

## PROCEDURE GIUDIZIARIE – UN BILANCIO

22.10.2016

Giornata di studio: Il miraggio Legge federale sulla parità dei sessi - 20 anni e non si vede a Bellinzona

Rosemarie Weibel

### Parità salariale

Quando si parla di legge federale sulla parità dei sessi probabilmente vi viene in mente innanzitutto la **parità salariale**.

E' questo l'ambito in cui sono state emesse la maggior parte delle sentenze del Tribunale federale. Ci sarebbe molto da raccontare al riguardo e mi pare che su questo tema la Legge stia raggiungendo i propri limiti.<sup>1</sup> Studiando le sentenze e le statistiche, sorge la necessità di mettere in discussione le differenze salariali in quanto tali e di discutere del valore che diamo ad un determinato lavoro.

Basti un esempio: *“Collocare in una classe di salario superiore uomini che esercitano una funzione dirigente non crea una discriminazione fondata sul sesso nei confronti di una donna che non svolge una tale funzione sintanto che in altri ambiti dell'amministrazione le differenze tra funzioni con e senza funzione dirigente sono paragonabili”*. Così ha stabilito il Tribunale federale in una sentenza del 2.10.1998 (DTF 124 II 529). Dall'altra parte, dare un peso eccessivo a criteri di per sé ammissibili quali anzianità di servizio ed esperienza professionale può risultare indirettamente discriminatorio (DTF 142 II 49 del 24.03.2016).

*Art. 8 cpv. 3 terza frase Cost. Fed.:  
Uomo e donna hanno diritto a un salario uguale per un lavoro di uguale valore.*

*Art. 5 Lpar:  
In caso di discriminazione secondo gli articoli 3 e 4, l'interessato può chiedere al giudice o all'autorità amministrativa:  
d. di ordinare il pagamento del salario dovuto.*

*La disparità salariale media tra i sessi è sempre del 21.3%, di questa differenza il 60% è ritenuto “spiegabile”.*

*Nel 2014, il 34.3 % delle donne e il 13.7% degli uomini percepivano un salario inferiore a CHF 4'000.00.*

- ⇒ *Discriminazione sul posto di lavoro*
- ⇒ *Segregazione orizzontale (lavori «femminili pagati meno»*
- ⇒ *Segregazione verticale (accesso alle posizioni di quadro)*

<sup>1</sup> Si veda però l'odierna relazione di Christine Masserey dell'Ufficio federale per l'uguaglianza fra uomo e donna, “Egalité salariale en Suisse”

In questo senso per esempio l'attuale progetto di nuova Legge sugli stipendi del Cantone che prevede il raggiungimento dell'anzianità massima dopo 20 anni non è certamente favorevole alle donne, le cui carriere professionali spesso non sono lineari.

**Ma quali sono concretamente i motivi che giustificano una differenza? E**

**soprattutto: qual è la differenza che si giustifica?** E' giustificato per esempio che un'addetta o un addetto alle pulizie guadagni 3 o 4 volte meno di un capufficio o una caposezione (scala stipendi attuale del Cantone)? Con il suo lavoro ci garantisce il benessere quotidiano! Credo che oggi diventi sempre più urgente discuterne, anche in un'ottica di redistribuzione e lotta alla povertà in generale.

### **Molestie sessuali**

L'altro tema che certamente vi viene in mente subito, sono le **molestie sessuali**.

Anche su questo tema il Tribunale federale ha avuto modo di chiarire alcuni punti e molte ditte oggi dispongono di linee guida specifiche. Farle valere rimane difficile e lo dimostrano le sentenze pubblicate del TF: molti autori di molestie sembrano non riuscire a riconoscerne la gravità e il potenziale discriminatorio. Dall'altra parte le vittime sono in difficoltà nel provarle. In questo caso come in altri si constata che le procedure giudiziarie in sé sono impegnative e costose, sia dal profilo economico che personale. Penso che molto di più può la sensibilizzazione, il cambiamento di mentalità, trovare un sostegno diretto ed un ascolto attivo sul posto di lavoro. Purtroppo le paure, legate non solo al rischio di perdere il lavoro, sono ancora tante.

### **Altri ambiti**

Oggi vorrei concentrarmi sugli ambiti in cui la LPar è ancora meno utilizzata.

E lasciatemi dire che la "Carta per la parità salariale nel settore pubblico" lanciata recentemente dal Consigliere federale Alain Berset e sottoscritta dal

*Art. 4 LPar – Divieto di discriminazione in caso di molestia sessuale*

*Per comportamento discriminante si intende qualsiasi comportamento molesto di natura sessuale o qualsivoglia altro comportamento connesso con il sesso, che leda la dignità della persona sul posto di lavoro, in particolare il proferire minacce, promettere vantaggi, imporre obblighi o esercitare pressioni di varia natura su un lavoratore per ottenerne favori di tipo sessuale.*

*Carta per la parità salariale nel settore pubblico*

- *il settore pubblico è invitato a utilizzare le proprie competenze e le proprie reti di partenariato in favore della parità salariale.*
- *<http://www.ebg.admin.ch> => temi => lavoro => piattaforma parità salariale => Investimento del settore pubblico*
- *Tralascia gli altri ambiti della LPar*

Cantone e da alcuni Comuni mi sembra poco innovativa e piuttosto riduttiva rispetto alle potenzialità della LPar.

### **Punti principali**

Mi pare quindi utile richiamare dapprima i **punti principali della LPar**. Si trattava infatti di una novità nel panorama legislativo svizzero, che a tutt'oggi è rimasta un modello per un tentativo di facilitare l'accesso alla giustizia, anche se imperfetto e non sempre applicata correttamente.

La Legge si applica a tutti i rapporti di lavoro, sia a quelli di **diritto privato** che di **diritto pubblico**, a tutti i livelli: federale, cantonale, comunale ecc. In uno stato federalista come la Svizzera, questo non era scontato. Dall'altra parte, il fatto di applicarsi unicamente ai rapporti di lavoro è certamente uno dei **limiti** della Legge parità (Art. 3 cpv. 1 prima frase).

*Art. 3 cpv. 1 prima frase LPar*

*Nei **rapporti di lavoro**, uomini e donne non devono essere pregiudicati né direttamente né indirettamente a causa del loro sesso,*

Si applica a **tutti gli aspetti** del rapporto di lavoro: contiene non solo il principio dell'uguaglianza, ma un divieto generale di discriminazione, sia diretta che indiretta.

La discriminazione è "**diretta**" quando si fonda esplicitamente sul sesso o su criteri che si applicano solo a uno dei due sessi senza essere obiettivamente giustificata. Vi è per esempio discriminazione diretta in caso di mancata assunzione per gravidanza.

La discriminazione è invece "**indiretta**" quando il criterio impiegato potrebbe valere per ambo i sessi, ma in definitiva svantaggia, o potrebbe svantaggiare, in maggiore proporzione persone di un sesso, senza nessuna giustificazione obiettiva. Esempio: siccome sono soprattutto le donne a lavorare a tempo parziale, il fatto che un Cantone o un Comune preveda la nomina a tempo indeterminato soltanto per impieghi a tempo pieno o quasi, mentre che per gli impieghi a tempo parziale è previsto solo l'incarico, di anno in anno, può essere discriminatorio. Costituisce una discriminazione indiretta anche il voler limitare il grado d'impiego di una coppia presso il Cantone al 150%, perché sarebbero più le donne che gli uomini a ridurre il grado d'occupazione. Questo perché spesso guadagnano meno o prevedono un congedo – anche se solo parziale – in caso di nascita di un figlio.

## Assunzione

La legge si applica sin **dall'assunzione**, limitando in questo senso la libertà contrattuale laddove questa libertà discrimina.

Un esempio interessante è quello deciso dal Tribunale cantonale di Lucerna, del 13.03.2001: una madre, disoccupata, si è candidata quale collaboratrice nella lavanderia di un ospedale.

Svolge un giorno di prova e le viene assicurato che avrebbe ottenuto il posto. Successivamente, il posto viene assegnato ad una donna più anziana. Il

servizio del personale motiva la scelta con il fatto che il rischio di assenze fosse superiore a causa del figlio e per eventuali ulteriori gravidanze. Il Tribunale amministrativo constata una discriminazione diretta e riconosce un'indennità (Verwaltungsgericht Luzern del 13.03.2001, Nr. V 98 245, <http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1172.html#no7>). Che la giovane madre fosse stata discriminata nei confronti di una donna più anziana nulla muta al fatto che si tratta di una discriminazione a causa del sesso.

In un altro caso, il fatto che gli **impegni familiari** venissero valutati quale fattore di rischio non è però stato ritenuto discriminatorio, con la motivazione che venisse preso in considerazione sia per gli uomini che per le donne. (Bezirksrat Zürich, 23.08.2001, <http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1049.html>).

Non è quindi detto che una discriminazione rispetto alla situazione familiare cada sotto la legge sulla parità dei sessi. In altre parole, se una mancata assunzione per rischio di gravidanza può essere discriminatoria secondo la LPar, il rifiuto di assunzione a causa di impegni familiari potrebbe non cadere sotto la LPar. Ciò non toglie che con l'assunzione di maggiori responsabilità anche familiari e nella cura dei figli da parte dei padri e degli uomini in generale, la discriminazione in base alla situazione familiare tocca entrambi i sessi. E' che la LPar vuole promuovere l'uguaglianza effettiva fra donna e uomo, **mentre manca una legge contro le discriminazioni in generale.**

*Il divieto si applica in particolare: all'assunzione ...*

*Art. 5 cpv. 2:*

*Se la discriminazione consiste nel rifiuto di un'assunzione ... di un rapporto di lavoro disciplinato dal Codice delle obbligazioni, la persona lesa può pretendere soltanto un'indennità. Questa è stabilita tenuto conto di tutte le circostanze ed è calcolata in base al salario presumibile o effettivo.*

*Nei rapporti di lavoro, uomini e donne non devono essere pregiudicati ... a causa del loro sesso, segnatamente con riferimento allo stato civile, alla situazione familiare o a una gravidanza.*

## Licenziamento

La LPar si applica a tutta la durata del rapporto di lavoro, fino al **licenziamento**.

Al Tribunale federale sono giunte poche cause per disdetta discriminatoria. In un caso, la ricorrente era stata licenziata per prestazioni insufficienti – aveva difficoltà nel trattare casi complessi. Il Tribunale federale ha chiarito questo: se un datore di lavoro si lamenta per il fatto che le prestazioni di una donna sono insufficienti; se questo è dovuto all'assegnazione dei compiti a chi lavora a tempo parziale – per cui non ha potuto acquisire esperienza specifica; se sono soprattutto donne a lavorare a tempo parziale; allora una disdetta data con la motivazione che le sue prestazioni – difficoltà nel trattare casi complessi - sono insufficienti è discriminatoria in base al sesso. (DTF 2A.407/2002 del 29.11.2002).

Sul tema dei **tempi parziali**, mi piace ricordare la sentenza del Tribunale cantonale amministrativo, 52.2002.350 del 23.09.2003. In quel caso, il TRAM ha rilevato come la decisione di un municipio di non concedere la facoltà di esercitare la propria attività di docente a tempo parziale fosse suscettibile di dar luogo ad una forma di discriminazione indiretta fondata sul sesso nei confronti della docente.

Un campo di applicazione per un licenziamento discriminatorio è senz'altro una disdetta data **per gravidanza o maternità**.

Il consultorio giuridico donna e lavoro segnala da tempo un aumento di disdette dopo il congedo maternità. Vi è da presumere che il più delle volte queste disdette sono discriminatorie ai sensi della

*Se la discriminazione consiste ... nella **disdetta di un rapporto di lavoro** disciplinato dal Codice delle obbligazioni, la persona lesa può pretendere soltanto un'indennità. Questa è stabilita tenuto conto di tutte le circostanze ed è calcolata in base al salario presumibile o effettivo.*

*Indicatori dell'uguaglianza tra donna e uomo: quota di donne in % - Attività professionale:*  
*Persone occupate a tempo pieno (90%+): 30,2% di donne*  
*Persone occupate a tempo parziale (<90%): 75,7 % di donne*

*www.leg.ch: solo sentenze giudiziarie, cantonali (seconda istanza) e TF*

*www.gleichstellungsgesetz.ch: anche procedure di conciliazione*

*www.senzeneparita.ch: sentenze TF; sentenze cantonali di seconda istanza; sentenze di prima istanza se note*

LPar e darebbero diritto ad un'indennità fino a 6 mesi di stipendio. I siti [gleichstellungsgesetz.ch](http://gleichstellungsgesetz.ch) e [leg.ch](http://leg.ch) riportano parecchi casi del genere. Spesso vengono risolti bonalmente, prima o dopo aver adito gli uffici di conciliazione. Credo che in Ticino andrebbe insistito sulla sensibilizzazione sul tema: il concetto secondo cui è discriminatorio licenziare (o demansionare) una neo-mamma dopo il congedo maternità non sembra ancora entrato nella consapevolezza generale. Il consultorio giuridico donna e lavoro nota inoltre disdette nulle date in gravidanza. E spesso le donne vengono messe sotto pressione perché diano loro stesse le dimissioni e non rientrino dal congedo maternità.

### **Mancata conformità ai ruoli di genere**

La Lpar si rivolge anche contro discriminazioni dovute alla **mancata conformità a ruoli di genere**.

*Nei rapporti di lavoro, uomini e donne non devono essere pregiudicati né direttamente né indirettamente a causa del loro sesso*

Quanto a casi di discriminazione in base **all'orientamento sessuale**, nella dottrina non vi è invece unanimità sul fatto se la LPar si applichi. Finora il TF non ha avuto modo di pronunciarsi al riguardo. Vi sono stati alcuni casi davanti a uffici di conciliazione di altri Cantoni. In parte si sono conclusi con una transazione, agli altri non è stato dato seguito. In alcuni casi di discriminazione a causa **dell'identità sessuale** sono state concluse delle transazioni. Si trattava di licenziamenti in seguito a cambiamenti dell'identità sessuale o transgender.

### **Condizioni di lavoro, formazione, perfezionamento professionale, promozione**

Come già accennato, la LPar si applica anche alle **condizioni di lavoro**, alla formazione e al perfezionamento professionali, alla promozione.

In Ticino vi è stato il caso di una giornalista, che ha vinto la causa dopo oltre 10 anni. La differenza salariale rispetto ai suoi colleghi era stata motivata con la diversa funzione. Il Tribunale federale

*Art. 5 cpv. 2 LPar  
... l'interessato può chiedere al giudice o all'autorità amministrativa:  
a. di proibire o far omettere una discriminazione imminente;  
b. di far cessare una discriminazione attuale;  
c. di accertare una discriminazione che continua a produrre effetti molesti;*

(4C.138/2005 del 25 ottobre 2005) ha spiegato che la questione era a sapere se la **promozione** fosse conseguenza o condizione per l'ampliamento dei compiti che a sua volta giustifica un aumento di stipendio. In altre parole, se vi è stata discriminazione nella

promozione, non si può poi giustificare la differenza di stipendio con il fatto che non svolge l'attività aggiuntiva legata proprio alla promozione. Dieci anni dopo l'istanza di conciliazione, il Tribunale d'appello ha accertato che vi era stata una discriminazione nella promozione, riconoscendo all'attrice la differenza di salario sin dal momento della mancata promozione. (TA 12.2006.8 del 13 dicembre 2007).

Ricordo che è dovuto un interesse del 5% su ogni singola mensilità, per cui per certi versi si tratta perlomeno di un buon investimento ...

Per quanto riguarda la **formazione** e il perfezionamento professionali, non ho trovato nessuna decisione giudiziaria. Un caso giunto in conciliazione riguardava l'obbligo di rimborso di spese di formazione dopo che l'interessata aveva ridotto il grado d'occupazione per maternità, per cui non poteva più svolgere l'attività per la quale era stata formata. La vertenza non è stata conciliata e la procedura non ha avuto seguito. (<http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1122.html>, Schlichtungskommission für Personalfragen, SKSCHK 03.28-1, 12.02.2004).

Quanto alle **condizioni di lavoro**, un ambito in cui probabilmente la legge fornirebbe un sostegno, potrebbero essere i casi in cui si pretende da impiegate a tempo parziale una flessibilità su tutto l'arco della settimana, ciò che rende particolarmente difficile l'organizzazione della famiglia. Il datore di lavoro ha peraltro l'obbligo di tenere conto degli obblighi familiari. Oppure i casi in cui il personale femminile viene sistematicamente assunto con contratti a tempo parziale anche se impiegato a tempo superiore, mentre che il personale maschile viene assunto a tempo pieno.

Sul sito [gleichstellungsgesetz.ch](http://gleichstellungsgesetz.ch) in particolare e [leg.ch](http://leg.ch) si trovano numerosi altri campi in cui donne, ma anche uomini, si sono rivolti ai tribunali. Spesso si sono trovati degli accordi davanti all'ufficio di conciliazione per la parità dei sessi. In Ticino purtroppo, nonostante le iniziali speranze che vi avevamo riposto, non solo a causa del ridotto numero di casi, l'ufficio di conciliazione non è riuscito ad acquisire autorevolezza e non ha potuto assumere un ruolo effettivo di promozione della parità.

### **Accesso alla giustizia**

Un aspetto importante della LPar è il tentativo di facilitare l'**accesso alla giustizia**.

La legge prevede la gratuità della procedura indipendentemente dal valore di causa. Vi è poi l'alleviamento dell'onere della prova, anche se incompleto: esclusa l'assunzione e le

molestie sessuali (art. 6). C'è la facoltà di stare in causa delle organizzazioni (azioni di accertamento, art. 7). Infine, vi è l'annullabilità di una disdetta del rapporto di lavoro data perché si fa valere una discriminazione.

La **gratuità della procedura** (art. 13 cpv. 5 LPar; 114 lit. a) CPC vale anche per decisioni su questioni procedurali e nell'ambito di ricorsi contro decisioni incidentali e soprattutto per perizie giudiziarie (DTF 2P.78/2005 del 21.7.2005). Aspetto non indifferente, visto che perizie sul valore di un lavoro possono venire a costare parecchio.

Il problema si pone quando vi è una pluralità di pretese. Secondo DTF 4A\_276/2014, 4A\_282/2014 del 25.02.2015, non appare infondata l'analisi della dottrina secondo cui solo la parte delle pretese

fondate sulla LPar beneficia della gratuità della procedura. Per cui in caso di pretese che non si fondano unicamente sulla LPar vi è comunque il rischio di dover pagare spese di giustizia, e di anticiparle. Non mi risulta sia stata chiarita la questione della gratuità in caso di pluralità di basi legali (es.: Lpar/contratto; LCSl), anche se in un caso davanti alla Pretura di Lugano non sono state prelevate tasse di giustizia (cfr. Rosemaie Weibel, Frauendiskriminierung? Eine Beleidigung, in Dunand/Lempen, L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail, 2016, p. 130).

Gli **oneri processuali** comunque possono essere importanti: Occorre pagare il/la proprio/a legale; in caso di soccombenza, partecipazione alle spese legali di controparte; vi è poi l'onere di preparazione. In alcuni casi, il rischio economico può quindi essere elevato, specialmente se controparte è patrocinata. Nei casi in cui l'interesse economico va oltre al caso singolo occorre poi spesso andare fino al Tribunale federale: e non è necessariamente l'attrice che decide.

**L'alleviamento dell'onere della prova** (art. 6) significa che l'esistenza di una discriminazione fondata sul sesso è presunta se la persona che se ne prevale la rende verosimile.

*Art. 13 cpv. 5 LPar, diritto pubblico:  
La procedura è gratuita; sono eccettuati i casi di ricorso temerario.  
Nei procedimenti dinanzi al Tribunale federale l'onere delle spese è disciplinato dalla legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale federale*

*114 lit. a CPC, diritto privato:  
Nella procedura decisionale non sono addossate spese processuali per le controversie:  
a. secondo la legge federale del 24 marzo 1995<sup>1</sup> sulla parità dei sessi;*

*Art. 6 LPar  
Si presume l'esistenza di una discriminazione per quanto la persona interessata la renda verosimile; questa norma si applica all'attribuzione dei compiti, all'assetto delle condizioni di lavoro, alla retribuzione, alla formazione e al perfezionamento professionali, alla promozione e al licenziamento.*

Questo è il caso se per esempio per lo stesso lavoro o un lavoro di pari valore gli appartenenti ad un sesso ricevono un salario notevolmente inferiore agli appartenenti dell'altro sesso. Nella misura in cui una discriminazione è stata resa verosimile, l'art. 6 LPar impone al datore di lavoro di dimostrare che la differenza di trattamento si fonda su motivi obiettivi. Può però anche darsi che il datore di lavoro riesca a portare elementi che distruggono l'iniziale verosimiglianza, per cui occorre comunque sempre portare tutte le prove possibili. A volte si tratta di una probatio quasi diabolica, come ha commentato Christine Sattiva Spring ad una recente sentenza che riguardava la responsabile servizio del personale di Basilea Campagna (DTF 142 II 49 del 24.03.2016).

La Legge prevede pure che le **organizzazioni** che esistono da almeno due anni e, secondo gli statuti, promuovono l'uguaglianza fra donna e uomo oppure tutelano gli interessi dei lavoratori possono, a proprio nome, far accertare in giudizio una discriminazione.

L'esito della procedura deve avere verosimilmente ripercussioni su un gran numero di rapporti di lavoro (art. 7). Questa possibilità è stata finora poco usata, in ogni caso non senza che vi fossero anche singole interessate a procedere. Uno dei problemi è che si può solo far accertare una discriminazione. Sono poi comunque le singole o i singoli a dover agire,

altrimenti le loro pretese durante la procedura vanno magari in prescrizione. E' però anche possibile che nel corso della causa la discriminazione venga corretta.

Per concludere va ricordata anche la **protezione dal licenziamento** nei rapporti di diritto privato (art. 10):

Se chi sta facendo valere i propri diritti viene licenziato durante la procedura di reclamo in seno all'azienda, la procedura di conciliazione o la procedura giudiziaria, nonché nei sei mesi successivi, può chiedere l'annullamento della disdetta. Si tratta di una possibilità praticamente

*Art. 7 LPar*

*Le organizzazioni che esistono da almeno due anni e, secondo gli statuti, promuovono l'uguaglianza fra donna e uomo oppure tutelano gli interessi dei lavoratori possono, a proprio nome, far accertare in giudizio una discriminazione se l'esito della procedura avrà verosimilmente ripercussioni su un gran numero di rapporti di lavoro. Prima di avviare la procedura di consultazione o di intentare un'azione, tali organizzazioni devono dare al datore di lavoro l'opportunità di prendere posizione.*

*Art. 10 LPar*

*La disdetta del rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro è impugnabile se, senza motivo giustificato, è data in seguito a un reclamo sollevato all'interno dell'azienda per presunta discriminazione o in seguito all'introduzione di una procedura di conciliazione o giudiziaria.*

...

unica nel panorama legislativo svizzero, che in concreto però viene raramente usata, anche perché se si arriva a quel punto i rapporti interpersonali sono talmente degradati che la stessa vittima non se la sente di tornare sul posto di lavoro.

### **Per concludere - idee dominanti**

Per concludere voglio ricordare questo: se vi sia o meno un motivo ragionevole per una distinzione, può comportare risposte differenti **secondo il periodo e le idee dominanti** (DTF 135 I 130 consid. 6.2 pag. 138) (citazione da DTF 1C\_226/2014 del 17.10.2014).

Lo stesso vale per l'interpretazione di una legge. In altre parole: la legge è importante, ma è altrettanto importante cosa se ne fa, e quali sono le idee dominanti.

Quando Emily Kempin Spyri ha chiesto di essere ammessa all'esercizio dell'avvocatura, era impensabile che "gli Svizzeri" fossero sia uomini che donne (DTF 13 I 1 del 29 gennaio 1887).

Oggi molte e molti di noi pensano che ne facciamo parte non solo le donne, ma anche i bambini e in generale chi vive sul nostro territorio.



Emilie Kempin-Spyri (1853-1901)