



# I PRINCIPI DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

Ordine degli Avvocati di Torino  
Corso di formazione e aggiornamento in diritto antidiscriminatorio  
24.5.2022

AVV. FRANCESCO RIZZI, UNIFI

RETE LENFORD – AVVOCATURA PER I DIRITTI LGBTI+

► **Modello tradizionale (tipico del diritto del lavoro classico)**

L'individuo è definito principalmente da quello **che fa**, dalla sua posizione di classe – la giustizia è misurata in termini di **redistribuzione di ricchezza e potere contrattuale** – ovvero la riduzione delle diseguaglianze nella gerarchia economica/sociale

► **Modello emergente (tipico del diritto antidiscriminatorio)**

Le diseguaglianze sono rappresentate guardando alla persona **per quello che è**, in relazione a determinati **attributi della sua identità** (genere, etnia, età, religione, orientamento sessuale etc.) e il grado di “giustizia” di un sistema è misurato in relazione **a quanto tali identità sono riconosciute**

# La tutela antidiscriminatoria

- ▶ La narrazione e la comparazione (quasi sempre)
- ▶ Una tutela bidirezionale ma asimmetrica
- ▶ La natura selettiva dei divieti per ambiti oggettivi diversi di applicazione a seconda dei fattori o tipologia contrattuale nel rapporto di lavoro (ma v. Direttiva 2010/41/UE)
- ▶ Il trattamento sfavorevole (v. **Chez**)
- ▶ Il fattore vietato come ragione della disparità di trattamento (v. **Coleman**)

## ...segue

- ▶ L'irrelevanza dell'intento (Cass. 5 aprile 2016 n. 6575, ma già prima CGUE Sentenza 8/11/1993, **Dekker**, in causa C-177/88)
- ▶ Il trattamento sfavorevole come risultato (anche dovuto «dall'interpretazione» della legge)
- ▶ Il diritto soggettivo alla parità di trattamento (Cass. 7186/11)
- ▶ Una tutela procedurale e/o sostanziale? (il caso **Hay**)
- ▶ La discriminazione da dissuasione (**Feryn, Accept, NH**)
- ▶ Il ruolo dei soggetti collettivi

# Le nozioni di base

- ▶ **Discriminazione diretta:** «quando, sulla base di uno qualsiasi dei fattori vietati, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga»;
- ▶ **Discriminazione indiretta:** quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone appartenenti a un gruppo protetto» a meno che «tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente **giustificati** da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari»;
- ▶ **Molestia:** «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».

# Le soluzioni ragionevoli

- ▶ **Le soluzioni ragionevoli** il datore di lavoro deve prendere i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire alle persone con disabilità 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.
- ▶ V. <https://www.italianequalitynetwork.it/gli-accomodamenti-ex-art-3-co-3-bis-d-lgs-216-2003-quali-ragionevolezza-nota-a-cass-6497-2021/>



# Le azioni positive

- ▶ “Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano **vantaggi specifici** diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali” **art. 157 co. 4 TFUE**

- ▶ *"So now the perception is, yes, women are here to stay. And when I'm sometimes asked when will there be enough [women on the supreme court]? and I say when there are nine, people are shocked. But there'd been nine men, and nobody's ever raised a question about that.»*

Ruth Bader Ginsburg

# I passaggi dell'azione antidiscriminatoria

avv. Francesco Rizzi

- ▶ **SVANTAGGIO** («particolare svantaggio» non significa svantaggio particolarmente grave) individuale e collettivo
- ▶ **FATTORE (diverso campo di applicazione e come si individua il fattore)**  
**COLLEGAMENTO esplicito o implicito con il fattore vietato** sentenza **VL** della Corte di giustizia del 26.1.2021, C- 16/19, ma v. caso **Wabe**, 15.7.2021, C-804/18)
- ▶ **COMPARAZIONE (anche ipotetica)**
- ▶ **Eccezioni o giustificazioni**
- ▶ **PROVA**
- ▶ **RIMEDI e PARITA'** (al rialzo, C-193/17, **Cresco**, 22.1.2019)



# LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA NEL TRATTATO CE

Nell'impostazione originaria del Trattato esistevano alcuni divieti di discriminazione nel lavoro e nell'area della libera circolazione:

- ▶ **artt. 6 e 48 (ora artt. 18 e 45 TFUE)**: divieto di discriminare sulla base della nazionalità
- ▶ **art. 119 (ora art. 157 TFUE)**: divieto di discriminazioni salariali fra donne e uomini
- ▶ Tali divieti, **provisti di un effetto diretto orizzontale (*Defrenne II*)**, hanno in origine un **carattere funzionale**: devono assecondare il buon funzionamento del mercato comune

## EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA: L'ART. 119 E LE DIRETTIVE C.D. “DI PRIMA GENERAZIONE”

- ▶ 1) **parità retributiva uomo-donna**
- ▶ → cfr. 157 TFUE (ex art. 119, poi art. 141)
- ▶ .... e la giurisprudenza della Corte di giustizia
- ▶ affinché si evitassero fenomeni di *dumping* salariale tra i diversi Stati in ragione del diverso costo del lavoro
- ▶ 2) **direttive anni '70** sulla parità uomo-donna
  - ▶ ■ dir. 75/117 sulla parità retributiva
  - ▶ ■ dir. 76/207 sulla parità nell'accesso all'impiego
  - ▶ ■ dir. 79/7 sulla parità di trattamento in materia di sicurezza sociale

## IL FONDAMENTO NORMATIVO ATTUALE

avv. Francesco Rizzi

- ▶ Cfr. **art. 8 TFUE** (ex art. 3.2 TCE)
- ▶ → nelle sue azioni l'Unione mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne
- ▶ L'affermazione – in *Defrenne III* del 1978 – per cui l'eliminazione delle discriminazioni per ragioni attinenti al genere è parte dei diritti fondamentali del diritto comunitario di cui la Corte deve garantire l'osservanza; e, in seguito, che «**la finalità economica dell'art. 119 del Trattato, cioè quella di eliminare le distorsioni nella concorrenza tra imprese stabilite nei differenti Stati membri, è secondaria rispetto allo scopo sociale perseguito dalla stessa disposizione che costituisce espressione di un diritto umano fondamentale**» (*Deutsche Telekom*, 2000 punto 57)
- ▶ Cfr. **Carta di Nizza**: art. 20 – Uguaglianza davanti alla legge; art. 21 – Non discriminazione; art. 22 – Diversità culturale, religiosa e linguistica; art. 23 – Parità tra donne e uomini
- ▶ **Principio di eguaglianza = principio fondamentale dell'UE**

## IL TRATTATO DI AMSTERDAM del '97 (1999) E LE DIRETTIVE CD. "DI SECONDA GENERAZIONE"

avv. Francesco Rizzi

- ▶ Trattato di Amsterdam → nuovo **art. 13 TCE** (ora art. 19 TFUE):
- ▶ “il Consiglio [...] può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età, le tendenze sessuali”
- ▶ Questa norma fornisce la base giuridica per l'estensione dell'intervento eurounitario ad altre ipotesi di discriminazione
- ▶ → allargamento dei confini del diritto antidiscriminatorio, con l'adozione delle seguenti direttive:
  - ▶ ■ **dir. 2000/43** (direttiva sulla razza e l'origine etnica)
  - ▶ ■ **dir. 2000/78** (direttiva quadro sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro)
  - ▶ ■ **dir. 2004/113** (direttiva sulla parità di trattamento tra donne e uomini nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi)

# LA DIRETTIVA 2006/54/CE

- ▶ Costituisce l'accorpamento in un unico testo di quattro direttive precedenti
  - ▶ Dir. 75/117 (parità retributiva)
  - ▶ Dir. 76/207 (parità nelle condizioni di lavoro)
  - ▶ Dir. 86/378 (parità nei regimi di sicurezza sociale)
  - ▶ Dir. 97/80 (onere della prova)

# Il caso p. C-13/94

- ▶ Un'insegnante inizia il percorso di transizione (MtF) - con il cd. real-life test, un periodo durante il quale vive a tutti gli effetti come se già fosse terminato il percorso di transizione (utilizza quindi il nome d'elezione, si veste, si presenta e adotta ogni segno esteriore del sesso di arrivo).
- ▶ P. veniva licenziata dalla scuola. Ricorreva al Tribunale del lavoro, lamentando una discriminazione sulla base del sesso ai sensi della direttiva 76/207/CEE.
- ▶ Con chi fare la comparazione?



# La difesa del datore di lavoro

- ▶ Il datore di lavoro si difendeva affermando che anche un lavoratore che avesse voluto fare il percorso opposto (FtM) sarebbe stato licenziato.

## CGUE, P contro S e Cornwall County Council, C-13/94, 30.4.1996

In considerazione dello scopo della direttiva 76/207, 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 ed alle condizioni di lavoro, l'art. 5, n. 1, di detta direttiva osta al licenziamento di una persona transessuale per motivi connessi al suo mutamento di sesso; difatti, **poiché il diritto di non essere discriminato a causa del proprio sesso costituisce uno dei diritti fondamentali della persona umana**, la sfera d'applicazione della direttiva non può essere ridotta alle sole discriminazioni dovute all'appartenenza all'uno o all'altro sesso, ma si estende alle discriminazioni determinate dal cambiamento di sesso; invero queste sono basate essenzialmente, se non esclusivamente, sul sesso dell'interessato, giacché licenziare una persona perchè intende subire o ha subito un cambiamento di sesso **significa usarle un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso al quale era considerata appartenere prima di tale operazione.**

# La prescrizione della prestazione e la decadenza dall'azione,

- ▶ In giurisprudenza si è da tempo consolidato l'orientamento secondo cui il pagamento dell'indennità di maternità alle assistenti di volo deve essere effettuato inserendo nella base di calcolo il valore integrale dell'indennità di volo percepita e non il solo 50% di detto valore, come sostenuto dall'Inps (che basa questa tesi sulla asserita analogia con la disciplina della indennità di malattia). La violazione di tale diritto costituisce un trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza e di maternità e dunque una discriminazione vietata dall'art. 25, comma 2 bis, del Codice delle Pari opportunità.

## ...segue

- ▶ Restava, tuttavia, aperto un secondo problema che, generatosi dal primo, è stato oggetto negli ultimi anni di interpretazioni opposte da parte dei giudici di merito: il rapporto, cioè, tra l'accertamento della discriminazione e gli eventuali limiti al suo rimedio, in particolare alla luce della possibile decorrenza della prescrizione.
- ▶ La questione che si era posta, una volta accertata come discriminatoria la condotta dell'Inps, riguardava, in particolare, quale tipo di tutela fosse possibile riconoscere alle lavoratrici ricorrenti nel caso in cui le stesse avessero agito in giudizio oltre il termine prescrizione di un anno stabilito dall'art. 6 L. 11.1.43 n. 138 per l'indennità di malattia, ma da estendersi pacificamente alla indennità di maternità per effetto del richiamo di cui all'art. 22, comma 2, D.Lgs. 26.3.2001 n.151.

## ...Corte di Cassazione 25400/21

- ▶ Rigetto della domanda delle lavoratrici ricorrenti, riformando la decisione della Corte d'Appello di Firenze che aveva invece respinto l'eccezione di prescrizione sollevata dall'Inps in ragione della diversa *"natura e [del]l'oggetto della tutela azionata dalla lavoratrice con l'intervento della consigliera di parità"*: secondo i giudici della Sezione Lavoro della Cassazione, infatti, tale tipo di domanda *"sia pure fondata sulla discriminazione"*, non mirerebbe ad altro che ad ottenere l'indennità richiesta nella misura di legge, *"ragion per cui non può che soggiacere alle medesime regole che valgono per l'azione di adempimento di detta prestazione previdenziale"*.

## ...analogo problema

- ▶ decadenza ex ar.47 del D.P.R. 639/1970 (come sostituito dall'art. 4 del D.L. 384/1992, conv. In L. 438/1992, e modificato dall'art. 38, comma 1, n. 2), lettera d), del D.L. 98/2011, conv. in L. 111/2011)
- ▶ Ma stiamo parlando della stessa azione e dello stesso diritto quando agiamo ex art. 442 cpc e quando si agisce per accertare una discriminazione?
- ▶ V. <https://www.italianequalitynetwork.it/la-cassazione-si-pronuncia-su-prescrizione-del-danno-da-discriminazione-e-prescrizione-della-prestazione-negata/>



# Il caso YOOX – Trib. Bologna

## 31.12.2021

- ▶ La controversia è originata dalle pesanti difficoltà in cui si sono trovate le dipendenti di un'azienda, dopo il passaggio dell'appalto nel settore della logistica ad una nuova società, a causa della sua decisione di modificare il regime di orario: al posto dell'unico turno centrale dalle 8.30 alle 14.30 venivano introdotti due turni (5 – 14 e 14 – 22). L'impossibilità di gestire in modo soddisfacente il lavoro e la cura familiare aveva indotto molte lavoratrici con figli piccoli a presentare le dimissioni, a conferma dell'incidenza che il regime di orario proietta sulla permanenza o meno delle donne nel lavoro, come rilevato anche dalla recente Direttiva 2019/1158/UE<sup>2</sup>.
- ▶ Il problema non era stato risolto neppure quando, al termine di un periodo di sospensione a causa della pandemia, Cgil, Cisl, Uil avevano stipulato con la società un contratto collettivo “di filiera” che prevedeva “azioni positive” che, pur migliorando molti istituti volti alla “conciliazione tra lavoro professionale e compiti di cura genitoriale”<sup>3</sup> riservava il mantenimento del turno “centrale” solo fino al compimento di 1 anno di età del figlio. Né miglior sorte era toccata all'obbligo di valutazione dell'impatto che l'adibizione ai nuovi turni di lavoro avrebbe avuto nei confronti dei genitori, ed in particolare delle lavoratrici che costituivano l'80% del personale, previsto da un successivo contratto collettivo, ma di fatto disatteso.

# ...segue

- ▶ Le circostanze sono state correttamente inquadrare come discriminazione indiretta, ai sensi dell'art.25, co. 3, integrando le condizioni normativamente previste, ovvero “fondare in termini precisi e concordanti” (art. 40 D. Lgs. 198/06) la presunzione di discriminazione derivante dall'esistenza di una decisione in sé neutra ma causa di “particolare svantaggio”, secondo i canoni della giurisprudenza euro-unitaria<sup>5</sup>, nei confronti dei soggetti protetti dai divieti, in questo caso i genitori – lavoratori. Di conseguenza, in virtù dello spostamento dell'onere della prova a carico della società convenuta, doveva essere provata la sussistenza di esigenze aziendali non solo “legittime”, ma altresì “adeguate e necessarie” all'obiettivo da raggiungere.

# ...segue

- ▶ Secondo il Tribunale di Bologna (p.12 e 13), non sussistono dubbi né sulla legittimità delle esigenze aziendali di aumento dei turni di lavoro – giustificate dal perseguimento della finalità di adeguare l'organizzazione del lavoro alle esigenze sia di tipo spaziale sia della filiera produttiva – né sulla loro congruità funzionale a tale obiettivo. Al contrario, la loro effettiva "necessità" è rimasta priva di effettivi riscontri probatori dato che, in primo luogo, la tesi basata sulla stretta correlazione con le restrizioni dovute alla pandemia è stata smentita dalla stessa testimonianza della convenuta da cui risultava che la decisione organizzativa di modificare il regime di orario era stata già assunta e comunicata nel 2019

## ... «oltre un intangibile confine» cit.

- ▶ la pretesa natura dirimente dei contratti collettivi “di filiera”. La risposta negativa fornita a tale questione dal decreto in commento si basa sul fatto che le “azioni positive” ivi previste, se pure utili, non riguardavano l’oggetto del contendere, ovvero l’introduzione dei turni (decreto del T. Bologna, p. 12).
- ▶ Il sindacato giudiziale compiuto in merito al carattere “necessario” dell’adibizione di lavoratrici con figli piccoli al nuovo regime di orario strutturato sul doppio turno verifica anzitutto la necessità o meno che l’intera platea dei lavoratori fosse adibita al doppio turno. Dalle testimonianze, tra cui quella del RLS, è emersa la possibilità di escludere da tale regime un certo numero di dipendenti che potevano essere adibite/i al turno unico centrale, mantenuto, come previsto dai contratti collettivi aziendali, per le lavoratrici con figli fino al primo anno di vita, ma non usufruito dato che “il rientro in azienda avveniva successivamente”
- ▶ V. Cass. 6497/2021, su discriminazione per disabilità

# Onere della prova – CdA Trento

## 23.2.2017

- ▶ «Gli elementi di fatto a cui ci si riferisce devono quindi essere precisi e concordanti e avere un significato intrinseco che autorizzi a ritenere plausibile la discriminazione. Non è invece necessario che questi fatti esauriscano ogni possibile significato e siano incompatibili con una diversa conclusione.
- ▶ La prova semi piena a cui è abilitata la parte che si assume discriminata consiste in questo: il possibile diverso significato dei fatti allegati (e provati se contestati) deve essere dimostrato dal soggetto indicato quale autore della discriminazione. La prova della “gravità” individua e delimita l’ambito della inversione dell’onere della prova, dovendo essere il convenuto a dimostrare la presenza di altre circostanze (anteriori, concomitanti ecc.), che tolgono, neutralizzano, impediscono di attribuire ai fatti allegati il significato che viene ad essi ascritto e che è compatibile con il dato di esperienza. Se quest’onere non viene assolto, l’atto discriminatorio va ritenuto provato benché gli elementi di fatto allegati non integrino una prova piena ma lascino un margine di incertezza e quindi siano suscettibili di essere diversamente interpretati. »



## ...segue

- ▶ «In altri termini, il soggetto che chiede tutela ha l'onere di allegare, e se contestati di provare, fatti che possono costituire discriminazione illegittima, il soggetto che si afferma essere autore della discriminazione **ha l'onere di dimostrare che ricorrono circostanze univocamente incompatibili con quel significato, onere tanto più difficile da superare quanto più gli elementi di fatto allegati dal primo si approssimano al massimo grado di automatismo valutativo.** Il requisito della "gravità" di cui all'art. 2729 cod. civ. attiene all'onere della prova del soggetto che si afferma essere autore della discriminazione, in quanto l'inversione dell'onere della prova comporta che l'assenza di univocità di significato debba essere valutata non in relazione ai fatti allegati da chi agisce per la tutela ma in relazione ai fatti che l'autore della condotta afferma essere ostativi alla configurazione di una discriminazione».
- ▶ V. <https://www.questionegiustizia.it/articolo/discriminazione-diretta-per-orientamento-sessuale-20-07-2017.php>



# Il danno da discriminazione – in re ipsa?

- ▶ Il danno non patrimoniale da discriminazione è riconosciuto dalla giurisprudenza di merito e legittimità come un danno “*derivante dalla violazione dei diritti inviolabili della persona, come tali costituzionalmente garantiti*” (così Corte di Cassazione, ordinanza 19 febbraio 2019, n. 4815)
- ▶ La sua risarcibilità è connessa a tre criteri: che l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale, che la lesione dell'interesse sia grave e che il danno subito non sia futile, ovvero non consista in meri disagi o fastidi (per tutte Cass. S.U. 26972 dell'11 novembre 2008).
- ▶ Al fine della prova del danno non patrimoniale da discriminazione, la giurisprudenza di merito e di legittimità sono concordi nel ritenere che essa si realizzi attraverso il ricorso a presunzioni semplici (Cass. 4815/2019 cit.).
- ▶ V. riferimenti allegato a)

# Il quantum? Trib. Napoli, 26.11.21

avv. Francesco Rizzi

- ▶ L'originalità della pronuncia si rinviene nel fatto che, a differenza delle numerose decisioni di merito dominate da una certa discrezionalità nella determinazione in via equitativa del compendio risarcitorio, ancorato di volta in volta alle circostanze più disparate, nel caso in esame invece il giudicante ha ritenuto di dover utilizzare un parametro oggettivo legislativamente predeterminato, applicando in via analogica i criteri di quantificazione della sanzione amministrativa previsti dall'art. 11, L. 689/1981, relativi alla **"gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche"**.
- ▶ Sebbene non priva di torsioni "sanzionatorie-punitive", la scelta in oggetto si fa apprezzare per la netta affermazione della *"natura non esclusivamente ripristinatoria dello status quo ante attribuibile al risarcimento del danno da discriminazione"*, la cui finalità deterrente *"volta a evitare che il soggetto discriminante ponga in essere ulteriori comportamenti suscettibili di integrare un'oggettiva disparità di trattamento"* si esplica nella corretta considerazione secondo cui la componente dissuasiva del rimedio risarcitorio, affinché non sia priva di effettività, deve essere *"anche proporzionalmente commisurata... alla personalità dell'agente, resosi autore della condotta discriminatoria (ad es., se la sanzione viene commisurata a 10.000,00 euro ed il soggetto discriminante ha un reddito annuale di 1.000.000,00 di euro, la misura della sanzione non sarà, del tutto ovviamente, connaturata da alcuna capacità dissuasiva, perché non risulta essere proporzionata; diversamente, dal caso in cui il soggetto discriminante abbia un reddito annuo di 100.000 euro)"*.
- ▶ <https://www.rivistalabor.it/wp-content/uploads/2022/01/Trib.-Napoli-26-novembre-2021-n.-5192.pdf>

# La legittimazione dei singoli

## La tutela antidiscriminatoria è frammentata

- ▶ TU Immigrazione - d.lgs. 286/1998 (razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose)
- ▶ L. 67/2006 (disabilità)
- ▶ d.lgs. 215/2003 (razza e origine etnica, v. art. 2 co. 2) e d.lgs. 216/2003 (ambito lavorativo per disabilità, convinzioni personali e religione, orientamento sessuale, età)
- ▶ CPO, d.lgs. 11.4.2006, n. 198, (genere, inclusa l'identità di genere)

# Art. 28 d.lgs.150/11

Oggi si svolgono secondo il rito sommario di cognizione disciplinato dagli artt. 702-bis, 702-ter e 702-quater c.p.c. :

- ❖ artt. 43 e 44 TU Immigrazione (etnia, origine nazionale, lingua, religione, provenienza geografica),
- ❖ art. 4, d.lgs. n. 215/2003 (razza e origine etnica),
- ❖ art. 4, d.lgs. n. 216/2003 (età, disabilità, religione, convinzioni personali, orientamento sessuale, tutte limitatamente originariamente all'ambito lavorativo, dal 2021 anche la nazionalità e gli ambiti accesso all'alloggio e vantaggi sociali e fiscali),
- ❖ art. 3, l. 1.3.2006, n. 67 (disabilità in ambito extra-lavorativo),
- ❖ art. 55-quinques CPO (genere nell'accesso a beni e servizi).

# Ma v. il caso della discriminazione di genere in ambito lavorativo

- ▶ Una struttura del giudizio identica a quella prevista per il procedimento di repressione della condotta antisindacale di cui all'art. 28 Stat. lav. e, dunque, con la seguente scansione: ricorso al Tribunale – giudizio a cognizione sommaria («assunte sommarie informazioni», cfr. art. 38, co. 1, CPO) – decisione con decreto – eventuale opposizione entro 15 giorni davanti allo stesso Tribunale con instaurazione del giudizio di merito.
- ▶ Competenza territoriale fissata nel luogo «ove è avvenuto il comportamento denunciato».
- ▶ Coesistenza del rito speciale con l'azione ordinaria, la quale è espressamente dichiarata ammissibile («ferma restando l'azione ordinaria») sia per le discriminazioni collettive (art. 37, co. 2, CPO), sia per le discriminazioni individuali (art. 38, co. 6, CPO).



# Perché un sistema binario?

- ▶ La permanenza nell'ordinamento di riti speciali diversi per fattori diversi e addirittura per lo stesso fattore di discriminazione (genere in ambito lavorativo e genere nell'accesso a beni e servizi) è priva di qualsiasi giustificazione.
- ▶ Tanto più ove si consideri la maggiore efficienza di un sistema come quello di cui all'art. 702-bis, rispetto a quello di cui all'art. 28 Stat. lav. o all'art. 38 CPO che determina una sostanziale duplicazione del giudizio davanti al medesimo organo giudiziario.
- ▶ Ma, soprattutto, la divaricazione di riti pone un ostacolo alla possibilità di prospettare in giudizio la sussistenza di discriminazioni multiple o intersezionali.



# Un collage di disposizioni per costruire l'azione in giudizio

- ▶ Alcuni aspetti del procedimento non sono regolati dall'art. 28 d.lgs. 150/2011.
- ▶ V. in particolare art. 44 TU Immigrazione, in parte art, 5 dei d.lgs. n. 215/2003 e n. 216/2003.
- ▶ restano "speciali" rispetto all'art. 702-bis c.p.c. le seguenti previsioni: la possibilità (di fatto inutilizzata e inutilizzabile) di stare in giudizio senza assistenza di una/un avvocata/o (art. 28, co. 3, d.lgs. n. 150/2011);
- ▶ la competenza territoriale nel foro del domicilio del ricorrente (art. 28, co. 2); le disposizioni sull'onere della prova(art. 28 co.4); le disposizioni sulla legittimazione attiva delle associazioni.

# Il rito antidiscriminatorio non è un rito a cognizione sommaria

- ▶ Ai sensi dell'art. 3 co. 1 d.lgs. 150/2011, non si applica al rito antidiscriminatorio, il co. 3 dello stesso art. 702-ter, che prevede la trasformazione in rito ordinario qualora «le difese svolte delle parti richiedano un'istruzione non sommaria».
- ▶ Dunque, il processo antidiscriminatorio, indipendentemente dall'ampiezza dell'istruttoria e dalla complessità delle argomentazioni delle parti, procederà sempre con il rito ex art. 702-bis c.p.c. e non si trasformerà mai in giudizio ordinario.
- ▶ Ne deriva che il co. 5 dell'art. 702-bis c.p.c. non potrà mai essere interpretato nel senso di indirizzare il giudice a una cognizione sommaria, giacché altrimenti il discriminato resterebbe di fatto privo del diritto a due gradi di giudizio di merito a cognizione piena.

# Competenza territoriale (art. 28 co.2)

- ▶ Domicilio del ricorrente
- ▶ Funzionale e inderogabile secondo la Cassazione (9567/2004, 24419/2013, 3936/2017)

Ma l'interesse del soggetto discriminato? Rapporto con art. 413 cpc

- ▶ E nel caso di più parti attrici (singoli o associazioni) avverso un unico comportamento discriminatorio?

Trib. Brescia 2016 e Corte Appello Milano 2021

Proliferazione di cause – aventi il medesimo oggetto – in tribunali diversi, in ragione dell'impossibilità di cumulare i giudizi in presenza di un litisconsorzio attivo.

«L'inderogabilità del foro deve essere prevista per legge»

Connessione propria e non impropria

# Giurisdizione: il diritto soggettivo a non essere discriminati

- ▶ La PA che opera in violazione del diritto fondamentale alla parità di trattamento opera sempre in carenza assoluta di potere e dunque opera “nel fatto” senza che la sua attività, quantunque apparentemente amministrativa, possa essere ricondotta all’esercizio di poteri pubblici.
- ▶ Cass. nn. 3670/2011 e 7186/2011 Cass., S.U., 25.11.2014, n. 25011 (anche in materia di giurisdizione esclusiva ex art. 133 CPA).

# Eccezioni alla giurisdizione dell'AGO

- ▶ **GENERE** L'azione si propone quindi, ai sensi dell'art. 36, co. 2, d.lgs. n. 198/2006 «davanti al giudice del lavoro o davanti al tribunale amministrativo rispettivamente competente», con “rito abbreviato” di cui all'art. 119 CPA
- ▶ **E per il personale non contrattualizzato e per l'accesso ai concorsi** (che rientrano nella giurisdizione amministrativa ex art. 63, co. 4, d.lgs. 30.3.2001, n. 165), ma rappresenta una incomprensibile anomalia nel sistema.

«4. Restano devolute **alla giurisdizione** del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede **di giurisdizione esclusiva**, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi».

## ...segue

▶ Sull'accesso ai concorsi:

**TAR Trento (sentenza n. 185/2018) v. Trib. Roma Lav. 2020 in sede cautelare**

- ▶ Anche dopo la riforma del 2011, il comma 7 degli artt. 4 dei d.lgs. nn. 215 e 216/2003 prevedono che, **per i dipendenti pubblici non contrattualizzati** di cui all'art. 3, d.lgs. n. 165/2001, resti ferma la giurisdizione del GA.
- ▶ Qui nessuna norma di coordinamento è intervenuta, con la conseguenza che (per qualsiasi fattore diverso dal genere) non è previsto per tali dipendenti pubblici – unici in tutto il panorama normativo – un rito speciale per la tutela e si dovrà agire davanti al GA con il medesimo rito che avrebbero seguito per qualsiasi altra domanda



# Le legittimazione dei soggetti collettivi

- ▶ Le direttive antidiscriminatorie impongono agli Stati membri di prevedere che:

«**associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche**» che abbiano un legittimo interesse a garantire il rispetto delle direttive abbiano il diritto di avviare, in via giurisdizionale o amministrativa, una procedura di tutela «**per conto o a sostegno**» della persona discriminata: così l'art. 7, Direttiva 2000/43/CE, l'art. 9, Direttiva 2000/78/CE, l'art. 17, Direttiva 2006/54/CE).

# Ma il diritto nazionale ha previsto l'azione collettiva

- ▶ Ha esteso, in relazione a tutti i fattori, la legittimazione anche a casi di discriminazione collettiva, ovvero a tutti quei casi in cui le vittime non sono identificate o identificabili
- ▶ Ma la discriminazione collettiva discende dalla nozione di discriminazione contenuta nelle direttive UE
- ▶ La natura concreta della discriminazione collettiva (casi *Feryn*, *Accept*, *NH*)
- ▶ Non è una class action ai sensi dell'art. 140bis Codice del Consumo.
- ▶ La giurisprudenza di merito, di legittimità e costituzionale in materia di discriminazione per nazionalità

# V. Legge, 12.4.2019, n.31.

- ▶ La disciplina del codice del consumo trasfusa nel codice civile (diritti individuali omogenei)
- ▶ A fianco di un'azione esperibile a tutela delle situazioni soggettive maturate a fronte di condotte lesive, per l'accertamento anche della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni, è all'art 840-sexiesdecies che il legislatore estende la cd. azione inibitoria collettiva.

# di nuovo, con disposizioni diverse per i diversi fattori

- ▶ **per razza e origine etnica**, la legittimazione attiva è riconosciuta a enti e associazioni con il “filtro” di uno speciale elenco approvato con decreto ministeriale ex art. 5, d.lgs. n. 215/2003;
- ▶ **per il genere nell'ambito lavorativo**, la legittimazione attiva spetta a un soggetto pubblico ad hoc (la Consigliera di parità) ex art. 37, co. 2, CPO;
- ▶ **per il genere nell'ambito dell'accesso a beni e servizi**, la legittimazione attiva spetta a enti e associazioni, ancora con il “filtro” di un elenco approvato con decreto ministeriale ex art. 55-septies, CPO;
- ▶ **per i fattori di cui al d.lgs. n. 216/2003** (ivi compresa la disabilità) e per l'ambito ivi considerato (quello lavorativo) la legittimazione attiva spetta alle associazioni sindacali e a tutti «gli enti rappresentativi dell'interesse lesa», senza alcun filtro (art. 5);
- ▶ **per il fattore disabilità fuori dall'ambito lavorativo**, la legittimazione spetta a enti e associazioni con il «filtro» di un elenco approvato con decreto ministeriale ex art. 4, l. n. 67/2006;

# E la discriminazione collettiva per nazionalità?

- ▶ La discriminazione collettiva, è riconosciuta nel solo ambito lavorativo (co. 10, art. 44, TU Immigrazione) e la legittimazione attiva spetta, stando al testo della norma, alle sole rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale;
- ▶ In relazione alla discriminazione per nazionalità in ambito extra lavorativo, l'ordinamento (art. 43 TU Immigrazione) non parla espressamente di discriminazione collettiva, né prevede alcun tipo di legittimazione attiva per gli enti collettivi.

# Cass. nn. 11165 e 11166 del 2017

(ribadita da Cass. n. 28745/2019)

- ▶ La giurisprudenza di merito aveva sempre ritenuto che le organizzazioni iscritte nell'elenco di cui all'art. 5, d.lgs. n. 215/2003 avessero titolo per agire anche avverso le discriminazioni "dello straniero" (che sono di fatto le più frequenti), ma a tal fine ha dovuto superare l'ostacolo costituito dall'art. 3 del d.lgs. (e della Direttiva 2000/43/CE) secondo il quale lo stesso decreto non trova applicazione alle discriminazioni per nazionalità.
- ▶ Secondo la Cassazione, la legittimazione dei soggetti collettivi costituisce la regola e non l'eccezione, «in sintonia con la esigenza tipica della materia di apprestare tutela, attraverso un rimedio di natura inibitoria, a una serie indeterminata di soggetti dal rischio di una lesione avente natura diffusiva».



# Segue... **Cass. nn. 11165 e 11166** **del 2017** (ribadita da Cass. n. 28745/2019)

- ▶ Ragioni logiche, sistematiche, costituzionali ed eurounitarie
- ▶ La nozione sostanziale di discriminazione (che include le discriminazioni collettive)
- ▶ Il rimando esplicito dell'art. 2 co. 2 d.lgs. 215/2003 all'art. 43 co.1 e co 2 TU Immigrazione
- ▶ Artt. 3, 24 e 117 Cost. (quest'ultimo con riferimento all'art. 14 CEDU).
- ▶ Principio di equivalenza: lo Stato non può approntare sanzioni e rimedi (ivi compresi quelli processuali) di livello ed efficacia inferiore rispetto a quelli approntati per la violazione di analoghi diritti garantiti dall'ordinamento nazionale.

# Ordinanza 15 dicembre 2020, n. 28646, Cass. I civ.

- ▶ In tema di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, l'art. 5, comma 2, del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, come modificato dall'art. 8-septies del d.l. 8 aprile 2008, n. 59,, costituisce esplicazione della facoltà riconosciuta agli Stati membri dall'art. 8 della direttiva 2000/78 **di concedere una tutela più incisiva di diritto nazionale rispetto agli atti discriminatori in ambito lavorativo**, attribuendo - nel caso in cui si verificano fatti idonei a costituire una discriminazione nei confronti della citata categoria di persone **e non sia identificabile una persona lesa** - la legittimazione attiva ad avviare un procedimento giurisdizionale inteso a far rispettare gli obblighi risultanti dalla direttiva e, eventualmente, ad ottenere il risarcimento del danno **a un'associazione che sia rappresentativa del diritto o dell'interesse lesa**.
- ▶ **Il requisito della rappresentatività dell'ente**, per il quale non è stabilito alcun controllo preventivo, **deve essere verificato dal giudice del merito sulla base dell'esame del suo statuto**, che deve contemplare la previsione univoca del perseguimento della finalità di tutela dell'interesse collettivo assunto a scopo dell'ente, e del suo concreto operato, con un accertamento fattuale che è insindacabile in sede di legittimità».

# Il risarcimento del danno in favore dell'ente o dell'associazione

- ▶ Il danno non patrimoniale come sanzione o con funzione reintegratoria/compensativa?
- ▶ Il criterio eurounitario di comparabilità delle sanzioni irrogabili per violazioni di equivalente portata
- ▶ «Nel panorama normativo, molteplici sono le disposizioni che dimostrano la funzione *lato sensu* sanzionatoria della responsabilità civile. Tra queste, può essere menzionato proprio l'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011 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 (cfr. Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601 cit.)». **Cass. n. 28646/2020**

# I soggetti collettivi titolari di un interesse proprio

- ▶ L'ipotesi del co.2 dell'art. 5 non attiene alla rappresentatività delle persone fisiche vittime di discriminazione in ragione di un fattore vietato,
- ▶ L'ipotesi del co.2 non attribuisce ai soggetti collettivi la rappresentanza dei singoli e neanche della collettività, ma riconosce in capo ai soggetti legittimati ad agire in caso di discriminazioni collettive **un interesse proprio collegato alle finalità generali perseguite in virtù dello scopo associativo.**
- ▶ Come è stato osservato, l'interesse del soggetto collettivo che agisce «coincide, in questo caso, con l'interesse dell'insieme di coloro che sono o possono essere destinatari del trattamento che si presume discriminatorio». Borelli 2019

# ...segue

- ▶ É quindi, la constatazione che tali realtà si impegnano quotidianamente nel contrasto alle discriminazioni che:
  - i) attribuisce loro una sfera giuridica determinata, intaccata dalla condotta di chi prova a danneggiare quella scala per impedire che sia salita, e
  - ii) rende predicabile la risarcibilità di un danno anche non patrimoniale a loro favore quale soggetto danneggiato dalla discriminazione.



## ...segue

- ▶ La Corte d'appello di Firenze ha riconosciuto un risarcimento del danno non patrimoniale in favore della Consigliera di parità in un caso di "molestie collettive"

***Corte app. Firenze, 11.7.2013, in RGL, 2014, 624 ss. con nota di IZZI.***

- ▶ Si tratta di un pregiudizio non patrimoniale, legalmente tutelato, alla parità di trattamento nell'accesso alla procedura concorsuale oggetto della causa. Il danno in esame ha natura di danno comunitario, il cui risarcimento deve determinarsi in conformità ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità, dissuasività (Cass., sez. lav., n. 27481/2014; Cass., sez. lav., n. 13655/2015), quale danno presunto e con valenza sanzionatoria (Cass., S.U., n. 5072/2016)»

***Trib. Firenze, ord., 26.6.2018***



# ...segue

- ▶ Si veda Cass., Sez. pen. VI, 5 febbraio 2009, n. 16031, che ha riconosciuto la legittimazione della Consigliera di parità del Piemonte a costituirsi parte civile del procedimento penale instaurato contro la società accusata di consentire sistematiche molestie nei confronti delle sue dipendenti per ottenere **il risarcimento del danno recato all'interesse proprio del suo ufficio**.
- ▶ V. Cass. Sez pen. IV, 30.6.2015, n. 27162 che ha riconosciuto la piena legittimazione all'intervento come parte civile al fine del risarcimento del danno non patrimoniale derivante dal reato nei procedimenti penali in materia di infortuni e malattie professionali è stata riconosciuta alle organizzazioni sindacali e alle RSA nell'esercizio del diritto di controllo sulla corretta applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali (d.lgs. n. 81/2008), **in considerazione del riconoscimento delle finalità di tutela operato dall'art. 9 dello Statuto dei lavoratori**.

"CORSO DI FORMAZIONE E AGGIORNAMENTO IN DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO"  
ORDINE DEGLI AVVOCATI DI TORINO

**LEZIONE INTRODUTTIVA**

24 MAGGIO 2022  
avv. Francesco Rizzi

**Riferimenti a materiali e casi trattati**

**Corte di giustizia** ([https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/it/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/it/) )

- **P.**, C-13/94, sulla discriminazione nei confronti di una persona transgenere
- **Maruko**, C-267/06, sulla qualificazione di una discriminazione come diretta o indiretta e sulla comparazione.
- **Feryn**, C-54/07, sulla legittimazione ad agire collettiva, il risarcimento del danno non patrimoniale, la discriminazione per dissuasione.
- **Hay**, C-267/12, sulla qualificazione di una discriminazione come diretta o indiretta e sulla comparazione.
- **Camacho**, C-407/14, sui danni punitivi in materia di discriminazione.
- **Meister**, C-415/10, sull'onere della prova.
- **Chez**, C-83/14, sulla qualificazione della discriminazione come diretta o indiretta e sulla rilevanza dello svantaggio "modesto".
- **Cresco**, C-193/17, sull'obbligo del giudice nazionale di applicare ai soggetti discriminati il trattamento riconosciuto ai soggetti non discriminati.
- **NH**, C-507/18, sulla legittimazione ad agire, la dissuasione discriminatoria il risarcimento del danno.
- **VL**, C-16/19, sulla qualificazione di una discriminazione come diretta o indiretta e sulla comparazione.
- **O.D e altri**, C-350/2020, a seguito del rinvio della Corte costituzionale con ord. 182/2020, sul diritto degli stranieri con permesso unico lavoro alle prestazioni di famiglia.

**Corte costituzionale:**

**n. 44/2020**, giurisdizione AGO nelle azioni antidiscriminatorie, sussistenza di una discriminazione (nel caso di specie per nazionalità) laddove non vi sia connessione tra i requisiti previsti per accedere a un beneficio e la condizione di bisogno che esso vuole tutelare.

**n. 186/2020**, mancata iscrizione anagrafica dei cittadini richiedenti asilo, violazione dell'art. 3 in ragione dello stigma sociale dell'esclusione operata dalla norma oggetto del giudizio.

**n. 67/2022**, sulla discriminazione derivante dalla mancata disapplicazione di norma eurounitaria, dotata di effetto diretto

**Corte di Cassazione:**

**n. 11165 e 11166/2017**, legittimazione ad agire delle associazioni iscritte nell'elenco ex art.5 d.lgs. 215/03 anche per le discriminazioni basate sulla nazionalità

[https://www.questionegiustizia.it/articolo/sulla-legittimazione-ad-agire-per-le-discriminazioni-collettive-afferenti-al-fattore-della-nazionalita\\_02-11-2017.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/sulla-legittimazione-ad-agire-per-le-discriminazioni-collettive-afferenti-al-fattore-della-nazionalita_02-11-2017.php).

**n. 4815/2019**, violazione art. 2087 cc, risarcimento del danno non patrimoniale in Labor, luglio/agosto 2019 con nota di S. Borelli, *"La ricetta dell'insulto omofobo non piace alla Cassazione"*.

**n. 16164 e ss./2019**, ordinanze di rinvio alla Corte costituzionale in applicazione della dottrina della doppia pregiudizialità all'interno di un giudizio contro la discriminazione ai danni dei cittadini stranieri titolari di permesso unico lavoro.

<https://www.asgi.it/discriminazioni/luci-e-ombre-nella-rimessione-alla-corte-costituzionale-delle-norme-su-bonus-bebe-e-indennita-di-maternita/>

**n. 28646/2020**, legittimazione ad agire per discriminazione collettiva d.lgs. 216/2003, risarcimento del danno non patrimoniale a soggetti collettivi, in RIDL 2/21 con nota di M. Peruzzi, *"Non solo parole. La decisione della Cassazione sul caso Taormina"*.

#### **Giurisprudenza di merito:**

**Corte appello Trento**, lavoro, 23.2.2017, onere della prova, risarcimento del danno non patrimoniale in casi di discriminazione individuale e collettiva)

[https://www.questionegiustizia.it/data/doc/1365/corte\\_appello\\_trento\\_sentenza\\_n\\_63\\_2016.pdf](https://www.questionegiustizia.it/data/doc/1365/corte_appello_trento_sentenza_n_63_2016.pdf)

**Corte appello Milano**, lavoro, sent. 633/2021, discriminazione collettiva competenza territoriale, <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/07/Corte-dAppello-di-Milano-sentenza-del-15-giugno-2021-rel.-Bianchini-ASGI-APN-avv.ti-Neri-e-Guariso-e-LEDHA-avv.De-Luca-c.-Presidenza-del-Consiglio-e-INPS.pdf>

**Corte appello Milano**, Lavoro, n.453/2021, discriminazione per dissuasione, risarcimento del danno non patrimoniale, orientamento sessuale e famiglie omogenitoriali, [https://www.wikilabour.it/wp-content/uploads/2021/05/20210317\\_CdA-Milano.pdf](https://www.wikilabour.it/wp-content/uploads/2021/05/20210317_CdA-Milano.pdf)

<https://www.italianequalitynetwork.it/la-discriminazione-diretta-per-orientamento-sessuale-della-madre-intenzionale-2/>

**Corte appello Brescia**, n. 96/2019 in DIC n.2/2019 (molestia discriminatoria per associazione tramite social media)

<https://www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/note-e-commenti/fascicolo-2019-2/402-il-discorso-dell-equaglianza-note-a-margine-della-sentenza-cda-bs-n-96-2019>

**Tribunale di Milano**, ordinanza 27.7.2020, sulla discriminazione collettiva, nel giudizio che ha portato alla citata sentenza 44/2020 della Corte costituzionale, <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/07/Tribunale-di-Milano-ordinanza-27-luglio-2020-est.-Flamini-xxx-ASGI-NAGA-e-CGIL-Lombardia-avv.ti-Guariso-e-Neri-c.-Regione-Lombardia-avv.-Tamborino.pdf>.

**Tribunale di Bologna**, sez. lav., ordinanza 31.12.2020, sulla discriminazione collettiva per motivi sindacali e l'algoritmo utilizzato dall'azienda Deliveroo,  
<https://labourlaw.unibo.it/article/view/13169>  
<https://www.italianequalitynetwork.it/la-discriminazione-ipotetica-non-esiste/>

**Tribunale di Bologna**, sez. lav., decreto 31.12.2021, sulla valutazione di necessità di una misura che realizza una discriminazione indiretta in ragione della genitorialità (e quindi di genere)

<https://www.italianequalitynetwork.it/discriminazione-e-cura-genitoriale-la-modifica-dellorario-imposta-dal-datore-di-lavoro-e-rilevante/>