



CONVEGNO
NAZIONALE

IL LAVORO E L'IMPRESA NELL'ITALIA CHE RIPARTE

TRIESTE 15 / 17 settembre 2022





Workshop 2

Parità di genere e discriminazione

Intervento dell'avv. Alberto Guariso



UN ANNO RICCO DI INNOVAZIONI LEGISLATIVE

L. 5.11.2021 N. 162 = modifiche al CPO

ART. 47 DL 31.5.2021 n. 77 conv. in L. 28.7.21 (PNRR) = pari opportunità nei contratti pubblici

Dlgs 30.6.2022 n. 105 di attuazione direttiva 2019/1158 su equilibrio attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza

DL 30.4.2022 n. 36 conv. in L. 29.6.22 n. 79 art.5 *Rafforzamento dell'impegno a favore dell'equilibrio di genere*

Aprile 2022 = avvio della procedura di negoziazione sulla proposta di direttiva 2021/50 sulla parità retributiva

DPCM 29.4.2022 (pubblicato il 1.7.2022) che attiva «*la certificazione della parità di genere*» di cui al nuovo art. 46bis CPO

DM 29.3.2022 che attiva il *rapporto sulla situazione del personale ex art 46 CPO*

In questo vivace contesto

**INTERVENTI DI DUBBIA UTILITA' (es. ART. 5 dl 36/22) - DUE ELEMENTI DI NOVITA' -
E UN PROBLEMA DI VECCHIA DATA**



Prima «novità» = il nuovo art. 25 CPO, la discriminazione «organizzativa» e il diniego di 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.*

NB : in origine l'art. 25 serviva solo a dare le definizioni di discriminazioni **per sesso** diretta e indiretta; qui si aggiungono fattori e tipologie, ma l'aggiunta non è coordinata con la norma processuale (art. 38) che consente di agire in giudizio solo per le discriminazioni del capo II (e l'art. 25 **non** è nel capo II) o per le discriminazioni nelle «condizioni di lavoro»: occorre quindi far rientrare il comma 2bis nelle «condizioni di lavoro»...o riordinare il tutto.



Esaminiamo la norma: qual'è il fattore tutelato ? (anche a fronte della modifica organizzativa)

- Il sesso
- **L'età anagrafica** (ma come si raccorda con il dlgs 216/03 tenendo conto anche della diversità di riti?)
- La condizione di **gravidanza, di paternità e maternità**; nulla di nuovo, ma la conferma che è tutelata la condizione genitoriale indipendentemente dal sesso; è rafforzata dal nuovo art. 54, comma 7, dlgs 151/01: il divieto di licenziamento del padre entro l'anno dalla nascita è ora esteso a **TUTTI i padri**, perché il nuovo art. 54 dlgs 151/01 lo applica «*in caso di fruizione del congedo di paternità ex art. 27bis*» (i 10 gg). Ma poiché **TUTTI** i padri ne devono fruire, ne segue che a **TUTTI** si applica il divieto. (E se il licenziamento arriva prima della fruizione?). **Forse** però viene messo in discussione il diritto al preavviso in caso di dimissioni nel periodo di tutela (art. 55, 1^a comma).
- Coloro che hanno **esigenze di cura personale o familiare**. E anche qui problemi di raccordo: il *caregiver* dell'invalide è tutelato dal 216/03 se incorre in una «discriminazione associata» ex sentenza CGE *Coleman C-303/06* o è tutelato dall'art. 25? (vedi dopo le conseguenze sul rito)
- Coloro che esercitano i «**relativi diritti**» : relativi a tutte le condizioni di cui sopra.



E contro cosa i portatori di questi fattori sono tutelati?

- Contro le «discriminazioni», quindi sia dirette che indirette.
- **NB-1:** il comma 2bis riguarda infatti sia discriminazioni dirette (es. negare al padre il riposo ex art. 40 dlgs 151/01 è una discriminazione diretta: il criterio non è apparentemente neutro) sia discriminazioni indirette (una modifica organizzativa o di orario che si applica a tutti, ma mette in condizioni di svantaggio i padri e le madri).
- **NB-2:** E' importante collocare la vicenda nell'una o nell'altra perché solo le discriminazioni indirette sono soggette alle «cause di giustificazione» («*a meno che...*» cfr. art. 2, comma 1, lett.b) direttiva 2006/54). Il nostro codice (art. 25) sovrappone questo tema al «requisito essenziale della prestazione» che è questione diversa e rileva (quasi) solo in sede di assunzione: ad es. una volta assunto non si potrà mai dire che quella caratteristica è requisito essenziale quindi non potrà mai essere «giustificato» (es. l'introduzione nel corso del rapporto di trasferte all'estero)
- **NB-3:** l'ostacolo all'esercizio dei diritti (di quei diritti) è **discriminatorio in quanto tale, non in quanto ritorsivo**: la distinzione è importante perché consente di prescindere dai due requisiti ex art. 1345 c.c. (sulla distinzione cfr. Cass. 6575/2016)



Segue : contro cosa è tutelato?

- Contro lo «svantaggio» : non «particolare svantaggio» quindi anche piccolo (coerente con CGUE *CHEZ C-83/14*)
- Qui la funzione del «nuovo diritto antidiscriminatorio»: non il diritto a un trattamento identico ma il diritto a manifestare la propria «differenza» senza che questa differenza (l'identità, la particolare condizione di genitore...) si trasformi in svantaggio, semprechè questa differenza sia collegata al fattore vietato.
- L'esercizio del «relativo diritto», il sottrarsi alla modifica organizzativa infatti non sono trattamenti uguali, ma **trattamenti differenziati rispetto agli altri lavoratori**, che però tutelano il fattore «essere genitore o caregiver»
- Un caso particolare: il «*diritto a modalità di lavoro flessibili per motivi di assistenza*» ex art. 9 direttiva 2019/1158, **non recepito**. E' dotato di efficacia diretta ? Il rifiuto immotivato di modalità di lavoro flessibili è «*trattamento svantaggioso rispetto alla generalità degli altri lavoratori*» ai sensi del comma 2bis?



Quale comparazione per la modifica organizzativa?

- Ogni modifica organizzativa orientata alla flessibilità può risultare in contrasto con le «rigidità» imposte dalla vita familiare.
- Ma se la leggiamo con gli strumenti del diritto antidiscriminatorio (finalità legittima, mezzi proporzionati e necessari) dobbiamo fare una comparazione di valori, altrimenti non risolviamo il problema della proporzionalità : quindi artt. 8 CEDU, art. 31 Cost. ma soprattutto **interesse pubblico** a incrementare la partecipazione delle donne al mercato del lavoro: è il limite della «utilità sociale» ex art. 41 Cost.
- Ciò significa che ogni reazione alla modifica organizzativa discriminatoria va vista in prospettiva «femminile» ? **No** occorrono misure che siano insieme di partecipazione al lavoro per le donne, **ma anche di riequilibrio dei ruoli familiari** (finora però solo 2breve» congedo obbligatorio e «premialtà» in caso di utilizzo separato dei congedi). Un caso di segno opposto: Cass. 15515/2019 (il divieto di licenz. per matrimonio per le sole donne è *«coerente con la realtà sociale, che ha reso necessarie misure legislative volte a garantire alla donna la possibilità di coniugare il diritto al lavoro con la propria vita coniugale e familiare»*)



E quali rimedi alla discriminazione organizzativa ?

- Siamo nell'ambito del diritto UE e quindi rimedi «effettivi, proporzionali, dissuasivi, equivalenti»: quindi porre il discriminato nella medesima situazione in cui si sarebbe trovato ove non discriminato e dunque nella situazione in cui si è trovato il lavoratore avvantaggiato dalla discriminazione (cfr anche art. 14 punto 3, proposta di direttiva 2021/50)
- Come applicarla ai «criteri organizzativi» visto che i criteri corretti possono essere molti ?
- Questione nota con riferimento alla mancata assunzione. I criteri non discriminatori sono molti e molti di questi avrebbero condotto a non stipulare il contratto. Quali rimedi in questo caso ? A) solo risarcimento; b) costituzione del rapporto se il datore non dimostra che non avrebbero comunque avuto il posto (vedi sentenze caso FIAT); c) obbligo del datore di proporre l'assunzione.
- Qui è diverso: il lavoro su due turni è «svantaggio» per chi ha figli piccoli; l'eliminazione dello svantaggio può avvenire o tornando al turno unico; o garantendo compensazioni (flessibilità, pagamento baby sitter ecc.) : può il giudice scegliere ?
- A mio avviso **deve**: è una piccola rivoluzione, ma inevitabile se vogliamo salvaguardare la portata del nuovo art. 25 CPO.
- D'altra parte vi sono altri casi di «criteri» discriminatori con conseguente necessità di sostituzione giudiziale (vedi criteri di attribuzione punteggi alloggi ERP, Corte Cost. 9/2021; Trib. Ferrara 6.7.2021)



Seconda novità: la discriminazione da «omessa informazione»

- *Art. 5 proposta di direttiva 2021/50 «Qualora un datore di lavoro non abbia rispettato uno qualsiasi dei diritti o degli obblighi in materia di trasparenza retributiva di cui agli articoli da 5 a 9 della presente direttiva, gli Stati membri provvedono affinché spetti al datore di lavoro dimostrare, in qualsiasi procedimento giudiziario o amministrativo riguardante una discriminazione diretta o indiretta, che non vi è stata discriminazione. 3. La parte ricorrente beneficia di qualsiasi dubbio residuale»*
- Impostazione già in parte presente nella giurisprudenza CGUE
- E' cosa diversa dalla ordinaria «inversione» dell'onere della prova
- E' già applicabile ai numerosi nuovi obblighi di comunicazione ? Ad es. il rapporto sulla situazione del personale ex art. 46 CPO e la certificazione di parità ex art. 46bis CPO



Per fare ciò occorre un processo funzionale: invece....

Il rito antidiscriminatorio di genere sul lavoro (decreto-opposizione-giudizio ordinario) è **diverso** rispetto al rito per **tutte** le altre discriminazioni, anche di genere: ricorso ex art. 702bis – non convertibilità in giudizio ordinario – ordinanza – appello (ma NB dopo la riforma sarà *sentenza* cfr. art. 1 , comma 5, lettera n-5 L. 206/2021).

Nella legge delega 206/2021 solo **una** modifica marginale in materia (art. 1, comma 11, lett. c) – art.441-quater cpc nello schema d.lgs)

«le azioni di nullità dei licenziamenti discriminatori, ove non siano proposte con ricorso ai sensi dell'art. 414 cpc possano essere introdotte, ricorrendone i presupposti, con i rispettivi riti speciali di cui agli artt. 38 CPA e 28 Dlgs 150/2011 stabilendo che la proposizione dell'azione, nell'una o nell'altra forma, preclude la possibilità di agire successivamente in giudizio con rito diverso.»



Quindi restano insoluti i problemi derivanti dalla differenza:

- 1) La difficoltà di prospettare discriminazioni multiple che coinvolgono più fattori; ad es. il velo: religione e genere; ma anche il caso della discriminazione del caregiver o per età (*vedi supra*)
- 2) Il diverso regime **dell'onere della prova**: CPO art.30 : «*elementi di fatto idonei a provare in termini precisi e concordanti la presunzione della discriminazione...*» - Art. 28 dlgs 150/11 «*elementi di fatto dai quali si può presumere...*» - Ma vedi Corte Appello Trento 23.2.2017
- 3) La diversa **competenza territoriale** inderogabile: CPO art. 38 «*luogo dove è avvenuto il comportamento denunciato*» - Art. 28 Dlgs 150/11 : «*domicilio del ricorrente*»



E ancora:

4) La diversa giurisdizione:

- per tutte le discriminazioni : giudice ordinario *«anche laddove la procedura è attivata nell'ambito di un procedimento per il riconoscimento di una utilità rispetto alla quale il privato gode di una posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo»* (Cass. 7186/2011) ad es. concorsi pubblici (salvo il personale pubblico non privatizzato: art.4 dlgs 216/03)
- Per CPO : rimane la ripartizione ordinaria e, se rientra nella giurisdizione amministrativa, si applica il rito abbreviato (art. 139, lett. m-quater CPA)

DIVERSITA' QUINDI CHE NON HANNO SENSO E VANNO SANATE: LA SPECIFICITA DELLA DISCRIM. DI GENERE NON SI TUTELA CON PASTICCI PROCESSUALI



CORRIERE DELLA SERA EDIZIONE DI FIRENZE 11 settembre 2022

«ALEKSANDRA: LICENZIATA PERCHE' HO CHIESTO DI ACCUDIRE MIO FIGLIO»

«La dipendente aveva bisogno di un permesso per il figlio. La denuncia della CGIL»

Cambierà davvero qualcosa?