3. Il divieto di cui ai commi 1 e 2 si applica anche alle iniziative in materia di orientamento, formazione, perfezionamento e aggiornamento professionale, per quanto concerne sia l'accesso sia i contenuti, nonché all'affiliazione e all'attività in un'organizzazione di lavoratori o datori di lavoro, o in qualunque organizzazione i

cui membri esercitino una particolare professione, e alle prestazioni erogate da tali organizzazioni.

4. Eventuali deroghe alle disposizioni che precedono sono ammesse soltanto per mansioni di lavoro particolarmente pesanti individuate attraverso la contrattazione collettiva.

5. Nei concorsi pubblici e nelle forme di selezione attuate, anche a mezzo di terzi, da datori di lavoro privati e pubbliche amministrazioni la prestazione richiesta dev'essere accompagnata dalle parole «dell'uno o dell'altro sesso», fatta eccezione per i casi in cui il riferimento al sesso costituisca requisito essenziale per la natura del lavoro o della prestazione.

6. Non costituisce discriminazione condizionare all'appartenenza ad un determinato sesso l'assunzione in attività della moda, dell'arte e dello spettacolo, quando ciò sia essenziale alla natura del lavoro o della prestazione.

Art. 29 *(Divieto di discriminazione retributiva)*

(L. 9 dicembre 1977, n. 903, art. 2)

1. La lavoratrice ha diritto alla stessa retribuzione del lavoratore quando le prestazioni richieste siano uguali o di pari valore.

2. I sistemi di classificazione professionale ai fini della determinazione delle retribuzioni debbono adottare criteri comuni per uomini e donne

Art. 30 *(Divieti di discriminazione nella prestazione lavorativa e nella carriera)*

(L. 9 dicembre 1977, n. 903, art. 3)

1. È vietata qualsiasi discriminazione fra uomini e donne per quanto riguarda l'attribuzione delle qualifiche, delle mansioni e la progressione nella carriera."

Orbene, la situazione denunciata dalla lavoratrice deve essere esaminata sotto vari aspetti dal punto di vista giuridico nel senso che si rende necessaria una premessa sul concetto di discriminazione in quanto concetto diverso dalla nozione di parità di trattamento. Mentre il principio di parità di trattamento implica un obbligo positivo, ossia che sia riconosciuto il medesimo trattamento a coloro che si trovano nella stessa situazione, ed un trattamento ragionevolmente differenziato a coloro che si trovano in situazioni differenti, il divieto di discriminazione consiste invece nel divieto di differenziazioni di trattamento fondate su differenze (di sesso, lingua, razza, religione, opinioni politiche e sindacali) che l'ordinamento non ritiene ammissibili. Le norme sulla discriminazione si limitano dunque ad imporre dei divieti, dei limiti di ordine negativo, non degli obblighi di carattere positivo. Ebbene, il nostro ordinamento, mentre accoglie in modo molto timido il principio di parità di trattamento nell'ambito del rapporto di lavoro, è invece caratterizzato da una efficace strumentazione contro i comportamenti discriminatori. A tal proposito, occorre ricordare:

- i principi Costituzionali espressi dall'art. 3 e 37; le norme Costituzionali in materia di libertà di espressione del pensiero e di diritti sindacali, politici, religiosi. Il divieto di discriminazione si pone dunque come principio fondamentale dell'ordinamento, e come vincolo all'attività sia dello Stato che dei privati; gli artt. 1345 e 1418 del codice civile, in base ai quali deve ritenersi nullo qualsiasi contratto, patto, accordo (anche collettivo), atto giuridico discriminatorio: il motivo discriminatorio, in quanto motivo illecito, compromette la validità del contratto o dell'atto giuridico, rendendolo nullo; LA LEGGE 9 DICEMBRE 1977, N. 903: A) MODIFICA L'ART. 15 DELLO STATUTO AGGIUNGENDO ALLE DISCRIMINAZIONI PER MOTIVI POLITICI, SINDACALI E RELIGIOSI QUELLE RAZZIALI, DI LINGUA E DI SESSO; B) VIETA, DICHIARANDO NULLA, QUALSIASI DISCRIMINAZIONE NELL'ACCESSO AL LAVORO, ANCHE SE REALIZZATA ATTRAVERSO IL RIFERIMENTO ALLO STATO MATRIMONIALE, DI FAMIGLIA O DI GRAVIDANZA O IN MODO INDIRETTO, TRAMITE MECCANISMI DI SELEZIONE O A MEZZO STAMPA (SI PENSI ALLA PROPOSTA DI ASSUNZIONE CHE RICHIEDA LAVORATORI NON SPOSATI, O CHE ABBIANO GIÀ DEI FIGLI); C) VIETA, DICHIARANDO NULLE, LE DISCRIMINAZIONI IN MATERIA DI FORMAZIONE PROFESSIONALE NONCHÉ QUALSIASI TRATTAMENTO PREGIUDIZIEVOLE (DEMANSIONAMENTO, LICENZIAMENTO, TRASFERIMENTO O ALTRO) EFFETTUATO IN CONSIDERAZIONE DEL SESSO; D) INTRODUCE UNO SPECIALE PROCEDIMENTO CONTRO LE DISCRIMINAZIONI (ART. 15).

- LA L. N. 860/1950, POI SOSTITUITA DALLA L. 1204/1971, DALLA L. N. 53/2000 (ORA D.LGS. 26 MARZO 2001, N. 151) ***DI TUTELA DELLA MATERNITÀ E CHE,*** *PER QUANTO IN QUESTA SEDE INTERESSA, PREVEDE: A) IL DIVIETO (E DUNQUE LA NULLITÀ) DI LICENZIAMENTO DELLA LAVORATRICE IN GRAVIDANZA, FINO AD UN ANNO SUCCESSIVO ALLA NASCITA DEL BAMBINO; B) IL DIVIETO DI SOSPENSIONE DAL LAVORO; C) LA NULLITÀ DEL LICENZIAMENTO DETERMINATO DALLA FRUIZIONE DEL CONGEDO PARENTALE (ASTENSIONE FACOLTATIVA) O DI MALATTIA DEL BAMBINO; ECC. IL DIVIETO DI ADIBIRE LA LAVORATRICE IN GRAVIDANZA A LAVORI PERICOLOSI O INSALUBRI; L'ASSENZA OBBLIGATORIA DELLA LAVORATRICE DAL LAVORO (CON CONSERVAZIONE DELLA RETRIBUZIONE) , IN COINCIDENZA CON LA NASCITA DEL FIGLIO; IL DIRITTO A PERMESSI RETRIBUITI O ALL'ASTENSIONE FACOLTATIVA PARZIALMENTE RETRIBUITA (ANCHE PER IL PADRE). OGNI COMPORTAMENTO CONTRARIO È NULLO, DISCRIMINATORIO, DI PER SÉ FONTE DI DANNI E QUINDI DI SPECIFICO RISARCIMENTO.*

- LA LEGGE SULLE AZIONI POSITIVE (L. N. 125/1991). PER RIMEDIARE AI LIMITI SOPRA EVIDENZIATI, SOPRATTUTTO PER QUANTO CONCERNE LA PROSPETTIVA DI REALIZZAZIONE DI UNA EFFETTIVA PARITÀ, INTERVIENE LA LEGGE N. 125 DEL 1991. QUESTA DA UN LATO SI PROPONE DI FAVORIRE L'OCCUPAZIONE DELLE DONNE, DI REALIZZARE UN'UGUAGLIANZA SOSTANZIALE FRA UOMINI E DONNE IN TUTTI I MOMENTI DELL'ATTIVITÀ LAVORATIVA, DALL'ASSUNZIONE, ALLA FORMAZIONE, ALLA PROGRESSIONE IN CARRIERA, RIMUOVENDO GLI OSTACOLI CHE IMPEDISCONO DI FATTO UNA SOSTANZIALE PARITÀ. QUESTI OSTACOLI SONO ESSENZIALMENTE RAPPRESENTATI DALLA MATERNITÀ E DALLA FUNZIONE DELLA DONNA NELLA FAMIGLIA.

La parità di trattamento fra uomini e donne è altresì un principio fondamentale dell'Unione europea e nazionale. La giurisprudenza della Corte ha contribuito a

sviluppare ulteriormente l'interpretazione e la portata del principio della parità di trattamento. In questo quadro: *"un trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità costituisce una discriminazione"* (art. 2, par. 7, 3° comma, dir. 76/207/CEE come modificato dall'art. 1, n. 2), Direttiva 2002/73/CE; da ultimo art. 2 dir.2006/54/Ce recepita nel nostro ordinamento con il D. lgs. N. 5/2010); *"Alla fine del periodo di congedo per maternità, la donna ha diritto di riprendere il proprio lavoro o un posto equivalente secondo termini e condizioni che non le siano meno favorevoli, e a beneficiare di eventuali miglioramenti delle condizioni di lavoro che le sarebbero spettati durante la sua assenza"* (art. 2, par. 7, 2° comma, dir. 76/207/CEE, come modificato dall'art. 1, n. 2), dir. 2002/73/CE; art. 16 dir. 2006/54/Ce). Nel nostro ordinamento già l'art. 37 Cost. introduce il principio di uguaglianza tra i sessi e di tutela della donna-madre nell'ambito lavorativo: *"La donna lavoratrice ha 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".*

Sulla scorta comunque della legislazione comunitaria e nazionale, appare evidente la piena legittimazione dell'intervento ad adiuvandum della Consigliera di parità.

La discriminazione subita dalla lavoratrice

Nel caso di specie, i fatti descritti e documentati nel ricorso confermano la sussistenza di un chiaro comportamento discriminatorio in ragione del ruolo di madre della lavoratrice, con grave violazione della normativa volta a favorire l'occupazione femminile, a realizzare l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro ed a rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità. I fatti dedotti nel presente giudizio tratteggiano un quadro di aperta violazione delle disposizioni di tutela della maternità di cui al D. Lgs. N. 151/2001 ed appaiono tali da far desumere la sussistenza di un comportamento discriminatorio fra i più ricorrenti e diffusi, che colpisce le donne lavoratrici in relazione alla loro gravidanza ed al presumibile impegno che, al loro rientro, dovranno affrontare per riuscire a conciliare l'impegno dell'attività lavorativa con l'espletamento delle funzioni di cura particolarmente necessarie nei primi anni di vita del bambino. Come dimostrato nel ricorso, la ricorrente è stata oggetto di un costante quanto macroscopico demansionamento che la Società resistente ha posto in essere in danno della ricorrente a seguito del rientro dalla maternità. La ricorrente è stata adibita a svolgere semplici mansioni di "riordino" delle vetrine e di punti vendita; è stata messa da parte subito dopo l'assenza per maternità; è stata esplicitamente invitata, per mezzo del Presidente, a lasciare l'azienda e a cercare un nuovo lavoro. I dipendenti hanno inevitabilmente percepito la volontà aziendale di "costringere" la ricorrente a dimettersi, assistendo all'umiliazione della stessa e, involontariamente, ne hanno acuito la sofferenza. La figura professionale della ricorrente è stata sminuita, è stata privata di ogni autonomia decisionale e deresponsabilizzata, perdendo progressivamente le soddisfazioni legate allo svolgimento del proprio lavoro per il quale "aveva dato tutto".

La ricorrente ha sperato fino in fondo e fino all'ultimo che l'azienda le assegnasse le precedenti mansioni di Visual Merchandiser (oggi svolte dal signor Y), o quantomeno che la ricollocasse in un incarico adeguato.

Come ha avuto modo di rilevare sia la giurisprudenza di merito che quella di legittimità, è pacifico che assegnare ad una dipendente nel pieno della propria carriera professionale (la ricorrente era inquadrata nel VII livello CCNL, coordinava i fornitori dei prodotti di allestimento, aveva poteri decisionali e gestionali, *etc…*) un ruolo meramente manuale, monotono e ripetitivo, altro non può apparire o essere che la manifestazione di un giudizio datoriale negativo sulle capacità e sulle potenzialità della dipendente. Sono naturalmente e notoriamente ovvi gli inevitabili riflessi negativi di tale giudizio implicito sulla comunità lavorativa (conforme, Trib. Monza, 23.07.2009, in *Rivista Critica Di Diritto Del Lavoro*, *2009*,Trib. Modena, Sez. Lavoro, Sent. 9.04.2008, in *Massima Redazionale, 2008;* Cass. Civ., S.U., Sent. n. 6572 del 24.03.2006, in *Corriere del Merito, 2006, 10, 1165*). La ricorrente, a partire dal marzo 2013, è stata oggetto di una strategia negativa, finalizzata ad ottenere le "spontanee" dimissioni della lavoratrice madre. La ricorrente prima di assentarsi per maternità si occupava di svolgere una molteplicità di attività che comportavano autonomia e discrezionalità e che impegnavano l'azienda anche nei confronti di terzi (ad esempio nei rapporti con i fornitori), arrivando a coordinare e formare gli *store manager* di tutti i punti vendita della società. Rientrata dalla maternità e all'improvviso la ricorrente svolgeva attività meramente esecutive; riceveva le direttive da colleghi neo assunti che avevano preso il suo posto (signor Y); non gestiva più alcuna risorsa; era soggetta a programmi di lavoro imposti; non veniva invitata a partecipare ai corsi di aggiornamento professionale; era esclusa dalle comunicazioni che riguardavano il proprio ruolo ecc.

L'onere probatorio appare assolto ampiamente con fatti gravi, precisi e concordanti così come previsto ex lege e dalla giurisprudenza.

Conseguentemente, la ricorrente ha senz'altro il diritto al risarcimento dei danni patrimoniali e non subiti nei termini precisati anche nel ricorso.

L'art. 2103 c.c. prevede espressamente un obbligo in capo al datore di adibire il lavoratore alle mansioni per le quali è stato assunto oppure, in alternativa, a mansioni corrispondenti alla categoria superiore o a mansioni equivalenti a quelle previste all'atto dell'assunzione. Ogni patto contrario è nullo.

Nel caso in esame la dequalificazione subita dalla ricorrente è stata a dir poco macroscopica, quanto dimostrata per tabulas.

La signora MRM svolgeva ormai un'attività meramente fisica e di fatica, senza il benché minimo apporto creativo/intellettuale, a differenza di quello che accadeva prima della maternità. Il "ruolo" non teneva in alcun modo conto della professionalità acquisita e dell'esperienza maturata e, certamente, **non** consentiva alla ricorrente di utilizzare il bagaglio professionale conquistato, n**è** di migliorare quello già facente

parte del proprio patrimonio di conoscenze.

Al di là della questione dell'immediatezza della dequalificazione subita ai sensi dell'art. 2103 c.c., nel caso di specie assume rilievo, ed aggrava il comportamento datoriale, l'umiliazione e la perdita di credibilità che la ricorrente ha subito (v. Cass. Sez. Lav., 14.04.2011 n. 8527). "*In caso di accertato demansionamento professionale del lavoratore in violazione dell'articolo 2103 c.c., il giudice di merito, con apprezzamento di fatto incensurabile in cassazione se adeguatamente motivato, può desumere l'esistenza del relativo danno non patrimoniale, derivante dalla lesione della dignità personale e del prestigio professionale, tutelati dall'articolo 35, I° comma, Cost, determinandone anche l'entità in via equitativa, con processo logico-giuridico attinente alla formazione della prova anche presuntiva, in base agli elementi di fatto relativi alla qualità e quantità dell'esperienza lavorativa pregressa, al tipo di professionalità colpita, alla durata del demansionamento, all'esito finale della dequalificazione e alle altre circostanze del caso concreto (nella fattispecie è stata ritenuta illegittima l'assegnazione di un lavoratore all'uso di un elaboratore elettronico senza la previa necessaria istruzione, con il conseguente diritto del lavoratore al risarcimento del danno per il disagio sofferto a causa dell'evidente incolpevole imperizia).*

Per quanto riguarda recenti sentenze di legittimità, si citano per tutte: Cass. Sez. Lav., Sent., 04.03.2011, n. 5237; Cass. Sez. Lav. 14.06.2010 n. 14199; Cass. Sez. Lav. 26.02.2009 n. 4652. Anche in precedenza, la Cassazione riconosceva il danno patrimoniale nei termini sopra descritti, ossia quando il lavoratore allegava e provava, anche attraverso presunzioni, che l'attività precedentemente svolta è soggetta a continua evoluzione, oppure che la precedente attività era caratterizzata da vantaggi connessi all'esperienza professionale acquisita, destinata a venir meno in caso di mancato esercizio per un apprezzabile lasso di tempo (conforme, Cass. Civ., Sez. Unite, Sent. n. 6572 del 24.03.2006, *in Corriere del Merito, 2006, 10,1165*). Proprio come nel caso di specie.

Ai fini della liquidazione del danno patrimoniale, rilevano altresì ulteriori elementi, quali l'anzianità di servizio, la qualità e quantità dell'esperienza lavorativa pregressa, la natura della professionalità coinvolta, la durata del demansionamento.

Oltre alla dequalificazione subita, come risulta dai documenti SPA, a far tempo dal mese di marzo 2013, ossia dopo il rientro dal periodo di maternità, ha iniziato a porre in essere una serie di comportamenti sistematici ad alto contenuto persecutorio e discriminatorio in danno della ricorrente, finalizzati ad ottenere le dimissioni della stessa.

Le puntuali e documentali descrizioni contenute nella parte in fatto sono consistite: nella negazione dei permessi previsti per l'allattamento; nella progressiva emarginazione della lavoratrice dal contesto aziendale; nella mancata consegna al rientro dalla maternità degli strumenti di lavoro consegnati solo a seguito della contestazione mossa personalmente dalla signora MRM; nella proposta di trasformare il rapporto di lavoro in essere in un contratto della durata di 8 mesi prospettandole addirittura

una trasferta in Polonia durante il periodo dell'allattamento; nell'assegnazione di compiti a dir poco dequalificanti e umilianti; nell'esclusione della ricorrente dai corsi di aggiornamento / formazione; nell'esclusione della ricorrente dalle informazioni / comunicazione aziendali relative al proprio ruolo; nell'assegnazione di programmi/ trasferte di lavoro irragionevoli senza neppure l'indicazione dei punti vendita in cui si sarebbe dovuta recare e senza l'indicazione di cosa avrebbe dovuto fare; ecc..

Come risulta dai documenti prodotti la ricorrente, prima di assentarsi per maternità svolgeva la propria attività con ampia autonomia operativa nell'ambito del livello d'inquadramento riconosciuto (I livello Commercio poi VII Tessile). Al rientro dalla maternità, la società assegnava alla ricorrente semplici mansioni esecutive/di fatica (che le provocavano peraltro dolori alla schiena, cfr. doc. in atti), che consistevano in attività di "vetrinista/riordino/pulizia dei punti vendita". Queste ultime attività rientravano, come espressamente previsto dal contratto, addirittura nel II° livello del C.C.N.L. (cfr. doc. 13). In tale fattispecie appare palese anche il mobbing subito dalla lavoratrice come discriminazione, laddove sull'onere della prova la giurisprudenza di merito ritiene che il *mobbing*, quale palese violazione dell'art. 2087 c.c., sia oggetto della conseguente **inversione dell'onere** che grava così in capo al datore di lavoro. È infatti il datore di lavoro a dover provare di aver ottemperato all'obbligo di tutela dell'integrità psicofisica della lavoratrice. Su quest'ultimo grava unicamente l'onere di provare la sussistenza della lesione (che nel caso di specie emerge dai documenti in atti), e il relativo nesso di causalità, già confermato dalle relazioni peritali prodotte, e che si chiede comunque di provare/confermare anche a mezzo di C.T.U. medico legale.

I danni non patrimoniali: "danno biologico permanente e temporaneo"; "pregiudizio morale"; "pregiudizio esistenziale".

L'odierno procuratore richiama in toto le certificazioni mediche e le motivazione del ricorso.

Merita solo citare le relazioni redatte dal Dott., nonché il parere medico legale redatto dal Dott. (cfr. docc. 48 e 49 ricorso), ove la ricorrente, anche a causa della sola dequalificazione subita, a partire dal marzo 2013 ha sofferto di un *"disturbo dell'adattamento con ansia e umore depressi misti, cronico"*, valutabile nella misura del 10% del danno biologico permanente (cfr. doc. 49 ricorso). Già la Clinica del Lavoro di Milano, accertava che la signora MRM, a causa dell'assegnazione di compiti lavorativi di basso profilo, soffriva di un " *un disturbo dell'adattamento con reazione emotiva a dominanza depressiva*" (cfr. doc. 48 ricorso), talchè da costringere la ricorrente a sottoporsi a visite specialistiche.

Preme solo precisare che tale quadro clinico è stato confermato anche nella relazioni peritale del Dott. il quale ha dichiarato il nesso causale tra la malattia sofferta e i comportamenti datoriali. È pertanto pacifico, e provato per *tabulas*, che vi sia una stretta relazione (nesso causale) tra le condizioni psicofisiche della signora MRM e le condotte omissive e commissive discriminatorie dell'azienda, anche solo relativa-

mente alla dequalificazione.

Tutto ciò premesso, la Consigliera di parità della Provincia di Modena dott.ssa Prof. ssa Barbara Maiani nell'interesse di MRM, spiega le seguenti

CONCLUSIONI

Voglia l'Ill.mo Tribunale di Modena, in funzione di Giudice Unico del Lavoro, disattesa e respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione, così giudicare conseguentemente.

Nel merito:

1. ACCERTARE e DICHIARARE che la società, a partire dal marzo 2013 ha posto in essere nei confronti ed in danno della ricorrente MRM una discriminazione manifestatasi in tutte le condotte ed azioni, anche omissive e discriminatorie, come meglio articolate nella parte in narrativa e nei motivi di diritto, in violazione degli artt. 1175, 1176, 2103,2087 c.c., degli artt. 1, 2, 4, 32, 35 e 41 della Costituzione, del decreto legislativo n.198/2006 ora decreto legislativo n.5/2010, del T.U. sulla maternità D.Lgs n.151/2001;

2. ACCERTARE e DICHIARARE che la discriminazione e le condotte ed azioni, anche omissive, della Società resistente descritte in narrativa, anche solo relativamente alla dequalificazione subita, hanno ravvisano le discriminazioni nei confronti della signora MRM con conseguente riconoscimento di tutti i danni previsti anche dal D.lgv 198/2006 ora D.lgvo n.5/2010, tra cui danno biologico da invalidità permanente, danno non patrimoniale, nella misura del 10%, come risulta dalle relazioni peritali in atti, calcolata sulla base delle tabelle del Tribunale di Milano, anno 2013 (età 38 al marzo 2013), maggiorato del 49%, in ossequio alle disposizioni dell' "Osservatorio per la Giustizia civile di Milano", tenuto conto: del grave pregiudizio morale ed interiore sofferto dalla ricorrente come descritto nella parte in narrativa e confermato dalle relazioni mediche; del grave pregiudizio esistenziale come meglio argomentato in atti, ovvero nella diversa percentuale/misura che verrà determinata in corso di causa quale adeguata personalizzazione della liquidazione, onde pervenire al ristoro del danno non patrimoniale nella sua interezza, anche a seguito di C.T.U. medico legale, e/o quell'altra percentuale ritenuta di giustizia;

3. DICHIARARE LA NULLITÀ DI TUTTI GLI ATTI O PATTI DISCRIMINATORI;

4. conseguentemente, CONDANNARE la Società resistente SPA., in persona del legale rappresentante pro tempore, a risarcire alla signora MRM tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali costituiti dagli importi citati nelle conclusioni del ricorso, pari a complessivi € 60.947,97, di cui:

   - € 22.370,00 a titolo di danno biologico permanente, da intendersi quale categoria/componente descrittiva del danno non patrimoniale calcolato nella

misura del 10% e/o quell'altro importo/percentuale che risulterà in corso di causa o ritenuto di giustizia, oltre interessi e rivalutazione;

- € 10.961,00 (49% calcolato sull'importo del danno biologico permanente), quale adeguata personalizzazione della liquidazione a titolo di ristoro del danno non patrimoniale inteso quale pregiudizio morale e pregiudizio esistenziale, ovvero la diversa somma che risulterà all'esito della C.T.U., ovvero la diversa somma ritenuta di giustizia, oltre a rivalutazione monetaria ex art. 429, III comma, c.p.c. ed interessi al tasso legale dal 17 dicembre 2011 sino all'effettivo saldo, oltre interessi ex art. 1283 c.c. dalla data della domanda giudiziale sino all'effettivo saldo;

- € 8.640,00 a titolo di danno biologico temporaneo, da intendersi quale categoria/componente descrittiva del danno non patrimoniale calcolato nella misura indicata nella relazione peritale, oltre interessi e rivalutazione monetaria dalle singole scadenze al saldo, ovvero la diversa somma che risulterà all'esito della C.T.U. ;

- € 18.000,00 a titolo di danno patrimoniale conseguente la dequalificazione subita, (calcolato fino al marzo 2014), oltre ai successivi importi maturandi (60% della retribuzione globale di fatto), fino all'assegnazione delle mansioni che la ricorrente svolgeva prima di assentarsi per maternità, come descritte e documentate, oltre interessi e rivalutazione dalle singole scadenze al saldo, e/o quell'altro importo ritenuto di giustizia;

- € 854,00 a titolo di danno patrimoniale per refusione dei costi sostenuti per la perizia medico legale , ovvero la diversa somma che risulterà in corso di causa, anche all'esito della C.T.U. medico legale, ovvero la diversa somma ritenuta di giustizia o di equità, oltre rivalutazione monetaria ed interessi al tasso legale sulla somma rivalutata anno per anno dalle singole scadenze (pagamenti effettuati) all'effettivo saldo;

- € 122,92 a titolo di danno patrimoniale per le spese mediche connesse alle patologie accertate, ovvero la diversa somma che risulterà nel corso di causa, anche all'esito della C.T.U. medico legale, ovvero la diversa somma ritenuta di giustizia, oltre rivalutazione monetaria ed interessi al tasso legale sulla somma rivalutata anno per anno dalle singole scadenze (pagamenti effettuati) all'effettivo saldo;

In ogni caso:

1. ORDINARE la pubblicazione del dispositivo della sentenza su due testate a diffusione nazionale ("*Il Corriere*" e/o *"La Repubblica"* e/o "*La Stampa*" e/o "*Il Giornale*" e/o "*Libero*" e/o "*Il Quotidiano*"), e su almeno una testata giornalistica del settore moda ("*Panbianco*").

Sentenza esecutiva, come per legge.

In via istruttoria:

- ORDINARE ex art. 210 c.p.c., a spese ed a carico della società resistente, la produzione in giudizio delle lettere di assunzione/contratti di lavoro dei signori X e Y;
- ORDINARE ex art. 210 c.p.c., a spese ed a carico della resistente, la produzione in giudizio del libro unico del lavoro dal gennaio 2013 fino al termine per la costituzione in giudizio della resistente;
- ORDINARE ex art. 210 c.p.c., a spese ed a carico della società resistente, la produzione in giudizio della lettera di dimissioni della signora W e la lettera di licenziamento/risoluzione del rapporto di lavoro della signora Z;
- ORDINARE ex art. 210 c.p.c. all'INPS di Milano, a spese e a carico della resistente, di produrre in giudizio tutti i certificati medici trasmessi dalla ricorrente a far tempo dal marzo 2013;
- AMMETTERE C.T.U. medico legale a spese della resistente sulla persona della ricorrente al fine di accertare: la natura dei danni psicofisici patiti dalla signora MRM a causa della strategia negativa posta in essere dalla resistente, ovvero anche solo a causa della dequalificazione professionale subita a partire dal marzo 2013; il nesso causale tra i comportamenti posti in essere dalla società come descritti e documentati in atti; il danno biologico da invalidità permanente, da calcolarsi sulla base delle Tabelle del Tribunale di Milano 2013, il pregiudizio esistenziale ed il pregiudizio morale; il danno biologico da invalidità temporanea, totale e parziale; l'ammontare delle spese mediche/sanitarie sostenute dalla ricorrente e quelle da sostenersi nel futuro;
- trasmettere gli atti alla Procura della Repubblica competente per i reati che vorrà ravvisare anche in correlazione con la violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro, sulla tutela della maternità e sulla normativa in materia di discriminazioni;
- trasmettere gli atti all'AUSL competente per accertare la violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro, sulla tutela della maternità e sulla normativa in materia di discriminazioni;
- trasmettere gli atti alla DTL competenti affinchè predisponga ispezioni per accertare la violazione anche delle norme sulla sicurezza sul lavoro, sulla tutela della maternità e sulla normativa in materia di discriminazioni;
- CONDANNARE la Società resistente al pagamento dei compensi professionali, comprese le spese di CTU e CTP, oltre al 22% I.V.A. e al 4% C.p.A. e rimborso spese generali 15%.

Io sottoscritta Avv. Prof. Mirella Guicciardi del Foro di Modena dichiara che il valore della causa, ai sensi dell'art. 10 e seguenti c.p.c. non è modificato e, pertanto, non varia il valore della stessa.

Con osservanza.

Si produce:

1. Ricorso ex art. 414 c.p.c. dell'Avv. nell'interesse di MRM in data 01-03-2014, notificato con pedissequo decreto alla Consigliera di parità della Provincia di Modena in data 07-04-2014;

2. determinazione del Direttore generale dott. Ferruccio Masetti della Provincia di Modena - Direzione Generale – n. 24 in data 02-10-2014 avente ad oggetto "Affidamento di incarico libero professionale all'Avv. Mirella Guicciardi per intervento *ad adiuvandum* per la Consigliera di Parità della Provincia di Modena" con allegata lettera accompagnatoria classifica 01-15 fasc. 28.31/2013 in pari data;

3. conferimento di incarico di intervento *ad adiuvandum* della lavoratrice MRM alla Consigliera di Parità della Provincia di Modena nella persona della Dott.ssa Prof.ssa Barbara Maiani in data 30-09-2014, ai sensi dell'art. 37 Decreto legislativo n. 198/2006 con allegata carta d'identità e codice fiscale di MRM;

4. relazione riassuntiva dei fatti da parte della Consigliera di Parità della Provincia di Modena Dott.ssa Prof.ssa Barbara Maiani in data 01-10-2014, protocollo n. 95851 in data 02-10-2014, cl. 01-15 fasc. 28.31/2013;

5. copia lettera dell'Avv. a firma di MRM a SPA ed alla Consigliera di Parità della Regione Emilia Romagna in data 19 settembre 2013 avente ad oggetto "contestazione comportamenti discriminatori, dequalificazione professionale e comportamenti vessatori/mobbizzanti";

6. copia lettera dell'Avv. a firma di MRM a SPA ed alla Consigliera di Parità della Provincia di Modena in data 13 novembre 2013, ricevuta dalla Provincia con protocollo n. 113444 in data 19-11-2013, avente ad oggetto "contestazione comportamenti discriminatori, dequalificazione professionale e comportamenti vessatori/mobbizzanti";

7. copia lettera dell'Avv. a firma di MRM alla Consigliera di Parità della Provincia di Modena dott.ssa Prof.ssa Barbara Maiani in data 27-01-2014, ricevuta dalla Provincia con protocollo n. 10490 in data 30-01-2014;

8. copia lettera dell'Avv. a firma di MRM a SPA ed alla Consigliera di Parità della Provincia di Modena in data 24-03-2014, ricevuta dalla Provincia con protocollo n. 34088 in data 26-03-2014, avente ad oggetto "dimissioni per giusta causa";

9. copia scheda informativa della Consigliera di Parità della Provincia di Modena relativa alla lavoratrice MRM in data 05-12-2013 con incarico di assistenza e rappresentanza ai sensi del D.lgvo n. 198/2006 ora D.lgvo n.5/2010 onde porre in essere ogni azione utile a tutela degli interessi della stessa lavoratrice per la tutela avente ad oggetto discriminazione al rientro dalla maternità;

10. copia conferimento della delega della lavoratrice MRM alla Consigliera di Parità della Provincia di Modena in data 05-12-2013 ai sensi dell'art.37 D.lgvo n. 198/2006 ora D.lgvo n.5/2010;

11. copia lettera della Consigliera di Parità della Provincia di Modena Dott.ssa Prof. ssa Barbara Maiani a SPA in data 12-12-2013, protocollo n. 121307, avente ad oggetto "Richiesta incontro";

12. Codice delle pari opportunità tra uomo e donna Decreto legislativo 11-04-2006 n. 198, G.U. 31-05-2006, decreto legislativo n.5/2010 e Codice delle P.O. così modificato ed integrato ad oggi.

Con osservanza

Modena, lì 04 Ottobre 2014

La Consigliera di parità della Provincia di Modena

Dott.ssa Prof.ssa Barbara Maiani

Avv. Prof. Mirella Guicciardi

PROCURA ALLE LITI

Io sottoscritta Consigliera di parità della Provincia di Modena Dott.ssa Prof.ssa Barbara Maiani delego a rappresentarmi e difendermi nella presente causa, azione e/o procedura ed in ogni altra alla stessa connessa, ivi compreso l'eventuale giudizio di reclamo, appello e/o opposizione all'esecuzione, in ogni connessa incombenza, comprese riassunzioni, reclami e trascrizioni di qualsiasi atto, conferendo espresso mandato per la eventuale chiamata di terzi, per la produzione di domande riconvenzionali, domande nuove e nei confronti dei convenuti, dei terzi chiamati e di tutte le parti del giudizio, la richiesta di provvedimenti cautelari o d'urgenza e la presentazione delle occorrenti istanze, di comparire in sostituzione e rendere l'interrogatorio libero di cui agli artt. 185, 317, 320, 420 codice di procedura civile ed art. 3 Legge 102/06 e successive modifiche, di conciliare e transigere la lite stessa, nonché il potere di rinunciare agli atti del giudizio e di accettare l'altrui rinuncia, incassare somme, ed, inoltre, con facoltà di farsi rappresentare, assistere o sostituire, eleggere domicilio ed ogni altra facoltà inerente, l'Avv. Prof. Mirella Guicciardi, presso il suo studio in Modena, Corso Canalgrande n. 26. Considerato rato e valido il Suo operato senza ulteriore ratifica, assumendo fin da ora l'onere di pagamento di diritti e onorari secondo la determinazione dirigenziale Direttore generale dott. Ferruccio Masetti della Provincia di Modena n. 24 in data 02 ottobre 2014.

Dichiaro inoltre di essere edotta ex art. 13 D.lgs. 196/2003 che il trattamento e/o comunicazione dei miei dati personali e/o identificativi e/o sensibili sarà utilizzato

ai soli fini del presente incarico ai sensi e per gli effetti di legge. Prendo atto che il trattamento dei dati personali avverrà mediante strumenti manuali, informatici e telematici con logiche strettamente correlate alla finalità dell'incarico. Così pure, dichiaro di essere stato informato sulla normativa antiriciclaggio.

La Consigliera di parità della Provincia di Modena

Dott.ssa Prof.ssa Barbara Maiani

V° è autentica

Avv. Prof. Mirella Guicciardi