



Analisi della giurisprudenza cantonale relativa alla legge sulla parità dei sessi (2004-2015)

Sintesi

AMBITO DIRITTO

Dipartimento federale dell'interno DFI
Ufficio federale per l'uguaglianza fra donna e uomo UFU

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra



TITOLO

Analisi della giurisprudenza cantonale relativa alla legge sulla parità dei sessi (2004-2015)

EDITORE

Ufficio federale per l'uguaglianza fra donna e uomo UFU

AUTORI

Karine Lempen, Aner Voloder

FOTO

Franziska Frutiger, Biel
Martine Dutruit, Pully

DISTRIBUZIONE

Ufficio federale per l'uguaglianza fra donna e uomo UFU
Schwarztorstrasse 51, 3003 Berna
ebg@ebg.admin.ch
www.ebg.admin.ch



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT
Département de droit civil

Analisi della giurisprudenza cantonale relativa alla legge sulla parità dei sessi (2004-2015)

Rapporto di ricerca

Commissionato dall'Ufficio federale per l'uguaglianza fra donna e uomo UFU

Karine Lempen, Prof. Dr. iur.

Aner Voloder, lic. iur.

In collaborazione con Laetitia Jamet, MLaw

Ginevra, 16. giugno 2017

Risultati principali

Il presente studio esamina in modo approfondito 190 verbali di conciliazione e sentenze cantonali relativi alla legge federale sulla parità dei sessi (LPar) su un periodo di poco superiore a un decennio (2004-2015).

1. Le azioni legali basate sulla LPar sono quasi sempre intentate da persone – soprattutto donne – e molto raramente da organizzazioni (art. 7 LPar). Nel presente studio sono stati rilevati solo otto casi (su 190) in cui le organizzazioni hanno esercitato il proprio diritto di azione. In tre casi (su otto), l'organizzazione si è attivata parallelamente alle azioni legali individuali delle persone coinvolte (cfr. 4.12-4.13).

2. Nella stragrande maggioranza dei casi (84%), al pronunciamento della sentenza, le parti non sono più legate da un rapporto di lavoro (cfr. 4.7).

3. La maggior parte delle persone che adiscono le vie legali per una discriminazione basata sul genere lamenta una discriminazione salariale (67 casi) o un licenziamento discriminatorio (67 casi) (cfr. 4.20). Le professioni interessate sono soprattutto quelle sanitarie (cfr. 4.11).

4. Gran parte delle decisioni ha come oggetto una discriminazione diretta. Una discriminazione indiretta è invocata o riconosciuta solo nel 30,5 per cento dei casi. Si tratta perlopiù di denunce per discriminazione salariale (cfr. 4.18).

5. Circa un terzo di tutti i casi di discriminazione ai sensi dell'articolo 3 LPar è legato alla gravidanza o alla maternità (41 casi). Spesso, la discriminazione avviene al rientro dal congedo maternità e nella maggior parte dei casi si concretizza nel licenziamento della madre (cfr. 4.16-4.17).

6. Dall'analisi della giurisprudenza emerge che molti casi di licenziamento discriminatorio (ai sensi dell'art. 5 cpv. 2 LPar) sono esaminati esclusivamente dal punto di vista del Codice delle obbligazioni (art. 336), ciò che a volte preclude l'applicazione dell'alleviamento dell'onere della prova previsto dalla legge sulla parità dei sessi (art. 6) (cfr. 4.24 e 4.28).

7. Nei casi in cui l'alleviamento dell'onere della prova è applicato (art. 6 LPar), raramente la sentenza distingue chiaramente le due fasi del ragionamento giudiziale (1. verosimiglianza e 2. motivi oggettivi giustificativi). Nella maggior parte dei casi (53,4%), la verosimiglianza non è ammessa e la domanda è respinta (cfr. 4.24).

8. Il 62,5 per cento delle sentenze esaminate è prevalentemente o completamente sfavorevole alla o al dipendente che invoca una discriminazione. La quasi totalità (91,6%) delle denunce per licenziamento ritorsivo (art. 10 LPar) è respinta. Il tasso di decisioni sfavorevoli alla lavoratrice o al lavoratore è particolarmente elevato (82,8 %) anche quando la discriminazione invocata è quella delle molestie sessuali (art. 4 LPar) (cfr. 4.21-4.22 e 4.35).

9. La pretesa del versamento di un'indennità per molestie sessuali (art. 5 cpv. 3 LPar) è respinta nella stragrande maggioranza dei casi (76,6%) (cfr. 4.20). Raramente i tribunali esaminano se la datrice o il datore di lavoro ha adottato le necessarie misure di prevenzione (cfr. 4.13).

10. La legge sulla parità dei sessi prevede il versamento di un'indennità per molestie sessuali (art. 5 cpv. 3) pari al massimo all'equivalente di sei mesi di «salario medio svizzero». Nella prassi, tuttavia, i tribunali utilizzano come base di calcolo il salario mediano svizzero, che è inferiore al salario medio (cfr. 4.29).

11. Nella stragrande maggioranza delle cause per discriminazione salariale, l'azione per ottenere il pagamento del salario dovuto (art. 5 cpv. 1 lett. d LPar) non va a buon fine (76,3%) (cfr. 4.26).

12. Malgrado il principio della gratuità della procedura (art. 114 lett. a CPC), le azioni legali fondate sulla LPar implicano un certo rischio finanziario. Il presente studio ha censito 23 decisioni in cui le spese ripetibili (art. 95 cpv. 3 CPC) sono state poste a carico della o del dipendente. Il loro importo si situa generalmente tra 1200 e 19 392 franchi (cfr. 4.33).

Conclusione

L'obiettivo del presente studio era sia di verificare se i problemi rilevati nella valutazione della LPar del 2005 permangono o se si constatano miglioramenti sia di evidenziare eventuali nuove difficoltà nell'applicazione di tale legge.

Il principale cambiamento osservato riguarda i **tipi di discriminazione invocati più frequentemente** nei tribunali di tutta la Svizzera. Mentre nel 2005 i processi più frequenti erano quelli per discriminazione salariale, seguiti da quelli per molestie sessuali e per licenziamento discriminatorio, nel 2016, al primo posto si situano il licenziamento discriminatorio e la discriminazione salariale (cfr. 4.20).

Il presente studio censisce 41 decisioni relative a una **discriminazione legata alla gravidanza o alla maternità** che in 33 casi (80,4%) si concretizza in un **licenziamento**. La discriminazione legata alla maternità avviene soprattutto nel periodo successivo al **rientro dal congedo maternità** (dopo il periodo di protezione dalla disdetta previsto dall'articolo 336c cpv. 1 lett. c CO) (cfr. 4.16-4.17).

Il licenziamento discriminatorio (art. 5 cpv. 2 LPar) o il licenziamento ritorsivo (art. 10 LPar) sono spesso esaminati unicamente dal punto di vista del Codice delle obbligazioni (art. 336 lett. a o d). La non applicazione della legge sulla parità dei sessi, a volte, preclude l'alleviamento dell'onere della prova (art. 6 LPar) e fa sì che vengano avanzate pretese esclusivamente pecuniarie (mentre potrebbe essere chiesto l'annullamento del licenziamento in virtù dell'art. 10 LPar) (cfr. 4.28 e 4.36). Già osservata dieci anni or sono⁸⁴, questa **tendenza dei tribunali a basarsi preferibilmente solo sulle disposizioni generali del diritto del lavoro** sembra quindi persistere⁸⁵.

La **protezione dal licenziamento** ritorsivo prevista dall'articolo 10 LPar risulta **poco efficace** nella pratica⁸⁶. Infatti, le rare azioni legali intentate ai sensi di questa disposizione sono tutte fallite salvo una (cfr. 4.21). Nel 2005, la valutazione della legge sulla parità dei sessi mostrava che, al pronunciamento della sentenza, tra la metà e due terzi dei rapporti di lavoro erano stati rescissi⁸⁷. Nel 2016, questo tasso è salito all'84 per cento. Ancora oggi, **il fatto di intentare un'azione legale secondo la legge sulla parità dei sessi, comporta molto spesso la perdita del lavoro** (cfr. 4.7). Inoltre, le procedure cantonali basate su tale legge possono protrarsi per diversi anni (cfr. 4.6).

I casi in cui le organizzazioni si avvalgono della possibilità prevista dall'articolo 7 LPar di far accertare in giudizio una discriminazione al posto delle persone che l'hanno subita rimangono molto rari. Su 190 decisioni esaminate, lo studio ha individuato solo otto azioni legali intentate da un'organizzazione e, tra queste, tre in cui l'organizzazione ha esercitato il suo diritto parallelamente alle vittime (cfr. 4.12). **Come previsto dal vigente articolo 7 LPar, il diritto di azione delle organizzazioni non esime le persone dal portare il loro caso in giustizia**⁸⁸.

Come dieci anni or sono, le **persone che intentano un'azione legale per una discriminazione basata sul genere, raramente riescono a spuntarla**. La presente analisi mostra che il 62,5 per cento delle decisioni che applicano

⁸⁴ Rapporto del Consiglio federale concernente la valutazione dell'efficacia della LPar, **FF 2006** 2955; vedi anche RAMSEYER/MÜLLER, pag. 1338-1339; FREIVOGEL, pag. 1350.

⁸⁵ In questo senso, vedi AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de la LEg, in: Dunand/Lempen/Mahon, L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail, CERT, Schulthess, Zurigo, 2016, pag. 100.

⁸⁶ HAUSAMMANN CHRISTINA, DE PIETRO JOSEFIN, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Teilstudie 2: Geschlecht – Juristische Analyse, CSDU, Berna, luglio 2015, pag. 42.

⁸⁷ Rapporto del Consiglio federale concernente la valutazione dell'efficacia della LPar, **FF 2006** 2949.

⁸⁸ Al riguardo, vedi rapporto «Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives», Berna, 3 luglio 2013, pag. 25-28.

la LPar è prevalentemente o completamente sfavorevole alla o al dipendente parte attrice in giudizio (cfr. 4.35). In questo caso, **non è raro che quest'ultima sia condannata a versare le spese ripetibili che possono ammontare a diverse migliaia di franchi** (cfr. 4.33).

Il tasso di insuccesso è particolarmente elevato (82,8%) quando la discriminazione invocata è quella delle molestie sessuali (cfr. 4.35). In questo ambito, molti tribunali sembrano non aver capito che non è necessaria l'intenzione di ottenere favori di tipo sessuale per riconoscere l'esistenza di un ambiente di lavoro ostile (e quindi di molestie sessuali ai sensi dell'art. 4 LPar). Inoltre, poche sentenze esaminano in quale misura la datrice o il datore di lavoro ha adempiuto il proprio obbligo di prevenire a monte le molestie e porvi fine in un caso concreto (cfr. 4.22). L'indennità speciale basata sull'articolo 5 cpv. 3 LPar è assegnata raramente (cfr. 4.29). Anche sotto questo aspetto, non si ravvisa alcun miglioramento rispetto alla valutazione del 2005. Visto il rifiuto del Consiglio federale di estendere alle molestie sessuali l'alleviamento dell'onere della prova (art. 6 LPar)⁸⁹, **comprovare questa discriminazione rimane oltremodo difficile** (cfr. 4.22).

In oltre la metà dei casi in cui l'onere della prova è alleviato, la parte che lamenta una discriminazione non riesce a superare la prima fase del ragionamento giudiziale, quello della verosimiglianza (cfr. 4.24). Complice la scarsa trasparenza in questo ambito, gli indizi di una discriminazione salariale sono difficili da raccogliere⁹⁰.

Ancora oggi, la maggior parte delle sentenze non riconosce chiaramente le due fasi del ragionamento giudiziale relativo all'alleviamento dell'onere della prova, ossia quella della «verosimiglianza» (indizi che la o il dipendente deve produrre) e quella dei «motivi oggettivi» (prova piena a carico della datrice o del datore di lavoro). Inoltre, in una decina di sentenze relative a discriminazioni per le quali poteva esser fatto valere l'alleviamento dell'onere della prova sancito dall'articolo 6 LPar, i tribunali non hanno applicato questa disposizione (cfr. 4.24).

In una netta maggioranza di casi, le denunce riguardano discriminazioni dirette basate sul genere. La presente analisi ha censito pochi casi di discriminazioni indirette e di questi la maggior parte era legata alla retribuzione (cfr. 4.18). Questo risultato può essere collegato con quello di un recente studio del CSDU secondo il quale il concetto di discriminazione indiretta non è sufficientemente conosciuto dalle parti in causa⁹¹.

Da alcuni anni, la dottrina svizzera ha iniziato a interessarsi alla discriminazione multipla⁹² (basata al contempo, per esempio, sul genere e su una disabilità). La presente analisi non ha tuttavia rilevato alcun caso in cui sia stata invocata o riconosciuta d'ufficio da un tribunale una discriminazione multipla (cfr. 4.15). Ciò è dovuto al fatto che questo fenomeno rimane ancora poco noto nell'ambiente giuridico. Inoltre, la LPar non contiene alcuna disposizione che impone ai tribunali di prendere in considerazione, per esempio nelle sanzioni, il carattere multiplo di una discriminazione.

Il presente studio non ha censito alcun caso relativo a una discriminazione basata sull'identità di genere o sull'orientamento sessuale (cfr. 4.16). Questo risultato è probabilmente riconducibile, in parte, alla mancanza

⁸⁹ Rapporto del Consiglio federale concernente la valutazione dell'efficacia della LPar, FF 2006 2970, capitolo 8.2.6; vedi anche «Le droit à la protection contre la discrimination. Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Naef 12.3543 du 14 juin 2012», Berna, 25 maggio 2016, capitolo 4.2.3.

⁹⁰ In questo senso, vedi anche HAUSAMMANN CHRISTINA, DE PIETRO JOSEFIN, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Teilstudie 2: Geschlecht – Juristische Analyse, CSDU, Berna, luglio 2015, pag. 43.

⁹¹ HAUSAMMANN CHRISTINA, DE PIETRO JOSEFIN, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Teilstudie 2: Geschlecht – Juristische Analyse, CSDU, Berna, luglio 2015, pag. 42.

⁹² Vedi segnatamente KLEBER ELEONOR, La discrimination multiple, Etude de droit international, suisse et européen, thèse, Schulthess, Ginevra/Zurigo/Basilea, 2015.

di sensibilizzazione dell'ambiente giuridico su queste tematiche nonché alle incertezze relative all'applicabilità della LPar a queste situazioni⁹³.

⁹³ GROHSMANN IRENE, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Teilstudie 3: LGBTI – Juristische Analyse, CSDU, Berna, luglio 2015, pag. 47-49.

Raccomandazioni

In base alle conclusioni esposte sopra, formuliamo una serie di raccomandazioni volte a migliorare l'accesso alla giustizia delle persone discriminate a causa del genere nella vita professionale.

A. Autorità legislative

1. Migliorare la trasparenza salariale: nel quadro della revisione in corso della legge sulla parità dei sessi, obbligare le imprese con almeno 50 dipendenti a eseguire regolarmente un'analisi della propria prassi salariale e a sottoporla alla verifica di un organo di controllo esterno, come proposto dal Consiglio federale⁹⁴.

2. Sistematizzare il controllo dell'attuazione della LPar: instaurare un dispositivo simile a quello previsto per la legge sul lavoro nel settore della salute e della sicurezza del lavoro (art. 40 segg. LL); designare autorità cantonali incaricate di vigilare, sotto l'alta sorveglianza della Confederazione, sulla corretta esecuzione della legge.

3. Rafforzare il diritto di azione delle organizzazioni: nel quadro dei lavori volti a migliorare l'esercizio collettivo dei diritti in Svizzera⁹⁵, esaminare gli strumenti per rendere più efficace il diritto di azione delle organizzazioni in occasione di cause basate sulla legge sulla parità dei sessi (art. 7 LPar).

4. Esentare la parte soccombente dall'obbligo di versare le spese ripetibili: esaminare la possibilità di rinunciare al versamento delle spese ripetibili in tutte le procedure civili cantonali di diritto del lavoro, analogamente a quanto prevede il Cantone di Ginevra⁹⁶.

5. Alleviare l'onere della prova in caso di molestie sessuali e di discriminazione nell'assunzione: riesaminare l'opportunità di estendere l'alleviamento dell'onere della prova (art. 6 LPar) a tutti i casi di discriminazione basata sul genere, come previsto dal diritto europeo⁹⁷.

B. Ambito giudiziario

6. Migliorare la formazione continua dei giudici, dei membri dell'autorità di conciliazione e degli avvocati: integrare nei programmi di formazione continua alcuni corsi sulla LPar che trattano in particolare:

- le nozioni di discriminazione indiretta e di discriminazione multipla;
- il meccanismo di alleviamento dell'onere della prova;
- la prova della discriminazione salariale;
- il rapporto tra le indennità previste dal Codice delle obbligazioni e dalla LPar;

⁹⁴ Vedi comunicato stampa pubblicato dal Consiglio federale il 26 ottobre 2016 «Un passo verso la parità salariale: il Consiglio federale vuole il messaggio entro l'estate 2017».

⁹⁵ Rapporto del Consiglio federale «Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives», Berna, 3 luglio 2013; mozione 14.4008 CAG-S «Adeguamento del Codice di procedura civile».

⁹⁶ Art. 22 cpv. 2 LaCC (in francese).

⁹⁷ Direttiva 2006/54 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione), GU n. L 204 del 26 luglio 2006, pag. 23, (art. 19).

- la possibilità di cumulare alcune indennità;
- l'azione per l'annullamento del licenziamento ritorsivo previsto dall'articolo 10 LPar;
- la definizione di molestie sessuali e i due aspetti della prova liberatoria che la datrice o il datore di lavoro deve produrre nel quadro di una causa per molestie sessuali.

7. Sistematizzare la raccolta di dati: proseguire e rafforzare la collaborazione tra i cancellieri dei tribunali e gli uffici per le pari opportunità per migliorare l'accesso alle decisioni pronunciate sulla base della LPar.

C. Uffici per le pari opportunità

8. Sistematizzare la raccolta di dati: proseguire e rafforzare la collaborazione tra i cancellieri dei tribunali e gli uffici per le pari opportunità per migliorare l'accesso alle decisioni pronunciate sulla base della LPar. Continuare a sostenere i progetti www.gleichstellungsgesetz.ch e www.leg.ch nel quadro degli aiuti finanziari erogati dall'Ufficio federale per l'uguaglianza fra donna e uomo in virtù dell'articolo 14 LPar.

9. Migliorare lo stato delle conoscenze relative alle discriminazioni legate alla maternità: realizzare uno studio sulla frequenza e le forme delle discriminazioni legate alla gravidanza o alla maternità per meglio comprendere la realtà di questo fenomeno in Svizzera e il suo impatto sulla vita professionale delle donne.

10. Sensibilizzare sui diritti previsti dalla LPar: continuare a informare tutti gli ambienti interessati (persone, aziende, amministrazioni pubbliche, partner sociali, ambiente giuridico ecc.) sulle discriminazioni basate sul genere nei rapporti di lavoro, sui diritti previsti dalla LPar e sulle possibilità di adire le vie legali.

D. Università

11. Integrare l'insegnamento della LPar nella formazione di base: provvedere affinché la LPar sia materia di studio nel quadro del bachelor in diritto e non sia trattata unicamente in occasione di corsi facoltativi destinati a un pubblico ristretto.

