

SENTENZA

Corte appello , - Trento, 07/03/2017, n. 14

Intestazione

Omissis. — Svolgimento del processo.

Con ricorso al Tribunale di Rovereto XX, unitamente all'Associazione Radicale Certi Diritti e alla e Cgil del Trentino, esponeva:

di essere stata assunta dall'Istituto Sacro Cuore di Trento con contratto a tempo determinato da settembre a giugno per cinque anni consecutivi dall'anno 2009/10, per la materia di educazione artistica e quale insegnante di sostegno, con rapporto di lavoro passato da tempo parziale a tempo pieno in ragione dell'apprezzamento delle sue capacità professionali;

di avere avuto molteplici rassicurazioni, nel corso dell'anno scolastico 2013/14, sul rinnovo del contratto anche per l'anno successivo, con futura trasformazione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato, appena conseguita l'abilitazione attraverso il percorso PAS al quale era iscritta (poi in effetti conseguita il 14 novembre 2014), in ragione del limite massimo dei rinnovi dei contratti a termine previsti dalla legislazione italiana e dalla contrattazione collettiva e in ragione dell'interesse dell'Istituto ad inserire stabilmente nel corpo docente gli insegnanti di comprovata qualità, secondo già precedente prassi e come avvenuto nel corso dell'anno scolastico 2014/15 per il collega insegnante di musica C. F., che si era trovato nella sua stessa situazione;

di essere stata convocata il 16 luglio 2014 alle ore 10.30 dalla dirigente dell'Istituto YY, per un colloquio, secondo una modalità non infrequente, seguita per concordare aspetti contrattuali od organizzativi in vista del futuro anno scolastico;

di essere stata ricevuta in una stanza appartata, lontana dagli uffici, e, dopo avere ricevuto complimenti e conferma della bontà della sua attività didattica, di essersi sentita chiedere di smentire “voci” sul suo orientamento sessuale e sulla sua convivenza con altra donna, venendo subordinato alla smentita il rinnovo del contratto di lavoro;

di avere opposto un rifiuto all'indagine sul suo orientamento sessuale, illecita e non rilevante ai fini lavorativi, e di avere cercato di allontanarsi, venendo però fermata dalla dirigente, che le aveva dichiarato di voler soprassedere alla richiesta di una smentita e alla interruzione del rapporto di lavoro, purché si impegnasse a risolvere il problema, “curando” il suo orientamento affettivo;

di essersi allontanata sconvolta dal colloquio, finito con un duro scambio di parole, di avere incontrato una collega che le aveva offerto di accompagnarla in Questura e di essersi risolta a rivolgersi al sindacato Cgil per essere tutelata, iniziativa alla quale era seguita la divulgazione della vicenda con ampia risonanza sui mezzi di informazione, ai quali dapprima l'Istituto aveva inviato un comunicato nel quale veniva sostanzialmente negato l'episodio e ai quali però nei giorni successivi la dirigente aveva rilasciato varie interviste in cui non solo ammetteva il colloquio e il contenuto del colloquio, ma ne dava giustificazione con la natura cattolica dell'Istituto e del connesso progetto educativo;

che ai mezzi di informazione veniva poi inviato un secondo comunicato dell'Istituto nel quale si riconosceva il colloquio ma lo si spiegava con riferimento alla compatibilità della sua persona con il progetto educativo, facendo riferimento a discorsi che lei avrebbe fatto agli alunni sulla sessualità, inopportuni, fuori luogo e non pertinenti all'insegnamento scolastico;

di avere quindi a sua volta rilasciato interviste alla stampa e a trasmissioni radiofoniche sui canali nazionali per difendere il suo onore, mantenendo l'anonimato e negando recisamente di avere mai parlato di sessualità ai suoi alunni.

Tanto premesso ed evidenziate le contraddizioni nelle dichiarazioni rese da YY nel corso dell'istruttoria aperta dalla Provincia per il rinnovo della convenzione per l'erogazione di contributi pubblici, nonché l'assegnazione della cattedra ad altra insegnante a smentita della affermazione della riduzione delle ore di insegnamento e la conferma del collega in situazione equiparabile C. F., che aveva ottenuto l'abilitazione nel maggio 2015, illustravano le ricorrenti le ragioni in diritto della legittimazione delle associazioni Certi Diritti e Cgil del Trentino a partecipare al giudizio, le norme interne, del diritto dell'Unione e della CEDU che vietavano la discriminazione posta in essere dall'Istituto Sacro Cuore nell'accesso all'occupazione e nelle condizioni di lavoro e che consentivano di identificare nella fattispecie una discriminazione non solo individuale, ma, considerate le dichiarazioni rilasciate dalla dirigente responsabile dell'Istituto, anche collettiva. Chiedevano quindi la condanna dell'Istituto convenuto: a) al risarcimento del danno in favore delle associazioni ricorrenti, b) al risarcimento del danno patrimoniale e morale subito da XX anche per le ingiurie e la diffamazione a mezzo stampa, c) alla rimozione degli effetti della discriminazione attraverso una proposta di assunzione dell'insegnante con contratto di lavoro analogo a quello non rinnovato, d) alla predisposizione di un apposito piano di rimozione degli effetti della discriminazione collettiva mediante inoltro di circolare di riconoscimento e impegno a non discriminare insegnanti e studenti per orientamento sessuale, e) alla pubblicazione della sentenza su giornali a carattere nazionale.

Si costituiva in giudizio L'Istituto delle Figlie del Sacro Cuore di Gesù eccependo in via preliminare il difetto di legittimazione attiva dell'Associazione Radicale Certi Diritti e della Cgil del Trentino a proporre una autonoma domanda di risarcimento del danno, essendo l'intervento delle associazioni consentito in nome e per conto o ad adiuvandum del soggetto leso dall'atto discriminatorio, eccependo il difetto del consenso del soggetto leso in assenza di volontà espressa per atto pubblico o scrittura privata autenticata e negando i presupposti per l'applicazione dell'azione sussidiaria ex art. 5, co. 2 d.lgs. n. 216/03 non essendo ravvisabile una discriminazione collettiva per essere stato identificato il soggetto leso. Nel merito deduceva l'appellato che nel corso del 2013 in relazione a una riorganizzazione amministrativa per il contenimento e la razionalizzazione dei costi di gestione era stato previsto che le domande di riassunzione per gli insegnanti a tempo determinato dovessero essere presentate entro la fine dell'anno scolastico e dunque entro il 30.6.14 e che in ogni caso non vi era mai

stato alcun automatismo nel rinnovo dei contratti essendovi al contrario ogni anno un elevato ricambio pari circa alla metà dei contratti di insegnamento. Deduceva quindi che le ragioni del non rinnovo erano connesse al superamento del tetto massimo dei 60 mesi di rapporto di lavoro a termine previsto dalla contrattazione collettiva, alla preferenza accordata agli insegnanti in possesso di abilitazione e alla mancata presentazione della domanda di rinnovo, ragioni tutte per le quali XX non poteva vantare nemmeno una legittima aspettativa alla riconferma per l'anno successivo, con conseguente venir meno di una situazione giuridicamente apprezzabile già entrata nel patrimonio di quest'ultima rispetto alla quale potesse essere anche solo rappresentata una discriminazione. Osservava che XX si era venuta a trovare nella stessa identica situazione in cui si erano trovati gli altri insegnanti assunti a termine con impossibilità quindi di poter invocare a suo favore la disciplina dell'inversione dell'onere della prova, che inoltre la stessa non aveva all'epoca l'abilitazione né certezza di conseguirla, che non aveva presentato domanda di rinnovo del contratto nel termine stabilito dall'Istituto, che non poteva avere quindi alcuna pretesa rispetto a una offerta di lavoro e che non poteva essere avanzata alcuna domanda risarcitoria fondata su una mora credendi del datore di lavoro. Allegava di avere rinnovato per più anni l'incarico di insegnamento in quanto non vi erano stati insegnati della materia abilitati e disponibili per l'Istituto, a cui in base alla norme sul riconoscimento delle scuole paritarie e di contratto collettivo avrebbe dovuto essere data la precedenza e che XX al termine dell'anno scolastico 2013/14 aveva maturato 53 mesi e dieci giorni di contratti a termine con impossibilità quindi di un rinnovo che avrebbe prolungato il rapporto oltre i 60 mesi consentiti dalla contrattazione collettiva. Allegava che nel corso del 2014, a differenza che per la materia insegnata da C. F., era stata presentata una domanda da una docente abilitata nella materia, a cui necessariamente avrebbe dovuto essere data la preferenza, venendo diversamente la scuola a trovarsi in una situazione di assoluta irregolarità. Affermava di non essere mai stato posto a conoscenza della iscrizione della ricorrente al PAS per il conseguimento della abilitazione. Rilevava che a seguito della sproporzionata reazione avuta, delle condotte tenute e delle manifestazioni di avversione rispetto al progetto educativo e agli scopi della scuola seguite al colloquio avuto il 16.7.14 con suor E., con pubblico clamore, era in ogni caso venuto meno il presupposto fiduciario per un rapporto di lavoro. Deduceva il carattere religioso dell'istituzione, con un preciso progetto educativo di ispirazione cristiano-cattolica, al quale il personale docente era chiamato ad aderire, che caratterizzava l'Istituto scolastico come organizzazione

di tendenza, senza possibilità di distinguere tra mansioni neutre, quale in ogni caso non era l'insegnamento, e mansioni connesse all'ideologia della organizzazione, come statuito dalla giurisprudenza di legittimità sull'applicazione dell'art. 4 L n. 108/90. Invocava quindi l'art. 3 co. 3 e 5 d.lgs. n. 216/03. Negava la discriminazione per orientamento sessuale nei confronti di XX, essendo al contrario in considerazione solo il suo impegno, oggetto del colloquio con suor E., ad aderire ed attuare il progetto educativo a ispirazione religiosa, al quale gli insegnanti delle scuole paritarie cattoliche, a cui è riconosciuta piena autonomia, sono chiamati a dare adesione al momento della stipulazione del contratto di lavoro, impegno che implicava necessariamente la condivisione del principio fondamentale della famiglia fondata sul sacramento del matrimonio, definito come patto tra uomo e donna. Invocava l'art. 4 comma 1, dir. 2000/78/CE e il conseguente limite al principio di parità di trattamento e l'art. 33 della Costituzione sulla piena libertà delle scuole cattoliche come ribadita nell'Accordo con la Santa Sede del 14.2.84 ratificato con la L 121/85, comprensiva della libertà di scegliere docenti che aderiscano all'orientamento della scuola e di rifiutare quelli che se ne discostano, anche in considerazione degli impegni presi con le famiglie degli alunni. Contestava che l'oggetto del colloquio fosse quello riferito da XX, essendo invece stato diretto l'incontro a verificare le voci e le proteste provenienti da studenti e genitori su comportamenti e affermazioni dell'insegnante, durante le lezioni, non in sintonia con il progetto educativo e i principi della religione cattolica e quindi in definitiva a verificare la sua capacità ed attitudine ad adempiere all'impegno contrattualmente preso. Contestava infine l'esistenza dei presupposti per il risarcimento del danno morale da diffamazione e dei presupposti della fattispecie della discriminazione collettiva.

Con ordinanza in data 21.6.16 il Tribunale di Rovereto accertata la condotta discriminatoria individuale e collettiva dell'Istituto a decorrere dal 16.7.14 e lo condannava al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale in favore di XX liquidato in € 25.000,00, al risarcimento del danno in favore delle due associazioni liquidato in € 1.500,00 ciascuna e a pubblicizzare adeguatamente l'ordinanza sui quotidiani L'Adige e Trentino. — Omissis.

Motivi delle decisione. — Omissis.

Ritiene la Corte preliminare all'esame del merito delle varie questioni enucleare i principi che regolano la ripartizione dell'onere della prova e quindi i criteri di valutazione degli elementi di prova offerti dalle parti.

I divieti di discriminazione introdotti nel nostro ordinamento a più riprese, in modo un po' frammentario, trovano oggi una sistemazione organica per la parte sostanziale nei d.lgs. n. 286/98, n. 215/03, n. 216/03, n. 198/06, l. n. 67/06 e per la parte processuale nell'art. 28 d.lgs. n. 150/11. E benché non vi sia stata uniformità nel corso del tempo per quanto riguarda la disciplina della prova il riferimento obbligato è attualmente, per le discriminazioni per orientamento sessuale, l'art. 28 che dispone: "Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti da dati anche di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione...".

La formulazione della norma non è del tutto chiara, non essendo specificato quale sia il confine che segna il passaggio dell'onere della prova dall'una all'altra parte, ma poiché si tratta dell'attuazione di un principio enunciato in tutte le direttive contro la discriminazione e ritenuto fondamentale dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia per l'effettività del diritto antidiscriminatorio, è necessario attuare una interpretazione conforme e quindi una interpretazione che comporti una effettiva agevolazione probatoria per chi agisce per ottenere tutela contro una discriminazione e una inversione dell'onere a danno del convenuto.

Le direttive si esprimono nei considerando in modo simile evidenziando la necessità di un trattamento di agevolazione effettiva e, in particolare, il considerando 31, dir. 78/2000 così si esprime: "Le norme in materia di onere della prova devono essere adattate quando vi sia una presunzione di discriminazione e, nel caso in cui tale situazione si verifichi, l'effettiva applicazione del principio della parità di trattamento richiede che l'onere della prova sia posto a carico del convenuto. Non incombe tuttavia al convenuto provare la religione di appartenenza, le convinzioni personali, la presenza di un handicap, l'età o l'orientamento sessuale dell'attore". La disciplina dell'onere della prova è poi oggetto dell'art. 10: "Gli Stati membri prendono le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della 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”.

L'art. 10 della dir. e l'art. 28 del d.lgs. n. 150/11 richiamano dunque la prova per presunzioni, che viene in considerazione nelle ipotesi in cui la fattispecie concreta di discriminazione non può essere dimostrata (come invece ben potrebbe accadere) con una prova diretta, senza necessità di ricorrere all'agevolazione dell'inversione dell'onere probatorio. È conseguentemente al ragionamento presuntivo che si deve fare riferimento per risolvere il quesito di quale sia l'oggetto della inversione dell'onere della prova.

Ritiene questa Corte che vada condiviso e fatta applicazione del principio espresso dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 14206/13 coerente con le indicazioni espresse dalla Corte di giustizia (tra le altre sentenze 17.7.08, C-303/06 *Colemann*; 10.7.08 C-54/07 *Feryn*; 16.7.15 C-83/14 *Chez*).

I cardini del ragionamento per presunzioni sono delineati negli artt. 2727 e 2729 c.c. Il procedimento attraverso il quale da un fatto conosciuto si passa, sul piano logico, a ritenere provato un altro fatto non conosciuto è oggetto dell'art. 2727 cod. civ. ma non è descritto: vengono indicati solo i due poli, di partenza e di arrivo, costituiti entrambi da fatti e quindi da circostanze apprezzabili sul piano fenomenico, diverse da affermazioni di principi o regole generali.

Si tratta di un procedimento complesso che implica il passaggio attraverso le regole di esperienza richiamate dall'ultima parte dell'art. 115 cpc: nel fatto noto vengono identificati elementi caratterizzanti corrispondenti a una regola di esperienza, viene poi considerata la riferibilità di questi elementi anche al fatto ignoto o alla correlazione tra l'esistenza del fatto noto e l'esistenza del fatto ignoto e se la risposta è affermativa si ritiene provato come esistente anche quest'ultimo. Il ragionamento presuntivo si fonda quindi su massime di esperienza, sia perché le cd regole di validità generale sono fondate sull'esperienza empirica e costituiscono astrazioni dotate di particolare forza di resistenza sotto questo profilo, sia perché l'enucleazione degli elementi significativi che consentono il passaggio dal fatto conosciuto al fatto non conosciuto si fonda a sua volta su una valutazione di certezza o probabilità circa la ricorrenza di tali elementi significativi nel fatto ignoto o circa la correlazione degli stessi con la sua esistenza, secondo sempre l'esperienza empirica.

La regola espressa dall'art. 2729 cod. civ. delimita l'ambito di validità del ragionamento presuntivo. Premesso che l'oggetto della valutazione nel ragionamento presuntivo è il fatto e che la presunzione è invece il risultato di questo ragionamento qualora abbia esito positivo (art. 2727 c.c.), per le presunzioni semplici, il giudice deve basarsi su elementi di fatto che siano “gravi precisi e concordanti”.

Per precisione si intende la completezza della conoscenza del “fatto noto” per gli aspetti che lo caratterizzano sotto il profilo che interessa e che costituisce la base del ragionamento presuntivo. Il fatto base del ragionamento presuntivo deve essere allegato, conosciuto o dimostrato, nei suoi aspetti o caratteristiche essenziali in modo esaustivo.

Per concordanza si intende la corrispondenza di significato che si può trarre da ogni elemento di fatto considerato, di modo che vi sia una indicazione coerente circa l'esistenza del fatto ignoto. Per quanto riguarda questo aspetto va osservato che la giurisprudenza ha più volte sottolineato che la concordanza può e deve essere desunta attraverso l'esame incrociato dei vari elementi di fatto disponibili, in modo da individuare negli stessi, tra molteplici significati che ciascun elemento può avere, quello solo che non è incompatibile con la concomitante presenza degli altri elementi di valutazione. In altri termini se a un elemento di fatto possono essere attribuiti più significati possibili è corretto selezionare quel solo significato che è compatibile con la presenza degli altri elementi di fatto e che ne rafforza la concordanza di significato.

Il requisito della gravità, spesso svalorizzato e fatto erroneamente coincidere con la concordanza, esprime invece l'intersezione tra procedimento cognitivo e procedimento valutativo ovvero il significato che in base alle massime di esperienza viene attribuito a un fatto una volta che ne sia accertata l'esistenza.

Vi sono fatti, circostanze, comportamenti che una volta dimostrati come esistenti (aspetto fenomenico) hanno un significato immediato, per i quali l'aspetto fenomenico, il significante e il significato coincidono, senza che sia possibile la distinzione di un momento valutativo: l'esperienza empirica è per alcuni ambiti (per alcuni fatti, circostanze, comportamenti) talmente sedimentata nel suo aspetto di significato per cui vi è un automatismo nella valutazione. Gli ambiti e l'estensione di questo automatismo sono i più diversi: si spazia dalle leggi della

fisica alla percezione del corpo umano, dalla sfera emotiva alla dinamica delle relazioni interpersonali.

Al di fuori di questi casi in cui ai fatti, circostanze, comportamenti sono correlati automatismi valutativi, per i quali il giudizio di cui all'art. 2727 c.c. è in realtà una finzione, essendo possibile solo a posteriori scomporre, sul piano logico, il momento cognitivo del fatto nel suo aspetto fenomenico dal significato che a quel fatto viene spontaneamente attribuito in base alle regole di esperienza, in tutti gli altri casi nel rapporto fra procedimento cognitivo e procedimento valutativo la correlazione fra aspetto fenomenico e significato è variabile da un valore nullo a un valore massimo di quasi certezza secondo il grado di compatibilità del fatto considerato con possibili differenti cause, finalità, contingenze.

Il requisito della gravità degli indizi di cui all'art. 2729 c.c. esprime quindi l'intensità di significato del fatto noto ovvero la capacità dimostrativa del fatto noto rispetto al fatto ignoto secondo le massime di esperienza (Cass. n. 3646/04).

La prova del fatto ignoto richiede che gli elementi di fatto noti siano precisi, siano fra loro concordanti e che, unitamente considerati, siano fortemente indicativi, in base alle regole di esperienza, dell'esistenza del fatto ignoto. In altri termini il giudizio finale in cui consiste la gravità è quello della certezza o molto elevata probabilità dell'esistenza del fatto ignoto in quanto fatto maggiormente compatibile, rispetto a ogni altro, con la presenza dei fatti noti. Gli indizi non sono gravi se sono ugualmente compatibili con più fatti tra loro diversi o con diverso significato e sono quindi equivoci, con la conseguenza che in questo caso l'onere della prova non si può ritenere soddisfatto.

La regola di agevolazione dell'onere della prova per le vittime di atti discriminatori, regola nuova e originale rispetto al panorama normativo e giurisprudenziale interno, deve essere temperata con l'esigenza sottostante all'art. 2697 co. civ. e quindi con l'impossibilità di addossare al convenuto un compito particolarmente gravoso a contenuto negativo, anche nell'ottica di non consentire azioni infondate e strumentali. I considerando e gli articoli delle direttive sopra richiamate si riferiscono, come detto, al ragionamento presuntivo, ma, perché possano realizzare la finalità che si propongono di rendere effettiva l'applicazione del principio di "parità di trattamento", attraverso un agevolazione

probatoria, è necessario che l'inversione dell'onere si collochi in un punto del ragionamento presuntivo "anteriore" rispetto alla completa realizzazione di tutto il procedimento fin qui illustrato, diversamente verrebbe in ogni caso addossata a chi agisce per la tutela la prova piena del fatto discriminatorio ancorché raggiunta per via presuntiva. Nella laconicità dell'art. 28 del d.lgs. n. 150/11, argomenti interpretativi possono essere tratti dagli artt. art. 4 d.lgs. 216 e 4 d.lgs. n. 215/03 come modificati dalla L n. 101/08 a seguito di procedura di infrazione aperta per non aver attuato l'inversione dell'onere della prova (poi sostituiti dall'art. 28) e, per ragioni di carattere sistematico, dall'art. 40 del codice delle pari opportunità, non potendo ritenersi che, a fronte di direttive con contenuto precettivo analogo e con medesima ratio, si siano introdotte discipline dell'onere della prova differenti. Queste disposizioni prevedono l'inversione dell'onere quando la parte che si assume discriminata fornisce "elementi di fatto, desunti anche da elementi di carattere statistico, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori". L'idoneità dei fatti allegati a fondare la presunzione di discriminazione è dunque normativamente individuata nella "precisione" e "concordanza" delle circostanze, senza che sia necessaria la "gravità" ex art. 2729 codice civile.

Gli elementi di fatto a cui ci si riferisce devono quindi essere precisi e concordanti e avere un significato intrinseco che autorizzi a ritenere plausibile la discriminazione. Non è invece necessario che questi fatti esauriscano ogni possibile significato e siano incompatibili con una diversa conclusione. La prova semi piena a cui è abilitata la parte che si assume discriminata consiste in questo: il possibile diverso significato dei fatti allegati (e provati se contestati) deve essere dimostrato dal soggetto indicato quale autore della discriminazione. La prova della "gravità" individua e delimita l'ambito della inversione dell'onere della prova, dovendo essere il convenuto a dimostrare la presenza di altre circostanze (anteriori, concomitanti ecc.), che tolgono, neutralizzano, impediscono di attribuire ai fatti allegati il significato che viene ad essi ascritto e che è compatibile con il dato di esperienza. Se quest'onere non viene assolto, l'atto discriminatorio va ritenuto provato benché gli elementi di fatto allegati non integrino una prova piena ma lascino un margine di incertezza e quindi siano suscettibili di essere diversamente interpretati. In altri termini, il soggetto che chiede tutela ha l'onere di allegare, e se contestati di provare, fatti che possono costituire discriminazione illegittima, il soggetto che si afferma essere autore

della discriminazione ha l'onere di dimostrare che ricorrono circostanze univocamente incompatibili con quel significato, onere tanto più difficile da superare quanto più gli elementi di fatto allegati dal primo si approssimano al massimo grado di automatismo valutativo. Il requisito della "gravità" di cui all'art. 2729 cod. civ. attiene all'onere della prova del soggetto che si afferma essere autore della discriminazione, in quanto l'inversione dell'onere della prova comporta che l'assenza di univocità di significato debba essere valutata non in relazione ai fatti allegati da chi agisce per la tutela ma in relazione ai fatti che l'autore della condotta afferma essere ostativi alla configurazione di una discriminazione.

Il riferimento ai dati statistici quale fonte di prova conferma questa impostazione. La statistica esprime in termini matematici/percentuali la ricorrenza di un fenomeno e la sua correlazione con altri fenomeni non secondo valori assoluti, ma orientativi e tendenziali, pur avendo un forte valore evocativo di alta probabilità di correttezza del giudizio quando la valutazione di probabilità di correlazione tra i fenomeni considerati sia particolarmente elevata. E, contrariamente a quanto sostiene l'Istituto appellato, il ricorso a dati statistici (come del resto si desume chiaramente dalla formulazione delle direttive e dalle disposizioni di legge richiamate) è solo una delle possibili fonti di prova e non è affatto necessario e imprescindibile ai fini della prova del fatto discriminatorio.

In base ai principi enucleati si devono quindi valutare i fatti allegati e provati dalle parti, con riferimento ai motivi di impugnazione, che ripropongono peraltro tutti gli argomenti svolti in primo grado e li ripropongono sovrapponendo indistintamente, quanto ai primi tre motivi di appello incidentale, aspetti che attengono a questioni che si muovono su piani diversi. Per questa ragione le censure mosse all'ordinanza del Tribunale di Rovereto quanto alla prova della condotta discriminatoria e della sua legittimità vengono trattate secondo un ordine logico, diverso da quello proposto, coerente con il disposto normativo, distinguendo quelle inerenti alla affermazione della condotta discriminatoria dedotta da XX e dalle due associazioni (art. 2 d. lgs. n. 216/03) da quelle inerenti alla legittimità della condotta una volta ritenuta sussistente (art. 3 co. 3 e 5 d. lgs. n. 216/03).

Il fattore di rischio che è correlato al trattamento discriminatorio non è contestato: benché vi sia sempre stato il reciso rifiuto dell'insegnante di ammetterlo o negarlo per una questione di principio di assoluta tutela della propria privacy, l'Istituto afferma l'orientamento omosessuale e, quand'anche non fosse vero o

dimostrato, l'orientamento sessuale è stata la ragione per la quale, secondo l'assunto di parte appellante è stata negata la stipulazione di un nuovo contratto.

XX ha allegato: di aver lavorato per cinque anni scolastici, con contratto a tempo determinato, quale insegnante di educazione artistica per Istituto Sacro Cuore di Trento; di avere sempre ricevuto apprezzamenti per le sue capacità professionali; di avere avuto molteplici rassicurazioni, nel corso dell'anno scolastico 2013/14, sul rinnovo del contratto anche per l'anno successivo con futura trasformazione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato, una volta conseguita l'abilitazione attraverso il percorso PAS, poi in effetti conseguita il 14 novembre 2014; di essere stata convocata il 16 luglio 2014 alle ore 10.30 dalla dirigente dell'Istituto YY, per un colloquio, secondo una modalità non infrequente seguita per concordare aspetti contrattuali od organizzativi in vista del futuro anno scolastico; di essere stata ricevuta in un locale destinato ai colloqui con i genitori, diverso da quello usualmente utilizzato per colloqui con il personale docente, lontano dagli uffici; di essersi sentita chiedere di smentire "voci" sul suo orientamento sessuale e sulla sua convivenza con altra donna, venendo subordinato il rinnovo del contratto di lavoro alla smentita o all'impegno a risolvere il problema "curando" il suo orientamento affettivo. Ha poi allegato quale termine comparativo per il trattamento discriminatorio il trattamento ricevuto dal collega insegnante di musica C. F., che si era trovato nella sua stessa situazione lavorativa, che era stato confermato per l'anno successivo e poi stabilizzato una volta conseguita l'abilitazione nella primavera del 2015.

I fatti allegati sono immediatamente indicativi di una discriminazione diretta, anche ridotti al nucleo essenziale, non potendo esservi dubbio sulla natura discriminatoria della richiesta di informazioni sull'orientamento sessuale in violazione dell'art. 8 l. n. 300/70 e della subordinazione della conclusione di un contratto di lavoro (che nella fattispecie si configurava poi sostanzialmente come una prosecuzione del rapporto di lavoro) al non praticare un orientamento sessuale diverso da quello eterosessuale o all'affrontare il proprio orientamento sessuale come una malattia da curare. Si tratta di condizioni che compendiano un trattamento diverso e limitativo di diritti fondamentali, che non sarebbe mai stato imposto a un insegnante eterosessuale e da cui sarebbe stato fatto discendere un trattamento sfavorevole quanto all'accesso al lavoro (decisione di non stipulare il contratto per il successivo anno scolastico e di non consentire la prospettata stabilizzazione) poiché rifiutate. E la discriminazione, se dimostrata, si è perfezionata il 16 luglio quando il rifiuto ha determinato l'impossibilità di

verificazione della condizione a cui la stipula del nuovo contratto era stata subordinata.

Rispetto a questi fatti l'Istituto Sacro Cuore ha contestato direttamente e indirettamente, da un lato, attraverso l'allegazione di elementi inerenti l'organizzazione dell'istituto scolastico incompatibili con precedenti promesse o rassicurazioni, l'esistenza di condizioni per un affidamento sulla stipulazione di un contratto anche per l'anno scolastico successivo, con prospettive di stabilizzazione e dall'altro il contenuto del colloquio, che avrebbe avuto principalmente la finalità di verificare l'adesione dell'insegnante al progetto educativo. Ha contestato inoltre la comparabilità della diversa posizione dell'insegnante C. F. e infine ha allegato quale ragione legittima di discriminazione (art. 3 co. 3 e 5 d.lgs. n. 216/03) il carattere religioso dell'istituto scolastico e l'impegno contrattuale ad attuare il correlato progetto educativo.

Più dettagliatamente per quanto riguarda la sussistenza materiale della condotta discriminatoria con l'impugnazione incidentale si lamenta che non siano state adeguatamente valutati dal giudice di primo grado l'obbligo per l'Istituto di assumere sulla stessa cattedra l'insegnante abilitata che nel frattempo aveva presentato una domanda di assunzione, l'assenza di una domanda scritta per la propria riassunzione da parte di XX e il reale contenuto delle dichiarazioni rese nell'interrogatorio libero dalle parti, dalle quali sarebbe emerso che l'oggetto del colloquio non era stato quello allegato dall'insegnante.

Così delineate le due diverse prospettazioni in fatto, reputa la Corte che i fatti allegati da XX, ritenuti provati dal Tribunale e nemmeno contestati se si eccettua il contenuto esatto del colloquio, siano precisi e concordanti: la convocazione ad anno scolastico terminato e a contratto scaduto non è contestata ed è sufficientemente indicativa secondo la comune esperienza della finalizzazione a un colloquio di contenuto lavorativo; l'immediata reazione dell'insegnante, il giorno stesso, di ricorso al sindacato per essere tutelata è indicativa di un colloquio nel corso del quale è stato discusso il suo futuro lavorativo con esiti per lei negativi; la circostanza che l'esito negativo del colloquio sia avvenuto in relazione a un rapporto di lavoro già "in corso" da cinque anni e rispetto al quale non era in precedenza stato svolto alcun rilievo sulla attività didattica è indicativa di un fatto sopravvenuto non attinente alla qualità della stessa. Queste circostanze unitamente considerate rendono del tutto plausibile che il contenuto

del colloquio sia stato quello allegato dalla appellante e quindi la correlazione del diniego di un nuovo contratto all'orientamento sessuale.

Era quindi a carico dell'Istituto appellato l'onere di dimostrare circostanze incompatibili con il fatto di discriminazione dedotto dall'insegnante ossia incompatibili con il contenuto o il significato del colloquio allegato dall'insegnante (i.e. correlazione della decisione di non stipulare il contratto con l'orientamento sessuale).

Gli elementi offerti dall'appellato sono invece, come già ritenuto dal Tribunale di Rovereto, contraddittori, incongruenti e soprattutto incompatibili con i documenti prodotti dalle parti e sugli stessi, per le ragioni che si vanno ad esporre, non può essere ammessa alcuna prova testimoniale, rispetto alla quale, peraltro, contrariamente a quanto sostenuto nell'appello principale, non si è verificata alcuna rinuncia o decadenza per aver concluso l'Istituto in primo grado chiedendo che la causa venisse decisa con accoglimento delle eccezioni preliminari.

La vicenda ha avuto ampia risonanza sulla stampa e nella informazione radiofonica e televisiva locale e nazionale, subito dopo il fatto, e YY (suor E.), direttrice responsabile e legale rappresentante dell'Istituto, ora deceduta, ha, nell'immediatezza e nei mesi successivi, firmato comunicati, rilasciato interviste e risposto con precise dichiarazioni alle domande che le sono state rivolte nel corso dell'istruttoria aperta dalla Provincia Autonoma per accertare quanto accaduto e verificare la sussistenza dei requisiti per mantenere la parità scolastica dell'Istituto. Ritiene quindi la Corte che queste dichiarazioni e quelle virgolettate delle interviste rilasciate a vari soggetti e organi di stampa, mai smentite, possano essere utilizzate come prova delle circostanze rilevanti ai fini della decisione (art. 2735 cod. civ.Cass. 4608/00, 3989/03, 12463/03).

YY dopo una precisazione nel comunicato in data 17.7.14 con la quale si è smentito che vi fosse stato un licenziamento (trattandosi di un contratto a termine scaduto) in risposta al modo scorretto con il quale era stata diffusa la notizia della discriminazione per orientamento sessuale, ha dichiarato in successione agli organi di stampa: che non c'era disponibilità di ore (ribadita anche nel comunicato del 21.7), che il suo intento nel colloquio era solo quello di informarsi se l'insegnante avesse problemi personali o vivesse con serenità la sua situazione (formandosi quindi l'opinione per come si era svolto che fosse

una persona non serena e problematica), che l'Istituto non discriminava nessuno avendo accolto la domanda di iscrizione di due bambini figli di due papà, che l'insegnante aveva introdotto in modo improprio argomenti di natura sessuale nelle classi del corso delle medie inferiori creando turbamento tra i giovani allievi (v. doc. 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 25, 29, 30, 32 e file audio dichiarazioni a TGR Trenino prodotti dagli appellanti). Ha inoltre in altre interviste riconosciuto che l'attività didattica dell'insegnante era stata sempre apprezzata, ma che l'orientamento sessuale era condizione rilevante per una scuola cattolica, tenuto conto della tipologia delle famiglie che iscrivevano i propri figli presso l'Istituto, che un insegnante omosessuale secondo la sua opinione non poteva essere messo vicino ai bambini e che l'omosessualità avrebbe potuto essere tollerata se vissuta con discrezione (doc. 26, 27, 28).

Le dichiarazioni rese nell'istruttoria svolta dalla Provincia, in risposta a precise domande e mirate al solo fatto rilevante della discriminazione, confermano da un lato che l'insegnante era apprezzata per l'attività didattica e che per questo motivo le era stata prospettata per l'anno successivo l'assegnazione anche di ore nel corso delle superiori, dall'altro che il colloquio del 16 luglio aveva avuto per oggetto l'orientamento sessuale di XX al fine di “fugare alcuni dubbi su voci sentite sul conto dell'insegnante nello specifico sull'esistenza di una compagna” e che, per il rifiuto indignato e veemente dell'insegnante di dare informazioni sul suo orientamento sessuale, la direttrice si era rafforzata nel convincimento “che si trovava di fronte a una persona con problemi...che si poteva intravedere una difficoltà anche rispetto al ruolo di educatore”. Dalla verbalizzazione dell'istruttoria risulta inoltre che, alla domanda su quale sarebbe stata la posizione della scuola se l'insegnante avesse confermato la propria omosessualità, YY ha risposto di condividere il pensiero di Ratzinger secondo il quale “la tendenza omosessuale è un disordine oggettivo e richiama una preoccupazione morale” ragione per la quale “non è ingiusta discriminazione tenere conto della tendenza sessuale...nell'assunzione di insegnanti”, considerato che la scuola nella persona dell'insegnante/educatore propone e attua un progetto educativo cristiano.

La diversità delle versioni rese in successione sulla finalità del colloquio o sulle ragioni dell'Istituto, l'incongruenza e la contraddittorietà delle stesse (un colloquio disposto per aiutare l'insegnante e darle altre possibilità di lavoro, ma in assenza di ore di insegnamento disponibili; la volontà di non discriminare ma con la convinzione che una persona omosessuale non potesse essere un buon

insegnante per i bambini e che fosse corretta la scelta di non confermarla; la rilevanza dell'omosessualità ma solo se non vissuta con discrezione) e l'aperta ammissione che l'oggetto del colloquio era stato l'orientamento sessuale dell'insegnante, come da subito riferito da XX, impediscono di ritenere provati elementi precisi, gravi e concordanti che indichino che nel colloquio non fosse stata posta quale condizione per il rinnovo del contratto quella della smentita della omosessualità o della assunzione di iniziative per “risolvere il problema”, condizione, per quanto già detto, oggettivamente discriminatoria.

Nessun argomento in senso contrario può essere tratto, come si sostiene con l'appello incidentale, dal libero interrogatorio delle parti, nel corso del quale XX ha riferito coerentemente la sua versione del colloquio avuto con suor E. e nel corso del quale la nuova rappresentante legale dell'Istituto, essendo nel frattempo YY deceduta, non ha potuto fare altro che spiegare quali siano le prassi e la posizione della scuola in via del tutto generale sulle procedure di assunzione, essendo sostanzialmente venuta a conoscenza della vicenda solo attraverso la stampa.

L'Istituto contesta di avere in ogni caso trattato XX “meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga” a causa dell'orientamento sessuale deducendo, quali ragioni comunque ostative a un nuovo contratto, non adeguatamente considerate dal giudice di primo grado, l'omissione della domanda scritta per la riassunzione, la mancanza della abilitazione quale condizione per l'assunzione a tempo indeterminato, la durata dei precedenti rapporti a termine da non abilitata pari a 53 mesi che avrebbe determinato il superamento, con un nuovo contratto, del limite massimo consentito dal contratto collettivo, con trasformazione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato senza abilitazione o con possibili sanzioni nei confronti della scuola e l'obbligo per la scuola di assumere l'insegnante abilitata che nel frattempo aveva presentato domanda.

Omissis. — L'appellante principale ha allegato quale trattamento di comparazione quello del collega C. F., insegnante di musica, che trovandosi nella sua stessa situazione di precedenti rapporti a termine e di conseguimento della abilitazione nei mesi successivi è stato riassunto, nonostante la prossima scadenza dei 60 mesi, e stabilizzato a seguito della abilitazione (conseguita oltretutto mesi dopo rispetto all'appellante). I fatti non sono contestati, la diversità di situazione dei due insegnanti dedotta dall'appellato/appellante incidentale

sotto il profilo della esistenza di una domanda di riassunzione da parte di C. F. e della inesistenza di domande di insegnanti abilitati sulla sua cattedra è, per quanto appena esposto, insussistente e conseguentemente i fatti impeditivi fin qui esaminati sono irrilevanti e la discriminazione per orientamento sessuale va ritenuta provata.

L'Istituto Sacro Cuore censura, in particolare con il secondo motivo di impugnazione, l'erronea valutazione di circostanze che dovrebbero dimostrare l'inidoneità di XX a insegnare in un Istituto religioso cattolico, soprattutto nella scuola media inferiore, in quanto significative di comportamenti (convivenza con altra donna) e opinioni in materia di morale sessuale ed etica della famiglia non compatibili con il progetto educativo offerto dall'Istituto e accettato dall'insegnante. Si tratta di circostanze che paiono essere riferite e che comunque appaiono pertinenti all'art. 3 commi 3 e 5 d.lgs. n. 216/03 (l'onere della sussistenza delle quali è interamente a carico del soggetto che si afferma autore della discriminazione), sotto il profilo del perseguimento di una finalità legittima e della mancanza di un requisito essenziale e determinante, secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza (comma 3) per l'esecuzione della prestazione o un requisito essenziale, legittimo e giustificato (comma 5) ai fini dello svolgimento della attività di insegnamento nel contesto della scuola gestita da un ordine religioso cattolico.

Partendo dalle fonti di conoscenza, che avrebbero una loro autonoma rilevanza per giustificare l'intervento e le decisioni della direttrice, sostiene l'Istituto che a Suor E. sono state riportate da genitori "voci" circa la convivenza di XX con una compagna, la sua omosessualità e l'esposizione durante le lezioni di sue opinioni contrarie ai principi che le famiglie si aspettano vengano insegnati in una scuola religiosa come il Sacro Cuore. Queste lamentele/rimostranze/segnalazioni sarebbero state riferite alla direttrice anche da due ex docenti della scuola che le avrebbero a loro volta ricevute da conoscenti.

In merito vanno svolti due ordini di considerazioni, che si muovono su piani diversi, ma che portano entrambi ad escludere la rilevanza di queste allegazioni.

Un primo ordine di considerazioni attiene alla incidenza che questa circostanza può avere sulla legittimità di una differenza di trattamento nell'accesso al lavoro basata sull'orientamento sessuale o sulla professione di determinate convinzioni personali che siano reputate essenziali al fine dello svolgimento della attività di

insegnamento nell'Istituto in quanto istituto religioso. Questa incidenza non può che esser nulla, non corrispondendo alla finalità della normativa cogente di divieto di discriminazione per i fattori di rischio indicati nel d.lgs. n. 216/03, di attuazione della dir. 2000/78/CE, una interpretazione che fonda la valutazione circa l'esistenza di una ragione legittima sulla opinione, per quanto condivisa all'interno dell'utenza della scuola, della giustificazione della discriminazione qualora la discriminazione non sia oggettivamente giustificata dalla natura della attività da svolgere in relazione al contesto in cui deve essere svolta. Al contrario, lo scopo del diritto antidiscriminatorio è esattamente quello della prevenzione e rimozione di trattamenti differenziati sfavorevoli in ragione di fattori di rischio che risultano essere nei più vari contesti sociali, anche per radicate convinzioni, causa di discriminazioni oggettivamente non giustificate. Da ciò consegue che la discriminazione attuata o è in sé legittima ex art. 3 co. 3 o 5 cit. oppure è vietata e le circostanze dedotte in ordine a lamentele, segnalazioni, espressioni di riprovazione provenienti dai genitori degli alunni sono irrilevanti (risolvendosi anzi il seguito dato dall'Istituto in una ulteriore accentuazione di uno stigma illecito).

Un secondo ordine di considerazioni attiene invece alla ammissibilità della prova testimoniale dedotta su queste circostanze, che sarebbero dirette oltre che a dimostrare la reazione di alcuni genitori (che compendierebbe il pubblico scandalo rispetto alla convivenza con una compagna) anche un comportamento non consono e incompatibile rispetto al progetto educativo della scuola. L'ammissibilità va esclusa sia per l'irrilevanza delle circostanze sotto il profilo appena esaminato (lamentele), sia per il contenuto di queste deduzioni prive di indicazioni in ordine al tempo, al luogo, alla identità dei genitori e degli allievi che si sarebbero lamentati o sarebbero rimasti turbati, nonché al tempo al luogo e al contenuto delle condotte che sarebbero state tenute da XX. Non è ammissibile una prova testimoniale "de relato" su voci correnti senza identificare la fonte di queste "voci" e le circostanze specifiche sulle quali quelle "voci" si sarebbero espresse (cfr anche la genericità delle precisazioni rese a verbale ex art. 244 cpc all'udienza del 22.3.16).

Va poi osservato che in realtà le generiche affermazioni di condotte incompatibili con il progetto educativo e con la natura religiosa dell'Istituto sono ridotte all'interno della stessa narrazione dell'appellato a tre episodi specifici (richiamati attraverso le istanze istruttorie con riferimento ai capitoli dedotti in primo grado),

nessuno dei quali riguarda discorsi, affermazioni o lezioni tenute da XX nelle classi delle scuole medie inferiori.

Passando agli argomenti svolti per evidenziare l'incompatibilità con il progetto educativo della scuola (doc. 2 appellato/appellante incidentale), al quale con il contratto di lavoro l'appellante aveva dichiarato di aderire (doc. 4 e 5 appellato/appellante incidentale) va rilevato che esso contiene una serie di affermazioni sulla relazione educativa, la sua reciprocità, il rispetto reciproco che la fonda, il rispetto per la diversità, l'assunzione di responsabilità, il rispetto delle regole, la corresponsabilità educativa genitori/docenti, la costruzione della identità personale e così via da tutti e del tutto condivisibili. Questi principi e scopi sono declinati autonomamente quale corpo centrale del progetto mentre il riferimento alla natura religiosa della scuola (al punto "Il pensiero della fondatrice Santa Teresa Verzeri") è circoscritto ("L'Istituto... è una comunità educante cattolica ispirata alla parola e all'esperienza della fondatrice"), al collegamento con la necessità di insegnare con l'esempio più che con le parole, favorendo una crescita individuale armoniosa ciascuno secondo le proprie positive inclinazioni, basata sul riconoscimento del proprio valore, sulla formazione della coscienza, sulla ricerca della verità, sull'apertura alla trascendenza. Il modello che viene proposto (punto "Il patto di corresponsabilità") è esplicitamente quello fondato sull'"appartenenza ad un gruppo costruttivo, che valorizza i diversi punti di vista, le differenti inclinazioni e capacità mettendole in relazione proficua con quelle degli altri, accoglie le differenze e gestisce le conflittualità".

Non vi è quindi nel progetto educativo, accettato dall'insegnante, alcuna richiesta di appartenenza confessionale alla chiesa cattolica e di adesione alle regole del catechismo quale tratto caratterizzante e il progetto educativo non ha alcun profilo per il quale si possa affermare che tale appartenenza confessionale e la stretta osservanza, escluso ovviamente che per l'insegnamento della materia di religione, siano necessarie per la sua fedele attuazione (a prescindere da ogni considerazione sulla legittimità di una simile condizione). L'educazione "religiosa" (intesa in senso lato e non come materia specifica) è inserita in un progetto complessivo che si caratterizza per principi e contenuti che non richiedono per essere condivisi e attuati una appartenenza confessionale e nemmeno, come sostiene l'appellato/appellante incidentale, la pratica dei principi del catechismo della Chiesa cattolica. L'art. 19 del contratto collettivo, che viene invocato a conforto, non prevede affatto né l'appartenenza confessionale, né, come invece sostiene l'Istituto, la possibilità di distinguere tra una vita privata del tutto non

sindacabile dal datore di lavoro e scelte di vita privata che diventino note anche nel contesto sociale in cui l'insegnante vive e per questo motivo sindacabili: il contratto collettivo richiede unicamente la collaborazione "alla realizzazione di detto indirizzo educativo in aderenza con i principi cui si ispira l'Istituzione". Il criterio è quindi quello della collaborazione coerente nell'ambito dell'attività di insegnamento e non esorbita in valutazioni di comportamenti strettamente privati.

L'Istituto ha poi allegato sempre sotto questo profilo tre episodi dai quali si dovrebbe desumere che XX ha convinzioni personali connesse al suo orientamento sessuale non compatibili con il progetto educativo e ha tenuto condotte con esso non coerenti in ambito lavorativo.

La prima contestazione (peraltro mai avanzata nel corso del rapporto di lavoro), riguarda il disappunto che sarebbe stato espresso a un ex docente dell'Istituto per il fatto che la scuola invitasse il Movimento per la vita, nota associazione cattolica con posizioni radicali in materia di aborto e eutanasia, a parlare agli studenti. Si tratta di una opinione personale rispetto alla funzione educativa che può essere affidata a un movimento radicale, espressa in ambito del tutto privato, fuori dal contesto scolastico, che non si vede sotto quale profilo possa essere incompatibile con il Patto Educativo appena riportato.

La seconda contestazione riguarda il parere richiesto all'insegnante dalla preside della scuola in ordine ai testi, da destinare alle classi di ogni grado del corso scolastico, predisposti dall'Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali istituito presso il Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri per il progetto "Educare alla diversità a scuola" (il caso, che ha occupato le cronache dei giornali, è stato oggetto di polemiche e ha portato il Ministero a ritirare la proposta a seguito delle proteste della stampa cattolica e di alcune associazioni di genitori). Nell'occasione l'insegnante ha espresso un parere positivo circa il modo in cui i testi spiegavano correttamente l'affettività in relazione alla possibile diversità di orientamento sessuale, ma ha anche rappresentato (circostanza questa non riportata dall'Istituto) che non le parevano appropriati rispetto all'impostazione e all'utenza della scuola gestita dall'Istituto (file audio Radioanch'io).

Anche questa contestazione non appare dunque in alcun modo confliggente con il Patto Educativo, né per quanto riguarda il parere professionale esplicitamente

richiesto e dato in relazione all'affidamento dello specifico incarico da parte della preside di valutare i testi inviati per il corso scolastico delle medie inferiori (cfr file audio Radioanch'io e dichiarazioni di YY nell'istruttoria svolta dalla Provincia) con il quale è stato espresso un giudizio positivo sul contenuto didattico rispetto allo scopo perseguito con il progetto (e che i testi ponessero una correlazione tra fede cattolica e odio omofobico è una asserzione dell'Istituto del tutto priva di riscontro), né, tanto meno, per quanto riguarda la perplessità sull'introduzione di quei testi nelle scuole dell'Istituto. Sotto il primo profilo va osservato che si è trattato di una attività strettamente professionale richiesta e che non ha in alcun modo interferito con la didattica nelle ore di insegnamento, sotto il secondo profilo va sottolineata caso mai la "fedeltà" alla impostazione della scuola.

La terza contestazione riguarda la discussione avvenuta in una quinta classe delle superiori, durante una supplenza, discussione iniziata dagli studenti in relazione all'assegnazione del compito di realizzare una fotografia su un tema a scelta di rilievo sociale, portato a termine da alcuni di loro con la rappresentazione di una copia omosessuale con un bambino. Si sarebbe trattato di una discussione accesa nel corso della quale XX avrebbe contrastato l'opinione degli studenti contrari alla adozione da parte di coppie omosessuali. Dando per ammessi i fatti così come narrati dall'Istituto, la contestazione si risolve nell'aver l'insegnante espresso una opinione diversa da quella preferita dall'Istituto medesimo, non essendo seriamente sostenibile che possa essere contraria a un qualsiasi progetto educativo una discussione con quei contenuti intervenuta con soggetti maggiorenni, titolari del diritto politico di voto, rispetto a un tema oggetto di discussione in Parlamento (da notare che l'Istituto non rappresenta nemmeno in modo compiuto quale sia stato il contenuto delle opinioni espresse dall'insegnante con riferimento alle ragioni per le quali si sarebbe dichiarata favorevole all'adozione).

Ed è in definitiva questo, una volta escluso che siano state tenute condotte incompatibili o non coerenti con il progetto educativo, il vero nucleo delle difese dell'appellato/appellante incidentale ovvero la legittimità, in quanto Istituto di ispirazione religiosa cattolica, di scelte del personale insegnante fondate sulla discriminazione per orientamento sessuale, essendo connesse all'omosessualità convinzioni personali contrarie alla concezione dell'ordine morale propugnata dall'ordine religioso che gestisce la scuola (si tratta di un argomento proposto con tale forza negli atti che la Corte non può esimersi dall'affrontarlo).

Si tratta innanzi tutto di una affermazione che non distingue tra orientamento affettivo, regole di comportamento sessuale e i principi fondamentali di etica sociale e di relazione a cui è ispirato il progetto educativo e si tratta in secondo luogo di una affermazione suggestiva non essendovi alcuna necessaria correlazione tra l'una e l'altra cosa (a meno di ritenere che la persona omosessuale non possa avere fede religiosa e che le regole di comportamento sessuale compendino la concezione dell'ordine morale della religione cattolica ed escludano dalla comunità cattolica la persona omosessuale che vive il proprio orientamento affettivo). Non risulta poi nemmeno dedotto che sia mai stato chiesto agli insegnanti eterosessuali l'adesione confessionale alla religione cattolica, alle sue regole di comportamento sessuale o alla sua concezione della famiglia e del matrimonio quale condizione per la loro assunzione, con conseguente mancanza di prova di un trattamento uguale e non meno favorevole connesso all'orientamento sessuale. L'insistenza sulla differenza tra la pratica privata di condotte sessuali difformi da quelle imposte dalle regole della religione cattolica e il fatto notorio di tale pratica non può inoltre che fondare serie perplessità, considerato che se dall'inosservanza di quelle regole dovesse derivare automaticamente una incompatibilità con il progetto educativo in ragione delle convinzioni personali che implicano non si vede quale differenza potrebbe fare la conoscenza della condotta da parte del contesto sociale.

E si tratta in ogni caso di una pretesa di discriminazione che non trova fondamento nell'ordinamento scolastico in cui l'Istituto è inserito, ragione questa del tutto dirimente e che assorbe ogni altra.

L'Istituto richiama a fondamento della propria tesi tre precedenti giurisprudenziali, che questa Corte ritiene non pertinenti.

La sentenza n. 12530/91 della Corte di Cassazione non può essere un precedente di riferimento se non altro perché resa antecedentemente all'entrata in vigore della dir. 2000/78/CE e del decreto legisl. n. 216/03, l'interpretazione del cui art. 3 è oggetto della controversia.

Le due sentenze della Corte EDU 23.9.10 Obst contro Germania e 3.2.11 Siebenhaar contro Germania si riferiscono rispettivamente a una comunità religiosa della Chiesa Mormone e a una comunità religiosa protestante costituita da una comunità parrocchiale ente gestore di un giardino per l'infanzia. Nel primo caso il sig. Obst era rappresentante della comunità quale responsabile

delle pubbliche relazioni, nel secondo caso la sig. ra Siebenhaar era un'insegnante che aveva aderito a un credo religioso i cui "dogmi" erano incompatibili con quello della comunità protestante. I presupposti delle due pronunce, rese tra l'altro l'una sulla base normativa dell'art. 11 e l'altra sulla base normativa dell'art. 9 della Convenzione (e non dunque con riferimento all'art. 14), sono quindi diversi e non estensibili, nemmeno per analogia, al caso in esame.

L'Istituto Sacro Cuore non è infatti una comunità religiosa (e benché si insista nel richiamo alla legge n. 121/85 non si specifica mai sotto quale profilo debba venire in rilievo in questa controversia), ma è una scuola paritaria ex L. n. 62/00 gestita da un ordine religioso. Quale scuola paritaria fa parte del sistema nazionale di istruzione e quale scuola gestita da un ordine religioso gode della libertà di cui al comma 4 dell'art. 33 della Costituzione di orientamento culturale e di indirizzo pedagogico-didattico, ma nel rispetto degli altri principi di libertà garantiti dalla Costituzione dello Stato italiano (art. 1). Le scuole paritarie, che usufruiscono di finanziamenti pubblici e sono abilitate al rilascio di titoli aventi valore legale, svolgendo un servizio pubblico devono ricevere le iscrizioni di tutti gli studenti che accettino il progetto educativo, devono consentire l'esonero degli studenti che lo desiderino dalle attività extra-curricolari che presuppongono o esigono l'adesione ad una determinata ideologia o confessione religiosa, devono attuare un progetto educativo in armonia con i principi della Costituzione (art. 1).

Essendo dunque questo il contesto in cui deve essere svolta l'attività, va innanzi tutto valutato se rispetto al medesimo un determinato orientamento sessuale dell'insegnante possa essere richiesto quale requisito essenziale, determinante, secondo principi di proporzionalità e ragionevolezza per lo svolgimento dell'attività lavorativa (art. 3 comma 3). E la risposta non può che essere negativa. Non si vede sotto quale profilo l'orientamento sessuale dell'insegnante, così come la sua vita privata, possano avere rilevanza nell'insegnamento della materia di educazione artistica in una scuola paritaria ancorché gestita da un ordine religioso. L'armonia con i principi costituzionali, compresi l'art. 21 e l'art. 3, declinato quest'ultimo in senso esplicitamente antidiscriminatorio dall'art. 21 Carta di Nizza, implica che la libertà di orientamento culturale e di indirizzo pedagogico-didattico riconosciuta alle scuole paritarie non possa comportare anche la libertà di attuare discriminazioni per l'accesso al lavoro in base a fattori estranei alla qualità della prestazione lavorativa richiesta. La discriminazione legittima ex art. 3 comma 3 d. lgs. n. 216/03, quale eccezione al divieto di discriminazione, non può che essere di stretta interpretazione e applicazione e

ad avviso di questa Corte non può sicuramente trovare applicazione nel caso in esame, nel quale nemmeno sono indicati gli aspetti per i quali l'insegnamento delle materie artistiche implicherebbe quale requisito essenziale un determinato orientamento sessuale (la stretta interpretazione si impone inoltre e a maggior ragione anche in considerazione dei dubbi avanzati da parte della dottrina sulla corretta trasposizione di questa parte della dir. per la generica formulazione della eccezione atteso che il considerando 23 prevede che i casi di eccezione debbano essere indicati nelle informazioni trasmesse dagli Stati alla Commissione).

Non possono nemmeno essere invocate le ragioni legittime di cui all'art. 4.2 della dir. e all'art. 3 comma 5 del d.lgs. n. 216/03 che autorizzano differenze di trattamento basate sulla religione o sulle convinzioni personali qualora "requisito essenziale, legittimo e giustificato" per lo svolgimento dell'attività lavorativa, per la natura delle attività professionali svolte da detti enti o organizzazioni o per il contesto in cui esse sono espletate, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione. L'attività professionale dell'Istituto è l'attività scolastica di scuola paritaria, l'attività lavorativa all'interno della scuola è l'insegnamento delle materie artistiche, l'etica della organizzazione rispetto alla attività scolastica è quella del progetto educativo sopra illustrato: non sono quindi ravvisabili ragioni, per quanto fin qui osservato, di incompatibilità dell'insegnante con la fedeltà all'etica della scuola. Inoltre, non solo nel caso in esame non può essere integrato il presupposto del "requisito essenziale, legittimo e giustificato" per lo svolgimento dell'attività lavorativa, ma l'eccezione ex art. 3 comma 5 (che si applica tenuto conto delle disposizioni e dei principi costituzionali degli Stati membri, nonché dei principi generali del diritto comunitario) non può essere invocata perché, secondo quanto disposto dalla dir., non può giustificare una discriminazione basata su altri motivi diversi da quelli di religione o convinzioni personali (e dunque sull'orientamento sessuale). E benché questa precisazione non sia riprodotta nel decreto 216, la stessa si deve ritenere implicita nel comma 5 dell'art. 3, sia in virtù dell'obbligo di interpretazione conforme, sia in quanto direttamente inerente alla realizzazione della finalità perseguita con la dir..

La differente conclusione, che l'Istituto ha sostenuto strenuamente deducendo sostanzialmente che l'orientamento sessuale dell'insegnante e la sua vita privata implicano convinzioni personali incompatibili con un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'etica della scuola e del suo progetto educativo (così reintroducendo attraverso un motivo di discriminazione in astratto consentita un

diverso motivo di discriminazione), è fondata, come detto, su argomenti non condivisibili e su circostanze prive di fondamento: il progetto educativo della scuola non implica alcuna adesione confessionale e pratiche di stretta osservanza e l'insegnante non ha mai tenuto condotte professionali infedeli o anche solo incoerenti con il progetto e con l'etica che lo ispira. — Omissis.