

DISCRIMINAZIONE E LAVORO: GEMELLI DIVERSI?

-Premessa-

In occasione del 60° anno di attività l'Anmic ha deciso di istituire un nuovo importante servizio, dando vita all'Ufficio per la rimozione della discriminazione delle persone con disabilità.

Si tratta della naturale evoluzione di sessant'anni di battaglie, che hanno portato la nostra associazione a difendere i diritti delle persone con disabilità, facendosi portavoce delle loro primarie esigenze e rendendosi fautrice delle maggiori leggi in materia di disabilità.

Purtroppo ancora oggi, dopo oltre mezzo secolo però, le persone con disabilità vivono ogni giorno sulla loro pelle situazioni di ordinaria e straordinaria discriminazione. L'accesso alla scuola, al lavoro, ai servizi pubblici e quelli privati ed ogni altro luogo di svolgimento della vita sociale sono disseminati di ostacoli che limitano la libertà delle persone con disabilità. Si tratta di barriere comportamentali e ambientali che talvolta sono molto evidenti – come quelle architettoniche – altre più nascoste e striscianti, come quelle legate al pregiudizio; tutte, però, contribuiscono a impedire una piena vita sociale delle persone con disabilità.

Quante volte chi ha una disabilità vede limitata la possibilità di accesso al lavoro, ma anche le possibilità di carriera, di realizzazione professionale? Esistono da anni leggi che regolamentano il diritto all'ingresso nel mondo del lavoro, e già quelle purtroppo sono in parte vengono rispettate, ma chi si preoccupa dei lavoratori disabili, e dei pregiudizi con cui devono combattere tutti i giorni per vedere riconosciute le proprie capacità professionali?

L'Ufficio creato all'interno di Anmic avrà la funzione di garantire, in piena autonomia di giudizio e in condizioni di imparzialità, l'effettività del principio di parità di trattamento fra le persone, di vigilare sull'operatività degli strumenti di tutela vigenti contro le discriminazioni e di contribuire a rimuovere le discriminazioni delle persone con disabilità.

In stretto raccordo con le altre strutture dell'Associazione, e prioritariamente con l'Ufficio Legislativo Anmic, l'Ufficio elabora proposte di intervento, azioni di sistema e metodologie per l'assistenza legale ed il supporto alle vittime di comportamenti discriminatori. In particolare

- fornisce assistenza alle vittime di comportamenti discriminatori nei procedimenti intrapresi da queste ultime sia in sede amministrativa che giurisdizionale, attraverso l'azione dedicata di un apposito Contact center;
- predispone e intraprende le azioni giudiziarie di Anmic per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità, vittime di discriminazioni in qualità di associazione legittimata ad agire per Decreto Ministeriale 30 aprile 2008
- svolge inchieste al fine di verificare l'esistenza di fenomeni discriminatori nel rispetto delle prerogative dell'autorità giudiziaria;
- promuove l'adozione di progetti di azioni positive in collaborazione con le associazioni no profit;
- diffonde la massima conoscenza degli strumenti di tutela attraverso azioni di sensibilizzazione e campagne di comunicazione;
- formula raccomandazioni e pareri sulle questioni connesse alla discriminazione delle persone con disabilità;
- promuove studi, ricerche, corsi di formazione e scambi di esperienze, in collaborazione anche con le associazioni e le organizzazioni non governative che operano nel settore, anche al fine di elaborare delle linee guida o dei codici di condotta nel settore della lotta alle discriminazioni

In attuazione degli obiettivi dell'Ufficio si è voluto riservare, all'interno di questo importante convegno sul Diritto al Lavoro delle persone con disabilità, uno spazio per esaminare il problema della discriminazione che troppo spesso viene subita dai disabili al momento dell'accesso e poi all'interno del mondo del lavoro.

La consapevolezza che le persone disabili hanno bisogno di protezione contro la discriminazione è un'acquisizione recente.

Tradizionalmente, i disabili sono stati considerati non tanto quali soggetti di diritti, quanto come oggetto di programmi di welfare, di sanità pubblica, di assistenza.

Il modello sociale, o modello dei diritti sociali, o dei diritti umani, che sta gradualmente rimpiazzando l'approccio medico, si concentra invece non sulle menomazioni funzionali dell'individuo disabile ma sulle limitazioni poste da una società che pretende di definire ciò che è normale e ciò che non lo è.

Secondo il modello sociale, ciò che si deve correggere non è la disabilità dell'individuo, ma l'ambiente, gli atteggiamenti degli altri individui, le strutture istituzionali. Secondo questo modello, la disabilità consiste nell'interazione negativa tra l'ambiente in cui vive e lavora il soggetto e la sua menomazione: la disabilità è quindi il risultato di un processo, che si verifica quando le persone affette da menomazioni incontrano ostacoli alla piena partecipazione alla vita sociale, al riconoscimento ed al godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali nella loro vita civile, politica, economica, sociale, culturale o in ogni altro campo dell'attività umana. Il modello sociale evidenzia le barriere sociali, ambientali, istituzionali che si risolvono nell'esclusione delle persone disabili.

In questo ordine di idee, il paragrafo e) del Preambolo della Convenzione ONU sui Diritti delle Persone Disabili dichiara che “la disabilità è il risultato dell’interazione tra persone con minorazioni e barriere attitudinali ed ambientali, che impedisce la loro piena ed efficace partecipazione nella società su una base di parità con gli altri”.

Quanto alla definizione degli individui da considerare portatori di disabilità, la Convenzione introduce una formulazione assai ampia: l’art. 1 afferma che “Le persone con disabilità includono quanti hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri”.

A livello nazionale, le scelte degli Stati nel definire la disabilità sono molto diverse: molti Stati definiscono la disabilità nei termini del modello sociale, sottolineando i rapporti tra individuo e ambiente e riconoscono la discriminazione nell’esistenza di barriere alla piena partecipazione della persona disabile alla vita sociale, mentre altri Stati si concentrano sul modello medico, guardando alle limitazioni funzionali derivanti all’individuo dalla sua menomazione, e non considerando come quelle limitazioni interagiscano con l’ambiente che circonda l’individuo.

Nell’ordinamento italiano non esiste una nozione unitaria di disabilità: coesistono i concetti di invalidità (L. 222/1984: lesione alla capacità lavorativa specifica, con possibilità di svolgere altre attività lavorative), inabilità o invalidità civile (L.18/1980 e L. 118/1971: perdita della capacità lavorativa generica), handicap (L.104/1992: menomazione delle capacità psico-fisiche che incidono sulla vita quotidiana, anche se irrilevanti per la capacità lavorativa); l’ambito di applicazione della L. 68/1999 riguarda le “persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali e i portatori di handicap intellettuale, che

comportino una riduzione della capacità lavorativa superiore al 45 per cento”.

FONTI in materia di discriminazione

1998: Trattato di Amsterdam inserisce nel Trattato UE l'art. 13, clausola antidiscriminatoria che, per la prima volta pone divieto di discriminazione, oltre che per sesso, razza, origine etnica, religione, convinzioni personali, età, tendenze sessuali anche per handicap, e che delega il Consiglio a prendere i “provvedimenti opportuni” per combattere le discriminazioni.

2000: Carta di Nizza - Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea
Articolo 21 - Non discriminazione

È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la

razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.

2000: Direttiva 2000/78 su lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro (c.d. Direttiva Quadro);

Né il diritto UE né il diritto internazionale stabiliscono nuovi diritti dei disabili, ma guardano alla disabilità non più come una questione assistenziale ma come una questione di diritti umani e di partecipazione alla vita sociale; quindi, ampliano la tutela antidiscriminatoria imponendo comportamenti attivi di modifica dello *status quo*.

Le nuove Direttive passano da una tutela antidiscriminatoria solo relativa (che presuppone che ci sia un soggetto concreto che rappresenta la “normalità” a cui chi lamenta una discriminazione deve comparare la propria condizione per avere diritto ad essere trattato da eguale) ad una tutela assoluta, distinguendo tra discriminazione diretta, in cui l’elemento a cui compararsi può essere non contestuale o anche meramente ipotetico (quando un trattamento sfavorevole sia collegato, sulla base della comune esperienza o di fatti notori, alla presenza di un fattore di rischio, es. gravidanza) e discriminazione indiretta, in cui chi lamenta di essere discriminato non deve necessariamente avere sofferto un pregiudizio concreto e attuale ma può dimostrare la discriminazione attraverso l’uso di dati statistici.

La Direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000, considera che l’occupazione e le condizioni di lavoro sono elementi chiave per garantire pari opportunità a tutti i cittadini e che la discriminazione basata su religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali può pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del trattato CE, e in particolare il raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale, la solidarietà e la libera circolazione delle persone.

La Direttiva non prescrive l’assunzione (non riguarda il collocamento obbligatorio), la promozione o il mantenimento dell’occupazione né prevede la formazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile a svolgere le funzioni essenziali del lavoro, ma impone agli Stati membri di prevedere misure appropriate, ossia misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell’handicap, ad esempio sistemando i locali o adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro,

la ripartizione dei compiti, a meno che le misure in questione diano luogo a oneri finanziari sproporzionati.

La Direttiva stabilisce che in casi strettamente limitati una disparità di trattamento può essere giustificata quando una caratteristica collegata alla religione o alle convinzioni personali, a un handicap, all'età o alle tendenze sessuali costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, a condizione che la finalità sia legittima e il requisito sia proporzionato.

La Direttiva fissa requisiti minimi, lasciando liberi gli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli; l'attuazione della Direttiva non può servire da giustificazione per un regresso rispetto alla situazione preesistente in ciascuno Stato membro.

Le vittime di discriminazione devono disporre di mezzi adeguati di protezione legale; il potere di avviare una procedura deve essere conferito anche alle associazioni o alle persone giuridiche per conto o a sostegno delle vittime; l'effettiva applicazione del principio della parità di trattamento richiede che l'onere della prova sia posto a carico del convenuto.

Ma come si valuta l'esistenza o meno di un comportamento discriminatorio?

Tradizionalmente, nelle discriminazioni fondate sul genere, attraverso la comparazione, si può affermare l'esistenza di una discriminazione quando – per ragioni riconducibili al sesso – un lavoratore riceva un trattamento preferenziale (ad esempio una promozione o l'accesso ad un corso di formazione) rispetto a quello riconosciuto ad una lavoratrice (o viceversa). In questo caso la comparazione è relativamente semplice perché i due soggetti si trovano nella medesima condizione, ovvero sono entrambi in possesso dei requisiti idonei allo svolgimento della prestazione, e l'unica differenza è basata sul sesso.

Come si compara, invece, un soggetto disabile con altro soggetto non disabile? Si tratta di stabilire se il disabile e chi non è affetto da disabilità, siano comparabili rispetto allo svolgimento delle funzioni essenziali del lavoro e se ricevano, oppure no, un trattamento eguale.

Nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la Direttiva è obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati dalla disposizione, criterio o prassi.

Sono, altresì, considerati come discriminazioni le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi connessi alla disabilità, che violano la dignità e la libertà di una persona con disabilità, ovvero creano un clima di intimidazione, di umiliazione e di ostilità nei suoi confronti (art. 2).

Il campo di applicazione della Direttiva è vasto: tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene: a) alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo, nonché alla promozione; b) all'accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale; c) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione; d) all'affiliazione e all'attività in un'organizzazione di lavoratori o datori di lavoro.

Per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, devono essere previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro deve prendere i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale

soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili. Non discriminare significa garantire ai diversi un trattamento diverso, preferenziale, affinché possano godere delle stesse opportunità di cui le persone senza disabilità beneficiano automaticamente.

L'adozione di soluzioni ragionevoli prevista dalla Direttiva attiene, per quanto concerne la discriminazione diretta (che non ammette giustificazione), proprio alla fase della comparazione e permette di determinare quella situazione analoga che altrimenti non si realizzerebbe. Se pensiamo all'accesso al lavoro, il ragionamento si svolge nel modo seguente: se due individui hanno le stesse capacità e la soluzione ragionevole (es. adattamento del posto di lavoro all'utilizzo di una carrozzella) colloca il disabile in una situazione analoga rispetto ai non disabili, allora la comparazione è possibile e se il disabile continua a ricevere un trattamento meno favorevole (correlato alla disabilità) sussisterà una discriminazione diretta, salvo che il datore di lavoro dimostri che non è possibile adottare nessuna misura adeguata o che la stessa comporta un onere sproporzionato.

Nella Direttiva, accanto al divieto di discriminare i disabili (obbligo negativo), l'attivazione di soluzioni ragionevoli opera sia come giustificazione specifica della discriminazione indiretta ai sensi dell'art. 2, comma 2°, lett. b), seconda parte, sia come obbligo positivo di adottare misure a sostegno dell'integrazione lavorativa dei disabili ai sensi dell'art. 5; la Direttiva, tuttavia, non dice nulla circa le conseguenze della mancata adozione delle soluzioni ragionevoli, limitandosi a sancire che le stesse non devono comportare per il datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato.

* * * * *

Situazione in Italia

La Direttiva 2000/78 è stata attuata in Italia dal D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, che ha disposto l'applicazione del principio di parità di trattamento senza distinzione di religione, di convinzioni personali, di handicap, di età e di orientamento sessuale a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato, garantendone la tutela giurisdizionale.

In Italia è stata poi approvata la L. 1° marzo 2006, n. 67, che estende la particolare tutela giurisdizionale che il D.Lgs. 216/2003 prevede a favore delle persone disabili vittime di discriminazione nel contesto lavorativo a tutti i casi residui, in cui la persona disabile risulti destinataria di comportamenti discriminatori al di fuori del contesto lavorativo.

L'art. 4, 1° comma, del D.Lgs. innova l'art. 15, ult. co., dello Statuto dei Lavoratori, che già sanciva la nullità di ogni atto o patto diretto a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua, di sesso. Ora a tali ipotesi si è aggiunta la discriminazione basata sul fatto di essere portatore di handicap, sull'età, sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali.

Manca del tutto, nel D.Lgs. 216/2003, il riferimento alle soluzioni ragionevoli per i disabili, che eliminino o compensino gli svantaggi derivanti dal ricorso a criteri potenzialmente discriminatori e che operino come misure positive che favoriscano l'inclusione sociale di questi soggetti.

Secondo l'art. 5 della Direttiva, i datori di lavoro devono prendere provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato.

Su questo punto, si può affermare che l'Italia è rimasta inadempiente all'obbligo di trasposizione della Direttiva nell'ordinamento interno: ci si dovrà chiedere se il giudice nazionale possa considerare ugualmente operante l'obbligo del datore di lavoro di adottare soluzioni ragionevoli, sulla base del principio di interpretazione conforme.

Un'altra previsione assolutamente non attuata dal legislatore italiano è l'art. 7 della Direttiva, che dà facoltà agli Stati membri di predisporre azioni positive e misure specifiche dirette ad evitare o a compensare svantaggi correlati a condotte discriminatorie.

* * * * *

Tra discriminazione e mobbing

Il problema del *mobbing*, anche se non si conosce la reale entità, è presente nel rapporto di lavoro privato e, di recente, è approdato nel Pubblico Impiego "privatizzato". Tale situazione si è estesa in quest'ultimo settore (P.I. privatizzato), a causa dell'innesto massiccio di logiche e di modelli privatistici nell'organizzazione e nell'operato dell'Amministrazione pubblica, avvenuto con il D. Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 (T.U. in materia di Pubblico Impiego), che ingloba il D. Lgs. n. 29/1993 ed alcuni decreti legislativi attuativi delle Leggi Bassanini. Tale processo di revisione, ha generato nella P.A. condotte vessatorie in alcuni suoi settori: nella Sanità, con particolare riferimento ai rapporti esistenti tra personale medico e paramedico ed alle nomine dei primari dei reparti^[4]; nelle autonomie locali, nei confronti dei segretari provinciali e comunali; nelle Scuole, per quanto attiene ai professori ed ai bidelli; e gli esempi potrebbero continuare.

In Italia il *mobbing* è stato analizzato per la prima volta da Harald Ege, il quale afferma che con la parola *mobbing* si vuole intendere "un'azione (o una serie di azioni) che si ripete per un lungo periodo di tempo, compiuta

da uno o più *mobber* per danneggiare qualcuno (c.d. *mobbizzato*), quasi sempre in modo sistematico e con uno scopo preciso. Il *mobbizzato* viene letteralmente accerchiato ed aggredito intenzionalmente dai *mobber* che mettono in atto strategie comportamentali volte alla sua distruzione psicologica, sociale e professionale. ... La definizione di *mobbing* esclude dal suo campo i conflitti temporanei e focalizza l'attenzione sul momento in cui la durata e l'intensità del comportamento vessatorio determina condizioni patologiche dal punto di vista psichiatrico o psicosomatico. In altre parole, la distinzione tra conflitto sul lavoro e mobbing non consiste su ciò che viene inflitto alla vittima e sul come viene inflitto, ma piuttosto sulla frequenza e durata di qualsivoglia trattamento vessatorio venga inflitto. Infatti, si distingue dal bullismo studentesco e dal nonnismo militare, perché mentre quest'ultime forme di aggressione sono fortemente caratterizzate da atti di violenza o minaccia fisica, il *mobbing* sul posto di lavoro raramente sfocia in violenza fisica ma è caratterizzato da comportamenti subdoli e molto più sofisticati”.

Questo termine, oggi, è entrato, in Italia, anche nel bagaglio giuridico; infatti il *mobbing*, in genere, viene posto in essere dai colleghi, il c.d. *mobbing* orizzontale, che si verifica quando uno o più colleghi emarginano un lavoratore c.d. debole, come può essere il disabile, per qualsiasi motivo; dal datore di lavoro, il c.d. *mobbing* verticale, che individua come vittima un lavoratore “scomodo”, come può essere il disabile, il quale (datore di lavoro) compie atti e comportamenti intenzionalmente volti ad isolarlo ed emarginarlo nell'ambiente di lavoro, e spesso finalizzati ad ottenerne le dimissioni ed, infine, dal lavoratore (caso molto raro, ma possibile), il c.d. *mobbing* dal basso verso l'alto, che si verifica ogni qualvolta i subalterni mettono in discussione l'autorità di un superiore.

Non va, però, a mio avviso, confuso ed identificato con il *mobbing* verticale, il **bossing**, il quale è programmato dall'azienda stessa o dai vertici dirigenziali come vera e propria strategia aziendale di riduzione, ringiovanimento o razionalizzazione del personale, oppure di semplice eliminazione di una persona indesiderata. Il *bossing* può attuarsi in diversi modi, ma tutti rendono alla creazione attorno alla persona da eliminare di un clima di tensione insopportabile: atteggiamenti severi, minacce, rimproveri, a volte anche sabotaggi venuti dall'alto, difficilmente dimostrabili. Sul *bossing*, è intervenuta, di recente, la giurisprudenza di merito, la quale ha sottolineato che per *bossing* si intende la vessazione da parte di un superiore gerarchico del lavoratore, di solito utilizzato per ridurre il personale, ringiovanire o riorganizzare uffici o reparti.

Orbene, qual è il rapporto tra il *mobbing* e le discriminazioni di cui al decreto del 2003?

Come ho già detto, il decreto in esame è diretto a tutelare tutti i lavoratori e le lavoratrici privati e pubblici contro le discriminazioni che attengono alla religione, alle convinzioni personali, alle condizioni di handicap, all'età ed all'orientamento sessuale. In particolare, esso opera una distinzione tra discriminazioni dirette e quelle indirette. E fa rientrare tra le discriminazioni non solo le molestie, ma tutti quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi di religione, di convinzioni personali, di handicap, di età o di orientamento sessuale, che hanno o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante, offensivo.

In questo modo, a mio avviso forzatamente, come hanno ritenuto molti, si vuol fare rientrare tra le discriminazioni anche gli atti e i comportamenti che si traducono in *mobbing*. Non è così! Invero, anche a voler accedere a tale interpretazione e a ritenere, dunque, che siano puniti anche i

comportamenti cosiddetti mobbizzanti, resta comunque il dato ineludibile che, per espresso disposto normativo, tali comportamenti lesivi devono pur sempre essere posti in essere per uno dei motivi di cui all'art. 1 D.Lgs. n. 216/2003, cioè devono essere connotati finalisticamente e teleologicamente in ragione della religione professata dal soggetto leso, ovvero delle sue convinzioni personali, dell'handicap, dell'età e dell'orientamento sessuale. È evidente, pertanto, che tale normativa non punisce le discriminazioni tout court, né, tantomeno, i cd. comportamenti mobbizzanti, se non ove ricorra almeno uno dei motivi indicati dall'art. 1, vale a dire nell'ipotesi in cui un dato comportamento determini la discriminazione di una persona in ragione della sua religione, delle sue convinzioni personali, dell'handicap, dell'età e dell'orientamento sessuale

SENTENZE IN MATERIA DI DISCRIMINAZIONE

CGUE 11.7.2006, C-13/05, Chacón Navas

La sig.ra Chacón Navas lavorava per una società di ristorazione collettiva; dovette interrompere l'attività lavorativa a causa di malattia e non era in grado di riprendere il lavoro a breve termine. Dopo otto mesi di assenza per malattia il datore di lavoro le comunicava il licenziamento, senza fornirne la causa, pur ammettendo l'irregolarità di quest'ultimo e offrendole un indennizzo. La sig.ra Chacón Navas proponeva ricorso sostenendo che il suo licenziamento era nullo (e non solo illegittimo) in ragione della disparità di trattamento e della discriminazione di cui era stata oggetto, risultanti dalla situazione di interruzione dell'attività lavorativa nella quale si trovava e chiedeva di condannare l'azienda a reintegrarla nel suo posto di lavoro (se fosse stato ritenuto unicamente illegittimo, la lavoratrice avrebbe avuto diritto, in base al diritto spagnolo, alla riassunzione o al risarcimento a scelta del datore di lavoro).

Il giudice del rinvio, osservava che, in mancanza di altra prova, si doveva ritenere che la sig.ra Chacón Navas fosse stata licenziata per il solo fatto di aver interrotto l'attività lavorativa per causa di malattia; rilevava che sussiste un nesso di causalità tra la malattia e l'handicap perché la malattia può spesso comportare un handicap irreversibile, e che pertanto i lavoratori dovrebbero essere tutelati in tempo utile in base al divieto di discriminazione fondata sull'handicap in quanto la soluzione contraria priverebbe di sostanza la tutela perseguita dal legislatore.

Per l'ipotesi in cui si considerasse che l'handicap e la malattia sono due nozioni diverse e che la normativa comunitaria non è direttamente applicabile alla seconda di tali nozioni, il giudice del rinvio suggeriva di constatare che la malattia costituisce un segno identificativo non specificamente menzionato, che deve aggiungersi a quelli in base ai quali la Direttiva 2000/78 vieta qualsiasi discriminazione.

La Corte ha escluso che la Direttiva 2000/78 imponga un'assimilazione tra malattia e disabilità, sia per ragioni testuali sia perché la disabilità è situazione di lunga durata (altrimenti non si giustificerebbero le misure destinate ad adattare il posto di lavoro in funzione della disabilità); *ergo*, una persona licenziata per malattia non rientra nel campo di applicazione del divieto di discriminazioni fondate sulla disabilità (tassatività dei fattori di rischio elencati dall'art. 1).

“Il termine «handicap» non è definito dalla Direttiva 2000/78. Tale Direttiva non fa neppure rinvio al diritto degli Stati membri per la definizione di tale nozione.

La Direttiva 2000/78 mira a combattere taluni tipi di discriminazione per quanto riguarda l'occupazione e le condizioni di lavoro. In tale contesto, deve intendersi che la nozione di «handicap» va intesa come un limite che deriva, in particolare, da minorazioni fisiche, mentali o psichiche e che

ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale.

Nondimeno, utilizzando la nozione di «handicap» all'art. 1 della Direttiva di cui trattasi, il legislatore ha deliberatamente scelto un termine diverso da quello di «malattia». È quindi esclusa un'assimilazione pura e semplice delle due nozioni. Perché una limitazione possa rientrare nella nozione di «handicap» deve essere probabile che essa sia di lunga durata.

Dalle considerazioni che precedono consegue che una persona che è stata licenziata dal suo datore di lavoro esclusivamente per causa di malattia non rientra nel quadro generale tracciato dalla Direttiva 2000/78 per lottare contro la discriminazione fondata sull'handicap.

La malattia in quanto tale non può essere considerata un motivo che si aggiunge a quelli in base ai quali la direttiva 2000/78 vieta qualsiasi discriminazione”.

* * * * *

Trib. Pistoia, ord. 3.12.2005, est. Calvani, in causa Min. Giustizia/N., in Foro It.2006, I, 1206

Una dipendente del Ministero della Giustizia, invalida civile al 50%, con limitazioni di movimento che richiedevano l'assegnazione a una sede di lavoro vicina alla sua residenza, in organico alla Procura di Bologna, era stata applicata, su sua istanza, prima alla Procura di Pistoia e poi alla sez. distaccata di Monsummano del Trib.Pistoia; a seguito di una sua istanza di proroga dell'applicazione a Monsummano, il Ministero la distaccava, invece, al Giudice di Pace di Pistoia; la signora presentava ricorso assumendo che il provvedimento costituiva discriminazione indiretta perché l'ufficio di Monsummano era più vicino alla sua residenza di quello di Pistoia. Il Giudice del Lavoro accoglieva il ricorso ma il Tribunale accoglieva il reclamo del Ministero.

“Il D.Lgs. 216/2003 vieta che siano create situazioni di sfavore a danno di persone che si trovino in determinate condizioni, perché vieta che qualcuno sia messo in una condizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone. Ne consegue che il datore di lavoro non è tenuto ad eliminare le eventuali situazioni di disagio che derivino al disabile dalla sua condizione di invalido civile, mentre è tenuto ad evitare atti e comportamenti che possano creargli disagio in ragione del suo stato. La domanda da porsi, allora, è se il provvedimento impugnato sia tale da procurare alla lavoratrice uno svantaggio, in ragione delle sue condizioni fisiche, rispetto ad altri ipotetici lavoratori che, risiedendo come lei in Larciano, prestino servizio alla Procura di Bologna, ufficio di appartenenza della ricorrente: la risposta, evidentemente, è negativa, perché Pistoia è assai più vicina a Larciano rispetto a Bologna, dunque il provvedimento impugnato ha creato per la ricorrente una condizione di lavoro migliore di quella che sarebbe stata normalmente, e lo ha fatto proprio in considerazione della sua condizione di invalida civile.

* * * * *

CGUE 17.7.2008, C-303/06, Coleman

La sig.ra Coleman lavorava come segretaria in uno studio legale. Nel 2002 ha avuto un figlio disabile, le cui condizioni richiedevano cure specializzate. La sig.ra Coleman forniva al figlio la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno.

Al ritorno dal previsto congedo di maternità, si è vista rifiutare sia il reintegro nel posto di lavoro che occupava in precedenza, sia la flessibilità nell'orario, sia le stesse condizioni di lavoro accordate ai genitori di bambini non disabili ed è stata oggetto di accuse ingiustificate, commenti sconvenienti ed ingiuriosi quando ha chiesto di usufruire di permessi per la cura del bambino, permessi tra l'altro concessi anche agli altri genitori.

Nel 2005 la sig.ra Coleman ha accettato di rassegnare le proprie dimissioni, con conseguente risoluzione del contratto.

Successivamente ha proposto ricorso sostenendo di essere stata vittima di un implicito licenziamento forzato e di un trattamento meno favorevole rispetto a quello riservato agli altri lavoratori, per il fatto di avere un figlio disabile principalmente a suo carico, e che tale trattamento l'aveva costretta a smettere di lavorare.

“Il giudice del rinvio chiede se la Direttiva 2000/78 debba essere interpretata nel senso che essa vieta una discriminazione diretta fondata sulla disabilità soltanto nei confronti di un lavoratore che sia esso stesso disabile o se il principio della parità di trattamento e il divieto di discriminazione diretta si applichino altresì a un lavoratore che non sia esso stesso disabile, ma che sia, come nella causa principale, vittima di un trattamento sfavorevole a causa della disabilità del figlio, cui egli stesso presta la parte essenziale delle cure che le sue condizioni richiedono (...).

Dalle disposizioni della Direttiva 2000/78 non risulta che il principio della parità di trattamento che essa mira a garantire sia limitato alle persone esse stesse disabili ai sensi di tale Direttiva. Al contrario, quest'ultima ha come obiettivo, in materia di occupazione e lavoro, di combattere ogni forma di discriminazione basata sulla disabilità. Infatti, il principio della parità di trattamento sancito da detta Direttiva in quest'ambito si applica non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo art. 1 (religione, convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale) (...).

Tenuto conto di quanto precede, la Direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che il divieto di discriminazione diretta ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora un datore di lavoro tratti un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, in modo meno favorevole rispetto al modo in cui è, è stato o sarebbe trattato

un altro lavoratore in una situazione analoga, e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio, al quale egli presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta enunciato dall'art. 2, n. 2, lett. a) della Direttiva". Dopo la sentenza Coleman non sono preventivamente individuabili i soggetti destinatari della tutela contro i trattamenti discriminatori: è vietato discriminare non solo i disabili, ma è vietato discriminare chiunque a motivo della disabilità, quindi anche persone non disabili, a motivo della disabilità del soggetto che assistono; il limite è dato dalla considerazione che le persone non disabili possono essere protette solo se si trovano in stretto rapporto con il disabile (deve trattarsi della persona che presta al disabile "la parte essenziale delle cure").

* * * * *

Trib. Pavia, ord. 19.9.2009, est. Ferrari, in causa M./INPS, D&L 2009, 770

Un dipendente dell'INPS aveva impugnato, con ricorso ex art. 4 D.Lgs. 216/2003, la graduatoria di un concorso interno per l'accesso ad una qualifica superiore, lamentando che l'INPS non aveva tenuto conto, ai fini della determinazione della sua anzianità di servizio, di un periodo di congedo non retribuito di cui egli aveva usufruito per accudire la madre, affetta da handicap grave ex art 3 L. 104/1992, attribuendogli così un punteggio inferiore a quello che gli sarebbe spettato computando anche quel periodo nell'anzianità di servizio.

Il Tribunale ha accolto la domanda osservando che "la disposizione di legge (art. 4, comma 2, L. 53/2000) che espressamente esclude la computabilità, nell'anzianità di servizio, del periodo di aspettativa non retribuita usufruito dal lavoratore per accudire un parente disabile, costituisce una discriminazione diretta, non sorretta da alcuna finalità

legittima e giustificabile; pertanto deve essere disapplicata per contrasto con la Direttiva 2000/78, come interpretata dalla CGUE nella sentenza Coleman, in forza della quale il divieto di discriminazione per ragioni di disabilità si applica non solo al disabile stesso, ma anche a colui che presta in suo favore la parte essenziale delle cure”.

* * * * *

Trib. Napoli 29.12.2008, est. D’Ancona, in causa V.P./ASL Napoli 1, D&L 2009,190

Il caso riguardava alcuni fisioterapisti non vedenti che non erano mai stati nominati “referenti” (ruolo di coordinamento di gruppi di fisioterapisti, remunerato con una particolare indennità), ed ai quali non era consentito effettuare turni pomeridiani di lavoro straordinario, a differenza dei fisioterapisti vedenti in servizio presso la stessa struttura dell’ASL.

Il Tribunale ha dichiarato discriminatorio il comportamento dell’ASL soltanto in relazione alla mancata nomina di uno o più dei ricorrenti a “referenti”, mentre ha ritenuto che non si potesse attribuire alcun significato discriminatorio, neppure indiretto, al mancato inserimento dei ricorrenti nei turni di lavoro straordinario.

Sotto il primo profilo, l’ASL aveva ritenuto di individuare i referenti escludendo i fisioterapisti non vedenti, senza offrire una valida e razionale spiegazione di tale determinazione, pur in presenza di specifiche domande dei ricorrenti di essere nominati referenti: il Tribunale ha individuato nell’attività dell’azienda un comportamento di discriminazione indiretta, attuato mediante l’esclusione immotivata di tutti i ricorrenti dall’attività di referenti ed ha pertanto ordinato all’ASL di inserire uno o più ricorrenti tra i referenti di gruppi di fisioterapisti.

Qui, ciò che rileva ai fini dell’accertamento di una discriminazione indiretta è proprio l’omessa specificazione da parte dell’ASL di una

giustificazione plausibile e veritiera circa i motivi della scelta di non inserire i non vedenti tra i referenti.

Quanto, invece, alla questione del lavoro straordinario, il Tribunale ha osservato che i ricorrenti beneficiavano del permesso ex art. 33, 6° comma, L. 104/1992, che consente ai portatori di handicap grave di anticipare il termine del turno ordinario di lavoro di due ore: grazie a tale permesso, i ricorrenti terminavano il loro turno di lavoro ordinario alle 12 anziché alle 14.

Il Giudice ha ritenuto tale permesso incompatibile con la prestazione di lavoro straordinario, perché se il lavoratore, per sua stessa richiesta, non si sente in grado (o non vuole), per motivi connessi al suo handicap, di effettuare l'intero turno ordinario di lavoro giornaliero, non si vede come il datore di lavoro possa chiedergli di prestare lavoro straordinario.

Nel caso di specie, dunque, il Tribunale ha ritenuto sussistente un preciso ostacolo, di ordine giuridico e pratico, che impediva all'ASL di impiegare i ricorrenti nei turni di lavoro straordinario, rappresentata appunto dalla scelta dei lavoratori di fruire del beneficio consistente nell'anticipazione di due ore del termine della prestazione lavorativa ordinaria.

Si può osservare che la nozione di “ostacolo di ordine giuridico e pratico” usata dal Tribunale è più ampia ed elastica di quelle di “cause di giustificazione” e di “requisito essenziale della prestazione” usate dal legislatore comunitario e nazionale.

L'art. 4 della Direttiva 2000/78 prevede che “gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a uno qualunque dei motivi di cui all'articolo 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività

lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato”; il D.Lgs.

216/2003 traduce il concetto in modo un po’ sommario, limitandosi a prescrivere “il rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza ... purché la finalità sia legittima”.

La nozione di “requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell’attività lavorativa” sembra piuttosto rigida, e coincidere con i soli casi in cui il trattamento differenziato si fonda su ragioni tecnico-organizzative che lo rendono necessario.

Nel caso esaminato, che astrattamente rientrava nell’ipotesi della discriminazione diretta (tutti i fisioterapisti non vedenti erano stati esclusi dal lavoro straordinario proprio in ragione della loro disabilità) si trattava di valutare se il requisito della non fruizione dei permessi ex art. 33, 6° comma, L. 104/1992 (cioè della prestazione dell’intero turno di lavoro ordinario) poteva essere considerato “requisito essenziale e determinante” al fine dell’assegnazione a turni di lavoro straordinario; in realtà, nonostante il riferimento a qualsiasi “ostacolo di ordine giuridico e pratico”, senza ulteriori specificazioni, il Tribunale di Napoli finisce poi per circoscrivere alquanto l’ambito delle eccezioni, richiedendo che l’impedimento sia di ordine giuridico (la fruizione del permesso ex art. 33 cit.), e precisando che se uno dei ricorrenti avesse rinunciato alla fruizione dei permessi ex art. 33 cit., allora la sua esclusione dall’assegnazione di lavoro straordinario avrebbe configurato un trattamento discriminatorio. A mio parere la decisione della Corte è criticabile giacché la **legge 104 del 1992** non prevede alcuna incompatibilità tra la fruizione dei relativi diritti per i lavoratori **disabili** e lo svolgimento di attività aggiuntive e/o straordinarie. Anzi, secondo la **legge 1° marzo 2006, n. 67**, il comportamento che escludesse il personale da talune attività a motivo del suo handicap potrebbe essere ritenuto discriminatorio.

* * * * *

Vorrei portarvi a conoscenza anche di una serie di sentenze che si riferiscono alla discriminazione dei lavoratori disabili nel pubblico impiego, attraverso l’emanazione di normative, regolamenti e bandi di concorso lesivi dei diritti dei disabili.

Senza dubbio le specifiche misure previste dal legislatore per garantire ai soggetti diversamente abili la partecipazione ai concorsi rappresentano la declinazione in chiave sostanziale del principio di eguaglianza (art. 3 Cost., da leggere oggi anche alla luce dell’art. 21 della *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*) nell’accesso ai pubblici uffici, espressamente previsto dall’art. 51, co. 1, Cost., da leggere in ideale collegamento con il principio del pubblico concorso di cui agli artt. 97, co. 3, Cost. e all’art. 106, co. 1, Cost.

Purtroppo però, nel nostro Paese tra una legge e la sua applicazione corre tanta strada ed anche questo caso non fa eccezione.

Già all’inizio degli anni 2000 l’Anmic patrocinò il caso di una giovane architetta, affetta da tetra paresi spastica, che non poté partecipare al concorso pubblico per l’abilitazione all’insegnamento perché il Ministero non le aveva messo a disposizione in tempo utile ausili informatici e tempi aggiuntivi.

Il Tribunale di Pisa condannò il Ministero al risarcimento dei danni, ma l’architetta restò esclusa dall’accesso ai ruoli degli insegnanti.

Molti anni sono passati, ma anche in tempi più recenti la Pubblica Amministrazione ha mostrato di avere ben pochi riguardi per le persone con disabilità.

E’ di un paio di anni fa il caso di un candidato al concorso per l’accesso alla carriera dei magistrati ordinari affetto da grave disabilità - che lo costringeva a sottoporsi a trattamento emodialitico trisettimanale a giorni alterni con sessioni della durata di cinque ore – che aveva presentato

istanza al Ministero di giustizia al fine di ottenere lo svolgimento delle prove scritte in giorni non consecutivi.

Rigettata l'istanza, il Ministero con d.m. 7 marzo 2014 fissava il calendario d'esame in tre giorni consecutivi.

Il candidato provvedeva, pertanto, ad impugnare dinnanzi al Tar Lazio il decreto ministeriale *de quo* e ne richiedeva la sospensione in sede cautelare.

Con ordinanza collegiale n. 2563 del 2014, il giudice capitolino, in accoglimento dell'istanza del ricorrente, disponeva la sospensione.

Secondo il giudice capitolino, infatti, la domanda del ricorrente di articolazione dello svolgimento delle prove scritte in tre giorni non consecutivi non poteva ritenersi in contrasto con nessuna disposizione precettiva di legge. Il r.d. 1860/1925 (e successive modificazioni e integrazioni) non impone, infatti, che le prove scritte si svolgano in tre giorni consecutivi.

Ma soprattutto le ragioni giustificatrici addotte dall'Amministrazione a fondamento della scelta predetta, connesse a profili di spesa o di organizzazione del lavoro degli addetti alla procedura concorsuale (spese di affitto dei locali, attività di custodia del materiale delle prove ecc.), andavano considerate recessive rispetto alla primaria esigenza di garanzia della possibilità di accesso del ricorrente alle prove in parità di condizioni con gli altri concorrenti.

A tre giorni di distanza, su ricorso del Ministero e sempre in sede cautelare, con decreto presidenziale emesso ai sensi dell'art. 56 c.p.a., la quarta sezione del Consiglio di Stato provvedeva a riformare l'ordinanza del Tar Lazio, ritenendo che l'amministrazione aveva pienamente rispettato il dettato dell'art. 16, concedendo al candidato tempi aggiuntivi e che la richiesta del candidato era stata eccessiva rispetto alla situazione sanitaria esistente, in quanto il trattamento necessario era agevolmente

affrontabile, mediante il ricorso alle strutture sanitarie esistenti in Roma che, tra l'altro, operavano anche in orari serali del tutto compatibili con lo svolgimento delle prove in esame.

Onestamente una decisione di tal fatta lascia interdetti.

Ed infatti la Corte Europea, di fronte alle numerose sentenze di questo tipo e ai molteplici casi di discriminazione sollevati dai candidati disabili ai pubblici concorsi, dopo una lunga disamina della legislazione italiana, ha statuito che :

“Emerge da quanto precede che la legislazione italiana, anche se valutata nel suo complesso, non impone all'insieme dei datori di lavoro l'obbligo di adottare, ove ve ne sia necessità, provvedimenti efficaci e pratici, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, a favore di tutti i disabili, che riguardino i diversi aspetti dell'occupazione e delle condizioni di lavoro, al fine di consentire a tali persone di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione. Pertanto, essa non assicura una trasposizione corretta e completa dell'articolo 5 della direttiva 2000/78.

Di conseguenza, occorre dichiarare che la Repubblica italiana, non avendo imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, è venuta meno al suo obbligo di recepire correttamente e completamente l'articolo 5 della direttiva 2000/78. E per questo è stata condannata alle spese.

Sarà stato un monito efficace? Non resta che aspettare e vedere .

Un caso diverso, sempre in materia di pubblico impiego, è quello affrontato dalla Corte Cost. con sentenza del 11.5.2006 n. 190.

Questione di legittimità costituzionale dell'art.8 bis del D.L. 136/2004 conv. in L. 186/2004, che stabiliva che le riserve di posti per i disabili,

previste dalla L.68/1999, si applicassero alle procedure concorsuali relative al reclutamento dei dirigenti scolastici, incluse quelle per il conferimento degli incarichi di presidenza nelle scuole di istruzione secondaria.

La Corte ha osservato che l'art. 38, 3° comma, Cost. tutela il diritto all'avviamento professionale dei disabili, dunque vuole che siano favoriti nell'accesso alle attività professionali e nell'inserimento nei posti di lavoro; ma non tutela la progressione in carriera dei disabili già occupati. L'equilibrio tra i due interessi pubblici, quello che riguarda l'uguaglianza (art. 3 Cost.) e il buon andamento degli uffici pubblici (art. 97 Cost.) e quello che attiene alla tutela dei disabili, è stabilito dall'art. 38 Cost., che consente di derogare al primo solo per favorire l'accesso dei disabili agli uffici pubblici, non la loro progressione, una volta entrati.

Pertanto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma denunciata, nella parte in cui si riferisce alle procedure per il conferimento degli incarichi di presidenza, per violazione degli artt. 3 e 97 Cost.

Si tratta di una sentenza discutibile, che limita la tutela costituzionale dell'invalido solo al momento dell'accesso nel mondo del lavoro e che omette di considerare che una disciplina diseguale potrebbe giustificarsi, ai sensi dell'art. 3, 2° comma Cost., anche per rimediare ad una disuguaglianza di fatto sussistente nel momento della progressione della carriera di soggetti svantaggiati e per assicurare la piena capacità lavorativa degli invalidi attraverso la rimozione di quegli ostacoli che, a cagione della stessa invalidità, impediscono in modo effettivo il godimento del diritto al lavoro.

Soprattutto, la Corte Costituzionale avrebbe dovuto interpretare la disposizione sottoposta al suo esame anche alla luce della Direttiva 2000/78 che giustifica un trattamento promozionale anche per la carriera lavorativa: l'art. 5 della Direttiva prevede espressamente che “per

garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili sono previste soluzioni ragionevoli (...) per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione”.

* * * * *

Le azioni in giudizio e l'onere della prova

L'art. 9 della Direttiva 2000/78 stabilisce che per la difesa dei diritti disciplinati dalla Direttiva, gli Stati membri devono consentire alle persone che si ritengono discriminate di accedere a procedure giurisdizionali e/o amministrative, nonché a procedure di conciliazione; prevede inoltre che gli Stati membri devono riconoscere alle associazioni, organizzazioni e alle altre persone giuridiche che hanno un interesse legittimo a garantire il rispetto della Direttiva, il diritto di avviare, in via giurisdizionale o amministrativa, per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso, una procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla Direttiva.

Il D.Lgs. 216/2003 aveva scelto di riportarsi, per il procedimento, alla normativa del D.Lgs. 286/1998 (T.U. sull'immigrazione), il cui art. 44 prevedeva un procedimento sommario, disciplinato dalle norme sui procedimenti in camera di consiglio, destinato a chiudersi con un'ordinanza, avverso la quale era ammesso reclamo al Tribunale in composizione collegiale.

Recentemente, però, questa scelta è stata sottoposta a revisione dal D.Lgs. 1°9.2011 n. 150 (“Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione), entrato in vigore il 7 ottobre 2011.

Da tale data, le controversie in materia di discriminazione per motivi di nazionalità, di cui all'art. 44 del D.Lgs. n. 286/1998, per motivi etnico-razziali di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 215/2003, per motivi di credo religioso

o convinzioni personali, età, disabilità o orientamento sessuale, di genere sessuale nell'ambito dell'offerta di beni e servizi di cui all'art. 55-quinques del codice per le pari opportunità, sono regolate dal rito sommario di cognizione di cui al Capo III bis del Titolo I del Libro Quarto del codice di procedura civile (artt. 702-bis, ter e quater del c.p.c.).

Attualmente, quindi, per le controversie in materia di discriminazione è competente il Tribunale, in composizione monocratica, del luogo di domicilio del ricorrente, con l'applicazione delle norme di cui all'art. 702-bis del c.p.c., che prevedono la costituzione del convenuto non oltre dieci giorni prima dell'udienza e la notifica del ricorso al convenuto con almeno trenta giorni di anticipo rispetto alla data fissata per la sua costituzione.

Avverso l'ordinanza emanata in primo grado dal giudice monocratico, può essere presentato ricorso alla Corte d'Appello entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione.

L'ordinanza della Corte di Appello può essere impugnata dinanzi alla Cassazione.

L'ordinanza emessa dal giudice monocratico, se non appellata, produce gli effetti di cui all'art. 2909 del c.c., quindi passa in giudicato.

Secondo la nuova disciplina, il ricorso al rito sommario di cognizione nei casi di discriminazione non è facoltativo. In quest'ipotesi, quindi, non trova applicazione il terzo comma dell'art. 702 c.p.c. per il quale il giudice, rilevata la complessità istruttoria della questione trattata secondo il rito sommario, può fissare l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. determinando il mutamento del rito.

Inoltre, l'art. 4 del D.Lgs. 150/2011 dispone che, quando una controversia viene promossa in forme diverse da quelle previste nel decreto, è il giudice a disporre il mutamento del rito con ordinanza pronunciata anche d'ufficio non oltre la prima udienza di comparizione.

L'azione contro le discriminazioni può essere fatta valere tanto nei confronti dei privati quanto nei confronti della p.A. La giurisdizione è del giudice ordinario, anche se l'atto che si ritiene discriminatorio è posto in essere dalla pubblica Amministrazione.

La domanda si propone con ricorso al Tribunale in composizione monocratica. La competenza per territorio, in questo caso inderogabile, è fissata dalla legge non con riferimento alla residenza della parte convenuta ma avuto riguardo al domicilio della parte ricorrente.

Il soggetto che assume di essere stato discriminato può stare in giudizio personalmente, ma solo per il primo grado di giudizio.

La legittimazione ad agire è estesa, dall'art. 5, alle organizzazioni sindacali e alle associazioni rappresentative dei diritti lesi: "Le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, in forza di delega ... sono legittimate ad agire ... in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione"; gli stessi soggetti sono legittimati ad agire in via autonoma "nei casi di discriminazione collettiva, qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione".

L'art. 10 della Direttiva impone agli Stati membri di prevedere un meccanismo probatorio che richiede alla parte attrice soltanto di "esporre fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta", non di provare direttamente tale condotta, e addossa alla parte chiamata in giudizio l'onere di provare l'insussistenza del carattere discriminatorio della sua azione o, addirittura, l'insussistenza della stessa azione.

La Direttiva, è stata recepita dall'art. 28 del D.Lgs. 150/2011 da un lato aggiunge che gli elementi di fatto possono essere "desunti anche da dati di carattere statistico ... 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"; dall'altro elimina l'implicito riferimento all'art. 2729 c.c. che era contenuto nell'art. 4 del D.Lgs. 216 ("idonei a fondare, in termini gravi, precisi e concordanti, la presunzione") sostituendolo con un testo più aderente alla formulazione della Direttiva: "elementi di fatto ... dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori". Sembra quindi che ora il ricorrente sia sollevato dall'onere di fornire la piena prova degli "elementi di fatto" che deduce nel ricorso introduttivo, e che la semplice deduzione di fatti significativi sia sufficiente a far scattare l'inversione dell'onere della prova ed a porre a carico del convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione.

Appare, tuttavia, improbabile che il disabile possa ricorrere a dati statistici a suffragio della prova dell'impatto discriminatorio di atti, comportamenti o molestie nei suoi confronti – diversamente da quanto avviene in materia di discriminazioni fondate sul sesso – per l'inesistenza di rilevazioni statistiche in materia (dovuta anche alla difficoltà di definire un gruppo omogeneo di soggetti disabili su cui operare la valutazione di impatto).

Con l'ordinanza che definisce il giudizio, il Giudice ordina la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole.

La disciplina del 2011 dichiara esplicitamente che il giudice della discriminazione può ordinare un *facere* anche alla pubblica Amministrazione: l'art. 28, 5° comma, dispone che "il giudice può ... ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando, anche nei confronti della pubblica Amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti".

Il concreto atto idoneo a riparare alla discriminazione è rimesso al prudente apprezzamento del giudice: egli dispone ciò che è opportuno per il caso concreto, al fine di rimuovere, attraverso il rimedio apprestato, la situazione discriminatoria e di assicurare che la persona, quale soggetto protagonista della norma di tutela, possa realizzarsi pienamente.

Fra i rimedi predisposti dal legislatore è previsto anche il risarcimento del danno che il legislatore precisa poter essere anche – e diremmo soprattutto – quello non patrimoniale.

È questa una delle ipotesi espresse di risarcibilità di danni afferenti alle attività realizzatrici della persona. Il danno qui non copre il solo *pretium doloris* sofferto dalla persona disabile in seguito alla discriminazione: mai come in questa ipotesi di danno emergono profili esistenziali. Il danno da discriminazione consiste proprio nel non poter fare quello che gli altri fanno, nel non avere le stesse opportunità, nel non godere delle stesse condizioni di lavoro.

È prevista anche una sorta di tutela dalle ritorsioni: dispone il 6° comma dell'art 28 che “ai fini della liquidazione del danno, il giudice tiene conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento”.

Il giudice può inoltre ordinare l'adozione di un piano per l'eliminazione delle discriminazioni, da eseguirsi entro un termine determinato. Il fenomeno discriminatorio è sovente legato ad una molteplicità di fattori, che vanno rimossi e affrontati in maniera strutturale; il piano è particolarmente idoneo a rimuovere situazioni complesse, la cui modifica richiede tempo.

Una particolarità, per quel che riguarda l'adozione del piano, è introdotta dalla novella del 2011: secondo l'art. 28, 4° comma, del D.Lgs. n

150/2011 “nei casi di comportamento discriminatorio di carattere collettivo, il piano è adottato sentito l’ente collettivo ricorrente”. La disposizione lascia il giudice libero nel giudicare l’an della discriminazione, ma vede un coinvolgimento diretto della parte lesa nella determinazione del *quomodo*, rispetto alla necessità di eliminare la discriminazione in maniera efficace.

La circostanza conferma che la eliminazione delle discriminazioni accertate non è una sanzione nei confronti del soggetto discriminante: infatti, se così fosse, non si potrebbe chiedere al soggetto discriminato un coinvolgimento nella determinazione del contenuto della sanzione. Invece, proprio perché la eliminazione delle discriminazioni accertate non ha carattere sanzionatorio, è possibile che l’ordinamento coinvolga i diretti interessati nella individuazione della migliore soluzione al caso concreto.

L’art. 28 del D.Lgs. 150/2011 richiama il comma 11 dell’art. 44 D.Lgs. 298/1998, secondo cui il giudice può ordinare la pubblicazione del provvedimento emesso a conclusione del giudizio antidiscriminatorio, per una sola volta, su un quotidiano a tiratura nazionale. Questo potere attribuito al giudice risulta funzionale all’obiettivo di promuovere una diversa coscienza sociale sul problema della discriminazione nei confronti delle persone con disabilità.

Il legislatore del 2011, invece, non richiama il comma 8 dello stesso art. 44 D.Lgs. 298/1998, che prevede la sanzione penale ai sensi dell’art. 388, primo comma, c. p. a carico di chi elude l’esecuzione di provvedimenti resi dal giudice, diversi dalla condanna al risarcimento del danno. Si verifica così il paradosso per cui la sanzione penale rimane prevista a carico di chi elude i provvedimenti resi dal giudice nelle controversie disciplinate direttamente dall’art. 44 cit. (in materia di discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o

religiosi) e non è più prevista, invece, per le controversie in materia di discriminazione sul lavoro disciplinate dal D.Lgs. 216/2003.

Avv. Annalisa Cecchetti