

Estratto da:

Contratto e impresa / Europa

1

anno ottavo

a cura di

F. Galgano e M. Bin

Nuovo Regolamento Auto: un dibattito

Spazio giuridico europeo

Biotechnologie

Concorrenza

Società: diritto di stabilimento; trasformazione di
S.p.A. in società europea

Obbligazioni e contratti: la riforma in Germania;
inequality of bargaining power, unconscionability,
battle of forms; subfornitura; *factoring e*
franchising internazionali (legge applicabile);
compravendita di calciatori; il «Piano d'azione»
sul diritto contrattuale europeo

Danno morale da vacanza rovinata

Ambiente

Attuazione della direttiva sulla parità di
trattamento in materia di lavoro

La legge comunitaria (2003)

2003

CEDAM

Alessandro Mantelero

*Note minime sull'attuazione delle direttive
comunitarie 2000/43/CE e 2000/78/CE
in materia di parità di trattamento*

**Note minime sull'attuazione
delle direttive comunitarie 2000/43/CE e 2000/78/CE
in materia di parità di trattamento**

Con il decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, il Governo ha dato attuazione alla direttiva comunitaria 2000/43/CE sulla parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (1), a cui era stato in precedenza delegato con la "Legge comunitaria 2001" (2).

Esprimendo un giudizio generale sul recente provvedimento normativo, va apprezzata la scelta di ritornare al testo originario della direttiva, a discapito di alcune indicazioni presenti nei criteri di delega che, oltre ad allontanarsi dal dettato comunitario, parevano altresì discutibili (3).

In particolare, va accolta positivamente la parziale riformulazione del concetto di discriminazione indiretta (4), laddove, in conformità con il disposto dell'art. 2, secondo comma, lettera b), della direttiva, viene dato rilievo non solo ai comportamenti che concretamente pongono in essere una discriminazione, bensì anche agli atteggiamenti (5) che semplicemente "possono" realizzare tale risultato. In questa maniera viene sanzionata la semplice idoneità lesiva della condotta posta in essere, senza dover attendere l'effettiva produzione del pregiudizio, permettendo dunque un intervento di natura preventiva ed una più elevata soglia di tutela.

Nel testo di legge approvato vengono inoltre più correttamente disciplinati i comportamenti molesti, al cui riguardo nella delega venivano enunciati criteri non esenti da critiche. In specie l'art. 29, primo comma, lett. b), della legge comunitaria 2001, prevedeva che anche le molestie fossero considerate come una forma di discriminazione allorquando venisse

(1) Cfr. G.U.C.E., L 180, 19 luglio 2000.

(2) Cfr. art. 29 della legge 1° marzo 2002, n. 39, pubblicata in G.U. n. 72 del 26 marzo 2002.

(3) Sia qui consentito, per la brevità del presente commento, far riferimento alle considerazioni espresse in MANTELERO, *Una parità "molesta": note alla legge delega per l'attuazione della direttiva 2000/43/CE*, in questa Rivista, 2001, p. 934 ss., a cui si rinvia anche con riguardo agli aspetti del provvedimento in analisi che riprendono integralmente i principi di delega e che, dunque, non verranno esaminati in questa sede.

(4) Cfr. art. 29, c. 1, lett. b), legge 39/02 ed art. 2, c. 1, lett. b), d. lgs. 215/03.

(5) Più specificamente la norma in esame fa riferimento alla discriminazione realizzata mediante "una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento", secondo quanto già indicato dall'art. 29, c. 1, lett. b), legge 39/02.

“posto in essere, per motivi di razza o di origine etnica, un comportamento indesiderato che persista, anche quando è inequivocamente dichiarato dalla persona che lo subisce come offensivo, così pregiudicando oggettivamente la sua dignità e libertà, ovvero creando un clima di intimidazione nei suoi confronti”. Tale disposto normativo si discostava però in maniera evidente dal dettato comunitario, richiedendo la presenza di due requisiti assenti nel testo della direttiva 2000/43/CE: la persistenza della molestia, connessa alla dichiarazione di “mancato gradimento” proveniente dalla parte lesa, ed il pregiudizio oggettivo conseguente al comportamento discriminatorio.

Sotto il primo aspetto, esigere il protrarsi nel tempo della condotta anti-giuridica era chiaramente contrastante con la nozione stessa di discriminazione indiretta elaborata nella legge delega, ove il comportamento pregiudizievole poteva essere posto in essere anche mediante la realizzazione di un solo atto ⁽⁶⁾.

Ancora più controverso appariva l'inciso secondo cui la persistenza della molestia era correlata alla dichiarazione dell'interessato circa la natura offensiva della condotta posta in essere, in quanto rischiava di spostare sul piano soggettivo il rilievo della discriminazione, mentre i comportamenti razzisti vanno considerati discriminatori in quanto tali e non in connessione alla “tollerabilità” degli stessi da parte del singolo. Il riferimento all'iniziativa della persona discriminata nel denunciare il fastidio per la natura dell'addebito o dell'atteggiamento subiti era inoltre destinato ad incidere sul piano probatorio, non bastando al soggetto leso solamente fornire l'allegazione di “fatti idonei a fondare, in termini gravi, precisi e concordanti, l'indizio dell'esistenza di una discriminazione” ⁽⁷⁾, ma occorrendo altresì la preventiva “inequivocabile dichiarazione” di sentirsi leso dalla molestia.

Con riguardo al secondo aspetto considerato, inerente il “pregiudizio oggettivo” richiesto dalla legge delega per configurare il comportamento lesivo, va rilevato come di esso non si faccia menzione nella direttiva comunitaria ⁽⁸⁾; le scelte del legislatore europeo vanno infatti in tutt'altra di-

⁽⁶⁾ Cfr. art. 29, c. 1, lett. b), legge 1° marzo 2002, n. 39, secondo cui la discriminazione indiretta va definita come la situazione in cui “una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone”.

⁽⁷⁾ Cfr. art. 8, par. 1, dir. 2000/43/CE ed art. 29, c. 1, lett. g), legge 39/02.

⁽⁸⁾ L'art. 2, par. 3, della dir. 2000/43/CE definisce infatti la molestia come un compor-

reazione, dando rilievo alla molestia anche in ragione del “solo” fine discriminatorio della stessa, indipendentemente dal concretizzarsi di un pregiudizio ⁽⁹⁾. Tale ulteriore requisito previsto dalla legge delega risulta inoltre derogare al principio d’inversione dell’onere probatorio, intenzionalmente adottato dalla normativa comunitaria onde facilitare la tutela giudiziaria delle vittime di atteggiamenti razzisti ⁽¹⁰⁾: in base al dettato dell’art. 29, c. 1, lett. b), della legge delega, il soggetto leso non avrebbe infatti potuto limitarsi a fornire la prova indiziaria della molestia subita, ma avrebbe dovuto altresì dimostrare il “pregiudizio oggettivo” derivatone, dunque la sussistenza e l’incidenza della discriminazione, con buona pace del disposto dell’art. 8 della direttiva 2000/43/CE ⁽¹¹⁾.

Le critiche ora sommariamente esposte ⁽¹²⁾ portano, dunque, ad accogliere positivamente la scelta del legislatore delegato di rimuovere gli aspetti controversi ora esaminati, per tornare al dettato del testo comunitario, qualificando le molestie, secondo un criterio oggettivo, quali comportamenti indesiderati caratterizzati dal fine con cui sono stati posti in essere (la violazione della dignità umana e la creazione di un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo), indipendentemente dal raggiungimento di tale scopo, con conseguente pregiudizio concreto del singolo, ed indipendentemente da qualsiasi dichiarazione del soggetto leso ⁽¹³⁾.

tamento indesiderato “adottato per motivi di razza o di origine etnica e avente lo scopo o l’effetto di violare la dignità della persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo”.

⁽⁹⁾ Ai sensi dell’art. 2, par. 3, della dir. 2000/43/CE, le molestie costituiscono un comportamento avente “lo scopo o l’effetto” discriminatorio, con evidente rilievo della congiunzione disgiuntiva.

⁽¹⁰⁾ In base all’art. 8, par. 1, della direttiva 2000/43/CE, gli Stati membri prevedono le opportune misure “per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio di parità di trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o a un’altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento”.

⁽¹¹⁾ Cfr. nota precedente.

⁽¹²⁾ Per una più ampia disamina di tali aspetti controversi si rinvia ancora a MANTELE-RO, *op. cit.*

⁽¹³⁾ Dal punto di vista formale, va poi notato come il testo di attuazione della delega, nel definire la regola dell’inversione dell’onere probatorio in materia di discriminazioni razziali ed etniche, adottò, come già accaduto nel Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (cfr. art. 44, c. 9, decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286), il rinvio al disposto di cui all’art. 2729, primo com-

Da ultimo, merita di essere considerato il disposto del quinto comma dell'art. 4 del provvedimento delegato, concernente il risarcimento del danno. Tale norma stabilisce infatti che nella determinazione del *quantum* il giudice, tra i vari parametri, debba tenere anche 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". La previsione in esame, che nello specifico sembra dare attuazione all'art. 9 della direttiva comunitaria, riguardante l'adozione di rimedi deterrenti volti ad assicurare protezione alle vittime delle discriminazioni che si siano attivate per denunciarle ⁽¹⁴⁾, ha tuttavia l'effetto di attribuire una rilevante connotazione sanzionatoria al risarcimento del danno, che si affianca alla funzione compensativa di tale rimedio.

Al giudice è dunque consentito stimare l'entità del *quantum* non solo in ragione del pregiudizio subito dal soggetto discriminato, ma anche tenendo conto di elementi estranei all'entità del danno procurato. L'autorità giudicante potrà altresì ordinare l'adozione di un apposito piano di rimozione delle discriminazioni, da realizzarsi entro un dato termine, volto ad impedire la reiterazione di tali comportamenti ⁽¹⁵⁾.

Le considerazioni sin qui esposte possono essere sostanzialmente estese a quanto disposto dal decreto legislativo n. 216/03, sempre del 9 luglio, con cui è stata data attuazione alla direttiva 2000/78/CE, che ha stabilito un quadro generale per la parità di trattamento in materia di oc-

ma, del codice civile, ricorrendo dunque ad una formulazione implicita dell'inversione dell'onere probatorio. In proposito va rilevato come la giurisprudenza, nell'interpretare l'art. 4, c. 6, della legge 10 aprile 1991, n. 125, in materia di azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, abbia ritenuto che l'esplicito riferimento all'inversione dell'onere probatorio, ivi previsto, ed alla possibilità per il soggetto leso di fornire "elementi di fatto... idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori", equivalga all'adozione dello schema della prova presuntiva di cui all'art. 2729 c.c.; cfr. in tal senso Pret. Milano, 27 maggio 1996, in *Riv. critica dir. lav.*, 1997, p. 157 ss.

⁽¹⁴⁾ L'art. 9 della dir. 2000/43/CE prevede che "gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici le disposizioni necessarie per proteggere le persone da trattamenti o conseguenze sfavorevoli, quale reazione a un reclamo o a un'azione volta a ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento".

⁽¹⁵⁾ Cfr. art. 4, c. 4, ultimo periodo, del d. lgs. 215/03. La stessa norma prevede altresì che dall'accoglimento del ricorso del soggetto discriminato consegua comunque l'ordine di cessazione del comportamento pregiudizievole, nonché l'obbligo per l'autore dello stesso di rimuoverne gli effetti.

cupazione e di condizioni di lavoro ⁽¹⁶⁾. In specie il decreto legislativo fa espresso riferimento alle discriminazioni concernenti la religione, le convinzioni personali, lo stato di handicap, l'età e l'orientamento sessuale ⁽¹⁷⁾.

L'articolato normativo risulta in gran parte letteralmente identico a quello del d.lgs. 215/03, fatta eccezione per gli aspetti specificamente attinenti la materia occupazionale.

In particolare, i due provvedimenti si distinguono per quanto concerne la legittimazione ad agire degli enti esponenziali di interessi collettivi che, in attuazione delle direttive comunitarie ⁽¹⁸⁾, possono attivare la tutela giurisdizionale "in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione", contro l'autore della stessa ⁽¹⁹⁾. Mentre, infatti, per quanto concerne le discriminazioni a carattere razziale, è prevista la legittimazione delle associazioni e degli enti iscritti in un apposito elenco approvato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e del Ministro per le pari opportunità ⁽²⁰⁾, con riferimento alle discriminazioni in ambito lavorativo è prevista invece la sola legittimazione, come enti esponenziali, delle rappresentanze locali delle organizzazioni nazionali maggiormente rappresentative a livello nazionale ⁽²¹⁾. In proposito va osservato come la disposizione del d. lgs. 216/03 sembri dunque far riferimento alle organizzazioni sindacali, sebbene la mancata esplicita menzione della natura sindacale delle "organizzazioni" possa far ipotizzare il riconoscimento della legittimazione anche ad altre tipologie di associazioni diffuse a livello nazionale, specie alla luce del più ampio dettato della direttiva, in cui si fa riferimento ad "associazioni, organizzazioni e altre persone giuridiche che, conformemente ai criteri delle rispettive legislazioni

⁽¹⁶⁾ Cfr. G.U.C.E., L 303, 2 dicembre 2000. Il Governo era stato delegato all'attuazione della direttiva 2000/78/CE con la legge 1° marzo 2002, n. 39, (Legge comunitaria 2001), ove la direttiva in questione figurava fra quelle elencate nell'allegato B della legge.

⁽¹⁷⁾ Cfr. art. 1, d. lgs. 216/03, nonché art. 1, dir. 2000/78/CE.

⁽¹⁸⁾ Cfr. art. 7, par. 2, dir. 2000/43/CE ed art. 9, par. 2, dir. 2000/78/CE.

⁽¹⁹⁾ Cfr. art. 5, c. 1, d. lgs. 215/03 ed art. 5, c. 1, d. lgs. 216/03.

⁽²⁰⁾ Ai sensi dell'art. 5, c. 2, del d. lgs. 215/03, nell'elenco approvato dai due ministeri interessati possono essere inserite altresì le associazioni e gli enti iscritti nel registro di cui all'art. 52, c. 1, lett. a), del d.p.r. 394/99, che svolgono attività finalizzate all'integrazione sociale degli stranieri, nonché le associazioni e gli enti impegnati nel campo della lotta alle discriminazioni iscritte nell'apposito registro, tenuto presso il Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri, istituito dall'art. 6 del d. lgs. 215/03, che fissa altresì i requisiti necessari per l'iscrizione allo stesso.

⁽²¹⁾ Cfr. art. 5, d. lgs. 216/03.

nazionali, abbiano un interesse legittimo a garantire che le disposizioni della presente direttiva siano rispettate” (22).

Va segnalata, infine, la modifica dell’art. 15, secondo comma, dello Statuto dei lavoratori, introdotta dal decreto legislativo 216/03, con cui viene estesa la nullità prevista dal testo originario per i patti od atti volti a realizzare una discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua e di sesso, anche agli analoghi comportamenti finalizzati a porre in essere un’ingiustificata disparità di trattamento basata su ragioni inerenti lo stato di handicap, l’età, l’orientamento sessuale o le convinzioni personali (23).

ALESSANDRO MANTELERO

(22) Così art. 9, par. 2, dir. 2000/78/CE.

(23) Cfr. art. 4, c. 1, d. lgs. 216/03.