

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO DEL LAVORO

Fondata da ALDO CESSARI, già diretta da GIUSEPPE PERA e da PIETRO ICHINO

Direttore responsabile
RAFFAELE DE LUCA TAMAJO



Direttore
LUIGI MONTUSCHI

Comitato scientifico

CARLO CESTER - MAURIZIO CINELLI - RICCARDO DEL PUNTA - GIUSEPPE FERRARO
EDOARDO GHERA - PIETRO ICHINO - ARTURO MARESCA - ORONZO MAZZOTTA
ROBERTO ROMEI - FRANCESCO SANTONI - RENATO SCOGNAMIGLIO - PATRIZIA TULLINI
JESÚS CRUZ VILLALÓN - MAXIMILIAN FUCHS - ANTOINE LYON CAEN - ALAN NEAL

 GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

estratto
4/20

BREVI NOTE SUI PROFILI PROCESSUALI
DELLA DISCRIMINAZIONE INDIRETTA: ONERE DELLA
PROVA ED APPARATO SANZIONATORIO (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Onere della prova e discriminazioni indirette. — 3. È necessario e legittimo il ricorso al danno punitivo?

1. Il Tribunale di Firenze, adito dalla Consigliera di Parità della Regione Toscana in relazione ad un ordine di servizio emesso dall'ispettorato Territoriale del Lavoro di Firenze nel 2018 ed alle successive integrazioni adottate nel 2019, ha riconosciuto la sussistenza di un'ipotesi di discriminazione indiretta in danno dei genitori lavoratori, condannando l'Ispettorato alla rimozione degli effetti nonché al risarcimento del danno non patrimoniale patito. La pronuncia, oggetto di attenzione da parte della dottrina (1), si segnala sotto due distinti profili. Innanzitutto, per le modalità attraverso le quali il Tribunale ha ritenuto provata l'esistenza di una discriminazione indiretta ed in secondo luogo per le conseguenze, risarcimento del danno a favore della Consigliera con funzione «dissuasiva e latamente sanzionatoria», che il Tribunale ha fatto discendere dall'avvenuto accertamento.

2. Come noto, in tema dell'onere della prova della discriminazione il legislatore ha dettato una regola speciale in forza della quale al ricorrente basta fornire «elementi di fatto desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso» (2). In presenza di tale dimostrazione da parte del

(*) Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo a doppio cieco.

(1) La sentenza è pubblicata su *ADL*, 2020, 3, 736 con nota di G. RECCHIA, *Discriminazione collettiva indiretta e risarcimento del danno in funzione punitiva* nonché in *DRI*, 2020, 2, 519 con nota di F. DE LUCA, *Verso una dimensione antropocentrica del lavoro: la conciliazione come diritto soggettivo* e in *RGL*, 2020, 309 con nota di M.D. SANTOS FERNANDEZ, *Orario di lavoro aziendale e discriminazione delle lavoratrici e dei lavoratori con figli piccoli*.

(2) Sul regime probatorio in tema di discriminazione si vedano gli scritti in *Eguaglianza e divieti di discriminazione*, a cura di O. BONARDI, Ediesse, 2017, nonché R. NUNIN, *Diritto antidiscriminatorio e tutela del lavoratore padre licenziato: nozione oggettiva del licenziamento discriminatorio, rilievo degli elementi presuntivi ed inversione dell'onere della prova*, *ADL*, 2018, 2, 548; R. SANTAGATA DE CASTRO - R. SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina*, *ADL*, 2015, 3, 534 e *ADL*, 2015, 3, 820.

ricorrente, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione (3).

Il regime probatorio della discriminazione è dunque modulato su una presunzione semplice «rafforzata», nel senso che, in presenza di indizi precisi e concordanti circa l'esistenza di condotte discriminatorie, il giudice deve — e non solo può in base al suo prudente apprezzamento, come stabilito dall'art. 2729 c.c. - ritenere provata la discriminazione a meno che il convenuto non ne dimostri l'insussistenza.

Non solo ma gli elementi di fatto allegati dal ricorrente non devono necessariamente riferirsi alla sua situazione specifica, potendo avere ad oggetto dati di carattere statistico e quindi dati generici che prescindono dalla fattispecie concreta portata all'esame del giudice.

Rispetto all'impianto generale in tema di onere della prova, fondato sull'art. 2697 c.c. nonché, per quanto qui di interesse, sugli artt. 2727 e 2728 c.c., il regime probatorio di cui all'art. 40 del d.lgs. n. 198 del 2006 allarga il suo spettro di azione, sia perché esso include tra i fatti a fondamento della domanda anche elementi statistici che possono totalmente esulare dalla posizione del ricorrente (ampliando, dunque, la nozione di fatto rilevante ai sensi dell'art. 2697 c.c.); sia perché ritiene sufficiente che gli elementi dedotti dal ricorrente siano precisi e concordanti, e non anche gravi come prescritto invece, dall'art. 2729 c.c.; sia, infine, perché in quel particolare regime la prova presuntiva così fornita si “impone” sul giudice il quale deve considerarla decisiva, salvo prova contraria del convenuto.

Occorre ancora ricordare che il regime probatorio “attenuato” introdotto dall'art. 40 d.lgs. n. 198/2006 si colloca in un contesto in cui la stessa nozione di discriminazione, ed in particolare di discriminazione indiretta, assume contorni piuttosto sfumati, potendosi essa ravvisare in ogni disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento apparentemente neutri ma che mettono o possono mettere i lavoratori appartenenti ad una certa categoria in posizione di particolare svantaggio (4).

Dunque, il regime probatorio attenuato serve a dimostrare l'esistenza di una fattispecie a sua volta “sfuggente” se è vero che essa può ravvisarsi non solo in assenza di un intento soggettivo da parte dell'agente ma anche in presenza di un mero pericolo di discriminazione. Cioè a dire che il regime probatorio attenuato è finalizzato a dimostrare che una condotta oggettivamente e soggettivamente neutra, perché priva

(3) Cass. 15 giugno 2020, n. 11530; Cass. 12 ottobre 2018, n. 25543 che precisa che l'onere probatorio del convenuto scatta solo laddove il ricorrente abbia assolto il suo.

(4) D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie di seconda generazione*, *DLRI*, 2003, 423.

di effetto direttamente discriminatorio e di intenzionalità, è discriminatoria perché svantaggiosa per una determinata categoria di lavoratori.

I contorni “sfumati” della discriminazione indiretta non possono non indurre alla massima prudenza quando si tratta del suo accertamento.

Il legislatore, sia interno che europeo, infatti, disciplinando espressamente l’onere probatorio, ha inteso alleviare il carico del ricorrente e non, invece, introdurre un’ipotesi *in re ipsa* di discriminazione che ricorrerebbe tutte le volte in cui un atto o comportamento del datore di lavoro incrocia uno dei fattori di rischio selezionati dalla disciplina antidiscriminatoria.

La presenza di una regola *ad hoc*, come quella dettata dall’art. 6 della Direttiva 2006/54 e 40 del d.lgs. n. 198/2006 dimostrano, infatti, che la prova della discriminazione resta il centro dell’accertamento della fattispecie. In altre parole, l’alleggerimento del carico probatorio che spetta al ricorrente è chiaro indice del fatto che per il legislatore l’accertamento della discriminazione non può prescindere dalla prudente verifica dell’esistenza di una correlazione tra i tre elementi che la compongono, e dunque tra la presenza di uno dei fattori di rischio espressamente individuati, l’esistenza di un atto, comportamento, prassi, ecc. che incide sul o sui portatori del fattore di rischio in quanto tale, ponendolo in una posizione di sostanziale svantaggio rispetto a chi tale fattore non possiede, ed infine l’assenza di una giustificazione che renda quell’atto, comportamento, prassi ecc. oggettivamente legittimo sia in relazione all’obiettivo perseguito che ai mezzi per raggiungerlo.

Il regime probatorio attenuato, cioè, lungi dal rendere sufficiente la mera affermazione dell’esistenza del fattore di rischio per fare ritenere che qualunque atto o comportamento che incrocia tale fattore sia di per sé discriminatorio, ribadisce invece che occorre provare la correlazione tra il fattore di rischio ed il singolo atto o comportamento di cui si deduce la discriminatorietà, verificando se tale atto o comportamento può incidere sul portatore del fattore di rischio ponendolo in quanto tale in una situazione di particolare svantaggio.

Fatta questa premessa di ordine generale e venendo alla decisione in commento, essa riguarda una serie di ordini di servizio con cui l’Ispettorato territoriale di Firenze, discostandosi dalla disciplina dettata dall’Ispettorato Nazionale e dal ccnl applicato, imponeva di giustificare per scritto entro le ore 24,00 i ritardi in ingresso tra le h. 9.16 e le h. 9.30, pena, in mancanza di giustificazione o in caso di giustificazione incongruente, la possibilità di esser oggetto di procedimento disciplinare e di considerare come permessi brevi non retribuiti i ritardi in ingresso oltre le h. 9,30 che però potevano essere goduti solo se richiesti con congruo anticipo, salvo situazioni particolari; inoltre la Consigliera si doleva del

fatto che gli ordini di servizio in oggetto nulla prevedessero in merito a “flessibilità ulteriori” a favore dei genitori. Dunque, veniva lamentata la discriminatorietà degli ordini di servizio sotto il profilo del potenziale svantaggio che essi arrecavano ai genitori, specie se di figli in giovane età, ravvisandosi in essi un’ipotesi di discriminazione che trova il suo riconoscimento nell’art. 25 co. 2-*bis* del d.lgs. n. 198/2006, il fattore di rischio consistendo nella tutela della genitorialità e quindi della maternità e paternità nonché nell’esercizio dei relativi diritti.

Il Tribunale, richiamato il contenuto degli ordini di servizio, ne ritiene dimostrato il potenziale effetto svantaggioso mentre nega che l’Ispettorato abbia provato la sussistenza di una finalità legittima perseguita con mezzi appropriati.

Lascia, però, perplessi la motivazione in forza della quale il giudicante giunge alla sua conclusione: si legge, infatti, nella decisione che «è notorio che i genitori, specialmente con figli in età da scuola dell’infanzia, materna o primaria, si trovino frequentemente a dover fare fronte ad impellenti ed imprevedibili esigenze connesse all’accudimento della prole, le quali possono comportare l’improvvisa necessità di ritardare l’ingresso la lavoro o anticiparne l’uscita».

Su questa premessa il Tribunale conclude che «è prevedibile, sulla base del senso comune e della comune esperienza, che il complesso delle disposizioni di cui ai due ordini di servizio in materia di organizzazione del lavoro possa svantaggiare i suddetti gruppi (...) in quanto risulta ostacolare, o comunque rendere difficoltosa la conciliazione dei tempi di via e di lavoro» con «maggior rischio di incorrere in violazioni disciplinari connesse a ritardi» atteso che costituisce fatto notorio, espressione del senso comune e della comune esperienza, la circostanza che il genitore può dover far fronte a necessità che ne possono ritardare l’ingresso al lavoro o anticiparne l’uscita. Rispetto a tale circostanza le prescrizioni dell’Ispettorato, tese a regolare le modalità di gestione dell’orario, risultano discriminatorie in quanto espongono i genitori ad un maggior rischio di incorrere in violazioni disciplinari.

Così costruita la motivazione non convince: il Tribunale, infatti, pone a fondamento della sua decisione l’esistenza del fattore di rischio, e cioè il fatto che i genitori si trovano spesso a dover fronteggiare situazioni impellenti ed imprevedibili. Manca, invece, il successivo passaggio indispensabile per ritenere che gli ordini di servizio siano discriminatori, e cioè l’accertamento della correlazione tra le situazioni impellenti ed imprevedibili che possono occorrere ai genitori e lo svantaggio che può derivare loro dalle disposizioni organizzative adottate negli ordini di servizio impugnati.

Si avverte, allora, nel ragionamento del Tribunale un salto argomen-

tativo che fa discendere dal dato di fatto della maggiore esposizione dei genitori a necessità impellenti ed imprevedibili, l'esistenza di un atto discriminatorio senza passare per la doverosa verifica di come il contenuto di quell'atto in concreto possa esporre i genitori a conseguenze disciplinari, pacifico essendo che la disciplina dettata dall'Ispettorato, come riassunta dal Tribunale nella decisione in commento, non collega l'esercizio del potere disciplinare al ritardo in entrata o all'uscita anticipata, né ad un certo numero di ritardi o di uscite anticipate, bensì alla mancata ottemperanza delle prescrizioni da osservare laddove tali contrattempi si verifichino.

La decisione rischia così di aprire il varco all'introduzione di forme di discriminazione *in re ipsa* fondate sulla sussistenza delle ragioni che giustificano l'identificazione del fattore di rischio anziché sulla prova degli effetti, anche solo potenzialmente svantaggiosi, che una condotta può avere rispetto ai portatori di tale fattore. Infatti, affermare che l'accudimento della prole comporta per i genitori il trovarsi in situazioni più complesse rispetto a coloro che non hanno tale incombente, significa estrinsecare le ragioni che giustificano il fatto che la genitorialità assurga a fattore di rischio oggetto di particolare tutela. L'affermazione del Tribunale, dunque, si pone sul piano astratto che sorregge l'inclusione della genitorialità tra i fattori di rischio, piano che però compete al, ed è già stato assolto dal, legislatore. Il giudice non si fa carico, invece, della successiva verifica che è imposta dalla regola in tema di onere probatorio, cioè la verifica che un certo comportamento, atto, prassi ecc. in concreto possa incidere negativamente sui soggetti portatori di uno dei fattori di rischio che è compito del legislatore individuare.

La regola di esperienza applicata dal Giudice porta allora semplicemente a dire che i genitori sono più esposti rispetto ai loro colleghi ai contrattempi che impediscono il rispetto dell'orario di lavoro ma non certo che essi, a differenza degli altri, non possano comunque osservare le prescrizioni dettate dagli impugnati ordini di servizio dell'Ispettorato per il caso in cui tali contrattempi si verifichino. Tanto più se si considera l'apparato di tutele predisposto dal nostro ordinamento per venire incontro alle, del tutto legittime, esigenze connesse con la genitorialità, quali i permessi o le assenze per malattia del figlio, apparato sul quale la decisione in commento non ritiene, però, di soffermarsi.

Si rischia, così, una pericolosa petizione di principio che oblitera di prendere nella dovuta considerazione gli elementi della fattispecie che il legislatore, sia interno che euro-unitario, vuole siano dimostrati.

3. Il Tribunale ha poi condannato l'Ispettorato del Lavoro a risarcire alla Consigliera di parità il danno non patrimoniale che, adottando

un'interpretazione comunitariamente orientata della norma, ha ritenuto di poter quantificare a prescindere dalla prova fornita ed in un'ottica «dissuasiva e latamente sanzionatoria».

La decisione si colloca deliberatamente in uno spazio che esula quello previsto dalla normativa vigente ed in generale dal regime del risarcimento del danno che, come noto, nel nostro ordinamento è calibrato su una funzione prettamente riparatoria del danno subito, come dimostrano gli artt. 2043 e 1223 c.c.

Nell'operare tale estensione il giudice da una parte richiama un'interpretazione comunitariamente orientata della norma dell'ordinamento interno, e dall'altra trova una sponda nella giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di danno comunitario da precariato pubblico.

La decisione è certamente innovativa ed è destinata ad avere eco, come dimostra il fatto che essa è stata oggetto di particolare attenzione ad opera della dottrina (5). Anche sotto questo profilo, però, la strada scelta dal Tribunale appare poco cauta.

Il dibattito in merito all'ingresso nel nostro ordinamento del danno cd. punitivo è vasto e non se ne può dare conto nel presente lavoro (6). Per quanto qui di interesse basti ricordare che di tale dibattito si è fatta carico sia la giurisprudenza interna che quella comunitaria: quanto alla prima, le Sezioni Unite nel 2015 hanno affermato che la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non è più «incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento» a condizione però che «qualche norma di legge chiaramente lo preveda, ostandovi il principio desumibile dall'art. 25 Cost., co. 2, nonché dall'art. 7 della Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali» (7), principio ribadito in una successiva pronuncia resa sempre a Sezioni Unite (8) con cui la Corte ha nuovamente affermato che i danni punitivi possono trovare ingresso nel nostro ordinamento solo se provvisti di ancoraggio normativo. Dal canto suo, invece, la Corte di Giustizia ha affermato che il diritto dell'Unione non impone agli stati membri una certa sanzione a fronte della violazione del divieto di discriminazione ma vuole che venga assicurata un'effettiva ed efficace tutela giurisdizionale che porti, qualora

(5) Si rinvia agli autori indicati alla nota 1.

(6) Si rinvia per le indicazioni bibliografiche a I. ALVINO, *Sulla questione della risarcibilità dei c.d. «danni punitivi» alla vittima di una discriminazione fondata sul sesso*, *ADL*, 2016, 3, 579 e M. BIASI, *Danni punitivi. Il caso Ryanair e l'ingresso del «danno punitivo» nel diritto del lavoro italiano*, *GI*, 2018, 10, 2191. Quanto alla giurisprudenza di merito si veda T. Milano, est. Colosimo, 19 dicembre 2018, *ADL*, 2019, 3, 683 con nota di M.L. PICCINO, *L'incerta cittadinanza dei danni punitivi nel diritto del lavoro*.

(7) Cass., S.U., 6 maggio 2015, n. 9100.

(8) Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601. Quanto alla giurisprudenza di merito si veda T. Milano, est. Colosimo, 19 dicembre 2018, cit.

lo Stato Membro abbia optato per un risarcimento del danno in forma pecuniaria, all'integrale riparazione di esso. Dunque, La Direttiva 2006/56 non impone né vieta il ricorso al danno punitivo, lasciando gli Stati Membri liberi di decidere se adottare tale forma (9).

Come anticipato, il nostro ordinamento resta ancorato alla visione riparatoria e non sanzionatoria del danno, e solo in alcune ipotesi introduce anche quella funzione (10). Per quanto riguarda il diritto del lavoro, può essere ritenuto danno punitivo ad esempio il minimo di cinque mensilità cui il datore di lavoro è condannato *ex art. 18 co. 2*, ovvero l'indennità minima di 2,5 mensilità prevista dall'*art. 28 co. 2 d.lgs. n. 81/2015*. Fuori da queste ipotesi, però, il danno punitivo non ha fatto ingresso nel nostro ordinamento necessitando a tal fine, come le SU hanno avuto modo di ricordare, di una copertura normativa *ex art. 23 Cost.*

Per questo la pronuncia, che peraltro fa seguito ad altre dello stesso segno (11), desta perplessità specie se si considera che, contrariamente a quanto si legge in motivazione, essa non appare «comunitariamente necessitata» (12). Non solo perché, come si è già ricordato, il danno punitivo non è imposto dalla Direttiva 2006/54 ma anche perché il Tribunale non pare prendere in considerazione il fatto che nel nostro ordinamento il regime sanzionatorio generale di ogni patto o atto discriminatorio è la nullità *ex art. 15 St. lav.* Dunque, l'atto discriminatorio trova una completa riparazione attraverso il regime della *restitutio ad integrum* che consegue alla sua declaratoria di nullità. In questo contesto, in cui il legislatore interno ha optato per una tutela piena anziché per equivalente tramite una tutela meramente pecuniaria, un ulteriore intervento addittivo da parte del giudice appare, dunque, del tutto superfluo atteso che il fine dissuasivo è ben realizzato dalla sanzione piena già apprestata.

GIOVANNA PACCHIANA PARRAVICINI
*Associato di diritto del lavoro
nell'Università di Torino*

(9) CGUE 17 dicembre 2015, causa C-407/14, *ADL*, 2016, 3, 574, con nota di I. ALVINO, *Sulla questione della risarcibilità*, cit. e *q. Riv.*, 2016, II, 445 con nota di L. CALAFA', *Sul risarcimento "dissuasivo" del danno da discriminazione del diritto UE*.

(10) Si veda in proposito la ricognizione delle ipotesi di danno punitivo richiamata da Cass., S.U., n. 16601/2017.

(11) T. Pistoia 8 settembre 2012, *q. Riv.*, 2013, II, 85 con nota di M.C. CIMAGLIA, *Un'altra freccia nell'arco del diritto antidiscriminatorio: il danno non patrimoniale con funzione punitiva*; T. Bergamo 30 marzo 2018, *GI*, 2018, 10, 2191, con nota di M. BIASI, *Danni punitivi*, cit. ma *contra* T. Milano, est. Colosimo, 19 dicembre 2018, cit.

(12) Si veda da ultimo CGUE 8 maggio 2019, causa C-494/17.