

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PISA

Dipartimento di giurisprudenza

Corso di laurea magistrale in giurisprudenza



TESI DI LAUREA

La disciplina delle discriminazioni nel rapporto
di lavoro subordinato

RELATORE

Chiar.mo Prof. Pasqualino Albi

CANDIDATO

Sasha Maria Papania

Anno accademico 2014/2015

INDICE

Introduzione.....	7
Capitolo 1: Dalle origini all’attuale configurazione della tutela antidiscriminatoria	
1.1 Evoluzione storica della legislazione pre-costituzionale.....	11
1.2 Il periodo transitorio e la Costituzione.....	24
1.3 La legislazione post-costituzionale e le influenze sovranazionali...26	
1.4 Tra eguaglianza e diversità. Il principio di non discriminazione e la parità di trattamento.....	40
1.5 Le direttive 2000/43 e 2000/78: analisi e innovazioni.....	50
Capitolo 2: La disciplina antidiscriminatoria nella tutela multilivello	
2.1 La parità di genere.....	57
2.1.1 La parità di trattamento.....	57
2.1.2 Discriminazioni dirette e indirette.....	60
2.1.3 Le azioni positive.....	67
2.2 L’età è considerabile fattore discriminante?	72
2.3 Le discriminazioni basate sulla disabilità.....	89
2.4 L’equiparazione tra discriminazioni sulla base dell’orientamento sindacale e quelle determinate dalle “ <i>convinzioni personali</i> ”.....	96

2.5 Trattamenti discriminatori determinati dall'orientamento sessuale.....	104
2.6 La disciplina sul mobbing.....	109

Capitolo 3: Il licenziamento discriminatorio

3.1 La disciplina e la tutela alla luce delle nuove riforme.....	123
3.2 L'interpretazione della norma tra tassatività ed esemplificazione.....	130
3.3 Come si colloca il motivo illecito determinante tra dottrina e giurisprudenza.....	133
3.4 Inquadramento dell'onere della prova, problematiche inerenti al licenziamento discriminatorio “ <i>occulto</i> ”.....	140
Conclusioni.....	152
Bibliografia.....	158

INTRODUZIONE

Nell’approcciarsi alla trattazione del fenomeno discriminatorio, in ambito lavorativo, non può sfuggire la complessità relativa alle numerose categorie di soggetti, concretamente e potenzialmente, vittime di tali trattamenti, tenuto conto altresì dei vari criteri che, nell’evoluzione sociale, determinano l’appartenenza ad un determinato gruppo di individui.

Nel tentativo di una corretta analisi, non si è potuto prescindere dall’influenza e dalla “*necessaria*” innovazione apportata dalle direttive Europee, le cd. *Direttive di seconda generazione*.

Si parla di innovazione *necessaria*, in quanto il nostro ordinamento, nel quadro della più ampia armonizzazione della normativa interna da parte dell’Unione, ha intrapreso un percorso di apertura e di maggiore considerazione delle numerose ipotesi di discriminazione.

In tale contesto di lento ma costante adeguamento alle Direttive comunitarie, sempre maggiore attenzione hanno assunto le nuove ipotesi di discriminazione, superando così la storica discriminazione di genere, che, peraltro, resta immutata nella sua intrinseca attualità e gravità.

Proprio per questo, nella seguente analisi ci si è proposti di affrontare un *excursus* storico del fenomeno discriminatorio, dall’arcaica disciplina ottocentesca che ricorreva alla manodopera sia di donne che minori, alle prime forme di tutela, come l’esclusione di questi ultimi dal lavoro nelle cave, e ancora il riconoscimento per le donne di una maggiore predisposizione nell’espletamento di determinate mansioni (ad esempio contabilità, insegnamento e lavori domestici).

E’ bene comunque tener presente che, a fronte di tale riconoscimento, le donne continuavano a restare escluse dalla possibilità di rivestire cariche pubbliche o di svolgere lavori che comportassero una certa

responsabilità, non tanto per la carenza di requisiti di carattere tecnico o culturale, ma proprio in quanto donne.

Con l'approvazione della Costituzione, che ha posto, tra i principi fondamentali, proprio il principio di uguaglianza, e con lo Statuto dei lavoratori, si è giunti ad un riconoscimento sempre maggiore della parità di trattamento tra donne e uomini e di una maggiore protezione da altre importantissime forme di discriminazione, come quella, solo per citare forse la categoria più rappresentativa, dell'appartenenza sindacale, in cui la normativa sovranazionale ha trovato attuazione solo con la sentenza che ha condannato le mancate assunzioni dei lavoratori Fiom (Trib. Roma, ord. 21/06/2012).

La vera svolta, nel senso di una maggiore considerazione delle innumerevoli forme di discriminazione si è avuta con le direttive:

a) 2000/43 in materia di; *«parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, che ha trovato attuazione attraverso il D.lgs. 215/2003»;*

b) 2000/78 *«che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro»* attuato attraverso il D.lgs.216/2003;

c) 2002/73 che ha modificato la precedente 76/207, inerente alla *«parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro»;*

d) 2006/54, la quale *«raccolge in unico testo le principali disposizioni in materia di parità di genere»*, attuate dal D.lgs. 145/2005 e 5/2010.

Inoltre, si ricordano anche le Direttive 99/70 (attuata dal D.lgs. 368/2001) in materia di contratto a tempo determinato e 81/97 (attuata

dal D.lgs.61/2000) in materia di lavoro a tempo parziale, che ripropongono le medesime garanzie antidiscriminatorie nei confronti dei rapporti di lavoro non standard¹.

Nel secondo capitolo ci si è proposti di affrontare l'analisi di alcune delle ipotesi discriminatorie introdotte dalle suddette direttive. Ovviamente, sono state analizzate le discriminazioni sulla base del genere, per poi continuare con le discriminazioni in ragione dell'età, disabilità, orientamento sessuale, appartenenza sindacale e convinzioni personali. Per concludere con una analisi della disciplina del mobbing, in quanto, come si evince dall'art.2 comma 3 della direttiva 2000/78, essa ha trovato considerazione al pari di qualsiasi altra forma di discriminazione.

Sono stati riportati alcuni casi che la Corte di giustizia ha dovuto affrontare, per una corretta interpretazione della norma interna alla luce dei principi sovranazionali.

In conclusione, nel terzo capitolo è stato approfondito il tema del licenziamento discriminatorio, è stata proposta un'analisi della disciplina generale e delle relative norme di riferimento, dalla legge 604/1966, alla definizione di licenziamento discriminatorio contenuta all'art.3 legge 108 del 1990, alle modifiche apportate, per quanto riguarda il regime dell'onere della prova dall'art.8 della direttiva 2000/43 e dall'art. 10 della direttiva 2000/78.

Non si è potuto prescindere dal lungo dibattito relativo all'interpretazione delle ipotesi di discriminazione normativamente previste, tra teoria esemplificativa e teoria della tassatività dei casi di discriminazione elencati. Il tutto sorretto dall'ulteriore dibattito sulla corretta interpretazione del motivo illecito determinante, caratterizzato da una incoerenza normativa, poiché se nella novella 92/2012, prevista all'art. 18

¹ E. TARQUINI: *“Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale”*, Milano, Giuffrè, 2015, p.6.

Statuto dei lavoratori, tra i casi di licenziamento nullo è stato, chiaramente, citato il licenziamento per motivo illecito determinante (rafforzando la corrente che lo individuava come autonomo, rispetto al licenziamento discriminatorio, ma equiparabile ad esso solo negli effetti), invece con la riforma del *Jobs act*, prevista durante il governo Renzi, nel D.lgs. 23/2015 recante “*disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*”, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183, come si chiarirà nel terzo capitolo, sembrerebbe mancare qualsiasi riferimento esplicito nei confronti dei licenziamenti determinati per motivo illecito determinante.

La speranza nella trattazione dell’istituto è quella di disegnare una articolazione di esso, considerando l’imprescindibile riferimento alla normativa sovranazionale e alle difficoltà di recepimento nell’ordinamento interno causata, a parere di chi scrive, dalla resistenza di quest’ultimo ad adeguarsi correttamente, probabilmente a causa della carenza di un chiaro e innovativo provvedimento normativo che disciplini in maniera organica la materia.

CAPITOLO 1

DALLE ORIGINI ALL'ATTUALE CONFIGURAZIONE DELLA DISCIPLINA ANTIDISCRIMINATORIA

1.1 La legislazione pre-costituzionale.

La storia del diritto del lavoro individua tre importanti fasi storiche, all'interno delle quali si cerca di cogliere, a grandi linee, i principali interventi legislativi che tutelano i casi di discriminazione del lavoratore subordinato. Le prime fasi storiche si caratterizzano per una legislazione sporadica o che affronta il problema all'interno di leggi più ampie.

Successivamente, a partire dall'entrata in vigore della costituzione, e in particolare dall'approvazione dello Statuto dei lavoratori, il problema trova una considerazione maggiore tale da permettere un'analisi più approfondita. Queste fasi storiche sono:

- 1) fase della *legislazione sociale*, in cui le norme del diritto del lavoro si considerano come norme speciali rispetto al diritto privato;
- 2) fase dell'*incorporazione* del diritto del lavoro nel diritto privato;
- 3) fase della *costituzionalizzazione* dei principi fondamentali del diritto del lavoro².

Iniziando dalla prima, le più antiche forme di rapporti collettivi sono state caratterizzate da una repressione da parte dello stato. Come

² E.GHERA: "Diritto del lavoro", Bari, Cacucci, 1983, pp. 8-9

in altri paesi europei, il legislatore negava, sia ai lavoratori che agli imprenditori, la possibilità di organizzarsi collettivamente. Questo finì per determinare numerose difficoltà sulla strada dell'emancipazione e del riconoscimento dei diritti dei lavoratori. Il codice penale sardo, esteso nel 1861 a tutto il Regno d'Italia, con esclusione della Toscana, prevedeva agli artt. 385 e 386 forme di reato che colpivano sia il datore di lavoro che il lavoratore. Infatti, l'art. 385 puniva «*tutte le intese di datori di lavoro allo scopo di indurre ingiustamente ed abusivamente gli operai ad una diminuzione del salario*» e l'art. 386 «*tutte le intese degli operai allo scopo di sospendere, ostacolare o far rincarare il lavoro senza ragionevole causa*³».

Tutto ciò era perfettamente in linea con la visione di stato liberale diffusa in quel periodo, in particolare con il «*valore attribuito alla concorrenza sul mercato - anche del lavoro - e la asserita necessità che essa non fosse alterata da qualsivoglia formazione organizzata frapponentesi tra individui e stato*⁴». Il lavoro non era regolamentato dalla legge bensì dall'autonomia privata, in coerenza con l'ideologia liberale, basata sul principio della libera concorrenza, per cui doveva essere il mercato a fissare i salari e a regolare le condizioni di lavoro⁵.

Questi divieti trovavano fondamento nella legge *Le chapelier* approvata in Francia due anni dopo la rivoluzione francese, che sanzionava penalmente le coalizioni e lo sciopero, in aperto contrasto ai valori di uguaglianza e libertà affermati con la Dichiarazione dei diritti dell'uomo

³ F.CARINCI, P.TOSI, R. DE LUCA TAMAJO, T. TREU: “*Il diritto del lavoro*” Utet, 1994, p.16

⁴ F.CARINCI, P.TOSI, R. DE LUCA TAMAJO, T. TREU: op.cit.

⁵ E.GHERA, A.GARILLI, D.GAROFOLO: “*Diritto del lavoro*”, Torino, Giappichelli, 2013, p. 4

e del cittadino, diffusisi nel periodo rivoluzionario dalla Francia a tutto l'occidente⁶.

La depenalizzazione di queste forme di reato avvenne in Italia nel 1889. Nel frattempo il codice Zanardelli prevede forme di tolleranza per il fenomeno sindacale, con il riconoscimento implicito della libertà di sciopero e contestualmente si decise di intervenire, posto che *«la situazione di astensionismo legislativo non poteva durare in eterno, dal momento che, proprio la presenza di un'enorme massa di manodopera costantemente disponibile ed a “tenuissimo prezzo”⁷, non mancò di produrre ben presto forti contrasti che sfociarono nel porsi della c.d. questione sociale»⁸.*

Le prime leggi che si preoccuparono di trattare il fenomeno discriminatorio erano leggi che affrontavano il problema solo trasversalmente.

A tal proposito furono introdotte una serie di norme dirette a proteggere i lavoratori, in particolare la classe debole formata da donne e bambini⁹; proprio queste possono considerarsi i primi provvedimenti ascrivibili alla c.d. fase della *“legislazione sociale”*.

Un primo intervento fu quello della legge 11 febbraio, 1886, n.3657, la c.d. *“legge Berti”*, dal nome del ministro proponente.

Proprio l'Art 1 recitava: *“Salvo il disposto dell'art.4, nei lavori sotterranei delle cave, delle miniere e delle gallerie non possono essere*

⁶ A. DI STASI: *“Diritto del lavoro e della previdenza sociale. Manuale breve”*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 3

⁷ MORANDI, 1966, p. 154, in O.MAZZOTTA: *“Diritto del lavoro”*, Giuffrè, 2013, p. 4

⁸ O.MAZZOTTA: *“Diritto del lavoro”*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 4

⁹ O.MAZZOTTA: op.cit. p.4

impiegati i fanciulli di età inferiore a 13 anni compiuti e le donne di qualsiasi età¹⁰”.

Inoltre, si preoccupava di fissare a 15 anni compiuti per i bambini e, per le donne, la maggiore età, il limite minimo per l’assunzione nei lavori pericolosi e insalubri; la previsione di un libretto e di un certificato medico che garantisse lo stato fisico e l’idoneità al lavoro cui erano destinati; il divieto di lavoro notturno al di sotto dei 15 anni e alle donne minorenni; la tutela delle puerpere relativa all’impiego non prima che fosse decorso un mese dal parto.

Con riferimento all’orario di lavoro, i bambini di età compresa dai 10 ai 12 anni non potevano essere superare le 8 ore giornaliere, 11 ore erano previste per i bambini di età compresa dai 12 ai 15 anni e non più di 15 ore per le donne di qualsiasi età. Di fatto questa legge, per la sua ambiguità e a fronte dei numerosi compromessi politici riscontrati durante la fase di progettazione, tali da non consentire una applicazione certa per gli operatori – su tutti ispettori e magistrati - che se ne sarebbero dovuti occupare, trovò scarsa applicazione¹¹.

Con legge 19 giugno 1902, n. 242, famosa come legge Carcano, nome del ministro proponente, per la prima volta si viene prevista in un’unica legge la tutela di donne e fanciulli.

La legge stabiliva, per le donne di qualsiasi età, il divieto di eseguire lavori sotterranei, «*per ragioni morali e sociali*». Prevedeva un limite massimo di lavoro pari a 12 ore giornaliere con un intervallo di due ore, vietava alle minorenni il lavoro notturno, ed era concesso, alle donne di qualsiasi età, un riposo settimanale pari un giorno. Si introduceva per le lavoratrici il divieto di assunzione delle puerpere, se non

¹⁰ L. 3657/1886

¹¹ A. CONTE: “*Lo stato unitario e la prima legge del lavoro dei fanciulli*”, in *Instoria*, rivista online di storia e informazione, 2012 n.54, in http://www.instoria.it/home/lavoro_fanciulli.ht.

dopo un mese dal parto e in casi particolari il limite era previsto a tre settimane, previa presentazione di un certificato medico.

L'innovazione principale riguardò la tutela giuridica della maternità; infatti, all'art 10 si stabiliva l'obbligo per il datore di lavoro di permettere l'allattamento o in una camera speciale o permettendo l'uscita dai locali di lavoro. Tale legge venne rispettata solo dai quei datori di lavoro che consideravano l'importanza umana e volevano porsi all'avanguardia nell'applicazione di normative di carattere sociale. Ad emergere è il fine ultimo di questa legislazione; infatti piuttosto che puntare all'eliminazione dello sfruttamento femminile, prevaleva l'intento di tutelare la lavoratrice come moglie e madre, preoccupandosi di non adibirla a lavori pericolosi, «*per consentire di salvaguardare la capacità di procreazione*».

I provvedimenti successivi alla legge Carcano furono rivolti all'abolizione del lavoro notturno e ad una adeguata tutela economica della lavoratrice madre. Su questa scia, il 26 settembre 1906 venne firmata a Berna una convenzione che aboliva il lavoro notturno per le donne di qualsiasi età; questa convenzione trovò applicazione in Italia con il T.U approvato con R.D 10 Novembre 1907, n.818 sul lavoro delle donne e dei fanciulli, di fatto si erano lasciate numerose deroghe e gli imprenditori erano in condizioni di decidere con ampia discrezionalità.

Successivamente la legge 17 Luglio 1910, n. 520 istituì la Cassa di maternità, amministrata dalla Cassa nazionale di previdenza che alle lavoratrici in congedo per puerperio, si impegnava a pagare un sussidio di 30.000 lire che veniva anticipato dall'imprenditore¹².

Non va dimenticata la legge 17 marzo 1898, n. 80 con cui venne istituita l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro. In quegli anni il conflitto sociale aveva assunto una dimensione collettiva

¹² M.L.DE CRISTOFARO: “*Tutela e/o parità? Le leggi sul lavoro femminile tra protezione e uguaglianza*”, Bari, Cacucci, 1979, pp. 50 ss.

e strutturata che poi nel tempo avrebbe dato vita alle associazioni dei sindacati; proprio la legge 17 marzo 1898, n. 80 si configurò come una risposta alle richieste della classe operaia.

Come sostenne L. Barrassi: *«tutta la legge è compilata in modo da lasciar trapelare l'intento primario e fondamentale di tutela delle classi lavoratrici... ma una volta ammesso questo principio...esso è stato poi... attuato in quella maniera che valesse a non farne sentire troppo la gravità sugli industriali. Insomma la legge ha mirato a tutelare il lavoratore in quella forma che rappresentasse in sostanza un vantaggio per l'industria»*¹³. Secondo questa interpretazione del Barrassi la norma non si configura più come una forma di concessione paternalistica da parte dello stato ma piuttosto come una conquista all'avanguardia, da parte dei lavoratori, voluta fortemente, dalla sinistra di quegli anni¹⁴.

Seguirono la legge sul riposo settimanale e festivo: legge 7 Luglio 1907, n. 489; sul divieto di lavoro notturno nell'industria di panificazione: legge 22 Marzo 1908, n.105; e in fine sulla istituzione dell'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria, D.L 19 Ottobre 1919, n.2214¹⁵.

Sul finire del secolo, il dibattito politico tra destra e sinistra liberale riguardava le modalità di intervento per una regolazione normativa del lavoro subordinato: in particolare c'era chi sosteneva la sacralità del diritto privato comune e chi reputava necessario l'intervento dello stato nei rapporti tra privati. Le innovazioni riguardavano l'inserimento da un lato, nel codice civile del 1865, di una impostazione tecnico- giuridica

¹³ L.BARRASSI: *“Il contratto di lavoro”*, 2 ed, vol. 2, 1917, pp. 692 ss. e 704, in M.PERSIANI: *“Le fonti del diritto del lavoro”*, Padova, Cedam, 2010, p.29

¹⁴ M.PERSIANI: *“Le fonti del diritto del lavoro”*, Padova, Cedam, 2010, pp. 24 ss.

¹⁵ E.GHERA, A.GARILLI, D.GAROFALO: op.cit., p. 5

che desse maggiore rilevanza ai rapporti tra privati, tenendo in considerazione la posizione socio economica dei soggetti più deboli. Il codice del 1865, infatti trascurava la materia lavoristica, riconducendo il rapporto di lavoro nella specie *locazioni di opere e d'industria*¹⁶. Dall'altro invece si propendeva per una intangibilità del codice civile, cercando di favorire una legge speciale, non rivolta alla disciplina del contratto di lavoro ma di talune condizioni socio economico a esso afferenti¹⁷.

Inoltre, alla legislazione speciale si accompagnava, per la tutela degli interessi di classe dei lavoratori, «*Il metodo contrattuale o dell'autotutela collettiva*» basato su una serie di regole che acquisivano via via con il tempo valore normativo, queste erano le *consuetudini*, che si affermarono più come prassi che come usi normativi, proprio perché si formarono in tempi brevi e furono il risultato dell'applicazione di accordi collettivi¹⁸.

La posizione dello Stato in questo periodo può definirsi peculiare, in quanto pur sostenendo l'ideologia del *laissez fair*, applicò una politica rivolta alla istituzionalizzazione e prevenzione del conflitto. Infatti negli anni venti nacquero istituzioni pubbliche competenti in materia di rapporti di lavoro e relazioni industriali¹⁹.

Successivamente venne introdotta la legge 15 Giugno 1893, n.295 rivolta a colmare quel vuoto normativo sulla disciplina delle controversie tra Datori di lavoro e Lavoratori; venne istituita una speciale magistratura arbitrale: *Il collegio dei probiviri*, costituito da un ufficio di conciliazione e una giuria; quest'ultima aveva una funzione giurisdizionale

¹⁶ O.MAZZOTTA: op.ci.t, p. 4

¹⁷ M.PERSIANI: op.cit., pp. 30 ss.

¹⁸ E.GHERA, A.GARILLI, D.GAROFOLO: op.cit.

¹⁹ F.CARINCI, P.TOSI, R. DE LUCA TAMAJO, T. TREU: op.cit., p. 19

nelle controversie di lavoro tra operai e industriali e al suo interno nacquero i c.d. usi industriali.

In questo contesto pose le basi un nucleo minimo di regole del lavoratore subordinato, che verrà codificato molti anni più tardi²⁰. Il collegio dei probiviri ebbe a che fare con una nuova pratica: il *concordato a tariffa* o contratto collettivo; si trattava di contratti stipulati «tra gruppi di operai e industriali su determinate norme», nella speranza che entrassero a far parte dei contratti di lavoro stipulati tra loro, «cioè come fonte del loro regolamento».

In seguito i contratti collettivi da una applicazione locale si posero l'obiettivo di trovare «una uniformità dei trattamenti salariali e normativi a livello nazionale». Il collegio sancì inoltre l'efficacia *ultra partes*, cioè per tutti i componenti presenti e futuri di una categoria, e l'inderogabilità del contratto collettivo da parte di pattuizioni individuali²¹.

Il primo conflitto mondiale creò un periodo di stallo, non ci furono grandi innovazioni o importanti interventi legislativi: la legislazione, che seguiva quel percorso di tutela ed emancipazione delle donne lavoratrici venne sospesa.

La causa risiedeva nel non indifferente bisogno di manodopera, in conseguenza dell'assenza di uomini, impegnati sul fronte, che comportò la necessaria assunzione di manodopera femminile. Per questo venne introdotta la legge 1 Aprile 1917, n. 529, che sospendeva temporaneamente, il divieto di lavoro notturno in conseguenza di esigenze dello stato o di ordine pubblico. Sempre in conformità con quanto detto, la legge 6 Agosto, 1916 si sostituì alle precedenti leggi di tutela del lavoro minorile e femminile, in particolare le donne vennero impiegate nello

²⁰ O.MAZZOTTA: op.cit., p. 6. E.GHERA, A.GARILLI, D.GAROFOLO: op.cit., p. 6

²¹ M.V.BALLESTRERO: “Diritto sindacale”, Torino, Giappichelli, 2012, p. 15

svolgimento di lavori pericolosi e nocivi, senza dimenticare quelli diretti alla produzione di materiale bellico, percependo un salario fortemente discriminatorio, rispetto a quello maschile, di circa la metà. Ovviamente gli imprenditori del tempo approfittarono notevolmente di ciò e impiegarono tantissima manodopera femminile, indifferenti alla tesi prevalente fino a quel tempo della naturale inferiorità della donna; anzi se ne esaltava la produttività²².

Finita la guerra le donne ritornano ad essere considerate nella loro inferiorità ed inoltre «*indebiti usurpatrici delle mansioni maschili*», pertanto, considerato il diffuso antifemminismo del tempo, dovettero adeguarsi a lasciare il posto alla preponderante classe operaia maschile, che ritornava dalla guerra²³.

Tuttavia va ricordato che un certo numero di donne appartenenti al ceto medio erano riuscite ad entrare nel mondo del lavoro intellettuale, esercitando svariate professioni come ad esempio: ragioniere, segretarie, insegnanti e telefoniste.

Proprio in conseguenza di ciò il legislatore dovette prendere in mano la situazione e introdusse una norma che si preoccupava di riaprire il percorso emancipatorio che era stato sospeso; si fa riferimento alla legge 17 Luglio 1919, n. 1176 “*Sulla capacità giuridica delle donne*”. All’art 7 si stabiliva che: «*le donne potevano accedere, a pari titolo rispetto agli uomini, ad esercitare i pubblici impieghi, esclusi solo quelli che implicavano l’esercizio di poteri giurisdizionali o l’esercizio di diritti e potestà politiche o che attenevano alla difesa militare dello stato*». Il problema fu il regolamento di attuazione che ebbe un ruolo fortemente limitante e anche il consiglio di stato del 1920 autorizzò le Amministrazioni a individuare ulteriori cause di esclusione delle donne, tali da non

²² M.L.DE CRISTOFARO: “*Tutela e/o parità? Le leggi sul lavoro femminile tra protezione e uguaglianza*”, Bari, Cacucci, 1979, pp. 91-93

²³ M.V BALLESTRERO, “*La protezione*”, p. 456

consentire la loro presenza all'interno degli uffici stessi. La risposta ad una domanda posta dal ministro della Pubblica Istruzione inerentemente all'insegnamento delle donne nelle scuole di secondo grado fu: «*Il diritto dei cittadini a ricevere una valida e completa educazione scolastica, esclude di per sé che ad insegnare possa essere una donna, poiché quest'ultima date le sue qualità fondamentali (non modificabili da tirocinio e cultura), non potrà mai dare adeguato affidamento*»²⁴.

Il periodo fascista o corporativo si caratterizzò per il fatto di aver posto un brusco freno alle conquiste fino ad allora ottenute nell'ambito delle relazioni industriali; ci si riferisce alla libertà di organizzazione sindacale e alla liceità di qualsiasi forma di conflitto come sciopero e serrata.

Il legislatore perse la sua funzione innovatrice ed il suo intervento nella disciplina delle condizioni di lavoro divenne molto limitata e il diritto del lavoro si andò sempre più incorporando al diritto privato²⁵ (fase dell'incorporazione), attraverso il ridimensionamento della legge speciale, che assunse un ruolo integrativo e non più esclusivo, con la conseguente incorporazione di quest'ultima nella codificazione unitaria di diritto privato. Venne creato un sistema sindacale e contrattuale pubblicistico, completamente controllato dallo stato.

L'art 1 della legge 3 Aprile 1926, n. 563 sanciva formalmente il riconoscimento della libertà sindacale e la pluralità di quest'ultima, ma solo per non incorrere in problematiche per l'ammissione dei sindacati fascisti all'OIL. Infatti si trattava di una libertà "ipocrita", in quanto all'art. 1 si sanciva la volontaria adesione di una percentuale di almeno un decimo della categoria rappresentata dall'associazione ma a patto che

²⁴ A.GRECCHI: *"Globalizzazione e pari opportunità"*, Milano, F. Angeli, 2001, p. 40

²⁵ G.FALASCA: *"Manuale di diritto del lavoro. Costituzione, svolgimento e risoluzione del rapporto di lavoro"*, Gruppo 24 ore, 2012, pp. 4,5

un solo sindacato per ogni categoria di lavoratori e datori di lavoro potesse essere riconosciuto dal governo. Di fatto vi era un vero e proprio monopolio delle organizzazioni sindacali fasciste. Con il c.d. “*accordo di palazzo Vidoni*” nel 1925 i sindacati ottennero il riconoscimento da Confindustria e vennero dichiarate persone giuridiche di diritto pubblico, furono sottoposti ad un forte controllo statale tale da poterli sciogliere o ricorrere all’amministrazione forzata in qualsiasi momento²⁶.

Altra funzione della legge n. 563 del 1926 era quella di stipulare contratti collettivi con validità nei confronti di tutti i lavoratori appartenenti alla categoria professionale, i c.d. contratti *corporativi*. All’art. 10 si affermava che «*i contratti collettivi stipulati dalle associazioni di datori di lavoro, di artisti e di professionisti legalmente riconosciute avevano effetto rispetto a tutti i datori di lavoro, i lavoratori, gli artisti e i professionisti della categoria cui il contratto si riferiva*»; in sostanza producevano effetti per tutti gli iscritti ad una determinata categoria di lavoratori e per tutti coloro che si sarebbero iscritti in seguito²⁷.

Sempre la stessa legge si preoccupò di introdurre la Magistratura del lavoro, organo diretto a tutelare gli interessi derivanti dai rapporti collettivi. All’art 13 della legge 563/1923 era disciplinata la competenza della Magistratura; essa riguardava «*tutte le controversie relative alla disciplina dei rapporti collettivi di lavoro che concernano sia l’applicazione dei contratti collettivi o di altre norme esistenti, sia la richiesta di nuove condizioni di lavoro*»²⁸.

L’assetto politico del tempo non poteva tollerare le due forme di ribellione più diffuse del tempo - sciopero e serrata - vietati e perseguiti dalla Magistratura del lavoro; non per questo però tali forme sparirono;

²⁶ F.CARINCI, P.TOSI, R. DE LUCA TAMAJO, T. TREU: op.cit., p. 20

²⁷ M.V.BALLESTRERO: op.cit. p. 28

²⁸ G.C JOCTEAU: “*Sulla magistratura del lavoro*”, 1978, in M.V.BALLESTRERO: “Diritto sindacale”, Giappichelli, 2012, p. 35

infatti, secondo il Ministero di grazia e giustizia si ebbero 154 delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio per scioperi e serrate nel 1927²⁹.

La legge 569/1926 venne completata nel 1934 da una legge che introdusse le Corporazioni; si tratta di istituzioni pubbliche, destinate ciascuna ad ogni settore dell'economia. Esse avevano la funzione di regolare i rapporti collettivi e l'intera attività economica perseguendo sempre l'interesse superiore dello stato. Tuttavia il sistema burocratico del tempo fu da ostacolo allo sviluppo delle corporazioni.³⁰

Va ricordato, inoltre, che il regime fascista si caratterizzò per una non indifferente produzione di norme, a tal punto che nel 1942 la disciplina lavorista venne inserita all'interno del codice. Si trattò più che altro di una unificazione formale che sostanziale in quanto molti aspetti del sistema lavoristico vennero lasciati alla trattazione delle leggi speciali³¹.

Per quanto riguarda la figura della lavoratrice, che dal punto di vista del diritto del lavoro incarnava il soggetto maggiormente afflitto da discriminazione, negli anni del fascismo le donne furono completamente escluse dalla vita politica e sociale, come disse lo stesso Mussolini: «*Il vero posto della donna nella società moderna è, come in passato, nella casa*» oppure «*la guerra sta all'uomo come la maternità alla donna*». La propaganda del tempo non perdeva occasione per ricordare l'inferiorità delle donne rispetto agli uomini e la preponderante cultura antifemminista. Sempre Mussolini in un discorso del 1925 affermò: «*Non divaghiamo a discutere se la donna sia superiore o inferiore: constatiamo che è diversa*». *Con le loro piccole teste e le loro modeste*

²⁹ G.DE SANTIS, 1979, in M.V.BALLESTRERO: “*Diritto sindacale*”, Giappichelli, 2012, p. 36

³⁰ F.CARINCI, P.TOSI, R. DE LUCA TAMAJO, T. TREU: op.cit., p. 21-22

³¹ E.GHERA, A.GARILLI, D.GAROFOLO: op.cit., p. 9

*forze, le donne devono lavorare, s'intende, ma non devono 'rubare' posti agli uomini; soprattutto devono procreare, perché questa è la loro naturale funzione, e questo è l'interesse della nazione, che solo perciò accorda loro considerazione e protezione».*³²

Al modello fascista di donna dava supporto quello promulgato dalla Chiesa Cattolica; in particolare vanno ricordate le encicliche *Quadragesimo anno* e *Casti connubi* emanate da Pio XI nel 1931; in queste emerge quanto fosse forte la condanna da parte della chiesa nei confronti di qualsiasi forma di emancipazione femminile, sia economica che sociale, in quanto si privilegiava una concezione di donna strettamente legata alle mura domestiche; si sottolineano queste concezioni poiché fanno emergere la valida importanza della dottrina sociale della chiesa Cattolica di quei tempi.

Va tuttavia detto che negli anni del fascismo venne introdotta una importante disciplina sui diritti e i doveri della donna, fino ad arrivare a quella che è stata definita la *legislazione protettiva*, considerata per certi aspetti disparitaria o discriminatoria in quanto volta ad escludere lo svolgimento di alcune attività professionali, mentre per altri aspetti volta a migliorare notevolmente la tutela della lavoratrice permettendole di svolgere il ruolo di madre e moglie. Un esempio fu la legge 10 dicembre 1925, n. 2277 con cui venne istituita l'Organizzazione Nazionale per la Maternità e l'Infanzia, volta a tutelare la maternità e l'infanzia. Un altro esempio fu la legge 15 luglio 1934, n. 1347 recante "*Disposizioni sulle lavoratrici madri*" con cui si istituiva l'astensione obbligatoria a partire da un mese prima del parto fino alle sei settimane successive, garantendo il diritto alla conservazione del posto di lavoro durante la gravidanza³³.

³² E.SALVINI: "*Ada e le altre. Donne cattoliche tra fascismo e democrazia*", Milano, Franco Angeli, 2013, p. 22

³³ A.GRECCHI: "*Organizzazione e pari opportunità*", Franco Angeli, 2001, pp. 41,43

1.2 Il periodo transitorio e la costituzione

In seguito alla caduta del regime fascista il governo Badoglio abrogò le corporazioni e le istituzioni tipiche della fase corporativa del regime. Le organizzazioni sindacali di diritto pubblico vennero sottoposte a gestione commissariale da parte di uomini dell'antifascismo³⁴.

Con il c.d. “*Patto di Roma*” firmato il 3 Giugno 1944 i sindacati legati ai tre maggiori partiti del tempo - Democrazia cristiana, Partito comunista, Partito socialista - fondarono la Confederazione generale italiana del lavoro CGIL; si trattava di un sindacato unitario che si poneva in maniera autonoma rispetto ai partiti politici del tempo, portatore di interessi generali riguardanti tutti i lavoratori. L'unità durò pochi anni, in quanto i primi a uscire furono i membri del partito socialista.³⁵

Con il superamento del fascismo la costituzione repubblicana funge da punto di partenza per una nuova fase del diritto del lavoro, inquadrandolo come elemento fondante la repubblica (art 1: *L'Italia è una repubblica democratica fondata, sul lavoro*). Ad emergere è soprattutto la posizione di vantaggio e di svantaggio incarnata rispettivamente da datori di lavoro e lavoratori e la conseguente volontà di tutelare quest'ultimi, considerando il lavoratore come parte debole del contratto. Questa non deve essere considerata come un *favor* per il lavoratore, bensì come una riqualificazione sociale di questa figura, nel più ampio programma di sancire la dignità sociale del cittadino (art 3). Si sottolineano, a tal proposito, gli artt. 35 in cui viene prevista la tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni e l'art 4 che riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e la promozione di tutte le condizioni che rendano

³⁴ F.CARINCI, P.TOSI, R. DE LUCA TAMAJO, T. TREU: op.cit., pp. 22

³⁵ M.V.BALLESTRERO: op.cit., pp. 38,39

effettivo questo diritto. Altre norme specifiche riguardano l'art 36, dedicato alla retribuzione, orario massimo di lavoro, riposo e ferie e l'art 37, che disciplina il lavoro delle donne e dei minori³⁶. Per la prima volta si cercò di considerare le esigenze di parità del lavoro femminile e la tutela della famiglia (art 37: *“la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore..... Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione”*); di fatto, si cercò di garantire alla donna la possibilità di realizzarsi, sia in ambito lavorativo che familiare. Uno dei problemi maggiori fu l'interpretazione del concetto *“parità di lavoro”*; in linea teorica esso è strettamente connesso al diritto delle lavoratrici ad una retribuzione pari a quella percepita dai loro colleghi uomini, ogni qualvolta vi sia equivalenza nelle mansioni svolte, ma in realtà esso costituisce, ancora oggi, uno dei problemi non ancora risolti, in quanto la retribuzione femminile è tutt'ora inferiore a quella maschile³⁷.

Gli artt. 39, 40 e 46 riconoscono i diritti di partecipazione collettiva operanti nei confronti dello stato. In particolare l'art 39 sancisce la libertà dei sindacati, il riconoscimento della personalità giuridica e della loro capacità contrattuale; l'art 40 introduce la libertà di sciopero; l'art 46 prevede il riconoscimento per i lavoratori della collaborazione nelle aziende. Tutte queste norme vennero poste col fine di tutelare non esclusivamente il contraente debole in quanto tale, ma in un orizzonte più ampio, quello della garanzia dei diritti sociali.

Si parla, infatti, di titolarità *«di diritti soggettivi idonei a realizzare l'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale garantita in una prospettiva*

³⁶ E.GHERA, A.GARILLI, D.GAROFALO: op.cit., pp. 10,11

³⁷ A.GRECCHI: *“Organizzazione e pari opportunità”*, Franco Angeli, 2001, p. 48

dinamica dall'art 3, comma 2 della costituzione»³⁸. In sostanza ad essere tutelato non è il lavoratore subordinato, poiché appartiene ad una categoria sotto protetta, ma il lavoratore subordinato in quanto cittadino.

Si vuole sottolineare anche la particolare importanza che la costituzione attribuì al diritto del lavoro rispetto al diritto civile o commerciale. Vi è stata una volontà di intervento non solo nei rapporti tra lo Stato e i privati o lo Stato e i suoi stessi organi ma nel rapporto tra i privati stessi, considerati però, secondo la posizione rivestita nella società civile. In questo senso si rinviene una certa vicinanza tra diritto del lavoro e diritto pubblico e il diritto privato non poté più restare neutrale, bensì dovette trovare un nesso con la costituzione, privilegiando, la tutela dei diritti della classe debole rispetto alla propria posizione di potere autoritario. Un esempio è l'art 41, che garantisce l'iniziativa economica privata, ponendo come limite invalicabile l'utilità sociale, la dignità, la libertà e la sicurezza della persona³⁹.

1.3 La legislazione post-costituzionale e le influenze sovranazionali.

Dopo l'emanazione della Costituzione il legislatore continuò a percorrere la strada di una legislazione a stampo *protettivo*. In quegli anni venne emanata la legge 26 Agosto 1950, n. 850 "*Norme sulla tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri*", rivolta a salvaguardare l'integrità fisica del feto e della donna in conseguenza dei danni che potevano verificarsi sul posto di lavoro e la possibilità di potersi astenere

³⁸ E.GHERA: "*Diritto del lavoro*", Cacucci, 1983, p. 19

³⁹ E.GHERA: op.cit., pp. 15,17

dal lavoro nel periodo che andava da tre mesi prima del parto alle otto settimane dopo il parto. Il problema però riguardava sempre il fatto che questa doveva considerarsi una legge che proteggeva un soggetto fisicamente inferiore, secondo un approccio di tipo salvifico.

La legge 860 del 1950, inoltre, tutelava la donna dai casi di licenziamento nel periodo che andava dalla gestazione fino al compimento di un anno di età del bambino; il limite della legge risiedeva nel fatto di non lasciare chiaramente intendere le conseguenze che si potevano verificare nel caso in cui il licenziamento venisse illegittimamente intimato. Non si capiva se il licenziamento fosse nullo o inefficace: la tesi prevalente lo riteneva temporaneamente inefficace e questo comportava che il licenziamento dopo il periodo di legittima sospensione poteva tornare ad essere efficace.

Il limite all'emersione di una parità di diritti tra lavoratore e lavoratrice emergeva anche dalla sopravvivenza alla costituzione di quelle che erano le c.d. "*clausole di nubilato*", inserite nel contratto da parte del datore di lavoro che poteva applicarle nel caso in cui la lavoratrice avesse deciso di sposarsi. Ad ogni modo le donne di quegli anni ed ancora oggi, si vincolavano o "*a parole*" o tramite la stipulazione di un foglio di dimissioni in bianco che il datore poteva utilizzare in qualsiasi momento, riuscendo a far apparire il licenziamento per motivi di famiglia⁴⁰.

Anche i licenziamenti per causa di matrimonio erano molto diffusi e anch'essi sopravvissero alla costituzione. Le denunce ai sindacati da parte delle lavoratrici del tempo, dimostravano quanto spesso i datori di lavoro ricorressero a questi. Si trattava di denunce anonime, poiché nelle mani dei datori di lavoro risiedeva lo strumento del licenziamento *ad*

⁴⁰ A.GRECCHI: "*Organizzazione e pari opportunità*", Franco Angeli, 2001.

nutum, cioè la possibilità di licenziare la lavoratrice in qualsiasi momento senza nessuna pretesa di motivazione; questo illimitato potere, da parte dei datori di lavoro, era sancito dal codice civile all'art 2018.

Altro strumento di discriminazione del tempo era l'uso di contratti a termine con durata brevissima, che consentivano ai datori di lavoro di tenere sotto controllo lo stato civile delle lavoratrici, in quanto allo scadere del contratto, qualora le ex lavoratrici si fossero sposate, il contratto non veniva rinnovato. Per risolvere questi problemi si ricorse alla legge 9 Gennaio 1963, n. 7 con cui si stabilì la nullità per le clausole di nubilitato contenute nei contratti individuali, collettivi, e nei regolamenti. Queste clausole vennero considerate come non apposte, in tal modo preservando la validità del negozio giuridico.

Alla stessa stregua, nulli vennero considerati i licenziamenti per causa di matrimonio, in questo caso per esonerare la lavoratrice dall'ardua prova di dimostrare l'illecito motivo del licenziamento e si considerarono licenziamenti per causa di matrimonio tutti quelli effettuati nel periodo intercorrente tra la richiesta delle pubblicazioni ed un anno successivo alla celebrazione; si trattava, dunque, di una presunzione assoluta. Nulle vennero considerate anche le dimissioni della lavoratrice presentate nello stesso periodo in cui era prevista la nullità del licenziamento.

Vanno sottolineate anche le conseguenze della nullità del licenziamento previste dalla legge: si stabilì che la lavoratrice ingiustamente licenziata doveva essere riammessa in servizio, con una retribuzione che andava calcolata dal giorno del licenziamento fino alla data effettiva di reimmissione in servizio.

Dopo l'approvazione della legge n. 860 del 1950, seguì un periodo contraddistinto dal difficile tentativo di raggiungere la parità salariale, obiettivo principale dell'iniziativa sindacale con riferimento al lavoro femminile. Le tappe fondamentali di questo percorso furono la preparazione della conferenza nazionale delle lavoratrici del 1954 e la legge 22

Maggio 1956, n. 74, la quale ratificava la convenzione n.100 della Conferenza generale dell'Organizzazione internazionale del lavoro, concernente l'eguaglianza di remunerazione tra manodopera maschile e quella femminile, sottoscritta a Ginevra il 29 giugno 1951.

Nel 1957 iniziarono le trattative che si conclusero nel 1960, con l'accordo sulla parità salariale nell'industria sottoscritto dalle confederazioni nazionali del tempo; non si raggiunse una parità assoluta, ma questo tentativo venne considerato il primo passo verso l'attuazione del principio di eguaglianza.

Seguì in periodo in cui la normativa di tutela per le lavoratrici maturava e non si presentava più come una tutela di tipo protettivo. Tuttavia proprio la crescita della sicurezza e il maggior costo della manodopera femminile, probabilmente, furono gli elementi che provocarono, negli anni '60, un notevole aumento del tasso di disoccupazione femminile⁴¹.

Gli anni '70 furono caratterizzati dalla c.d. "*legislazione promozionale*", in particolar modo la legge 20 Maggio 1970, n. 300 assolve alla funzione di equilibrare i rapporti di potere non solo nell'azienda ma all'interno della società civile. La funzione promozionale di questa legge era diretta soprattutto a favorire l'attività sindacale e la contrattazione collettiva, oltre che alla funzione primaria di sostegno delle medesime attività. Inoltre si cercò di dare piena applicazione a quelli che erano i principi costituzionali, in particolare al rapporto tra prestatori e datori di lavoro, cercando di tutelare la dignità e la libertà della persona del lavoratore; di sollecitare e di garantire il libero svolgimento dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro. A tal proposito va sicuramente ricordato uno degli articoli fondanti la tutela antidiscriminatoria in riferi-

⁴¹ M.V BALLESTRERO: "Dalla tutela alla parità: la legislazione italiana sul lavoro delle donne", Bologna, Il Mulino, 1979, pp. 129,162

mento all'attività sindacale, cioè l'art 15, della legge 300/1970, considerato come «*la prima ampia consacrazione del principio di non discriminazione nel rapporto di lavoro*»

«È nullo qualsiasi patto od atto diretto a:

a) *subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte;*

b) *licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero.*

Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali»⁴².

Anche l'art. 16 si colloca in questa direzione, con riguardo però ai “Trattamenti collettivi discriminatori”, ma procediamo per gradi.

Alla previsione di nullità per motivi sindacali prevista dalla lett. a), sono state assimilate le discriminazioni per motivi politici e religiosi. Più tardi, in conseguenza dell'art. 13, Legge 300/1977 sono stati aggiunti i divieti di discriminazione per ragioni di sesso, razza e lingua. In seguito, il D.Lgs. n.216/2003 ha ampliato l'elenco introducendo le cause di handicap, età, orientamento sessuale, convinzioni personali, e ancora il d.lgs. n.215/2003 ha introdotto le discriminazioni per motivi di razza e origine etnica e il d.lgs. n.145/2005 ha equiparato le molestie sessuali alle discriminazioni. In sostanza, nella legislazione italiana le ipotesi di divieti di discriminazione sono state inserite progressivamente, in con-

⁴² E.GHERA: “*Diritto del lavoro*”, Bari, Cacucci, 1983, pp. 21,22

seguenza, per lo più, di direttive comunitarie alle quali è stata data attuazione graduale. Il licenziamento discriminatorio è attualmente disciplinato dall'art.3, legge n. 108 del 1990⁴³.

La fattispecie oggetto di tale divieto è solo strutturalmente e teleologicamente determinata, da questa affermazione emerge la soluzione, abbracciata dalla giurisprudenza, ad uno dei problemi più dogmatici sul tema della tutela discriminatoria nei rapporti di lavoro, e cioè quello della tassatività o meno dei motivi di discriminazione vietata; infatti la clausola “*qualsiasi patto od atto*” funge da *salva vita* per colpire qualsiasi provvedimento non definibile a priori che risulti lesivo del diritto di libertà e attività sindacale del lavoratore. Si vuole sottolineare inoltre, infatti, che la norma si rivolge a qualsiasi atto unilaterale o bilaterale di natura giuridica, distinguendosi dunque, dall'art 28 che si riferisce alla cessazione del comportamento.

«La discriminazione di carattere sindacale può avvenire, da parte del datore di lavoro, non solo privando il prestatore di particolari benefici o arrecandogli comunque danno, bensì, molto più sottilmente, attribuendo particolari benefici ai lavoratori che tengano un determinato comportamento e condizionandoli, così, nell'esercizio della libertà sindacale»⁴⁴. Con ciò sono vietati tutti quei trattamenti economici collettivi a carattere discriminatorio, corrisposti a gruppi di lavoratori in ragione del loro comportamento sindacale; ad esempio premi corrisposti a lavoratori che non abbiano scioperato o la previsione di maggiore retribuzione per coloro che non abbiano partecipato ad un'assemblea. Va sottolineato, infine, la scarsa applicazione di queste due norme (artt. 15,16), in quanto gli atti discriminatori del datore di lavoro per ragioni sindacali sono, nella prassi, contrastati tramite l'applicazione dell'art. 28 Statuto dei lavoratori, il quale prevede un trattamento più efficace, sia per la

⁴³ M.V. BALLESTRERO: “*Diritto sindacale*”, op.cit. pp. 171,176

⁴⁴ G.GIUGNI: “*Diritto sindacale*”, Bari, Cacucci, 2001, p.34

procedura sia per la sanzione, sottolineando come il rimedio della *nullità* civile sia del tutto inadeguato di fronte al fenomeno discriminatorio⁴⁵.

Seguendo sempre la linea promozionale, le leggi n. 1204 del 1971 sulle lavoratrici madri e 1044 del 1971 sugli asili nido, rappresentano il risultato di una lunga azione sindacale.

Con la legge 30 Dicembre 1971, n. 1204 si ottenne una (relativa) parità di trattamento tra le lavoratrici di vari settori, e si introdusse una tutela per le lavoratrici che avessero adottato o ottenuto in affidamento un bambino; in quest'ambito una tutela effettiva si ottenne solo dopo l'entrata in vigore della legge n. 903/ 1977. Venne allungato, per la lavoratrice madre, il periodo di astensione obbligatoria dal lavoro, da due mesi precedenti ai tre mesi dopo il parto.

Un' importante innovazione si ebbe con la legge 9 Dicembre 1977, n. 903 intitolata "*Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*", la quale sulla base di tre direttrici - statuizione formale della pari dignità delle lavoratrici e della parità di trattamento tra lavoratrici e lavoratori, promozione delle donne nel lavoro, incentivazione dell'occupazione femminile attraverso la riduzione del costo del lavoro delle donne - può considerarsi un momento di svolta nella legislazione antidiscriminatoria e per l'emancipazione della donna nel diritto del lavoro. Infatti, al suo interno, furono eliminati tutti i trattamenti protettivi che di fatto rendevano, in passato, diseguale la condizione giuridica delle donne; in sostanza vennero abrogate tutte le disposizioni di legge e le clausole contrattuali in contrasto con la legge n. 903 che stabilivano la parità di trattamento, ma che nella realtà dei fatti, accentuavano le diversità tra lavoratori e lavoratrici. A questi fece eccezione la legislazione sulla tutela della lavoratrice madre (legge n. 1204/1971).

⁴⁵ F. CARINCI, P.TOSI, R. DE LUCA TAMAJO, T. TREU: "Il diritto del lavoro", Utet, 2006, pp. 108,110. M.V. BALLESTRERO: "*Diritto sindacale*", Giapichelli, 2012, pp. 171,176

Va apprezzato anche il tentativo di estendere ai padri lavoratori alcune disposizioni di tutela della lavoratrice madre, introducendo nel nostro ordinamento la c.d. «*parità alla rovescia*», cioè le stesse tutele delle lavoratrice vennero riconosciute al padre che svolgeva le stesse funzioni della madre, qualora quest'ultima non ci fosse o fosse impossibilitata. La parificazione tra uomo e donna trovò, infine, applicazione nel divieto generale di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, nell'accesso al lavoro, nell'orientamento, formazione, perfezionamento, aggiornamento professionale, nella retribuzione, nell'inquadramento professionale, nell'attribuzione delle qualifiche e delle mansioni, nella progressione di carriera.

Nello Statuto dei lavoratori, venne inoltre stabilito che tutti gli atti discriminatori sono nulli, e all'art 15 si prevede un procedimento giudiziale per la repressione dei comportamenti discriminatori. Un'analisi dettagliata della legge verrà effettuata in seguito.

Seguì l'istituzione di un Comitato nazionale per la parità (Cnp), sulla falsa riga della Equal Opportunities Commission (Eoc) che, con sede a Manchester, svolgeva compiti di informazione, ricerca, ed era dotato di poteri di intervento coercitivo nelle controversie. Il Cnp venne istituito il 2 Dicembre 1983 e funzionò fino alla prima metà del 1987. Aveva funzioni di tipo consultivo, formulava proposte di carattere legislativo, poteva svolgere indagini dirette sui luoghi di lavoro e svolgere compiti di conciliazione delle controversie collettive in materia di discriminazione. In tre anni di vita il Cnp era riuscito ad avviare un lavoro di consulenza per le donne discriminate e aveva proposto nuovi programmi per nuove tecnologie e azioni positive per le lavoratrici. Aveva formulato una proposta, poi accolta con la legge n. 863/1984, relativa all'istituzione del consigliere di parità all'interno delle commissioni regionali per l'impiego; queste figure sottolineano l'importanza che si stava dando al problema della discriminazione femminile (confermato proprio dalla legge 903/1977 in cui emergeva il diverso approccio al

lavoro femminile), anche se, di fatto, il loro intervento non portò grandi risultati, essendo questi investiti di una funzione meramente consultiva⁴⁶.

Tuttavia va anche detto che la legge 903/1977 non ha proprio ottenuto tutti i risultati sperati, soprattutto con riferimento al principio della parità uomo-donna in relazione all'accesso al lavoro, al trattamento retributivo e alla progressione in carriera. Inoltre un elemento di notevole carenza si riscontrava anche nell'art 13, in quanto se la sanzione di nullità serve a togliere efficacia all'atto discriminatorio, essa però non si preoccupa a risarcire la lavoratrice del pregiudizio subito in termini di aspettative e occasioni mancate.

Proprio per questo, necessario, risultò il ricorso alla legge 10 Aprile 1991, n. 125, che introdusse nel nostro ordinamento le c.d. “*azioni positive*”. Si trattò di iniziative destinate ad intervenire direttamente sulle cause strutturali delle disparità tra uomini e donne, ponendosi come fine quello di assicurare uguali opportunità nelle diverse fasi della vita lavorativa.

Di esse venne apprezzata la tendenza ad eliminare le discriminazioni attraverso operazioni di riallineamento e di riequilibrio che non contraddicevano il principio costituzionale della parità poiché risultavano dirette a stabilire l'eguaglianza sin dalle condizioni di partenza.

In sostanza il legislatore del tempo ribadiva il fatto che esse «*costituivano uno strumento della realizzazione di pari opportunità, teologicamente qualificate dall'obiettivo immediato della legge di favorire l'occupazione femminile*⁴⁷», sempre perseguendo «*il rapporto di mezzo*

⁴⁶ M.V BALLESTRERO: “*Parità e oltre*”, Roma, Ediesse, 1989, pp. 41 ss.

⁴⁷ G. VIDIRI: “*La parità di trattamento: il lavoro femminile*”, Cedam, 1997, pp. 154,160

a fine con l'uguaglianza sostanziale, intesa come uguaglianza di opportunità degli individui di decidere sulla propria identità»⁴⁸.

Gli anni novanta si considerarono gli anni della c.d. “*età dell'oro*” della legislazione discriminatoria. Questo fu possibile grazie al processo di integrazione europea verso un ampliamento delle diverse ipotesi discriminatorie. In tal senso nel 1998 il Trattato di Amsterdam delegò il Consiglio europeo ad impegnarsi per combattere nuove forme di discriminazione legate alla razza, all'origine etnica, alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età, all'orientamento sessuale e alla religione.

Proprio in considerazione di queste nuove basi giuridiche, nel 2000 l'unione Europea adottò due nuove direttive in materia di discriminazione, la dir. n. 2000/43/Ce, che attua il principio della parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e la dir. n. 2000/78, che stabilì un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Queste due direttive davano applicazione all'13 del trattato di Amsterdam, tuttavia restava esclusa la discriminazione fondata sul sesso, in quanto veniva disciplinata in altri interventi del legislatore europeo.

Due anni più tardi venne approvata anche la direttiva n. 2002/73 del Parlamento europeo e del Consiglio – che modificando la direttiva 76/207/CEE – disciplinava le discriminazioni di genere nell'accesso al lavoro, alle condizioni di lavoro e alla formazione professionale. La legge 1° Marzo 2002, n. 39 ha dettato i criteri di recepimento di tali direttive nel nostro ordinamento.

In conseguenza di ciò si ricorse nel nostro ordinamento ai d.lgs. n. 216/2003 limitatamente al campo dell'occupazione e delle condizioni di lavoro e al d.lgs. n. 215/2003 che all'art 3 stabilisce che il decreto «*si*

⁴⁸ G. VIDIRI: op.cit. p.156

applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato ed è suscettibile di tutela giurisdizionale» con lo specifico riferimento alla protezione sociale, inclusa la sicurezza sociale, l'assistenza sanitaria, le prestazioni sociali, l'istruzione, l'accesso a beni e servizi, alla formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale. Restavano escluse dal quadro generale antidiscriminatorio le differenze di trattamento basate sulla nazionalità; tuttavia per questa categoria di soggetti si ricorse all'unica formula di coordinamento con la disciplina previgente, si fece rinvio all'art. 43, commi 1 e 2 del testo unico 286/1998. Ai sensi di tale articolo si intende per discriminazione: “ogni comportamento che direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione, o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza, l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e in ogni altro settore della vita pubblica».

L'art 4 del d.lgs. 216/2003, procedendo nel senso di ampliare i casi di discriminazione all'interno del diritto del lavoro, si preoccupa di inserire all'interno dell'art 15 Statuto dei lavoratori, norma centrale della disciplina antidiscriminatoria, tutte le discriminazioni basate su handicap, orientamento sessuale o sulle convinzioni personali⁴⁹.

Sulla scia integrativa, di ciò che era stato delineato dalle regole nazionali degli anni settanta, relativamente all'ambito della parità uomo-donna, si pone il d.lgs. 145/2005.

Proprio all'art. 1, il legislatore specifica la volontà di voler integrare le disposizioni «già vigenti in materia di attuazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne e di promozione della

⁴⁹ L.CAFALÀ, D.GOTTARDI: “Il diritto antidiscriminatorio, tra teoria e prassi applicativa”, Roma, Ediesse, 2009, p. 62

partirà attraverso azioni positive, per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione professionali e alle condizioni di lavoro». Ciononostante tale decreto aprì una serie di problemi interpretativi, sui quali si intende affrontare in seguito.

L'anno successivo, il d.lgs. 145/2005 venne incorporato, con l'entrata in vigore del d.lgs. 11 Aprile 2006 n. 198, nel Codice delle pari opportunità tra uomo e donna a norma dell'art. 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246. Tale legge intitolata "*Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005*" ha riconosciuto al governo la delega ad adottare *«entro un anno dall'entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di pari opportunità, secondo i principi, i criteri direttivi e le procedure di cui all'art. 20 della legge 15 Marzo 1997, n. 59 e successive modificazioni»*⁵⁰.

Questo obiettivo è stato ampliato e descritto in modo più esplicito nel d.lgs. n. 5/2010 in attuazione della direttiva 2006/54/CE, comma 1, lett. ee., relativa al principio delle pari opportunità e delle parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.

Nel d.lgs. 198/2006 sono disciplinate le azioni positive "*programma*". Esse sono finalizzate alla predisposizione e ricostruzione del tessuto sociale in senso propositivo per le donne e alla ridefinizione del sistema delle regole sociali ed economiche che impediscono di accedere al mercato del lavoro alla stregua degli uomini e di essere messe in condizione di sostenere la competizione con essi.

⁵⁰ L.CAFALÀ, D.GOTTARDI: op.cit., pp. 67,77

Per quanto riguarda le modalità di intervento la direttiva 2006/54/Ce ha voluto lasciare agli stati membri la scelta del mezzo ritenuto più efficace tra quelli ammissibili: metodo preventivo, indennitario, risarcitorio⁵¹.

Attualmente la legge 92/2012 stabilisce che i licenziamenti per cause discriminatorie vengano tutelati con la reintegra e il risarcimento dei danni subiti. Questo comporta la verifica dell'esistenza, dietro un licenziamento apparentemente oggettivo, della presenza di un licenziamento discriminatorio.

A livello internazionale, le fonti principali che hanno disciplinato il principio di non discriminazione sono state sicuramente: la Carta di San Francisco del 1945 in cui si è affermata la volontà di «*promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzione di razza, di colore, di sesso, di lingua o di religione...*»⁵², si sottolinea inoltre che questa definizione è stata ripresa nella Convenzione 111 dell'OIL del 1958, in cui venne enunciato il principio della parità di trattamento e di eguaglianza in relazione al lavoro e alla professione. Nella dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, all'art.2 si è affermato che «... *ad ogni individuo*

⁵¹ L.LAZZERONI: *“Eguaglianza, lavoro, regole di parificazione: linguaggi e percorsi normativi”*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 245 ss.

⁵² I. DALLA ROSA: *“La direttiva 2006/54/CE –la parità di trattamento uomo-donna nell'accesso al lavoro tra strumenti di soft law e ruolo della corte di giustizia”*, in dspace.unive.it/bitstream/id/801/license.txt; [jsessionid=1EEEEAA9AFB7E5BE87AF012BB21A98EF5.](https://dspace.unive.it/bitstream/id/801/license.txt), 2009, p. 33

spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciati nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione...».

Va sicuramente menzionata l'approvazione nel 1979 della Cedaw –Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna- con cui per la prima volta venne definito il concetto di discriminazione di genere, infatti, l'art. 1 stabiliva che: *«l'espressione discriminazione nei confronti delle donne, concerne ogni distinzione esclusione o limitazione basata sul sesso che abbia come conseguenza o come scopo di compromettere o eliminare il riconoscimento, il godimento o l'esercizio da parte delle donne, quale che sia il loro stato civile, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo su base di parità tra l'uomo e la donna».*

Si fa un richiamo anche alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 in cui si dichiarava che il principio di godimento dei diritti e delle libertà *«...deve essere assicurato senza nessuna discriminazione...»*⁵³.

Successivamente il trattato di Amsterdam, la Carta di Nizza, la Carta Costituzionale Europea e il trattato di Lisbona (che saranno approfonditi in seguito) si proporranno l'obiettivo riconoscere più autonomia al principio di non discriminazione, superando il concetto prettamente legato ad obiettivi di tipo economici (tipici della comunità), e riconoscendo a esso valore di principio fondamentale.

⁵³ I. DALLA ROSA: op.cit. p.34

1.4 Tra uguaglianza e diversità. Il principio di non discriminazione e la parità di trattamento

All' art. 3, 1° comma, della Costituzione italiana si afferma: «*Tutti i cittadini hanno pari dignità e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*». Dietro questo principio si nasconde un'incertezza, in quanto da un punto di vista descrittivo-letterale verrebbe da dire che la norma ricalca un quadro giustissimo che la Repubblica dovrebbe perseguire, ma ragionando in termini empirici la prima cosa che si tende a percepire è la diversità tra persone, per tutta una serie di situazioni: età, sesso, condizioni economiche e fisiche, origini sociali. Se invece si studia la norma da un punto di vista giuridico l'uguaglianza sembrerebbe apparire come un auspicio, come se l'uguaglianza fosse un'aspirazione incompiuta e disattesa al punto che è compito del diritto promuovere; o ancora, verrebbe da chiedersi: gli uomini si considerano davvero uguali o si necessita dell'intervento del diritto per garantire ciò?

Dinanzi a queste perplessità vale la pena citare un passo del *Contratto sociale* di Rousseau, il quale aveva risposto ad un interrogativo molto simile: «*anziché distruggere l'uguaglianza naturale, sostituisce al contrario un'uguaglianza morale e legittima a quel tanto di disugua-*

glianza fisica che la natura ha potuto porre tra gli uomini; i quali potendo essere disuguali quanto a forza o ingegno, diventano tutti uguali per convenzione e di diritto⁵⁴».

In realtà, esisterebbe una forma di *uguaglianza morale* come una sorta di elemento imprescindibile; compito della legge e dei giudici è quello di salvaguardare o ripristinare tale elemento, se per qualsiasi ragione esso dovesse venir meno.

Dunque, funzione del diritto non è considerare le persone “uguali”, piuttosto non discriminarle per le proprie diversità; infatti, il diritto si serve del divieto di discriminazione come criterio per assicurare pieno rispetto e compimento al principio di uguaglianza.

Volgendo nuovamente lo sguardo all’art. 3, 1° comma si nota che il principio costituzionale svolge diverse funzioni; oltre a vietare arbitrarie discriminazioni, fondate su una tipica condizione soggettiva, si riconosce un fine di portata generale del principio medesimo. Proprio per questo nel secondo comma i costituenti si sono preoccupati ad andare oltre l’affermazione di un principio di carattere fondamentale, assegnando allo Stato l’obbligo di garantire l’effettiva fruizione della libertà e l’effettiva garanzia dell’uguaglianza. È noto, infatti (2° comma, art. 3 Costituzione), *«che è compito dello Stato rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l’uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, sociale del paese».*

In sostanza, i costituenti hanno dato considerazione al fatto che i principi menzionati al primo comma possono restare del tutto imprigionati nella loro astrattezza, se non si ripone l’attenzione alle condizioni che di fatto impediscono il loro effettivo rispetto. Alla luce di ciò è

⁵⁴ M.ZANICHELLI: “Il valore dell’eguaglianza nel diritto e il principio di non discriminazione”, in <http://formazione.lavoro.regione.emilia-romagna.it/>

chiaro che il problema non è tanto l'esistenza dei diritti fondamentali ad essere messa in discussione ma la garanzia di esercitarli⁵⁵.

Nell'ottica del contrasto tra il piano dell'astrattezza e quello della concretezza emerge il tipico rapporto dialettico tra eguaglianza formale e eguaglianza sostanziale. Ogni volta che il legislatore interviene a favore di alcune categorie di soggetti - categorie che si caratterizzano dalla presenza di uno dei fattori di differenziazione - nel momento in cui interviene, compie un atto *diseguale* in quanto vengono sfavoriti soggetti non connotati dalla presenza di uno di quei fattori di differenziazione.

Un tipico esempio di categoria di soggetti in cui è presente un elemento di differenziazione è quella del lavoratore subordinato: quest'ultimo riveste la parte di *contraente debole* nel rapporto di lavoro. La Costituzione, intervenendo con una disciplina di *favor* per questa categoria di soggetti, ha tutelato una classe di cittadini che da sempre è stata sottomessa al *dominus* (datore di lavoro) adempiendo a quel principio di uguaglianza sostanziale, ma allo stesso tempo ha messo nelle mani di questa categoria una serie di strumenti giuridici tali da distinguerla e pertanto renderla necessariamente *diseguale* rispetto alla controparte. Tutto ciò è compiuto dall'ordinamento lavoristico con il fine di contrastare la dominante forza del datore di lavoro.

All'interno della categoria lavoratori svantaggiati esistono diverse realtà. Una prima, se non tipica, classe di lavoratori svantaggiati è quella delle donne. Sicuramente la legge 125/1991 contiene tutte le riflessioni sull'opportunità del ricorso a strumenti come le azioni positive tali da determinare un diritto disuguale «*al femminile*» e realizzare l'uguaglianza sostanziale.

⁵⁵ G. DE SIMONE: "Dai principi alle regole, eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro", Torino, Giappichelli, 2001, pp. 1 ss.

Prima dell'entrata in vigore del D.lgs. 276/2003 le norme differenzianti erano qualificabili come *«preferential treatments, ovvero»* come se *«fossero norme che tenuto conto delle differenze deficitarie tra individui o classi di individui, si prefiggessero la rimozione di quei deficit e l'attribuzione di specifici vantaggi volti, appunto, a rimuovere quei deficit e a creare condizioni di effettiva eguaglianza sostanziale fra quegli individui e gli altri»*.

Oggi il diritto comunitario è la principale fonte che legittima il diritto diseguale, al punto che: *«non possono essere qualificate e legittimate come azioni positive, misure che non corrispondano alla definizione normativa posta dal diritto comunitario e che non possano garantire il raggiungimento dell'obiettivo imposto: la piena parità tra gli uomini e le donne»*⁵⁶.

La Corte di Giustizia, con il caso *Mangold*, ha avuto modo di esprimersi su un nuovo principio di eguaglianza, da considerare come principio generale del diritto comunitario che trova fondamento nelle carte Costituzionali dei vari stati membri della comunità e nella Carta dei diritti fondamentali del 2000 (quest'ultima dopo il trattato di Lisbona ha assunto lo stesso valore giuridico dei trattati, dedicando un intero capitolo all'uguaglianza); tale carta iscrive il principio di eguaglianza per la prima volta tra i principi fondamentali, lo declina come diritto a non essere discriminati (artt. 21 e 23) e a preservare la propria diversità culturale, religiosa e linguistica (art.22); viene inteso come garanzia della libertà e della tutela sociale e come forma di promozione della comunità verso una maggiore sensibilizzazione della vita delle persone disabili

⁵⁶G. DE SIMONE: *“Obiettivi e tecniche del diritto diseguale nei confronti dei lavoratori svantaggiati”*, in M.V BALLESTRERO, G.G BALANDI: *“I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale”*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 71 ss.

(art.26)⁵⁷. In particolare secondo la Corte il principio di eguaglianza insieme ai divieti di discriminazione ha una vita propria, che prescinde dall'applicazione delle direttive da parte dei vari Stati membri, delineandone una natura incondizionata. Sostenere che si prescinde dall'applicazione di una direttiva da parte del singolo Stato, significa che si finisce per attribuire a essa un effetto simile all'efficacia diretta orizzontale; in tal modo il principio d'eguaglianza potrebbe assumere nell'ordinamento comunitario una latitudine simile a quella che riveste negli ordinamenti costituzionali interni, regalando una lettura nuova del rapporto tra politiche e diritti fondamentali.

Secondo l'opinione dell'avvocato Geelhoed nella causa *Chacon Navas c. Eurest Colectividades SA*, un'interpretazione così estensiva del principio di non discriminazione al punto da oltrepassare i limiti stabiliti dall'art. 13 del trattato CE, comporterebbe un ampio margine di discrezionalità tale che la scelta, che i vari stati hanno, di strumenti da usare per il raggiungimento dei propri obiettivi verrebbe ridotta. E' chiaro, dunque, che si delinea un principio di eguaglianza che punta a «forzare, in guisa proprio di leva di Archimede, i limiti della ripartizione delle competenze tra centro e periferia»⁵⁸, dove per centro e periferia si intende proprio il rapporto tra i singoli stati e la comunità.

Da notare è l'importanza che il divieto di discriminazione e il principio di uguaglianza assumono nel *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea* (ovviamente si considera dopo l'approvazione del Trattato di Lisbona). In particolare, nella parte dedicata ai principi, si afferma che l'Unione si propone di «eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomini e donne» (art.8) e «a combattere le

⁵⁷ M.BARBERA: "Il nuovo diritto antidiscriminatorio", Giuffrè, introduzione, 2007

⁵⁸ M.BARBERA: "Il principio di uguaglianza nel sistema europeo multilivello", Viella, 2011, pp. 1 ss.

discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità l'età o l'orientamento sessuale» (art.10). La parte che segue (parte seconda) è intitolata “*Non discriminazione e cittadinanza dell’Unione*” puntualizza il divieto di «*ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità*» e si prevede che «*Il Parlamento Europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni*» (art.18). Inoltre, «*Il Consiglio, deliberando all’unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l’origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l’età o l’orientamento sessuale*» (art. 19, 1° comma). Nella terza parte, intitolata “*Politiche e azioni interne dell’Unione*”, si prevede l’impegno da parte degli stati membri di escludere «*qualsiasi discriminazione fra i cittadini degli Stati membri per quanto riguarda le condizioni relative all’approvvigionamento e agli sbocchi*» (art. 37, 1° comma), «*l’abolizione di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli stati membri, per quanto riguarda l’impiego, la retribuzione, e le altre condizioni di lavoro*» (art.45, 2° comma); e ancora, «*l’applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore*» (art.157, 1° comma)⁵⁹.

Il principio di uguaglianza merita un’analisi non solo nei confronti dei lavoratori regolari ma anche per coloro che devono accedervi (e quindi ciò che riguarda la fase della domanda e dell’offerta). Il diritto del lavoro da sempre ha applicato una tecnica di tutela eccessiva per alcuni a danno di altri. Le riforme dell’ultimo decennio hanno manifestato l’intenzione di cambiare questa impostazione, aprendo le porte ad

⁵⁹ M.ZANICHELLI: op.cit.

una tutela più efficace nei confronti di lavoratori occupati e disoccupati, tipici e atipici, stabili e precari e che offra a tutti pari opportunità di accesso e conservazione del lavoro. Dunque si aprono le porte ad un diritto che tutela meno ma tutti, in sostanza si deve parlare, ancora una volta, di un'uguaglianza in senso orizzontale più che verticale⁶⁰, un esempio in tal senso è l'art. 10 del d.lgs. n. 276/2003 che vieta alle agenzie per il lavoro e agli altri soggetti pubblici e privati, che svolgono ricerca del personale, di effettuare la preselezione sulla base di caratteristiche soggettive tali da dar luogo a discriminazione. Questa tutela è molto precaria poiché spesso l'assunzione si basa proprio su tali caratteristiche, in quanto incidono sulle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa⁶¹. «*La deroga andrebbe letta quanto meno alla luce dello standard di giudizio elaborato per i casi si bona fide occupational qualifications*»⁶².

Giunti a questo punto ci si preoccupa di rispondere alla domanda: che cosa si intende con il concetto di discriminazione?

Il termine stesso “discriminazione”, deriva dal latino «*discrimen/discriminis*»⁶³ e sta ad indicare «ciò che serve a separare», compito dell'ordinamento è quello di evitare che tale separazione si realizzi. Per questo motivo si sono introdotti nell'ordinamento i divieti di discriminazione che servono proprio ad impedire che elementi che caratterizzano alcuni soggetti, separino alcuni individui nell'attribuzione di vantaggi o benefici.

⁶⁰ M.BARBERA: op.cit. p.1 ss.

⁶¹ M.V BALLESTRERO: “*Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro. Note introduttive*” in LD, 2004, p. 503

⁶² M.BARBERA: op.cit. p.1 ss.

⁶³ L.LAZZERONI: “*Eguaglianza, lavoro, regole di parificazione: linguaggi e percorsi normativi*”, op.cit., p. 94

La discriminazione viene definita come una forma di «*sussunzione legislativa*» delle divisioni. Tramite queste sussunzioni il legislatore ottimizza i principi di uguaglianza e giustizia all'interno dell'ordinamento giuridico. Dunque si distinguono due fasi nel processo discriminatorio quella della *differenza*, che individua un momento statico o una condizione di fatto di un singolo o gruppi di individui; e quella della *distinzione*, la quale, a sua volta può essere intesa come fase dinamica, poiché individua sia l'atto che il prodotto di un processo di classificazione di individui, frutto o dell'opera diretta di terzi, o prodotta da preconcetti o stereotipi, figli del conteso sociale. In sostanza il passaggio da una fase all'altra si ha nel momento in cui qualcuno attribuisce valore alla differenza; la discriminazione si integra nel momento in cui sono state individuate delle classi di soggetti e per questi si individuano strumenti giuridici di intervento. Il divieto di discriminazione impedisce che, ad una categoria di soggetti accomunati da determinate differenze tali da aver determinato delle distinzioni, si applichino trattamenti differenziati. Il divieto di discriminazione non è altro che uno strumento del principio di uguaglianza, capace di ribadire e rafforzare il principio medesimo in rapporto a determinati aspetti⁶⁴.

Si reputa opportuna, giunti a questo punto, un'analisi sul principio della parità di trattamento, alla luce del principio di eguaglianza.

La regola che spesso si applica è quella secondo la quale si tende a collegare il principio di eguaglianza alla regola del trattamento paritario per coloro che sono uguali e diversificato per coloro che sono diversi. Alla luce di ciò il principio di eguaglianza si pone come ragione di fondo della pretesa di trattamenti paritari –per coloro che versino nelle medesime condizioni oggettive/soggettive-.

Dunque viene da chiedersi quale sia l'anello di congiunzione tra il principio e la regola, tra eguaglianza e parità. Il criterio di razionalità –

⁶⁴ L. LAZZERONI: op.cit., pp. 93,99.

da intendersi come strumento del principio di giustizia – funge da nesso e consente di considerare eguali determinati soggetti, sulla base di alcune caratteristiche, diversi, sulla base di altre. Il principio di razionalità consente di capire quali sono gli elementi da considerare per l'applicazione del principio di uguaglianza: «*se il trattamento deve essere eguale in condizioni pari, ciò significa che la norma non può che estendersi a tutte quelle situazioni nelle quali ricorrerebbe la sua ratio; e se deve essere diverso in condizioni diverse, ciò significa che deve estendere la sua applicabilità a quelle soli situazioni nelle quali detta ratio non ricorre*»⁶⁵.

Se la parità costituisce il profilo *propositivo* dell'eguaglianza, il divieto di discriminazione, a sua volta, si configura come strumento *limite* dell'eguaglianza, posto nei confronti di chi esercita il potere (ossia il datore di lavoro). È Su queste basi che il divieto di discriminazione e la parità di trattamento vanno interpretati come due criteri «*collegati sotto il profilo della politica legislativa del diritto ma distinti sotto quello giuridico*»⁶⁶.

Divieto di discriminazione e parità di trattamento sono partoriti dalla stesso principio ma sono destinati ad operare in direzioni opposte. Il divieto di discriminazione impedisce atti di diversificazione tra soggetti e sulla base di un elemento differenziale; la parità di trattamento vuole garantire lo stesso trattamento in favore di soggetti che si possono raggruppare nella stessa categoria e allo stesso modo garantire un trattamento diverso nei confronti di soggetti che si trovino in condizioni diversificate.

⁶⁵ A. CERRI: “*L’eguaglianza*”, Roma Bari, Laterza, 2005, p. 21

⁶⁶ P. CHIECO: “*Principi costituzionali, non discriminazione e parità di trattamento: recenti sviluppi nella giurisprudenza*”, in Riv. Giu. Lav., 1989, 1, pp. 474, 475

L'elemento comparativo ha fatto sorgere un notevole dibattito tra i giuristi, in particolare per alcuni ritengono che per il divieto di discriminazione non è necessario ricorrere ad una comparazione tra individui sulla base di determinati fattori; mentre altri, ritengono più utile la comparazione per la parità di trattamento; e altri ancora che la individuano come fattore necessario sia per il divieto di discriminazione che per la parità di trattamento. Tuttavia se abbraccia il doppio binario – per cui la parità di trattamento è il proposito del principio di eguaglianza e il divieto di discriminazione, il profilo inibitorio di chi esercita potere- il profilo comparativo risulta del tutto superfluo. In linea teorica, infatti appare superfluo che, la parità richieda un confronto tra soggetti cui deve essere garantita un'attribuzione; invece il divieto di discriminazione necessita l'individuazione dei criteri o circostanze, al verificarsi delle quali il soggetto agente deve astenersi da comportamenti che possano pregiudicare chi possiede determinate caratteristiche⁶⁷.

Un'analisi merita l'inquadramento del principio della parità di trattamento all'interno della normativa Europea. Appaiono ben evidenti le differenze rispetto al diritto interno. Intanto la regola paritaria non sembra avere una diretta derivazione dal principio di uguaglianza e solo a tratti si relaziona con il divieto di discriminazione. Infatti ogni volta che si richiama il principio paritario questo non viene evocato come subordinato da una legittimazione voluta dal principio di eguaglianza. Solo nella carta di Strasburgo e nel trattato con cui si voleva adottare una costituzione per l'Europa, la parità di trattamento – riferita al genere- trovava collocazione dentro il Titolo rubricato “uguaglianza”.

Il legislatore interpreta la parità di trattamento alla stregua di un principio con una propria autonomia più che un completamento del principio di eguaglianza. Dunque nel panorama europeo si nota questa sovrapposizione del principio paritario a quello di uguaglianza; questo si

⁶⁷ L. LAZZERONI: op.cit., pp. 106 ss.

pone in contrasto con numerose Costituzioni degli stati membri, tra cui quella italiana.

Un esempio in cui la regola paritaria è considerata principio è l'art 157 del Trattato: «*Il Parlamento europeo e il Consiglio (...), adottano misure che assicurano l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne...*»; ma anche in altre direttive (75/117/Cee, 76/207/Cee, 79/7/Cee, 2004/113/Ce) fino a essere considerato *principio fondamentale* con la decisione n.2001/51/Ce, e le direttive 2002/73/Ce e 2006/54/Ce.

Oltre la Carta di Nizza (poi Strasburgo), e il Trattato sulla Costituzione per l'Europa, solo la direttiva 99/70/Ce inquadra la discriminazione e la parità di trattamento come due modelli indipendenti di tutela dal valore regolativo, si legge, infatti, nel 3° capoverso del preambolo che: «*la volontà delle parti sociali di stabilire un quadro generale che garantisca la parità di trattamento ai lavoratori a tempo determinato proteggendoli dalle discriminazioni*»⁶⁸.

1.5 Le direttive 2000/43 e 2000/78: analisi e innovazioni

All'art 13 del trattato di Amsterdam si afferma che, il Consiglio su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento, «*può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza, l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap l'età o le tendenze sessuali*». Tale principio a sua volta è connesso con uno dei valori fondanti l'Unione Europea contenuto, l'art. 21 della Carta di Nizza, ai sensi del quale si vieta «*qualsiasi*

⁶⁸ L. LAZZERONI: op.cit., pp. 136 ss.

forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione, o le convinzioni personali, le opinioni politiche o qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali». Tali principi hanno sollecitato la Commissione a non restare ferma bensì a darvi applicazione. Ciò è stato effettuato tramite l'approvazione della direttiva 2000/43 da parte del Consiglio, la quale attua la parità di trattamento tra le persone, prescindendo dalla razza e dall'origine etnica; e successivamente la direttiva 2000/78 finalizzata a stabilire una cornice per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione, le convinzioni personali, l'handicap, l'età, e le tendenze sessuali ed avente ad oggetto la preoccupazione di dare attuazione alla parità di trattamento in ambito occupazionale e guardando alle condizioni di lavoro⁶⁹.

Questa coppia di direttive ha finito per determinare un notevole processo di uniformazione del sistema comunitario di tutela contro le discriminazioni. Infatti, tali direttive – soprannominate direttive di *seconda generazione*, insieme alla direttiva 2002/73- differiscono da quelle emanate negli anni 1970, 1980, 1990, poiché nel loro intento uniformatore e per ragioni di coerenza sistematica si impegnano a dare una definizione al fenomeno discriminatorio. Definizione, ripresa successivamente nella direttiva del 2002/73 CE⁷⁰.

In questa fase si apre dunque, una non indifferente attenzione da parte del legislatore comunitario al fenomeno discriminatorio -inteso come fenomeno dinamico- e alle innumerevoli sfaccettature che ad esso si affiancano.

⁶⁹ P.CHIECO: *“Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione”*, in Rivista italiana del diritto del lavoro, 2002, 1, p.75 ss.

⁷⁰ D.IZZI: *“Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie di seconda generazione”*, in Giornale del diritto del lavoro, 2003, p. 423.

Ad un primo sguardo si nota la scelta del legislatore comunitario di svincolare l'elemento razziale da quello religioso; infatti, nella prima direttiva si fa riferimento all'elemento razziale e a quello etnico senza considerare quello religioso; nella seconda invece, appare quello religioso senza considerare – a sua volta- il richiamo razziale e etnico.

La dottrina ha criticato questa impostazione poiché razza e religione sono sempre stati intesi come elementi paralleli oltre al fatto che nella norma del trattato – che legittima le due direttive- sono trattate congiuntamente e per di più tale scelta non è stata accompagnata da nessuna spiegazione. Questa critica, non è del tutto marginale, poiché cela una riflessione più profonda: visto che le due direttive producono effetti, molto spesso, in ambiti diversi, sarebbe stato più opportuno ricorrere non tanto ad un'unica direttiva, quanto piuttosto, ad entrambi i fattori in entrambe le direttive⁷¹.

Si è sostenuto che il percorso per l'affermazione dei singoli divieti di discriminazione sia stato un processo di origine prevalentemente giurisprudenziale, come «un riflesso della confluenza di intuizioni giudiziali»⁷². In passato le tematiche della discriminazione e dell'eguaglianza erano state condizionate da alcuni fattori, tra i questi il fatto che i divieti di discriminazione erano enumerati; il fatto che si trattasse di un giudizio meramente comparativo, in quanto i giudici dovevano verificare se i soggetti tutelati erano stati più svantaggiati di altri nella distribuzione dei beni, senza poter verificare la giustizia nelle scelte compiute; la tutela antidiscriminatoria era un diritto a contenuto negativo; il principio di uguaglianza era di tipo formale.

⁷¹ N. FIORITA: *“Le direttive comunitaria in tema di lotta alla discriminazione, la loro tempestiva attuazione e l'eterogenesi dei fini”*, in www.olir.it, pp.3 ss.

⁷² M.BARBERA: *“Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario”*, in *Giornale di diritto del lavoro*, p. 402

Successivamente, con le direttive di nuova generazione, si è in presenza di un forte cambiamento, poiché si assiste ad un allargamento, quasi universalistico della tutela antidiscriminatoria; si ampliano i concetti di discriminazione, ad esempio si introduce la violazione della dignità della persona, cioè il diritto a non essere intimiditi, degradati, umiliati o offesi da importanza all'attribuzione di diritti a contenuto positivo⁷³.

All'art. 2 di entrambi i decreti, si è di fronte ad una prima definizione di discriminazione, sia diretta che indiretta. In particolare, per discriminazione diretta si intende *«quando, a causa della sua razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe tratta un'altra in una situazione analoga»*⁷⁴; a rilevare è l'elemento comparativo, quest'ultimo si può manifestare prescindendo dal fattore contestuale, se si effettua una comparazione con un uomo o una donna, si ammette che questi possono essere ipotetici o addirittura un uomo o una donna situati nel passato, questo dimostra l'enorme spazio a favore dell'interprete⁷⁵.

Mentre, per discriminazione indiretta si intende *«una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata razza o origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone, a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari»*⁷⁶. Si nota che: chi subisce il pregiudizio non deve necessariamente aver sofferto un danno concreto e attuale; non si deve

⁷³ M. BARBERA: op. cit., p. 410

⁷⁴ Art 2, comma 2, lett. a), direttive 43/2000, 78/2000

⁷⁵ M. BARBERA: op. cit. p.411

⁷⁶ Art 2, comma 2, lett. b), direttive 43/2000, 78/2000

trattare per forza di un gruppo ad aver subito il criterio o la prassi, ma può trattarsi di un singolo individuo. Il ricorso al dato statistico non consente solo di agevolare l'onere probatorio della parte ricorrente, la prova statistica si basa sul fatto che il singolo individuo è denotato da un aspetto che lo caratterizza (discrimina) e che esso condivide con un gruppo di persone, il gruppo «*porta ad un'obiettivizzazione del giudizio*»⁷⁷. È come se il legislatore facesse, tramite la direttiva quadro, un elenco di gruppi svantaggiati; compito del singolo sarebbe quello di dimostrare la sua appartenenza al gruppo, ma non è necessario che lo svantaggio sia condiviso dal gruppo stesso. In sostanza, secondo autori come Barnard e Happle a caratterizzare la nuova definizione di discriminazioni indirette sarebbero le prove statiche le quali fanno riferimento a fatti notori relativi alla situazione del gruppo.

All'interno delle direttive quadro, il divieto di discriminazione non si presenta come un divieto assoluto, infatti «*i divieti di discriminazione diretta ammettono deroghe, e gli effetti comparativamente più svantaggiosi preclusi dai divieti di discriminazione indiretta ammettono giustificazioni*»⁷⁸. Quindi la presunzione di illegittimità può essere vinta dimostrando la presenza di una deroga, questo mostra che non si è dinanzi a un divieto di natura assoluta, poiché la reale essenza del divieto è una tutela di tipo relativa e condizionata.

Accanto a quest'ultima critica si nota come obiettivo della norma comunitaria sia, per un certo verso, l'ampiezza della tutela, ma con uno sguardo più analitico sembrerebbe che tali provvedimenti fossero un passo indietro rispetto alla disciplina interna che era già in vigore prima dell'approvazione delle direttive.

In concreto, le garanzie previste dall'art. 43, d.lgs. n. 286/1998 - disciplina interna e anteriore rispetto alla direttiva comunitaria- non

⁷⁷ M.BARBERA: op.cit. p. 411

⁷⁸ M. BARBERA: op. cit., p. 410

erano rivolte alla elaborazione di un elenco tassativo di comportamenti specifici ma piuttosto prediligevano una nozione atipica di discriminazione. Questa scelta negli anni che andavano dall'emanazione del decreto legislativo al recepimento delle direttive comunitarie aveva prodotto –grazie allo strumento giudiziale- un allargamento della repressione dei comportamenti discriminatori, quindi si aveva un approccio di apertura a nuovi casi discriminatori. In seguito, con le direttive quadro, si fece un passo indietro, nel senso che veniva esclusa dalle direttive una vasta area, in quanto esse stabilivano di non includere le discriminazioni basate sulla nazionalità⁷⁹ (art.3, comma 2). Con uno approccio critico si è giunti a sostenere che tale esclusione avesse prodotto un'ulteriore effetto indiretto di depotenziare anche i divieti basati sulla razza e sull'origine etnica⁸⁰.

Il quadro normativo generale, nelle direttive, inerentemente alla nozione e alla struttura, si completa con l'inclusione delle molestie tra i fatti suscettibili di essere valutati al pari di qualsiasi discriminazione. Ampia discrezionalità si riconosce ai legislatori nazionali nella definizione di molestia, infatti il legislatore comunitario non si è preoccupato di imporre una nozione vincolante, ma rinvia alla legislazione degli stati membri⁸¹. Esse sono definite al 3° comma, dell'art 2, e vengono considerate come «*comportamento indesiderato adottato per motivi di razza e origine etnica e avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante*

⁷⁹ N. FIORITA: op.cit, p. 5

⁸⁰ M. BARBERA: "Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario", in *Giornale di diritto del lavoro*, 2003, p.407

⁸¹ P.CHIECO: op.cit., pp. 93 ss.

*od offensivo*⁸²». Qui non si effettua nessuna comparazione con la situazione di altri soggetti, ma si guarda solo all'idoneità dell'atto di ledere un bene protetto.

Anche un obbligo a contenuto positivo può essere considerato al pari di una discriminazione; si fa riferimento all'obbligo del datore di lavoro di mettere i lavoratori disabili in condizioni di accedere e ricevere una formazione adeguata allo svolgimento del lavoro, a meno che questo non significhi la sottoposizione a eccessive spese economiche. Il bilanciamento tra bisogni del disabile e spese a carico del datore di lavoro spetta al giudice.

L'ordinamento interno si è preoccupato di dare attuazione –in maniera tempestiva- alle direttive comunitarie, attraverso due (già citati) decreti legislativi (215 e 216 del 2003). Tali decreti hanno, similmente, la stessa impostazione presentata dalle direttive, infatti, per essi si ripropone l'opinione di poterli trattare unitariamente puntualizzando, di volta in volta, le caratteristiche che li contraddistinguono⁸³.

Nel prossimo capito si cercherà di analizzare, nello specifico, le novità apportate da tali decreti alla luce della giurisprudenza e delle ultime influenze comunitarie.

⁸² Art 3, comma 2, direttiva 43/2000

⁸³ N. FIORITA: op.cit. p. 1

CAPITOLO 2

LA DISCIPLINA ANTIDISCRIMINATORIA NELLA TUTELA MULTILIVELLO

2.1 *La parità di genere*

2.1.1 La parità di trattamento

Quando si parla di parità di genere si deve, necessariamente, compiere un'analisi sul principio delle pari opportunità, sulle tipologie di discriminazione e le rispettive definizioni (discriminazioni dirette e indirette) e sulle azioni messe a disposizione dal governo per la parità dei diritti.

Il diritto del lavoro italiano distingue nettamente il principio di parità di trattamento da quello di divieto di discriminazione. Il principio di parità di trattamento, infatti, *«impone di trattare in modo uguale situazioni uguali – si fa riferimento alla proporzionalità tra la prestazione retributiva e la retribuzione- il secondo impone di trattare in modo uguale situazioni differenti: impone cioè di ignorare una differenza, anche se rilevante»*⁸⁴.

L'art. 36 della Costituzione, sancisce il principio della parità di trattamento, in quanto il trattamento del lavoratore viene proporzionato

⁸⁴ V. VIALE: *“Le discriminazioni basate sull'età”*, in

<http://www.direfare nondiscriminare.com>.

alla quantità e alla qualità del suo lavoro. Inoltre, sempre nella Costituzione, si stabilisce che è compito della contrattazione collettiva, stabilire tale commisurazione, tale principio è conosciuto come principio della *giusta retribuzione*.

In tal senso, meritano di essere esaminate le modifiche contenutistiche apportate dalle direttive 2002 e 2006. Nella direttiva del 2002 il legislatore si è preoccupato di individuare le caratteristiche che deve contenere una situazione per essere ricompresa nelle specie discriminazioni dirette e nelle discriminazioni indirette.

A fungere da base giuridica alla direttiva del 2002 (oltre all'art.13) è l'art. 141 del trattato di Amsterdam (ex art.119), in cui si stabilisce che la parità retributiva tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, per lo stesso lavoro o per un lavoro di pari valore; inoltre, si cerca di definire cosa si intende per parità di retribuzione e si dichiara la possibilità per lo stato di intervenire ricorrendo a "*vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali*"⁸⁵.

Le direttive di *seconda generazione* costituiscono la chiave di volta, ad un sistema che per quasi 30 anni si era preoccupato esclusivamente della discriminazione di genere, cercando di creare una tipizzazione delle fattispecie precedentemente non tutelate.

Infatti, l'intento definitorio è rivolto soprattutto ai paesi che si cingono ad entrare nell'Unione Europea, ossia si pone la necessità di creare un clima più comprensibile e aperto alle problematiche della vita di ogni giorno, inerente la legislazione sulla parità di trattamento. Proprio per questo, compito della direttiva 2006/54/Ce è quello di creare un testo unico che fonde in se solo sette delle dodici direttive in tema di parità di

⁸⁵ Trattato di Amsterdam, Art. 141

trattamento cercando di omogeneizzare le definizioni e risolvere il problema delle ripetizioni e delle sovrapposizioni. Quindi si può dire che il fine ultimo non è prettamente politico cioè la creazione di un codice unico in materia di discriminazione, ma è individuabile come un fine di tipo tecnico, ossia favorire la funzionalità della normativa comunitaria.

Il tutto si colloca nell'attuazione della politica di *mainstreaming*, fortemente voluta in ambito comunitario, «*Gli stati membri tengono conto dell'obiettivo della parità tra gli uomini e le donne nel formulare ed attuare leggi, regolamenti, atti amministrativi politiche ed attività...*»⁸⁶, ma, si può dire che nel testo italiano non si trova lo stesso spirito, che invece è diffuso non solo nella norma di apertura ma in tutta la direttiva comunitaria. D'altro canto, il legislatore italiano ha pienamente colto l'obiettivo comunitario di ampliare il campo di applicazione della disciplina antidiscriminatoria: non solo al lavoro subordinato (come emergeva dall' art. 1 della legge 903/1977), ma a qualsiasi altra forma.

Riflettendo sulla disciplina italiana in materia di discriminazione di genere, non si può fare a meno che puntare sull'analisi del d.lgs. n. 145/2005, il quale attraverso l'attuazione della direttiva del 2002, ha modificato l'art. 4 della legge 125/1991 cc.1 e 2. In realtà tali previsioni erano già state oggetto di revisione nell'art. 8 del d.lgs. 196/2000, ma completamente dimenticate sia dal d.lgs. 145/2005 che dal codice delle pari opportunità (d.lgs.198/2006, il quale costituisce l'ultimo intervento in tema di pari opportunità).

Il d.lgs. 145/2005 all'art. 2 definisce il concetto di discriminazione diretta e indiretta, e si preoccupa di sostituire le previgenti definizioni

⁸⁶ Direttiva 73/2002, art. 1

contenute nei cc. 1 e 2 dell'art. 4, legge 125/1991 e dalla legge 903/1977⁸⁷.

2.1.2 Discriminazioni dirette e indirette

Per quanto riguarda la discriminazione diretta, un ruolo fondamentale lo ha svolto la Corte di giustizia, non tanto per quanto riguarda la definizione di discriminazione diretta, ma piuttosto, è stato importante il ruolo svolto dalla Corte nel percorso di identificazione delle situazioni che dovevano essere inserite in tale categoria.

Ai sensi dell'art. 2 del d.lgs.145 del 2005, modificando l'art 4 della legge 125 del 1991 e la legge 903 del 1977, per discriminazione diretta si intende *«qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e comunque il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga»*⁸⁸.

Una prima osservazione ci induce a effettuare un raffronto tra norma nazionale e norma comunitaria, infatti l'art. 17 della legge comunitaria n. 306/2003 (legge che delegava il governo per l'attuazione della dir. n. 2002/73/Ce) definiva come discriminazione diretta una situazione in cui una persona è trattata meno favorevolmente rispetto ad un'altra che si trova in una situazione analoga; da ciò emergono delle difformità tra la norma comunitaria, che individua tra gli agenti discriminatori le *situazioni* e la norma nazionale che individuagli agenti discriminatori negli *atti, patti o comportamenti*, ma soprattutto a distinguersi è il fatto

⁸⁷ M.BARBERA: op. cit., p 258.

⁸⁸ D.lgs. 125/1991, art. 2

che la norma comunitaria si concentra sull'azione che determina la situazione discriminatoria, mentre la norma nazionale, a sua volta, si concentra sulle conseguenze.

Tuttavia queste scelte del legislatore nazionale si pongono in una situazione di piena continuità e coerenza con la materia in tema di discriminazione; tuttalpiù il legislatore italiano, individuando negli atti, patti o agenti gli elementi di discriminazione, integra la dizione di cui all'art. 15 St. lav. (atti o patti) con quella presente nell'art. 28 St. lav. (comportamenti)⁸⁹.

Dunque, la previsione che tutela i casi di discriminazione diretta, è riconducibile a due discipline, la prima è quella che si basa sull'interpretazione della norma, la seconda è quella che procede ad una comparazione fra il trattamento specificamente ricevuto da un soggetto e quello riservato al soggetto speculare che versi nella medesima situazione.

La Corte, infatti, ha dovuto chiarire che il problema della discriminazione è emerso a fronte dell'applicazione di norme diverse a situazioni comparabili, oppure nel caso di applicazione della stessa norma a situazioni diverse. Da ciò emerge il ragionamento della Corte, cioè quello di uniformare il trattamento di soggetti effettivamente comparabili, in quanto le situazioni in cui si vengono a trovare sono effettivamente assimilabili, oppure anche se si tratta di situazioni diverse, possono essere assimilabili sulla base del principio di giustizia. Interessante in tal senso è l'analisi della sentenza *Griesmar* in cui al punto 46 si legge: «*Occorre quindi accertare se tale maggiorazione sia diretta a compensare svantaggi professionali derivanti ai dipendenti pubblici di sesso femminile dalla loro lontananza dal posto di lavoro durante il periodo successivo al parto, nel qual caso la situazione di un lavoratore di sesso maschile che non è paragonabile a quella di un lavoratore di*

⁸⁹ M.BARBERA: op. cit., pp. 259 ss.

sesso femminile, ovvero se tale maggiorazione sia essenzialmente intesa a compensare svantaggi professionali derivanti ai dipendenti pubblici di sesso femminile dal fatto di aver allevato figli, ipotesi in cui occorrerà esaminare se le situazioni di un dipendente pubblico di sesso maschile e di un dipendente di sesso femminile siano paragonabili»⁹⁰.

Tuttavia, in altri contesti la Corte è giunta a conclusioni opposte sostenendo il non necessario richiamo al principio di comparazione e quindi senza ricorrere all'effettuazione di un richiamo nei confronti di un soggetto che si trovi in condizioni paragonabili.

In concreto, se in alcune circostanze la Corte ha proceduto attraverso un raffronto tra soggetti possessori di caratteristiche simili in azienda o attraverso il paragone con un ipotetico lavoratore che si trovasse nelle medesime condizioni; in altre ha preferito valutare, esclusivamente, la discriminatorietà dell'atto o comportamento, prescindendo in ogni caso da qualsiasi forma di paragone. Si rinvencono numerose sentenze in cui la Corte si è pronunciata sulla base di criteri comparativi, alcuni esempi sono riscontrabili nelle seguenti sentenze: *Wolf* (Corte giust. 2010, causa C-229/08), *Hutter* (Corte giust. 2009, causa C-88/08), *Coleman* (Corte giust. 2008, causa C 303/06), *Palacios de la Villa* (Corte giust. 2007, C-411/05). Mentre i casi in cui la Corte ha preferito condannare una situazione di discriminazione diretta senza ricorrere a nessun *soggetto analogo*, sono le questioni riguardanti le lavoratrici in stato di gravidanza.

A sostegno di tale posizione –riguardante le madri lavoratrici– della Corte appaiono le sentenze *Dekker* (Corte giust. 1990, causa C-177/88) e *Webb* (Corte giust. 1990, causa C-32/93), seppur non recenti, in quest'ultima la Corte valuta il licenziamento della neo-assunta, come condizione oggettiva del licenziamento medesimo, senza ricorrere a nessuna comparazione, cui, invece, la difesa datoriale aveva invocato. Nello

⁹⁰ L.LAZZERONI: op. cit., pp. 142 ss.

specifico, la difesa sosteneva che in una situazione analoga, cioè nel caso in cui un lavoratore uomo si sarebbe assentato per lo stesso periodo, quest'ultimo sarebbe stato sottoposto al medesimo trattamento. La Corte si rifiutò di abbracciare una tesi comparativa, motivando la sua decisione sulla base di elementi strettamente oggettivi tali da escludere qualsiasi riferimento ad analogia anche se solo astratta (come ad esempio quella che la difesa aveva proposto del richiamo alle armi).

Per quanto riguarda il caso Dekker, interessante appare il punto n. 17 in cui si legge: «(...) *Allorché detto motivo è costituito dal fatto che l'interessata è incinta, la decisione è direttamente determinata dal sesso del candidato. Così stando le cose, la mancanza di candidati maschi non può avere un'incidenza sulla soluzione data alla prima questione pregiudiziale*»⁹¹, il giudice semplifica il problema sostenendo che la maternità delle donne, essendo uno status del tutto al femminile impedisce, qualsiasi ipotesi di comparazione.

Sulla base di tali sentenze è evidente la posizione della Corte di non ricorrere al criterio comparativo ogni qual volta si tratti di situazioni in cui derivino per l'uomo e per la donna conseguenze prettamente esclusive tali da non consentire nessun tipo di paragone con il sesso opposto. Emerge, dunque, un interesse giurisprudenziale di tutela per determinate categorie di soggetti sulla base di prerogative individuali. E nonostante la scarsa applicazione di tale ragionamento esclusivamente alle discriminazioni di genere si rinviene l'interesse della corte estendere il medesimo trattamento ad altri tipi di discriminazione.

In merito alla discriminazione indiretta la Corte, si è trovata a dare due definizioni, molto simili tra loro una riguardante la discriminazione appunto indiretta, l'altra riguardante la discriminazione dissimulata. Per quanto non rilevi una vera e propria distinzione tra le due, possiamo dire

⁹¹ L.LAZZERONI: op.cit., p. 144

che la discriminazione dissimulata ricorre, soprattutto, nei casi che riguardano la libera circolazione di lavoratori, di capitali e le discriminazioni fondate sulla cittadinanza. In sostanza, guardando il percorso della Corte fino ad oggi, sin dal caso Sotgiu del 1974 ai sensi della Corte «*Il principio della parità di trattamento enunciato sia nel trattato sia nel regolamento n. 1612/68, vieta non solo le discriminazioni palesi, in base alla cittadinanza, ma anche qualsiasi discriminazione dissimulata che, fondandosi su altri criteri di distinzione, pervenga in effetti al medesimo risultato*»⁹², oppure costituisca un danno per i lavoratori migranti che vivono in uno stato membro. Si sottolinea, tuttavia, che analizzando le sentenze della Corte, emerge come la discriminazione sia integrata sulla base del fatto che il pregiudizio sia stato prodotto, escludendo qualsiasi forma di analisi riguardo l'intenzione dell'autore. In questo modo appare evidente il rifiuto della Corte di adeguarsi alla nozione di dissimulazione operata in ambito privatistico dai singoli ordinamenti europei, cioè quella che considera il negozio dissimulato come voluto dalle parti intenzionalmente e sempre da queste si pone la volontà che tale negozio non appaia all'esterno.

Inerentemente ai presupposti che possono essere qualificabili come discriminatori la Corte ha effettuato un ampio richiamo, considerandoli come idonei al compimento di un atto lesivo, a qualsiasi tipo di comportamento, provvedimento, atto, prassi, disposizione e via dicendo. Dunque, non si tratta solo ed esclusivamente di comportamenti o prassi datoriali ma di qualsiasi tipo di disposizione normativa o contrattuale, ecco che proprio per questo per la Corte non rileva l'intenzionalità dell'autore.

Nell'analisi di ciò che riguarda gli elementi di valutazione necessari per capire quando si manifesta una discriminazione indiretta si parte dalla posizione della Corte, la quale fino agli anni novanta si basava

⁹² L.LAZZERONI: op. cit., pp. 145 ss.

principalmente sul fatto che la discriminazione fosse legata alla condizione che i soggetti/vittime fossero di un numero particolarmente elevato. Ad esempio quando si tratta di discriminazioni sulla base della cittadinanza, l'esistenza della discriminazione si effettuava sulla base di comportamenti, prassi, formule legislative o regolamentari che avessero colpito categorie di individui o qualora siano state rivolte a classi di persone.

In tal senso, in numerose sentenze si fa riferimento, quando ci si trova dinanzi ad un caso di discriminazione indiretta, al fatto che si tratti di uno «svantaggio notevolmente maggiore o considerevolmente più elevato per le donne che per gli uomini»⁹³, o di una discriminazione in cui la situazione di inferiorità colpisce una percentuale «molto più alta di donne che di uomini»⁹⁴ o ancora si tratti di uno svantaggio che «colpisca di fatto le donne più degli uomini»⁹⁵.

Occorre sottolineare che come da questi esempi di sentenze, ma in generale nelle sentenze della Corte si è presentata una forma di incongruenza, in quanto alcune sentenze più recenti richiedono come elemento probatorio un numero molto elevato di donne colpite, mentre in altre sentenze più risalenti non si tiene conto dell'incidenza numerica oppure si preferisce considerare in via più generale «più donne» nel senso che si tratti di un numero indefinito⁹⁶.

La posizione della Corte, che si giustificava sulla base della direttiva 97/80/Ce, la quale introduceva una definizione di discriminazione indiretta, basata per l'appunto su criteri numerici; successivamente, gra-

⁹³ Corte. Giust. 14 dicembre 1993, Cause riunite *Nolte e Scheffel*

⁹⁴ Corte. Giust. 16 luglio 2009, Causa C-537/2007, *Gòmez*, cit. punto 54.

⁹⁵ Causa C-243/95 *Hill-Stapleton*, 17 giugno 1998, cit. ai punti 24 e 35

⁹⁶ L.LAZZERONI: op. cit., p. 151.

zie alla sentenza *Hill-Stepleton* si è cercato di superare questa impostazione introducendo una nuova definizione di diritto antidiscriminatorio che esclude qualsiasi riferimento a criteri numerici. Di fatto questo atteggiamento altalenante della Corte ha portato ad una serie di problemi interpretativi a livello nazionale, sia per il fatto che non vi fosse una definizione univoca in grado di chiarire la necessità di dover ricorrere o meno al numero di persone coinvolte, e sia perché qualora – come poi di fatto è stato – si fosse ricorso al criterio numerico, restava comunque il problema della poca chiarezza dell’istituto.

Con la sentenza *Seymour-Smith e Perez* del 1999⁹⁷, la Corte mette in luce l’importanza che si dà ad alcuni elementi rivelatori e indicatori della presenza di una discriminazione indiretta, come ad esempio il criterio della prova statica, la quale nei punti 60 e 61 della suddetta sentenza, indica come criteri di valutazione la presenza di un numero di soggetti che subisce la discriminazione notevolmente più elevata rispetto agli altri, oltre a questo, un altro criterio è quello secondo il quale qualora non vi sia una differenziazione così notevole, in ogni caso si deve trattare di una discriminazione che perduri e che sia relativamente costante nel tempo, dunque prima dell’intervento definitorio, avvenuto con le direttive di seconda generazione, si riteneva che «*una sproporzione di effetti non particolarmente marcata ma duratura, può dar luogo, in mancanza di una idonea causa giustificativa, ad una discriminazione indiretta*»⁹⁸.

Concretamente la prova statica non ha fatto altro che alimentare lo stato confusionale, in quanto non furono chiariti i criteri da considerare, da parte del giudice nazionale, riguardo la durata temporale della

⁹⁷ L.LAZZERONI: op. cit., p. 152.

⁹⁸ D.IZZI: “*Discriminazioni indirette e diritto comunitario: riflessioni dopo SeymourSmith*”, in lav. dir, 2000, n.2, p. 316.

sproporzione; tuttavia, nonostante lo sforzo di creare una uniformità, anche a livello definitorio per questo tipo di situazioni, in taluni casi si è continuato a richiedere la prova statica come elemento della discriminazione indiretta⁹⁹.

2.1.3 Le Azioni positive

Il processo svolto dalla Comunità è rivolto al raggiungimento dell'obiettivo di una parificazione nel progresso cioè una parificazione che sia efficiente nel lungo periodo. Dunque la parità di trattamento si posiziona all'interno della politica delle pari opportunità in una logica non tanto repressiva –come avviene per i divieti di discriminazione- ma piuttosto promozionale. L'obiettivo di parificazione trova maggiore applicazione soprattutto per il raggiungimento di una parità nei confronti della discriminazione di genere, nonostante si configuri come la più ricercata, non può configurarsi come esclusiva, infatti gli interventi che mirano al raggiungimento della parità, si riscontrano in tutti gli ambiti di discriminazione, ad esempio con la risoluzione del Consiglio del 20 dicembre 1996 gli Stati membri vengono invitati ad adottare misure che siano in grado di assicurare eque opportunità ai disabili. Lo strumento utilizzato per la realizzazione di queste eque opportunità è quello delle azioni positive¹⁰⁰.

Tale strumento si è affermato per la prima volta negli Stati Uniti e veniva indicato con il termine «*affirmative action*», le quali trovarono applicazione nell'ambito della segregazione razziale¹⁰¹. Con gli anni, le

⁹⁹ L. LANZERONI: op.cit., p.153.

¹⁰⁰ L. LANZERONI: op.cit., p. 244,

¹⁰¹ F.AMATO: "Il divieto di discriminazione per motivi non di genere in materia di lavoro", in *Riv. It. Dir. lav.*, Giuffrè, 2005, p. 292.

azioni positive, sono emerse nel diritto europeo attraverso la raccolta n. 84/235¹⁰², con cui gli stati venivano sollecitati per la realizzazione delle pari opportunità nell'ordinamento interno; esse si posero come mezzo che deroga al principio di uguaglianza formale, proprio per il raggiungimento dell'uguaglianza sostanziale. È stato considerato –quello delle azioni positive- una tematica che ha posto le sue radici proprio all'interno del dibattito sull'analisi della problematica del diritto diseguale e dell'eguaglianza sostanziale¹⁰³.

Il fine unico e contraddistinto, che nel corso degli anni è rimasto costante nello sviluppo di tali azioni, è stato quello di «*eliminare le disparità di fatto di cui le donne sono oggetto nella vita lavorativa e favorire il loro inserimento nel mercato del lavoro*». Dunque da un lato si pone l'obiettivo di una tutela diretta per il sesso femminile, dall'altro si pone l'idea che si debba intervenire con delle tecniche politiche tali da consentire una maggiore presenza di donne nello svolgimento di lavori che richiedono particolari responsabilità.

Nel quadro Europeo il principio di parità, emerso nel trattato di Amsterdam, ha posto la parità uomo-donna tra gli obiettivi principali dell'unione. Si legge fin dall'art 141 che «*i preferential treatments fossero diretti al sesso sotto rappresentato*»¹⁰⁴. Seguendo la stessa logica anche l'art. 13 del medesimo trattato ha dimostrato di aver perfettamente assorbito le direttive di nuova generazione ammettendo l'applicazione delle azioni positive dal piano tipico della parità uomo-donna ad altri ambiti.

¹⁰² M. BARBERA: "Il nuovo diritto antidiscriminatorio", op. cit., p. 424.

¹⁰³ F.AMATO: "Il divieto di discriminazione per motivi non di genere in materia di lavoro" op.cit., p.294

¹⁰⁴ M. BARBERA: "Il nuovo diritto antidiscriminatorio", op. cit. p. 426

Vanno ricordati a livello internazionale diversi interventi che riconoscono legittimità alle azioni positive nei confronti delle donne o per l'eliminazione di discriminazioni razziali come quelli posti dalla Cedaw (Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne), si tratta del più importante strumento internazionale giuridicamente vincolante in materia di diritti delle donne e dal Icpr (International conference on pattern recognition).

All'art. 4 della Cedaw viene affermata la teoria di affermative actions¹⁰⁵ cioè tutti quei trattamenti preferenziali diretti ad accelerare il processo di parificazione tra uomini e donne.

Nell'ordinamento interno le azioni positive sono disciplinate, soprattutto, dal codice delle pari opportunità, che a sua volta riprende la disciplina prevista dalla l. n. 125/1991, e ancor prima era disciplinata dalla legge 903 del 1977 – sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro- che, dava attuazione alle direttive Cee 75/117 e 76/207.

La legge 125/1991 intitolata “Azioni positive per la realizzazione della parità uomo donna nel lavoro”, fu seguita dalla legge n. 53 del 2000 “Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città”, con la quale sono state rinforzate le tutele per le madri lavoratrici ed il diritto di assentarsi dal lavoro è stato esteso anche ai padri per consentire una effettiva parità. A differenza di quest'ultime leggi¹⁰⁶, il codice delle pari opportunità (e la successiva modifica apportata dal d.lgs. 25 gennaio 2010 n.5, in attuazione della direttiva 2006/54/CE) individua le azioni positive come l'unico strumento in grado di raggiungere l'obiettivo di uguaglianza. Se si volesse analizzare il rapporto pari

¹⁰⁵ M. BARBERA: Op. cit., p. 427.

¹⁰⁶ Per un maggiore approfondimento si rimanda a: www.onilfa.gov.it/Normativa/Azioni-positive-in-favore-delle-donn.

opportunità e azioni positive potremmo dire che l'obiettivo delle pari opportunità consiste nella ricerca dell'eguaglianza sostanziale tra uomini e donne e le azioni positive, nel particolare, fungono da strumento per la realizzazione di tale eguaglianza sostanziale, come se tra queste vi fosse un rapporto da generale a particolare¹⁰⁷.

Per quanto riguarda le norme del codice delle pari opportunità che disciplinano le azioni positive le principali sono: l'art. 42 che indica le finalità delle azioni positive, quest'ultime seguono gli obiettivi previsti dal legislatore comunitario sia per ciò che riguarda l'incremento dell'occupazione femminile, che l'uguaglianza sostanziale, che l'obiettivo di eliminare la disparità tra uomo e donna in diverse situazioni che vanno dalla formazione, all'accesso al lavoro, alla progressione di carriera nei periodi di mobilità; l'art. 43 mette in luce quali sono i soggetti promotori; l'art. 44 riguarda i finanziamenti; l'art. 45 riguarda le azioni che incidono nella formazione professionale; l'art. 48 le azioni positive nella pubblica amministrazione¹⁰⁸.

La tecnica seguita dal codice delle pari opportunità privilegia, nel settore privato, ambiti inerenti prevalentemente la formazione professionale, la modifica degli assetti organizzativi delle imprese, la promozione nella conciliazione tra il lavoro nella cura familiare e il lavoro professionale, in tutti questi casi si tratta di modelli volontari incentivanti; mentre il modello obbligatorio - il quale segue all'incirca le stesse priorità sopra menzionate - è adottato soprattutto nel settore pubblico. Il modello obbligatorio prevede che la nel settore pubblico l'amministrazione rediga un piano triennale per la realizzazione delle pari opportunità e la preparazione di piani intensivi, qualora la sotto-rappresentazione delle

¹⁰⁷ M. BALLESTRERO, T.TREU: *"Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale"* in *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, 1994, p. 13

¹⁰⁸ M. BARBERA: *"Il nuovo diritto antidiscriminatorio"*, op. cit. p. 435

donne risulti pari a due terzi. Se l'amministrazione non dovesse rispettare tale criterio di preferenza, la sanzione prevista è l'interdizione nel procedimento di nuove assunzioni.

Lo strumento utilizzato per la raccolta di informazioni sui dati statistici, inerenti la situazione di personale femminile, è il rapporto sulla situazione del personale che secondo l'art. 46 (codice delle pari opportunità), deve essere compilato ogni due anni da tutte le aziende sia pubbliche che private che abbiano più di 100 addetti. Tuttavia tale strumento non ha portato a risultati soddisfacenti, in quanto non ha trovato una corretta applicazione, ciò comporta delle conseguenze non indifferenti sia per il contrasto alle discriminazioni indirette ma anche per la predisposizione di azioni positive nei confronti delle dipendenti.

Una piccola riflessione riguarda la legittimità del ricorso alle azioni positive, non solo per quanto riguarda le problematiche inerenti al genere, ma anche per promuovere la tutela di altre categorie come i disabili o di persone appartenenti a minoranze, il tutto coerentemente all'apertura posta dalle direttive di seconda generazione.

Ad esempio nei confronti di minoranze come quelle etnico-linguistiche o nei confronti dei disabili si fa ricorso all'applicazione obbligatoria di sistemi di quote, questa tecnica riprende sia la tradizione internazionale che quella interna.

Un ulteriore esempio è la convenzione per l'eliminazione di tutte le discriminazioni razziali (Icerd), all'art.2 comma 2 è stabilito che il principio di eguaglianza, talvolta richiede che gli Stati adottino misure preferenziali per attenuare o eliminare le condizioni che perpetuano le discriminazioni vietate, come si legge alla lettera c: *«Ogni Stato adotta misure efficaci per rivedere le politiche governative, nazionali e locali*

e di modificare o annullare le leggi e i regolamenti che hanno l'effetto di creare o perpetuare la discriminazione razziale ovunque esista»¹⁰⁹.

Lo stesso può dirsi per le persone disabili cioè che il miglioramento dei diritti sociali culturali ed economici si basa sul fatto che gli stati adottino strumenti e misure adeguate per il raggiungimento di tale obiettivi.

L'art. 7 comma 2 della direttiva 2000/78 fa emergere la non vincolatività delle azioni positive nei confronti delle persone disabili, dunque in questo caso si distinguono nettamente dalle azioni positive che si applicano nell'ambito delle discriminazioni di genere, in quanto nel caso delle discriminazioni nei confronti dei disabili, quest'ultime appaiono come uno degli strumenti possibili, ma non obbligatori, cui si può ricorrere¹¹⁰.

2.2 L'età è considerabile fattore discriminante?

L'invecchiamento è il fattore caratterizzante questa società ed anche un fattore in progressivo aumento; dunque, spetta alle politiche di pari opportunità prendere in considerazione questo aspetto e trovare gli strumenti utili per risolverlo.

Gli anziani costituiscono una fetta rilevante nella nostra società, sia per quanto riguarda l'aspetto numerico, che al contributo che essi possono apportare nella crescita economica e sociale del paese.

¹⁰⁹Per un approfondimento si rinvia a www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx.

¹¹⁰ M. BARBERA: op.cit., p. 444 ss.

In Italia non c'è una vera e propria tradizione discriminatoria basata sull'età, poiché la teoria che trovava ampia diffusione era quella secondo la quale: gli anziani hanno già adempiuto al loro ruolo e devono lasciare spazio ai giovani.

Oggi, rispetto al passato, però il trattamento differenziato sulla base del motivo età viene inteso come una offesa della dignità della persona¹¹¹.

Quindi, l'introduzione di una disciplina specifica andrebbe ponderata insieme ad altri fattori, non solo giuridici ma anche culturali, storici e sociologici. Il problema si scontra con le esigenze di efficienza e la necessità di rimanere competitivi all'interno del mercato del lavoro. Si tratta per lo più di bisogni che troverebbero soddisfazione nel mondo del lavoro giovanile; ma considerando che nella nostra società la componente di anziani aumenta sempre di più, le aziende dovranno adeguarsi a tale tendenza. Dunque, le prospettive sono rivolte alla promozione del lavoro per gli anziani, al miglioramento delle condizioni per gli ultra cinquantenni e all'inserimento di nuove politiche che consentano, con maggiore facilità, la transazione dall'occupazione al pensionamento, un esempio può essere la concessione di lavoro part time o di orari flessibili. L'inserimento dell'età tra i fattori di discriminazione è stata una scelta del legislatore Europeo, da un lato per preservare le categorie di giovani lavoratori, dall'altro per preservare gli anziani *«dal rischio di essere discriminati sul lavoro per il solo fatto di trovarsi in una condizione di diversità anagrafica rispetto a quella che viene considerata l'età standard del lavoratore medio»*¹¹².

Tra gli interventi più rilevanti degli ultimi anni, inerentemente *l'invecchiamento attivo*, si ricorda l'art. 19 della legge 28 Gennaio 2009,

¹¹¹ M. BARBERA: op.cit., p. 126.

¹¹² V. VIALE: "Le discriminazioni basate sull'età", in <http://www.direfare nondiscriminare.com>.

n.2 il quale nella ricerca di misure rivolte a risolvere il problema della disoccupazione si preoccupa di quella classe di lavoratori anziani, che rischiano l'esclusione dal mercato del lavoro, anche nella manovra correttiva alla finanziaria del 2010, si prevede un finanziamento della contribuzione per quelle imprese che assumono lavoratori ultracinquantenni in mobilità o che ricevono l'assegno di disoccupazione e si prevede anche il finanziamento dei contributi per coloro che per poco non riescono a raggiungere l'età pensionabile, e per coloro che hanno 35 anni di contribuzione e che ricevono sostegno al reddito¹¹³.

In via implicita, dall'art 3 della Costituzione, sulla base del principio della parità di trattamento, si può dedurre il riferimento alla discriminazione in base all'età, in particolar modo, con la formula «*le condizioni personali*» si può comprendere questa tipologia di discriminazione, in quanto «*l'età rappresenta una delle quattro fondamentali dimensioni dell'esperienza individuale e sociale, insieme al genere, al gruppo etnico, alla classe o strato sociale*»¹¹⁴.

Anche all'art. 37 viene effettuata una interpretazione estensiva, in quanto al comma 2 si fa riferimento al principio di parità in favore dei minori esclusivamente in materia retributiva, tuttavia questo principio viene esteso anche ai lavoratori di età compresa tra 18 e 21 anni.

Per quanto riguarda la direttiva 78/2000, rilevante importanza assume l'art. 6 della direttiva, il quale dispone delle giustificazioni sulla base dell'età, in realtà secondo una interpretazione piuttosto rigida trovano giustificazione, solo le discriminazioni indirette, mentre per quelle

¹¹³ V. VIALE: “*Le discriminazioni basate sull'età*”, in <http://www.direfare nondiscriminare.com>.

¹¹⁴ M. AMBROSINI, G. BALLARINO: “*Risorsa anziani e politica di impresa: un patto da riscrivere*” in S. MOLINA: “*Le politiche aziendali per l'anzianato del lavoro in Italia*”, Angeli, 2000, p. 19.

dirette si individua una carenza di «*spazio per la prospettazione di qualunque ragione giustificatrice della disparità realizzata*»¹¹⁵.

Proprio al venticinquesimo considerando, la Direttiva puntualizza sul fatto che «*il divieto di discriminazione basata sull'età costituisce un elemento essenziale per il perseguimento degli obiettivi definiti negli orientamenti in materia di occupazione e la promozione della diversità nell'occupazione*» e in riferimento a questo, precisa che «*in talune circostanze, delle disparità di trattamento in funzione dell'età possono essere giustificate*» e tal punto ci si è preoccupati di produrre una differenza «*tra le disparità di trattamento che sono giustificate (...) e le discriminazioni che devono essere vietate (...)*», (venticinquesimo considerando).

Sempre all'art 6 della direttiva -posto che si fanno salvi i casi previsti dall'art.2- si pongono come limite per poter derogare al divieto, il fatto che tali «*disparità di trattamento debbano essere (...) oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari*» (art. 6 Direttiva 2000/78).

Interessante, in tal senso, risulta la sentenza del 5 marzo 2009, causa C – 388/07, nota come caso *Heyday*, in cui la Corte di giustizia è stata chiamata a giudicare su un rinvio pregiudiziale in una causa che riguardava la compatibilità della direttiva 78/2000/CE con un regime pensionistico – nello specifico quello inglese- in quanto consente ai datori di lavoro di licenziare i lavoratori dai 65 anni in su, tutte le volte che il motivo del licenziamento sia stato dovuto al pensionamento. In particolar modo, il ricorrente reclamava la trasposizione della Direttiva del 2000 nel diritto interno; infatti, ai sensi del regolamento del 2006 non si

¹¹⁵ M. BARBERA: op.cit., pp.138 ss.

può dichiarare illegittimo il licenziamento di una persona che ha raggiunto o superato i 65 anni, qualora il motivo del licenziamento sia il pensionamento, ed esso abbia come obiettivo finale il raggiungimento di una causa legittima. Il giudice della High Court si è rivolto alla Corte per sapere se la direttiva imponga una elencazione delle tipologie giustificabili e se sia contraria ad una norma generale che produce una disparità di trattamento fondata sull'età o che essa preveda delle deroghe, le quali si giustificano sulla base del conseguimento di una finalità legittima.

La Corte di giustizia ha affermato che la trasposizione di una direttiva «*non esige sempre la formale riproduzione delle disposizioni della stessa in una norma legislativa espressa e specifica*» in quanto l'attuazione di una Direttiva può avvenire anche attraverso una «*misura generale*» qualora essa sia adeguata «*ad assicurare effettivamente la piena applicazione della direttiva stessa*», seguendo il ragionamento della Corte «*altri elementi, attinenti al contesto generale della misura interessata, consentono l'identificazione dell'obiettivo sotteso a quest'ultima al fine di esercitare un sindacato giurisdizionale quanto alla sua legittimità e al carattere appropriato e necessario dei mezzi adottati per realizzare detto obiettivo*». La Corte ha dunque, risposto al giudice inglese, con l'invito a verificare se tale legge generale avesse come contenuto finalità legittime e utilizzasse strumenti adeguati e coerenti al raggiungimento di tale obiettivo¹¹⁶.

Dunque, la giurisprudenza comunitaria ha sostenuto che un intervento di promozione occupazionale, non deve avere solo una giustificazione sufficiente, ma deve contenere tutti gli elementi idonei a ritenere,

¹¹⁶ S. PIETRINI: "Deroghe al divieto di discriminazioni fondate sull'età" in

<http://www.dirittoditutti.giuffre.it/psixsite/Archivio/Articoli%20gi %20pubblicati/Rubriche/Il%20punto/default.aspx?id=3432>.

con elevato criterio di ragionevolezza, che i mezzi ai quali si è ricorso siano adeguati al fine posto¹¹⁷.

Il punto nodale risiede, sempre, nell'art. 6 della Direttiva, il quale sembra presentare una certa contraddittorietà. Da un lato, tale norma si pone il fine di eliminare le discriminazioni in base all'età, sia nei confronti di lavoratori anziani che giovani; dall'altro pone una serie di deroghe, come si è già detto, che indeboliscono tale tutela ma allo stesso tempo rispondono alle esigenze di mercato. Dunque si può dire che, laddove le politiche occupazionali lo necessitano, o anche il raggiungimento di obiettivi di mercato, o l'adeguamento alle normative nazionali, il principio di uguaglianza e della parità di trattamento si possono trovare in una posizione secondaria. Il tutto si giustifica sulla base dell'obiettivo di mantenere un equilibrio tra interessi contrapposti.

Le disparità di trattamento ammesse possono esservi –oltre ai casi in cui la discriminazione è oggettiva e ragionevole- nei casi in cui si voglia adempiere a determinate politiche del lavoro, di mercato del lavoro, di formazione professionale. Sempre all'art. 6 si afferma che «*Tali disparità di trattamento possono comprendere in particolare: a) la definizione di condizioni speciali di accesso all'occupazione e alla formazione professionale, di occupazione e di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e di retribuzione, per i giovani, i lavoratori anziani e i lavoratori con persone a carico, onde favorire l'inserimento professionale o assicurare la protezione degli stessi; b) la fissazione di condizioni minime di età, di esperienza professionale o di anzianità di lavoro per l'accesso all'occupazione o a taluni vantaggi connessi all'occupazione;*

¹¹⁷ H. HEJNY, R. ZUCCARO: "La staffetta giovani-anziani e la discriminazione per età", cit., in

http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/21811rosita_helga_29_.pdf, 2013.

c) la fissazione di un'età massima per l'assunzione basata sulle condizioni di formazione richieste per il lavoro in questione o la necessità di una ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento»¹¹⁸.

La rilevanza ambivalente di tale norma pone una differenza rispetto alle altre forme di discriminazioni come *«la razza e il sesso che sono immutabili e designano categorie precise»¹¹⁹.*

Va ricordata la sentenza n.1605/2012 del tribunale di Genova, in cui è stato affrontato un caso di licenziamento, fondato sulla normativa nazionale in contrasto con la direttiva 78/2000 CE. Nello specifico, si trattava di un caso di licenziamento intimato dalla datrice di lavoro, sulla base di una disciplina interna che derogava alla disciplina sulla tutela delle discriminazioni sulla base dell'età in modo non coerente con quanto previsto dalla direttiva 2000/78.

La ricorrente era stata assunta dalla convenuta il 1/07/2011 e aveva ricevuto una lettera di licenziamento in data 31/10/2011, a fondamento del quale era posto *«il raggiungimento da parte sua dei limiti di età per il pensionamento di vecchiaia»*. Di conseguenza aveva impugnato il licenziamento sostenendone la nullità sulla base della discriminazione in ragione dell'età.

Il datore, nel caso concreto, applicava la regola della libera rececibilità prevista all'art. 4 comma 2, legge n.108/1990, il quale espressamente prevede la non applicazione delle norme sul licenziamento *«nei confronti dei prestatori di lavoro ultrasessantenni, in possesso dei requisiti pensionistici»* in combinato disposto con l'art. 6, d.l. 791/81, il

¹¹⁸ Direttiva 2000/78, art. 6.

¹¹⁹ H. HEJNY, R. ZUCCARO: *“La staffetta giovani-anziani e la discriminazione per età”*, cit., in

http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/21811rosita_helga_29_.pdf,

2013.

quale non ammette deroghe alla possibilità di proseguire il rapporto fino al raggiungimento della massima età contributiva, per i lavoratori che hanno oltre 65 anni. La ricorrente, assunta quattro mesi prima del recesso, aveva superato i 65 anni, ma non aveva ancora raggiunto la massima età contributiva e, proprio per questo, riteneva ingiusto il licenziamento intimato, che violava il diritto della lavoratrice a proseguire il rapporto di lavoro per incrementare i propri contributi previdenziali per un miglior trattamento pensionistico¹²⁰.

La datrice si trovava ad applicare proprio tale norma. Dunque, risulta secondario il fatto che la convenuta, a giustificazione del proprio atto, avesse assunto la ricorrente nella circostanza di esubero del personale; tutt'al più la ricorrente aveva ricollegato tale ragione agli interessi in gioco, che avevano portato la datrice alla decisione di licenziare la dipendente.

I difensori della lavoratrice, a sua tutela e individuando un comportamento discriminatorio, avevano richiamato le norme previste dall' art. 15 Statuto dei lavoratori, considerando la modifica prevista dall'art. 4 D.lgs. 216/2003; oltre le modifiche previste dal decreto, la ricorrente ha impostato la sua difesa, anche sull'art. 30 previsto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione: infatti, esso recita che *«ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali»*¹²¹. Inoltre, l'art. 6 del Trattato UE, considerato dopo la riforma del trattato di Lisbona, riconosce i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali del 12/12/2007.

¹²⁰ M. FALSONE: *“Un caso di disapplicazione della disciplina nazionale e le (problematiche) conseguenze sull'affidamento del privato e sulla certezza del diritto”*, in Rivista italiana diritto del lavoro, Giuffrè, 3, 2013, p. 761.

¹²¹ Trib. Genova, sez. civ. lav., sent. n. 1605/2012 del 3/12/2012, disponibile sul sito <http://www.europeanrights.eu/public/sentenze/Trib. Genova.pdf>

Per quanto riguarda la controversia in questione, come già detto, essa pone un problema di compatibilità tra la disciplina nazionale, con relativa possibilità di recedere riconosciuta alla datrice e la tutela comunitaria prevista dal divieto di discriminazioni per età dalla direttiva 2000/78. Dalla lettura della sentenza si evince che il giudice di primo grado si pone in una prospettiva di «*giudice comune del diritto dell'Unione europea*»¹²². Egli, infatti, non affronta il problema della compatibilità tra disciplina interna e comunitaria in termini di rapporto *orizzontale*, ma pone direttamente il problema di compatibilità con la direttiva 78/2000, senza ricorrere al rinvio pregiudiziale della Cgue. A dire il vero -sottolineando quanto tale questione consacrì d'importanza tale sentenza- il giudice nazionale nell'affrontare la sentenza aveva la possibilità di scegliere, per ciò che riguarda il modo di affrontare la questione, tra diverse possibilità: «*a) poteva richiedere, in via pregiudiziale, l'intervento della Corte di giustizia; b) poteva rimettere gli atti alla Corte Costituzionale; c) poteva interpretare la norma interna in conformità all'ordinamento dell'Unione europea; d) poteva decidere la causa, utilizzando il potere di non applicazione della norma interna in contrasto con quella dell'Unione europea*»¹²³.

In realtà la Corte Costituzionale era stata chiara sul tema, in quanto «*i giudici nazionali le cui decisioni sono impugnabili hanno il compito di interpretare il diritto comunitario e se hanno un dubbio sulla corretta interpretazione hanno la facoltà e non l'obbligo di operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per ottenerla e farne applicazione, se*

¹²² M.P. IADICICCO: “Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale”, in RIDPC, 2011, p.39, in M. FALSONE: “Un caso di disapplicazione della disciplina nazionale e le (problematiche) conseguenze sull'affidamento del privato e sulla certezza del diritto”, in Rivista italiana diritto del lavoro, Giuffrè, 2013, 3, p. 761.

¹²³ R. COSIO: “Le discriminazioni per età: il giudice nazionale di trasforma in giudice europeo” in http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Cosio_-_Convegno_di_venezia_del_25_gennaio_2013.pdf, 2013, p.4.

necessario a preferenza delle contrastanti norme nazionali. Il giudice di ultima istanza, viceversa, ha l'obbligo di operare il rinvio, a meno che non si tratti di una interpretazione consolidata e in termini o di una norma comunitaria che non lascia dubbi interpretativi (...). Quanto alla Corte costituzionale essa, con l'ordinanza n. 103 del 2008, ha chiarito il suo ruolo alla stregua dell'art. 267 del TFUE in un giudizio principale, conservando la propria competenza ad interpretare il diritto comunitario quando non sia necessario il rinvio alla Corte di giustizia. La questione pregiudiziale di legittimità costituzionale sarebbe invece, inammissibile ove il giudice remittente chiedesse la verifica di costituzionalità di una norma, pur esplicitando un dubbio quanto alla corretta interpretazione di norme comunitarie ed un contrasto con queste ultime; il dubbio sulla compatibilità della norma nazionale rispetto al diritto comunitario va risolto, infatti, eventualmente con l'ausilio della Corte di giustizia, prima che sia sollevata la questione di legittimità costituzionale, pena l'irrilevanza della questione stessa»¹²⁴.

Dunque, il giudice nazionale aveva la facoltà, non l'obbligo di rinviare al giudice della Cgue e gli veniva preclusa la possibilità del rinvio alla Corte Costituzionale.

Un altro caso, meritevole di attenzione nel complesso europeo e simile al precedente ma con esito diverso, è quello conclusosi con la sentenza C- 141/11 del 5 luglio 2012; nel caso specifico il giudice svedese aveva intrapreso la prima via, ossia quella del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Il rinvio riguardava la compatibilità tra l'art.6, paragrafo 1, secondo comma, (direttiva 2000/78) e la normativa nazionale che prevedeva la possibilità per il datore di lavoro di licenziare un suo dipendente solo per il fatto che questi avesse raggiunto i 67 anni di età, tralasciando il livello di pensione che gli sarebbe spettata.

¹²⁴R. COSIO: "Le discriminazioni per età: il giudice nazionale di trasforma in giudice europeo", p. 5.

I punti cardini dell'art 6 riguardano due profili: quello della finalità/legittimità e quello della proporzionalità dell'intervento.

Per quanto riguarda il primo aspetto il governo svedese giustificava la regola dei 67 anni sulla base di tre circostanze: a) evitare situazioni umilianti per i lavoratori causate dall'avanzamento dell'età; b) prevedere un regime pensionistico proporzionato al reddito percepito nel corso della carriera; c) creare un adeguamento all'evoluzione demografica e aumentare le possibilità di ingresso nel mondo del lavoro per i giovani. La Corte accoglie le tesi del governo svedese puntualizzando però che *«la cessazione automatica dei rapporti di lavoro dei lavoratori subordinati che soddisfano le condizioni contributive e di anzianità per beneficiare della liquidazione dei loro diritti pensionistici fa parte, da molto tempo, del diritto del lavoro di numerosi Stati membri»*; e ancora *«la promozione delle assunzioni costituisce incontestabilmente una finalità legittima di politica sociale o dell'occupazione degli Stati membri, in particolare quando si tratta di favorire l'accesso dei giovani all'esercizio di una professione.»*¹²⁵

Per quanto riguarda, invece il profilo della proporzionalità nell'intervento, il nocciolo della questione non riguarda tanto la scelta del livello di età da raggiungere per il conseguimento della pensione, bensì l'automatismo nella cessazione del contratto di lavoro, senza tener conto del livello di pensione che il lavoratore potrebbe percepire. La Corte, alla luce di tale questione, ha affermato che *«a) in primo luogo, la legislazione svedese “vieta di prevedere un'età obbligatoria di pensionamento inferiore a 67 anni”. b) In secondo luogo, che la cessazione ipso iure del rapporto di lavoro “non ha l'effetto automatico di costringere le persone interessate a ritirarsi definitivamente dal mercato del la-*

¹²⁵ R. COSIO: *“Le discriminazioni per età: il giudice nazionale di trasforma in giudice europeo”* op. cit. p. 6.

voro”, posto che il datore di lavoro può proporre al lavoratore interessato un contratto di lavoro a tempo determinato. c) In terzo luogo, che la regola dei 67 anni tiene conto della circostanza che il lavoratore benefici di una pensione di vecchiaia (o possa beneficiare di una garanzia di pensionamento)¹²⁶.»

Sulla base di ciò, la Corte ha escluso che la legislazione svedese, inerente all’età pensionabile, sia in contrasto all’art. 6 della direttiva 2000/78.

Il fatto che l’art. 6 della direttiva ponga in essere una deroga alla tutela discriminatoria in ragione dell’età, qualora tali atti siano ragionevolmente e oggettivamente giustificati, ha condotto la dottrina e la giurisprudenza comunitaria, dopo aver considerato tale deroga alquanto ridondante, ad elaborare dei criteri, finalizzati al controllo e all’accertamento di tale deroga; tra questi, si è detto che la deroga esiste: «1) se l’applicazione del criterio dell’età determini una disparità di trattamento tra situazioni giuridiche comparabili; 2) se tale disparità sia giustificata da un’obiettivo finalità legittima; 3) se la disparità sia adeguata e necessaria a perseguire questa finalità».¹²⁷

Seguendo tali criteri si dovrà verificare se l’art. 4 secondo comma, l. 108/1990, risponda a finalità ragionevoli e legittime: si ricorda che tali finalità devono possedere «un carattere di interesse generale, le quali si distinguono dai motivi puramente individuali propri della situazione del datore di lavoro, come la riduzione dei costi o il miglioramento della competitività», come previsto dalla «Corte giust., 5 marzo 2009, c.388/2007, *The incorporated trustees of the National council for*

¹²⁶ R. COSIO: op. cit. p. 7.

¹²⁷ Trib. Genova, sez. civ. lav., sent. n. 1605/2012 del 3/12/2012, disponibile sul sito http://www.europeanrights.eu/public/sentenze/Trib_Genova.pdf.

againg, e 21 luglio 2011, nelle cause riunite c-159 e c-160/10, Fuchs più uno»¹²⁸.

È pur vero che l'intento del legislatore è quello della riduzione della spesa pubblica e di una parificazione di genere uomo – donna e, dunque, la disciplina dell'art. 4 legge 108/1990, giustifica la possibilità di recedere senza vincoli, ma solo sulla base di un interesse esclusivo della vita dell'impresa. Nel caso analizzato sin ora, la disparità posta nei confronti della ricorrente è stata qualificata ingiustificata poiché non ha risposto ai criteri di interesse generale. Dunque sulla base dell'art. 18 legge 300/1970 il licenziamento è stato dichiarato nullo, la convenuta è stata chiamata a reintegrare la lavoratrice nel proprio posto di lavoro e al risarcimento dei danni.

Non di meno importanza, bensì da considerare sentenze pilota, sono quelle emesse dalla Corte di giustizia nelle cause Mangold e Kucukdeveci (C-144/04 e C 555/07). La prima riguardava una controversia tra il signor Mangold e il suo datore; il signor Mangold rivendicava l'incompatibilità tra la disciplina tedesca che prevedeva, senza il ricorso ad un valido criterio, la stipula di contratti a tempo determinato, tutte le volte in cui il lavoratore avesse raggiunto una determinata età (inizialmente 60, poi 52 anni), e la disciplina comunitaria -direttiva 2000/78- prevedeva il divieto di discriminazioni in ragione dell'età. Tuttavia la difesa ricorreva al fatto che, alla data della stipula del contratto di lavoro, non era ancora scaduto il termine per l'attuazione della direttiva per la Germania. Il giudice della Corte ha chiarito in modo perentorio al punto 74 della sentenza che il principio di non discriminazione non deriva solamente dalla direttiva, ma ha fondamento in diverse fonti internazionali e nelle costituzioni degli stati membri, così che esso viene eletto a principio generale di diritto comunitario. Dunque è stato dichiarato l'obbligo

¹²⁸ Trib. Genova, cit.

per il giudice nazionale di disapplicare la disciplina nazionale, prescindendo dalla scadenza del termine di trasposizione. Tuttavia, nonostante l'innovazione, tale sentenza ha lasciato diverse incongruenze: ci si riferisce al dispositivo della medesima, il quale è risultato ambiguo, in quanto nella prima parte faceva riferimento alla direttiva 2000/78 e non al principio generale di non discriminazione in ragione dell'età, mentre, nella seconda parte, faceva riferimento a tale principio generale ma non alla direttiva 2000/78¹²⁹.

Sullo stesso piano si pone la sentenza del caso *Kucukdeveci*, del 19 Gennaio 2010, in cui la Corte di giustizia ha ribadito la prevalenza del principio di non discriminazione in ragione dell'età, qualora la disciplina nazionale fosse stata contraria a detto principio e dunque, la conseguenziale disapplicazione della disciplina nazionale.

Nel caso specifico, la normativa nazionale prevedeva, ai fini del calcolo del termine del preavviso di licenziamento, l'esclusione dei periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima del compimento dei 25 anni di età, e sulla base di ciò il giudice della Corte ha affermato che «è compito del giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale, indipendentemente dall'esercizio della facoltà di cui dispone, nei casi previsti dall'art. 267, secondo comma, TFUE, di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione di tale principio»¹³⁰. Certamente, a differenza della sentenza *Mangold*, nel periodo in

¹²⁹ V. SCiarabba: *“La sentenza kucukdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea”* in http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Contributo_Sciarabba.pdf

¹³⁰ V. SCiarabba: *“La sentenza kucukdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea”*, op.cit.

cui è stata emessa la sentenza *Kucukdeveci* (Gennaio 2010) la direttiva 78/2000 non era più nei termini per la trasposizione; dunque si può affermare che la sentenza *Mangold*, giustificando la discriminazione non sulla base della direttiva -che non era ancora stata trasportata- ma sulla base della lesione di un principio generale di diritto comunitario, risulta aver apportato una soluzione forte e innovativa nel quadro della giurisdizione dell'Unione. Va comunque riconosciuto qualche passo avanti anche nella sentenza *Kucukdeveci*; infatti essa, sia nel dispositivo che nella motivazione, riconosce che la incompatibilità comunitaria con la disciplina interna dei paesi membri non deriva, esclusivamente, dal contrasto con la direttiva 2000/78, ma è in grado di riconoscere il passaggio da un principio generale, insito nei diritti nazionali, ad un principio generale dedotto dal diritto dell'Unione, consolidando l'esistenza nel diritto comunitario di principi che altro non sono che i principi generali dei paesi membri. Tale constatazione irrobustisce, in ultima analisi, la stessa identità dell'ordinamento dell'unione.

A seguito della riformulazione dell'art. 6 del TUE, avvenuta con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, si è posto il problema dell'efficacia nell'ordinamento interno dei principi generali dell'ordinamento dell'unione, come si è già detto, tale modifica ha qualificato come principi generali dell'unione i diritti fondamentali della CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri.

È ovvio che con tale affermazione si sono create diverse conseguenze dinanzi la Corte (come quelle affrontate dalle sentenze citate) per ciò che riguarda l'esistenza di principi di diritto dell'unione idonei ad avere applicazione generale e diretta negli ordinamenti degli Stati membri, incidendo sui rapporti tra i privati, considerando che nel nostro ordinamento è previsto il controllo di costituzionalità.

Tutto ciò conferma la supremazia, l'importanza e la centralità che il diritto dell'unione pone nel principio di non discriminazione, la sua

trasversalità e la capacità di condizionare l'interpretazione giudiziale anche in materie non direttamente toccate dalla disciplina comunitaria¹³¹

Tali sentenze risultarono esemplari per ciò che riguarda l'efficacia nell'ordinamento interno dei principi generali dell'unione.

Un'ulteriore analisi si presenta, nel caso della normativa sulla staffetta giovani-anziani, la quale, pur di inserire all'interno di un'azienda un giovane lavoratore, ricorre alla trasformazione del rapporto di lavoro da part-time a full-time di un lavoratore prossimo alla pensione, ci si chiede se questo genere di politica discriminatoria, giustificata dal fine, sia del tutto idonea. Inoltre, tali meccanismi di politica erano molto diffusi negli anni Settanta e Ottanta con il nome di *"lump of labour fallacy"*¹³², quest'ultime si ponevano l'obiettivo simile di individuare come strumento per la crescita dell'occupazione quello di consentire alle imprese di mandare in pensione, in via del tutto anticipata, i lavoratori anziani (per anziani si intendono spesso anche cinquantenni), per dare più spazio ai giovani, i risultati ottenuti furono quelli di un incremento della disoccupazione sia per giovani che per anziani. Dunque, sorge, legittimamente il dubbio se in questo genere di politiche occupazionali che comportano forme di discriminazione, seppur giustificate, si possa ravvisare una manovra di miglioramento della politica occupazionale. Proprio in riferimento a questo genere di politica, si colloca il disegno di legge *"Interventi per l'accesso flessibile e graduale alla pensione ai fini dell'invecchiamento attivo e della solidarietà intergenerazionale*

¹³¹E. TARQUINI: *"La discriminazione sul lavoro e la tutela giudiziale"*, Giuffrè, 2015, p. 59

¹³². HEJNY, R. ZUCCARO: *"La staffetta giovani-anziani e la discriminazione per età"*, cit., in http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/21811rosita_helga_29_.pdf, 2013.

promossi dal disegno di legge” a cura dei senatori Santini e Ghedini, ai sensi del testo, alquanto recente, la staffetta consentirebbe un “*alleggerimento della prestazione lavorativa dei lavoratori anziani*” e non il loro allontanamento definitivo. Se volessimo porre un parallelismo tra la situazione del caso *Heyday* e quelle che si pongono nella staffetta generazionale, sicuramente si deve puntualizzare sul fatto che nel primo caso si ha un licenziamento per i lavoratori prossimi alla pensione e nel secondo una trasformazione del rapporto di lavoro, e che il pensionamento anticipato previsto dalla normativa inglese si basa sull’interpretazione data all’art. 6 che prevede la possibilità di ricorrere a discriminazioni dirette e indirette senza la necessità da parte degli stati interni di ricorrere a nessuna elencazione; in realtà l’art. 6 è generico ma allo stesso tempo pretenzioso, in quanto oltre al fatto che la giustificazione debba essere oggettivamente e ragionevolmente giustificabile, si richiede da parte dello stato la ricerca dei mezzi adeguati per il raggiungimento di tale obiettivo. Dunque, nei confronti della staffetta generazionale la politica di occupazione giovanile non si pone come unico obiettivo, poiché l’invecchiamento demografico comporta uno sforzo considerato, talvolta troppo elevato per un lavoratore prossimo alla pensione, ecco che in tal senso si giustifica il ricorso al lavoro part-time, cercando di migliorare la situazione qualitativa del lavoratore e in via graduale si pone l’obiettivo di effettuare un cambio generazionale. Tale ricostruzione non ha trovato, tuttavia, adeguata approvazione, in quanto l’aumento della occupazione non è garantito poiché si riproporrebbe la medesima situazione della “*lump of labour fallacy*”, e pertanto la discriminazione sottoposta ai lavoratori anziani non troverebbe un giusto sacrificio. Inoltre il fatto che nell’assunzione di un giovane lavoratore si

lascia la libertà al datore di lavoro di ricorrere a un tutor esterno, piuttosto che riconoscere la professionalità e la competenza di un lavoratore anziano, contribuirebbe a non giustificare questo tipo di politica¹³³.

2.3 *Le discriminazioni basate sulla disabilità*

Uno degli interventi comunitari, che ha consentito di dare maggiore riconoscimento, tutela e importanza al tema della disabilità è di sicuro quello avvenuto, con l'approvazione da parte dell'ONU della *Convenzione sui diritti dei disabili*. L'innovazione non sta tanto nel riconoscimento di nuovi diritti ai disabili, la questione non viene nemmeno affrontata come un problema di tipo assistenziale, piuttosto, la disabilità, per la prima volta, viene affrontata come una questione che riguarda i diritti umani. Tale Convenzione è stata ratificata dall'Italia con la legge n. 18 del 3 Marzo 2009. Nonostante gli obiettivi, posti dalla Convenzione, fossero già contenuti in altri accordi internazionali, la Convenzione, sembrerebbe, in via del tutto più chiara, porsi l'obiettivo del raggiungimento del principio di uguaglianza, un'uguaglianza che consenta ai disabili di essere alla pari degli altri lavoratori e alla possibilità di avere strumenti adeguati, in grado di superare gli ostacoli che riguardano il mondo del lavoro. Al pari di tutti gli altri gruppi discriminati, la Convenzione una volta che è stata ratificata diviene vincolante, il che non

¹³³ . HEJNY, R. ZUCCARO: *“La staffetta giovani-anziani e la discriminazione per età”*, cit., in

http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/21811rosita_helga_29_.pdf, 2013.

funge solo da limite a comportamenti discriminatori ma riconosce una tutela specifica e introduce i rispettivi adeguamenti.

Prima della trasposizione di tale direttiva, tra gli interventi più importanti in tale ambito si ricorda la Dichiarazione sui diritti delle persone mentalmente ritardate del 1971 e la Dichiarazione sui diritti delle persone disabili del 1975; pertanto la Convenzione si pone in una linea di continuità con tali previsioni. Di notevole importanza è stata anche la legge n. 67/2006 dal titolo *Misure per la tutela giudiziaria per persone con disabilità vittime di discriminazioni*, quest'ultima ha istituito una tutela giudiziaria tale da mettere a disposizione un sistema di accesso celere e agevolato a favore dei disabili¹³⁴.

Sempre secondo i lavori preparatori dell'ONU, alla condizione di disabilità non si può attribuire una definizione fissa; ma si tratta di un concetto dinamico, e dunque *«Essa non è solo una condizione soggettiva di menomazione, ma è il risultato dell'interazione fra quella menomazione e gli ostacoli che si frappongono alla piena partecipazione dei disabili alla vita sociale. Questi ostacoli possono essere di varia natura: barriere fisiche o attitudini mentali; quel che importa è che più ostacoli vi sono e più la disabilità si accentua. Di qui la necessità di adottare soluzioni ragionevoli atte a rimuoverli»*¹³⁵.

Quando si parla di *soluzioni ragionevoli*, si individua il fulcro della disciplina antidiscriminatoria, in particolare si fa riferimento all'art. 5 della Direttiva Europea (Direttiva 78/2000, art. 5, *Soluzioni ragionevoli per i disabili*), in cui si afferma che: *«Per garantire il rispetto*

¹³⁴ R CERA: "La convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità", 2009 in http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_internazionale_e_comparato/nazioni_unite_cera.html.

¹³⁵ M. BARBERA: op.cit., p.81.

*del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli» -continuando si propone di spiegare cosa si intende per soluzioni ragionevoli- «Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello stato membro a favore dei disabili». Si aggiunge che anche all'art. 2 b) ii), della medesima direttiva, si fa riferimento alle *soluzioni ragionevoli*, in quanto si dice che il datore di lavoro sia chiamato ad adottare «*misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'art.5*»*

Tale Direttiva non ha trovato piena trasposizione nel diritto interno, nel senso che il d.lgs. 216/2003 ha omissso di recepire gli obblighi in tema di soluzioni ragionevoli, il che non è stato del tutto involuto.

Proprio per questo motivo, nella sentenza del 4 Luglio 2013, nella causa C-312/11, è stata intrapresa da parte della Commissione una procedura di infrazione. La Corte di giustizia ha stabilito che l'Italia è venuta meno al suo obbligo di recepire correttamente e completamente l'art.5. Già nel 2006, la Commissione notificava all'Italia una lettera di diffida, che sottolineava le lacune nella trasposizione della direttiva, in particolare ci si riferiva all'obbligo previsto all'art.5 che –come si è già detto- fa carico ai datori di lavoro di ricorrere a *soluzioni ragionevoli* che garantiscano il rispetto del principio della parità di trattamento per i disabili.

L'Italia, dal canto suo, sosteneva che, da un lato erano vere le carenze che la Commissione aveva fatto emergere, ma dall'altro lato si difendeva sostenendo che la Commissione non aveva correttamente valutato il quadro offerto dalla legge interna n. 68/1999. Dopodiché la

Commissione inviava un parere motivato sostenendo sempre la stessa posizione, alla quale l'Italia replicava nello stesso modo. A questo punto la Commissione decise di presentare ricorso, presso la Corte di giustizia, sostenendo che l'Italia è venuta meno agli obblighi previsti dalla direttiva e che la legge n. 68/1999 si applica solo ad alcune categorie di datori di lavoro e di disabili e non prevede adeguate soluzioni ragionevoli.

L'11 Aprile 2013, nelle cause C 335/11 e C337/11, HK Denmark, la Corte di giustizia non ha accolto la difesa dell'Italia, secondo cui l'unica posizione accettabile a dare applicazione all'art.5 della direttiva, sarebbe quella per cui basterebbe l'imposizione degli obblighi ai datori di lavoro in riferimento di tutti i lavoratori disabili e non l'individuazione e l'organizzazione di un sistema pubblico e privato volto ad affiancare il datore di lavoro e il disabile¹³⁶.

La Corte ha sostenuto che: *«Gli stati membri devono stabilire nella loro legislazione un obbligo per tutti i datori di lavoro di adottare provvedimenti appropriati, cioè provvedimenti efficaci e pratici ad esempio sistemando i locali, adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro o la ripartizione dei compiti in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione, senza imporre al datore di lavoro un onere sproporzionato»* (paragrafi 60 e 61) quindi la Corte è giunta alla conclusione che: *«non è sufficiente disporre misure pubbliche di incentivo e di sostegno, ma è compito degli stati membri imporre a tutti i datori di lavoro l'obbligo di adottare provvedimenti efficaci e pratici, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, a favore di tutti i disabili, che riguardino i diversi aspetti dell'occupazione e delle condizioni di lavoro e che consentano a tali persone di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione»* (paragrafo 62).

¹³⁶ Per approfondimenti si rinvia a <http://www.osservatoriosullefonti.it/>.

Alla fine avendo valutato la legge 68 del 1999, le leggi 104/1992 e 381/1991 e il d.lgs. 81/2008 la Corte è giunta alla conclusione che da parte dell'Italia non vi è stata una corretta trasposizione dell'art.5 della Direttiva, emettendo parere motivato e riconfermando le sue censure in merito all'attuazione del principio della parità di trattamento, ha sostenuto che: *«anche se valutata nel suo complesso,»* la normativa italiana *«non impone all'insieme dei datori di lavoro l'obbligo di adottare, ove ve ne sia necessità, provvedimenti efficaci e pratici, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, a favore di tutti i disabili, che riguardino i diversi aspetti dell'occupazione e delle condizioni di lavoro, al fine di consentire a tali persone di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione, o di ricevere una formazione»* (paragrafo 67). La Repubblica Italiana rispondeva al parere motivato con una nota del 13 Gennaio 2010, in cui ribadiva la sua posizione.

Dopo di che, la Commissione propose il ricorso in riesame. Nel riesame, la Commissione sottolinea che le soluzioni previste dalla legge n. 68/1999, per certi versi offrono una tutela maggiore rispetto all'art. 5 della direttiva. Il problema è che tali garanzie non comprendono tutti i disabili, non gravano su tutti i datori di lavoro e non riguardano tutti gli aspetti del rapporto di lavoro. Inoltre, le soluzioni apportate dalla legge n. 68/1999 si baserebbero sull'adozione di ulteriori provvedimenti da parte delle autorità locali o il ricorso ad apposite convenzioni, in ogni caso, tra quest'ultime non si configurerebbero, nei confronti dei disabili, diritti direttamente invocabili in giudizio.

Secondo la Corte le limitazioni, nel quadro normativo italiano, emergerebbero per lo più dalla legge 104/1992, infatti, essa prevede delle misure idonee a garantire l'inserimento lavorativo e l'integrazione sociale, sia in forma individuale che associata, e la tutela continua del posto di lavoro. In più, essa prevede che le regioni si facciano carico di intervenire nell'integrazione scolastica e nella formazione *professio-*

nale. Proprio la legge n. 104/1992 stabilisce che le regioni hanno il compito di regolamentare le agevolazioni, i contributi, gli incentivi che si attribuiscono ai singoli disabili, sia nelle attività lavorative subordinate che autonome. Tuttavia, gli aspetti negativi non mancano infatti *«da tale legge quadro non risulta che essa garantisce che tutti i datori di lavoro siano tenuti ad adottare provvedimenti efficaci e pratici, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, a favore dei disabili, come esige l'articolo 5 della direttiva 2000/78»*¹³⁷.

Per quanto riguarda la legge 381/1991 si fa presente che: *«essa contiene norme relative alle cooperative sociali, i cui dipendenti, ai sensi di tale legge, devono essere almeno per il 30% persone svantaggiate»* tuttavia *«La suddetta legge, destinata all'inserimento lavorativo dei disabili attraverso tali strutture, non contiene neanche disposizioni che impongano a tutti i datori di lavoro l'obbligo di adottare provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2000/78»*; continuando l'analisi della normativa italiana, secondo la Corte, il d.lgs. n. 81/2008, *«disciplina solo un aspetto dei provvedimenti appropriati richiesti dall'articolo 5 della direttiva 2000/78, cioè l'adeguamento delle mansioni alla disabilità dell'interessato»*¹³⁸.

In conseguenza di ciò l'Italia è stata condannata per violazione degli obblighi comunitari, in quanto non ha previsto soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili.

Nelle già citate cause riunite 335/11 e 337/11 la Corte si è dovuta pronunciare non solo sulla definizione di soluzioni ragionevoli ma anche

¹³⁷C-312/11, 4/7/2013, in http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=IT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=139105&occ=first&dir=&cid=340529.

¹³⁸ C-312/11, op. cit.

sulla definizione di handicap; infatti, nella direttiva 2000/78 manca qualsiasi riferimento alla nozione di handicap. La questione era già stata affrontata nel caso *Chacòn Navas/Eures Colectividades SA*, causa C-13/05, del 2006, con cui la Corte si era già pronunciata sull'argomento. In questo caso, l'interpretazione della Corte era stata per lo più prudente, in quanto si è detto che il fatto che il legislatore abbia scelto il termine handicap e non malattia, è stato il risultato di una scelta voluta; e dunque, seguendo questa posizione, la Corte ha escluso una assimilazione delle due nozioni sia per ragioni testuali, sia per il fatto che la disabilità è una situazione di lunga durata. Nelle sentenze richiamate il giudice nazionale chiedeva alla Corte se per handicap dovesse comprendersi lo stato di salute di una persona che a causa di menomazioni fisiche, mentali o psichiche, non possa svolgere la propria attività lavorativa, o possa farlo solo in modo limitato, per un periodo di tempo lungo e permanente. La Corte ha affermato che, nonostante la Direttiva non definisca cosa si intende per soggetti portatori di handicap e nemmeno fa riferimento alle definizioni dei paesi membri, sulla base del principio dell'uniformità del diritto comunitario, e sulla base del principio di uguaglianza, l'interpretazione di handicap deve essere uniforme nell'intera comunità. Inoltre, proprio nella sentenza *HK Danmark* (335/11 337/11), quest'ultima definisce l'handicap come limitazione derivante da «*menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature che, in interazione con barriere di diversa natura, possano ostacolare la piena ed effettiva partecipazione delle persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori*»¹³⁹, in un punto successivo si rende rilevante anche il periodo di durata dello stato cui è affetta la persona con handicap.

In conclusione possiamo dire che la Corte ha abbracciato una interpretazione basata sulle conseguenze dello stato di salute sostenendo

¹³⁹ C-312/11, op. cit.

che, prescindendo dal fatto che la malattia sia individuata come una causa patologica curabile o incurabile, essa costituisce handicap qualora comporti una limitazione di lunga durata, risultante da deficienze fisiche, mentali o psichiche, che possano non rendere facile la partecipazione, della persona, alla vita professionale¹⁴⁰.

2.4 L'equiparazione tra discriminazioni sulla base dello orientamento sindacale e quelle determinate dalle "convinzioni personali".

Le norme principali, in favore della tutela sindacale (art. 15 e art. 28 Statuto dei lavoratori) sono state già citate ed esaminate nel precedente capitolo.

Di seguito, ci si propone di concentrarsi su una delle più recenti sentenze, in merito alla tutela antidiscriminatoria, in ambito sindacale, alla luce della normativa Europea e dell'art. 28 del D.lgs. 150/2011.

Secondo la corte di appello di Roma 9/10/2012, si parte dal presupposto che *«Il fatto che nell'art. 1 direttiva CE 2000/78 il termine "convinzioni personali" sia affiancato a quello di "religione" non comporta che per convinzioni personali debba intendersi quel credo che, al pari della religione, è caratterizzato da specifici connotati di pervasività e stabilità. La nozione di convinzioni personali ha infatti un utilizzo variabile nelle diverse fonti normative del diritto antidiscriminatorio, ma certamente comprende categorie che vanno dall'etica, alla filosofia, dalla politica (in senso lato) alla sfera dei rapporti sociali e comprende*

¹⁴⁰<http://www.leggioggi.it/2013/06/26/la-corte-di-giustizia-dellunione-europea-si-pronuncia-sulle-soluzioni-ragionevoli-il-fatto/>.

pertanto anche l'affiliazione sindacale in quanto occasione per manifestare una concezione del lavoro e della dignità umana in esso realizzata.»¹⁴¹

Un caso che ha affrontato questo argomento è stato quello della scuola di Adro e della saturazione dei posti di lavoro con simboli politici (lega nord) decisa dal tribunale di Brescia nel 2010, in cui le convinzioni personali, regolate dal d.lgs. 216/2003 e dall'art.15 Statuto dei lavoratori venivano sussunte a fattori di rischio, rientranti nella categoria discriminazioni sindacali. Se si volesse fare un passo, ancora più risalente nel tempo – per testimoniare che le discriminazioni per ragioni sindacali sono sempre esistite- si è costretti a ricordare il caso Bastia Snthià verificatosi a Torino nel dopoguerra o il la vicenda Brodolini in cui venivano pubblicate i contenuti delle schedature dei lavoratori¹⁴².

Il caso che ci si propone di analizzare è quello della azione di Fiom-Cgil, in rappresentanza di 19 lavoratori non riassunti, contro Fip-Fiat (Fiat Group Automobiles, FGA, diventata FIP, Fabbrica Italia Pomigliano).

Il 21 giugno 2012 è stata emessa la sentenza del tribunale di Roma sez. Lavoro con cui è stato dichiarato, in seguito ad un procedimento sommario, *«la natura di discriminazione collettiva dell'esclusione dell'assunzione di lavoratori dello stabilimento di Pomigliano iscritti alla Fiom ed ordinarsi a Fabbrica Italia Pomigliano di cessare dal comportamento discriminatorio e di cessare gli effetti»*. L'importanza della sentenza rileva sia per ragioni processuali -in quanto si tratta di ordinanze emesse sulla base della riforma del 2011- sia perché riguarda

¹⁴¹ A. GUARISO: *“Pronuncia antidiscriminatoria, autonomia privata e ripristino della parità”*, in D.e.L, 2012, p.661.

¹⁴² L. CALAFÀ: *“La discriminazione fondata sull'orientamento sindacale nel caso Fiom-Cgil c. Fip-Fiat”*, in <http://www.europeanrights.eu/>, 2012.

l'applicazione della norme di diritto sostanziale che tutelano la discriminatoria dei lavoratori, nello specifico art.15 (legge 300/70) e d.lgs. 215/2003.

La domanda che ci si pone verte sull' applicazione del rito sommario, previsto dall'art. 28 d.lgs. 150/2011, e se sia adeguato alle discriminazioni sindacali e alle convinzioni personali.

La risposta si basa sul legame tra convinzioni personali e orientamento sindacale. In riferimento a ciò è stato affermato dall'ordinanza poc'anzi citata e tramite il ricorso a strumenti di matrice Europea che *«l'affiliazione sindacale del lavoratore è sicuramente riconducibile al concetto di convinzioni personali attenendo al modo di intendere le relazioni tra le parti sociali ed il modo di porsi rispetto alla parte datoriale»¹⁴³*. L'art. 28 si configura non come l'unica azione esperibile, ma quella esperibile dall'organizzazione sindacale qualora si prospetti un interesse proprio. L'ordinanza chiarisce inoltre che l'art. 15 l. 300/70, è una norma di diritto sostanziale *«e non prevede uno speciale ed esclusivo procedimento di tutela dei diritti lesi»*, mentre gli art.28 (Statuto dei lavoratori e D.lgs. 150/2011) *«costituiscono procedimenti appropriati dal legislatore a tutela di situazioni diverse, attinenti l'una direttamente la lesione di un interesse dell'organizzazione sindacale, l'altra alla lesione del diritto proprio dei lavoratori a non essere oggetto di condotte discriminatorie per effetto del loro orientamento sindacale»¹⁴⁴*.

L'importanza di questi strumenti è rivolta sempre alla tutela del medesimo bene protetto: la libertà sindacale, prevista all'art.39 Costituzione, in sostanza anche se si tratta di ambiti diversi - individuale e collettivo- la tutela antidiscriminatoria non viene meno.

¹⁴³ Trib. Roma, Ord. 21.06.2012, in Rivista critica di diritto del lavoro, 2012

¹⁴⁴ Cit. ord. 21/06/2012

Il fatto che gli iscritti alla Fiom si trovino a non essere riassunti integra una discriminazione diretta e individuale rispetto ai lavoratori non appartenenti a quel sindacato, come recita l'art. 2 D.lgs. 216/2003: *«una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in situazione analoga»*¹⁴⁵, l'elemento eclatante sta proprio nel fatto che tra il personale assunto dalla Fip non compare nessun lavoratore che era stato iscritto alla Fiom.

Inoltre, è stato constatato – essendosi la parte ricorrente appellata alla prova statistica- che gli iscritti alla Fiom, tra giugno 2010 e gennaio 2011 sono calati almeno della metà; che il numero di lavoratori iscritti alla Fiom che potenzialmente Fip doveva assumere era pari a 145 secondo la proporzione: $382:4367=X100$.

Ciò che è accaduto è stato che su un numero di lavoratori totali pari a 1893 nessuno degli 207 lavoratori (il numero 207 lavoratori sono stati calcolati sulla base della sottrazione $382-175$, considerando che 175 sono i lavoratori che hanno revocato la propria iscrizione dal sindacato) è stato riassunto da Fip, salvo 20 lavoratori che fino al 1/1/2011 risultavano iscritti alla Fiom ma che in seguito hanno revocato la loro iscrizione. Dal giudizio finale e in seguito al riferimento alla prova statistica, emerge che: *«il riferimento normativo a “dati di carattere statistico” nell'ambito di un procedimento volto a tutelare da comportamenti discriminatori, anche singoli individui e pure nell'ambito di realtà di dimensioni contenute in cui non sarebbe neppure in astratto possibile raggiungere l'ordine di grandezze omogenee necessarie per fondare un'idonea dimostrazione di carattere statistico, impone di ritenere che detto riferimento alla statistica debba essere inteso nella sua accezione meno tecnica e più comune di probabilità, a prescindere da un rigido rigorismo scientifico»*; e che, nel caso specifico, il numero evidente di

¹⁴⁵ D.Lgs. 216/2003, art.2.

mancate assunzioni, può considerarsi non solo probabile ma quasi certo determinato dalla loro appartenenza sindacale¹⁴⁶.

A supporto della loro tesi, i ricorrenti hanno incaricato l'Università di Birmingham di effettuare una perizia, dalla quale, detto in sintesi, è risultata evidente la puntigliosa strategia di esclusione dei lavoratori che appartenevano ad un determinato sindacato.

Le posizioni difensive cui Fip-Fiat ha fatto ricorso si basavano, essenzialmente, su tre punti: 1) Fip-Fiat ha dichiarato di disconoscere, tra i propri lavoratori, gli iscritti alla Fiom e quindi di non aver potuto discriminare gli stessi; 2) sottolinea l'oggettività e la legittimità dei propri criteri di selezione; 3) fa appello ai criteri di deroga alle discriminazione previste all'art. 3 D.lgs. 216/2003.

L'ordinanza ha fatto chiarezza sui tre punti sottolineando che, rispettivamente per quanto riguarda la conoscenza dei lavoratori iscritti al sindacato, dalla gestione delle trattenute sindacali emerge chiaramente l'appartenenza.

Per quanto riguarda il terzo punto, emerge una lettura della norma (art.3, D.lgs. 216/2003) non del tutto veritiera, infatti, il giudice ha definito la teoria della difesa come una nuova *«teoria della legittimità della discriminazione per motivi sindacali»*, che in realtà all'art. 3 della d.lgs. 216/2003 non esiste; dal suo canto l'azienda ha affermato che: *«il pregiudiziale e fermissimo rifiuto ... della trattativa e poi del contenuto del Contratto specifico di primo livello nonché della versione del 13.12.2011 (che regolano... gli aspetti della vita di fabbrica dei dipendenti FIP) appare assolutamente incompatibile con lo svolgimento dell'attività lavorativa che deve collocarsi in un contesto aggregato, coordinato e retto da regole accettate sindacalmente e necessariamente*

¹⁴⁶L. CALAFÀ: "La discriminazione fondata sull'orientamento sindacale nel caso Fiom-Cgil c. Fip-Fiat", in <http://www.europeanrights.eu/>, 2012

uguali per tutti: con il che viene meno quel requisito essenziale e determinante per lo svolgimento di tale attività»¹⁴⁷, dunque, il fatto l'attività lavorativa all'interno dell'azienda, fosse incompatibile con le regole sindacali, secondo la difesa integra un motivo di deroga ai casi di discriminazione, ovviamente rinnegato dal giudice di primo grado.

I divieti di discriminazioni vengono definiti strumenti di democrazia in azienda, proprio come afferma il giudice ordinario *«i lavoratori sono tenuti ad uniformarsi alle regole applicabili nell'ambito dell'azienda per cui lavorano, ma non può pretendersi ovviamente che le condividano, se non si accetta di pregiudicare le loro convinzioni personali e sindacali»¹⁴⁸*.

Il 19 Ottobre 2012 è stata emessa la sentenza della corte di Appello del tribunale di Roma, la quale ha deciso sugli appelli riuniti, sull'appello incidentale e sull'atto di intervento in conseguenza dell'impugnazione dell'ordinanza emessa dal tribunale di Roma con cui era stato stabilito, in seguito alla cognizione sommaria, la condanna di cessare i comportamenti discriminatori nei confronti di Fip-Fiat e l'ordine di bloccare gli effetti; trova dunque accoglimento la richiesta di assunzione dei 19 lavoratori iscritti alla Fiom e per i quali l'associazione sindacale ha agito in giudizio ex art. 5 D.lgs. 216/2003.

La pronuncia della Corte di Appello ha confermato l'ordinanza di primo grado, ponendosi in una linea di continuità, ma allo stesso tempo facendo chiarezza su ulteriori punti, tanto che entrambe le pronunce possono considerarsi meritevoli di attenzione.

Nello specifico, l'interpretazione della Corte di Appello risulta utile, soprattutto per ciò che riguarda la nozione di “convinzioni perso-

¹⁴⁷ Cit. Ord. 21/06/2012

¹⁴⁸ Cit. Ord. 21/06/2012

nali”, infatti, la Corte, appoggiando sulla sussunzione effettuata dal giudice di primo grado -la quale equipara le discriminazioni per motivi sindacali alle discriminazioni sulla base delle convinzioni personali- giunge alla medesima conclusione sulla base di un procedimento logico deverso. Il giudice di primo grado, utilizzando strumenti di matrice europea giustificava tale equiparazione sulla base del fatto che *«l'affiliazione sindacale del lavoratore è sicuramente riconducibile al concetto di convinzioni personali attenendo al modo di intendere le relazioni tra le parti sociali ed il modo di porsi rispetto alla parte datoriale»* come si era già citato; invece il giudice della Corte di Appello, considerando il ricorso presentato da Fip-Fiat, in cui si reclamava sull'assunto che le convinzioni personali fossero, esclusivamente, «assimilabili ad un credo religioso» -nello specifico, la difesa sosteneva che la tutela forte è meglio ricondurla alle convinzioni personali e religiose perché caratterizzate da *«specifici connotati di pervasività»*, invece l'orientamento sindacale è una scelta che si proietta ad un maggiore possibilità, da parte del lavoratore, di cambiamento- ha preferito fare riferimento ad una interpretazione sistematica dell'art. 19 TFUE, delle convinzioni Oil che trattano l'argomento e dell'art. 6 TUE -in cui è affermato che *«può senz'altro ritenersi che la direttiva 2000/78/CE, tutelando le convinzioni personali avverso le discriminazioni, abbia dato ingresso nell'ordinamento comunitario al formale riconoscimento (seppure nel solo ambito della regolazione dei rapporti di lavoro) della cd. libertà ideologica il cui ampio contenuto materiale può essere stabilito anche facendo riferimento all'art. 6 del TUE e, quindi, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo»*. Inoltre la Corte aggiunge che *«se il legislatore comunitario avesse voluto comprendere nelle convinzioni personali solo quelle assimilabili al carattere religioso, come ritenuto dall'appellante, non avrebbe avuto alcun bisogno di differenziare le ipotesi di discriminazione per motivi religiosi da quelle per motivi diversi. Può perciò ritenersi che l'ampia nozione di “convinzioni personali” racchiude*

una serie di categorie di ciò che può essere definito il “dover essere” dell’individuo, che vanno dall’etica alla filosofia, dalla politica (in senso lato) alla sfera dei rapporti sociali».

Un’ulteriore riflessione riguarda il legame tra interessi individuali, interessi collettivi del gruppo discriminato e interesse collettivo dell’organizzazione sindacale. L’ordinanza di primo grado ha chiarito che l’art.15 legge 300/70 è una norma che «*non prevede uno speciale ed esclusivo procedimento di tutela dei diritti lesi*», mentre gli articoli 28 (quello dello Statuto e quello del D.lgs. 150/11) «*costituiscono procedimenti approntati dal legislatore a tutela di situazioni diverse, attinenti l’una direttamente alla lesione di un interesse dell’organizzazione sindacale (art. 28 Statuto dei lavoratori), l’altra alla lesione del diritto proprio dei lavoratori a non essere oggetto di condotte discriminatorie per effetto del loro orientamento sindacale (art. 28 D.lgs. 150/11)*» (cit. ord. 21/6/12).

Detto ciò la Corte di Appello ha aggiunto che l’art. 28 Statuto dei lavoratori, «*tutela un interesse collettivo del sindacato alla esplicazione della libertà sindacale distinto ed autonomo rispetto a quello attribuito ai singoli lavoratori. (...) L’oggetto della tutela azionata nel presente giudizio non è l’esercizio delle prerogative sindacali della Fiom, ma la discriminazione subita dai suoi iscritti in sede di assunzione a causa dell’affiliazione sindacale*»¹⁴⁹. Prosegue citando anche l’art.5 D.lgs. 216/2003 in cui si fa presente al primo comma che «*le rappresentanze locali delle organizzazioni nazionali maggiormente rappresentative a livello nazionale, in forza di delega, rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità, sono legittimate ad agire ai sensi dell’articolo 4, in nome e per conto o a sostegno del soggetto pas-*

¹⁴⁹ L. CALAFÀ: “*La discriminazione fondata sull’orientamento sindacale nel caso Fiom-Cgil c. Fip-Fiat*”, in <http://www.europeanrights.eu/>, 2012

sivo della discriminazione, contro la persona fisica o giuridica cui è riferibile il comportamento o l'atto discriminatorio» e al secondo comma che: «le rappresentanze locali di cui al 1 comma sono, altresì, legittimate ad agire nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese da discriminazione»¹⁵⁰.

La Corte, con tale specificazione, ha voluto ribadire che, nonostante diverse procedure, nonostante diverse legittimazioni ad agire, la tutela è rivolta sempre allo stesso bene: la libertà sindacale art.39 Costituzione.

Infine, si deve riconoscere che questa apertura nei confronti delle convinzioni personali e l'ampliamento degli strumenti, a favore di chi subisce la lesione (legittimazione ad agire, onere della prova), dimostrano l'ampliamento e il superamento di un modello che era legato, esclusivamente e erroneamente, alle discriminazioni di genere.

2.5 Trattamenti discriminatori determinati dallo orientamento sessuale

La normativa vigente fa riferimento al D.lgs. 216/2003 che a sua volta riprende la direttiva 78/2000, ed è stato stabilito da parte della Corte di Giustizia che nei confronti delle persone transessuali e transgender si applicano le disposizioni introdotte dalla direttiva 1976/207/CE riguardante la parità uomo donna, recepita in Italia tramite la legge n. 903/1977.

¹⁵⁰ D.lgs. 216/2003, art.5.

Si è giunti alla conclusione che la disciplina sulla parità di trattamento si estende dal modello “discriminazioni di genere uomo-donna” alle discriminazioni nei riguardi di persone transessuali e transgender.

Le più importanti problematiche che affliggono la comunità dei gay e delle lesbiche, in ambito lavorativo riguardano la discriminazione nell’accesso al lavoro, il mobbing, il demansionamento, l’impossibilità nella progressione di carriera, ma soprattutto, le difficoltà riguardanti il *coming out*.

Si è appurato, infatti, che spesso i datori di lavoro sono fortemente impreparati e poco aperti alle tematiche riguardanti i LGTB, questo spesso dipende dalla fascia di età di appartenenza e dal livello culturale. Si constata, soprattutto, per le donne lesbiche maggiore intolleranza, non si parla per quest’ultime, solo di discriminazioni omofobe, ma di discriminazioni multiple. Per quanto riguarda transgender e transessuali, non si può prescindere dalle difficoltà che quest’ultimi incontrano nel riconoscimento anagrafico della nuova identità fisica; infatti la legge 164/21982, che attualmente disciplina la materia, prevede tempistiche del tutto incompatibili con il mondo del lavoro, in quanto il cambiamento anagrafico è previsto dopo un intervento chirurgico che determini il cambiamento del sesso. Anche se, negli ultimi anni, la giurisprudenza ha applicato una interpretazione più estensiva della norma, come è avvenuto nel 2011 da parte del tribunale di Roma e anche nella sentenza n. 412/2013, in quest’ultime è stato riconosciuto il cambiamento anagrafico, senza che costoro abbiano, effettivamente, ricorso ad un intervento chirurgico, ma si siano, semplicemente, sottoposti a cure ormonali determinanti un cambiamento non indifferente.

È evidente che, qualora un soggetto transgender o transessuale, volesse ricorrere al cambiamento del sesso nello stesso periodo in cui quest’ultimo ricopra una mansione, o comunque si trovi alle dipendenze di un datore, le incomprensioni e i casi di mobbing, spesso aumentano. Pertanto, una delle più importanti associazioni l’UNAR che si occupa

della tutela dei diritti dei LGTB, ha messo in atto alcuni progetti, come “*Diversità al lavoro*”, che mette in diretto contatto alcune categorie di lavoratori “*vulnerabili*” con le aziende più importanti del territorio¹⁵¹.

Sulle discriminazioni sessuali non esiste una legislazione, particolarmente, risalente nel tempo; infatti, si è parlato per la prima volta, ponendo un esplicito divieto, di discriminazioni sessuali nella direttiva europea 78/2000.

Le discriminazioni sulla base dell’orientamento sessuale, hanno trovato protezione con ritardo rispetto ad altri fattori di discriminazione, se si volessero trovare dei motivi che giustificano ciò, andrebbero ricondotti, sicuramente, alla «*complessa impalcatura alla cui base si trovano gli insegnamenti tramandati dalla tradizione, spesso di ispirazione religiosa, che hanno sorretto per secoli un complesso di credenze, pregiudizi e stereotipi cui è stata data voce dal ramo del sapere volta a volta maggiormente accreditato. Non solo la religione, ma anche la medicina, la criminologia, il diritto, la psicologia, la sociologia hanno contribuito a dipingere l’omosessuale come un malato, un criminale, un deviato, un alienato. L’esistenza di comportamenti sessuali atipici e non procreativi neppure potenzialmente, inoltre ha sempre messo in crisi la definizione dei ruoli di genere e le dinamiche di potere fra essi, così come la struttura della famiglia e della società in generale. La mancanza di approvazione sociale e di sostegno personale e familiare verso le unioni fra persone dello stesso sesso, ha contribuito e contribuisce tuttora, a rinforzare l’esistenza di comunità marginalizzate e, perciò stesso, disprezzate. Lo stigma sociale, poi, non fa altro che risaldare il pregiudizio*»¹⁵²

¹⁵¹ Per un approfondimento si rimanda a www.unar.it

¹⁵²M. BONINI BARALDI: “*La discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale nell’impiego e nell’ occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici alla luce delle nuove norme comunitarie*”, in DRI, 2004, pp. 775 ss.

Per quanto riguarda gli interventi del Parlamento Europeo si fa riferimento ad una serie di risoluzioni finalizzate ad una esortazione, nei confronti dei paesi membri, per l'introduzione di una disciplina ad hoc. In particolare si può ricordare la Risoluzione del parlamento Europeo del 26 aprile 2007 al punto 7 stabilisce una «condanna i commenti discriminatori formulati da dirigenti politici e religiosi nei confronti degli omosessuali, in quanto alimentano l'odio e la violenza, anche se ritirati in un secondo tempo, e chiede alle gerarchie delle rispettive organizzazioni di condannarli;» e al punto 8: «ribadisce il suo invito a tutti gli Stati membri a proporre leggi che superino le discriminazioni subite da coppie dello stesso sesso e chiede alla Commissione di presentare proposte per garantire che il principio del riconoscimento reciproco sia applicato anche in questo settore al fine di garantire la libertà di circolazione per tutte le persone nell'Unione europea senza discriminazioni;»¹⁵³. Di recente, anche attraverso la risoluzione dell'8 Gennaio 2014, il parlamento si è occupato dell'omofobia e della discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità disponendo una vera e propria tabella di marcia, dove al punto C viene trattato l'argomento della *non discriminazione nel settore dell'occupazione*, si stabilisce che «la commissione dovrebbe definire, di concerto con le agenzie competenti, orientamenti atti a specificare che, nella direttiva 2006/54/CE, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della pa-

¹⁵³ Risoluzione del Parlamento europeo del 26 aprile 2007 sull'omofobia in Europa in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0167+0+DOC+XML+V0//IT>.

rità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, il termine sesso contempla anche il transgender e gli intersessuali»¹⁵⁴.

Tra i vari interventi che si sono succeduti nel corso degli anni da parte del legislatore italiano nei confronti dei LGBT si ricordano il D.lgs. 216/2003, l'art. 15 dello Statuto dei lavoratori; l'art.7 del Testo unico sul Pubblico impiego, il decreto legislativo n.165/2001; l'articolo 10 del decreto legislativo n. 276/2003; 1468 dell'ordinamento militare; il decreto legislativo n.66/2010; l'art. 21 del decreto legislativo 183/2010, in materia di comitati unici di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere per chi lavora contro le discriminazioni. L'ordinamento italiano, purtroppo, non è ancora intervenuto per quanto riguarda una normativa specifica riguardante i reati di omofobia e transfobia. Piuttosto con la sentenza n. 138/2010, la Corte Costituzionale ha, nuovamente sottolineato l'impossibilità di estendere il matrimonio alle persone dello stesso sesso ma ha riconosciuto e richiamato la responsabilità del Parlamento di attivarsi con un intervento specifico ed esaustivo che riconosca i diritti e i doveri che spettano a questa categoria di soggetti.

Un ruolo deciso e sussidiario rispetto al Legislatore è quello che è stato svolto dalle regioni sia per quanto riguarda la specifica previsione di tutele sia per il ruolo svolto nel riconoscimento di forme di convivenza diverse dal matrimonio a forme appropriate di contrasto alle discriminazioni derivate dall'orientamento sessuale.

Le regioni come la Toscana, Liguria, Puglia Emilia Romagna, Marche, Piemonte e Umbria sono intervenute in ambiti come l'accesso

¹⁵⁴Risoluzione parlamento europeo del 8 gennaio 2014 in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0009+0+DOC+XML+V0//IT#title4>.

ai servizi il contrasto alle discriminazioni e all'omofobia, la promozione di politiche attive in ambito lavorativo¹⁵⁵.

2.7 *La disciplina sul mobbing*

Iniziando da un'analisi del significato del termine mobbing, ci si rende subito conto che esso derivi dall'inglese «*to mob*» che significa «*assalire attaccare accerchiare*» nello specifico «prendere d'assalto collettivamente qualcuno con violenza» e dal latino «*mobile vulnus*» che vuol dire «*il movimento della gentaglia*»¹⁵⁶.

Nel contesto italiano, lo studio del mobbing ha trovato tra i primi autori che si sono occupati di questo argomento Harald Ege, psicologo del lavoro, il quale ha definito il mobbing come una vera e propria «*guerra sul lavoro, in cui tramite violenza psicologica, fisica e/o morale, una o più vittime vengono costrette ad esaurire la volontà di uno o più aggressori. Questa violenza si esprime attraverso attacchi frequenti*

¹⁵⁵ <http://www.pariopportunita.gov.it/>. In questo testo sono citate le linee guida che l'Unar (ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali, istituito presso il dipartimento delle Pari Opportunità) ha adottato, col fine di attuare i principi contenuti nella Raccomandazione CM/REC (2010) 5 del comitato dei ministri del Consiglio d' Europa, volta a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere.

¹⁵⁶ F. AMATO, M.V. CASCIANO, L. LAZZERONI, A. LOFFREDO: «*Il mobbing*», Milano, Giuffrè, 2002, p.9 ss.

¹⁵⁶ F. COSTA: «*Il mobbing*», 2010, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, pp.27 ss.

e duraturi che hanno lo scopo di danneggiare la salute, i canali di comunicazione, il flusso di informazione, la reputazione e/o la professionalità delle vittime»¹⁵⁷.

Ege ha individuato sei categorie per delineare nel modo corretto le circostanze in cui si manifesta il mobbing: 1) il contesto di riferimento deve essere quello lavorativo; 2) il distacco temporale tra le vicende deve essere di almeno un mese; 3) il conflitto deve avere una durata minima di sei mesi; 4) Devono essere integrate almeno due delle cinque categorie del Lipt Ege (nel testo il *Mobbing, conoscerlo per vincerlo*, sono individuate cinque categorie con cui suddividere gli attacchi mobbizzanti: a) attacchi ai contatti umani, b) isolamento sistematico, c) cambiamenti delle mansioni, d) attacchi contro la reputazione e) violenza o minacce di violenza); 5) la vittima deve trovarsi in una posizione di inferiorità; 6) la vicenda deve aver almeno raggiunto una situazione di stabilità e continuità.

A queste sei categorie Ege ha, ulteriormente, individuato sei fasi per la corretta individuazione del fenomeno mobbing. Queste sei fasi sono precedute dalla, così detta *condizione zero*¹⁵⁸, nella quale si individua una situazione ambientale di tensione e di conflittualità, che fungono da elemento primordiale per lo sviluppo dei casi di mobbing, a seguire vi è la prima fase del mobbing in cui inizia il *conflitto mirato* dal conflitto ambientale si passa all'individuazione di una o più singole vittime che tuttavia, non sono ancora consapevoli di tali intenzioni.

Nella seconda fase si può dire che si identifica l'inizio del mobbing, in quanto la vittima percepisce una situazione di disagio e inizia a porsi delle domande su quest'ultima.

¹⁵⁸ F. COSTA: op.cit. p.27 ss.

La terza fase si caratterizza dal fatto che appaiono i primi problemi psicosomatici nella vittima, questi vanno dall'insonnia all'inappetenza, all'apatia a problemi fisici come problemi muscolari fino all'ansia e alla depressione.

Nella quarta fase la vittima comincia a subire dei richiami e delle pressioni per il suo calo di rendimento e per le continue assenze dal lavoro, il tutto contribuisce nell'opera di distruzione della vittima.

Segue la quinta fase in cui i sintomi si aggravano e si ha una vera e propria rottura con l'ambiente di lavoro.

Nell'ultima fase si ha un vero e proprio abbandono del posto di lavoro, da parte del lavoratore subordinato, abbandono effettuato tramite dimissioni o licenziamento, o, nei casi più gravi in conseguenza di un suicidio.

Il contributo di Ege va sottolineato, soprattutto poiché individua il mobbing non in una singola azione (cosa che lo distingue nettamente dalle molestie), ma lo individua nella continuità dell'azione, nella presenza di una vera e propria strategia o complotto nei confronti del lavoratore; inoltre non individua una tipologia di vittima, ma chiunque può esserne destinatario¹⁵⁹.

Va detto che il legislatore non si è preoccupato di introdurre una definizione chiarificatrice di mobbing, né una disciplina di riferimento, infatti il mobbing, inteso come fattispecie a sé stante caratterizzata dagli elementi della reiterazione, sistematicità e durata del periodo di vessazione non ha trovato per lungo tempo una propria disciplina di riferimento, nel senso che il mobbizzato trovava tutela solo in riferimento alla sussunzione di fatti a fattispecie che già esistevano nell'ordinamento giuridico.

In particolar modo, accanto alla tutela costituzionale, si affiancano diverse norme del codice civile. Di fondamentale riferimento è l'art. 2087 secondo cui l'imprenditore è tenuto ad adottare le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei lavoratori, l'importanza di questa norma, come ha sottolineato la Cass. Civ. 6/9/1988 n. 5048, risiede nel fatto che essa costituisce una norma di «*chiusura del sistema di sicurezza*», e che svolge una funzione di completamento e adeguamento dell'ordinamento. Quindi essa è chiamata a sanzionare comportamenti atipici, che altro non sono che quelli caratterizzati da mobbing.

Anche gli art. 1175 e 1375 c.c. contribuiscono in questo processo di ricostruzione normativa della disciplina antimobbing, in particolare quest'ultime fanno riferimento alla circostanza, secondo la quale, debitore e creditore devono comportarsi secondo correttezza. L'art. 2119 c.c. consente al lavoratore, dimissionario per motivi di mobbing, di vedersi riconosciuta in suo favore una giusta causa di dimissioni. L'art. 428 consentirebbe al lavoratore di reagire, con una richiesta di annullamento delle dimissioni proposte in conseguenza di uno stato confusionale dovuto alle violenze psicologiche subite. Gli art. 1434 e 1438 c.c. danno la possibilità al lavoratore di agire con la richiesta di annullamento, nel caso di violenza morale, o minaccia per far valere un diritto. L'art. 2103 c.c. tutela il lavoratore qualora le condotte mobbizzanti abbiano comportato un demansionamento del dipendente e il trasferimento del lavoratore da una unità produttiva ad un'altra, senza che vi siano state comprovate ragioni tecniche organizzative e produttive.

Un'altra forma di tutela, si rinviene nella legislazione speciale, che indirettamente riconosce tutela ai soggetti vittime di mobbing, si tratta del decreto legislativo 9/4/2008 n.81, che impone al datore di lavoro, nella scelta delle attrezzature e nella definizione dei metodi di lavoro, di valutare i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori e di redigere un apposito documento in cui vengano indicate le tipologie di misure

adottate; si prevede l'introduzione di un medico il quale svolga una funzione di sorveglianza e quindi, indirettamente potrebbe svolgere una funzione di prevenzione contro i casi di mobbing ¹⁶⁰.

La mancanza di una disciplina nazionale ha indotto, anche la legislazione regionale ad intervenire; la legge della regione Lazio 11 Luglio 2002 n.16 ha, per la prima volta, dettato una definizione legale di mobbing; si è preoccupata di istituire dei centri di riferimento, c.d. centri antimobbing, ai quali il lavoratore vessato si sarebbe potuto rivolgere. Tuttavia, tale legge è stata impugnata dal Governo per violazione dell'art. 117 Costituzione, in conseguenza di ciò, è stata dichiarata incostituzionale da parte della Consulta. La Corte ha affermato che tale legge ricadeva nella competenza concorrente Stato Regioni, in quanto si trattava di una materia che rientrava nell'ambito della tutela e sicurezza sul lavoro, dunque, si riconosceva la possibilità alle regioni di intervenire, ma solo nell'ambito della ricerca di strumenti in grado di studiare il fenomeno e limitarlo.

Successivamente ci sono stati altri interventi da parte di altre regioni, rivolti alla tutela e prevenzione dei lavoratori, in tal senso sono stati istituiti diversi centri d'ascolto, sia presso le ASL che, successivamente, la messa a disposizione, presso gli uffici comunali, di appositi sportelli, con il compito di fornire consultazione ai lavoratori; inoltre, è stato istituito, presso l'assessorato competente in materia di lavoro, un osservatorio regionale, che comunica alla giunta regionale le relative informazioni, svolgendo attività di consulenza e formulazione di proposte, oltre a ciò, svolge attività di promozione con gli organismi di vigilanza. Successivamente sono stati attivati, altri centri di sostegno chiamati *Punti di ascolto* che svolgevano colloqui con i soggetti in condizioni di disagio.

¹⁶⁰ F. COSTA: "Il mobbing", op.cit., pp. 49 ss.

In relazione alle leggi regionali la Corte non ha più emesso nessuna pronuncia di incostituzionalità, in quanto non sono stati superati i limiti di competenza regionale, tutt'al più sono state introdotte misure nuove, in grado di studiare il fenomeno e a prevenire o limitare le conseguenze.

La sezione lavoro della Suprema Corte, ha tentato di riconoscerne i tratti salienti della fattispecie e garantire tutela al lavoratore¹⁶¹.

Per quanto riguarda la ricostruzione giurisprudenziale, va ricordato il caso in cui la Corte dovette decidere nei confronti di un Datore di lavoro accusato di comportamenti opprimenti nei confronti di un lavoratore, in quanto, il datore di lavoro aveva più volte richiesto all'INPS di effettuare sopralluoghi medici per verificare se il lavoratore fosse effettivamente in stato di malattia, dopo che erano stati, già, effettuati gli opportuni controlli medici¹⁶². La Corte, nella sua pronuncia, ha dato rilevanza al fatto che il datore sarebbe stato chiamato a rispondere - nel caso in cui fossero derivati danni nei confronti di un lavoratore- a seguito di un comportamento pregiudizievole.

Di rilevante importanza è anche la sentenza della Corte di Cassazione 11 Settembre 2008 n. 22858, con cui per la prima volta sono stati indicati i criteri di riferimento che caratterizzano il mobbing. Si è detto che *«Integra la nozione di mobbing la condotta del datore di lavoro protratta nel tempo e consistente nel compimento di una pluralità di atti (giuridici o meramente materiali, ed, eventualmente anche, leciti) diretti alla persecuzione o alle emarginazione del dipendente, di cui viene lesa – in violazione dell'obbligo di sicurezza posto a carico dello stesso datore dell'art. 2087 c.c. – sfera professionale o personale, intesa nella pluralità delle sue espressioni (sessuale, morale, psicologica o fisica);*

¹⁶¹ F. COSTA: "Il mobbing", op. cit., pp. 27 ss.

¹⁶² Cass. Civ. 19 gennaio 1999 n. 475

né la circostanza che la condotta di mobbing provenga da un altro dipendente posto in posizione di supremazia gerarchica rispetto alla vittima vale ad escludere la responsabilità del datore di lavoro – su cui incombono gli obblighi ex art. 2049 c.c.- ove questi sia rimasto colpevolmente inerte nella rimozione del fatto lesivo, dovendosi escludere la sufficienza di un mero (e tardivo) intervento pacificatore, non seguito da concrete misure e da vigilanza (nella specie la S.C., nel cassare la sentenza impugnata, ha rilevato che il giudice di merito aveva valutato le condotte in termini non solo incompleti ma anche con un approccio meramente atomistico e non in una prospettiva unitaria, con sottovalutazione della persistenza del comportamento lesivo, durato per un periodo di sei mesi, più che sufficiente ad integrare l' idoneità lesiva della condotta nel tempo, che - nella sostanziale inerzia del datore di lavoro – era consistita nell' inopinato trasferimento, da parte di un altro dipendente gerarchicamente sovraordinato, di una dipendente (incaricata della trattazione di un progetto aziendale di rilevanza europea) dal proprio ufficio in un' area «open», senza che venisse munita di una propria scrivania e di un proprio armadio, con sottrazione delle risorse utili allo svolgimento dell'attività, con creazione di reiterate situazioni di disagio professionale»¹⁶³.

La Cassazione, 20 maggio 2008 ha contribuito alla delineazione del fenomeno mobbing individuandolo in un quadro unitario con carattere reiterato e si è anche individuata la intenzionalità delle condotte in vista del risultato perseguito cioè l'isolamento.

Anche la Cass. Civ. sez. Unite 4 Maggio 2004 n. 8438, ha individuato casi di mobbing in «ogni ipotesi di pratiche vessatorie, poste in essere da uno o più soggetti diversi per danneggiare in modo sistematico un lavoratore nel suo ambiente di lavoro, nell'ipotesi in cui la tutela invocata attenga a diritti soggettivi derivanti direttamente dal medesimo

¹⁶³ F.COSTA: op. cit. pp.38 ss.

rapporto, lesi da comportamenti che rappresentano l'esercizio di tipici poteri datoriali»¹⁶⁴.

Il mobbing, spesso si trova collegato all'abuso di potere da parte del datore di lavoro, dunque, in via del tutto generale i comportamenti che hanno carattere di ostilità possono essere ricondotti alla fattispecie di dell'abuso di potere. Tra gli atti che la giurisprudenza ha ricondotto alla fattispecie di mobbing si menziona: il demansionamento, lo svuotamento delle mansioni, il sistematico riconoscimento dei diritti derivanti dalla propria qualifica, l'effettuazione di trasferimenti illegittimi, che non possono essere giustificati sulla base di ragioni organizzative, il trasferimento in posti di lavoro scomodi, l'attribuzione di enormi carichi di lavoro, la sottoposizione a continue critiche e il non riconoscimento di meriti per il lavoro che è stato svolto¹⁶⁵.

Si posso individuare nelle due figure di *mobber* e di *mobbizzato*¹⁶⁶, i soggetti principali di questa fattispecie. Per quanto riguarda, le diverse tipologie di mobbing, si individua il mobbing di tipo verticale che è quello in cui il comportamento oppressivo è compiuto da un soggetto gerarchicamente superiore; si possono ricondurre a questo tipo di mobbing, azioni che possono essere equiparate all'uso eccessivo o arbitrario del potere. Il *mobbing verticale* non riguarda solo le aziende che si caratterizzano per una notevole struttura gerarchica, ma si è dimostrato che è presente anche nelle aziende, dette a struttura ad organigramma piatto.

Un'altra tipologia è quella del c.d. *mobbing orizzontale*, in cui la condotta lesiva è compiuta dai colleghi pariordinati alla vittima, il motivo, spesso, si cela dietro piccole invidie, gelosie o competizione professionale.

¹⁶⁴ F.COSTA: op. cit. pp. 39 ss.

¹⁶⁵ Trib. Torino, 16711/2009, in RIDL, 2000, p.102

¹⁶⁶ Per un'analisi dettagliata –dal punto di vista psicologico- del *mobber* e del *mobbizzato*, cfr. M. GENTILE "Il mobbing", Giuffrè, Milano, 2009, pp.18 ss.

Quando la condotta mobbizzante è posta in essere da parte di colleghi che svolgono mansioni inferiori, in questo caso si parla di *mobbing ascendente*, in quanto la complicità dei dipendenti è in grado di escludere o emarginare un collega superiore¹⁶⁷.

Con riferimento alla sentenza 22 Maggio 2001, del tribunale di Como, è stato riconosciuto come *mobbing collettivo*, la condotta posta in essere da una pluralità di persone e si tratta di atti che presi singolarmente appaiono legittimi e inoffensivi, ma nel loro complesso integrano una condotta lesiva¹⁶⁸.

Si parla di *mobbing misto* o *combinato*, quando il *mobbing orizzontale* si affianca a quello *discendente*, cioè quando i colleghi della vittima cercano di danneggiarla, fornendo informazioni denigratorie o negative che hanno l'obiettivo di compromettere la posizione ricoperta dal lavoratore vittima.

Ancora, si distingue tra *mobbing strategico* e *mobbing relazionale* la distinzione si concretizza nel fatto che il primo ha come obiettivo, ultimo e univoco l'espulsione del lavoratore, e quindi ha un fine chiaro e riconoscibile mentre nel secondo tipo, il fine non è così chiaro.

Si deve considerare che questo tipo di classificazione non conosce limiti, nel senso che il mobbing presenta delle sfaccettature talmente numerose e poco chiare che non è facile effettuare una elencazione esaustiva. Pertanto, si cerca di concludere con l'analisi del *mobbing diretto*, ossia quando le violenze psicologiche sono rivolte direttamente alla vit-

¹⁶⁷ M. GENTILE: *“Il mobbing, Problemi e casi pratici nel lavoro pubblico”*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 24 ss.

¹⁶⁸ Trib. Como 22 Maggio 2001, in *Orient. Giur. Lav.*, 2001, 1, 277

tima e il *mobbing indiretto*, che riguarda i casi in cui le azioni mobbizzanti hanno come obiettivo diretto l'ambiente di lavoro della vittima, e quindi indirettamente colpiscono quest'ultima¹⁶⁹.

Per quanto riguarda la responsabilità e il risarcimento dei danni, in capo al datore di lavoro sussiste una responsabilità diretta nel mobbing verticale discendente, (cioè quando il datore di lavoro è l'autore); una responsabilità indiretta quando il mobbing è orizzontale, cioè quando la condotta lesiva è stata posta in essere da un altro dipendente e il datore ha ispirato o tollerato tali comportamenti, infatti, ai sensi dell'art.1228 al datore grava una responsabilità, dolosa o colposa per inadempienza da parte degli ausiliari e per i danni arrecati da parte dei dipendenti nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti, ai sensi degli art. 2049¹⁷⁰. In tal senso si parla di culpa in eligendo o vigilando per non essersi accertati della correttezza dei propri dipendenti; come parte della dottrina e della giurisprudenza ha sottolineato che il limite oltre il quale non è possibile riconoscere una responsabilità del datore, è quello dell'effettiva conoscenza e conoscibilità di tali comportamenti.

Altra parte della dottrina sostiene che il datore è chiamato a rispondere qualora il comportamento dannoso sia stato possibile o favorito dalla tipologia di mansioni che sono state attribuite dal datore al dipendente, in questo caso, quest'ultimo dovrebbe dimostrare che non sussiste nessun legame tra la condotta lesiva e la mansione svolta.

Per quanto riguarda l'onere probatorio, si parte dal presupposto che qualificando il mobbing come una forma di inadempimento contrattuale si applicano le basilari regole di ripartizione degli oneri probatori: il creditore è chiamato a provare l'esistenza dell'obbligazione e l'inadempimento del datore e, il datore è chiamato a provare l'adempimento

¹⁶⁹ M.GENTILE: op.cit., pp. 26 ss.

¹⁷⁰ R. SCOGNAMIGLIO: "A proposito del mobbing", in Riv. It. Dir. Lav., 2004, 1, pp. 503 ss.

o l'eventuale inadempimento per cause a lui non imputabili. L'eccezione che si applica per questi casi è quella che riguarda le obbligazioni negative, o quelle che consistono in un non dare o non fare (come fa riferimento l'art.1222 c.c.); in questo caso, si dice che il diritto del creditore nasce soddisfatto, e dunque, proprio l'agire del debitore comporterebbe l'inadempimento; il creditore sarebbe chiamato a dimostrare tale inadempimento.

Quindi nel mobbing discendente, come per gli altri motivi di discriminazione, spetta al lavoratore provare la violazione del divieto; mentre nel mobbing orizzontale, come prima cosa, il lavoratore dovrà provare la persecuzione da parte dei lavoratori colleghi o sottoposti, e poi il mancato intervento e la conoscenza o conoscibilità del comportamento lesivo da parte del datore. Inoltre, il lavoratore ha l'onere di provare non solo il danno ma anche il nesso causale con l'illecito.

Tra le tipologie di danno si considera anche il danno biologico, che viene accertato tramite un medico legale; mentre per gli altri pregiudizi non patrimoniali si possono utilizzare le prove testimoniale, documentale e presuntiva, per quanto riguarda la liquidazione del pregiudizio si usa lo strumento equitativo ai sensi dell'art.1226 c.c.¹⁷¹

Per ciò che riguarda la tipologia di danno risarcibile che scaturisce dal mobbing si distingue tra: danno patrimoniale –il quale comprende il danno emergente e il lucro cessante- e danno non patrimoniale¹⁷². All'interno del danno non patrimoniale si distingue tra danno biologico, che si contraddistingue per la lesione all'integrità psicofisica del lavoratore, tali patologie possono essere anche temporanee; tale danno, inizialmente era risarcibile ai sensi dell'art. 2043, qualora fosse suscettibile di

¹⁷¹ M.GENTILE: op.cit. pp. 81 ss.

¹⁷² Inizialmente il danno non patrimoniale comprendeva solo il danno morale, e in riferimento a quest'ultimo applicando l'art. 2059 c.c., il risarcimento del danno era riferito solo ai casi determinati dalla legge penale.

valutazione economica, e in via del tutto distinta rispetto al danno morale. Successivamente il danno biologico ha trovato un campo di applicazione sempre più ampio -comprendendo una quantità maggiore di fattispecie- non basato solo sulla dimensione statica legata alla lesione della integrità psicofisica, ma riferibile, anche, alla dimensione dinamica, legata a tutte le conseguenze che tale comportamento ha apportato alla vita del soggetto.

Una nuova definizione di danno biologico è stata introdotta con il D.lgs. n. 38/2000, che ha incluso il danno biologico tra i rischi professionali indennizzabili dall'INAIL.

Se inizialmente il danno biologico e il danno morale costituivano due categorie autonome – in quanto il danno morale costituiva un turbamento dello stato morale, tale da poter costituire una prostrazione fisica e il risarcimento per danno morale veniva calcolato in misura percentuale rispetto al danno biologico- in seguito con la sentenza n. 26972/2008, il danno biologico è stato considerato comprensivo del danno morale, anche se parte della dottrina non ha condiviso questa interpretazione¹⁷³.

Partendo dal danno biologico, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato una nuova forma di danno: il danno esistenziale, il quale comprende le possibilità realizzatrici del lavoratore e tutto ciò che ha alterato la serenità familiare.

Dunque il danno esistenziale prescinde dalle capacità reddituali e quindi si distingue dal danno patrimoniale; non costituendo una lesione accertabile dal medico legale si distingue dal danno biologico e infine

¹⁷³ G. BUFFONE: *“Il danno non patrimoniale a tre mesi dalle sezioni unite, danno morale vs danno biologico cosa è cambiato?”* in <http://www.tribunale.varese.it>, 2009.

non coincidendo con un dolore o una sofferenza si distingue dal danno morale.

In sintesi, al danno non patrimoniale sono state attribuite una serie, considerevole, di fattispecie, l'elemento importante è che esse vengano ricondotte ad un interesse giuridicamente protetto.

L'apertura a nuovi casi di risarcimento, non è stata priva di critiche, nello specifico, non vennero accolti i criteri di individuazione del danno. Pertanto la giurisprudenza propose un ritorno ai tradizionali schemi di danno patrimoniale e danno non patrimoniale, ponendo alla base della tutela risarcitoria del danno morale, del danno biologico e del danno esistenziale il danno non patrimoniale (art. 2059), come se le nuove fattispecie di danno fossero delle sottocategorie del danno non patrimoniale e non categorie autonome¹⁷⁴.

Tuttavia, nella sentenza n. 29832/2008, delle sezioni unite, in riferimento al danno non patrimoniale, si legge che: *«Il riferimento a determinati tipi di pregiudizi, in vario modo determinati, risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di varie categorie di danno, delle quali comunque il giudice deve tener conto al fine di poter addivenire, con un procedimento logico e corretto, alla determinazione quantitativa del danno, in concreto riconoscibile, in modo da assicurare un risarcimento integrale»*¹⁷⁵. Secondo la Corte l'esistenza di una nozione di danno biologico o morale è utile da un punto di vista cognitivo-descrittivo ed è utile ai fini del risarcimento del danno, ma per quanto riguarda il riconoscimento di una categoria formalmente autonoma si distingue, esclusivamente, tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale.

¹⁷⁴ M. GENTILE: op. cit., pp. 85 ss.

¹⁷⁵ Cassazione civile, sez. Lavoro, n.29832, 2008.

Con riferimento agli oneri probatori del danno non patrimoniale, la Corte si è preoccupata di fornire qualche indicazione, individuando la prova presuntiva, sufficiente a presumere l'esistenza del danno; sottolineando l'esigenza –in capo al danneggiato- di indicare gli elementi di fatto essenziali per qualificare la presenza e l'entità del pregiudizio¹⁷⁶.

¹⁷⁶ M. GENTILE: op.cit. p. 89

CAPITOLO 3

Il licenziamento discriminatorio

3.1 La disciplina e la tutela alla luce delle nuove riforme.

La normativa del licenziamento discriminatorio si fa risalire all'art. 4 della legge n. 604 del 1966, il quale, disciplinando i licenziamenti individuali, definisce nullo «*il licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali*» prescindendo dalla motivazione addotta.

Decisamente più incisiva è stata la definizione contenuta nell'art. 3 della legge n. 108 del 1990 in cui, oltre alle ragioni discriminatorie previste dalla già citata legge del 1966, sono sommate le ipotesi previste dall'art. 15 Statuto dei lavoratori e, quindi, ipotesi riferibili alla politica, alla razza, alla religione, alla lingua e al sesso. Sicuramente, le direttive di nuova generazione hanno contribuito alla nozione, includendo altri casi di licenziamento sorretto da ragioni discriminatorie. Ebbene al di là della evidente, anche se innocua sovrapposizione dei casi elencati nelle due norme vi sono ulteriori motivi di discriminazione non esplicitamente menzionati, tra i quali va sicuramente ricordato l'art 5, c.5, l.5 giugno 1990 n.135, che fa riferimento all'infezione da HIV.

Tra le altre ipotesi di nullità riportati alla lettera b) dell'art.1 comma 42 della legge 92/2012, che modifica l'art. 18 legge 300/1970, rientrano i casi di licenziamento intimato in concomitanza con il matrimonio ai sensi dell'art.35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna (D.lgs. 11 Aprile 2006 n. 198), o in caso di violazione dei divieti

di licenziamento previsti dall'art. 54 commi 1, 6, 7 e 9 del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità disciplinate nel D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151. nello specifico la nullità si applica in caso di licenziamento irrogato durante il periodo di gravidanza o di congedo per paternità e fino al compimento di un anno di età del bambino (cc. 1 e 7) ovvero in caso di adozione o affidamento, fino a un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare (c.9) e, ancora, quello causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo di parentela e per la malattia del bambino¹⁷⁷.

Si pensi – ci si ritornerà in seguito - al fatto che, nonostante dalla normativa si percepisca l'intento di una elencazione dei casi discriminatori, la giurisprudenza ha esteso l'applicazione della normativa antidiscriminatoria, e quindi la nullità del licenziamento, a tutti i casi in cui si potesse far riferimento al motivo illecito determinante.

È evidente la frantumazione della nozione di discriminazione, tuttavia, nel complesso si può ricordare che il lungo elenco delle disposizioni enumerate risulta abbastanza concentrato sulla protezione dei profili della persona. Si è dinanzi ad una ampia gamma di caratteri, stati e convinzioni della persona diversi tra loro, in quanto alcuni sono riferiti a dati oggettivi della persona (ad esempio: età, sesso, handicap), altri derivano da scelte della persona come quelle politiche, religiose o sessuali. Ad ogni modo la carenza di un esplicito richiamo, ad alcune delle ipotesi menzionate, non compromette l'applicazione di una tutela forte, e questo proprio grazie all'esplicito riferimento (comma 1, art. 18) a tutti gli altri casi previsti dalla legge.

Ancora tra le ipotesi rientranti nella tutela assicurata vanno ricordate le fattispecie legate alla *molestia*, cioè tutti quei comportamenti indesiderati, posti per un motivo discriminatorio o aventi una specifica

¹⁷⁷ P. CHIECO: "Flessibilità e tutele nel lavoro", Bari, Cacucci, 2013, p.276

connotazione sessuale c.d. *molestia sessuale*, che hanno «*lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, ostile, umiliante od offensivo*»¹⁷⁸. Come è già stato analizzato, infatti, le fonti considerano la molestia come una discriminazione, dunque un ulteriore ambito di applicazione del modello sanzionatorio di tutela antidiscriminatoria previsto dall'art. 18 statuto lavoratori.

Ricondurre queste ipotesi di licenziamento alla macro categoria di licenziamento nullo significa, oltre alla previsione di una tutela forte, applicare l'apparato sanzionatorio a prescindere dal numero di dipendenti occupati dal datore di lavoro. Inoltre, l'elemento importante della riforma risiede nell'*incipit* dell'art. 18 c. 1, in quanto prevede che il giudice con sentenza dichiara la nullità del licenziamento, ponendo un radicale superamento dell'operatività della nullità di diritto comune. A conferma di ciò sta lo stesso c. 1, là dove, a conclusione delle fattispecie elencate, include il licenziamento «*riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge*» ponendosi come norma di chiusura del sistema¹⁷⁹.

Altro punto nodale riguarda cosa si intenda con l'inciso «*quale che sia la motivazione adottata*»: infatti, sembrerebbe che il legislatore intendesse spingersi sino ad una analisi approfondita delle reali ragioni che hanno portato il datore al licenziamento e anche la riforma avvenuta durante il governo Monti, all'art.18, 1 comma, ha confermato che la presenza dell'elemento discriminatorio «*prescinde dal motivo formalmente addotto*». Nei fatti però, la giurisprudenza della Corte di Cassazione assegna allo strumento antidiscriminatorio un ruolo strettamente residuale,

¹⁷⁸ Art. 2 c. 3, D.lgs. 215/2003.

¹⁷⁹ P.CHIECO: Op. cit. p. 278

ritenendolo escluso, tutte le volte in cui il datore riesce a dimostrare l'esistenza di una giustificazione¹⁸⁰.

«Nonostante ciò, una corretta interpretazione delle disposizioni non potrebbe prescindere dal testo dell'art. 3 della l. n. 108/1990 che sanziona il licenziamento discriminatorio indipendentemente dalla motivazione adottata, cosicché non apparirebbe sostenibile l'esclusione del carattere discriminatorio del licenziamento per la sola presenza di una giustificazione legittima. Sarebbe, in tal caso, compito del giudice comparare la motivazione lecita e quella illecita, utilizzando il criterio del necessario confronto delle posizioni dei lavoratori interessati»¹⁸¹.

Il problema verte sul fatto che, spesso, dietro un licenziamento per ragioni oggettive, come ad esempio quelle tecnico-organizzative, si cela un licenziamento discriminatorio, determinando così un vero e proprio licenziamento occulto.

Tali questioni verranno approfondite nei paragrafi seguenti.

Per quanto riguarda la tipologia di tutela, la norma di riferimento è l'art. 18, legge 300/1970 che, a seguito delle riforme (legge 92/2012 e legge 183/2014 e i rispettivi D.lgs. 22-23/2015), con riguardo al licenziamento discriminatorio non hanno apportato particolari modifiche. Infatti già la legge 108/1990, all'art. 3, prevedeva un doppio ordine di conseguenze giuridiche: sia la reintegra nel posto di lavoro che il risarcimento del danno, commisurato in un minimo di cinque mensilità. I recenti interventi posti dal governo Renzi, con la legge n. 183 del 2014 e i decreti 22/2015 e 23/2015, hanno invece apportato notevoli modifiche, più che altro in tutto l'ambito dei licenziamenti illegittimi, soprattutto,

¹⁸⁰ O. MAZZOTTA: "Diritto del lavoro", op. cit. p. 711

¹⁸¹ Per un approfondimento si rimanda a CGL, Ufficio giuridico e vertenze "Discriminazione e licenziamento dopo la riforma Fornero Resoconto della tavola rotonda del 5 dicembre 2012", in http://www.coordinamentorsu.it/doc/altri2013/2012_1227_licenz_fornero.pdf

si fa riferimento, al più atteso decreto 23/2015, cd. contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti.

Sintetizzando sugli obiettivi della recente riforma, essa dovrebbe aumentare le assunzioni da parte delle imprese, sulla base di contratti a tempo indeterminato, cercando di dissuadere i datori di lavoro dalle assunzioni non standard, come i contratti a termine, lavoro accessorio, rapporti di collaborazione autonoma e via dicendo.

Ebbene, se si guarda agli incentivi per le imprese nell'assunzione a tempo indeterminato, quest'ultimi si riscontrano nella diminuzione delle regole protettive del lavoratore in caso di licenziamento ingiusto; infatti, la linea che si tende a seguire è quella secondo la quale si diminuiscono i casi di reintegrazione, aumentando quelli in cui il lavoratore, che sia stato licenziato senza il rispetto dei limiti legali, si trovi a ricevere, esclusivamente, un indennizzo economico.

Sembrerebbe che nel conflitto di interessi tra lavoratori e datori di lavoro, quest'ultimi siano favoriti, venendo meno gli obiettivi che le tutele dei licenziamenti si pongono, cioè sostenere la forza contrattuale del lavoratore sul luogo di lavoro. Inoltre, la tutela contro il licenziamento ingiustificato, trova le sue radici nella Carta europea dei diritti fondamentali e nella Carta Sociale Europea, le quali proteggono le libertà fondamentali dei lavoratori, nei luoghi di lavoro, in riferimento alla libertà di espressione e di dissenso, alla difesa della dignità quando questa sia minacciata da superiori o colleghi, alla difesa e pretesa dei propri diritti e alla possibilità di attivarsi sindacalmente se lo si desidera.

Non convince, neppure, l'argomento che la diminuzione dei livelli di tutela nel rapporto di lavoro sia compensata della crescita di tutela dei lavoratori nel mercato, con il miglioramento della protezione economica in caso di disoccupazione (miglioramento che dovrebbe realizzare il d.lgs. 22/2015) e con un incremento dell'efficienza dei servizi per l'impiego e delle politiche del lavoro.

Oltre a ciò, è vero che l'impresa è indotta a ricorrere, in via prioritaria, alla contrattualizzazione a tempo indeterminato, essendo incentivata dal fatto che tramite la legge di Stabilità per il 2015, sono stati previsti maggiori incentivi ed un minor costo contributivo; ma la speculare riduzione di tutela nei casi di licenziamento comporterebbe una maggiore instabilità, anche per quei contratti a tempo indeterminato, che fino ad ora erano stati ritenuti i più sicuri e in grado di garantire maggiori tutele per il lavoratore, con la conseguenziale estensione della precarietà a quei contratti da sempre considerati standard.

Merita accennare al fatto che dopo la riforma del 2012, riguardo ai licenziamenti, è stata introdotta la tutela reale differenziata che prevede 4 tipi di regimi sanzionatori: 1) *la tutela reintegratoria piena per il licenziamento nullo e/o inefficace*; 2) *la tutela reintegratoria attenuata per il licenziamento annullabile*; 3) *la tutela risarcitoria forte per il licenziamento annullabile*; 4) *la tutela risarcitoria debole per il licenziamento inefficace*.

Per quanto riguarda la tutela reale piena, le situazioni cui si applica sono le seguenti: 1a) licenziamento nullo per ragioni discriminatorie o causato dal matrimonio del lavoratore o per motivi legati alla maternità della lavoratrice; 1b) licenziamento determinato da un motivo illecito determinante ex art. 1345 c.c., o perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge; 1c) licenziamento inefficace perché comunicato in forma orale.

Tale regime di reintegra si applica a prescindere dalle dimensioni dell'azienda, nei confronti di lavoratori che rivestono la qualifica di operai impiegati o quadri e si applica ai lavoratori assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

A decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto 23/2015 (6/3/2015) è stato stabilito che, ai sensi del comma 3 dell'art. 1: *«nel caso in cui il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo*

indeterminato avvenute successivamente all'entrata in vigore del presente decreto, integri il requisito occupazionale di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, il licenziamento dei lavoratori, anche se assunti precedentemente a tale data, è disciplinato dalle disposizioni del presente decreto».

Quindi, è stato stabilito che per le assunzioni fino al 6 marzo 2015, resta in vigore la precedente disciplina, basata sull'art. 18 della legge 300/1970 (Statuto dei Lavoratori) modificato dalla legge 92/2012.

Pertanto, nelle imprese che già a quella data avessero più di 15 dipendenti, in caso di licenziamento dovuto a motivi economici o disciplinari riconosciuto come illegittimo dal giudice, i lavoratori con contratto antecedente al decreto possono essere reintegrati nelle precedenti mansioni oppure ricevere un risarcimento del danno, sulla base delle previsioni dei contratti collettivi e delle valutazioni del magistrato.

Quanto ai dirigenti, stando all'art. 1, comma 1, del decreto legislativo, il decreto sulle tutele crescenti non appare applicabile e, dunque, il dirigente trova tutela nella disciplina dell'art. 18 commi 1,2 e 3 dello Statuto.

A differenza della precedente riforma il D.lgs. 23/2015 all'art. 2, seguendo l'obiettivo di snellimento delle tutele, sembrerebbe garantire esplicitamente la nullità solo in due casi: licenziamento discriminatorio e licenziamento in forma orale, ricorrendo, poi, con un generale riferimento, a tutti gli *«altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge»*.

Tra questi altri casi, sicuramente ci si riferisce alla tutela in caso di licenziamento concomitante al matrimonio per i licenziamenti causati da matrimonio o maternità/paternità.

Ulteriore caso in cui il reintegro (per i casi di licenziamento fino al 6 Marzo 2015) è garantito è quello dell'illegittimo licenziamento disciplinare (per giusta causa o giustificato motivo soggettivo), qualora il

giudice verifichi l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, *“ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”*.

Dunque, (sempre per i casi di licenziamento anteriori al 6 marzo 2015) esclusi i casi sopra elencati, in tutti gli altri casi di licenziamento illegittimo è esclusa la tutela reintegratoria ed il datore può essere condannato al versamento di un indennizzo pari a due mesi di stipendio, per ogni anno di lavoro in azienda (minimo 4 massimo 24 mensilità).

Invece, per tutti gli altri casi di licenziamento illegittimo l'art 18 lascia spazio alla riforma prevista dai d.lgs.23/2015, e quindi si prevede che se non ricorrono gli estremi di una giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo, il giudice potrà soltanto condannare il datore di lavoro a pagare al lavoratore ingiustamente licenziato una indennità pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio. L'indennità così calcolata non potrà mai essere inferiore a 4 mensilità nè superiore a 24 mensilità e non sarà assoggettata a contribuzione previdenziale.

Il Giudice conserva il potere di disporre la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro soltanto nel caso in cui venga dimostrata direttamente nel corso della causa l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore.

Ricapitolando possiamo dire che i punti salienti del decreto legislativo sono: *«a) previsione della regola di un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio; b) esclusione, per i licenziamenti economici, della possibilità di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro; c) limitazione del diritto alla reintegrazione – in via*

eccezionale – ai licenziamenti nulli e discriminatori, nonché a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato»¹⁸².

Si ribadisce che, per quanto riguarda la tutela reintegratoria, in caso di licenziamento discriminatorio, quest'ultima si applica prescindendo dal motivo addotto, e se il lavoratore non riprende servizio entro 30 giorni il rapporto si considera risolto, salvo – come previsto dal comma 3 - il riconoscimento della possibilità, in alternativa al reintegro nel posto di lavoro, di chiedere un indennizzo pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR; tale richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro, e non è assoggettata a contribuzione previdenziale¹⁸³.

Per quanto, invece, concerne, il risarcimento del danno, esso si calcola *«stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto.*

¹⁸² M. DE LUCA: “Contratto di lavoro a tempo indeterminate a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi tra legge delega e legge delegata”, 2015, p.18, in http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20150506-093006_deluca_n251-2015itpdf.pdf.

¹⁸³ Per un approfondimento si rimanda a <http://www.ipsoa.it/documents/lavoro-e-previdenza/rapporto-di-lavoro/quotidiano/2015/03/11/licenziamento-discriminatorio-tutela-reintegratoria-piena>.

Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali» (D.lgs. 23/2015, art. 2).

Un ulteriore cambiamento, rispetto alla precedente legge 92/2012, riguarda l'omesso esplicito richiamo - tra i casi di licenziamento nullo - da parte dell'art. 2 D.lgs. 23/2015, dei licenziamenti dovuti a motivo illecito determinante.

Il fatto che con la riforma del 2012 si sia fatto un riferimento esplicito al motivo illecito determinante, aveva condotto a far ritenere che il licenziamento discriminatorio non potesse essere considerato nullo perché *determinato da un motivo illecito determinante*, poiché quest'ultimo era previsto separatamente, come se si trattasse di una fattispecie diversa. Piuttosto, seguendo tale ragionamento si doveva accogliere in esso una autonoma nozione oggettiva od ontologica di licenziamento.

Tale conclusione doveva confrontarsi con la definizione di licenziamento discriminatorio che – nonostante la novella apportata dalla legge 92/2012- si basava sempre sull'art. 3 legge n. 108/1990, sulla quale si fonda la consolidata giurisprudenza di legittimità in senso contrario.

Una volta che sia la legge delega che il decreto legislativo hanno fatto riferimento al licenziamento discriminatorio senza ulteriori specificazioni in riferimento al licenziamento per motivo illecito determinante, ci si è chiesti se – vista tale omissione letterale - si potesse ancora accogliere la tesi oggettiva.

Tuttavia, secondo una interpretazione maggioritaria, questa categoria di licenziamenti (licenziamenti per motivo illecito) si riconduce, sempre, a quei *«agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla*

legge», lasciando inalterata la, relativa, problematica sulla corretta interpretazione del *motivo illecito*.¹⁸⁴

Infine, tra i casi di nullità per i quali è prevista una tutela reintegratoria piena, al comma 4 dell'art. 2, sono stati aggiunti, dall'ultima riforma, i casi di licenziamento «*in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli art. 4, comma 4, e 10 comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68*».

3.2 *L'interpretazione della norma: tra tassatività ed esemplificazione*

Il dibattito, sia in giurisprudenza che in dottrina, sul carattere tassativo o meno dell'elenco dei fattori di discriminazione, è sempre stato foriero di contrasti.

Per la dottrina, è indubbia la tassatività, poiché non tutte le disparità costituiscono una forma di discriminazione nel senso di discriminazione giuridica e a fondamento di tale tesi si è detto che «*il diritto qualifica come illecita una diseguaglianza nel momento in cui la vieta*»¹⁸⁵.

Per quanto riguarda, invece, la teoria esemplificativa, questa trova giustificazione nella necessità di interpretare la norma secondo i principi dell'ordinamento dell'Unione.

¹⁸⁴ M. DE LUCA Op. cit., p. 19.

¹⁸⁵ M.V. BALLESTRERO: "Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive", in LD, 2004, p. 511

E pertanto, non si può prescindere dall'art. 21 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, la quale dispone che è *«vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali»*¹⁸⁶. Dunque, appare chiaro, che non si tratta di un elenco tassativo.

Seguendo l'interpretazione della dottrina, il problema del vuoto di tutela non si pone, se si applica la teoria della tassatività dei casi previsti dalla norma. Infatti, dopo la riforma c.d. "Fornero" i casi non tipizzati verrebbero compresi nell' art 1345 c.c. e, quindi, tra quei casi in cui è previsto un motivo illecito determinante. Pertanto, la questione classica della natura tassativa o meno dell'elenco sembrerebbe così svuotata d'importanza.

La giurisprudenza, invece, ha interpretato l'elenco delle ragioni discriminatorie previsto all'art. 3 legge n. 103/1990, come un elenco suscettibile di interpretazione estensiva a tal punto da ricomprendere anche ipotesi non espressamente previste dalla legge, come il licenziamento ritorsivo. Questo ha dimostrato che il dibattito tra natura tassativa o meno delle ipotesi discriminatorie non ha trovato particolare fervore, dato che il legislatore si è imbattuto in diverse integrazioni tali da ricomprendere nel concetto di tutela discriminatoria tutte le fattispecie che progressivamente si sono conosciute, fino ad aggiungere, come è stato già detto, tra i motivi di nullità del licenziamento, il motivo

¹⁸⁶ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, 7/12/2000, art. 21

illecito determinante, considerato l'unico "grande assente" nell'elencazione normativa¹⁸⁷.

Ciò non significa che il problema sia stato completamente risolto: infatti, bisogna tener presente che l'elemento che contraddistingue il motivo illecito è la finalità che, a sua volta, deve considerarsi illecita; lo stesso non può dirsi per i licenziamenti determinati da discriminazione, in cui l'elemento necessario è la determinazione della discriminazione¹⁸⁸.

La difficoltà più grande, resta quella, dell'incapacità di trovare una definizione di discriminazione. Infatti, se si pensa alle convinzioni personali, queste ultime dimostrano quanto sarebbe difficile definirle, o ancora, agli altri fattori nuovi di discriminazione come il «*fattore emergente*» che, molto velocemente, si trasforma in «*fattore largamente emerso*»¹⁸⁹, oppure, considerando l'assodata pacifica riconduzione tra le ipotesi di discriminazioni, quella determinata dall'età, si considera, tuttavia, meno pacifica una definizione di discriminazione in ragione dell'età.

Infine, non si deve dimenticare che un ampliamento sregolato delle fattispecie sussumibili sotto la tutela dell'art 18, 1 comma, farebbe venir meno l'intento della tutela graduale, modulata sulla base della gravità

¹⁸⁷ M.T. CROTTI, M. MARZANI: "La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti" in Le nuove leggi civili, "La nuova riforma del lavoro: Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita", pp. 222 ss., Giuffrè, 2012

¹⁸⁸ R. ZUCCARO: "Licenziamento discriminatorio. Riflessioni alla luce della Riforma Fornero", in http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/22543zucaro_10_7_13.pdf. 9 luglio 2013, pp. 1 ss.

¹⁸⁹ R. ZUCCARO: op.cit. p. 2

del vizio da cui è affetto il licenziamento, che la riforma c.d. “Fornero” si è posta, e che ha ravvisato nel licenziamento discriminatorio l’ipotesi più grave.

Tenendo presenti queste ultime considerazioni, la questione sulla tassatività della norma può considerarsi, sostanzialmente, superata dalla odierna norma in esame, visto che l’elenco delle fattispecie si arricchisce man mano.

3.3 Come si colloca il motivo illecito determinante tra dottrina e giurisprudenza

Il lungo dibattito sulla riconducibilità del licenziamento discriminatorio alla categoria dei licenziamenti causati da motivo illecito determinante, è quello che la giurisprudenza di Cassazione ha attualmente approvato con le note conseguenze inerenti l’onere della prova ricadenti sul lavoratore.

Nessuno dubita sul fatto che il licenziamento sia un atto unilaterale a contenuto patrimoniale; pertanto esso è sottoposto al principio di causalità, che caratterizza tutti i negozi giuridici, compresi gli atti unilaterali, dunque l’atto di recesso deve necessariamente essere connotato dalla causa, ed essa deve ricorrere concretamente affinché l’atto possa produrre i propri effetti.

Il punto che si vuole evidenziare è quello per cui, mentre per l’ordinamento sono ammessi contratti innominati, o atipici «*purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico*», viceversa per gli atti unilaterali, essi sono riconosciuti solo tra quelli nominati e tassativamente previsti dalla

legge¹⁹⁰. Se si dovesse accettare l'atipicità degli atti unilaterali vi sarebbe un completo superamento del contratto, che tolto il vincolo della corrispettività, lascia ciascuna parte nel totale arbitrio di adempiere o meno. Ecco perché parte della dottrina continua a difendere la teoria secondo la quale oltre i casi espressamente regolati non si possono adottare atti unilaterali diversi.

Secondo l'interpretazione di una parte della dottrina tra cui M.V. Carinci, quest'ultima suggerisce di «*considerare come discriminatorio qualsiasi licenziamento ingiustificato*». Tale tesi, è stata criticata da M. Barbera. Quest'ultima ha, infatti, sostenuto che «*la nozione di licenziamento discriminatorio è nettamente distinta da quella di licenziamento viziato da motivo illecito, come emerge dall'inequivocabile separazione espressamente prevista dal dato testuale del nuovo testo dell'art. 18 Stat. Lav.*».

Seguendo il ragionamento della Barbera questa ha: «*riconosciuto come l'evoluzione della normativa antidiscriminatoria possa portare ad un'estensione in via interpretativa “dei divieti tipizzati ad altre ipotesi di uso arbitrario” del potere di licenziamento. Si pensi al concetto di discriminazione-molestia introdotto dalle direttive dell'Unione europea degli anni 2000 in relazione non solo al sesso ma a tutti i fattori vietati. Sebbene tradizionalmente la nozione di discriminazione sia relazionale (perché presuppone che vi sia un soggetto concreto - che rappresenta la “norma” - a cui chi lamenta di essere vittima di diseguaglianze deve comparare la propria condizione per avere titolo ad essere trattato da eguale), va preso atto che la nozione legale di discriminazione, contenuta nelle direttive degli anni 2000 e nelle legislazioni nazionali, è riferita anche a situazioni - come le molestie - in cui il raffronto con*

¹⁹⁰ M. T. CARINCI: “*il licenziamento discriminatorio o per motivo illecito determinante alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale*”, in Riv. Giur. lav., 2012, 641.

altre posizioni non si presenta come elemento necessario della fattispecie»¹⁹¹.

Ad avviso di M. V. Carinci, l'elenco delle ragioni discriminatorie è da ritenersi puramente esemplificativo; essa vede una conferma di ciò nell'equiparazione che il nuovo art. 18, comma 1, Stat. Lav. (come modificato dalla legge n. 92/2012) opera fra licenziamento discriminatorio e licenziamento “determinato da motivo illecito determinante”. In sostanza, al di fuori delle ragioni specificamente ammesse dalla legge, che individuano l'unico interesse protetto dall'ordinamento, l'atto di licenziamento è, per ciò solo, illecito (discriminatorio o fondato su motivo illecito). Un corollario di tale principio è costituito dall'inevitabile conseguente identificazione fra causa illecita e causa atipica (carenza di giusta causa e/o giustificato motivo soggettivo o oggettivo, uniche cause ammesse dall'ordinamento).

Secondo la tesi di M.V. Carinci affinché l'atto di licenziamento si possa ritenere conforme all'ordinamento e lecito, deve incorporare come causa astratta tipica la giusta causa e il giustificato motivo soggettivo ed oggettivo, dove per causa si intende non gli effetti che l'atto comporta bensì l'insieme degli interessi che tale atto mira a soddisfare; è chiaro che nel caso del contratto di lavoro la causa è costituita non tanto dallo scambio tra lavoro e retribuzione, ma dall'interesse a disporre di una organizzazione in vista dello svolgimento di un'attività. Nel caso del licenziamento tale interesse viene scisso dalla legge in due interessi: assicurare la funzionalità dell'organizzazione e modificare l'organizzazione esistente. L'interesse

¹⁹¹ Per un approfondimento si rimanda a CGL, Ufficio giuridico e vertenze “Discriminazione e licenziamento dopo la riforma Fornero Resoconto della tavola rotonda del 5 dicembre 2012”, in http://www.coordinamentorsu.it/doc/altri2013/2012_1227_licenz_fornero.pdf

ad assicurare una corretta funzionalità dell'organizzazione è riconosciuto nelle nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo¹⁹²; il secondo – l'interesse a modificare o estinguere l'organizzazione - è riscontrabile nella nozione di giustificato motivo oggettivo di tipo economico¹⁹³. Queste figure permettono al datore di recedere e quindi non rimanere vincolato al contratto di cui risulta alterata la causa.

Purtroppo, il ragionamento non risulta così lineare come appare: infatti, le ragioni giustificative previste dalla legge da un lato riconoscono i casi in cui si possa disporre di un'organizzazione, dall'altro, però, tali cause giustificative vengono frazionate in diversi gradi di intensità a tal punto che la linea di confine tra cause tipiche e cause illecite diventa sottilissima.

Giunti a questo punto, si può dire che sia le ragioni discriminatorie che il motivo illecito determinante previsto ai sensi dell'art. 1345 (e non solo) individuano una serie *indefinita* di ragioni illecite diverse dall'interesse a disporre di un'organizzazione, per le quali l'ordinamento prevede come conseguenza la nullità e il disconoscimento degli effetti.

L'ordinamento, equiparando il licenziamento discriminatorio a quello determinato da motivo illecito, ha allargato in modo indefinito l'elenco delle cause illecite.

Sostenere la coincidenza tra cause illecite e l'atipicità di esse non significa che il legislatore non possa ricorrere ad una ponderazione delle conseguenze a seconda del disvalore arrecato. Il punto è che l'art. 18 sembrerebbe non aver colto questa possibilità dal momento che equipara

¹⁹² Art. 2119 c.c. e art. 3, legge n.604/1966

¹⁹³ Art. 3, legge n. 604/1966.

le conseguenze del licenziamento per motivo illecito determinante a quelle del licenziamento discriminatorio.

Per quanto riguarda un esempio di licenziamento illecito, si può fare riferimento al licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, dal quale si celi un fatto storico esistente, ma da un punto di vista disciplinare irrilevante, in quanto si tratta dell'esercizio di una facoltà rilevante come il diritto di critica o altre condotte extra-lavorative del lavoratore, il licenziamento, in tali casi, risulta essere una reazione pregiudizievole, e qualificabile come ritorsivo, intendendosi con quest'ultimo una ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore.

Si considera, inoltre, che il legislatore della riforma, non ha effettuato una diversificazione tra cause illecite al loro interno; piuttosto ha attribuito una considerazione separata alle ipotesi di licenziamento sorrette, sì, dalla causa tipica ma con una intensità insufficiente. Ci si riferisce all'art. 18, comma 4: *«Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma».*

È proprio quel *fatto* che determina il campo di applicazione delle tutele minori, sia per il caso citato di carenza di giusta causa e giustificato motivo soggettivo che di giustificato motivo di tipo economico (art. 18, comma 7).

Con il termine *fatto* si delinea la sottile linea di confine tra licenziamento illecito (che comprende le ipotesi di licenziamento discriminatorio e di licenziamento determinate per motivo determinante, ossia da una causa atipica) e licenziamento ingiustificato (cioè basato su

una causa tipica ma insufficiente). Ai sensi della norma, quando si è in presenza di un fatto (in senso giuridico) insussistente, anche se tipico, si applica la tutela reintegratoria attenuata.

Per non cadere in confusione rispetto alla definizione di licenziamento illecito, è importante definire cosa si intenda per fatto; una prima interpretazione vi attribuisce il significato di *fatto materiale*, nel senso che il legislatore sanziona il datore che abbia irrogato un licenziamento *assolutamente pretestuoso*, nel senso che il fatto da lui affermato sul comportamento del lavoratore, in caso di giusta causa, giustificato motivo di tipo soggettivo e giustificato motivo di tipo economico, sia del tutto insussistente. Questa teoria è stata criticata, poiché si è detto che non poter ricondurre un licenziamento, fondato su motivi del tutto pretestuosi, sotto la più ampia tutela dei licenziamenti discriminatori significherebbe escluderlo dall'ordinamento.

Più semplicemente, tuttavia, la definizione di fatto materiale è stata esclusa poiché si è detto che è impensabile non poter ricorrere ad una qualificazione operata da una norma, ma soffermarsi esclusivamente sulla nozione di fatto fenomenologicamente inteso.

Il fatto, dunque, deve essere considerato esclusivamente come fatto giuridico e deve essere riconducibile a specifiche norme; la domanda che ne consegue è: quali sono le norme cui poter far riferimento per poter riconoscere quel fatto giuridico?

Se si guarda l'art. 18, ci si rende subito conto di come esso non si è mai focalizzato sui singoli comportamenti illeciti posti dal datore di lavoro (come invece ritiene la dottrina abbracciando la teoria di fatto materiale), piuttosto l'art. 18 pone una serie di conseguenze ad una patologia dell'atto di licenziamento. Dunque, l'art. 18 si concentra sui caratteri giuridici che l'atto di licenziamento deve integrare, cioè di giusta causa e giustificato motivo soggettivo e all'interno di questi si pone la ricerca di ciò che si intende per fatto giuridico.

Per una maggiore chiarezza, la domanda che ci si pone è la seguente: assodato che si tratti di fatto in senso giuridico, qual è il significato da attribuire a tale fatto, *«per il caso di licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo soggettivo, la cui insussistenza definisce – unitamente alla tutela applicabile – la linea di confine rispetto al licenziamento illecito (discriminatorio o determinato da motivo illecito determinante)?»*.

Si fa riferimento alla sentenza del Tribunale di Bologna 2631/2012, la quale ha abbracciato la definizione di fatto in senso giuridico e focalizzandosi sull'atto di licenziamento ha chiarito che esso è *«il fatto globalmente accertato, nell'unicum della sua componente oggettiva e della sua componente inerente l'elemento soggettivo»¹⁹⁴* e dunque *«comprensivo sia della condotta che della sua imputabilità al lavoratore (tramite il criterio della diligenza/buona fede nell'esecuzione del contratto ovvero della colpa dell'inadempimento). Così inteso quel “fatto” altro non è, allora che un inadempimento contrattuale, che, però, al contempo sia meno che notevole, e, dunque, in questo senso diverso da quell'inadempimento (giusta causa o giustificato motivo soggettivo) contestato al lavoratore e risultato “insussistente” (art. 18, 4 comma)»*

Le norme, che attribuiscono giuridicità al fatto, sono quelle che riguardano l'inadempimento e quindi gli articoli 1218 c.c., 2106 c.c. e art. 7 Statuto dei lavoratori.

Seguendo tale tesi si è giunti ad una conclusione coerente con il principio di tipicità della causa degli atti unilaterali. *«Infatti, nell'ipotesi in cui un inadempimento ricorre, pur se meno che notevole, il licenziamento non è illecito, perché è comunque sorretto da una causa tipica riconosciuta dal sistema, benché di intensità non sufficiente. Viceversa, nel caso in cui nessun inadempimento ricorra – vuoi perché la condotta*

¹⁹⁴ Cit. Tribunale di Bologna, 2631/2012

posta in essere dal lavoratore non viola alcun obbligo contrattuale, vuoi perché la condotta pur in contrasto con qualche obbligo contrattuale non è riconducibile a quel lavoratore – il licenziamento non è sorretto da una causa tipica e per ciò stesso è da considerare illecito (discriminatorio o «determinato da motivo illecito determinante»). Non a caso l'art. 18, 4 comma, St.lav. si riferisce esplicitamente all' "insussistenza del fatto contestato" – cioè di un inadempimento idoneo ad integrare la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo –, non all'inesistenza radicale di un fatto – cioè di un qualunque comportamento che non assurga ad inadempimento – da parte del lavoratore»¹⁹⁵.

Per quanto riguarda il fatto cui fa riferimento l'art. 18, comma 7, anche in questo caso, bisogna capire quando tale fatto -manifestamente insussistente- che ha determinato un licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo di tipo economico, si distingue dal licenziamento caratterizzato da causa illecita (sia discriminatorio che da motivo illecito determinante).

Similmente a quanto si era detto per il licenziamento determinato da giusta causa o giustificato motivo soggettivo, ci si è chiesti se si potesse graduare il fatto giuridico e, dunque, ipotizzare una ragione giustificativa oggettiva, rilevante per l'ordinamento ma di minore intensità rispetto a quella cui si fa riferimento quando si parla di licenziamento causato da giustificato motivo oggettivo.

Tale ragionamento non sembra percorribile, poiché si è detto che il giustificato motivo oggettivo di tipo economico o esiste o non esiste. I tre criteri su cui si fonda il controllo giudiziale in caso di licenziamento oggettivo di tipo economico sono: la modifica organizzativa effettiva, il nesso causale positivo fra modifica organizzativa e mansioni del lavoratore e il c.d. obbligo di *repêchage*. Questi sono i tre interessi su cui si fonda l'interesse tecnico-organizzativo del datore di lavoro a modificare

¹⁹⁵ M. T.CARINCI: op.cit., pp. 641 ss.

l'organizzazione esistente. Questo dimostra che qualsiasi modifica apportata dal datore, anche la più piccola purché produttiva di effetti (che incarni i tre requisiti sopra citati), giustifica un licenziamento fondato su un giustificato motivo di tipo economico.

Il tutto dimostra che il confine tra giustificato motivo oggettivo e motivo illecito è fortemente delineato a tal punto da non permettere nessuno spazio in cui si possa integrare una fattispecie tipica per l'ordinamento ma insufficiente.

Tali distinzioni risultano molto importanti, non solo per una questione di chiarezza, ma anche per le conseguenze sanzionatorie che si prospettano, infatti, solo nei casi in cui al lavoratore è riconosciuta la discriminatorietà o l'illiceità dell'atto, solo in tali casi, la tutela prevista è la piena tutela reintegratoria e risarcitoria¹⁹⁶.

3.4 Inquadramento dell'onere della prova, problematiche inerenti al licenziamento discriminatorio "occulto".

L'onere della prova si distingue a seconda che il lavoratore presenti un ricorso in giudizio fondato sulla illiceità della causa (licenziamento discriminatorio o determinato da motivo illecito determinante), oppure un ricorso determinato dall'assenza di una giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo/oggettivo, o ancora, un licenziamento determinato da una causa conforme all'ordinamento, dunque tipica, ma insufficiente (c.d. inadempimento meno che notevole).

Secondo i principi generali, l'onere della prova, anche nel caso di discriminazione, dovrebbe spettare al lavoratore, essendo colui che agisce in seguito ad un vizio dell'atto di licenziamento. Tuttavia, avendo

¹⁹⁶ E.TARQUINI: *"Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale"*, op.cit., p. 81.

constatato la difficoltà per la parte attrice di dover dimostrare le reali motivazioni soggettive del datore, si è giunti alla conclusione di ricorrere ad una inversione dell'onere probatorio a carico del datore.

Infatti, con l'entrata in vigore delle direttive del 2000, è stata concessa al lavoratore la possibilità di ricorrere ad una prova basata su dati statistici, in base alla quale si sostiene che il gruppo al quale si appartiene è stato posto in condizioni di particolare svantaggio, lasciando al datore di lavoro l'onere di provare che l'atto discriminatorio non esista e che l'atto di licenziamento è stato supportato da una causa lecita.

Da un punto di vista pratico, ci si può porre la seguente domanda: *«Il lavoratore licenziato per motivo discriminatorio cosa deve provare? In primo luogo non è esclusa la discriminazione in presenza di una giustificazione tipica e la sua assenza costituisce un indizio presuntivo. Il lavoratore che voglia vedere accertata la natura discriminatoria del licenziamento dovrà - secondo le regole ordinarie - provare il trattamento o l'effetto differenziato, la presenza di un fattore vietato, il nesso di causalità sufficiente ma non esclusivo»*. Se gli elementi di fatto addotti dal lavoratore dovrebbero essere caratterizzati dalla gravità, precisione e concordanza (art. 2729 c.c.), nel momento in cui il lavoratore porta in giudizio fatti significativi, è sostanzialmente rovesciato sul datore di lavoro l'onere di provare l'assenza della ragione discriminatoria.

Più precisamente, *«ove invochi la discriminazione in un'ipotesi di molestia (cioè nei casi previsti dalle direttive), invece, egli dovrà dimostrare che l'atto realizza l'effetto di violare la dignità di una persona o di creare un clima lesivo della dignità. In ciò, il lavoratore sarà aiutato dalla prova statistica che alleggerisce la prova presuntiva.* 4 *Il datore di lavoro, dal suo canto, cosa dovrà provare? Se si tratta di licenziamento discriminatorio "classico", dovrà dimostrare che la differenza di trattamento non sussiste o che è fondata su una delle*

eccezioni espressamente previste dalla legge. Mentre, in caso di discriminazione-molestia, dovrà provare che la molestia stessa non sussiste o che il trattamento non è dovuto a uno dei fattori di distinzione vietati»¹⁹⁷.

Si noti però che questa impostazione dell'onere probatorio vale fintanto che si tratta di discriminazioni seriali o di gruppo, infatti, in tutti gli altri casi resta inalterata la regola generale che prevede l'onere probatorio in capo al lavoratore di dimostrare la causa illecita.

Contrariamente, per quanto riguarda i casi di giusta causa o giustificato motivo soggettivo/oggettivo, ai sensi dell'art. 5, legge 604/1966, è stato stabilito che spetta al datore la prova della sussistenza di tali cause¹⁹⁸. Ciò, tuttavia –stavolta- in conformità al disposto generale sull'onere della prova ex art. 2697 c.c., in quanto elemento della fattispecie giuridica costituiva del diritto del datore ad operare il licenziamento, risolvendosi dunque, il sollevamento della relativa eccezione da parte della difesa del lavoratore in corso, in una mera provocatio ad provandum.

Ricapitolando, secondo la giurisprudenza di legittimità, per affermare il carattere ritorsivo e la nullità del provvedimento espulsivo che si basa su un motivo illecito, il lavoratore ha l'onere di dimostrare che l'intento discriminatorio e di rappresaglia sia stato determinante nella volontà del datore. Inoltre, la consolidata giurisprudenza specifica l'insussistenza della nullità del recesso per discriminazione o per motivo illecito, nei casi in cui dal licenziamento emergerebbe, comunque, una giusta causa.

¹⁹⁷ Per un approfondimento si rimanda a CGL, Ufficio giuridico e vertenze "Discriminazione e licenziamento dopo la riforma Fornero Resoconto della tavola rotonda del 5 dicembre 2012", in http://www.coordinamentorsu.it/doc/altri2013/2012_1227_licenz_fornero.pdf.

¹⁹⁸ M. T.CARINCI: op.cit., pp.642 ss.

La ricostruzione della nozione di discriminazione, fondata per un verso sull'elemento innominato dei fattori di discriminazione, per altro verso sull'elemento soggettivo, in grado di qualificare il recesso come illecito, si pone in contrasto con la disciplina dell'Unione la quale ricorre a una nozione funzionale e obiettiva dei divieti di discriminazione che sono costruiti intorno a fattori di discriminazione socialmente tipici.

Un ulteriore distinguo, rispetto alla disciplina europea, si pone con riferimento alla definizione di discriminazione, poiché nella disciplina sovranazionale si è giunti alla conclusione incontestata del regime probatorio agevolato, nei confronti del lavoratore che agisca in giudizio. Tale regime opera nel senso che favorisce il lavoratore attore nel dimostrare il nesso di causalità tra trattamento differenziato e fattore di discriminazione e tale trattamento sfavorevole si evidenzia considerando un *tertium comparationis* prescelto dal lavoratore stesso.

Una volta dimostrato il trattamento peggiore rispetto a un termine di paragone prescelto dal lavoratore, spetterà al datore dimostrare che i fatti in questione si fondano invece su una idonea ragione non discriminatoria; a tal fine basterebbe la sola prova di una ragione lecita avente efficienza causale adeguata per esonerare definitivamente il datore dall'accusa di trattamento discriminatorio.

Per quanto riguarda il regime interno, pare che l'ordinamento si sia trattenuto dall'accogliere tale regime probatorio; tuttavia considerato l'obbligo per il giudice nazionale di interpretazione conforme, non ha potuto eludere tale criterio per quanto riguarda i casi di discriminazione previsti dall'Unione (c.d. nominati)¹⁹⁹.

È noto infatti, come il diritto dell'Unione Europea all'art. 8 della direttiva 2000/43/CE e all'art. 10, della Direttiva 78/2000/CE, predispone un particolare regime dell'onere della prova, per chi affermi aver subito un trattamento discriminatorio. Al primo comma si afferma

¹⁹⁹ E. TARQUINI: Op.cit., pp. 75 ss.

che: *«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»*, tale formula è stata successivamente ribadita anche nelle direttive 2004/113, art. 6 *“che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura”* e all'art. 19 della direttiva 2006/54/CE.

Cosicché, che se da un lato si garantisce effettività alla tutela antidiscriminatoria, dall'altro si considera la differente posizione che le parti rivestono al momento iniziale poiché tale tutela è diretta ad agevolare la parte attrice nella prova del nesso di causalità tra trattamento differenziato e fattore di discriminazione. In realtà, seguendo questa tecnica di tutela *«il lavoratore o la lavoratrice che si assumano discriminati sono onerati di allegare e dimostrare l'esistenza di un trattamento differenziato in loro danno rispetto al tertium comparationis, rappresentato da un soggetto ritenuto comparabile, rispetto al quale non si dia il fattore di protezione che si affermi lesa»*²⁰⁰.

È noto ormai che le direttive di seconda generazione nel giudizio sull'accertamento della discriminazione diretta fanno riferimento a elementi di confronto non necessariamente reali, pur di dimostrare il carattere deteriore subito dalla parte istante, si può fare riferimento ad un soggetto ipotetico o non più esistente.

Si ribadisce che, proprio per la consapevolezza delle difficoltà probatorie in capo all'attore, sia le fonti nazionali che superprimarie riconoscono valore ai fini della prova anche allo strumento statistico, si

²⁰⁰ E. TARQUINI: Op. cit., p. 31

ricorre ad esso proprio per quelle circostanze, apparentemente neutre in cui, in realtà si celi uno svantaggio specifico nei confronti dei lavoratori interessati rispetto ad un gruppo specifico. I dati statistici, inoltre, non devono determinare una probabilità statistica di tipo scientifico, ma basta una semplice elevato indice di probabilità della verifica di quei determinati fatti; a questo punto sarà richiesto al convenuto, nei casi di discriminazione diretta di provare l'inesistenza della discriminazione, quindi di allegare e dimostrare attraverso fatti specifici e verificabili che la condotta tenuta abbia integrato una causa di esclusione del divieto oppure l'inesistenza di una ragione discriminatoria del trattamento contestato.

Per quanto riguarda le discriminazioni indirette, invece spetta al datore di lavoro provare *in ipotesi l'inesistenza della discriminazione o l'esistenza di cause di giustificazione*, cioè il suo effettivo interesse al trattamento differenziato, perseguito con mezzi proporzionati che non eccedano con il fine.

Letto in questi termini il regime probatorio voluto dalla fonte sovranazionale, si ritiene obbligatorio negli ordinamenti degli Stati membri (tutte le volte che assicuri tutela a uno dei fattori di protezione previsto dall'Unione). A fronte di ciò il giudice interno (in riferimento alla normativa sull'onere probatorio, prevista nel nostro ordinamento all'art 2697 c.c.) deve ricorrere ad un processo di interpretazione che deve rispettare il testo e il contenuto delle direttive europee. Se il giudice si trovasse nell'impossibilità di raggiungere una soluzione interpretativa coerente con quella prevista dalle direttive è tenuto a disapplicare la disposizione interna difforme, secondo lo schema di disapplicazione o rinviando alla Corte Costituzionale.

In ogni caso si può dire che l'art. 2697 c.c. consenta, proprio per il suo tenore letterale di fare applicazione del regime probatorio previsto per le discriminazioni tutelate dal diritto dell'Unione. Pertanto, anche nei casi in cui la lavoratrice o il lavoratore si trovino ad essere

discriminati secondo una delle ipotesi protette dall'Unione, essi possono beneficiare del regime probatorio agevolato anche se essi agiscono in forme diverse da quelle previste dall'art.38 e segg. del D.lgs. 198/2006 per le discriminazioni di genere o dall' art. 28 D.lgs. 150/2011.

In ogni caso qualunque sia l'azione concretamente intrapresa per l'accertamento della discriminazione e il lavoratore abbia provato l'effettività del trattamento deteriore rispetto ad un tertium comparationis, spetta comunque al datore allegare e dimostrare i fatti dai quali si può desumere, in caso di discriminazione indiretta, l'esistenza di una causa di giustificazione e in caso di discriminazione diretta l'esistenza di una ragione obiettiva lecita idonea a giustificare il trattamento deteriore²⁰¹.

Un rilievo particolare assume la tutela antidiscriminatoria e il relativo regime probatorio, nei casi di licenziamento intimato per motivo disciplinare. Sia nel caso in cui il lavoratore si oppone all'esistenza del fatto attribuitogli, sia quando sostiene che la sanzione irrogata sia eccessiva rispetto all'addebito contestatogli, in riferimento alla classificazione previste dall'art. 2106 c.c., se questi sostiene che il recesso si è basato su uno dei fattori di protezione nominati e a sostegno di tale tesi dimostri l'esistenza di condotte analoghe a quelle a lui contestate, in riferimento a lavoratori per i quali non si presenti la stessa caratteristica cui si riferisce la tutela antidiscriminatoria, allora spetta al datore dimostrare l'irrelevanza causale del fattore discriminazione.

Un cenno merita il rito introdotto dal comma 1 dell'art. 47, legge 92/2012, ritenuto necessario sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza tutte le volte che venga impugnato un licenziamento dal quale emergerebbe una causa di illegittimità con le conseguenze previste dall' art 18, legge 300/70.

²⁰¹ E. TARQUINI: Op. cit., p. 34.

In particolare, il D.lgs. 150/2011, disciplinando le liti determinate da un fattore di discriminazione (riferibile ai D.lgs. 215 e 216/2003, all'art. 44 D.lgs. 286/1998, art. 3 legge 67/2006 e art. 55 quinquies, D.lgs. 198/2006), prevede il rito sommario di cognizione come rito obbligatorio; mentre per le cause in materia di discriminazione di genere, ai sensi degli artt. 36 e seguenti del D.lgs. 198/2006, è consentito al lavoratore e alla lavoratrice l'alternativa fra agire in via ordinaria oppure nelle forme previste dal rito sommario²⁰².

Analizzando l'ipotesi secondo la quale nel corso del giudizio, sulla base di un controllo giudiziale sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento, si giunga alla conclusione che il licenziamento è discriminatorio o disciplinare, si può considerare tale circostanza una forma di licenziamento *occulto*. È chiaro che, se il datore abbia nei confronti del lavoratore una motivazione del tutto personale posta alla base del licenziamento, questi dichiarerà sempre, salvo qualche caso sporadico di confessione giudiziale, che il licenziamento si basi su un inadempimento del lavoratore o un giustificato motivo oggettivo.

Dunque, possiamo dire che spesso il datore di lavoro ricorra ad una motivazione *altra* alla base del licenziamento e che dietro un licenziamento per giustificato motivo oggettivo si può nascondere un licenziamento discriminatorio. Il problema che si pone è il seguente: secondo la giurisprudenza di Cassazione basterebbe un elemento valido per far supporre effettivo il giustificato motivo oggettivo, tale da escludere qualsiasi fattore discriminatorio, invece, una parte della dottrina²⁰³ sostiene che il licenziamento discriminatorio nonostante trovi giustificazione su un motivo oggettivo può essere stato determinato, in via principale sulla base di ragioni discriminatorie. Pertanto, non

²⁰² E. TARQUINI: Op.cit., pp. 84 ss.

²⁰³ In particolare si rimanda a O.MAZZOTTA: "Diritto del lavoro", Giuffrè, 2011, p. 692

basterebbe al datore motivare e provare il giustificato motivo oggettivo per essere esonerato dal regime di nullità previsto per il licenziamento discriminatorio²⁰⁴ ma anche provare la circostanza che l'apporto causale di detto giustificato motivo oggettivo sia stato comunque prevalente o determinante su qualsiasi altro.

Conclusioni

Una volta che si è giunti al termine di questa analisi, non resta che soffermarsi sui punti salienti che sono stati affrontati.

È stato analizzato il valore che ha acquisito il principio di non discriminazione nel corso degli anni e il ruolo rivestito nelle fonti sovranazionali. Proprio per questo, tra le principali innovazioni che sono state apportate dalle direttive europee si ricordano: l'individuazione di strumenti di tutela antidiscriminatoria, cioè la previsione per gli Stati membri di adottare sanzioni effettive, proporzionali e dissuasive; l'estensione del principio dell'inversione dell'onere probatorio -come era già previsto per le discriminazioni di genere dalla direttiva 97/80- a tutti i casi di discriminazione nominati; la previsione per le azioni di gruppo, in caso di discriminazioni per razza, etnia o genere, di un'agenzia indipendente a sostegno delle vittime individuali e che allo stesso tempo effettui indagini e vigili sulla corretta applicazione della normativa antidiscriminatoria; il ricorso a disposizioni specifiche che rinforzino lo strumento delle azioni positive, basando la legittimazione di esse sul principio di uguaglianza sostanziale e finalizzate a evitare un riallineamento verso il

²⁰⁴ P.ALBI: *"Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero"*, 2012, p. 16, in <http://csdle.lex.unict.it/search/workingpapers.aspx?cat=WP%20CSDLE%20M.%20D%27ANTONA-IT>.

basso di trattamenti diversi; il superamento dell'enumerazione dei casi di discriminazione; l'esclusione del ricorso ad un giudizio, esclusivamente, comparativo.

Un ulteriore riconoscimento nei confronti delle direttive di seconda generazione riguarda l'ampliamento in senso universalistico della tutela antidiscriminatoria, attraverso l'utilizzo di più concetti di discriminazione tra i quali l'assimilazione di quest'ultimo a quello di violazione della dignità della persona. Per la prima volta, infatti, si fa riferimento ad un diritto assoluto e non più ad un concetto di tipo comparativo.

Sebbene le normative europee abbiano fissato dei criteri rigorosi, nei fatti la normativa italiana non sembrerebbe averli recepiti adeguatamente tali criteri. Infatti, il Codice delle Pari Opportunità non può considerarsi particolarmente esaustivo, poiché, se da un lato raggruppa, in un unico testo di riferimento, tutte le leggi italiane che si occupano di pari opportunità e di discriminazione, dall'altro non rende pienamente efficienti tali normative, che non essendo tra loro coerenti ed essendo state redatte in periodi diversi, avrebbero necessitato di maggiore sistematizzazione e coerenza. Si tratta in sostanza, prevalentemente, di un testo unico meramente compilativo, mentre la sua emanazione sarebbe stata l'occasione per effettuare degli opportuni adeguamenti e miglioramenti della normativa. Per quanto riguarda, invece, i D.lgs. 215/2003 e 216/2003, anche in questo caso gli ostacoli (nel processo di trasposizione) non sono mancati, a tal punto che il governo italiano, proprio per evitare la messa in mora, con procedura d'infrazione, da parte dell'Unione Europea, ha emanato il decreto legge n. 59/2008, "*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*" che, con la relativa legge di conversione, la n. 101 del 6 giugno 2008, ha apportato

delle modifiche ad alcune delle parti più controverse dei decreti di recepimento.

Se si volesse ricorrere ad un elenco dei casi più frequenti di discriminazione, sicuramente tra questi andrebbero elencate: le discriminazioni di genere; le discriminazioni basate sull'età; le discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale; le discriminazioni basate sulla disabilità; le discriminazioni religiose; le discriminazioni basate sull'origine etnica; le discriminazioni in base alla razza; le discriminazioni politiche; le discriminazioni sindacali; le molestie o molestie sessuali; le discriminazioni basate sulle condizioni sociali; le discriminazioni basate sulla lingua; le discriminazioni basate sulle caratteristiche fisiche, sui tratti somatici, sull'altezza, sul peso; le discriminazioni basate sullo stato di salute; le discriminazioni basate sulle convinzioni personali.

Ci si rende conto che le ipotesi di discriminazione che un lavoratore subordinato potrebbe subire sono davvero numerose, proprio per questo sono stati analizzati solo alcuni dei casi sopra elencati, ritenuti giuridicamente più interessanti e che hanno avuto una percentuale casistica maggiore.

È evidente quanto sia difficile considerare tassativo l'elenco che comprende le varie ipotesi di discriminazione, proprio per questo è stato affrontato il dibattito tra dottrina e giurisprudenza alla luce anche dell'interpretazione comunitaria, che coerentemente con la giurisprudenza prevalente accoglie una nozione aperta dei diversi fattori di discriminazione, operando una vera e propria assimilazione, perlomeno sul piano lessicale, tra atto discriminatorio e atto fondato su di un motivo illecito determinante ex art. 1345 c.c.

È vero che la disciplina interna, attraverso i D.lgs. 215/2003 e 216/2003, ha dimostrato la volontà di adeguarsi a quel complesso di direttive di nuova stagione e che sono stati ampliati i casi di discriminazione previsti dall'art. 15 Statuto dei lavoratori. Tuttavia si evidenzia

che il d.lgs. n. 216/2003 non ha compiutamente dato attuazione all'articolo 16 lettera a), paragrafo 1, della Direttiva, che prevede l'obbligo, per gli Stati membri, di adottare le misure necessarie ad abrogare le disposizioni, contrarie al principio di parità di trattamento.

Per concludere si ricorda che la carenza di norme *ad hoc*, che disciplinino la materia, tenendo ben presenti le novità apportate dalle suddette direttive, è stata dimostrata dal ruolo svolto dalla Corte di giustizia, la quale è stata, ed è, continuamente interpellata per l'interpretazione delle norme interne alla luce dei principi sovranazionali.

Ci si rende conto, però, che un regime efficiente non si basa tanto sulla mole di norme che disciplinino la materia (basterebbero solo i diritti tutelati e garantiti dalla Costituzione) ma su quanto essi siano concretamente realizzabili. Allo stato attuale, la priorità del Legislatore sembrerebbe quella di diminuire la disoccupazione anche se per farlo debba sacrificare quel complesso di tutele previste dai contratti standard. Alla luce di ciò, è evidente che, in un paese in cui le prospettive di lavoro sono molto limitate, non si può garantire lo stesso trattamento tra i lavoratori rispetto ad altre realtà in cui il tasso di occupazione è più elevato. Senza dimenticare, nel confronto con gli altri ordinamenti, che quello Italiano appare il più intriso di pregiudizi, ben radicati e difficili da eliminare. Quindi non si può che auspicare che una *ripresa* in termini occupazionali possa migliorare e rendere più efficienti le tutele previste per chi fosse potenzialmente soggetto a discriminazione.

Ringraziamenti

Desidero ringraziare i miei genitori e mio fratello per il loro conforto e la loro presenza. Hanno permesso di realizzare ciò che da me era considerato irraggiungibile fino a poco tempo fa. Nonostante la distanza sono stati la dimostrazione che non esistono limiti tra genitori e figli e questo risultato è più loro che mio.

Ringrazio i miei nonni per il loro sostegno economico, per essere stata ed essere, tutt'ora, un chiodo fisso tra i loro pensieri.

Non posso fare a meno di ricordare i miei amici, da chi è stato sempre presente nella mia vita e nel mio percorso di studi, in particolar modo Cristina, Chiara e Roberta alle fantastiche persone che ho conosciuto in questi anni e che mi hanno supportato e arricchito: Davide, Silvia, Katy, Vanessa e Anna, Giusy, Caterina, Manuela, Antonella; senza escludere i miei colleghi e amici di viaggio: Alessandro, Dumitru, Francesco, Fernando, Antonina, Valeria e Valentina.

Infine, ringrazio i miei zii e i miei cugini per la loro disponibilità e accoglienza.

BIBLIOGRAFIA

P.ALBI: “Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero”, 2012, p. 16, in

<http://csdle.lex.unict.it/search/workingpa-pers.aspx?cat=WP%20CSDLE%20M.%20D%27ANTONA-IT;>

F.AMATO: “Il divieto di discriminazione per motivi non di genere in materia di lavoro”, in *Riv. It. Dir. lav.*, Giuffrè, 2005, p. 292

F. AMATO, M.V CASCIANO, L. LAZZERONI, A. LOFFREDO: “Il mobbing”, Milano, Giuffrè, 2002, p.9 ss.

M.V. BALLESTRERO, “Dalla tutela alla parità: la legislazione italiana sul lavoro delle donne”, Bologna, Il Mulino, 1979;

M.V BALLESTRERO: “Parità e oltre”, Roma, Ediesse, 1989, pp. 41 ss.

M.V BALLESTRERO: “Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro. Note introduttive” in LD, 2004, p. 503

M. BALLESTRERO, T.TREU: “Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale” in *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, 1994, p. 13

M.V BALLESTRERO, G.G BALANDI: “I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale”, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 71 ss.

M.V.BALLESTRERO: “Diritto sindacale”, Torino, Giappichelli, 2012, p. 15

M.V. BALLESTRERO: “Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive”, in LD, 2004, p. 511

M. BARBERA, “il nuovo diritto antidiscriminatorio”, Milano, Giuffrè, 2007

M. BARBERA, “Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario”, in DLRI, 3-4 pagg399 ss., 2003

M.BARBERA: “Il principio di uguaglianza nel sistema europeo multilivello”, Viella, 2011, pp. 1 ss.

G. BUFFONE: “Il danno non patrimoniale a tre mesi dalle sezioni unite, danno morale vs danno biologico cosa è cambiato?” in <http://www.tribunale.varese.it>, 2009.

M. T. CARINCI: “Il licenziamento discriminatorio o per motivo illecito determinante alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale”, in *Riv. Giur. lav.*, 2012, 641.

L. CAFALÀ, “Modello antidiscriminatorio e licenziamento dei genitori- lavoratori” in *Giornale dir. lav. relazioni ind*, pagg. 193 ss., 2003;

L. CALAFÀ: “La discriminazione fondata sull’orientamento sindacale nel caso Fiom-Cgil c. Fip-Fiat”, in <http://www.europeanrights.eu/>, 2012

L. CAFALÀ, D.GOTTARDI: “Il diritto antidiscriminatorio, tra teoria e prassi applicativa”, Roma, Ediesse, 2009, p. 62

F.CARINCI, P.TOSI, R. DE LUCA TAMAJO, T. TREU: “Il diritto del lavoro”, Torino, Utet, 1994;

R CERA: “La convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità”, 2009 in [http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto internazionale e comparato/nazioni unite cera.html](http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_internazionale_e_comparato/nazioni_unite_cera.html)

A. CERRI: “L’eguaglianza”, Roma/Bari, Laterza, 2005, p. 21

P. CHIECO, “Flessibilità e tutele nel lavoro”, Bari, Cacucci, 2013, pp. 278 ss.

P. CHIECO: “Principi costituzionali, non discriminazione e parità di trattamento: recenti sviluppi nella giurisprudenza”, in *Riv. Giu., Lav.*, 1989, 1, pp. 474, 475

P.CHIECO: “Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione”, in *Rivista italiana del diritto del lavoro*, 2002, 1, p.75 ss.

A.CONTE: “Lo stato unitario e la prima legge del lavoro dei fanciulli”, in *Instoria*, rivista online di storia e informazione, 2012 n.54, in http://www.instoria.it/home/lavoro_fanciulli.ht;

R. COSIO: “Le discriminazioni per età: il giudice nazionale di trasforma in giudice europeo” in [http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Cosio - Convegno di venezia del 25 gennaio 2013.pdf](http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Cosio_-_Convegno_di_venezia_del_25_gennaio_2013.pdf), 2013, p.4.

F. COSTA: “Il mobbing”, 2010, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, pp.27 ss.

M.T. CROTTI, M. MARZANI: “La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti” in Le nuove leggi civili, “*La nuova riforma del lavoro: Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*”, pp. 222 ss., Giuffrè, 2012

I. DALLA ROSA: “La direttiva 2006/54/CE –la parità di trattamento uomo-donna nell’accesso al lavoro tra strumenti di soft law e ruolo della corte di giustizia”, in dspace.unive.it/bitstream/id/801/license.txt;jsessionid=1EEEEAA9AFB7E5BE87AF012BB21A98EF5., 2009, p. 33

G. DE SIMONE: “Dai principi alle regole, eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro”, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 1 ss.

M.L.DE CRISTOFARO: “Tutela e/o parità? Le leggi sul lavoro femminile tra protezione e uguaglianza”, Bari, Cacucci, 1979, pp. 50 ss.

M. DE LUCA: “Contratto di lavoro a tempo indeterminate a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi tra legge delega e legge delegata”, 2015, p.18, in http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20150506-093006_de-luca_n251-2015itpdf.pdf

A. DI STASI: “Diritto del lavoro e della previdenza sociale. Manuale breve”, Milano, Giuffrè, 2010, p. 3

G.FALASCA: “Manuale di diritto del lavoro. Costituzione, svolgimento e risoluzione del rapporto di lavoro”, Gruppo 24 ore, 2012, pp. 4,5

M. FALSONE: “Un caso di disapplicazione della disciplina nazionale e le (problematiche) conseguenze sull’affidamento del privato e sulla certezza del diritto”, in Rivista italiana diritto del lavoro, Giuffrè, 3, 2013, p. 761

M. GENTILE: “Il mobbing, Problemi e casi pratici nel lavoro pubblico”, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 24 ss.

- E.GHERA:** “*Diritto del lavoro*”, Bari, Cacucci, 1983, pp. 8-9
- E.GHERA, A.GARILLI, D.GAROFOLO:** “Diritto del lavoro”, Torino, Giappichelli, 2013, p. 4
- A.GRECCHI:** “Globalizzazione e pari opportunità”, Milano, F. Angeli, 2001, p. 40
- A. GUARISO:** “Pronuncia antidiscriminatoria, autonomia privata e ripristino della parità”, in *D.e.L.*, 2012, p.661.
- G.GIUGNI:** “Diritto sindacale”, Bari, Cacucci, 2001, p.34
- H. HEJNY, R. ZUCCARO:** “La staffetta giovani-anziani e la discriminazione per età”, cit., in http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/21811rosita_helga_29_.pdf, 2013.
- L. ISENBURG,** “Divieti di discriminazione nel rapporto di lavoro”, Giuffrè, 1984;
- D. IZZI,** “Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie <di seconda generazione>” in *Giornale dir. lav. relazioni ind.*, pagg. 423 ss.,2003;
- L.LAZZERONI:** “Eguaglianza, lavoro, regole di parificazione: linguaggi e percorsi normativi”, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 245 ss.
- C. LUIGINI, D. PIERI, L. VENDITTI,** “La valutazione delle azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna”, in **A.M SIMONAZZI** (a cura), “Questioni di genere, questioni di politica”, Carrocci, 2006; *
- M. LE FRIANT,** “Le tecniche giuridiche di lotta alle discriminazioni: la situazione francese” in *Giornale dir. lav. relazioni ind.*, pagg. 433 ss.,2003; *
- O. MAZZOTTA,** “Diritto del lavoro”, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 4 ss.;
- O. MAZZOTTA,** “Eguaglianza, parità, pari opportunità” in *Lav. e dir.*, pagg. 481ss., 1992; *
- M. NAPOLI,** “Lavoro, diritto, valori”, G.Giappichelli, 2010; *
- M.PERSIANI:** “Le fonti del diritto del lavoro”, Padova, Cedam, 2010, pp. 24 ss.

- S. PIETRINI:** “Deroghe al divieto di discriminazioni fondate sull’età” in http://www.dirittoditutti.giuffre.it/psixsite/Archivio/Articoli%20gi_%20pubblicati/Rubriche/II%20punto/default.aspx?id=3432.
- E.SALVINI:** “Ada e le altre. Donne cattoliche tra fascismo e democrazia”, Milano, Franco Angeli, 2013, p. 22
- S. SENESE,** “Qualche considerazione a proposito dell’onere della prova”, in
- R. SCOGNAMIGLIO:** “A proposito del mobbing”, in Riv. It. Dir. Lav., 2004, 1, pp. 503 ss.
- E. TARQUINI:** “Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale”, Milano, Giuffrè, 2015, p.6
- V. VIALE:** “Le discriminazioni basate sull’età”, in <http://www.direfarenondiscriminare.com>.
- G. VIDIRI:** “La parità di trattamento: il lavoro femminile”, Cedam, 1997, pp. 154,160;
- R. ZUCCARO:** “Licenziamento discriminatorio. Riflessioni alla luce della Riforma Fornero”, in http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/22543zucaro_10_7_13.pdf. 9 luglio 2013, pp. 1 ss.

