

## LA TUTELA GIUDIZIARIA CONTRO LE DISCRIMINAZIONI

Le disposizioni processuali in materia di discriminazione , come del resto quelle sostanziali, sono il frutto di una stratificazione di varie norme che non ne rende facile la lettura.

Sotto il profilo del campo di applicazione premetto solo che oltre che alle discriminazioni vere e proprie, la tutela c.d. antidiscriminatoria si applica , per quanto riguarda il genere già a far tempo dalla integrazione prevista dal d.lgs. 145/05 alle molestie e alle molestie sessuali ; la regola è ora trasfusa nell'art. 26 CPO secondo cui sono considerate come discriminazioni anche le molestie ovvero *“quei comportamenti indesiderati posti in essere per ragioni connesse al sesso”* e le molestie sessuali ovvero *“quei comportamenti indesiderati a connotazione sessuale espressi in forma fisica, verbale o non verbale”* in entrambi i casi *“aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile ,degradante umiliante o offensivo “*

Per gli altri fattori di discriminazione la regola è stata introdotta negli art. 2 comma 3) dei d.lgs. 215 e 216/03, nell'art. 2 comma 4 l. 67/2006 e nell'art. 55 bis comma 4 CPO introdotto dal d.lgs. 196/2007.

Per quanto riguarda il licenziamento nel periodo di maternità, è controverso se si debba applicare esclusivamente la disciplina specifica o anche quella discriminatoria. In proposito si deve segnalare che l'art. 2 del d.lgs. 5/2010 ha modificato l'art. 3 del d.lgs. 151/01, generalizzando il divieto di qualsiasi discriminazione per ragioni connesse al sesso *“con particolare riguardo ad ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza , nonché di maternità, paternità, anche adottive ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti”*; e già nel 2007, era stato introdotto il titolo II bis del CPO che riguarda(motivi di genere nell'accesso a beni e servizi e nella loro fornitura) di cui fa parte l'art. 55 bis che, al comma 3 dispone che *“ogni trattamento meno favorevole della donna in ragione della gravidanza e della maternità costituisce discriminazione diretta”*.

Direi quindi che nonostante l'asserita specialità della regola di cui al licenziamento in periodo di maternità ex art. 54 d.lgs. 151/2001, si potrebbe sostenerne la natura discriminatoria, utilizzando la relativa tutela , processuale e sostanziale, prevista in genere per la discriminazione (ivi compresa l'applicazione dell'art. 18 indipendentemente dal requisito dimensionale).

E' vero che in questo modo si realizza una sovrapposizione di discipline, ma dato il tenore delle norme si può giustificare una sovrapposizione di tutele che sarà onere dell'interessata far valere – per la parte che interessa- con i relativi oneri della prova.

Entrando nel merito della disciplina processuale e volendo semplificare al massimo, si possono distinguere due nuclei di disposizioni:

uno che trovava la sua origine nell'art. 42 della l. 40/1998, ripreso dall'art. 44 del TU dell'immigrazione –d.lgs. 286/1998- (motivi razziali, etnici nazionali e religiosi) e che era andato a coprire l'area del d.lgs. 215/03 (motivi razziali ed etnici), del d.lgs. 216/03 (motivi inerenti la religione, le convinzioni personali, l'handicap, l'età, l'orientamento sessuale / con riferimento all'occupazione e alle condizioni di lavoro) , della l. 67/2006 (motivi legati alla disabilità) e del d.lgs. 196/2007 che è andato ad integrare il CPO costituendone il titolo II bis (motivi di genere nell'accesso a beni e servizi e nella loro fornitura). Questo giudizio era instaurato con ricorso al Tribunale in composizione monocratica, si svolgeva senza particolari formalità mediante la necessaria istruttoria e si concludeva con ordinanza che accoglieva o rigettava; in caso di urgenza questa fase poteva essere preceduta da un decreto inaudita altera parte cui seguiva poi l'udienza di comparizione delle parti. Contro l'ordinanza era ammesso reclamo; la norma originaria prevedeva il ricorso al Pretore e il reclamo al Tribunale; nel 2002

(art. 28 l. 189/2002), alla dizione “Pretore” è stata sostituita quella “Tribunale in composizione monocratica.

- l'altro che trovava invece la sua origine nell'art. 15 l. 903/1977 che riguardava le discriminazioni di genere e che è andato poi a confluire nel c.d. Codice delle pari opportunità (l. 198/2006).

Questo giudizio era invece ricalcato sullo schema dell'art. 28 l. 300/1970 : ricorso al giudice del lavoro, convocazione delle parti nei 2 gg. successivi, sommarie informazioni, decreto motivato e immediatamente esecutivo; eventuale fase di opposizione che si chiude con sentenza.

#### Art. 44 TU immigrazione- cenni

Il primo nucleo, come ho detto, riporta all' art. 44 TU immigrazione, su cui è opportuno dare qualche cenno, anche se ormai non è più attuale.

Il tipo di rito previsto dall'art. 44 TU immigrazione e ricalcato poi nelle altre disposizioni citate era stato ricondotto dalla Corte di Cassazione al rito cautelare uniforme (Cass. 6172/08).

Si era discusso se il richiamo all'art. 739 cpc per il reclamo implicasse la competenza della Corte d'Appello; era prevalente l'opinione in base alla quale il reclamo doveva essere presentato al Tribunale in composizione collegiale.

Era anche discusso se questo rito concretasse una procedura cautelare bifasica, soggetta a verifica nel giudizio di merito o se viceversa fosse un procedimento monofasico di tutela piena, nel qual caso il provvedimento su reclamo sarebbe stato quello conclusivo del secondo grado.

La Cassazione, chiamata a decidere se avverso questo provvedimento fosse ammissibile il ricorso straordinario per Cassazione, lo aveva ritenuto inammissibile, qualificando il giudizio come cautelare e ritenendo quindi che il provvedimento conclusivo non fosse un provvedimento definitivo con carattere decisorio, potendo essere seguito da una fase di merito; “potendo” e non più “dovendo” , in quanto a far tempo dal 1.3.2006 (art. 669 octies novellato dal dl 35/05 convertito nella l. 80/05) per le misure cautelari anticipatorie il giudizio di merito è comunque diventato facoltativo , con stabilizzazione dell'efficacia del provvedimento cautelare non seguito dalla fase di merito.

Per completezza, anche se ormai la questione è superata, segnalo che questa fondamentale pronuncia della Cassazione era stata sottoposta a critiche anche convincenti , le quali avevano posto in rilievo come la Corte non avesse messo a fuoco il punto fondamentale che avrebbe dovuto distinguere i provvedimenti sommari-cautelari da quelli sommari-decisori; nel caso dell'azione ex art. 44, il fatto che la norma non richiedesse il periculum in mora quale presupposto del ricorso e il fatto che l'accertamento- se pure con modalità snelle- avesse ad oggetto il diritto fatto valere e non un semplice “fumus” avrebbe infatti dovuto convincere del fatto che il relativo provvedimento era di tipo decisorio.

Alla fine però qualche commentatore aveva apprezzato da un punto di vista pratico la conclusione della Corte, che aveva escluso ogni sospetto di incostituzionalità della normativa; il giudizio aveva infatti una sua fase c.d. cautelare che consentiva una tutela snella e, quindi, una eventuale fase di merito con i suoi regolari tre gradi di giudizio.

Questa era la situazione vigente fino al 6.10.2011.

In questa fase temporale si erano posti problemi di giurisdizione, di rito e di competenza territoriale , che si riproporranno almeno in parte anche nella situazione attuale e che verranno trattati in seguito.

Quindi in entrambi i casi ci poteva essere una fase successiva di merito, nel I caso su iniziativa di qualunque delle parti intendesse instaurare l'eventuale giudizio di merito; nel II caso su opposizione e dunque solo su iniziativa della parte soccombente.

In un certo senso quindi, nel secondo caso, l'eventualità di una successiva fase di merito era ancor più limitata.

Ma soprattutto, mentre il decreto ex art. 28 l. 300/1970 (Cass.2744/1984, 5039/89, 9405/93) e quello, simile, emesso nelle azioni individuali e collettive del CPO è suscettibile di passare in giudicato, ove non opposto ,non altrettanto poteva ritenersi per il provvedimento conclusivo della fase cautelare ex art.44 TU immigrazione.

Interpretando in modo coordinato le disposizioni di cui agli artt da 669 octies a undecies cpc, la Corte di Cassazione (Cass. 27197/07)ha infatti rilevato che l'efficacia di tali provvedimenti è invocabile solo nel

successivo processo di merito e non in un diverso processo (art. 669 octies u.c.); che la stessa può venir meno ove non venga pagata la cauzione ovvero ove intervenga una sentenza, anche non passata in giudicato, che dichiara inesistente il diritto a cautela del quale era stato emesso il provvedimento (art. 669 novies III comma); che il giudizio di merito può comunque essere iniziato da ciascuna delle parti (art. 669 octies VI comma) cosicché la strumentalità del provvedimento cautelare rispetto al giudizio di merito è attenuato, ma permane; che il provvedimento emesso ante causam può essere revocato nel successivo giudizio di merito. Ha quindi concluso che , anche qualora il giudizio di merito non sia iniziato da alcuna delle parti, il permanere dell'efficacia esecutiva del provvedimento che lo conclude non ne comporta la stabilità intesa come idoneità a costituire giudicato ex art. 2909cc; la ulteriore conseguenza è l'inammissibilità, avverso tale provvedimento, del ricorso per Cassazione ex art. 111 Costituzione.

I due tipi di giudizi avevano quindi una fisionomia processuale diversa.

### **La situazione attuale**

La bipartizione cui si è fatto cenno permane anche oggi, se pure in forme diverse.

I. Recentemente con la legge sulla semplificazione dei riti ( art. 28 d.lgs. 150/2011 che ha dato attuazione alla delega contenuta nell'art. 54 l. n.69/2009) , tutte le controversie riconducibili all'originario TU immigrazione e cioè quelle elencate al I punto sono state ricondotte al

### **RITO SOMMARIO DI COGNIZIONE, a far tempo dal 7.10.2011.**

Il d.lgs. 150/2011 non ha ridisegnato in modo completo il processo "antidiscriminazione", né ha rimandato in toto alle norme sul rito sommario di cognizione.

A regolare questo processo confluiscono quindi varie norme:

**\* gli artt. 702 bis, ter e quater cpc**, -per le parti non derogate dal d.lgs. 150/2011- ; **\*il d.lgs. 150/2011 ( soprattutto gli artt. 3 ,28 e 34, comma 32 e segg.);\* le varie leggi che disciplinano i vari fattori di discriminazione.**

gli artt. 702 bis, ter e quater cpc

Per quanto riguarda il rito sommario di cognizione, è noto che si tratta di un rito "destrutturato" dal punto di vista formale, in cui il giudice procede col solo vincolo del rispetto del contraddittorio e che quindi presenta alcuni vantaggi in termini di semplificazione, non esistendo preclusioni istruttorie, né decadenze per mancato rispetto di termini .

Il giudizio si conclude con ordinanza appellabile e suscettibile di produrre gli effetti del giudicato sostanziale ex art. 2909 cc ove non tempestivamente appellata (art. 702 quater: *"L'ordinanza emessa ai sensi del VI comma dell'art. 702 ter produce gli effetti di cui all'art. 2909 cc se non è appellata entro 30 gg dalla sua comunicazione o notificazione"*) .

Quello che si può dire ,a conclusione di questo punto, è che, a differenza del precedente rito ex art. 44 TU immigrazione) senz'altro si tratta non di una procedura cautelare, ma di un giudizio di merito , se pure in forma sommaria, il cui provvedimento conclusivo è suscettibile di passare in giudicato e che va impugnato avanti la Corte d'Appello e non avanti il Tribunale in forma collegiale (come prima).

Avverso il provvedimento della CA sarà ammissibile il ricorso in Cassazione.

Si pone qualche problema per l'appello cui do solo qualche cenno: se anche l'appello abbia un suo rito sommario o meno; se anche in questo casi sussista un termine lungo per l'appello (il 702 quater indica solo il termine di 30 gg. dalla comunicazione/notificazione); in ogni caso direi che si devono applicare, quanto all'istruttoria, le due previsioni di cui all'art. 702 quater e cioè l'ammissibilità di nuove prove "rilevanti" e non solo di quelle indispensabili e la delega per le prove ad uno dei componenti del Collegio.

Sempre su questo punto direi che se il giudizio, se pure in forma sommaria, è un normale giudizio di merito, è fatta salva la possibilità di proporre nel suo ambito o ante causam un giudizio cautelare e in particolare un ricorso ex art. 700 cpc.

Mentre infatti in precedenza era disciplinato proprio il giudizio cautelare -con tempi particolarmente rapidi e con l'eventualità di un successivo ordinario giudizio di merito- ora la prospettiva si è rovesciata: è infatti disciplinato il giudizio di merito -in forma semplificata rispetto al giudizio ordinario di cognizione, ma con tempi pur sempre un po' più lunghi del cautelare precedente- e quindi direi che dovrebbe esservi la possibilità di un eventuale ricorso ex art.700 cpc., possibilità che è del resto espressamente riconosciuta dalla relazione di accompagnamento al decreto che, specificamente a proposito dell'art. 28 precisa che *“qualora la parte lamenti che il proprio diritto è suscettibile di subire un pregiudizio imminente e irreparabile nelle more della definizione del giudizio di merito - nonostante la forma semplificata e accelerata del rito sommario di cognizione-sarà sempre possibile agire in via cautelare ai sensi dell'art. 700 cpc”*

il d.lgs. 150/2011

Il d.lgs. 150/2011 apporta alcune deroghe al rito sommario di cognizione. In particolare, **l'art. 3** dispone che non sono applicabili commi 2 e 3 dell'art. 702 ter cpc ( dichiarazione di inammissibilità in difetto dei presupposti di cui all'art. 702 bis e conversione del rito). La scelta del rito è infatti imposta dal legislatore e non è stata scelta dalla parte; non occorre che esistano gli specifici presupposti di cui all'art. 702 bis e non è possibile la conversione in rito ordinario. Ne risulta quindi l'obbligatorietà del rito sommario.

**l'art. 28**, da cui si ricava che

- la competenza è del Tribunale del luogo di domicilio del ricorrente;
- dal lato attivo: il ricorrente può stare in giudizio anche personalmente (ma solo nel I grado; il ricorso ex art. 702 bis cpc deve peraltro presentare gli estremi dell'art. 163cpc);
- l'alleggerimento dell'onere probatorio e la previsione della prova statistica;
- quanto al contenuto del provvedimento del giudice:

\*contenuto inibitorio (cessazione del comportamento/condotta/atto discriminatorio pregiudizievole);

\*ripristinatorio **anche nei confronti della P.A.**(“ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti”);

\*ordine di adozione di un piano di rimozione, sia nel caso di azione individuale che collettiva, in qs. ultimo caso sentito l'ente collettivo ricorrente;

\*risarcimento del danno anche non patrimoniale, aumentato in considerazione della eventuale natura ritorsiva della discriminazione;

\*pubblicazione del provvedimento per una volta a spese del convenuto su un quotidiano a tiratura nazionale;

\*comunicazioni previste dall'art. 44 comma 11 TU 286/1998, art. 4 comma 1 d.lgs. 215/03 e 4 comma 2 d.lgs. 216/2003 e cioè alle amministrazioni pubbliche che abbiano concesso benefici o abbiano stipulato appalti con i soggetti responsabili della discriminazione, ai fini della revoca di tali benefici e dell' eventuale esclusione degli stessi per i successivi 2 anni.

Questi punti sono per ora accennati, in quanto dopo aver descritto a grandi linee i due diversi nuclei di norma che regolano i giudizi antidiscriminatori, ho diviso l'argomento per temi (legittimazione/onere della prova/contenuto dei provvedimenti del giudice etcc) per ognuno dei quali cercherò di istituire un confronto tra i due giudizi,

Aggiungo solo che **l'art. 34 commi da 32 a 36** (abrogazioni e modifiche) introduce modificazioni del TU immigrazione e delle altre leggi in materia di discriminazione di in gran parte di tipo meramente processuale dovute all'applicazione del nuovo rito e all'esigenza di evitare ripetizioni, ma anche qualcuna di tipo sostanziale.

le varie leggi che disciplinano i vari fattori di discriminazione (rinvio)

## II .IL PROCESSO PER LE DISCRIMINAZIONI DI GENERE

Il processo per le discriminazioni di genere - fatte salve quelle disciplinate d.lgs. 196/2007 (motivi di genere nell'accesso a beni e servizi e nella loro fornitura) che hanno avuto sempre una loro peculiarità sotto il profilo processuale, essendo state ricondotte prima all'azione ex art. 44 TU immigrazione e ora al rito sommario di cognizione- è disciplinato tuttora dal Codice delle Pari opportunità (d.lgs. 198/06 come integrato dal dl 59/08 conv. nella l. 101/08 e quindi dal d.lgs. 5/2010).

Il codice fa salva l'azione ordinaria a cognizione piena che può essere vuoi individuale, vuoi collettiva e che è sostanzialmente un giudizio con rito del lavoro, sia pure con qualche peculiarità ;prevede poi una azione speciale che risponde all'esigenza di tutela urgente e che è ricalcata sullo schema dell'art. 28 l.300/1970, anche questa utilizzabile sia in ambito individuale che collettivo.

In sostanza quindi le azioni esperibili sono quattro: due ordinarie (individuale e collettiva) - sotto questo profilo l'unica vera novità è l'azione collettiva, perché l'altra è una normale causa di lavoro (sia pure a competenza un po' allargata)- e due speciali o urgenti o, se si vuole, sommarie (ma eviterei di usare questo termine per non creare confusioni col rito sommario di cognizione)-una individuale e una collettiva.

Per quanto riguarda l'azione individuale urgente (regolata dall'art. 38 CPO), si deve in primo luogo rilevare che vi è stata una progressiva estensione delle ipotesi cui è applicabile questa forma di tutela .

Inizialmente limitata alle discriminazioni in sede di assunzioni e di lavoro notturno, era stata estesa ai casi di discriminazione di cui all'art. 27 CPO (art. 8 l. 196/00) dopodichè , ex d.lgs. 5/10 è stata allargata a tutte le discriminazioni previste negli artt. da 27 a 35, nonché all'ipotesi del lavoro notturno-art. 11 d.lgs. 66/2003- (che pur essendo una di quelle iniziali,non sarebbe stata di per sè riconducibile alla discriminazione).

Si è osservato che resterebbe fuori il licenziamento per ragioni di genere.

Infatti il capo II menziona il licenziamento a causa di matrimonio

ma non quello per maternità (art. 54 d.lgs. 151/01)

né quello per ragioni di genere (art. 15 l. 300/1970)

E tuttavia, poiché l'azione speciale si riferisce alle “condizioni di lavoro compresa la retribuzione”: dizione ripresa dall'art. 14 direttiva europea 2006/54/CE ,in cui comprende anche le condizioni di licenziamento, deve ritenersi comprensiva anche di questa.

Lo schema processuale di questo giudizio è ricalcato su quello dell'art. 28 l. 300/1970. (ricorso/decreto/ eventuale opposizione)

Le due caratteristiche principali sono dunque:

- a) che non è richiesta la dimostrazione del periculum in mora, in quanto la valutazione dell'urgenza è già stata fatta dal legislatore una volta per tutte.In sostanza è dunque rimessa alla parte ricorrente la scelta se attivare un giudizio ordinario o uno speciale, un po' come avviene per l'art. 28 ; per quanto riguarda i rapporti tra le due azioni (ordinaria e speciale) occorre fare riferimento più al modello rappresentato dall'art. 28 l. 300/1970 che non all'art. 700 cpc.

I due procedimenti non differiscono nè quanto ad oggetto (alcuni commentatori avevano valorizzato il fatto che per l'azione speciale fosse rivolta contro “ comportamenti”, mentre quella ordinaria anche contro “ atti o patti”, ma si ritiene generalmente che si tratti solo di una terminologia ripresa dall'art. 28 (che a sua volta menziona comportamenti), ma senza particolari conseguenze limitative, né quanto al contenuto del provvedimento, che può avere identica ampiezza di quello emesso all'esito del giudizio ordinario e allargarsi anche al risarcimento del danno, cosicchè per la parte ricorrente potrebbe risultare più vantaggioso il ricorso a questo tipo di azione, tanto più che in caso di soccombenza la questione potrebbe essere ripresa e approfondita in sede di opposizione.

b)il procedimento non è di tipo cautelare,ma a cognizione piena; il provvedimento conclusivo è idoneo a passare in giudicato ove non opposto o se è rigettato il ricorso in opposizione

### **I TEMI COMUNI A ENTRAMBI I GIUDIZI**

Dopo questa premessa sui due tipi di rito, possiamo affrontare l'argomento dividendolo in alcuni grossi temi che saranno esaminati con riferimento a entrambi i tipi di giudizio (per le discriminazioni non di genere e per quelle di genere)

#### **La giurisdizione**

Per quanto riguarda **le azioni regolate dal rito sommario di cognizione**, può richiamarsi l'orientamento che si è affermato a proposito dell'azione ex art. 44 TU immigrazione, che la attribuiva al giudice ordinario, sia perché aveva ad oggetto diritti assoluti, sia perché lo stesso art. 44 per l'azione cautelare faceva riferimento al giudice ordinario, cosicché sarebbe stata anomala la previsione di un giudizio di merito da incardinarsi invece avanti al giudice amministrativo.

In questo senso si è pronunciata la Cassazione, sia per quanto riguarda una prestazione assistenziale, sia per quanto riguarda l'accesso dell'extracomunitario alla stabilizzazione in un pubblico impiego ( si tratta delle ordinanze n. 3670 e 7186/2011).

Una indiretta conferma della correttezza di questa tesi si trova al comma 7 dell'art. 4 d.lgs. 215 e al comma 8 dell'art. 4 d.lgs. 216/03, in base ai quali “resta salva la giurisdizione del giudice amministrativo per il personale di cui all'art. 3 comma 1 d.lgs. 165/2001” e dunque solo per il personale di diritto pubblico non contrattualizzato.

Si potrebbe dunque concludere che la materia riservata al giudice amministrativo è più ristretta di quella oggetto in generale della sua giurisdizione, non comprendendo la materia delle “*procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti della PA*” ex art. 63 d.lgs.151/01 e, stando al dato letterale neppure le materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133 d.lgs. 104/2010 (nuovo codice del processo amministrativo).

Quanto alle procedure concorsuali, è da notare infatti che l'ordinanza sopra citata (Cass. 7186/2011) non affronta neppure la questione se la procedura di stabilizzazione sia o meno una procedura concorsuale (escludendolo, si arriverebbe infatti comunque e pianamente all'affermazione della giurisdizione dell'AGO), ma risolve il problema a monte , ritenendo che la materia dei diritti soggettivi assoluti spetti al giudice ordinario e che il TU immigrazione non faccia alcun riferimento alla giurisdizione amministrativa.

Questa conclusione sembra confermata dal recente d.lgs. 150/11 che pure fa riferimento al giudice ordinario e ai suoi poteri inibitori e ripristinatori anche nei confronti della PA (“*adottando anche nei confronti della PA ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti* “dell'atto discriminatorio pregiudizievole).

**Per le discriminazioni di genere (CPO)**, la legge richiama , invece, sia il giudice del lavoro che il TAR

Art. 36, II comma (azione individuale ordinaria) “*ricorso innanzi al tribunale in funzione di giudice del lavoro o, per i rapporti sottoposti alla sua giurisdizione, al TAR competente*”;

art. 37 II comma (azione collettiva ordinaria ) *identica dizione*

art. 37 IV comma (azione collettiva speciale) *identica dizione*

art. 38 I comma (azione individuale speciale):*identica dizione* (ex art. 1 d.lgs. 5/2010:prima c'era un'anomalia in quanto era nominato solo il Tribunale in funzione di giudice del lavoro)

Senz'altro , in conformità< quanto previsto per le altre discriminazioni, al giudice amministrativo è riservata la giurisdizione sul rapporto di lavoro pubblico non contrattualizzato.

Il problema si pone per le altre ipotesi menzionate dall'art. 63 comma 4 d.lgs. 165/01 (“*Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di*

*procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle PA, nonché in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'art. 3 ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi") e cioè per le controversie relative a procedure concorsuali che sono state interpretate estensivamente e dunque ritenute comprensive anche delle progressioni in carriera da un'area ad altra superiore (quanto meno a partire da Cass. 15403/03 ; vedi anche Cass. 9164/06 e da ultimo Cass. 8924/11).*

In effetti la dizione "rapporti sottoposti alla giurisdizione del TAR" , pianamente interpretata, conduce alla conclusione che anche le relative controversie discriminatorie appartengano alla giurisdizione amministrativa; resterebbe però l'anomalia rispetto alla diversa previsione per le altre discriminazioni, in relazione alla quale la Corte di Cassazione si è recentemente pronunciata con la sentenza 7186/11, già citata in precedenza, che potrebbe essere significativa anche su questo punto.

A proposito della giurisdizione in materia di discriminazione dell'extracomunitario in relazione a procedure di stabilizzazione previste dalla finanziaria del 2007, Cass. 7186/2011 ha affermato la giurisdizione dell'ago, rilevando che l'unica anomalia nel sistema potrebbe essere appunto rappresentata dalla diversa previsione contenuta nel CPO per le discriminazioni di genere; ha peraltro aggiunto che questa previsione potrebbe non riguardare "*ipotesi ulteriori rispetto ai casi di rapporto di pubblico impiego in atto* " (credo che l'espressione non del tutto chiara debba essere interpretata come "rapporti in regime di pubblico impiego" che è l'esatta espressione usata dal nuovo codice del processo amministrativo) e che comunque l'attribuzione all'AGO per i casi di fattori di discriminazione presi in considerazione dalla Costituzione rappresenta "*un coerente e costituzionalmente giustificato indirizzo adottato dal legislatore*": accenni che potrebbero indurre a ritenere che il riferimento al TAR possa essere limitato, anche in questo caso, ai soli rapporti pubblici non contrattualizzati e che comunque una diversa interpretazione possa incorrere in vizi di costituzionalità.

## **La competenza territoriale, il rapporto tra i riti.**

**Per quanto riguarda le discriminazioni non di genere (rito sommario di cognizione) , è competente il giudice del luogo di domicilio del ricorrente (art. 28 comma 2 d.lgs. 150/2011).**

In precedenza , l'unica sentenza sul punto della Cassazione aveva ritenuto che si trattasse di competenza inderogabile (Cass. 9567/04), probabilmente perché il procedimento era ritenuto cautelare; ora la conclusione potrebbe forse modificarsi ,il che potrebbe dare spazio a ipotesi di riunione per connessione.

Ci si era anche chiesti quando la causa fosse da attribuire al giudice del lavoro e quando al giudice civile .Io penso che ora come allora si tratti di una questione di ripartizione interna tabellare; infatti una volta già stabilita per legge la competenza territoriale (che è quella del domicilio del ricorrente) e il rito (che è quello sommario di cognizione) l'individuazione in concreto del giudice dipenderà dalla ripartizione interna, che potrebbe in qualche modo correggere l'impostazione del decreto sulla semplificazione dei riti -che li ha distinti in base a caratteristiche meramente processuali dei riti e non alla materia-; credo cioè che la previsione del rito sommario non osti a che nelle tabelle si preveda che le cause ex art. 28 siano trattate dal giudice del lavoro.

In ogni caso se la causa, come accade frequentemente, presenta sia profili discriminatori di lavoro (che sono comunque compresi ex art. 28 d.lgs. 150/2011 nel rito sommario di cognizione; l'art 28 richiama infatti espressamente il d.lgs. 216/2003 e dunque aree di intervento che riguardano ,tra l'altro, l'accesso all'occupazione e al lavoro, l'occupazione e le condizioni di lavoro; ad es. un licenziamento per gmo impugnato in quanto discriminatorio per ragioni

connesse alla religione/convinzioni personali/handicap/età/orientamento sessuale), ma anche profili di lavoro puro (lo stesso licenziamento impugnato per insussistenza del gmo), io credo che prevalga il rito del lavoro e, qualora le cause fossero instaurate separatamente, possa operare la connessione in favore del giudice del lavoro, la cui competenza è inderogabile, mentre quella ex art. 28 d.lgs. 150/11 non è qualificata come tale.

Infine, qualora una causa destinata al rito sommario fosse trattata con altro rito (in ipotesi col rito del lavoro) la questione potrebbe comunque essere rilevata solo entro la prima udienza di comparizione ex art. 4 d. lgs. 150/2011.

Sempre per quanto concerne il rapporto tra i vari riti, si potrebbe porre la questione di quali norme, inserite nell'art. 28 d.lgs. 150/2011 siano necessariamente collegate al "rito sommario" e di quali, invece, siano collegate alla materia e dunque applicabili comunque, indipendentemente dal rito utilizzato; io direi che le norme sull'onere della prova e sul possibile contenuto del provvedimento del giudice sono legate alla materia e dunque applicabili nell'ambito di qualsiasi rito nell'ambito del quale la materia sia trattata; del resto il disordine e la tecnica di sovrapposizione con cui la materia è stata disciplinata sono tali da escludere ogni rilevanza interpretativa al criterio della collocazione della norma.

Per quanto riguarda invece le sanzioni eventualmente connesse all'inottemperanza ai provvedimenti del giudice, per il principio di legalità, occorrerà verificare attentamente in quali casi la sanzione è prevista.

Per quanto riguarda le **discriminazioni di genere (CPO)**, in tutte azioni previste dal CPO (ordinaria/speciale; individuale/collettiva) è prevista la competenza del giudice del lavoro o del TAR.

Per quanto riguarda il giudice del lavoro è stato osservato che si tratta di una competenza ampliata rispetto alle regole dell'art. 409, n.3 cpc in quanto investe anche aspetti della vita professionale della donna che non rientrerebbero nell'ordinaria competenza del giudice del lavoro (art. 27 per le iniziative di formazione e orientamento e per l'affiliazione ad associazioni sindacali o professionali) e che quindi non necessariamente vede come controparte il datore di lavoro (potrebbe tutt'al più in questi casi sorgere un problema di regime fiscale).

Questa osservazione sulla competenza più ampia del giudice del lavoro consente anche di dare soluzione al problema della competenza e del rito applicabili all'eventuale causa contro l'autore della discriminazione eventualmente diverso dal datore di lavoro (ad es: collega) che, avendo natura extracontrattuale, non potrebbe di per sé essere attribuita al giudice del lavoro.

Si ritiene invece che poiché il CPO fonda una particolare competenza del giudice del lavoro come giudice della discriminazione, tutte le cause, anche non contro il datore, seguano le stesse regole di competenza/rito.

Sotto il profilo territoriale, salvo il caso dell'azione individuale urgente, la legge precisa "giudice del lavoro o TAR territorialmente competenti" e quindi, per il giudice del lavoro valgono le ordinarie regole di cui all'art. 413 cpc e per il giudice amministrativo quelle di cui all'art. 13 e segg. L. 104/2010.

Dato l'ampliamento della competenza di cui si è detto può sorgere qualche problema per le cause che non rientrerebbero strettamente nella previsione di cui all'art. 409 cpc, nonché per quelle collettive, ipotesi per le quali la dottrina ha suggerito o il foro residuale di cui all'art. 18 cpc o, soprattutto per le azioni collettive, il foro dell'azienda.

Nel solo caso dell'azione urgente individuale è indicato come criterio di competenza territoriale quello del *luogo ove è avvenuto il comportamento denunciato*, sulla falsariga di quanto prevede l'art. 28 l. 300/1970.



Questa disposizione può dare origine a problemi interpretativi per quanto concerne l'impugnazione di un bando per una selezione volta alla progressione di carriera nell'ambito della stessa area professionale (se si trattasse infatti di una progressione verticale tra aree, a meno di non cogliere quello spunto di Cass.7186/2011, si dovrebbe ritenere la giurisdizione amministrativa); in questo caso sorge infatti il problema se ritenere competente territorialmente il giudice del lavoro di Roma o comunque del luogo ove è stato emesso il bando ,ovvero delle singole sedi ove si ripercuoterebbero gli effetti negativi di un bando con clausola discriminatoria.

Il problema è aperto, ma evidenzia come le regole processuali che si sono affermate in materia di comportamento antisindacale (in base alle quali non è rilevante il luogo ove il provvedimento è stato deliberato, ma ove il pregiudizio sindacale si è verificato:in questo senso Cass. 3622/93, 8647/00, 23895/04, 8938/11) siano di difficile applicazione al comportamento discriminatorio, soprattutto quando questo tocca una procedura selettiva che interessa una pluralità di soggetti; la rimozione di un comportamento antisindacale magari deliberato a livello centrale ha infatti comunque una sua utilità anche se effettuata solo in una singola sede ove la delibera abbia avuto attuazione; nel caso di una selezione regolata da un bando con clausola discriminatoria la situazione plurisoggettiva impone la trattazione in un unico luogo e probabilmente il litisconsorzio necessario con gli altri concorrenti.

Sempre per quanto riguarda questa competenza territoriale, segnalo una ulteriore questione:

- Se questa competenza territoriale riguardi anche la fase dell'opposizione.

Se si ricalca , anche in questo caso, il processo ex art. 28 l. 300/1970, si potrebbe ritenere che questa speciale competenza resti anche per l'opposizione; il richiamo all'art. 413 cpc introdotto nell'art. 28 l. 300/1970 dalla l. 487/1977 e ripreso poi dall'art. 38 CPO (che potrebbe far pensare alle ordinarie regole di competenza territoriale del giudice del lavoro) è stato infatti inteso –per l'art. 28 Statuto lav.- come conferma del rito del lavoro, ma non come specifico riferimento alle regole ordinarie di competenza (in questo senso è per lo meno l'unico precedente noto della Cassazione sull'art. 28 l. 300/1970:6216/83). Tuttavia i giudizi antidiscriminatori hanno una loro peculiarità che li differenzia da quelli per comportamento antisindacale, non foss'altro che per il fatto che in tutti i giudizi antidiscriminatori ( individuali/collettivi, ordinari/speciali) il diritto leso fa sempre capo , attualmente o potenzialmente, ai singoli, mentre nel caso del comportamento antisindacale, la lesione del diritto del singolo lavoratore è meramente eventuale; può sembrare allora anomalo che, a fronte di giudizi aventi sostanzialmente lo stesso oggetto (ad es.quello ordinario e quello di opposizione al decreto urgente) la competenza territoriale sia regolata in modo diverso, mentre una maggiore omogeneità sarebbe garantita dall'applicazione generalizzata delle regole dell'art. 413 cpc , salvo che per la I fase del giudizio urgente, per il quale la legge prevede chiaramente la competenza del giudice del luogo ove è avvenuto il comportamento denunciato.

Sul punto non constano pronunce.

Per quanto riguarda l'eventuale connessione tra domande attinenti la discriminazione di genere e quella non di genere (es: se si lamenti la discriminazione subita in quanto donna e in quanto musulmana piuttosto che marocchina) e dunque tra il rito sommario di cognizione e quello di lavoro, io direi che le domande dovrebbero essere attratte dal rito del lavoro in cui favore potrebbe operare anche la connessione, data la competenza inderogabile propria del rito del lavoro.

### **La legittimazione**

Nelle cause di discriminazione, vuoi di genere vuoi per altri fattori, le leggi prevedono un allargamento della legittimazione sotto due profili:

- A. a enti esponenziali del diritto tutelato nonché agli organismi di parità (per questi ultimi nelle cause di genere);queste previsioni hanno lo scopo di vincere la resistenza delle persone interessate a intraprendere un percorso giudiziario che le contrappone al loro ambiente

lavorativo, con rischi per lo stesso rapporto di lavoro e di introdurre nel giudizio anche la dimensione collettiva della discriminazione.

Generalmente le leggi prevedono la possibilità per questi organismi di agire su delega della persona interessata e di intervenire nel giudizio instaurato da quest'ultima nonché un potere di iniziativa autonomo per le discriminazioni di carattere collettivo.

**B.** a soggetti non dirette vittime della discriminazione ma comunque colpiti da comportamenti ritorsivi (c.d. protezione delle vittime o vittimizzazione)

A. Sotto il primo profilo, quanto alle **discriminazioni non di genere**, la disciplina processuale deve essere ancora ricercata nella varie leggi che disciplinano le varie discriminazioni, e che prevedono, in forme grosso modo analoghe, la legittimazione attiva di enti esponenziali del diritto protetto

- sia nelle azioni individuali (e su delega dell'interessato e in forma di intervento),
- sia nelle azioni collettive

**In particolare:**

**l'art. 44 comma 10 d.lgs. 286/1998** la riconosceva solo per l'azione collettiva *“alle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale”*

In tutti gli altri casi, di seguito indicati, sono previsti l'iniziativa su delega dell'interessato e l'intervento nella causa individuale e l'iniziativa autonoma nella causa collettiva.

**l'art.5 d.lgs. 215/03** (razza e origine etnica) la riconosce a *“associazioni ed enti inseriti in un apposito elenco approvato con decreto M del lav e delle politiche sociali e del M pari opportunità ed individuati sulla base delle finalità programmatiche e della continuità dell'azione”*;

**l'art. 5 d.lgs. 216/03** -come novellato dall'art. 8 septies dl 59/08 conv. in l. 101/08-(motivi inerenti la religione, le convinzioni personali, l'handicap, l'età, l'orientamento sessuale con riferimento all'occupazione e alle condizioni di lavoro) la riconosce a *“organizzazioni sindacali, associazioni e organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse lesa”*;

**l'art. 4 l. 67/2006** (disabilità) la riconosce a *“associazioni ed enti individuati con decreto Ministero pari opportunità di concerto col Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base della finalità statutaria e della stabilità dell'organizzazione”*

\*l'intervento nei giudizi individuali sembrerebbe limitato ai *“ giudizi di danno”*, mentre è esplicitamente prevista la legittimazione di tali enti in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti lesivi degli interessi dei disabili.

**l'art. 55 septies CPO (introdotto dal d.lgs. 196/07)** (discriminazioni di genere nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura) la riconosce a *“associazioni ed enti inseriti in apposito elenco approvato con decreto del Presidente Consiglio Ministri o ,per sua delega, del Ministro pari opportunità di concerto con Ministro per lo sviluppo economico ed individuati sulla base delle finalità programmatiche e della continuità dell'azione”*

**In tutti i casi fin qui menzionati**, nel caso di azione individuale su delega dell'interessato, la delega deve essere rilasciata a pena di nullità per atto pubblico o scrittura privata autenticata.

Anche per quanto riguarda **le discriminazioni di genere (CPO)** vi è la possibilità e di iniziativa e di intervento in giudizio di organismi con funzioni di tutela antidiscriminatoria, variamente articolata nei vari casi e che quindi esamineremo a proposito delle singole azioni.

Nell'azione ordinaria individuale, la legittimazione su delega dell'interessato o per l'intervento compete al Consigliere/ a provinciale e regionale di parità, secondo alcuni commentatori ,a seconda della proiezione territoriale delle discriminazione, secondo altri semplicemente a scelta dell'interessato.

Quando agisce su delega dell'interessato, sembra sia sufficiente un atto scritto ex art. 77 cpc; a differenza di tutti gli altri casi di discriminazione nei quali per la delega ai vari enti esponenziali del diritto tutelato, occorre l'atto notarile o la scrittura privata autenticata , l'art. 36 CPO si limita a prevedere "su delega della persona che vi ha interesse".

Quando invece la/il Consigliera/e interviene in un giudizio già iniziato dall'interessato, il suo intervento è stato qualificato "ad adiuvandum" (art. 105 n.2 cpc); tuttavia, poiché come vedremo il Consigliere regionale è legittimato anche all'azione collettiva, potrebbe sollevare in un giudizio originariamente individuale, anche la rilevanza collettiva della discriminazione, introducendo una domanda ulteriore e chiedendo ad es. la predisposizione di un piano di rimozione, nel qual caso il suo intervento potrebbe essere qualificato autonomo o litisconsortile (art. 105 n.1 cpc).

Anche per l'azione urgente è prevista, oltre alla diretta iniziativa dell'interessato, quella, su sua delega, del Consigliere di parità provinciale o regionale

**ma in più**, quella delle "organizzazioni sindacali e delle associazioni e organizzazioni rappresentative del diritto o interesse leso" (in origine era previsto solo il sindacato oltre all'organismo di parità; le altre organizzazioni sono state aggiunte dal d.lgs. 5/2010)

**in meno**: non è previsto l'intervento, data la snellezza del rito; alcuni commentatori ritengono peraltro ammissibile l'intervento nell'eventuale fase di opposizione.

L'azione collettiva ordinaria è disciplinata dall'art. 37CPO , comma 2 (che si intitola "legittimazione processuale a tutela di più soggetti) che prevede l'iniziativa giudiziaria del solo Consigliere/a di parità nazionale o regionale, a seconda della rilevanza territoriale della discriminazione, contro

*"atti , patti o comportamenti discriminatori diretti o indiretti di carattere collettivo, anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto le lavoratrici o i lavoratori lesi dalle discriminazioni"*

Per l'azione collettiva urgente (art. 37 comma 4) valgono gli stessi limiti di legittimazione: Consigliere/a di parità nazionale o regionale, a seconda della rilevanza territoriale della discriminazione

## **B. la c.d. protezione delle vittime o "vittimizzazione"**

Per quanto riguarda le **discriminazioni non di genere**, i d.lgs. 215 e 216/2003, come novellati dagli artt. 8 sexies e septies d.l.59/08 (conv. in l. 101/08) dispongono che la tutela giurisdizionale antidiscriminatoria prevista dal decreto stesso " *si applica altresì nei casi di comportamenti, trattamenti o altre conseguenze pregiudizievoli posti in essere o determinate nei confronti della persona lesa da una discriminazione diretta o indiretta o di qualunque altra persona, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere la parità di trattamento*"; questa è la dizione letterale del d.lgs. 215 che risulta leggermente diversa, ma sostanzialmente equivalente nel d.lgs.216.

In questo modo la tutela antidiscriminatoria e dunque l'esperibilità dell'azione di cui abbiamo parlato è estesa

sotto il profilo oggettivo, a ipotesi che non sono di per sé discriminatorie, ma ritorsive rispetto alla reazione ad una precedente discriminazione

e, sotto il profilo soggettivo, a soggetti che non sono discriminati ("qualunque altra persona"), ma che hanno reagito alla discriminazione subito da qualcun altro.

Questa estensione non è prevista nelle altre leggi che disciplinano discriminazioni non di genere regolate dal rito sommario di cognizione; l'art. 28 sulla semplificazione dei riti prevede peraltro in linea generale un aumento del risarcimento quando il comportamento sia ritorsivo.

Anche nelle **discriminazioni di genere**, possono avvalersi della tutela giudiziaria come prevista dal CPO non solo le persone direttamente discriminate, ma anche chiunque abbia reagito alla discriminazione e per tale ragione abbia subito un trattamento pregiudizievole.

Questa norma protettiva parzialmente introdotta per le discriminazioni di genere dal d.lgs. 145/05 che aveva integrato la l. 125/1991 introducendo l'art. 2 quater (*“ Sono considerati altresì discriminazioni quei trattamenti sfavorevoli da parte del datore di lavoro che costituiscono una reazione ad un reclamo o ad un'azione volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne”*) è stata poi definitivamente ampliata anche in senso soggettivo dal d.lgs. 5/10 che ha aggiunto al capo III del CPO l'art. 41 bis, in questo caso intitolato “vittimizzazione” a norma del quale *“ La tutela giurisdizionale di cui al presente capo si applica, altresì, avverso ogni comportamento pregiudizievole posto in essere, nei confronti della persona lesa da una discriminazione o di qualsunque altra persona, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne”*.

Anche nel caso della discriminazione di genere si ha dunque l'estensione della tutela e sotto il profilo oggettivo e sotto quello soggettivo e dunque sotto quest'ultimo profilo ne risulta un ampliamento della legittimazione attiva.

## **L'onere della prova**

### **In genere**

Il tema è importante; non a caso le direttive europee hanno insistito su questo punto a partire dalla direttiva 97/80 e a finire con l'art. 19 della più recente 2006/54/CE; uno dei motivi di scarso accesso alla tutela giudiziaria in questo campo è infatti rappresentato dalle difficoltà di prova.

Nel giudizio antidiscriminatorio, nella assoluta maggioranza dei casi il tema di indagine non è chiaro fin dall'inizio; non si tratta infatti di giudicare della legittimità o meno di un comportamento o di un contratto sulla base delle motivazioni che sono state espresse, ma di far emergere quelle effettive o, anche al di là delle motivazioni, di far emergere il trattamento meno favorevole subito dalla persona con fattore di discriminazione, situazioni tutte che non è difficile provare in modo pieno e diretto; si giustifica dunque un ricorso al sistema delle presunzioni più ampio di quello previsto dalle regole civilistiche. Analoghe difficoltà si incontrano nel giudizio che abbia ad oggetto molestie.

**Per le discriminazioni non di genere** si è verificata una positiva generalizzazione della regola più favorevole al ricorrente che in precedenza, pur discendendo da direttive europee, era propria solo di alcune delle specifiche leggi relative alle varie discriminazioni, ma non di tutte. Inizialmente infatti tutte le disposizioni antidiscriminatorie –salvo l'art. 55 sexies d.lgs. 196/07 che limitava l'onere del ricorrente all'indicazione di “elementi di fatto idonei a presumere la violazione del divieto”- richiamaivano o l'art. 2729 cc o tutti gli estremi previsti da tale norma e dunque presunzioni gravi, precise e concordanti. Poi il d.l. 59/08 aveva già modificato i d.lgs. 215 e 216 eliminando l'estremo della gravità che peraltro era rimasta nelle altre disposizioni non modificate.

L'art. 28 parifica dunque tutti i casi ricondotti al rito sommario, eliminando ogni riferimento ai requisiti dell'art. 2729 cc e statuendo che *“ quando il ricorrente fornisce elementi di fatto desunti anche da dati di carattere statistico dei quali si può presumere l'esistenza di atti, fatti 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".*

Direi quindi che questa è la punta più avanzata della disciplina in tema di onere della prova , che risponde perfettamente all'art. 19 della direttiva europea 54/2006, a norma del quale *"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 direttiva quindi non poneva il requisito della precisione e concordanza degli elementi e l'art. 28 sul rito sommario di cognizione delle cause antidiscriminatorie sembra adeguarsi perfettamente alla direttiva.

Tuttavia la relazione governativa di accompagnamento al decreto non sembra consapevole di questa novità tanto che, a commento dell'art. 28 , sostiene che *"è stata mantenuta la presunzione juris tantum di esistenza di condotte discriminatorie-affidata alla valutazione del giudice ai sensi dell'articolo 2729 primo comma codice civile - attualmente prevista dall'articolo 44 comma 1 del d. lgs. 286/1998, dall'art.4 comma 3 del d.lgs 215 del 2003, dall'art.4, comma 4 del d. lgs.216/2003,dall'art.3 l. 67del 2006 e dall'articolo 55 sexies del d. lgs 198/ 2006"*: disposizioni diverse tra loro e soprattutto diversa da quella del decreto semplificazione dei riti,che va oltre la disciplina di cui all'art. 2729 cc.

Quanto all'utilizzabilità della prova statistica, accennerò al tema in relazione alle discriminazioni di genere;anticipo che per quelle non di genere si pone un problema , nella misura in cui tale prova implica il confronto tra gruppi che presentano/e che non presentano quel certo fattore di discriminazione. Il ricorso a questa prova può dunque essere difficile in quanto alcuni di questi fattori sono dati sensibili che non dovrebbero essere conosciuti (religione, orientamento sessuale, idee politiche..)

### **Per la discriminazioni di genere**

L'art. 40 del CPO ,specifico su questo punto, prevede 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 norma costituisce senza dubbio un vantaggio per il soggetto discriminato che può avvalersi di un regime probatorio che va oltre l'art. 2729 cc in tema di presunzioni, risultando eliminato l'estremo della gravità; si è dunque parlato di una inversione parziale dell'onere della prova.

Per la verità le tesi dottrinali su questo particolari regime sono numerose e ne emergono qualificazioni diverse .

E' stato in ogni caso sottolineato che si tratta , per parte ricorrente, di una agevolazione probatoria rispetto al normale regime civilistico sotto due profili:

- perché ha eliminato il requisito della gravità;
- perché ha tipizzato alcuni fatti utilizzabili come dati di carattere statistico; si tratta di quelli relativi a assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti.

Si è posto in evidenza che l'indicazione posta dalla norma appare limitativa sotto due profili:in primo luogo perché può indurre a ritenere che si tratti di una elencazione tassativa che non lascerebbe spazio alla considerazione di altri dati; in secondo luogo perché si tratta di dati interni all'azienda da cui dipende la parte ricorrente , mentre , soprattutto nella discriminazione

indiretta o in quella collettiva (nell'ipotesi ad es. in cui non siano ancora individuati i soggetti lesi) potrebbe essere più utile considerare dati non inerenti la singola azienda.

La norma potrebbe anche essere considerata non conforme all'art. 19 della direttiva 54/2006 sopra citata che non pone i requisiti della precisione e concordanza degli elementi come invece richiesto dalla disciplina nazionale.

Sotto questo profilo risulta dunque maggiormente vantaggiosa per la parte ricorrente la disciplina posta dal più recente decreto sulla semplificazione dei riti che, a proposito delle cause antidiscriminatorie trattate col rito sommario di cognizione, evita ogni riferimento alla precisione e concordanza degli elementi presuntivi e che, pur elencando una serie di dati tipizzati quasi identici a quelli previsti dal CPO, premette all'elencazione la locuzione "*possono essere relativi anche a..*" lasciando quindi chiaramente intendere che si tratta di una elencazione non tassativa.

La **prova statistica** può atteggiarsi in vario modo:  
in relazione ai dati di una singola azienda, dovrebbe consentire il confronto tra i due gruppi di riferimento in relazione all'evento considerato.

Es: aumento retributivo

Il gruppo iniziale di riferimento potrebbe essere costituito dai lavoratori di un certo livello di inquadramento; ipotizziamo che in questo gruppo il rapporto uomini/donne sia fifty-fifty.

Se nel gruppo d'arrivo la proporzione è notevolmente cambiata in danno di un gruppo ad es. il 90% di quelli che hanno avuto l'aumento sono uomini,

si può presumere che i criteri di attribuzione dell'aumento siano stati discriminatori.

Compete allora al datore di lavoro dare una diversa ed adeguata spiegazione del fatto; ovviamente, perché il metodo sia correttamente utilizzato occorre che il gruppo di riferimento sia ben individuato, che la classificazione sia corretta e che sia ragionevole la soglia oltre la quale si presume discriminatorio il criterio utilizzato (nell'esempio di prima se dal 50% si arrivasse al 60, probabilmente non si potrebbe ritenere significativo il dato statistico).

Segnalo che la giurisprudenza ha fatto talvolta un uso meno scientifico, ma comunque abbastanza convincente dei dati relativi alla stessa azienda; una sentenza del Tribunale di Pisa (3.3.2009 in RIDL2009,4 II pag.850) ha ritenuto discriminatorio il licenziamento di una lavoratrice, utilizzando tra l'altro anche le prove raccolte in ordine ad una serie di casi analoghi di dipendenti donne, discriminate e/o licenziate per ragioni connesse a loro assenze per la cura di figli.

Anche Cass. 12318/2010 ha dato rilievo, oltre che alle dichiarazioni della vittima in sede di libero interrogatorio, alle deposizioni delle colleghe di lavoro che avevano subito un trattamento analogo (in questo caso si trattava di molestie sessuali).

Sono precedenti importanti, perché la prova relativa a fatti estranei all'evento oggetto della controversia potrebbe essere ritenuta inammissibile, ma invece può trovare ingresso nella misura in cui è utile a concretare una prova in qualche modo statistica o comunque a costituire la base per un ragionamento presuntivo.

In altri casi il metodo statistico può servire a smascherare la discriminazione indiretta; in questi casi i dati statistici vanno al di là della dimensione aziendale. Ad esempio se un bando di concorso pone un certo requisito di per sé neutro, ma che si ritiene sia discriminatorio a danno di soggetti di un certo genere, dati statistici possono in effetti dimostrare che quel requisito è posseduto in misura notevolmente sproporzionata da un genere rispetto all'altro e far presumere quindi il carattere discriminatorio di quel requisito. Si è occupato in due occasioni di ipotesi di questo tipo il TAR Sardegna, a proposito di due bandi di concorso per il reclutamento di agenti di polizia municipale: in uno si escludeva la possibilità di part-time e nell'altro si richiedeva una certa patente di guida. In entrambi i giudizi, il TAR aveva ritenuto discriminatorie le previsioni sulla base di dati statistici da cui emergeva che la maggior parte di lavoratori fruitori del part

time erano donne e che solo il 10% delle donne aveva quella patente ; il TAR aveva osservato che il Comune non aveva provato che il requisito richiesto fosse essenziale e che non esistessero soluzioni alternative. Aldilà del merito della questione che può essere discutibile (e infatti la sentenza che riguardava la patente è stata riformata dal Consiglio di Stato) questi esempi sono utili a capire il meccanismo dell'onere della prova; era in effetti corretto il ragionamento secondo cui ,forniti quei dati statistici che potevano far presumere la discriminazione indiretta, incombeva alla controparte dimostrare l'essenzialità e l'appropriatezza del requisito ex art. 25 CPO (*“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*).

E' interessante sottolineare che la sentenza del Consiglio di Stato che ha riformato quella del TAR ha peraltro condiviso l'impostazione data in astratto alla questione, ritenendo che il requisito della patente era essenziale e che non esistevano soluzioni alternative alla sua previsione come requisito per la partecipazione al concorso; qualche commento , aldilà delle conclusioni condivisibili, ha ritenuto eccessivamente gravoso l'onere imposto alla parte convenuta di dimostrare l'infungibilità di quel certo requisito sospettato di essere discriminatorio. Forse in effetti gli oneri di allegazione e prova potrebbero essere modulati diversamente come in altri casi in cui l'evento oggetto di causa è giustificato in quanto “extrema ratio” ( si pensi al g.m.o, all'obbligo di repechage e all'onere per il lavoratore di allegare possibili suoi impieghi alternativi; anche in qs caso si potrebbe ritenere che una volta dimostrata dal convenuto l'essenzialità del requisito, competa alla parte ricorrente quanto meno di allegare possibili soluzioni alternative).

### **Strumenti utilizzabili**

- aziende e PA con più di cento dipendenti devono redigere un rapporto biennale da inviare a RSU e a organismo regionale di parità *“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”*; l'inadempimento è sanzionato in via amministrativa e, se pure non può essere utilizzato di per sé come elemento di prova, può tuttavia giustificare l'ordine di esibizione non del rapporto in quanto tale, ma dei documenti da cui si possano ricavare i relativi dati;
- inoltre il Comitato nazionale per le pari opportunità può richiedere alle DPL di acquisire presso i luoghi di lavoro tali informazioni (art. 10 CPO) che dunque potrebbero poi essere utilizzati in giudizio.
- Segnalo infine un tipo di prova che vedo attualmente difficilmente ammissibile nel ns. ordinamento, ma di cui si è discusso in altri ordinamenti e cioè i c.d. test di situazione o testing e cioè l'ammissione della testimonianza di un soggetto che abbia messo alla prova la parte poi convenuta per dimostrare come si sarebbe comportato con un soggetto in condizioni personali e professionali analoghe, ma privo del fattore di discriminazione. In sostanza con questi test si creano due gruppi: uno che presenta il fattore di discriminazione e uno perfettamente identico ma senza quel fattore e si riscontra se la controparte tradisca una preferenza che comproverebbe un atteggiamento discriminatorio.

Anche nei paesi in cui è in teoria ammessa (la letteratura cita giudizi penali francesi) questo tipo di prova dà problemi sia per eventuali rischi di provocazione, sia perché occorrerebbe un soggetto che possa in qualche modo provare con certezza lo svolgimento dei fatti , sia perché è difficile riprodurre situazioni esattamente confrontabili.

### **Oggetto degli oneri probatori**

La parte ricorrente dovrà provare , con largo ricorso alle presunzioni, come si è visto, il compimento di un atto o l'esistenza di un comportamento discriminatorio sotto il profilo oggettivo, cioè pregiudizievole per la parte in quanto appartenente alla categoria di persone che presenta un fattore di discriminazione

Generalmente la responsabilità per atti discriminatori è considerata contrattuale, vuoi che la si ricolleggi direttamente alla disciplina antidiscriminatoria che ex art. 1374 cc rientra nella struttura obbligatoria del contratto di lavoro, vuoi che la si ricolleggi all'art. 2087 cc nel cui ambito rientrerebbero i divieti di discriminazione; è dunque estraneo all'onere probatorio del ricorrente la prova dell'elemento soggettivo che, del resto, non fa parte della fattispecie "discriminazione" che è definita in relazione all'effetto che ne consegue sul piano oggettivo (un po' come l'antisindacale dell'art. 28).

La parte ricorrente non deve quindi dimostrare l'intento discriminatorio , salvo che voglia ottenere un risarcimento esteso ai danni non prevedibili ex art. 1225 cc.

A maggior ragione direi che non è richiesta la prova che l'intento discriminatorio abbia le caratteristiche dell'art. 1345 cc (motivo illecito esclusivo).

Sotto questo profilo potrebbero portare fuori strada una serie di pronunce (Cass. 17087/11, 14816/05, 7188/01) a proposito del licenziamento ritorsivo ritenuto discriminatorio con tutte le conseguenze di cui alla l. 108/90 (applicazione dell'art. 18 l. 300/1970 indipendentemente dal requisito dimensionale); in questi casi la Corte richiede infatti che il motivo ritorsivo sia l'unico determinante. Mi sembra però che in questi casi non si trattasse della ritorsione prevista dalle leggi antidiscriminatorie che è per legge parificata alla discriminazione e cioè la reazione ad una rivendicazione di parità, ma della reazione ad una rivendicazione di altri diritti; potremmo dire che si trattava di una ritorsione generica o non qualificata ; parificarla alla discriminazione costituisce dunque per la Corte una interpretazione estensiva della norma sul licenziamento discriminatorio, per cui si giustifica la cautela e dunque l'applicazione dell'art. 1345cc.

Per quanto riguarda la posizione della parte convenuta , questa potrà o negare i fatti allegati dalla controparte o allegare cause di giustificazione previste dalla normativa sostanziale :ad es. che le mansioni da cui la donna lamenta l'esclusione sono particolarmente pesanti, che il genere richiesto per l'assunzione è un requisito essenziale per quel lavoro e, nel campo della discriminazione indiretta, anche che l'obiettivo perseguito è legittimo e che il mezzo prescelto è appropriato e necessario

## **Danno**

Su questo punto non opera alcuna agevolazione probatoria; tutte le norme in materia di onere della prova (vuoi nelle discriminazioni di genere, vuoi nelle altre) si riferiscono alla sola fattispecie discriminatoria, ma non riguardano le conseguenze.

Tuttavia, nei normali limiti, sarà ammissibile e spesso inevitabile il ricorso a presunzioni ; anche su questo punto è significativa la pronuncia della Cassazione sopra citata (12318/2010) che ha confermato la valutazione equitativa del giudice di merito basata, quanto al danno morale sull'odiosità della condotta connessa anche allo stato di soggezione economica della vittima e per quanto concerne il danno esistenziale sul clima di intimidazione creato all'interno dell'ambiente lavorativo e sul conseguente peggioramento delle relazioni interne al nucleo familiare della vittima.

E' da notare che il risarcimento del danno anche non patrimoniale è possibile anche nel giudizio urgente del CPO *"nei limiti della prova fornita"*; questo inciso non deve essere sopravvalutato, sia perché anche la prova presuntiva è comunque una prova, sia perché comunque il tema di indagine potrebbe essere approfondito in sede di opposizione. Direi che è importante che in proposi parte ricorrente adempia quanto meno all'onere di allegazione.



### **Differenze rispetto al giudizio penale.**

Le facilitazioni probatorie previste dall'art. 19 della direttiva 2006/54/CE "*salvo diversa disposizione degli stati membri, non si applicano ai procedimenti penali*", dati il principio di legalità e la presunzione di innocenza per cui compete all'accusa fornire la prova del reato e dell'elemento soggettivo.

### **Particolare regime probatorio.**

Esistono poi casi di presunzione assoluta, come quello previsto dall'art. 35 comma 3 del CPO, a norma del quale " si presume che il licenziamento della dipendente nel periodo intercorrente dal giorno della richiesta delle pubblicazioni di matrimonio, in quanto segua la celebrazione, a un anno dopo la celebrazione stessa, sia stato disposto per causa di matrimonio."salve le tassative ipotesi indicate al comma 5 ,nella ricorrenza delle quali il datore di lavoro può provare che il licenziamento è stato effettuato per una causa diversa .

### **CONTENUTO DEL PROVVEDIMENTO DEL GIUDICE**

Il provvedimento che definisce questi giudizi può avere ad oggetto la dichiarazione di nullità di atti o negozi giuridici discriminatori; l'ordine di cessarli ( se ancora sussistenti); la condanna a rimuovere gli effetti; la condanna al risarcimento del danno anche non patrimoniale; eventuali pronunce costitutiva (ad es. costituzione del rapporto di lavoro).

In più,in certi casi può contenere l'ordine di disporre il c.d. piano di rimozione e altre disposizioni accessorie.

Nelle **discriminazioni non di genere** trattate col rito sommario di cognizione l'art. 28 comma 5 d lgs. 150/2011 dispone che con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice può

- \*condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale;
- \* ordinare la cessazione del comportamento o dell'atto discriminatorio pregiudizievole;
- \* adottare anche nei confronti della PA ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti;
- \* al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, ordinare di adottare , entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate.  
(La norma aggiunge che , nei casi di discriminazioni collettive, il piano è adottato sentito l'ente collettivo ricorrente, il che sta a significare che si può disporre il piano, anche nel caso di discriminazioni individuali, ma potenzialmente collettive.)
- \* ordinare la pubblicazione del provvedimento una sola volta a spese del convenuto su un quotidiano a tiratura nazionale.
- \* dare comunicazione del provvedimento , ai fini della revoca di benefici di cui la parte convenuta eventualmente fruisca o ai fini della perdita dell'appalto pubblico (su questo punto sono richiamate le disposizioni già vigenti e non è quindi generalizzata la previsione che in alcuni casi mancava e continua a mancare:per es. per i disabili)

#### **Nelle discriminazioni di genere**

Salva la pubblicazione sul giornale che non è menzionata ( e che peraltro potrà essere disposta secondo le regole generali di cui all'art. 120 cpc), sono previsti tutti gli altri contenuti indicati a proposito del provvedimento sulle discriminazioni non di genere.

Una differenza riguarda il piano di rimozione che è previsto solo nelle azioni collettive

"sentite, nel caso di tratti di datore di lavoro le rsa ovvero, in loro mancanza, gli organismi locali aderenti alle organizzazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative sul piano nazionale , nonché la consigliera regionale/nazionale."

Nella sentenza il giudice fissa i criteri anche temporali da osservarsi ai fini della definizione ed attuazione del piano “(art. 37 comma 3 CPO, richiamato anche dal comma 4 che riguarda l’azione urgente).

L’espressione “ordina di definire” induce a ritenere che non sia il giudice a predisporre il contenuto del piano, ma solo i criteri cui la parte convenuta dovrà attenersi ; l’ordine impone peraltro non la sola predisposizione del piano, ma anche la sua attuazione concreta in tempi stabiliti.

Direi che equivalente a questa è l’espressione usata per le discriminazioni non di genere (“ordina *di adottare* entro il termine fissato:termine che include sia la predisposizione che l’attuazione).

Per quanto riguarda il risarcimento del danno, nel caso di azioni collettive, occorre fare un discorso a parte che implica qualche cenno sul ruolo dell’organismo di parità.

## **SANZIONI**

In proposito le direttive europee si riferiscono sempre a “sanzioni effettive , proporzionate e dissuasive”

Per quanto riguarda le **discriminazioni non di genere**

Il decreto sulla semplificazione dei riti (art. 34 comma 32) ha modificato l’art. 44 comma 8 del TU immigrazione ,prevedendo in caso di inottemperanza ai provvedimenti conclusivi dell’azione ex art. 44 (escluso quello di condanna al risarcimento del danno) la punizione ai sensi dell’art. 388 I comma cp; il comma 8 è richiamato anche dai d.lgs 215 e 216 e dunque in tutti questi casi deve ritenersi applicabile l’art. 388 cp

Non è invece prevista alcuna sanzione penale nel decreto sulle discriminazioni per fattori di disabilità; al contrario l’art. 55 quinquies comma 9 d.lgs 196/2007 (discriminazione di genere nell’accesso a beni e servizi e loro fornitura) prevede invece in caso di inottemperanza o elusione dei provvedimenti del giudice l’ammenda fino a 50.000 euro o l’arresto fino a tre anni.

Per le **discriminazioni di genere**

A seguito delle modifiche apportate al CPO dal d.lgs. 5/2010

L’inottemperanza ai provvedimenti conclusivi dell’azione collettiva (vuoi ordinaria vuoi speciale-art. 37 comma 5) -è punita con l’ammenda fino a 50.000 euro o l’arresto fino a 6 mesi e altrettanto l’inottemperanza al provvedimento conclusivo del giudizio individuale speciale; in precedenza in entrambi i casi era prevista la punizione ai sensi dell’art. 650 cp, cosicchè si è avuto senz’altro una sanzione più significativa.

**In più** per il caso di azioni collettive, esiste anche una sanzione amministrativa e cioè il versamento di euro 51 al Fondo per l’attività dell’organismo di parità per ogni giorno di ritardo nell’esecuzione dl provvedimento;

è poi prevista la revoca di benefici pubblici (agevolazioni creditizie e finanziarie ) e di eventuali appalti pubblici

Resta invece priva di sanzione sia penale che amministrativa l’inottemperanza alla sentenza conclusiva del giudizio ordinario individuale, né può provvedersi a colmare la alcuna con una interpretazione analogica , data la natura penale o comunque sanzionatoria di queste disposizioni.

## **Ruolo del Consigliere/a di parità: rapporto tra azione individuale e collettiva.**

A proposito del risarcimento del danno previsto nell'azione collettiva, era stata rinviata la trattazione dell'argomento, in quanto coinvolge più in generale la posizione dell'organismo di parità.

Occorre distinguere il significato della presenza dell'organismo di parità nelle varie possibili azioni:

- nell'azione individuale ordinaria (art. 36 II comma) o urgente (art. 38 I comma), quando agisce su delega dell'interessato, si tratta di un esempio di sostituzione processuale ex art. 81 cpc che non presenta particolari problemi ;
- nel caso di intervento nell'azione individuale ordinaria (art. 36 II comma; l'intervento non è invece previsto nell'azione individuale urgente ex art. 38) si ritiene che , sotto il profilo processuale, si tratti di un intervento adesivo ex art. 105 II comma cpc; direi quindi che il consigliere non può proporre nuove eccezioni e, in genere, allargare l'ambito della controversie e neppure può appellare autonomamente; la causa può, ad es., essere conciliata anche senza l'adesione del Consigliere.

Non mancano peraltro opinioni che considerano in tutti i casi autonomo l'intervento del Consigliere; la Corte d'Appello di Torino (sentenza n. 564 dep. il 14.5.2008) ha ammesso l'appello incidentale della Consigliera rilevando in primo luogo che per costante giurisprudenza anche alla parte che abbia svolto intervento adesivo dipendente è riconosciuta la facoltà di proporre appello incidentale quanto meno in punto spese (vedasi Cass. 10252/1997); ha poi aggiunto che comunque l'art. 43 del d.lgs 198/2006 in tema di azioni positive riconosce legittimazione attiva ed interesse ad agire in proprio ai Consiglieri di parità con la conseguenza che l'intervento adesivo deve considerarsi autonomo e non dipendente, con possibilità di appello incidentale anche nel merito, onde far accertare l'avvenuta discriminazione.

Diverso è il caso che l'intervento sia effettuato dal consigliere regionale il quale, essendo abilitato a promuovere l'azione collettiva, potrebbe allargare la controversia a questo profilo, chiedendo ad esempio il piano di rimozione; si tratterebbe allora di un intervento autonomo ex art. 105 I comma cpc, con più ampi poteri.

Per quanto riguarda l'azione collettiva il problema è più complesso , in quanto implica di accertare i limiti del giudicato che si viene a formare , se lo stesso sia opponibile al singolo che non ha partecipato, se sussista un litisconsorzio necessario con i singoli interessati ettc.

L'opinione che mi sembra più convincente su questi punti è quella che

\*esclude il litisconsorzio necessario, fondandosi anche sull'art. 37 che facoltizza l'organismo di parità ad agire anche prima dell'individuazione dei singoli soggetti lesi;

\*parifica la situazione processuale a quella di un rapporto plurisoggettivo scindibile (anche se tecnicamente non lo è) , ritenendo che il giudicato che si forma nel giudizio collettivo possa solo giovare al singolo che non ha partecipato al giudizio, che non ha consumato la sua azione e che può dunque agire successivamente individualmente;

\*ragioni di economia processuale dovrebbero invece consigliare la riunione dei due procedimenti quando sono contemporaneamente pendenti ( e anche per questo propenderei –per l'azione collettiva urgente- per la stessa regola di competenza territoriale dell'azione urgente individuale che faciliterebbe la riunione di eventuali giudizi urgenti separati).

Nulla osta anche ad un intervento del singolo nell'azione collettiva.

A monte di queste questioni sta l'individuazione dell'interesse che il Consigliere fa valere , questione che si riverbera poi sul problema del risarcimento del danno cui si è prima accennato.

Qui si riscontrano opinioni veramente contrastanti:

\*secondo alcuni, infatti, anche nel caso dell'azione collettiva, l'interesse dell'organismo di parità è pur sempre quello degli individui -pur se collettivamente e anche astrattamente considerati- tant'è che l'art. 37 CPO si intitola "legittimazione processuale a tutela di più

soggetti”. Secondo questa opinione si tratta dunque pur sempre lato sensu di una forma di sostituzione processuale. Ne consegue che il danno di cui la norma sull’azione collettiva prevede il risarcimento dovrebbe pur sempre essere un danno dei singoli.

Secondo questa opinione, la tesi trova conferma, a contrario, nella disciplina del comportamento antisindacale, in cui oggetto della lesione è un interesse del sindacato, cui solo eventualmente può cumularsi una lesione dell’interesse del singolo, mentre in questo caso la lesione dei singoli -attuale o potenziale- sarebbe indefettibile; sempre ad ulteriore conferma si indicano i casi in cui il legislatore ha riconosciuto un risarcimento in favore di enti esponenziali, ma in chiave chiaramente sanzionatoria, come prevede il codice del consumo (art. 140 d.lgs. 205/2006)

\*secondo altri invece, e in primis secondo la Cassazione penale (16031/09), il danno il cui risarcimento è previsto in sede collettiva è quello dell’organismo di parità che è un danno ulteriore rispetto a quello dei singoli. In proposito la Cassazione richiama un precedente in tema di molestie sessuali in ambito lavorativo (Cass. 12738/08) in cui era stata ammessa la costituzione di parte civile del sindacato, giustificandola nella lesione del prestigio del sindacato che si verifica quando il comportamento costituente reato si pone in contrasto con la realizzazione dei fini istituzionali dello stesso.

Sul piano testuale questa tesi evidenzia che l’art. 37 riguarda la sola azione collettiva. A me sembra che un risarcimento un chiave sanzionatoria (cui pure, anche in altri campi, le direttive europee ci hanno abituato –vicenda dei contratti a termine in ambito pubblico-esigendo un risarcimento dissuasivo), dovrebbe essere più chiaramente previsto come tale; in difetto propenderei, in linea di massima e salvi casi particolari, per l’insussistenza di un danno proprio dell’organismo di parità.