

TUTELE GIUDIZIARIE IN IPOTESI DI DISCRIMINAZIONI DI GENERE: UN QUADRO SINOTTICO.

Già l'art. 15, l. n. 903 del 1977, in ipotesi di disparità di trattamento verificatosi per ragioni di sesso¹, consentiva sia alla lavoratrice sia alle organizzazioni sindacali, delegate dalla stessa, di adire l'autorità giudiziaria (all'epoca pretore del lavoro) con un'azione speciale d'urgenza, esemplata sull'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, con finalità restitutorie - ripristinatorie.

Solo dal 1991², tuttavia, per effetto della legge n. 125 di quell'anno, sono state previste articolate procedure a favore di chi voglia reagire alle discriminazioni di genere (poi trasfuse nel d. lgs. n. 198/2006), nelle quali un ruolo centrale occupa il Consigliere di parità.

Bisogna tuttavia prendere atto che, nonostante siano trascorsi oltre 15 anni da quanto la l. n. 125/1991 ha messo a disposizione il "nuovo strumentario" -, il numero di controversie aventi ad oggetto le discriminazioni di genere sul lavoro, è davvero contenuto³.

Probabilmente, la ridotta casistica dipende oltre che da ragioni di carattere economico⁴ e culturali, anche dalla scarsa consapevolezza delle possibilità offerte dalle procedure in esame⁵, ma anche dai difetti tecnici dello stesso impianto pro-

¹ L'art. 15, l. n. 903/1997, fa espresso riferimento a comportamenti diretti a violare le disposizioni di cui agli artt. 1 e 5, che proibiscono qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per ciò che attiene l'accesso al lavoro, le iniziative in materia di orientamento, formazione, perfezionamento e aggiornamento professionale, nonché l'adibizione al lavoro notturno femminile (oggi non più vietato, ex art. 86, l. n. 151/2001).

² Al proposito, in dottrina: AA.VV., *Lavoro e discriminazione (atti dell'XI congresso nazionale di diritto del lavoro, Gubbio, 3-5 giugno 1994*, Milano, 1996; AA.VV., *Le discriminazioni di sesso nei rapporti di lavoro*, Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 1990, n. 7; M. BARBERA, *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991; G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole, eguaglianza e divieto di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2001; C. SMURAGLIA, *Le discriminazioni di genere sul lavoro*, Roma, 2005.

³ D. IZZI, in *Eguaglianze e differenze nei rapporti di lavoro*, Napoli, 2005, 199, menziona non più di trenta pronunce giurisprudenziali rese in argomento nell'arco di un abbondante dodicennio.

⁴ Per molti anni, le risorse finanziarie a disposizione dei Consiglieri e dell'apparato introdotto dalla l. n. 125 sono state esigue, se non inesistenti.

⁵ V. per tutti F. AMATO, *L'azione individuale e l'azione collettiva*, NLCC, 2003, 623 e ss.

cessuale, sul quale già i primi commentatori avevano appuntato numerose critiche⁶.

2.- Invero, la tutela antidiscriminatoria può avvalersi, oggi, di azioni ordinarie, l'una individuale⁷ e l'altra collettiva (o pubblica)⁸, e su due simmetriche procedure d'urgenza⁹.

Nell'azione individuale è il singolo che si attiva per far valere la lesione di un proprio diritto; mentre, in quelle collettive, è il Consigliere di parità nazionale o regionale, in relazione all'area geografica di interesse, che prende l'iniziativa per farsi portavoce degli interessi di un insieme di lavoratori.

In entrambi i casi, giudice competente è il giudice del lavoro, se si tratta di dipendenti provati o comunque soggetti al regime "privatizzato"; il TAR se si tratta di dipendenti pubblici non privatizzati.

3.- Le azioni ordinarie devono essere precedute, per i dipendenti di datori di lavoro privati, dal tentativo di conciliazione nelle forme previste dalla contrattazione collettiva e dall'art. 410 c.p.c.; e, per i dipendenti di strutture pubbliche, nelle forme di cui all'art. 66 dlgs. n. 165/2001¹⁰.

Altrettanto non è richiesto, ovviamente, per le procedure d'urgenza atteso che l'espletamento del tentativo suddetto in tal caso rischierebbe di vanificare la tutela¹¹.

Il tentativo di conciliazione può essere promosso, oltre che dal singolo, anche dal Consigliere di parità provinciale o regionale su delega del lavoratore o dei lavoratori interessati.

⁶ C. RAPISARDA, *La tutela dei soggetti discriminati: azione individuale, azione pubblica, tentativo di conciliazione*, in *NLCC*, 1994, 73.

⁷ V. art. 38, comma 6, d.lgs. n. 198/2006.

⁸ V. art. 37, comma 2, d.lgs. n. 198/2006.

⁹ V. artt. 37, commi 4 e 5, 38, commi 1-5, d.lgs. n. 198/2006.

¹⁰ V. art. 36, comma 1, d.lgs. n. 198/2006.

¹¹ Come può accadere in ipotesi di concorsi, selezioni, ecc.

4.- Da un lato abbiamo, quindi, l'azione individuale che potrà riguardare soprattutto un soggetto colpito da discriminazione diretta, più raramente da discriminazione indiretta¹².

Dall'altro abbiamo, l'azione collettiva, altrimenti detta azione pubblica, stante il ruolo che vi ricopre il Consigliere di parità regionale o nazionale.

Detta azione non viene, invero, intentata dal singolo, ma dal Consigliere di parità nazionale o regionale avverso atti, patti o comportamenti discriminatori diretti e indiretti, anche quando non siano individuabili immediatamente o direttamente le lavoratrici o i lavoratori lesi¹³.

Ma anche nelle azioni individuali, giusto quanto previsto dall'art. 36, 2° comma, dlgs. n. 198/2006, i Consiglieri di parità provinciale o regionale¹⁴ possono giocare un loro specifico ruolo, perché possono adire l'autorità giudiziaria competente su delega della persona discriminata, oppure intervenire nei giudizi dalla stessa promossi.

Naturalmente, nel primo caso, i Consiglieri di parità provinciale o regionale divengono sostituti processuali, appunto quale "delegati" alla gestione della controversia. Nella seconda ipotesi, invece, gli stessi possono intervenire autonomamente in un giudizio instaurato dal lavoratore: intervento che secondo le categorie processual-civilistiche deve intendersi *ad adiuvandum*, nel senso di mera adesione alla prospettazione della parte privata.

Si potrebbe, altresì, ipotizzare, per i Consiglieri regionali o nazionali, anche un intervento di natura litisconsortile, con il quale possa essere introdotto nel giudizio in corso, una nuova originale domanda a garanzia del distinto bene giuridico di cui sono per l'appunto titolari gli stessi Consiglieri. Si tratta di fattispecie

¹² Le discriminazioni indirette, invero, come tali spesso interessano una pluralità indistinta di lavoratori.

¹³ V. art. 37, comma 1, d.lgs. n. 198/2006.

¹⁴ Non il Consigliere nazionale, posto il dettato della norma indicata.

che ben si prestano ad interventi per contrastare profili di discriminazione indiretta che, oltre ad aver colpito il singolo, ledano una pluralità di lavoratori¹⁵.

L'azione collettiva, come già osservato, è diretta a contrastare atti, patti o comportamenti discriminatori diretti e indiretti di carattere collettivo.

La locuzione "patti" è stata introdotta dall'art. 8, d.lgs. n. 196/2000 - ora art. 37 comma 1, dal d.lgs. n. 198/2006 -, che ha modificato l'art. 4, comma 7, d.lgs. n. 125/1991; con tale locuzione si può far riferimento non solo ad accordi fraudolenti tra due soggetti – datore e terzo – per compiere azioni discriminatorie¹⁶; ma anche al patto per effetto del quale vengano incluse nella contrattazione collettiva, clausole generatrici, a volte, inconsapevoli di discriminazioni di genere di tipo indiretto¹⁷.

5. - L'azione collettiva può essere preceduta da una fase precontenziosa.

¹⁵ A quest'ultimo riguardo, può citarsi una pronuncia risalente della Pretura di Bologna: autorità adita oltre che dalla singola lavoratrice - che aveva conferito la delega al sindacato - anche dal Consigliere regionale: Pretura Bologna 27 giugno 1998, in *RIDL*, 1999, II, con nota di M. CATTANI. Nel caso di specie, il giudice ritenne ammissibile il ricorso proposto, ex art. 4, l. n. 125/1991, dal Consigliere regionale di parità in uno con la singola lavoratrice. L'azione era stata intentata nei confronti di un'impresa addetta a un servizio di trasporto urbano e metropolitano che aveva indetto due procedimenti di selezione per mansioni di autista di linea: nel primo - previsto per la scelta di 50 conducenti da assumere con contratti di formazione e a tempo parziale - era stato richiesto ai candidati il possesso, al momento della presentazione della domanda, della patente di abilitazione alla guida D o DE e del certificato di abilitazione professionale; nel secondo - promosso in vista della eventuale copertura dei posti di autista che sarebbero risultati vacanti nel futuro - detto possesso, viceversa, poteva documentarsi anche al momento dell'eventuale assunzione. Il giudice ravvisò quindi una discriminazione indiretta, in quanto, per un verso, i due avvisi di selezione erano differenziati per numero di posti, requisiti di ricevibilità della domanda e tempo di utilizzo delle graduatorie; per altro verso, i dati statistici mostravano che solo dove era stato consentito il conseguimento del possesso della abilitazione alla guida D o DE e del certificato di abilitazione professionale al momento dell'assunzione, dopo lo svolgimento delle selezioni, il numero delle donne che erano riuscite, in precedenza, a diventare "autiste di linea" era stato abbastanza rilevante.

¹⁶ Come è concretamente accaduto per la richiesta di personale tramite agenzia pubblicitaria in riferimento alla quale i datori di lavoro avevano espressamente pattuito con l'agenzia pubblicitaria consultata che l'inserzione fosse rivolta solo a personale di sesso maschile, tanto che la stessa non recava la famosa barretta es. "commesso/commessa".

¹⁷ Qualche anno fa, è stata posta all'attenzione dei giudici una clausola del c.c.n.l. del settore metalmeccanico che subordinava il conseguimento della qualifica superiore di quarto livello al possesso di un titolo di studio di scuola tecnica superiore. Detta clausola veniva ritenuta discriminatoria dalla giurisprudenza di merito (v. Trib. Catania 22 novembre 2000 in Foro. it. 2001, I, 1778) perché il diploma di scuola tecnica viene tradizionalmente conseguito dal personale di sesso maschile; tuttavia la Cassazione (sentenza 20 dicembre 2005, n. 28147, inedita a quanto consta) ha ritenuto legittima la clausola perché considerata essenziale allo svolgimento produttivo, in un settore che richiedeva alta specializzazione; ma anche in considerazione del fatto che detto titolo può essere in astratto sempre conseguibile dalle donne.

In detta fase il Consigliere di parità nazionale o regionale, prima dell'eventuale giudizio, può chiedere all'autore della discriminazione¹⁸ l'adozione di un piano volto all'eliminazione dello stato di fatto considerato discriminatorio, da effettuarsi in un termine non superiore a 120 gg., previo parere, se l'autore è il datore, delle associazioni sindacali.

In tali casi, è accaduto che il Consigliere di parità, pure in assenza di una specifica disposizione di legge che tanto preveda, abbia prospettato soluzioni specifiche: vale a dire, si sia fatta parte diligente nell'individuare il piano.

Se il successivo tentativo di conciliazione si conclude positivamente, il relativo verbale, in copia autentica, acquista forza di titolo esecutivo con decreto del Tribunale¹⁹.

Il giudice adito in via ordinaria dal Consigliere di Parità, in ipotesi di azione collettiva, oltre alla condanna al risarcimento del danno, potrà ordinare all'autore l'adozione di un piano di rimozione della discriminazione - per il quale può sentire, nel caso si tratti di datore, sia le associazioni sindacali sia il Consigliere²⁰ - nonché indicare i criteri temporali per da osservarsi per l'attuazione e definizione del piano medesimo.

6. - Il provvedimento in via d'urgenza, inoltre, potrà essere promosso dal lavoratore interessato in qualsiasi ipotesi di discriminazione di genere, e quindi, non solo, come inizialmente previsto dall'art. 15 l. n. 903 del 1977, per far valere discriminazioni nell'accesso al lavoro e nell'adibizione a lavoro notturno.

In tal caso - tanto se l'azione viene presentata dal singolo, quanto se presentata dal Consigliere -, il giudice adito, previa convocazione delle parti e assunte som-

¹⁸ Si noti sempre la locuzione autore in luogo di datore, ossia comunque del soggetto che ha posto in essere il comportamento discriminatorio, come può accadere in ipotesi di mancata promozione o di retribuzione inferiore, il cui autore è passibile di essere chiamato in giudizio.

¹⁹ Il conseguimento di un titolo esecutivo se in generale risulta utile nelle azioni di esecuzione forzata di obbligazioni pecuniarie, assai difficilmente lo risulta per obblighi di fare e di non fare ex art. 612 c.p.c., come quelli in oggetto: infatti ipotizzare un' *obbligazione di facere* fungibile nell'ambito del rapporto di lavoro non appare agevole. V. meglio *infra*.

²⁰ Essendo già in giudizio ritengo che nelle conclusioni del proprio atto abbia già dato al giudice utili indicazioni.

marie informazioni, potrà provvedere con decreto, ove ritenga sussistente la violazione, oltre che alla condanna al risarcimento del danno, ad ordinare, all'autore della discriminazione la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti.

Contro il decreto è ammesso reclamo entro 15 giorni dalla comunicazione alle parti dinanzi al medesimo giudice territorialmente competente, il quale deciderà con sentenza.

7.- Nelle varie ipotesi di tutela esaminate, resta impregiudicata la questione, oggetto di divergenti opinioni, della sostituibilità, con provvedimento giudiziario, della volontà contrattuale delle parti al di fuori dei casi espressamente previsti (come noto, tradizionalmente si porta l'esempio dell'art. 2932 c.c.)²¹.

Siamo in presenza, infatti, di un esercizio di poteri infungibili il che escluderebbe la coercibilità in forma specifica di detti poteri.

Pertanto, una sentenza costitutiva (es. del tipo assegnazione delle mansioni superiori di cui alla promozione) potrebbe risultare sul piano pratico del tutto inutile, perché è, in ogni caso, il datore a dover porre in essere l'attività conseguenziale; sicché a fronte di un rifiuto dello stesso, il tutto potrebbe ridursi ad un risarcimento dei danni.

In ogni modo, l'inottemperanza alla sentenza o al decreto è punita ai sensi dell'art. 650 c.p.²², e, in ipotesi di azione collettiva, l'inottemperanza comporta

²¹ B. SASSANI, *Le pari opportunità: onere della prova e sanzioni. Le opinioni di Bruno Sassani e Antonio Vallebona*, in *Giorn. dir.lav. rel. ind.* 1991, n. 1, 132, osserva: “...non è esclusa una generale possibilità di soddisfare i diritti corrispondenti (alla violazione) dell'obbligo – o almeno ridurre l'area della insoddisfaccibilità in forma specifica, seppure con tecniche distinte dall'esecuzione dell'obbligo di fare. ...L'impossibilità dell'esecuzione in forma specifica dipende dal fatto che non è consentito impiegare il procedimento di esecuzione in forma specifica, ossia la sua sostituzione dell'obbligato nelle sue attività materiali, per attuare diritti alla produzione di effetti giuridici. La non ammissibilità dell'esecuzione forzata non significa rinunciare alla ricerca di una tutela specifica”. L'autore, che invero al riguardo cita a sua volta, altri esponenti della dottrina (MONETSANO E DI MAJO) ipotizza di superare detto scoglio con l'impiego “estensivo” dell'art. 2932 cod. civ. e con il coinvolgimento dell'eventuale terzo avvantaggiato, quale litisconsorte necessario.

²² G. BALENA, *Gli spetti processuali della tutela contro le discriminazione per ragioni di sesso*, in *Giorn. dir.lav. rel. ind.* 1995, n. 3, 431.

anche il pagamento di una somma di 51 euro, per ogni giorno di ritardo, da versarsi ad un apposito Fondo.

8.- L'onere della prova è a carico di chi assume le situazioni discriminatorie, come da regola generale.

Il legislatore per le ipotesi che ci occupano, tuttavia, ha previsto un'inversione dell'onere probatorio quando da parte del lavoratore o della lavoratrice interessati vengano forniti al giudice elementi di fatto desunti anche da dati di carattere statistico, circa i comportamenti discriminatori lamentati (assunzioni, trasferimenti, regimi retributivi, assegnazioni a mansioni e qualifiche, progressione in carriera, licenziamenti), purché idonei a fondare in termini precisi e concordanti la presunzione dell'esistenza di atti, patti e comportamenti per l'appunto discriminatori.

Sarà pertanto il presunto autore del comportamento discriminatorio, una volta adito il giudice, a dover dare prova in giudizio dell'insussistenza dello stesso.

Sulla norma che ha previsto detta inversione (ora art. 40), sono state espresse perplessità; da più parti dubitandosi che si tratti di "un'inversione dell'onere probatorio" in senso tecnico²³.

Anche il richiamo che detta norma fa alle presunzioni non viene considerato del tutto proprio perché, ai sensi dell'art. 2729, il giudice può ammettere solo presunzioni gravi, precise e concordanti.

Probabilmente si tratta di questione destinata a rimanere aperta, atteso che siamo a metà tra l'inversione e la presunzione, al fine di agevolare in ogni modo l'onere probatorio in capo al lavoratore e al Consigliere.

Diverso, ovviamente, è il discorso in ipotesi di risarcimento del danno, per la cui liquidazione sarà necessario dare piena prova dell'entità dello stesso²⁴.

²³ A tal proposito: A. VALLEBONA, *Le pari opportunità: onere della prova e sanzioni. Le opinioni di Bruno Sassani e Antonio Vallebona*, in *Giorn. dir.lav. rel. ind.* 1991, n. 1,136 e ss.; sul punto anche B. SASSANI, *ibidem*, 125.

²⁴ A tal proposito forse ci saranno novità con il recepimento della Direttiva di cui appresso, secondo quanto previsto dall'art. 18 della stessa.

9.- Resta, infine, da accennare, per l'argomento in esame, alle novità recentemente introdotte dalla direttiva 5 luglio 2006 n. 2006/54/CE²⁵.

Ad una prima sommaria analisi degli articoli da 17 a 19²⁶, non sembrerebbe che il legislatore italiano debba apportare rilevanti modifiche all'attuale impianto processuale. Ed invero, lo strumentario suggerito dalla suddetta direttiva appare già in gran parte linea con le norme a tal proposito in vigore nel nostro ordinamento.

Luisa Surdi

Assegnista dell'Università di Macerata

²⁵ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e delle parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione impiego, entrata in vigore il 15 agosto 2006, ed il cui termine per il recepimento viene a scadere il 15 agosto 2008.

²⁶ In particolare l'art. 17 si occupa della tutela da azionarsi, anche per il tramite di autorità, associazioni o altre persone giuridiche a ciò preposte, con l'impiego di procedure di conciliazione sia giurisdizionali, da promuoversi eventualmente anche dopo la cessazione del rapporto di lavoro (a me sembra che in tale ultima ipotesi la tutela non potrà che essere di tipo risarcitorio). L'art. 19 si occupa dell'onere della prova, come sembrerebbe già prevedere l'art. 40, d.lgs. n. 198/2006. Unica novità sembrerebbe introdotta dall'art. 18: vengono invitati, infatti, gli Stati membri all'adozione di misure necessarie per garantire che il danno subito venga risarcito o indennizzato in misura reale ed effettiva, in modo che la riparazione possa risultare una efficace misura dissuasiva e proporzionale al danno subito. Detta riparazione non potrà avere un massimale stabilito in via prioritaria, a meno che il datore non riesca a dimostrare che l'unico danno subito dall'aspirante lavoratore sia stato quello di non prendere in considerazione la sua domanda.