

## ***Le riforme del lavoro e la tutela della lavoratrice***

*di Rita Sanlorenzo*

1. Come è noto, le regole del rapporto di lavoro privato hanno subito di recente, nell'arco di pochi anni, una profonda revisione: prima con la c.d. Legge Fornero (l. n.92/2012) e poi con la complessiva riforma conosciuta come *Jobs Act* (legge delega n.183/2014 e successivi decreti attuativi), il Legislatore è intervenuto a due riprese, seguendo però uno stesso senso di marcia, volto alla riduzione progressiva delle tutele accordate al lavoratore ed alla lavoratrice rispetto ai poteri datoriali.

Il risultato di questa complessiva operazione è stato quello di abolire in pratica quasi del tutto la garanzia della stabilità nel posto, a fronte dell'esercizio illegittimo del potere di licenziamento, sanzionato fino al 2012 in forza dell'originario testo dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori con la reintegra nel posto di lavoro e l'integrale risarcimento degli stipendi perduti.

Le modifiche del 2012 e del 2015 non hanno intaccato le condizioni secondo cui un licenziamento deve essere ritenuto illegittimo, ossia in caso di mancanza di giusta causa o di giustificato motivo o per un difetto nella procedura di irrogazione: hanno piuttosto alleggerito il regime delle sanzioni, rendendo la reintegra una conseguenza solo residuale, possibile solo in caso di vizio particolarmente grave dell'atto espulsivo. Anzi, con l'introduzione del cd. "contratto a tutele crescenti", il *Jobs Act* ha sancito in realtà la sostanziale impossibilità per il lavoratore o la lavoratrice licenziati ingiustamente di rientrare nel loro posto di lavoro pur a seguito del riconoscimento delle loro buone ragioni, prevedendo la legge un ben più limitato diritto ad un risarcimento del danno parametrato sull'anzianità lavorativa (2 mesi di retribuzioni per anno), fino ad un tetto di 24 mensilità.

Nello spazio residuale in cui si deve applicare la reintegra, si colloca anche l'ipotesi del licenziamento discriminatorio, ossia quello che è stato comminato in violazione di uno dei divieti di discriminazione (di derivazione europea) per ragioni di genere, razza ed origine etnica, convinzioni personali, età, ed orientamento sessuale.

In termini generali, la normativa antidiscriminatoria vieta ogni

forma di discriminazione diretta (che si realizza quando si applicano due trattamenti diversi nei confronti di due soggetti, uno dei quali, quello portatore di un fattore di protezione, risulta penalizzato), ossia indiretta, che si ha quando una misura generale o una prassi apparentemente neutri possono determinare un effetto sproporzionatamente pregiudizievole nei confronti di un gruppo di persone in correlazione con uno dei fattori di rischio. Per esempio, l'adozione di standard fisici per la partecipazione ad una selezione a fini di assunzione (una soglia minima di statura) può penalizzare maggiormente le appartenenti al genere femminile, comportando così un effetto discriminatorio: la discriminazione non risiede nel trattamento, che è uguale per tutti, ma negli effetti, che sono diversi proprio a cagione della diversa natura dei soggetti.

Per quel che riguarda la parità uomo – donna, i testi legislativi fondamentali sono rappresentati dalla l. n.903/1977, “Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro”, e dalla l. n.125/1991, “Azioni positive per la realizzazione della parità uomo – donna nel lavoro”, successivamente riformati sino alla redazione del cd. “Codice delle pari opportunità” contenuto nel d.lgs.vo n. 198/2006, modificato ancora nel 2010 con il d.lgs. n.5.

Il licenziamento si qualifica come discriminatorio quando possiede un effetto oggettivamente discriminatorio, pur a prescindere dall'intenzione del soggetto che agisce.

Dopo anni di sostanziale sovrapposizione tra le due diverse figure del licenziamento discriminatorio, e di quello ritorsivo, o per vendetta, caratterizzato dalla intenzionalità del soggetto agente la cui prova grava tutta sul soggetto che agisce, la Corte di cassazione, con l'importante sentenza n.6575/2016 ha segnato un punto di svolta nella costruzione della fattispecie.

Nella vicenda portata all'attenzione dei giudici, la dipendente di studio legale è stata licenziata dopo aver preannunciato le sue future ripetute assenze dal lavoro, data la sua intenzione di sottoporsi a procedura di procreazione medicalmente assistita. Il licenziamento è stato intimato per una ragione economica, rappresentata dalle ricadute negative delle assenze programmate sulla funzionalità dello studio: ossia una circostanza che di per sé avrebbe dovuto escludere sia l'intenzionalità della discriminazione, sia il carattere unico e determinante del motivo illecito posto a base del licenziamento.

La Corte, confermando la decisione del Giudici di appello, ha riconosciuto la natura discriminatoria del licenziamento alla stregua dei principi affermati dalla precedente pronunzia della Corte di Giustizia -

sentenza 26 febbraio 2008 in causa C 506/06 - che ha ritenuto discriminatorio il licenziamento comunicato alla lavoratrice prima dell'impianto nell'utero degli ovuli fecondati in vitro ove sia dimostrato che detto licenziamento è stato essenzialmente determinato dalla peculiare condizione in cui ella versava o dalla sua futura maternità. In particolare il licenziamento è stato ritenuto in violazione del principio di non discriminazione per ragioni di genere.

Quanto alle argomentazioni del datore di lavoro secondo cui in realtà doveva escludersi la natura discriminatoria del licenziamento dal momento che era sussistente un motivo prettamente economico, la Corte ha distinto l'ipotesi del licenziamento discriminatorio da quella del licenziamento ritorsivo, in relazione al quale soltanto la ricerca dell'intento illecito poteva risultare rilevante "al solo fine di estendere l'area di protezione delineata da specifiche disposizioni di legge".

Per quel che riguarda la nullità derivante dal divieto di discriminazione, la stessa invece secondo la Corte discende direttamente dalla violazione di specifiche norme di diritto interno ed europeo, senza passare attraverso la mediazione dell'articolo 1345 cc.

La Corte ha espressamente affermato che la discriminazione - diversamente dal motivo illecito - opera obiettivamente, cioè in ragione del mero rilievo del trattamento peggiore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta, ed a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro. Quando poi, come nel caso di specie, il licenziamento ha un effetto direttamente discriminatorio, perché va a colpire l'appartenente al genere femminile in relazione alla sua attitudine a procreare, non può comunque essere ritenuto legittimo, seppur in presenza di una ragione legittima, quale il dedotto motivo economico.

L'affermazione di principio è di indubbio rilievo: e consente in particolare alle lavoratrici che assumono di essere discriminate di avvalersi del favorevole regime dell'onere della prova introdotto nel nostro ordinamento ancora in attuazione delle precise disposizioni europee, e che è disciplinato dall'art. 40 del d.lgs. n.198 del 2006, secondo cui "Quando il ricorrente fornisce 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, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione".

Non si tratta evidentemente di un'inversione dell'onere probatorio,

ma di un alleggerimento della posizione di chi agisce, o meglio di “un’attenuazione del regime probatorio ordinario” secondo cui a carico del convenuto si fissa l’onere di provare l’inesistenza della discriminazione, ma solo dopo che il/la ricorrente abbia fornito al giudice “elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, relativi ai comportamenti discriminatori lamentati, purché idonei a fondare in termini precisi (ossia determinati nella loro realtà storica) e concordanti (ossia fondati su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto), anche se non gravi, la presunzione di atti, patti o comportamenti discriminatori” (così Cass., n. 14206/2013; v. anche Cass., n. 23286/16).

La corretta gestione da parte dei giudici di merito di questo peculiare regime, a fronte della deduzione di fatti “precisi e concordanti” a proposito dell’effetto discriminatorio del licenziamento, evidentemente potrà condurre al riconoscimento della nullità dello stesso, ed alla conseguente affermazione della lavoratrice di riprendere quel posto da cui era stata illegittimamente allontanata.

Nel generale abbassamento del livello di tutele “universalistiche” riconosciute dall’ordinamento alla parte debole del rapporto di lavoro, la valorizzazione di questo peculiare istituto impone a tutti gli operatori, ed ai magistrati del lavoro per quel che ci riguarda, una specifica attenzione ai meccanismi processuali che vi si accompagnano e soprattutto, una affinazione delle sensibilità anche sul piano culturale per comprendere che una società al cui interno non si contrastano con forza le discriminazioni, e quelle di genere in special modo, è una società meno democratica e meno libera.

Certo, non basta lo strumento giudiziario per battere la diseguaglianza e la disparità di trattamento, perché la parità è un valore che va coltivato e difeso in tutti gli ambiti istituzionali, ed anzi dovrebbe essere materia di insegnamento e di educazione sin dal primo ingresso nel percorso scolastico. Ma ancora una volta, il ruolo dei giudici è nodale per contribuire alla crescita anche culturale della società. Una risposta ferma, e d’altronde pienamente legittimata dalla legislazione in vigore, nelle aule di tribunale nei confronti di provvedimenti che di fatto, a prescindere dalle intenzionalità dei soggetti, colpiscono e penalizzano le lavoratrici in termini deteriori rispetto a quanto accade ai loro colleghi di genere maschile, è un dovere civico prima che professionale.