

RGL 3/2021

PARTE II

RGL GIURISPRUDENZA ONLINE

NEWSLETTER N. 8-9/2021

APPROFONDIMENTI

CORTE D'APPELLO DI MILANO, 17.3.2021 – Pres. Vignati, Est. Patumelli – Ats Milano Città Metropolitana (avv.ti Bottini, Falconieri) c. C. B. (avv.ti Pontillo, Rizzi, Guarnieri).

Discriminazioni – Parità di trattamento – Discriminazione per ragioni di orientamento sessuale – Congedo parentale – Congedo per malattia del figlio – Riconoscimento del figlio – Danno non patrimoniale – Dichiarazione di discriminazione futura.

È discriminatoria per ragioni di orientamento sessuale la condotta del datore di lavoro che rifiuta la concessione del congedo parentale e del congedo per malattia del figlio alla lavoratrice non genitrice naturale, che ha un legame genitoriale accertato da atti dello stato civile. La natura programmatica della dichiarazione del datore di lavoro non ne esclude la discriminarietà per via degli effetti dissuasivi che ne derivano. La lesione del diritto alla parità di trattamento è un danno non patrimoniale suscettibile di risarcimento in quanto incide sull'identità della persona. (1)

(1) DISCRIMINAZIONE E DIRITTO AI CONGEDI

1. — Con la sentenza in commento, la Corte d'Appello di Milano è intervenuta in riforma parziale dell'ordinanza *ex art. 702-quater c.p.c.* del Tribunale di Milano (T. Milano, 12.11.2020 in *Redazione Giuffrè* 2021), ampliando l'ambito di tutela avverso condotte discriminatorie già individuato dal giudice di prime cure.

Il *thema decidendum* della causa ruota attorno al rifiuto da parte di Ats Milano di concedere ad una propria dipendente il congedo parentale *ex art. 32 del d.lgs. n. 151/2001* nonché, in via preventiva, il permesso per malattia del figlio di cui all'*art. 47 dello stesso d.lgs.*

C. B., lavoratrice subordinata a tempo indeterminato, era unita civilmente con un'altra donna e la coppia aveva deciso di avere un figlio tramite tecniche di Pma (Procreazione medicalmente assistita) presso una clinica spagnola. Il riconoscimento del nascituro come figlio proprio ai sensi dell'*art. 254 c.c.*, a opera di entrambe le donne, era avvenuto dinanzi a Ufficiale di Stato Civile del Comune di Milano ed era stato successivamente richiamato nell'atto di nascita del bambino.

Il diniego datoriale dei congedi – secondo la lavoratrice – avrebbe avuto natura discriminatoria poiché basato sul rifiuto di riconoscere il suo ruolo di genitrice, seppur provato da atti dello stato civile, in quanto collocato nell'ambito di una relazione omosessuale.

Ats, convenuta in giudizio, aveva argomentato il rigetto dell'istanza di congedo invocando la vigente normativa in materia di genitorialità delle coppie omosessuali.

Il Tribunale di Milano aveva ritenuto fondata la doglianza della ricorrente con riferimento al diritto alla fruizione del congedo parentale e aveva dichiarato la discriminatorietà della condotta ai sensi dell'art. 2, lett. a), d.lgs. n. 216/2003, condannando l'azienda al risarcimento del danno patrimoniale. Erano invece state rigettate la domanda di riconoscimento del diritto al congedo per malattia del figlio e la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale.

La questione, a seguito di appello principale e incidentale, è stata successivamente portata all'attenzione del giudice di secondo grado.

2. — Dopo aver preliminarmente dichiarato la cessazione della materia del contendere con riferimento alla domanda subordinata di riquantificazione del danno patrimoniale (riconosciuto in misura pari all'intera retribuzione mensile lorda ma dovuto alla lavoratrice solo per il 30% ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. 151/01) – posto che C. B. aveva già tempestivamente rinunciato all'eccedenza – la Corte ha dedicato i suoi sforzi interpretativi al tema della discriminatorietà del diniego del congedo parentale, confermando sul punto l'ordinanza appellata.

Il giudice dell'appello ha ritenuto apprezzabile la scelta del tribunale di «valorizzare, quale punto nodale della fattispecie, l'avvenuto riconoscimento del minore». Richiamando a sostegno la giurisprudenza di legittimità in materia di sindacato delle risultanze dei registri dello stato civile, la Corte ha ricordato come il riconoscimento di un figlio davanti ad ufficiale dello stato civile costituisca in capo alle persone coinvolte uno *status* che non può essere semplicemente «disapplicato» ma che può essere oggetto di rettifica unicamente a seguito di domanda a opera dei soggetti legittimati.

Non solo, dunque, le questioni di stato delle persone non possono essere decise nell'ambito di un accertamento incidentale che non abbia efficacia di giudicato e i cui effetti siano limitati alla controversia principale (così Cass. 12.3.2012, n. 3934, in *MGC*, 2012, che richiama Cass., S.U., 12.5.1969, n. 1615, in *Labor*), ma a maggior ragione la decisione è preclusa qualora la controversia intervenga tra soggetti non legittimati.

Il ragionamento appare fondato: se già sulla base della lettera dell'art. 263 c. 1 c.c. si può affermare che l'impugnazione di un atto di riconoscimento richiede la titolarità di interesse ad agire ai sensi dell'art. 100 c.p.c., la giurisprudenza della Suprema Corte conferma l'assunto (Cass. 16.3.1994, n. 2515, in *MGC*, 1994) e tale interesse giuridicamente qualificato non può considerarsi sussistente in capo ad Ats.

Quanto premesso in sede di insindacabilità del riconoscimento, con le necessarie conseguenze in merito alla sussistenza del legame genitoriale, permette al giudice di accertare il diritto al godimento del congedo parentale in capo a C. B. e di proseguire con l'argomentazione fino al punto focale della questione: la discriminatorietà del diniego.

Una volta acclarata l'illegittimità del rifiuto di Ats di concedere il congedo alla lavoratrice come si giunge all'accertamento della sua natura discriminatoria? L'argo-

mentazione della Corte d'Appello – pur addivenendo a quella che appare, a parere di chi scrive, la corretta conclusione – risulta scarna sul punto.

Si legge nella motivazione che la natura discriminatoria del diniego risiede nel fatto che esso sia stato opposto «unicamente perché la stessa [lavoratrice, n.d.r.] apparteneva al medesimo sesso dell'altro genitore che aveva con lei riconosciuto il nascituro».

Il quadro normativo di riferimento è quello delineato dagli artt. 2 e 3 del d.lgs. 216/03, il quale traspone nel nostro ordinamento la Direttiva 2000/78 introducendo per la prima volta in Italia un esplicito divieto di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale (sulle cc.dd. Direttive gemelle 2000/43 e 2000/78 si v. Barbera 2003, 399-420; Chieco 2002, 75-81; Fiorita 2004, 361-379).

Pur in carenza di esplicitazione a riguardo, si può ragionevolmente presumere che il giudicante abbia inteso ricondurre la fattispecie ad un caso di discriminazione diretta *ex art. 2 c. 1 lett. a)*, che si riscontra quando «una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga». La peculiarità di questa disposizione – come la dottrina ha avuto modo di rilevare (Barbera 2003, 410-411; Chieco 2002, 80; Ranieri 2015, 128; in senso contrario Izzi 2003, 425-431) – è l'introduzione, tramite il condizionale «sarebbe», di una comparazione di tipo virtuale. Si permette in questo modo al giudice di avvalersi di un *tertium comparationis* meramente ipotetico e di assegnare al diritto di non essere discriminati una natura assoluta e non più relativa (Barbera 2003, 410), ed è proprio di questa facoltà che sembra essersi avvalsa la Corte d'Appello milanese.

La Corte ha infine ricordato come, ai sensi dell'art. 3, l'ambito applicativo della tutela antidiscriminatoria si estenda anche al rapporto di pubblico impiego, con la conseguenza che l'ottica del datore di lavoro pubblico di prevenire esborsi potenzialmente indebiti non possa considerarsi una legittimazione della condotta. D'altro canto, negli ultimi anni è stata riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità la natura oggettiva della nozione di discriminazione, sulla base della quale non viene in rilievo l'intenzione alla base della condotta ma unicamente l'oggettivo trattamento peggiore riservato in ragione dell'appartenenza ad una data categoria (Cass. 5.4.2016, n. 6575, in *MGC*, 2016, commentata da Gottardi 2016, 730-734).

3. — Il secondo tema sul quale il giudicante è stato chiamato a esprimersi, a seguito di appello incidentale di C. B., è la possibilità di dichiarare la natura discriminatoria del diniego alla fruizione del congedo per malattia del figlio, opposto da Ats in via preventiva.

Laddove il primo giudice aveva ritenuto di rigettare la domanda per insussistenza dello stato di malattia, la Corte d'Appello ha invece seguito una diversa linea di pensiero. Alla base della riforma non vi è una diversa interpretazione della normativa di riferimento ma la valorizzazione di un elemento di fatto che nella pronuncia di primo grado era passato in sordina: il diniego preventivo del permesso, peraltro richiesto dalla lavoratrice subordinatamente al verificarsi delle necessarie condizioni, era stato argomentato da Ats in virtù di una ricerca normativa e giurisprudenziale in materia di unioni civili e genitorialità derivata da Pma, dalla quale si sarebbe desunta l'impossibilità di accogliere l'istanza. Anche in questo caso, dunque, il rifiuto nasce da un indebito sindacato del datore di lavoro sullo stato genitoriale della lavoratrice – sindacato, giova

ripetersi, indotto unicamente dall'orientamento sessuale della dipendente – e risulta dunque discriminatorio, integrando a tutti gli effetti una disparità di trattamento ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 216/2003.

Ma l'argomentazione della Corte non si arresta qui: richiamando a sostegno un precedente della medesima Corte milanese (C. App. Milano, 29.5.2017, in www.asgi.it) nonché una recentissima pronuncia della Cassazione (Cass. 15.12.2020, n. 28646, in *MGC*, 2021, cd. «caso Taormina»), il giudice ha introdotto il tema della portata discriminatoria delle dichiarazioni d'intento.

La natura meramente programmatica della dichiarazione del datore di lavoro non vale a escluderne la discriminarietà per via della portata dissuasiva che la caratterizza, risultando evidente come un diniego preventivo costituisca un forte disincentivo per il lavoratore a presentare richiesta in futuro e già di per questo risulti pregiudizievole (Rizzi 2014). La sentenza in esame, dunque, fa un sapiente uso dei precedenti applicando lo stesso principio in via analogica e allargandone così la portata protettiva: se nella giurisprudenza della Corte di Giustizia il riferimento era ad una lesione futura nei confronti di vittima non identificata (C. Giust., 23.4.2020, C-507/18, *NH c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford*; C. Giust., 25.4.2013, C-81/12, *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*; C. Giust., 10.7.2008, C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*), la Corte d'Appello ha coerentemente dedotto che, a maggior ragione, la *ratio* avrebbe dovuto valere in caso di vittima precisamente individuata.

Tale conclusione, oltre che fondata dal punto di vista logico e apprezzabile per gli effetti di più ampia garanzia della parità di trattamento che ne derivano, risulta inoltre ineccepibile per quanto concerne il fondamento giuridico considerando che, ai sensi dell'art. 28 c. 5 del d.lgs. 150/11 (richiamato dall'art. 4 c. 2 del d.lgs. 216/03), la tutela che la giurisprudenza è chiamata ad approntare in caso di condotta discriminatoria è di tipo sia *restitutivo*, tramite rimozione degli effetti prodotti, che *inibitorio*, tramite ordine di cessazione del comportamento e impedimento degli effetti futuri (Garofalo, Recchia 2005, 315-324). Alla luce di tale premessa, è sufficiente che la condotta sia stata posta in essere per dichiararne l'eventuale discriminarietà e ordinarne la cessazione, indipendentemente da quali e quanti effetti lesivi ne siano già scaturiti al momento dell'accertamento.

4. — L'ultima delle tre principali questioni che la sentenza in esame affronta è quella oggetto del secondo motivo di appello incidentale: il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale.

Nell'ambito del diritto antidiscriminatorio la risarcibilità del danno non patrimoniale trova fonte nel già citato art. 28, c. 5, d.lgs. 150/11 (e, prima ancora, nel c. 5 dell'art. 4 del d.lgs. 216/03, ora abrogato); la previsione si trova in linea con l'orientamento della Suprema Corte che, a partire dal 2003 (Cass. 31.5.2003, nn. 8827 e 8828, S. III civ., in *MGC*, 2003), sancisce la risarcibilità delle lesioni incidenti su interessi costituzionalmente protetti, slegando così l'art. 2059 c.c. dalla rigida interpretazione che riteneva risarcibile il danno non patrimoniale solo se conseguente a reato (Vallauri 2009, 411-417, Pizzoferrato 2005, 297-300).

Il giudice di prime cure aveva rigettato la domanda della lavoratrice ritenendo in-

sufficiente la prova del danno; al contrario, la Corte d'Appello ha considerato sufficienti le deduzioni svolte da C. B. in relazione al pregiudizio subito, con riferimento all'esercizio della genitorialità e alla dignità personale.

Mettendo da parte le valutazioni in merito all'effettivo raggiungimento della prova – inattuabili in mancanza di accesso ai documenti di causa – ci si limiterà in questa sede ad una breve riflessione sulle motivazioni addotte dalla Corte.

Dopo aver indicato il «pieno e sereno esercizio della funzione di genitore» come interesse danneggiato dalla condotta discriminatoria datoriale e suscettibile di risarcimento, il giudice prosegue nell'individuare un'ulteriore fonte di danno non patrimoniale: la lesione dell'interesse a non subire discriminazioni o, in altri termini, del diritto alla parità di trattamento in sé e per sé considerato. Si tratta di un'enunciazione che, sebbene nel caso *de quo* non abbia avuto ricadute pratiche evidenti, risulta degna di nota dal punto di vista concettuale. Pacifico orientamento della Cassazione nega la configurabilità del danno non patrimoniale come danno *in re ipsa*, che deriva in via automatica dalla lesione del diritto senza che debba essere allegato e provato dalla vittima un effettivo pregiudizio (Cass. 24.2.2020, n. 4886, in *MGC*, 2020; Cass. 18.7.2019, n. 19434, in *MGC*, 2019; Cass. 24.9.2013, n. 21865, in *MGC*, 2013); la sentenza in commento (come, peraltro, anche due precedenti della medesima Corte: C. App. Milano, 4.5.2016, in *osservatoriodiscriminazioni.org* e C. App. Milano, 23.6.2015, inedita a quanto consta) sembra uscire da tale tracciato nel momento in cui sostiene che un danno non patrimoniale si configuri necessariamente ogni qualvolta si realizzi una disparità di trattamento in ragione dell'orientamento sessuale (o altro fattore protetto), con la (non esplicitata) conseguenza che il giudice dovrebbe disporre il risarcimento per il solo fatto di aver accertato la discriminatorietà della condotta.

Per concludere, risulta peculiare il riferimento finale all'orientamento di legittimità che riconosce la natura «sanzionatorio-punitiva» della responsabilità civile ricollegandola, tra le altre norme, all'art. 28 d.lgs. 150/11, il cui sesto comma impone al giudice di tenere conto dell'eventuale natura ritorsiva della condotta discriminatoria ai fini della liquidazione del danno (Cass. 5.7.2017, n. 16601, S.U., in *MGC* 2017). La citazione solleva qualche dubbio poiché, sebbene la Cassazione del 2017 abbia affermato la compatibilità dell'istituto dei *punitive damages* con l'ordinamento italiano (dopo che diverse volte, in passato, tale conciliabilità era stata negata: Cass. 19.1.2007, n. 1183, in *MGC* 2007, 1; Cass. 12.6.2008, n. 15814, in *DeG online*, 2008 e Cass. 8/2/2012, n. 1781, in *FI*, 2012, 5, I, 1449), ha condizionato il connotato sanzionatorio del risarcimento alla presenza di una norma di legge che lo preveda espressamente e, nel caso *de quo*, tale circostanza non sussiste poiché risultano assenti i presupposti per l'applicazione del citato sesto comma.

Riferimenti bibliografici

Chieco P. (2002), *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *RIDL*, I, 75 ss.

Barbera M. (2003), *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, n. 3-4, 399 ss.

Fiorita N. (2004), *Le direttive comunitarie in tema di lotta alla discriminazione, la loro tempestiva attuazione e l'eterogenesi dei fini*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2, 361 ss.

- Garofalo M. G., Recchia G. A. (2005), *Le sanzioni e la loro efficacia*, in Fabeni S., Toniollo M. G. (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, Ediesse, Roma, 315 ss.
- Gottardi D. (2016), *L'attesa decisione sulla nozione oggettiva di discriminazione, in un caso di annunciata procreazione medicalmente assistita*, in RIDL, II, 729 ss.
- Izzi D. (2003), *Discriminazione senza comparazione*, in DLRI, 423 ss.
- Pizzoferrato A. (2005), *Le conseguenze del comportamento discriminatorio*, in Fabeni S., Toniollo M. G. (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, Ediesse, Roma, 289 ss.
- Ranieri M. (2015), *Da Philadelphia a Taormina, dichiarazioni omofobiche e tutela antidiscriminatoria*, in RIDL, II, 106 ss.
- Rizzi F. (2014), *Tre lezioni dal caso Taormina: il ruolo della società civile come strumento di empowerment dei soggetti discriminati*, in GenIUS – Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, in www.articolo29.it.
- Vallauri M L. (2009), *Il danno non patrimoniale alla luce della giurisprudenza delle Sezioni unite*, in RDS\$, n. 2, 407 ss.

Alessandra Volpe
Dottoressa in Giurisprudenza