



UNIVERSITÀ
di **VERONA**

Dipartimento
di **SCIENZE GIURIDICHE**

LE FONTI. LA DISCRIMINAZIONE DI GENERE COME ARCHETIPO

Laura Calafà, 15 marzo 2022



L'OBIETTIVO PRAGMATICO DEL MIO INTERVENTO: RIDURRE AL MINIMO LE ASPERITÀ CONCETTUALI DEL TEMA

- disarticolare la complessità concorrendo alla crescita delle conoscenze specialistiche in materia di diritto antidiscriminatorio del lavoro e all'incremento delle competenze tecniche dedicate necessarie
- concorrere alla consapevolezza dell'importanza della formazione continua sul tema (attenzione all'evoluzione giurisprudenziale costante)
- l'operatore/l'operatrice del diritto antidiscriminatorio del lavoro non può essere solo esperto/a di diritto domestico

IL PERCORSO CLASSICO

- Retrospective in materia di parità tra donne e uomini: acquisire gli strumenti
- I concetti chiave in materia di discriminazione e il ruolo della giurisprudenza sovranazionale
- Focus su genere e discriminazione: alcuni esempi per fissare le conoscenze acquisite e riflettere delle proprie competenze come operatore/operatrice del diritto



PREMESSA ULTERIORE, IL CORRETTIVO DI CARATTERE TEORICO


- Il filo conduttore della riflessione di oggi: la discriminazione di genere è ancora l'archetipo, il modello?

LA CONSAPEVOLEZZA DEL CAMBIAMENTO, IL PERCORSO RIVISTO

- Acquisire gli strumenti tenendo conto della «fusione di orizzonti», il processo osmotico tra fattori di rischio *in action*
- I concetti chiave in materia di discriminazione e il ruolo della giurisprudenza della Cassazione
- Gli effetti distorti della separazione tra fattori di rischio
 - la l. 162/2021 è conforme al diritto UE?
 - Il rapporto sesso e genere: il diritto antidiscriminatorio di fronte alla trasformazione del genere



ACQUISIRE GLI STRUMENTI TENENDO
CONTO DELLA «FUSIONE DI ORIZZONTI», IL
PROCESSO OSMOTICO TRA FATTORI DI
RISCHIO *IN ACTION*



Dal principio di parità di trattamento tra donne e uomini
alla non discriminazione come diritto fondamentale

Questioni di
tecnica del diritto
(anche
processuale)

Dal metamodello
agli altri fattori di
rischio (ivi
comprese le
condizioni
contrattuali)

Il diritto
antidiscriminatorio
nel diritto UE

IL METAMODELLO, I PUNTI FERMI

- Il consolidamento del legame tra genere e altri fattori di rischio nella giurisprudenza della Corte UE
- L'omogeneizzazione degli strumenti del diritto antidiscriminatorio
- La valorizzazione del legame tra divieti di non discriminazione e diritti fondamentali
- L'influenza del diritto antidiscriminatorio sulle tecniche di tutela di diritti dei lavoratori e delle lavoratrici
- L'estensione dei campi d'applicazione dei divieti "oltre" il lavoro

DAL METAMODELLO AL GIUDIZIO: LA TUTELA MIGLIORATA DELLA VITTIMA DI DISCRIMINAZIONE

- Configurazione di un'apposita azione
- Sanzione effettiva e dissuasiva, risarcimento, comprensiva dell'ordine di rimuovere gli effetti discriminatori
- Comprensione di fattispecie più ampie (molestia, ordine di discriminare)
- Onere probatorio facilitato
- Forme di legittimazione processuale dedicate per conto o a sostegno della vittima da parte di organismi pubblici o enti esponenziali portatori di interessi diffusi

RETROSPETTIVE: CORTE GIUSTIZIA UE SEZ. II, 03/06/2021, N.624
**IL PRINCIPIO DELLA PARITÀ DI RETRIBUZIONE TRA LAVORATORI DI
SESSO MASCHILE E FEMMINILE SANCITO DAL DIRITTO UE HA
EFFICACIA DIRETTA NELLE CONTROVERSIE TRA PRIVATI**

- L'articolo 157 TFUE (già art. 119 TCEE) «**ha efficacia diretta** nelle controversie tra privati in cui è dedotta l'inosservanza del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile» per un «lavoro di pari valore», sancito in tale articolo.
- A dirlo è la Corte di giustizia dell'Unione europea in relazione a una vicenda che ha coinvolto la Tesco, società britannica di rivendita di generi alimentari, citata in giudizio per violazione della normativa sul lavoro, da parte di alcune sue dipendenti che sostenevano che il loro lavoro e quello dei colleghi di sesso maschile avesse pari valore e che esse avessero il diritto di confrontare il loro lavoro con quello dei lavoratori, pur se svolto presso stabilimenti diversi. Per i giudici europei spetta comunque al giudice nazionale il difficile compito di stabilire se i lavori che vengono portati in comparazione per denunciare la discriminazione abbiano o meno pari valore.

Discriminazione
diretta e indiretta



Discriminazione
Individuale/collettiva



Discriminazione
associata e molestia



Discriminazione
multipla e
intersezionale

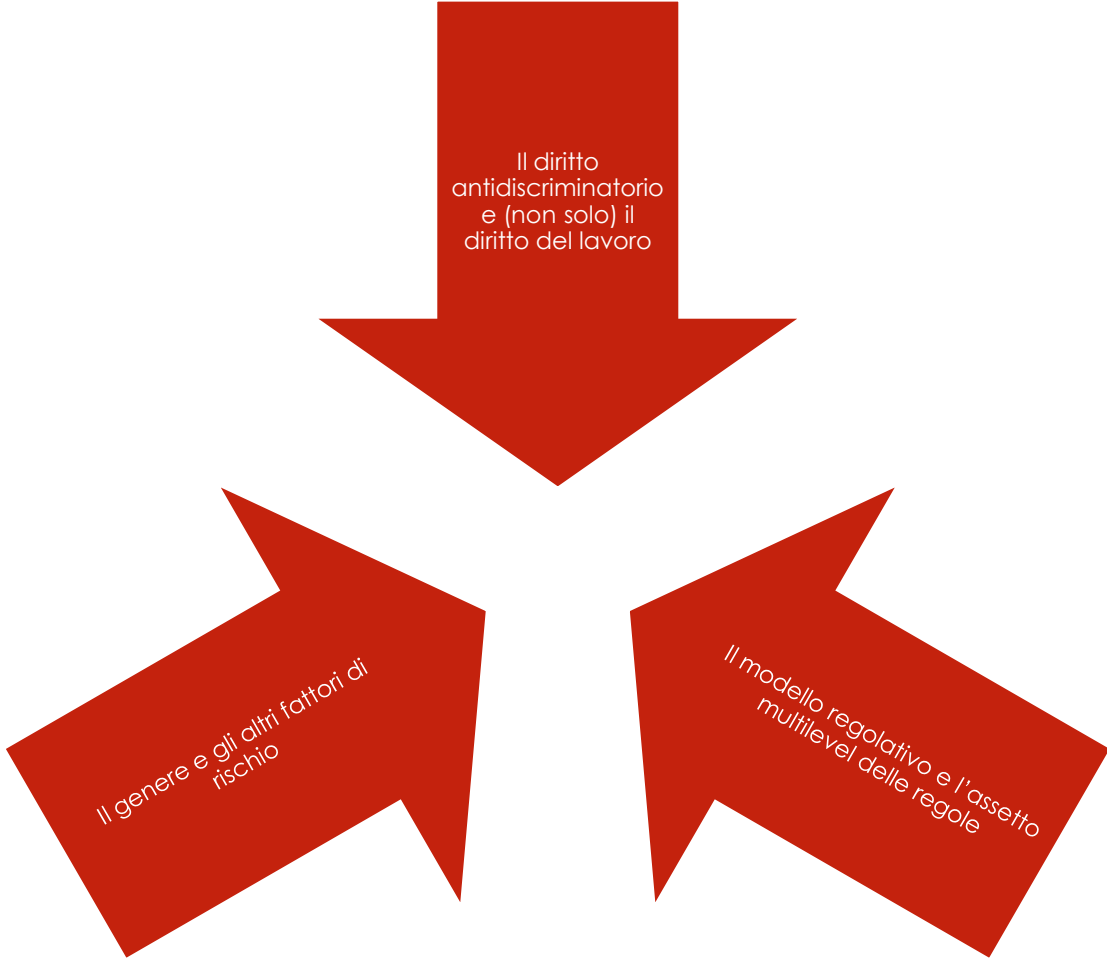


EGUAGLIANZA NEL LAVORO:
ESERCIZI POSSIBILI

L'EGUAGLIANZA CONQUISTATA GIORNO PER GIORNO SUL LAVORO ...

- Il licenziamento, la discriminazione di genere e la procreazione assistita
- L'apprendistato e la discriminazione indiretta della madre lavoratrice
- L'anzianità di servizio e i lavoratori a termine stabilizzati nella ricerca
- Il mancato rinnovo del contratto a termine nella scuola privata
- La politica aziendale di una grande compagnia area low cost e i diritti sindacali
- Il trasferimento di una madre di figlio disabile e la discriminazione associata
- I diritti di assistenza sociale e gli immigrati
- La compagna di odio verso i rom e la comunicazione televisiva
- I simboli partitici in una scuola pubblica e la violazione della parità
- Il linguaggio d'odio verso il gruppo LGBTI+
- La genitorialità LGBTI+
- L'uso del velo al lavoro
- L'età del pensionamento ...
- Le procedure di stabilizzazione e il mancato rinnovo di un contratto a termine

LA TRIPLICE INTERSEZIONE: LE AREE DISCIPLINARI, GLI STRUMENTI E I FATTORI DI RISCHIO




Il diritto
antidiscriminatorio
e (non solo) il
diritto del lavoro

Il genere e gli altri fattori di
rischio

Il modello regolativo e l'assetto
multilevel delle regole



QUALI SONO I PUNTI FERMI DEL
DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO UE
CON RIGUARDO AL GENERE?



I divieti di discriminazione: quali campi d'applicazione oggettivi e soggettivi nella dir. 2006/54 e nel d.lgs. 198/2006?

CAMPO D'APPLICAZIONE OGGETTIVO

Il divieto di discriminazioni tra uomini e donne:

- nell'accesso al lavoro (autonomo e subordinato), alla promozione e alla formazione professionale
- nelle condizioni di lavoro, compreso il licenziamento e la retribuzione
- nei regimi professionali di sicurezza sociale
- nell'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, con esclusione dell'area della vita privata e familiare

CAMPO D'APPLICAZIONE SOGGETTIVO

- La dir. 2006/54 (e il d.lgs. 198/2006?) vietano le discriminazioni tra uomini e donne:
- popolazione attiva, compresi i lavoratori autonomi, i lavoratori la cui attività è interrotta per malattia, maternità, infortunio o disoccupazione involontaria e le persone in cerca di lavoro, ai lavoratori pensionati e ai lavoratori invalidi, nonché agli aventi causa di questi lavoratori in base alle normative e/o prassi nazionali
- La Corte di giustizia ha ritenuto che il campo d'applicazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne non possa essere limitato al divieto delle discriminazioni basate sul fatto che una persona appartenga all'uno o all'altro sesso. Tale principio, considerato il suo scopo e data la natura dei diritti che è inteso a salvaguardare, si applica anche alle discriminazioni derivanti da un cambiamento di sesso.

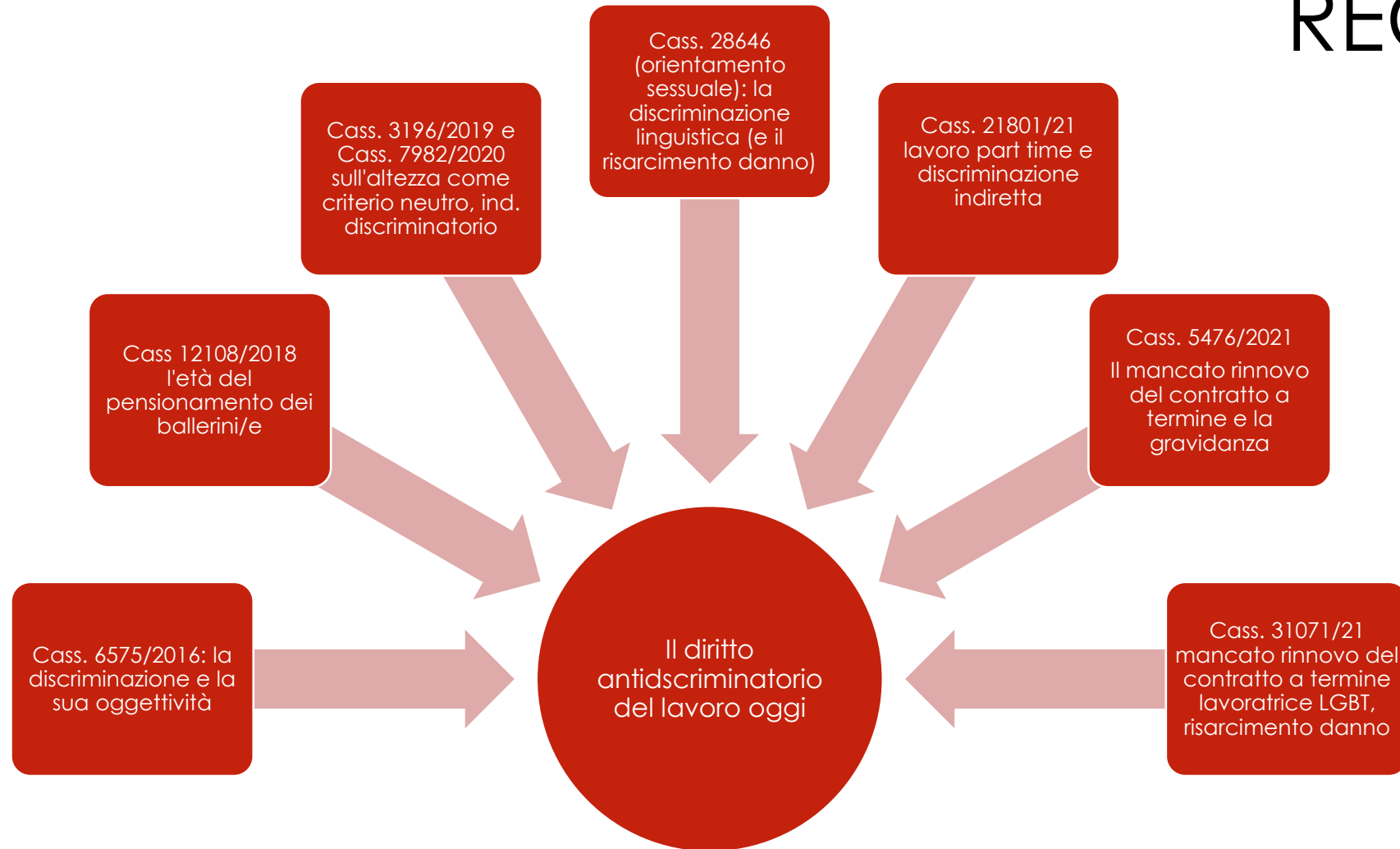


I CONCETTI CHIAVE ALLA LUCE DELLA
GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ: LE
RAGIONI DI UNA SCELTA

LE RAGIONI DEL FOCUS: LA POSSIBILITÀ E LA NECESSITÀ DI SISTEMATIZZARE IL DIRITTO INTERNO CONSOLIDATO IN MATERIA DI DISCRIMINAZIONI

- L'evoluzione del diritto antidiscriminatorio del lavoro: tempi e modi delle diverse fasi
- Il dialogo tra Corti che diventa un punto fermo della riflessione in materia
- Il consolidamento del diritto antidiscriminatorio del lavoro nelle pronunce di legittimità: dall'indifferenza all'attenzione forzata dei giudici di legittimità!

I PUNTI CHIAVE DELLE PRONUNCE RECENTI



L'OGGETTIVITÀ DELLA DISCRIMINAZIONE

- Cassazione civile sez. lav., 05/04/2016, n.6575
- **È discriminatorio il licenziamento di lavoratrice causato dall'intenzione della donna di sottoporsi a inseminazione artificiale.**
- Posto che il licenziamento discriminatorio non richiede che il motivo illecito sia esclusivo e determinante, è nullo perché discriminatorio per ragioni di genere il licenziamento di una lavoratrice che abbia manifestato l'intenzione di sottoporsi a pratiche d'inseminazione artificiale (nella specie, dipendente di uno studio di avvocato, licenziata per le ipotizzate ricadute negative sulla funzionalità dello studio delle programmate assenze per sottoporsi all'inseminazione).

LA BASE DEL RAGIONAMENTO SULLE DISCRIMINAZIONI

- Non ogni differenza di trattamento è discriminatoria
- Ogni atto di gestione delle risorse umane, ogni comportamento, ogni regola, può essere discriminatoria
- Perché un atto sia discriminatorio occorre comprendere i limiti fissati dalle regole (fattori di rischio, trattamento peggiore in un giudizio di comparazione, verifica delle giustificazioni ammesse dell'ordinamento che variano in ragione del fattore di rischio: nessuna giustificazione per le discriminazioni di sesso o genere, giustificazioni ammesse per l'età ad esempio)
- Le discriminazioni sono vietate; gli atti sono nulli; le discriminazioni devono essere prevenute all'interno dei luoghi di lavoro

DISCRIMINAZIONE DIRETTA FONDATA SUL SESSO E DISAPPLICAZIONE DEL DIRITTO INTERNO NON CONFORME

- Cassazione civile sez. lav., 17/05/2018, n.12108
- **Età pensionabile discriminatoria tra lavoratori uomini e lavoratrici donne nel mondo della danza**

In tema di cessazione del rapporto per raggiunti limiti di età dei lavoratori dello spettacolo appartenenti alle categorie dei tescicorei e ballerini, la disciplina transitoria di cui all'[art. 3, comma 7, del d.l. n.64 del 2010](#), conv., con modif., in [l. n. 100 del 2010](#), introduce una discriminazione fondata sul sesso laddove diversifica il limite massimo di età pensionabile previsto per le donne (quarantasette anni) e per gli uomini (cinquantadue); ne consegue la diretta disapplicabilità della norma in contrasto con l'[art.14, par.1, lett. c\) della direttiva 2006/54/CE](#), senza necessità di promuovere incidente di costituzionalità, sia per la natura non obbligatoria della sentenza del [14 dicembre 2017 n. 269 della Corte cost.](#), sia perché nella specie la questione è già stata sottoposta alla Corte di Giustizia UE, che, con ordinanza del 7 febbraio 2018 (proc. riuniti C-142/17 e C-143/17) si è espressa nel senso della violazione della direttiva, in assenza di richiami alla [Carta di Nizza](#).

LE TECNICHE INTERPRETATIVE NEL DIRITTO MULTILIVELLO DA NON DIMENTICARE

Interpretazione
conforme

Disapplicazione
del diritto interno
non conforme al
diritto UE

Rinvio
pregiudiziale in
caso di dubbio
perdurante

DISCRIMINAZIONE INDIRETTA PER ALTEZZA

- Cassazione civile sez. lav., 21/04/2020, n.7982

Bassa statura della candidata e validità dell'esclusione dalla selezione di capo treno

In tema di requisiti per l'assunzione, qualora in una norma secondaria sia prevista una statura minima identica per uomini e donne, in contrasto con il principio di uguaglianza, perché presupponga erroneamente la non sussistenza della diversità di statura mediamente riscontrabile tra uomini e donne e comporti una discriminazione indiretta a sfavore di queste ultime, il giudice ordinario ne apprezza, incidentalmente, la legittimità ai fini della disapplicazione, valutando in concreto la funzionalità del requisito richiesto rispetto alle mansioni (cassata, nella specie, la decisione dei giudici del merito che avevano respinto il ricorso di una donna estromessa dalla selezione per il ruolo di capotreno, atteso che la decisione si era basata su una consulenza tecnica d'ufficio volta a sancire in via generale ed astratta l'inidoneità fisica del soggetto gravato del deficit staturale, mentre la verifica della congruità tra condizione fisica e mansioni andava espletata in concreto).

Discriminazione indiretta – Nozione legale

Situazione nella quale una disposizione, un criterio o una prassi **apparentemente neutri** possono mettere in una situazione di **particolare svantaggio** le persone di un determinato sesso, rispetto a persone dell'altro sesso, **a meno che detta disposizione**, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari;

LAVORATRICI PART-TIME E DISCRIMINAZIONE INDIRETTA, IL GIUDIZIO DI COMPARAZIONE

- Cassazione civile sez. lav., 29/07/2021, n.21801
- **Sui criteri che il giudice deve adottare per verificare la presenza di una discriminazione indiretta di genere**

Al fine di verificare la presenza di una discriminazione indiretta di genere il giudice, nel caso in cui disponga di dati statistici, deve in primo luogo prendere in considerazione l'insieme dei lavoratori assoggettati alla disposizione di cui si dubita; il miglior metodo di comparazione consiste, poi, nel confrontare tra loro: le proporzioni rispettive di lavoratori che sono e che non sono "colpiti" dall'asserita disparità di trattamento all'interno della manodopera di sessomaschile (rientrante nel campo di applicazione della disposizione) e le medesime proporzioni nell'ambito della mano d'opera femminile (fattispecie relativa alla lamentata discriminazione da parte di alcune lavoratrici rispetto ai criteri adottati, in un concorso interno, per la progressione in carriera; in particolare veniva contestato il criterio dell' "esperienza di servizio maturata" che, per i lavoratori part-time, veniva calcolato riproporzionando i periodi di servizio alla minore attività lavorativa svolta).

Profili interpretativi

Il perfezionamento tri-fasico della fattispecie discriminatoria

1. Il criterio o una prassi apparentemente neutri
2. La posizione di particolare svantaggio (del gruppo ... rispetto agli appartenenti ad un altro gruppo)
3. Il giudizio di oggettiva giustificazione del criterio o della prassi [finalità legittima e mezzi impiegati appropriati e necessari: art. 2, co.2, lett. b)]

DISCRIMINAZIONE LINGUISTICA, DISCRIMINAZIONE COLLETTIVA, RISARCIMENTO DANNO, ENTE RAPPRESENTATIVO DELL'INTERESSE LESO

- Cassazione civile sez. I, 15/12/2020, n.28646
- **Diritto a non essere discriminati, in ragione dell'orientamento sessuale sul luogo di lavoro**

Hanno carattere discriminatorio le dichiarazioni con cui il titolare di uno studio legale riveli pubblicamente la propria scelta programmatica di non assumere omosessuali, anche in assenza di una procedura di selezione in corso. Il diritto costituzionalmente riconosciuto di manifestare liberamente il proprio pensiero non può spingersi sino a violare altri principi di pari rango, quale il diritto di non essere discriminati in ragione dell'orientamento sessuale nell'instaurazione, esecuzione e conclusione di un rapporto di lavoro .

DA RICORDARE I CAMPI DI APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVE E LA LORO TRASPOSIZIONE: LA CENTRALITÀ (ANCHE FORZATA) DEL LAVORO

- In materia di tutela del diritto dell'aspirante al lavoro, il diritto costituzionalmente riconosciuto di manifestare liberamente il proprio pensiero non può spingersi sino a violare altri principi di pari rango, assumendo pertanto carattere discriminatorio le dichiarazioni rilasciate dal titolare di uno studio legale tali da dissuadere gli aspiranti, aventi un diverso orientamento sessuale, dal presentare le proprie candidature all'assunzione, anche in assenza di una procedura di selezione in corso



IL CASO NH: DICHIARAZIONI OMOFOBICHE
ALLA CORTE DI GIUSTIZIA
(DIRITTO DEL LAVORO – DIRITTO PENALE)

IL CASO NH CONTRO ASSOCIAZIONE AVVOCATURA PER I DIRITTI LGBT – RETE LENFORD (C-507/18)

La vicenda inizia nel 2014 quando Taormina, intervistato durante trasmissione radio «La zanzara», si lascia andare in una serie di dichiarazioni che esprimono disgusto e disprezzo per le persone gay (li definisce «gente malata», «mi fanno ribrezzo — aggiunge —. Ho una crisi di rigetto, mi viene il vomito») e dichiara che mai assumerebbe nel proprio studio legale persone omosessuali, «faccio una cernita adeguata in modo che questo non accada».

LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI POSTE DALLA CASSAZIONE

1) Se l'interpretazione dell'articolo 9 della direttiva [2000/78] sia nel senso che un'associazione, composta da avvocati specializzati nella tutela giudiziale di una categoria di soggetti a differente orientamento sessuale, la quale nello statuto dichiara il fine di promuovere la cultura e il rispetto dei diritti della categoria, si ponga automaticamente come portatrice di un interesse collettivo e associazione di tendenza non profit, legittimata ad agire in giudizio, anche con una domanda risarcitoria, in presenza di fatti ritenuti discriminatori per detta categoria.

2) Se rientri nell'ambito di applicazione della tutela antidiscriminatoria predisposta dalla direttiva [2000/78], secondo l'esatta interpretazione dei suoi articoli 2 e 3, una dichiarazione di manifestazione del pensiero contraria alla categoria delle persone omosessuali, con la quale, in un'intervista rilasciata nel corso di una trasmissione radiofonica di intrattenimento, l'intervistato abbia dichiarato che mai assumerebbe o vorrebbe avvalersi della collaborazione di dette persone nel proprio studio professionale [di avvocati], sebbene non fosse affatto attuale n. programmata dal medesimo una selezione di lavoro.

GLI ESITI DELLA CAUSA

1) La nozione di «condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro» contenuta all'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretata nel senso che in essa rientrano delle dichiarazioni rese da una persona nel corso di una trasmissione audiovisiva secondo le quali tale persona mai assumerebbe o vorrebbe avvalersi, nella propria impresa, della collaborazione di persone di un determinato orientamento sessuale, e ciò sebbene non fosse in corso o programmata una procedura di selezione di personale, purché il collegamento tra dette dichiarazioni e le condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro in seno a tale impresa non sia ipotetico.

2) La direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che essa ad una normativa nazionale in virtù della quale un'associazione di avvocati, la cui finalità statutaria consista nel difendere in giudizio le persone aventi segnatamente un determinato orientamento sessuale e nel promuovere la cultura e il rispetto dei diritti di tale categoria di persone, sia, in ragione di tale finalità e indipendentemente dall'eventuale scopo di lucro dell'associazione stessa, automaticamente legittimata ad avviare un procedimento giurisdizionale inteso a far rispettare gli obblighi risultanti dalla direttiva summenzionata e, eventualmente, ad ottenere il risarcimento del danno, nel caso in cui si verificano fatti idonei a costituire una discriminazione, ai sensi di detta direttiva, nei confronti della citata categoria di persone e non sia identificabile una persona lesa.

ALCUNI PASSAGGI CHIAVE DELLA PRONUNCIA

- La libertà di espressione come diritto fondamentale ma non assoluto che può, nel suo esercizio, incontrare delle limitazioni (il collegamento con il ddl ZAN)
- Tali limitazioni possono derivare dai diritti garantiti dalla dir. 2000/78
- Un'associazione di avvocati che ha finalità di difendere in giudizio le persone LGBT e di promuovere la cultura e il rispetto dei diritti LGBT non è automaticamente legittimata ad avviare un procedimento giurisdizionale inteso a far rispettare gli obblighi derivanti dalla direttiva 2000/78 e ad ottenere eventualmente il risarcimento del danno (laddove si verifichi una discriminazione vietata ai sensi della direttiva nei confronti della categoria cui è dedicata e non sia identificabile una persona lesa)
- Nella direttiva, il riferimento è ad un'azione per conto o a sostegno di una persona che si ritenga lesa e con il suo consenso, ma lo Stato membro può consentire di far avviare un procedimento giurisdizionale in materia di discriminazioni per orientamento sessuale prevedendo disposizioni più favorevoli della direttiva (nel caso in cui non sia identificabile nessuna persona lesa).

COSA DICE IL D.LGS. 216/2003 (ART. 5)?

1. Le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, in forza di delega, rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità, sono legittimate ad agire ai sensi dell'articolo 4, in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, contro la persona fisica o giuridica cui è riferibile il comportamento o l'atto discriminatorio.
2. I soggetti di cui al comma 1 sono altresì legittimati ad agire nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione.

LA CONCLUSIONE DEL PERCORSO GIUDIZIARIO IN CASSAZIONE


Cassazione civile sez. I, 15/12/2020, n.28646

In materia di tutela del diritto dell'aspirante al lavoro, il diritto costituzionalmente riconosciuto di manifestare liberamente il proprio pensiero non può spingersi sino a violare altri principi di pari rango, assumendo pertanto carattere discriminatorio le dichiarazioni rilasciate dal titolare di uno studio legale tali da dissuadere gli aspiranti, aventi un diverso orientamento sessuale, dal presentare le proprie candidature all'assunzione, anche in assenza di una procedura di selezione in corso



LE QUESTIONI CHIAVE E I PROBLEMI APERTI DALLA PRONUNCIA NH: IL CAMPO DI APPLICAZIONE DELLA DIR. 2000/78

- La discriminazione collettiva, dichiarazioni al pubblico e collegamento politica di assunzione discriminatoria
- La legittimazione attiva



TORNANO A MANIFESTARSI QUEI LIMITI CHE
AVEVANO PORTATA ALL'ELABORAZIONE DELLA
PROPOSTA DELLA DIRETTIVA SULL'ESTENSIONE DEL
CAMPO DI APPLICAZIONE DELLA DIR. 2000/78
(DIRETTIVA ALTRE/OLTRE)

L'ATTIVAZIONE DELLA LEVA GIUDIZIALE, ORIENTAMENTO SESSUALE E IDENTITÀ DI GENERE, ATTIVISMO ASSOCIAZIONISTICO LGBTQ

- Le Corti non possono essere ritenute le sole responsabili del compito di produrre i mutamenti, economici, sociali e culturali che la ricerca di un'eguaglianza densa di significato impone, ma nemmeno possono ignorare le voci della società civile, siano stentoree o appena percepibili, ostili o amichevoli, che le esortano a fare di più o a ragionare in modo diverso in linea con la loro giurisprudenza e lo spirito delle leggi che applicano, né possono venir meno al loro dovere di restare al passo con realtà sociali che si evolvono
- Una vittoria giudiziaria [...] ha un effetto diretto giuridicamente vincolante in tutti gli Stati membri, facendo così venir meno la necessità di specifiche campagne in seno ad ognuno di essi

G. F. Mancini, Le nuove frontiere dell'eguaglianza tra i sessi nel diritto comunitario, in *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, 2004

LA DISCRIMINAZIONE DIRETTA, LA GRAVIDANZA E LA STABILIZZAZIONE NEL PUBBLICO IMPIEGO


- CASSAZIONE, 26.2.2021, N. 5476
- Il mancato rinnovo di un contratto a termine di una lavoratrice in gravidanza integra una discriminazione diretta basata sul sesso. A parità di situazione lavorativa tra la lavoratrice e altri lavoratori mantenuti in servizio, la lavoratrice subisce un trattamento meno favorevole per negata permanenza al lavoro non assumendo valore decisivo se si tratti tecnicamente di proroga o di rinnovo del contratto dei colleghi lavoratori assunti con contratti analoghi. Il mantenimento in servizio dei colleghi ha consentito agli stessi di soddisfare il requisito di un triennio ai fini dell'ammissione alle procedure di stabilizzazione attivate dall'ente e conferma, nel frattempo, il perdurante interesse della p.a. alla prestazione lavorativa.

IL PRINCIPIO DI VICINANZA DELLA PROVA

- *L'art. 40 del d.lgs. 5.4.2006, n. 198 non stabilisce un'inversione dell'onere della prova, ma un'agevolazione del regime probatorio con la conseguenza che la lavoratrice privata del rinnovo del contratto a termine deve provare il fattore di rischio e cioè il trattamento che assume meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe e non portatori del fattore di rischio. Il datore di lavoro, d'altra parte, deve provare le circostanze inequivoche, idonee ad escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria della condotta, in quanto dimostrative di una scelta che sarebbe stata operata con i medesimi parametri nei confronti di qualsiasi lavoratore privo del fattore di rischio che si fosse trovato nella stessa posizione. La lavoratrice non deve fornire i dati relativi ai contratti prorogati e/o rinnovati ai colleghi che devono essere forniti dal datore di lavoro anche in ragione del coordinamento tra l'agevolazione prevista dall'art. 40 e il principio di vicinanza della prova dato che i contratti rinnovati e/o prorogati sono nella disponibilità del datore di lavoro.*

Discriminazione diretta – Nozione legale

- sussiste discriminazione diretta quando, a causa del suo sesso, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra persona in una situazione paragonabile
- è proibita ogni discriminazione diretta fondata sul sesso, compreso un trattamento meno favorevole della donna in ragione della gravidanza e della maternità



Gli elementi costitutivi della discriminazione (oggettiva: nessuna rilevanza dell'intenzione di discriminare):

- Il trattamento meno favorevole
- Il giudizio di comparazione (elastico: lavoratore/trice comparabile, virtuale e ipotetico)
- Il collegamento causale (a causa di ...)
- L'esclusione di ogni giustificazione

LAVORI PRECARI, PROTEZIONE ANTIDISCRIMINATORIA, LA CONFERMA DEL DANNO DA DISCRIMINAZIONE

- CASSAZIONE, 2.11.2021, v. 31071

Il mancato rinnovo di un contratto a termine di una lavoratrice in ragione di una sua pretesa omosessualità integra una discriminazione diretta basata sull'orientamento sessuale vietata.

Il diritto antidiscriminatorio non deve declinarsi in ragione dello specifico progetto educativo dell'istituto scolastico paritario; condotte apertamente discriminatorie non possono giustificarsi invocando le regole, anche costituzionali, poste a fondamento della libertà di organizzazione della scuola cattolica o la libertà d'insegnamento.

Il danno non patrimoniale da discriminazione individuale e collettiva è da valutarsi in via equitativa e va liquidato in modo da rendere la sanzione, collegata a violazione di norme nazionali di attuazione delle direttive UE, effettiva e dissuasiva.

DA NON DIMENTICARE: LE
CONTRADDIZIONI E DIFFICOLTÀ
INTERPRETATIVE: TRATTAMENTI
MASCHILI O DI PATERNITÀ

Cass. 31824/2020
sul licenziamento
a causa di
matrimonio

Cass. 11129/2016 –
Cass. 17701/2020 sul
trattamento dei
padri avvocati



LE MODIFICHE DEL CODICE PO: L. 162/21

LA DISCRIMINAZIONE DIRETTA

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

Modifica tesa ad escludere interpretazioni difformi, rafforzativa della nozione ampia e generale di discriminazione diretta

LA DISCRIMINAZIONE INDIRETTA

Si ha discriminazione indiretta, ai sensi del presente titolo, quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento, compresi quelli di natura organizzativa o incidenti sull'orario di lavoro, apparentemente neutri mettono o possono mettere i candidati (e le candidate?) in fase di selezione e i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.

Modifica tesa ad escludere interpretazioni difformi, rafforzativa della nozione ampia e generale di discriminazione indiretta, che mantiene in connotati originari

ART. 25 COMMA 2 BIS: PRIMA E DOPO LA L. 162/21

2-bis. Costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti.

2 -bis . Costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, ogni trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro che, in ragione del sesso, dell'età anagrafica, delle esigenze di cura personale o familiare, dello stato di gravidanza nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti, pone o può porre il lavoratore in almeno una delle seguenti condizioni:

- a) posizione di svantaggio rispetto alla generalità degli altri lavoratori;
- b) limitazione delle opportunità di partecipazione alla vita o alle scelte aziendali;
- c) limitazione dell'accesso ai meccanismi di avanzamento e di progressione nella carriera

LA MODIFICA DELL'ART. 25, CO. 2-BIS. TRE RIFLESSIONI SULLA
COERENZA DELLA SCELTA

1. Il contenuto delle
modifiche: la
riflessione interna
sulla nozione di
discriminazione

2. L'approccio di
sistema: la coerenza
della regola
modificata con le
regole già in vigore

3. La verifica di
coerenza rispetto al
diritto UE

1. IL CONFRONTO SUL FATTORE DI RISCHIO: L'AGGIUNTA DI SESSO, ETÀ ANAGRAFICA, ESIGENZE DI CURA PERSONALE O FAMILIARE

- Da «stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti»
- A « sesso, dell'età anagrafica, delle esigenze di cura personale o familiare, dello stato di gravidanza nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti»

sesso è già compreso nelle definizioni di discriminazione diretta e indiretta regolate nei commi precedenti,

età anagrafica è compresa nelle nozioni di discriminazione diretta e indiretta riconducibili al d.lgs. 216/203 (ex dir. 2000/78), con conseguente espansione del campo di applicazione (si escludono le altre differenze di età «non anagrafica»?);

esigenze di cura personale o familiare (si introduce il fattore di rischio autonomo cura di altri, di uomini e donne. Quali conseguenze questo cambiamento comporta sulla nozione di disabilità? Ci si limita ad escludere la rilevanza della discriminazione associata?)

1. IL CONFRONTO SULLA STRUTTURA DEL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE

... ogni trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro

che pone o può porre il lavoratore (*non la lavoratrice?*) in almeno una delle seguenti condizioni:

a) posizione di svantaggio rispetto alla generalità degli altri lavoratori; (*giudizio di comparazione bloccato dal legislatore? Sul funzionamento del giudizio di comparazione*)

b) limitazione delle opportunità di partecipazione alla vita o alle scelte aziendali (*non c'è giudizio di comparazione, è sufficiente la limitazione delle opportunità? Es. esclusione dall'invito ad una riunione che decide dei progetti dell'azienda*);

c) limitazione dell'accesso ai meccanismi di avanzamento e di progressione nella carriera (*non c'è giudizio di comparazione? Diversità di trattamento rispetto a ...*)

1. ESEMPI: QUALE REGOLA APPLICARE?

- In ragione dell'età anagrafica, a un lavoratore viene modificata l'organizzazione dell'orario di lavoro, condizione che lo pone in una condizione di svantaggio rispetto alla generalità degli altri lavoratori
- In ragione della cura di un familiare disabile, una lavoratrice subisce un trattamento limitativo delle opportunità di partecipazione alla vita aziendale
- In ragione del sesso, una lavoratrice è posta nelle condizioni di vedersi limitata una progressione di carriera

2. LE REGOLE GIÀ IN VIGORE E LA VERIFICA DI COERENZA: IL TU DI MATERNITÀ E PATERNITÀ

- **Art. 3.** *Divieto di discriminazione*
- 1. È vietata qualsiasi discriminazione per ragioni connesse al sesso, secondo quanto previsto dal [decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198](#), con particolare riguardo ad ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti.

3. IL DIRITTO UE: DALLA LETT. C) DELL'ART. 2, COMMA 2°, DELLA DIR. 2006/54/CE: LA RILEVANZA DELLA MATERNITÀ

- La discriminazione vietata comprende «qualsiasi trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità ai sensi della dir. 92/85/CE»

LE DIVERSE POSIZIONI DOTTRINALI SU COMMA 2 BIS

- La modifica estende il campo di applicazione delle regole in vigore, ne favoriscono l'applicazione nelle aule giudiziarie
- La modifica ha valore in termini solo di enforcement della normative in vigore; non devono essere enfatizzate (non hanno valore normative, prevale la definizione generale)
- La modifica introduce un primo approccio al diritto antidiscriminatorio intersezionale
- La modifica deve essere svalutata in sede interpretativa (mediante valorizzazione art. 3 d.lgs. 151/2001), orientando l'interpretazione al diritto UE



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI
BRESCIA
DIPARTIMENTO DI
GIURISPRUDENZA



UNIVERSITÀ
di VERONA

Dipartimento
di SCIENZE GIURIDICHE

Con il patrocinio di:



LLC
LABOUR LAW COMMUNITY



ien
Italian
equality
network

SEMINARIO

**La L. n. 162 del 2021:
la parità di genere rivisitata**

PROGRAMMA

SALUTI

Marzia Barbera, *Università di Brescia, Presidente LLC*
Laura Curcio, *già Consigliera presso la Sezione lavoro della Corte
di Cassazione, Presidente Rete per l'Uguaglianza*

PRESENTAZIONE

Cristina Alessi, *Università di Brescia*

INTERVENTI

Matteo Borzaga, *Università di Trento, Consigliere di Parità della
Provincia Autonoma di Trento*
Roberta Nunin, *Università di Trieste, già Consigliera di Parità
della Regione Friuli Venezia-Giulia*
Maria Luisa Vallauri, *Università di Firenze*
Antonio Viscomi, *Università Magna Graecia di Catanzaro,
Commissione Lavoro della Camera dei Deputati*

DIBATTITO

CONCLUSIONI

Laura Calafà, *Università di Verona*

**Lunedì 14 febbraio 2022
ore 15.30**

**Aula Ardizzone
Via Montanari, 9 - Verona**

Il seminario verrà trasmesso
tramite la piattaforma Zoom,
previa registrazione a questo
[LINK](#)

La partecipazione in presenza è
consentita solo con green pass
rafforzato ed è subordinata alla
prenotazione all'indirizzo mail:
cristina.alessi@unibs.it
oppure
laura.calafa@univr.it



DA VERIFICARE: IMPATTO SULLA
GIURISPRUDENZA PUBBLICATA EX ART.
25, COMMA 2 BIS

LA DISCRIMINAZIONE DIRETTA, LA GRAVIDANZA E LA STABILIZZAZIONE NEL PUBBLICO IMPIEGO

- CASSAZIONE, 26.2.2021, N. 5476
- Il mancato rinnovo di un contratto a termine di una lavoratrice in gravidanza integra una discriminazione diretta basata sul sesso. A parità di situazione lavorativa tra la lavoratrice e altri lavoratori mantenuti in servizio, la lavoratrice subisce un trattamento meno favorevole per negata permanenza al lavoro non assumendo valore decisivo se si tratti tecnicamente di proroga o di rinnovo del contratto dei colleghi lavoratori assunti con contratti analoghi. Il mantenimento in servizio dei colleghi ha consentito agli stessi di soddisfare il requisito di un triennio ai fini dell'ammissione alle procedure di stabilizzazione attivate dall'ente e conferma, nel frattempo, il perdurante interesse della p.a. alla prestazione lavorativa.

CONTRATTO A TERMINE, DISCRIMINAZIONI VIETATE E GRAVIDANZA: LA CASSAZIONE SI ALLINEA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA (RGL 2021)

Il caso è tutto sommato semplice ed è risolto applicando l'art. 25, comma 1 del d.lgs. 198/06 mai applicato al contratto di lavoro a termine. Nel fatto ricostruito anche dai giudici di legittimità si concentra una classica situazione di trattamento differenziato riservato ad una lavoratrice a termine, unica titolare di un contratto di lavoro non prorogato e nemmeno rinnovato a fronte di altre situazioni lavorative di colleghi il cui contratto è risultato rinnovato/prorogato. La mancata stabilizzazione nella p.a. per mancato raggiungimento del triennio richiesto come condizione di accesso è l'effetto più evidente del percorso lavorativo cominciato in condizioni di pari opportunità tra tutti i lavoratori e la lavoratrice (mancata) di I.S.P.R.A., ente pubblico trasformato nel tempo e oggi diventato Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale.

Sono vari i profili sostanziale di interesse per la pronuncia, in buona parte già anticipati in premessa: per la parte del diritto UE, la pronuncia si allinea all'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia sul legame tra mancato rinnovo del contratto a termine e discriminazione diretta in applicazione della dir. 76/207 allora vigente (e applicabile anche al caso specifico visto che la dir. rifusione 2006/54 non è risulta applicabile prima del 2009).

Si tratta di una **vera novità per l'ordinamento nazionale**, confermata dalla mancanza di precedenti specifici a cui riferirsi. Il mancato rinnovo di un contratto a termine di una lavoratrice in gravidanza integra una discriminazione diretta basata sul sesso perché a parità di situazione lavorativa tra la lavoratrice e altri lavoratori mantenuti in servizio, la lavoratrice subisce un trattamento meno favorevole per negata permanenza al lavoro. Il linguaggio antidiscriminatorio (comune per il lavoro privato e pubblico contrattualizzato) induce a spostare l'attenzione dei giudici dalla tradizionale questione del riconoscimento di un diritto soggettivo al rinnovo del contratto, escluso, al trattamento meno favorevole complessivamente attribuito alla lavoratrice.

La conseguenza è che non assume valore decisivo ai fini della decisione della controversia se si tratti tecnicamente di proroga o di rinnovo del contratto della lavoratrice o dei colleghi lavoratori assunti con contratti di lavoro analoghi. Merita di essere segnalato il passaggio argomentativo sul mantenimento in servizio dei colleghi, un mantenimento in servizio che consente agli stessi di soddisfare il requisito di un triennio ai fini dell'ammissione alle procedure di stabilizzazione attivate dall'ente, ma che conferma, nel frattempo, il perdurante interesse della p.a. alla prestazione lavorativa, elemento che dovrà essere considerato dal giudice di rinvio chiamato a decidere la questione nel merito in applicazione dei principi contenuti nella sentenza della Suprema Corte.

La procedura di stabilizzazione è stata prevista dall'art. 1, comma 519, della Legge 27 dicembre 2006, n. 296, così come previsto dall'art. 3, comma 90, e comma 94, della Legge 24 dicembre 2007, n. 244.