

Le discriminazioni nella giurisprudenza delle Alte Corti

Descrivere per quanto sinteticamente l'utilizzo del paradigma antidiscriminatorio nella giurisprudenza nazionale di legittimità significa, mi sembra, dire di un percorso assai accidentato e mai mainstream, anzi sempre marginale rispetto, non solo ai grandi temi sui quali si è esercitata la funzione nomofilattica della Corte (il che mi sembra indiscutibile), ma più generalmente rispetto alle tecniche normative di tutela dei diritti utilizzate dai giudici di legittimità.

E' un fatto invero che le occasioni di concreta applicazione del diritto antidiscriminatorio in sede di legittimità possono contarsi sulle dita di due o forse di una mano, a parte i casi di discriminazione per motivi sindacali, essi tuttavia sempre decisi in relazione alla sola normativa nazionale di tutela fino al leading case delle mancate assunzioni dei lavoratori FIOM.

I motivi di questa marginalità del diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza nazionale sono probabilmente vari.

In primo luogo mi sembra il fatto della superfluità (ritenuta, ma forse almeno in molti casi anche effettiva) della garanzia contro le discriminazione finché i diritti dei lavoratori sono stati presidiati da un organico impianto di tutele che vorrei chiamare, senza alcuna pretesa dogmatica, universali, con questo termine intendendo le garanzie assicurate in via generale al lavoratore in quanto tale, in forza di norme inderogabili che costituiscono lo strumento normativo a mezzo del quale il legislatore ha inteso attribuire rilievo giuridico alla disuguaglianza sostanziale di due attori negoziali (il lavoratore ed il datore di lavoro) formalmente, come è ovvio, uguali davanti alla legge.

Una conferma di questa pedestre osservazione viene, mi sembra, dalla nostra esperienza di pratici: non si è mai parlato tanto di discriminazione nelle aule di giustizia come dopo l'entrata in vigore della riforma Fornero, che ha cambiato poco del licenziamento discriminatorio, ma moltissimo di tutto il resto.

Ma forse non è solo questo (che peraltro non sarebbe poco).

Mi sembra infatti che in via più generale la marginalità del ricorso alla tutela antidiscriminatoria nella giurisprudenza nazionale dipenda anche dalla profonda alterità di questa tecnica di tutela dei diritti rispetto proprio a quel sistema di garanzie fondate sullo strumento della norma inderogabile che è stato il panorama normativo della nostra formazione di giuslavoristi.

Alterità in primo luogo quanto alle rispettive radici culturali, poiché la tutela antidiscriminatoria dei lavoratori e delle lavoratrici di fonte europea nasce, come è fin troppo noto, a fini di tutela del mercato (del lavoro come merce tra altre merci), per garantirne il regolare funzionamento, salvaguardando la libera circolazione dei lavoratori e impedendo effetti di dumping sociale (in questo senso l'origine del principio di parità retributiva tra uomini e donne contenuto già nell'originaria versione del Trattato), un'origine che dice di un rapporto anche complesso con il principio dell'art. 3 della Costituzione, la cui ispirazione è senz'altro diversa.

Ora è certamente un fatto che il diritto antidiscriminatorio abbia progressivamente ampliato nel diritto dell'Unione, anche per il tramite fondamentale della giurisprudenza della Corte di Giustizia, non solo l'area della sua applicazione (in ragione dell'individuazione di nuovi fattori di protezione oltre l'archetipo della differenza di genere, tali da individuare non solo condizioni innate, come la razza o l'età, ma anche scelte di vita), ma più ancora e prima il suo contenuto valoriale, dichiaratamente ancorandolo ai diritti fondamentali della persona.

Tuttavia mi sembra altrettanto certo che nel paradigma antidiscriminatorio, come costruito dalle direttive di seconda generazione, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e da ultimo dalla Carta di Nizza, il focus della tutela in materia lavoristica si sposta comunque significativamente: dal lavoratore in quanto tale, come parte debole di un rapporto in effetti disuguale ed insieme attore di un conflitto necessario e per certi versi fondativo delle moderne democrazie industriali, al lavoratore in quanto persona (human being), portatore di alcuni caratteri propri (sia perché innati o comunque correlati alla persona indipendentemente da sue manifestazioni di volontà, come il genere, la razza e l'origine etnica, l'handicap, sia perché responsabilmente scelti, come la religione o le opinioni politiche) che la legge sceglie di proteggere a fronte di trattamenti deteriori socialtipici, e quindi irriducibili a singoli comportamenti riprovevoli.

Ed ancora la profonda diversità di questo modello di protezione dei diritti rispetto a quello per noi giudici del lavoro usuale è evidente anche sul piano strutturale.

La nozione classica di tutela antidiscriminatoria, ancor oggi prevalente in dottrina si costruisce infatti, con la peculiarità delle fattispecie delle

molestie¹, su di un modello tipicamente relazionale: si incentra cioè sulla parità di trattamento e sul divieto di trattamenti deteriori in dipendenza di **specifici** fattori di protezione e così che il proprium di questa tecnica di protezione dei diritti (o almeno la sua ricostruzione prevalente) è rappresentato dalla comparazione tra diversi soggetti (seppure nel senso complesso che emerge dalla più recente evoluzione del diritto dell'Unione che ha portato ad una dematerializzazione del tertiumcomparationis) sulla base di un fattore di protezione, individuato tra quelli specificamente previsti.

Ora non può negarsi che una simile tecnica normativa si confronti, nella pratica giudiziale, con la tendenziale diffidenza, nostra, della giurisprudenza a misurarsi con valutazioni comparative fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, come reso evidente dal difficile cammino nel nostro ordinamento del principio di parità di trattamento in materia di lavoro e dall'uso in fatto modesto del principio di buona fede contrattuale quale strumento di sindacato delle scelte datoriali implicanti comunque la comparazione tra le posizioni di più lavoratori (nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo come nelle progressioni di carriera).

Un self restraint alimentato non inverosimilmente dalla convinzione che, in mancanza di regole predeterminate a disciplinare la comparazione, il sindacato giudiziale sulla scelta potrebbe invadere l'area del potere organizzativo del datore di lavoro ed essere affidato alle opzioni di valore dell'interprete.

E che, per quanto qui interessa, finisce per rendere l'accertamento della discriminazione nella giurisprudenza nazionale di legittimità assai simile,

¹nella quale la relazione tra fattore di protezione e trattamento deterioro è presunta dalla legge; cfr. ad esempio il disposto dell'art. 26 del D.Lvo 198/2006 a norma del quale "sono considerate come discriminazioni anche le molestie, ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per ragioni connesse al sesso, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo. Sono, altresì, considerate come discriminazioni le molestie sessuali, ovvero quei comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo.

Sono, altresì, considerati come discriminazione i trattamenti meno favorevoli subiti da una lavoratrice o da un lavoratore per il fatto di aver rifiutato i comportamenti di cui ai commi 1 e 2 o di essersivi sottomessi.

Gli atti, i patti o i provvedimenti concernenti il rapporto di lavoro dei lavoratori o delle lavoratrici vittime dei comportamenti di cui ai commi 1 e 2 sono nulli se adottati in conseguenza del rifiuto o della sottomissione ai comportamenti medesimi. Sono considerati, altresì, discriminazioni quei trattamenti sfavorevoli da parte del datore di lavoro che costituiscono una reazione ad un reclamo o ad una azione volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne"

nella sua struttura e nei suoi esiti, a quello di un vizio della volontà.

E' noto infatti come la giurisprudenza nazionale allo stato prevalente² affermi in materia di lavoro una nozione aperta e non tassativa dei diversi fattori di discriminazione operando una sostanziale assimilazione, quanto meno sul piano lessicale, tra atto (in genere nella prassi applicativa il licenziamento), discriminatorio e atto fondato su di un motivo illecito determinante ex art. 1345 c.c.

Una ricostruzione questa che se ha il merito di valorizzare l'attitudine dei fattori di protezione ad adeguarsi al mutare delle ipotesi socialtipiche di discriminazione, tuttavia determina un'ineliminabile tensione con l'apparato protettivo proprio del diritto dell'Unione, sicuramente incentrato sui fattori di discriminazione nominati per quanto ampiamente intesi³, e pur acquisita la complessità del giudizio di comparazione in esito all'emanazione delle direttive cd. di seconda generazione.

D'altro canto una simile soluzione ermeneutica finisce per necessariamente inserire nell'apprezzamento della discriminazione un fattore di soggettività - il motivo in ipotesi illecito e determinante - invece estraneo alla nozione funzionale ed obiettiva dei divieti di discriminazione imposti dal diritto dell'Unione.

Così ad esempio mi pare esemplificativa di questo indirizzo consolidato Cassazione Civile Sent. n. 16155 del 09-07-2009 secondo cui: "La richiamata interpretazione estensiva, invero, si fonda, per un verso, sul rilievo che le indicazioni delle varie ipotesi di licenziamento discriminatorio, contenute nelle citate disposizioni, costituiscono specificazione della più ampia fattispecie del licenziamento viziato da motivo illecito, riconducibile alla generale previsione codicistica dell'atto unilaterale nullo ai sensi *dell'art. 1345 c.c.* (in relazione *all'art. 1324 c.c.*), e, dall'altro, sulla considerazione che in tale generale ed ampia previsione è certamente da comprendere il licenziamento intimato per ritorsione e rappresaglia - pur esso in qualche modo implicante una illecita discriminazione, intesa in senso lato, del lavoratore licenziato rispetto agli altri dipendenti, il quale, pertanto, integra fattispecie del tutto similare, e perciò assimilabile, a quelle oggetto della espressa previsione del medesimo art. 3 (cfr. Cass. 4543/99 e 3837/95 cit.).

²Così da ultimo, *maex plurimis*, Cass. civ. Sez. lavoro, 1 dicembre 2010, n. 24347.

³Cfr. Corte d'Appello Roma, 19 ottobre 2012

Conseguentemente l'area di tutela del licenziamento discriminatorio, nella sua accezione più ampia - *rectius estensiva* -, attiene a quei motivi che integrano perseguimento di finalità contrarie all'ordine pubblico, al buon costume o ad altri scopi espressamente proibiti dalla legge e non quando rivelino altri fini che in sé non siano confliggenti con tali divieti (V. Cass. 7832/98)".

L'inclusione nella fattispecie vietata di un intento soggettivo d'altra parte ha rappresentato verosimilmente uno (un altro) dei motivi della scarsa fortuna applicativa nel nostro ordinamento del diritto antidiscriminatorio, attesa la particolare difficoltà della prova.

Una difficoltà che è agevole comprendere ove si abbia riguardo alla massima consolidata secondo cui *"per affermare il carattere ritorsivo e quindi la nullità del provvedimento espulsivo, in quanto fondato su un motivo illecito, occorre specificamente dimostrare, con onere a carico del lavoratore, che l'intento discriminatorio e di rappresaglia per l'attività svolta abbia avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di lavoro, anche rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso"*⁴.

Ed infatti la particolare complessità della relazione tra la nozione di discriminazione fatta propria dalla prevalente giurisprudenza nazionale e quella prevista dal diritto dell'Unione coglie proprio ove si abbia riguardo alla concreta attuazione del regime probatorio agevolato previsto dalle fonti sovranazionali.

Come è noto infatti secondo quelle fonti (si tratta in primis dell'art. 8 della direttiva 2000/43/CE in materia di parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e poi dell'art. 10 della direttiva quadro 2000/78/CE direttiva quadro in materia di parità di trattamento quanto all'occupazione ed alle condizioni di lavoro), l'agevolazione probatoria dipende dal riconoscimento della tendenzialmente necessaria asimmetria informativa tra il lavoratore o la lavoratrice che assuma di aver subito un trattamento peggiore in ragione di uno dei fattori tipici di protezione previsti dall'ordinamento sovranazionale e la controparte

⁴Così testualmente Cass. civ. Sez. lavoro, 14 luglio 2005, n. 14816; nello stesso senso da ultimo, ma *ex plurimis*, Cass. civ. Sez. lavoro, 18 marzo 2011, n. 6282. Per l'affermazione dell'onere per il lavoratore attore anche di una specifica deduzione del vizio, in mancanza non essendo consentito al giudice di apprezzare i fatti allegati al fine dell'accertamento della discriminazione Cass. civ. Sez. lavoro, 21 dicembre 2004, n. 23683.

datoriale, che sola è nella disponibilità dei dati sui quali in effetto ha fondato la disparità di trattamento.

Ed il regime probatorio agevolato opera precisamente favorendo il lavoratore attore nella dimostrazione del nesso di causalità tra trattamento differenziato e fattore di discriminazione, ove egli abbia provato l'esistenza in fatto di un trattamento differenziato rispetto al tertium comparationis da lui prescelto.

Così che, dimostrata dall'attore l'esistenza di un trattamento deteriore in suo confronto rispetto al termine di comparazione prescelto, sarà il datore di lavoro a dover dimostrare fatti, necessariamente specifici ed obiettivamente verificabili, idonei a far ritenere, nel caso di discriminazione diretta, solo l'esistenza di una deroga al divieto ovvero l'inesistenza della discriminazione (e quindi l'esistenza di una ragione non discriminatoria del trattamento differenziato, alternativa a quella normativamente presunta), in caso di discriminazione indiretta l'inesistenza della discriminazione ovvero la riferibilità del criterio o prassi potenzialmente svantaggiosi ad una finalità legittima perseguita con mezzi appropriati e necessari, il difetto di prova restando in suo danno.

Ora una simile articolazione dell'onere probatorio delle parti si pone in una relazione obiettivamente complessa e critica con lo schema causale descritto dalla giurisprudenza nazionale (tra discriminazione e trattamento deteriore), così che, nelle materie di necessaria applicazione del diritto antidiscriminatorio di fonte europea, a mio avviso deve dubitarsi della necessaria esclusività del motivo di discriminazione, come affermata dalla prevalente giurisprudenza nazionale, ed in contrario ritenersi che, ove il trattamento differenziato sia provato, ad escludere il carattere obiettivamente discriminatorio del recesso (generalmente, ma anche dell'atto di gestione del rapporto in genere) valga solo la prova di una ragione, pure obiettiva, alternativa avente esclusiva efficienza causale, nel caso della discriminazione diretta (e fatti salvi i casi di deroghe), ovvero, nel caso di discriminazione indiretta in alternativa la piena prova di una finalità legittima del trattamento differenziato perseguita con mezzi adeguati.

Una differente ricostruzione dell'onere della prova che rileverebbe particolarmente nei casi in cui le scelte organizzative datoriali siano idonee a coinvolgere astrattamente più posizioni lavorative, così nel licenziamento per motivi economici, ma anche nei trasferimenti o nelle progressioni stipendiali o

di carriera, e ciò anche in ipotesi in cui il fatto obiettivo indicato a fondamento dell'esercizio del potere (nel caso del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, tipicamente la crisi o ristrutturazione aziendale o la riduzione del fatturato, comprovate esigenze produttive o organizzative nei trasferimenti) risulti dimostrato, ma si faccia questione della legittimità della scelta (per un'applicazione rigorosa del giudizio di comparazione in un trasferimento, di una lavoratrice madre datosi a pochi giorni dalla conclusione del periodo di interdizione particolarmente interessante l'ampia motivazione di Corte di Appello di Torino 19.2.2013)

Del resto che la relazione tra nozione di discriminazione propria delle fonti sopranazionali (e sua ampiezza) e regime agevolato della prova sia cruciale sul piano applicativo è dimostrato dalla vicenda giudiziaria di quello che ad oggi rappresenta nel nostro ordinamento il leading case in materia di discriminazioni nel rapporto di lavoro: il caso delle mancate assunzioni dei lavoratori iscritti Fiom, nel merito deciso da ultimo dalla Corte d'Appello di Roma il 19.10.2012.

In quella vicenda infatti si è rivelata determinante l'inclusione dell'affiliazione sindacale tra le convinzioni personali, fattore di protezione tipico previsto dalla direttiva quadro, proprio in relazione all'uso del meccanismo di agevolazione probatoria previsto dalle fonti sovranazionali sopra richiamato.

Così che non è difficile prevedere che nella pratica giudiziaria il crescente ricorso al diritto antidiscriminatorio porterà anche la giurisprudenza nazionale a confrontarsi, da un lato con l'ampiezza e l'adattabilità dei fattori di protezione nominati e la loro capacità di inclusione (si pensi solo al rapporto tra malattia ed handicap, in tal senso una recente ordinanza resa in rito Formero dal Tribunale di Bologna), e dall'altro con le questioni poste dalla strumentalità necessaria del regime agevolato della prova rispetto alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive connesse alle caratteristiche protette dalle norme antidiscriminatorie di fonte europea.

Che è come dire dell'accessibilità del regime agevolato della prova a tutela di tali fattori di protezione al di fuori dei procedimenti previsti agli art. 38 e segg. del D.L.vo 198/2006 per le discriminazioni di genere ed altrimenti dall'art. 28 del D.L.vo 150/2011, e così tipicamente quando la lavoratrice o il lavoratore che si affermino discriminati in relazione ad uno di detti tipici fattori di protezione impugnino per questo il licenziamento, chiedendo l'applicazione

della tutela ex art. 18 primo comma nel testo modificato dalla L. 92/2012.

E per quanto valga la mia opinione, a me pare certo che, attenendo il regime della prova alla garanzia delle posizioni giuridiche presidiate dalle norme antidiscriminatorie, esso dovrà applicarsi quale che sia l'azione in concreto agita dalla parte che ne affermi la lesione.

Restano infine praticamente inesplorate nel nostro ordinamento le potenzialità applicative della discriminazione indiretta, dove più è cruciale il ruolo dell'interprete, per essere meno stringenti le cause di giustificazione rispetto alle deroghe previste per la discriminazione diretta e particolarmente complesso il giudizio di proporzionalità. D'altra parte non è difficile rappresentarsi la potenziale incisività di questo strumento sulle scelte organizzative datoriali (penso, un esempio tra tutti, alle clausole flessibili ed elastiche nel part time, fattispecie contrattuale pacificamente assai più diffusa tra le donne e ad alcune osservazioni già contenute in Corte di Giustizia Danfoss sull'incidenza differenziata per genere di variazioni non programmate del tempo di lavoro).

Prima di chiudere, mi sembra tuttavia non sia superfluo chiedersi se, dato l'assolvimento da parte di tutti gli attori del processo dei loro doveri e dei loro oneri e prima l'appropriazione da parte anche dei pratici di una tecnica di tutela del tutto peculiare, il diritto antidiscriminatorio sarà davvero in grado di assicurare un sistema compiuto ed effettivo di garanzie a fronte della rimercificazione del lavoro⁵.

Certo è che al diritto antidiscriminatorio corrisponde, come sopra si è fatto cenno più volte, una peculiare idea di eguaglianza, incentrata solo su alcune, tipiche differenze ed a fronte della quale è al giudice (alla sua decisione singolare sia sul piano del ripristino dello status quo ante che delle sanzioni applicabili) che è attribuito un ruolo decisivo nell'eliminazione delle disuguaglianze⁶.

Il primo dei due connotati segna all'evidenza l'alterità di cui già si è detto del paradigma antidiscriminatorio rispetto alle tutele universali.

Una diversità che è attenuata, ma non elisa dalla smaterializzazione del tertiumcomparationis del giudizio antidiscriminatorio di cui alla più recente normazione sovranazionale e dall'ampliamento dei fattori di protezione, e

⁵ Guarriello, Il nuovo diritto antidiscriminatorio, in D.L.R.I., 2003, p. 347

⁶ Barbera, M. Il Nuovo diritto antidiscriminatorio, Giuffrè, 2007, XXVI

della quale è parte anche la complessa relazione tra individuale e collettivo nel discorso antidiscriminatorio rispetto alle tutele note nel nostro ordinamento.

E' un fatto tuttavia la progressiva estensione delle garanzie contro le discriminazioni, l'applicazione in primis da parte dei decisori dell'Unione del paradigma antidiscriminatorio (nella sua peculiare costruzione) al fine di assicurare tutele minime essenziali nelle forme negoziali sviluppatesi in relazione alla crescente flessibilizzazione del lavoro.

Un'evoluzione che rende plasticamente evidente la natura non definitiva ed assoluta, ma storica e contingente dei fattori di protezione, la cui ampiezza ed il cui significato sono rimessi all'elaborazione di tutti gli attori dei diversi sistemi giuridici, compresi gli operatori pratici⁷, e all'incidenza delle relative tradizioni costituzionali.

E' anche da questa elaborazione che dipenderà quindi l'efficacia dei divieti di discriminazione quali strumenti di inserzione nella disciplina del rapporto di lavoro "di istanze egualitarie che operino come limite alla libertà contrattuale"⁸.

Piuttosto il ruolo decisivo della decisione giudiziale nella rimozione delle disuguaglianze ed insieme la frequente complessità dell'accertamento di fatto imposto dal paradigma antidiscriminatorio si pongono in una relazione critica, se non in contraddizione pressoché necessaria, con la nozione di efficienza del lavoro del giudice sempre più di frequente evocata nel nostro dibattito pubblico ed intesa non (o non principalmente) nella sua relazione necessaria con la garanzia effettiva dei diritti, ma specificamente come necessaria misurabilità dei risultati, come prevedibilità dei costi e dell'esito del processo da assicurarsi alle parti come attori economici .

L'accertamento della discriminazione in giudizio infatti, a meno di non essere ridotto a mera apparenza, è operazione dagli esiti necessariamente imprevedibili, nell'an, come è ovvio, ma anche quanto al concreto contenuto del precetto (si pensi alle varie modalità di attuazione dell'ordine di ripristino dello status quo ante o alla difficoltà di individuare misure minimamente standardizzabili del risarcimento del danno).

⁷ Un esempio illuminante nel nostro ordinamento è rappresentato dalla vicenda delle mancate assunzioni dei lavoratori FIOM da parte di FIAT, ed alla lettura che i giudici hanno dato del fatto di protezione costituito dalle opinioni personali e sociali

⁸ Barbera, M., *Ibidem*, XXX

D'altra parte l'efficienza come misurabilità necessaria degli esiti del lavoro giudiziario è nozione certo conseguente rispetto alla razionalità neoliberista, nella quale il mercato non è solo un sistema di regolazione dei rapporti economici, ma più generalmente una forma politica di organizzazione della convivenza, costruita sull'agire "nella forma della concorrenza in funzione di piani e progetti, con obiettivi"⁹, una forma politica che non è affatto estranea all'origine del paradigma antidiscriminatorio (nella sua forma archetipica di parità di trattamento retributivo tra i generi).

Solo la prassi applicativa dirà allora come questa antinomia potrà comporsi e se il diritto antidiscriminatorio si rivelerà uno strumento effettivo di tutela dei diritti fondamentali, laddove la tutela è più necessaria, per essere ad essa senz'altro insufficienti gli strumenti del contratto.

Così che, per quanto mi sembra, ad escludere il carattere meramente declamatorio dei divieti di discriminazione sarà soprattutto la loro attitudine a presidiare i diritti fondamentali proprio a fronte dell'impero del mercato e delle istanze di flessibilizzazione del lavoro nell'interesse dell'impresa che di quella sovranità hanno rappresentato in questi anni la cifra primaria.

Elisabetta Tarquini

Giudice del lavoro di Pisa

⁹Foucault, 2005, 148