

**la discriminazione per motivi sindacali e l'onere della prova del datore di lavoro:
nota a Corte d'Appello Roma 19.10.2012**

Il provvedimento della Corte d'Appello di Roma conferma l'inedita centralità del diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza degli ultimi anni, a fronte della sua sostanziale assenza dalle aule giudiziarie fino a tempi recentissimi.

Un mutamento assai evidente e che ha probabilmente diverse ragioni.

In primo luogo la crescente integrazione degli ordinamenti e il sempre maggiore rilievo applicativo del diritto dell'Unione.

Inoltre, quanto alle discriminazioni di genere, è possibile che sulla diffusione della domanda di tutela con gli strumenti del diritto antidiscriminatorio incidano cambiamenti sociali nelle relazioni tra i generi, idonei ad accrescere la sensibilità generale e quindi la sensazione di intollerabilità verso violazioni di questa natura. E non può dubitarsi che una simile sensibilità valga ad aumentare l'effettività di precetti già esistenti e quindi la loro concreta applicazione.

Ma verosimilmente, la fortuna giudiziaria del diritto antidiscriminatorio negli ultimi anni dipende anche da altro: segnatamente dal declino delle tutele universali, particolarmente nella materia del lavoro e della sicurezza sociale. Un'eventualità del resto ben compatibile con la diffusione di questo strumento di tutela dei diritti in ordinamenti come quello americano, caratterizzati proprio in materia di sicurezza sociale, dall'assenza di un sistema generale ed universale di tutela dei diritti, così che è perfettamente conseguente che in quel sistema singoli gruppi tentino di accedere a prestazioni e servizi da cui sono esclusi attraverso il ricorso al processo ed al principio di non discriminazione.

La vicenda delle mancate assunzioni dei lavoratori iscritti a Fiom nello stabilimento di Pomigliano di FIP s.p.a. conferma, seppure sotto un profilo del tutto peculiare, una tale ricostruzione, giacché in questo caso la tutela antidiscriminatoria si inserisce quale potente garanzia dei diritti nella crisi del contratto nazionale di lavoro, segnata drammaticamente proprio dalla sottoscrizione degli accordi separati del gruppo Fiat.

Ed in quella crisi il diritto antidiscriminatorio si rivela strumento efficace per l'attenzione all'effettività necessaria di ogni strumento rimediale che lo connota e quindi in ragione del peculiare regime dell'onere probatorio che gli è, di conseguenza, coesistente.

Un meccanismo quest'ultimo della cui concreta operatività, quando correttamente governata, il provvedimento della Corte d'Appello di Roma è esempio illuminante, utile anche al di là del caso concreto (pure assai rilevante, non solo sul piano delle regole giuridiche affermate) e che merita di essere tenuto ben presente anche nell'applicazione giurisprudenziale del nuovo testo dell'art. 18 della L. 300/1970.

In proposito è noto come il diritto dell'Unione assicuri a chi si affermi discriminato un peculiare regime della prova, la cui disciplina si trova contenuta nell'art. 8 della direttiva 2000/43/CE (in materia di parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica) e nell'art. 10 della direttiva quadro 2000/78/CE (direttiva quadro in materia di parità di trattamento quanto all'occupazione ed alle condizioni di lavoro), e che impone agli Stati membri di adottare *<<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>>*.

Una formulazione che, adottata anche in altre direttive successive in materia di parità tra i generi, trae origine dalle *regulae iuris* affermate dalla Corte di Giustizia nei *leading cases Danfoss e Enderby*, e che muove, da un lato, dall'esigenza di garantire effettività alla tutela antidiscriminatoria, dall'altra dalla constatazione di una *<<differenza fattuale nella posizione iniziale delle parti interessate>>* a detta tutela, giacché chi denuncia un trattamento diverso e discriminatorio non ha di regola *<<accesso a dati sufficienti a consentirgli di identificare le cause di una disparità di trattamento>>*.

In contrario l'accertamento di una discriminazione implica, non semplicemente la verifica dell'esistenza in fatto di una differenziazione nel trattamento di soggetti diversi, ed in ipotesi dell'applicazione ad uno dei due di un trattamento deteriore, bensì

la prova della riferibilità della differenza ad un fattore di discriminazione, *id est* ad una delle caratteristiche protette (età, genere, orientamento sessuale, handicap, convinzioni religiose o personale, origine etnica come indicate riassuntivamente nella direttiva quadro 2000/78/CE), la specifica complessità della prova della discriminazione dandosi precisamente nella dimostrazione della natura illecita di una differenziazione.

Ed è proprio in questa fase della elaborazione dei fatti diretta alla prova della discriminazione che opera la presunzione di cui dice la fonte sovranazionale, essa agevolando l'attore nella dimostrazione del nesso di causalità tra trattamento differenziato e fattore di discriminazione, una volta che egli abbia provato l'esistenza in fatto del trattamento differenziato rispetto ad un termine di comparazione da lui prescelto.

Più esattamente, dimostrata dall'attore l'esistenza di un trattamento differenziato in suo danno rispetto al *tertium comparationis* (un soggetto ritenuto comparabile rispetto al quale non si dia il fattore di protezione che si assume leso, nel caso di Roma i lavoratori di pari qualifica assunti da FIP e non iscritti a FIOM), sarà richiesto al convenuto di provare l'inesistenza della discriminazione, e quindi di allegare e dimostrare fatti specifici, obiettivamente verificabili, dai quali sia desumibile l'esistenza di una ragione non discriminatoria del trattamento differenziato alternativa a quella normativamente presunta (così la riferibilità del trattamento differenziato a fattori altri rispetto a quelli protetti), restando in danno del datore di lavoro resistente l'insufficienza di una simile prova.

Così ricostruito il regime di distribuzione dell'onere della prova imposto dalla fonte sovranazionale, esso deve ritenersi senz'altro obbligatorio negli ordinamenti degli Stati membri in ogni caso in cui si tratti di assicurare tutela ad uno dei fattori di protezione previsti dalle norme di diritto dell'Unione, come sopra specificati, a fronte di trattamenti deteriori assunti illeciti, quale che sia l'azione prescelta dal soggetto che si affermi discriminato, il regime probatorio agevolato attenendo alle garanzie specificamente assicurate dalla normativa superprimaria alle posizioni giuridiche soggettive tutelate.

Di qui l'obbligo del giudice nazionale di adottare della normativa interna (e quindi anche delle disposizioni previste in via generale in materia di onere della prova, quale nel nostro ordinamento l'art. 2697 c.c.) una interpretazione, tra le diverse con-

sentite dal tenore della disciplina medesima, conforme al testo ed agli obiettivi delle direttive, in caso diverso, e quindi ove il giudice nazionale constati l'impossibilità di pervenire ad una soluzione ermeneutica conforme alle direttive, egli essendo tenuto a non applicare la disposizione interna difforme, per dare integrale attuazione all'ordinamento europeo e proteggere i diritti che questo attribuisce ai singoli .

Nella specie deve senz'altro escludersi che il tenore letterale dell'art. 2697 c.c. non consenta di farne applicazione, ove si faccia questione della prova di discriminazioni previste da norme di diritto dell'Unione, in senso conforme a quanto prescritto dall'art. 10 della direttiva quadro, sopra richiamato, la norma di diritto interno non precludendo in alcun modo il ricorso al ragionamento presuntivo nella prova dei fatti costitutivi (o eventualmente di quelli modificativi o estintivi) di posizioni giuridiche protette.

Da questa ricostruzione consegue in primo luogo l'accessibilità, per il lavoratore che si affermi discriminato in relazione ad una delle caratteristiche protette dal diritto dell'Unione, del regime probatorio agevolato anche quando egli agisca in forme diverse da quelle dell'art. 28 del D.Lvo 150/2011 (il procedimento del quale la decisione della Corte d'Appello di Roma costituisce l'esito in sede di gravame).

Così ad esempio, anche quando egli impugni per tale motivo il licenziamento, chiedendo l'applicazione della tutela ex art. 18 primo comma nuovo testo, in ragione della nullità del recesso in dipendenza del motivo di discriminazione che asseritamente lo affetta, giacché il regime probatorio agevolato attiene, come detto, al novero delle tutele assicurate dal diritto sovranazionale alle posizioni giuridiche soggettive connesse alle caratteristiche protette dalle norme antidiscriminatorie.

Con la necessaria conseguenza che, ove il lavoratore attore provi l'effettività del trattamento deteriore (il licenziamento, piuttosto che, come nel caso di Roma, la pretermissione in un'assunzione dovuta) rispetto ad un *tertium comparationis* individuato in dipendenza del fattore di protezione (così ad esempio il genere, l'età, l'origine etnica o, come nel caso Fiom - FIP, l'affiliazione sindacale), sarà comunque onere del datore di lavoro allegare e dimostrare fatti specifici dai quali desumere l'esistenza di un motivo lecito idoneo a giustificare in via alternativa, e quindi esclusiva, il trattamento deteriore, il difetto o l'insufficienza della prova andando in suo danno.

E proprio la decisione della Corte d'Appello che si commenta (come già quella di primo grado del Tribunale sulla stessa vicenda) dimostra come la pretesa di necessaria specificità dei fatti indicati dal datore di lavoro a fondamento del motivo alternativo lecito consenta al sindacato delle scelte datoriali operato attraverso lo strumento del diritto antidiscriminatorio una particolare pregnanza.

Non basterà infatti a dar conto di un motivo lecito l'affermazione generica di particolari qualità in capo ai soggetti preferiti, come invece allegato da FIP, che ha inteso far riferimento ad indici ("spiccata professionalità rispetto al processo produttivo, elevato grado di flessibilità e di attitudine al cambiamento ed all'innovazione, in passato migliori performances in termini di attitudine al lavoro, spirito di collaborazione, affidabilità e presenza effettiva sul luogo di lavoro") ex se in alcun modo obiettivamente verificabili in assenza dell'allegazione di fatti concreti indicativi dei relativi criteri di applicazione (solo esemplificativamente l'assenza di procedimenti disciplinari, l'aver beneficiato di premi o emolumenti accessori di produttività ecc.)

La necessaria concretezza dell'indagine giudiziale in ordine agli elementi di fatto esplicativi del motivo alternativo lecito si rivela allora uno strumento efficace al fine di svelare l'eventuale fittizietà della ragione adottata dal datore di lavoro, senza che possa farsi in alcun modo questione di interferenza del giudice sul merito delle scelte datoriali: l'onere del datore di lavoro è infatti limitato alla prova dell'effettività di una determinazione lecita, secondo un modello ricostruttivo del tutto conforme ai principi.

Ma quel che più rileva è l'incidenza del peculiare regime della prova di cui fin qui si è detto sul tradizionale schema causale utilizzato dalla giurisprudenza assolutamente prevalente nei casi di impugnazione per motivo di discriminazione di un atto del datore di lavoro (tipicamente il licenziamento, ma anche l'esclusione da progressioni stipendiali o avanzamenti di carriera ecc.).

Costituisce infatti *jus receptum* l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui *<<per affermare il carattere ritorsivo e quindi la nullità del provvedimento espulsivo, in quanto fondato su un motivo illecito, occorre specificamente dimostrare, con onere a carico del lavoratore, che l'intento discriminatorio e di rappresaglia per l'attività svolta abbia avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di*

lavoro, anche rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso>>.

Di qui la pure consolidata affermazione giurisprudenziale in ordine all'insussistenza della nullità del recesso per motivo di discriminazione o illecito, quando il licenziamento sia comunque sorretto da una giusta causa.

Secondo la ricostruzione qui adottata invece, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione (e quindi ove si faccia questione della tutela della persona del lavoratore in dipendenza dei fattori di protezione indicati riassuntivamente nella direttiva quadro), la relazione causale (tra motivo di discriminazione e trattamento deteriore) presupposto dalle decisioni di legittimità sopra richiamate risulta capovolta proprio in ragione del regime agevolato della prova: ove il trattamento differenziato sia provato, infatti, la discriminatorietà del trattamento deteriore potrà dirsi esclusa solo ove ad avere avuto esclusivo rilievo causale sia stato il motivo alternativo lecito.

Non può sfuggire allora la pregnanza del sindacato antidiscriminatorio, ad esempio, sul potere di scelta dei lavoratori da licenziare esercitato dal datore di lavoro nei casi di recesso per motivi economici, e ciò anche in ipotesi in cui il fatto obiettivo indicato a fondamento del licenziamento (ad esempio la crisi o la ristrutturazione aziendale o la riduzione del fatturato) risulti dimostrato.

In tali casi, infatti, ove il lavoratore affermi essere caduta su di lui la scelta in dipendenza di una delle caratteristiche protette dal diritto dell'Unione e dimostri in effetto l'esistenza in azienda di altre posizioni lavorative comparabili (tipicamente lavoratori pure appartenenti ai settori aziendali interessati dalla ristrutturazione e/o aventi pari qualifica ed analoghe mansioni, ma non portatori della caratteristica protetta dalla norma antidiscriminatoria) invece conservate (e rispetto alle quali il trattamento a lui riservato risulta quindi deteriore), spetterà al datore di lavoro dimostrare l'esistenza di un motivo lecito idoneo a giustificare in via esclusiva quel trattamento deteriore, una simile prova dovendo avere il carattere necessario della specificità ed una eventuale sua insufficienza implicando la qualificazione come discriminatorio del recesso, con la conseguente applicazione della piena tutela reintegratoria e risarcitoria di cui al primo comma dell'art. 18 novellato.

Elisabetta Tarquini

Giudice del lavoro presso il Tribunale di Pisa