

Discriminazioni dirette e indirette nel lavoro

L'onere della prova e l'accomodamento ragionevole

Di **Adriano Cirillo**
Avvocato

Publicato il 7 marzo 2022

È di recente acquisizione la consapevolezza che vi siano diritti individuali, o di gruppi, bisognosi di protezione contro la discriminazione. Nel diritto del lavoro, prima ancora che in altri settori, tali tutele hanno da lunga pezza trovato terreno fertile per la correzione di comportamenti e atteggiamenti umani[1].

Il quadro normativo in materia è complesso, frutto di successive stratificazioni, sovente non coordinate tra loro, di livello interno e sovranazionale[2]. Nella disciplina giuslavoristica domestica sono presenti, già a partire dal 1970, norme antidiscriminatorie, posto che lo **Statuto dei lavoratori** prevede: il **divieto di indagini**, anche a mezzo terzi, su opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale da parte del datore di lavoro (art. 8); la **nullità di ogni patto o atto discriminatorio** per motivi sindacali, politici, religiosi, razziali, di lingua o di sesso, di disabilità, età, orientamento sessuale e convinzioni personali (art. 15); il **divieto di trattamenti economici collettivi discriminatori** dei dipendenti (art. 16).

Sommario

- **La discriminazione diretta nel diritto del lavoro**
- **La discriminazione indiretta nel diritto del lavoro**
- **L'onere della prova e l'accomodamento ragionevole**
- **Conclusioni**

La discriminazione diretta nel diritto del lavoro

La **discriminazione diretta nel lavoro** è definita in diversi modi dalle fonti normative. In genere, le direttive europee definiscono la discriminazione diretta come quella situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente, in base a un determinato fattore c.d. di rischio (discriminatorio), di quanto un'altra persona sia, sia stata o sarebbe trattata in una situazione analoga[3].

La discriminazione diretta è caratterizzata dall'intenzione esplicita di discriminare in ragione di un fattore c.d. di rischio. Talvolta, il motivo o movente discriminatorio può essere celato o occultato, ad esempio dietro esigenze di politica aziendale, oppure altre ragioni, presunte o effettive. In questi casi, la puntuale e accurata ricostruzione del contesto è determinante per far emergere elementi da cui si possa desumere il collegamento tra il trattamento svantaggioso e la riconducibilità (del motivo o del movente) della condotta ad un fattore c.d. di rischio.

Variegati ed eterogenei sono i casi in cui la giurisprudenza si è pronunciata. In tutti i casi, la configurabilità di una discriminazione diretta è stata resa possibile dalla **prova di un collegamento diretto tra fattore di rischio e condotta contestata**.

Il caso della lavoratrice madre trasferita di sede

Una giovane lavoratrice madre, rientrata in servizio dopo soli quattro giorni dal periodo di astensione dal lavoro per maternità previsto dalla legge, veniva trasferita dalla datrice di lavoro in una sede diversa da quella a cui era stata sino ad allora adibita, distante da questa ben 160 km. I motivi formalmente addotti

consistevano in asserite ragioni di "incremento lavorativo" in quella sede. Subito dopo, la lavoratrice veniva raggiunta da un licenziamento basato su un'assenza ingiustificata nella nuova sede lavorativa. In tal caso, il trattamento svantaggioso riservato alla lavoratrice è consistito nel **trasferimento in una sede diversa e lontana dalla propria città di residenza** e nel successivo **licenziamento**.

Il giudice di primo grado escludeva il carattere discriminatorio dell'atto, in quanto a suo dire non legato ad un fattore c.d. di rischio, ma giustificato da specifiche esigenze aziendali.

Tale conclusione veniva, però, contraddetta dalla Corte d'appello competente[4], che ha ritenuto discriminatorio il trasferimento ad altra sede e il licenziamento intimato. Attraverso un'attenta e meticolosa ricostruzione del contesto e di un'ampia istruttoria, il giudice di secondo grado ha istituito un collegamento tra diversi singoli comportamenti della datrice di lavoro: (i) una modifica illegittima delle mansioni della lavoratrice al rientro dal periodo di maternità; (ii) una reticenza da parte della datrice di lavoro nella quantificazione e copertura delle spese di trasporto e delle indennità contrattuali; (iii) un periodo brevissimo di preavviso con cui alla lavoratrice madre è stato comunicato il trasferimento; (iv) la carenza di adeguate motivazioni tecnico-organizzative che potessero giustificarlo. Tutti questi elementi hanno portato la Corte a ritenere illegittimo il licenziamento della giovane lavoratrice, «in quanto espressione di una discriminazione diretta volta a estrometterla dal numero dei dipendenti» e a censurare il ragionamento del giudice di primo grado, ritenendo che il «trasferimento, intimato subito dopo la scadenza della tutela automatica fornita dalla legge, in realtà abbia rappresentato il mezzo per liberarsi di una dipendente madre che, dopo la lunga sospensione, ancora in futuro avrebbe potuto causare all'azienda costi e disagi aggiuntivi potendo fruire di permessi o far ricorso ad assenze giustificate dalla necessità di accudire un bambino così piccolo».

Sul tema, segnaliamo che la **Corte di Giustizia dell'Unione Europea** si è sospinta anche oltre, affermando che la **mancata assunzione di una donna in quanto incinta** costituisce **discriminazione diretta in ragione del sesso**, in quanto «un rifiuto di assumere per motivo di gravidanza può opporsi solo alle donne e rappresenta, quindi, una discriminazione diretta fondata sul sesso»[5].

Il caso della adibizione della lavoratrice madre ad un diverso turno orario

È stato ritenuto frutto di discriminazione il caso della lavoratrice che, rientrata dalla maternità, ha subito la modifica dell'orario di lavoro dalla fascia oraria mattutina a quella pomeridiana. La ricorrente aveva chiesto più volte di poter modificare il proprio orario di lavoro, lavorando anche di mattina, al fine di poter avere più tempo per stare con i propri figli, tre dei quali andavano a scuola.

La datrice di lavoro non adibiva la lavoratrice al turno mattutino neppure quando si trattava di sostituire personale che lavorava in tale turno, preferendo assumere personale esterno. Neppure la risoluzione di due rapporti di lavoro con altrettante OO.SS. e l'assunzione di nuovo personale aveva consentito alla ricorrente di accedere al turno mattutino.

Il **rifiuto della datrice di lavoro di consentire** alla lavoratrice **di lavorare anche sul turno mattutino** veniva ritenuto **discriminatorio** dal giudicante, perché motivato dalla condizione di madre della ricorrente[6].

La discriminazione indiretta nel diritto del lavoro

La **discriminazione indiretta**[7] può essere definita come una previsione, un criterio o una pratica apparentemente neutri (che non operano cioè una classificazione sulla base di un fattore c.d. di rischio) che può mettere le persone di una determinata razza, origine etnica, religione, disabili o che hanno una determinata età o un certo orientamento sessuale, identità di genere, nazionalità o qualsiasi altra caratteristica protetta, in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone, a meno che la disposizione, il criterio o la pratica siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima, e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari al raggiungimento del fine[8].

Nella discriminazione indiretta non è, per definizione, ravvisabile l'*animus discriminandi*, che invece è una componente significativa, anche se non rappresenta un criterio univoco, per valutare la sussistenza degli estremi di una discriminazione diretta.

Il caso del licenziamento del disabile per inidoneità sopravvenuta

La Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi su un licenziamento per inidoneità fisica sopravvenuta del lavoratore, derivante da una condizione di "handicap", ha affermato che «*sussiste l'obbligo della previa verifica, a carico del datore di lavoro, della possibilità di adattamenti organizzativi nei luoghi di lavoro - purché comportanti un onere finanziario proporzionato alle dimensioni e alle caratteristiche dell'impresa e nel rispetto delle condizioni di lavoro dei colleghi dell'invalide - ai fini della legittimità del recesso*»[9].

L'adattamento, infatti, richiede una interazione fra la persona portatrice di limitazioni funzionali e lo specifico ambiente di lavoro che la circonda: interazione che per la sua variabilità non ammette generalizzazioni. Anzi, a tal fine è **necessario soppesare gli interessi giuridicamente rilevanti di tutti i soggetti coinvolti**, e cioè:

- **l'interesse del disabile** al mantenimento di un lavoro confacente con il suo stato fisico e psichico, in una situazione di oggettiva ed incolpevole difficoltà;
- **l'interesse del datore di lavoro** a garantirsi comunque una prestazione lavorativa utile per l'impresa, tenuto anche conto dell'**art. 23 Cost.**, che vieta l'erogazione di prestazioni assistenziali a carico del datore di lavoro se non nelle ipotesi previste per legge[10];
- **l'interesse di altri lavoratori**, la cui situazione sia direttamente o indirettamente incisa dalla modifica organizzativa.

All'esito di questo complessivo apprezzamento, potrà dirsi ragionevole ogni soluzione organizzativa praticabile che miri a salvaguardare il posto di lavoro del disabile in un'attività che risulti utile all'azienda e che imponga all'imprenditore, oltre che al personale eventualmente coinvolto, un sacrificio che non ecceda i limiti di una tollerabilità accettabile secondo «*la comune valutazione sociale*»[11].

Anche la **Corte di Giustizia** europea si è di recente pronunciata sul tema, affermando che il lavoratore divenuto disabile e dichiarato non idoneo ad esercitare le funzioni essenziali del posto da lui occupato deve beneficiare della **riassegnazione ad un altro posto** per il quale dispone di quelle competenze, capacità e disponibilità richieste dal datore di lavoro, il quale non può sottrarsi all'obbligo, se questo posto di lavoro è disponibile nella realtà aziendale, a condizione che siffatta misura non implichi un onere sproporzionato[12].

Il caso del licenziamento del disabile per superamento del periodo di comporto

Sempre in tema di disabilità, è stata giudicata discriminatoria l'applicazione *tout cour* del termine di comporto previsto dalla legge in relazione ai lavoratori disabili[13], prescindendo totalmente dalla disabilità, in quanto l'applicazione generalizzata di una disposizione "apparentemente neutra" produceva una discriminazione indiretta, a norma dell'art. 2 del **d.lgs. n. 216/2003**.

Il lavoratore aveva provato in via presuntiva (considerato il regime agevolato previsto dall'art. 28 **d.lgs. n. 150/2011**) che le assenze erano riconducibili alla condizione di *handicap* da cui egli era affetto. La Suprema Corte[14] ha escluso gli oneri che connotano la prova del motivo illecito determinante **ex art. 1345 c.c.** e ha sottolineato che l'elemento intenzionale non è necessario per integrare la fattispecie di discriminazione, sia diretta sia indiretta.

La Suprema Corte ha, pertanto, chiarito che il licenziamento doveva essere qualificato come un atto discriminatorio indiretto del datore di lavoro, il quale, per evitarla, avrebbe dovuto sottrarre dal calcolo del comporto i giorni di malattia ascrivibili all'*handicap* o dimostrare che l'intero periodo di assenza fosse assolutamente indipendente dalla condizione fisica del lavoratore.

Il caso dell'assunzione subordinata ad un requisito staturale

L'*handicap* non è l'unica condizione fisica che può dare luogo a discriminazioni: anche l'assunzione basata sulla statura minima identica per uomini e donne è stata giudicata discriminatoria.

Tale situazione è stata giudicata illegittima, in quanto presuppone, erroneamente, l'inesistenza di una diversità di statura mediamente riscontrabile tra uomini e donne[15], configurandosi una discriminazione

indiretta a sfavore di queste ultime, salvo la verifica, anche in via incidentale, della funzionalità del requisito necessario richiesto in relazione alle mansioni da svolgere.

Il caso della discriminazione di genere nella stipulazione di un contratto di lavoro a tempo pieno

Discriminatorio è stato, altresì, ritenuto il caso di un punto vendita di un supermercato che ha negato alle dipendenti donne l'accesso al contratto a tempo pieno, nonché – proprio perché lavoratrici a tempo parziale – ad una progressione di carriera pari a quella dei lavoratori uomini[16].

Il Tribunale di Milano ha dichiarato discriminatoria tale condotta del datore di lavoro, specie a fronte della prevalenza della componente femminile nella pianta organica (oltre il 70% della forza lavoro).

Tale dato è stato valutato come discriminatorio, in quanto privo di quelle giustificazioni “*obiettive e proporzionali*” richieste dalla Corte di Giustizia[17].

Accertato il carattere discriminatorio dei comportamenti della datrice di lavoro, il giudice ha ordinato la conversione dei contratti di lavoro delle lavoratrici da tempo parziale a tempo pieno.

Il caso della retribuzione media dei lavoratori di sesso femminile in misura inferiore a quella maschile

È stato statisticamente appurato che la retribuzione del lavoro femminile, a parità di mansioni, è in misura inferiore a quella del lavoro maschile.

La Corte di Giustizia ha affermato che la retribuzione delle logopediste, notevolmente inferiori a quelle di farmacista, è frutto di una discriminazione fondata sul sesso, in quanto la prima è esercitata quasi esclusivamente da donne, mentre la seconda da uomini[18].

L'onere della prova e l'accomodamento ragionevole

Ai sensi dell'art. 40 d.lgs. 198/2006, il lavoratore o la lavoratrice che ritiene di essere stato discriminato ha **l'onere di fornire elementi idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione di atti o comportamenti discriminatori.**

La giurisprudenza di merito ha affermato che la sussistenza di tali elementi determina l'inversione dell'onere probatorio e la necessità per il datore di lavoro di provare l'insussistenza dell'intento discriminatorio[19].

Autorevole dottrina ha, tuttavia, sostenuto che, più che un'inversione dell'onere della prova, si tratta di una modificazione o di un alleggerimento del carico probatorio, posto che il lavoratore o la lavoratrice che si assume discriminato ha l'onere di fornire elementi di fatto idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione di discriminazione[20].

Trattandosi di prova negativa, il datore di lavoro ha l'onere di fornire la prova di fatti e circostanze sussistenti, di tipo indiziario, idonei a persuadere il giudice della veridicità di quanto allegato[21].

Davanti a fattori meritevoli di protezione è onere del datore di lavoro trovare **ragionevoli accomodamenti**, che la Suprema Corte ha così individuato, ai sensi dell'art. 2 della Convenzione di New York del 2006 (sui diritti delle persone con disabilità): «*le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un carico sproporzionato ed eccessivo*»[22].

Anche l'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE prevede che il datore di lavoro è obbligato a trovare «*soluzioni ragionevoli*», salvo che i provvedimenti appropriati richiedano «*un onere finanziario sproporzionato*».

Tale limite è stato valorizzato dalla Suprema Corte[23], che ha ritenuto legittimo il rifiuto dell'imprenditore nell'assegnazione del lavoratore, divenuto fisicamente inadatto alla sua attività, a mansioni diverse, in quanto comportante “*oneri organizzativi eccessivi*”: pronuncia a sua volta ispirata dalla giurisprudenza costituzionale sulla “autodeterminazione” della organizzazione interna dell'impresa «*in modo che ne vengano preservati gli equilibri finanziari*»[24].

Al limite della “sproporzione” del costo si affianca quello, ulteriore e autonomo, dell'accomodamento

“ragionevole”. Se è vero, infatti, che ogni costo sproporzionato (inteso come “eccessivo” rispetto alle dimensioni ed alle risorse finanziarie dell’impresa) renda l’accomodamento di per sé irragionevole, non è necessariamente vero il contrario: non può escludersi, infatti, che, anche in presenza di un costo sostenibile, circostanze di fatto rendano la modifica organizzativa aziendale priva di ragionevolezza, avuto riguardo, ad esempio, all’interesse di altri lavoratori eventualmente coinvolti.

Conclusioni

Le pratiche discriminatorie rappresentano di per sé esternalità negative, ed è dimostrato che la loro ‘correzione’ non può essere lasciata al mercato, che, lungi dal rimuoverle, le “internalizza”. Lasciare integri tali meccanismi porterebbe a perpetuare e amplificare i preconcetti diffusi, trasferendoli nelle dinamiche dei rapporti contrattuali.

È quindi indispensabile che il fenomeno discriminatorio sia controllato, contenuto e corretto[25]: affinché ciò si realizzi, è necessario tenere conto del contesto socio-culturale e professionale di riferimento, la cui ricostruzione è demandata agli avvocati difensori. A questi ultimi, in fin dei conti, è affidato il delicato e difficile compito di fornire al giudice gli elementi e gli argomenti che depongono nel senso della sussistenza di una discriminazione illegittima, anche e soprattutto nei casi in cui non siano ravvisabili *ictu oculi* i relativi estremi.

[1] D. Maffei, Libertà contrattuale e divieto di discriminazione, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2008, p. 401 ss.; B. Checchini, Divieto di discriminazione e libertà negoziale, in AA.VV., Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani, a cura di C. Salvi, Torino, 2012, p. 259 ss.

[2] Il Trattato UE (art. 2) annovera fra i valori fondanti dell’Unione la non discriminazione; la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (c.d. Carta di Nizza) contiene (art. 21) l’enunciazione di un principio di non discriminazione, contemplando un’ampia lista dei c.d. fattori di rischio.

[3] Sul punto, cfr. E. Consiglio, Cosa è la discriminazione. Un’introduzione teorica al diritto antidiscriminatorio, Giappichelli, Torino, 2020, p. 79.

[4] App. Torino, Sez. lav., sent. 21 ottobre 2013, n. 218.

[5] Elisabeth Johanna Pacifica Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, causa C-177/88, § 12.

[6] Trib. Pesaro, decr. 7 gennaio 2020.

[7] Sulla quale v. Corte EDU, D.H. e a.c. Repubblica Ceca [GC], ricorso n. 57325/2000, sentenza 13 novembre 2007, § 184; Corte EDU, Opuz c. Turchia, ricorso n. 33401/2002, sentenza 9 giugno 2009, § 183; Corte EDU, Zarb Adami c. Malta, ricorso n. 17209/2002, sentenza 20 giugno 2006, § 80. La Corte di Cassazione italiana ha avuto occasione di statuire che si ha discriminazione indiretta quando una previsione, criterio o pratica apparentemente neutri svantaggino il 100% delle persone aventi un tratto socialmente saliente (Cass., 8 maggio 2017, n. 11166).

[8] G. Carapezza Figlia, Il divieto di discriminazione quale limite all’autonomia contrattuale, in Riv. dir. civ., 2015, p. 1395.

[9] Cass., sez. lav., 9 marzo 2021, n. 6497.

[10] Cass. SS.UU., 7 agosto 1998, n. 7755.

[11] Cass. SS.UU., 2 novembre 1979, n. 5688.

[12] Corte di Giustizia, [sentenza 10 febbraio 2022, C-485/20](#).

[13] Cass., sez. lav., 25 luglio 2019, n. 20204.

[14] Cass., sez. lav., 5 aprile 2016, n. 6576 in *Diritto & Giustizia* 2016, 5 aprile nota (s.m.) (nota di: Ievolella).

[15] App. Roma, sez. lav., 4 febbraio 2021, n. 2676.

[16] Trib. Milano, sez. lav., 29 luglio 2011, n. 496.

[17] V. Corte di Giustizia, I sez., 10 marzo 2005, C-196/2002; Corte di Giustizia, VI sez., 17 giugno 1998, C-243/1995.

[18] Corte di Giustizia, 27 ottobre 1993, Pamela Mary Enderby/Frenchay Health Authority Secretary of State for Health, causa 127/92, § 16 della motivazione; Corte giustizia, 17 ottobre 1989, H.K./Danfoss, causa 109/88, § 16 della motivazione.

[19] Trib. Milano, sez. lav., 7 aprile 2018, n. 370.

[20] A. Maniaci, *Onere della prova e strategie difensive*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 91 e ss.

[21] Ex multis, v. Cass. 3 ottobre 2000, n. 13134; Cass. 22 ottobre 2009, n. 22417; Cass. 10 febbraio 2010, n. 3040; Cass. 2 maggio 2018 n. 10435; sull'utilizzo del metodo presuntivo in materia, v. anche Cass. 24 settembre 2019, n. 23789.

[22] Cass. 19 dicembre 2019, n. 34132, che ha cassato la sentenza impugnata al fine di consentire al giudice del rinvio la valutazione della proporzionalità e della non eccessività delle misure di adattamento sia rispetto all'organizzazione aziendale sia con riguardo agli altri lavoratori.

[23] Cass. 26 ottobre 2018, n. 27243 cit., richiamando Cass. SS.UU. 7 agosto 1998, n. 7755.

[24] Corte Cost. 16 dicembre 1958, n. 78; Corte Cost. n. 316/1990; Corte Cost. 28 settembre 1990, n. 356.

[25] G. Carapezza Figlia, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, cit., p. 1389.