

CAPITOLO VII

I DIVIETI DI DISCRIMINAZIONE

Sommario - 1. I criteri di differenziazione vietati. — 2. Oggetto, limiti e sanzioni dei divieti di discriminazione. — 3. I modelli economici che spiegano i comportamenti discriminatori dei datori di lavoro e le indicazioni che possono trarsene circa gli effetti delle norme antidiscriminatorie. — 4. I problemi che sorgono quando un criterio di differenziazione di terza classe sottintende in realtà un criterio di prima o di quarta classe. — 5. La questione delle discriminazioni indirette. — 6. Il divieto delle discriminazioni indirette nella legislazione e nella giurisprudenza comunitarie. — 7. L'obbligo di ignorare la differenza nelle leggi n. 125/1991 e n. 40/1998. — 8. La discriminazione indiretta nei sistemi di inquadramento professionale. — 9. Incompletezza della definizione della discriminazione indiretta. — 10. Le azioni positive e la questione della c.d. «discriminazione alla rovescia».

1. - I criteri di differenziazione vietati

Dal principio di parità di trattamento di cui si è detto nelle pagine precedenti si distinguono nettamente, per contenuto precettivo, i divieti di discriminazione (1): mentre il principio di parità impone di trattare in modo eguale situazioni eguali (onde la disparità deve essere giustificata con l'indicazione della effettiva disegualianza di situazioni), il divieto di discriminazioni impone di trattare in modo eguale situazioni differenti: impone cioè di ignorare una differenza. Tra i due precetti corre tuttavia un nesso logico strettissimo: a nulla varrebbe infatti l'adempimento del precetto di ignorare la differenza, se esso non si accompagnasse al precetto di trattare in modo eguale le due situazioni che devono essere considerate come eguali. In questo senso può affermarsi che ogni divieto di discriminazione presuppone — o, se si preferisce, contiene in sé — una regola di parità. Se, ciononostante, il principio di parità è venuto affermandosi in un tempo successivo rispetto ai principali divieti di discriminazione, questo è dovuto al fatto che la disparità di trattamento immotivata desta minore allarme sociale rispetto alla disparità di trattamento basata su motivi illeciti (cioè da differenze che si assume debbano essere ignorate); ma, a ben vedere, i divieti di discriminazione costituiscono logicamente un passo successivo rispetto al principio di parità. Onde può dirsi che una implicita affermazione di questo era già contenuta nell'affermazione di quelli (2).

(1) Sul tema dei divieti di discriminazione, dopo i grandi commentari dello Statuto degli anni '70, nei quali l'attenzione era focalizzata quasi esclusivamente sulle discriminazioni politico-sindacali, gli anni '80 hanno visto invece gli studiosi progressivamente estendere e differenziare il campo di indagine nelle altre direzioni e in particolare in quella delle discriminazioni di genere, scorporando — per così dire — la materia dal contesto della legislazione di sostegno all'attività sindacale: v. soprattutto le monografie, citate nella nota 38 del cap. VI, di L. ISENBURG, *Divieti di discriminazione nel rapporto di lavoro* e L. VENTURA, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, entrambe del 1984; inoltre AA.VV., *Atti discriminatori nel diritto del lavoro*, a cura del Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 1983.

(2) Cfr. L. MONTUSCHI, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna-Roma, 19812, sub artt. 15 e 16: «la ragione di queste norme si rinviene, dunque, nel recupero dell'esigenza dell'eguaglianza» (pp. 30-32). La dottrina appare però sovente preoccupata di negare il nesso tra divieti di discriminazione e principio di parità di trattamento: v. in questo senso E. GHERA, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori* dir. da U. Prosperetti, Milano, 1975, vol. I, sub artt. 15 e 16, parti-

Mentre, come si è visto (cap. VI, §§ 7 e 8), il principio di parità, in materia di lavoro, contiene un precetto essenzialmente rivolto al singolo imprenditore (poiché è strutturalmente impossibile che una disparità di trattamento sia disposta in sede collettiva senza che contestualmente venga individuata una disparità di situazioni), i divieti di discriminazione hanno come destinatari sia i singoli imprenditori, sia i soggetti dell'autonomia collettiva (3): anche a questi ultimi può infatti essere utilmente imposto di «ignorare una differenza». Ed è subito evidente la rilevanza di tali divieti per la nostra materia: essi inibiscono, tanto ai singoli quanto ai soggetti dell'autonomia collettiva, di assumere quali criteri di inquadramento e/o di differenziazione di trattamento dei lavoratori determinate differenze obbiettive che pure nei fatti li distinguono.

Il punto di riferimento principale a questo proposito è l'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, che, compendiando una serie di principi già in precedenza sanciti dalla Costituzione, dalla legge ordinaria e/o da convenzioni e trattati internazionali (4), vieta di «discriminare [un lavoratore] nell'assegnazione di qualifiche ... o recargli al trimenti pregiudizio» a motivo della sua affiliazione o attività sindacale, politica o religiosa, della sua razza, della sua lingua o del suo sesso. Il divieto della discriminazione per motivi attinenti al sesso del lavoratore è ribadito nelle direttive comunitarie n. 117 del 10 febbraio 1975 e n. 207 del 9 febbraio 1976 (che perfezionano il principio della parità di trattamento tra i lavoratori dei due sessi enunciato fin dall'origine nell'art. 119 del Trattato istitutivo della Comunità), nella convenzione adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 18 dicembre 1979 (5) (della quale v. in particolare, per la materia del lavoro, l'art. 11) e, nel nostro ordinamento interno, con le leggi 9 dicembre 1977 n. 903 e 10 aprile 1991 n. 125, su cui torneremo tra breve (6).

colarmente p. 409: «il divieto della discriminazione, lungi dal derivare da una norma di parità di trattamento operante all'interno del rapporto di lavoro ..., trova il suo fondamento in una situazione obbiettivamente esistente nella società» (l'A. prosegue con un'affermazione suggestiva e, questa sì, pienamente condivisibile: «La discriminazione è ... non creata ma trovata nella realtà sociale del soggetto agente, che la riflette nel suo comportamento»). Conclusioni negative circa la possibilità di enucleare un principio di parità di trattamento sotteso ai vari divieti di discriminazione sono tratte anche da L. VENTURA, *Il principio di eguaglianza ecc.*, cit. nella nota prec., particolarmente pp. 263-270.

(3) V. sul punto R. BORTONE, *Discriminazione (divieto di)*, *Digesto IV*, Sez. comm., V, 1990, pp. 24-25.

(4) Sulle fonti internazionali in materia di divieto di discriminazioni v. l'ampia esposizione di L. ISENBURG, *Divieti di discriminazione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 20-61; in precedenza E. GHERA, cit. nella nota 2, pp. 401-410, e L. MONTUSCHI, cit. nella nota 2, pp. 20-25.

(5) Ratificata dall'Italia con la legge 14 marzo 1985 n. 132.

(6) Un problema nettamente diverso da quello relativo alla discriminazione per motivi inerenti al sesso del lavoratore è quello relativo alla discriminazione per motivi inerenti al comportamento o agli orientamenti sessuali del lavoratore: questi, per un verso, sono protetti nel nostro ordinamento interno da un divieto di indagine, a protezione della libertà morale del lavoratore (art. 8 St. lav.); per altro verso sono protetti dal divieto di discriminazione posto dall'ordinamento comunitario: v. C. Giust. 30 aprile 1996, nella causa n. C-13/94 (*P. c. S. e Cornwall County Council*), *RIDL*, 1997, II, p. 8, con nota di G. PERA, *Cambiamento di sesso e tutela contro le discriminazioni*. Il divieto comunitario di discriminazione fra i sessi non impone, però, agli Stati membri di trattare allo stesso modo la famiglia fondata sul rapporto coniugale tradizionale e quella fondata su di una unione omosessuale: v. C. Giust. 17 febbraio 1998, causa n. C-249/96, *RGL*, 1998, II, p. 293, con ampia nota di D. IZZI, *Orientamento sessuale del lavoratore e divieti comunitari di discriminazione in base al sesso*, nonché *DL*, 1999, II, p. 123.

Un ulteriore divieto di discriminazione è quello posto dal c.d. Patto di New York (adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966, ratificato dall'Italia e reso esecutivo nel nostro ordinamento con legge 25 ottobre 1977 n. 881), che vieta qualsiasi differenziazione del trattamento dei lavoratori — oltre che in base alla razza, al sesso, all'affiliazione o attività sindacale — anche in base alla loro nazionalità, od origine nazionale, o appartenenza etnica. La stessa regola è ora ribadita esplicitamente nel nostro ordinamento interno dall'art. 41, 3° c., della legge 6 marzo 1998 n. 40, che aggiunge al divieto di discriminazione per motivi attinenti alla provenienza o appartenenza nazionale il divieto di «atti xenofobi, razzisti o discriminatori compiuti nei confronti dei cittadini italiani» (7). Dovrebbe dunque considerarsi senz'altro vietato un criterio di inquadramento — o comunque di differenziazione di trattamento — che penalizzasse i lavoratori stranieri, o di origine straniera, o anche italiani provenienti da determinate regioni.

A norma dell'art. 4 della Direttiva comunitaria 28 giugno 1999 n. 70 e dell'art. 6 del d. lgs. 6 settembre 2001 n. 368, non può costituire motivo di disparità di trattamento (salvo che per quanto attiene la cessazione del rapporto), e quindi neppure criterio di inquadramento, il fatto che il lavoratore sia stato assunto a termine invece che a tempo indeterminato. Una regola analoga è posta a protezione del lavoro a tempo parziale dall'art. 4 della Direttiva 15 dicembre 1997 n.81 e dall'art. 4 del d. lgs. 25 febbraio 2000 n. 61; e vedremo (§ 6) come la considerazione del tempo pieno o parziale della prestazione quale criterio di differenziazione fosse stata già da tempo individuata dalla giurisprudenza comunitaria quale tipica discriminazione indiretta ai danni delle lavoratrici, in quanto più rappresentate, in proporzione, rispetto ai lavoratori maschi nei ranghi del *part-time*.

Il divieto della discriminazione motivata in relazione all'età del lavoratore, al suo handicap fisico o al suo orientamento sessuale è contenuto nella Direttiva comunitaria 27 novembre 2000 n. 78, cui l'Italia ha dato tempestiva attuazione con il d. lgs. 9 luglio 2003 n. 216 (8).

Qualcuno aveva già in precedenza ravvisato un divieto di differenziazione del trattamento riservato ai lavoratori disabili, avviati al lavoro in regime di collocamento obbligatorio, nel primo comma dell'art. 10 della legge 2 aprile 1968 n. 482, ora sostituito dal primo comma dell'art. 10 della legge 12 marzo 1999 n. 68. A ben vedere, entrambe le norme impongono esplicitamente soltanto l'applicazione ai rapporti di lavoro in questione dei normali standard legislativi e collettivi di trattamento, ma non un vero e proprio divieto di differenziazione del trattamento in relazione alla minore produttività conseguente alla invalidità. Di un divieto di discriminazione ai danni dei lavoratori

(7) In argomento v. soprattutto M.V. BALLESTRERO, *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, in *Lavoro e discriminazione*, atti del Congresso dell'Aidlass di Gubbio del giugno 1994, Milano, 1996, pp. 77-147, ovviamente in riferimento alla disciplina precedente alla legge n. 40/1998, di cui si è detto nel paragrafo precedente.

(8) Sulle prospettive di attuazione della direttiva in Europa v. l'interessantissima raccolta di saggi curata da S. FREDMAN, S. SPENCER, *Age as an Equality Issue*, Oxford e Portland (Oregon), Hart Publishing, 2003. Sul recepimento della direttiva nell'ordinamento italiano v. R. NUNIN, *Recepito le direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni*, LG, 2003, pp. 905-911.

invalidi può bensì parlarsi, a mio avviso, sulla base dei principi costituzionali di uguaglianza e dignità della persona umana e ora sulla base del d. lgs. 9 luglio 2003 n. 216 menzionato poc' anzi; ma soltanto nel senso di un divieto delle differenziazioni di trattamento a danno di questi lavoratori che, pur motivate dalla loro menomazione, non corrispondano a un deficit *effettivo* di produttività nella mansione specifica: la menomazione che riduce la produttività di un lavoratore in una mansione può infatti non avere alcun effetto negativo sulla sua produttività in una mansione diversa, opportunamente individuata; e lo scopo prioritario della normativa protettiva non è certo quello di imporre all'impresa un onere assistenziale, bensì, tutt'al contrario, quello di favorire la collocazione del disabile nel posto di lavoro dove la sua menomazione si faccia sentire di meno (v. in proposito anche il riquadro 3 al cap. I).

2. - Oggetto, limiti e sanzioni dei divieti di discriminazione

Oggetto dei divieti di discriminazione non sono soltanto le leggi e gli atti negoziali (in particolare le pattuizioni, individuali e collettive, relative alle condizioni di lavoro e i negozi unilaterali di gestione del rapporto), illegittimi per il solo fatto che in essi si concreti l'applicazione di criteri di differenziazione vietati, ma anche i meri comportamenti ispirati a tali criteri (9), nei quali si configura al tempo stesso un inadempimento contrattuale e un illecito aquiliano, con conseguente responsabilità risarcitoria del datore nei confronti del prestatore di lavoro discriminato.

RIQUADRO 1

La discriminazione è vietata anche se non è voluta

In linea generale, non è essenziale per il configurarsi della discriminazione vietata che l'effetto sfavorevole a un gruppo di lavoratori rispetto all'altro sia voluto dall'autore del comportamento, dalle parti stipulanti o dal legislatore nazionale: è sufficiente che tale effetto oggettivamente si produca o sia destinato a prodursi (10); ora nel nostro ordinamento nazionale lo sancisce

(9) V. in proposito R. PESSI, *Lavoro e discriminazione femminile*, in *Lavoro e discriminazione*, atti del Congresso dell'Aidlass del 1994, cit. nella nota prec., pp. 45-46; ivi ulteriori riferimenti in proposito.

(10) M. BARBERA, *Discriminazione ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, pp. 206-209; E. GHERA, *Azioni positive e pari opportunità*, DLRI, 1995, p. 17 (dello stesso A., in precedenza, in riferimento alle discriminazioni di natura sindacale, v. il commento all'art. 15 St. lav. in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, dir. da U. Prosperetti, Milano, 1975, I, pp. 422-423); R. PESSI, *Lavoro e discriminazione femminile*, cit. nella nota prec., pp. 35-44 (dove però l'A. sembra alla fine temperare l'opzione per la concezione «oggettivistica» della discriminazione con l'affermazione secondo cui «il controllo ... verte sulle ragioni dell'atto e non sul risultato in sé; anche se il giudizio di ragionevolezza viene ad essere necessariamente svolto sull'effetto»: p. 44); L. CASTELVETRI, *Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*, DRI, 1999, pp. 324-325. In senso parzialmente contrario P. Torino 2 maggio 1991 (GI, 1993, I, 2, c. 608, con nota di A. RAFFI, *Nota in tema di parità di trattamento fra lavoratrici madri e lavoratori padri*), che attribuisce rilievo decisivo all'«animus del datore di lavoro», in un caso di rimborso di spese per asilo nido e scuola materna alle sole lavoratrici. Apparentemente in senso contrario, in precedenza, anche Cass. 5 marzo 1984 n. 1444, RIDL, 1986, II, p. 717, in motivazione: sentenza, anche questa, che ha escluso la sussistenza di una discriminazione vietata in un caso in cui la differenza di trattamento — consistente nel rimborso di spese per asilo nido e scuola materna alle sole lavoratrici — era dettata dall'intendimento di favorire l'accesso al lavoro delle madri di famiglia. Per ulteriori riferimenti dottrinali, in un senso e nell'altro, in riferimento alle discriminazioni per motivi sindacali, v. le note 31 e 32 al § 4 del cap. III.

esplicitamente, in riferimento alle discriminazioni in ragione del sesso, l'art. 4 della legge 10 aprile 1991 n. 125 (§ 7), là dove esso collega il divieto all'«effetto pregiudizievole»; in riferimento alle discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, l'art. 43 della legge n. 40/1998, là dove esso vieta «ogni comportamento ... che abbia lo scopo o l'effetto» di ridurre o pregiudicare i diritti o la posizione di fatto dell'appartenente a un gruppo svantaggiato. Abbiamo visto, tuttavia, il temperamento cui la concezione oggettivistica del divieto soggiace in materia di discriminazioni per motivi sindacali (cap. III, § 4).

La Corte di Giustizia comunitaria, dal canto suo, ha più volte ravvisato una contravvenzione al divieto di discriminazione fra donne e uomini in norme legislative o collettive il cui intendimento era quello di assicurare alle prime una tutela più intensa (11): si pone a questo proposito la questione se le disposizioni di questo genere possano configurare una «discriminazione alla rovescia», o non piuttosto una «azione positiva» volta a neutralizzare gli effetti di discriminazioni passate (questione di cui tratteremo nell'ultimo paragrafo di questo capitolo).

Il divieto di discriminazioni disposto dall'ordinamento comunitario implica per il legislatore nazionale anche l'obbligo di perfezionare le norme antidiscriminatorie con sanzioni che abbiano una efficacia dissuasiva effettiva (12).

Nel nostro ordinamento nazionale gli atti di discriminazione dettata da motivi sindacali, politici, religiosi o razziali di cui all'art. 15, lett. a, St. lav. sono puniti con la sanzione penale di cui all'art. 38 della stessa legge; gli atti discriminatori dettati da motivi inerenti al sesso del lavoratore sono puniti con la sanzione penale di cui all'art. 16 della legge n. 903/1997; gli atti discriminatori dettati da motivi inerenti alla razza, nazionalità, etnia sono puniti con le sanzioni penali comminate dalla legge 6 marzo 1998 n. 40.

Gli atti discriminatori a contenuto negoziale sono inoltre soggetti alla comminatoria di nullità, contenuta nell'art. 15 St. lav. Secondo una parte della dottrina tale sanzione colpisce soltanto l'atto unilaterale o pattizio volto a recare pregiudizio al singolo lavoratore o gruppo di lavoratori: non l'atto volto ad attribuire a uno o più lavoratori un indebito privilegio (13): contro gli atti di questo secondo tipo opererebbe soltanto la sanzione prevista dall'art. 16 St. lav., consistente nella condanna del datore di lavoro al pagamento in favore del Fondo pensione dei lavoratori dipendenti di «una somma pari all'importo dei trattamenti economici di maggior favore illegittimamente corri-

(11) Così ad es. C. Giust. 26 febbraio 1986 nella causa n. C-152/84 (*Marshall c. Southampton ecc. Health Authority*) e 26 febbraio 1986 nella causa n. C-262/84 (*Beets-Proper c. Van Lanschot Bankiers*), *RIDL*, 1988, II, pp. 61-62, con nota di L. ISENBURG, *Licenziamento e pensione di vecchiaia: questioni di disparità di trattamento uomo-donna* (sulla stessa fattispecie, in senso conforme, C. cost. 18 giugno 1986 n. 137, *ivi*; in senso contrario v. invece Cass. 13 agosto 1991 n. 8810, *RIDL*, 1992, II, p. 971, con nota di O. PAPINI, *Parità di trattamento e prepensionamento nelle aziende in crisi*); in riferimento al divieto di lavoro notturno posto per le sole donne, C. Giust. 13 marzo 1997 nella causa n. C-197/96 (*Commissione c. Rep. Francese*), *RIDL*, 1997, II, p. 255, con nota di M. COVI, *L'ultima parola della Corte di Giustizia sul lavoro notturno femminile*; *ivi* i riferimenti alle sentenze precedenti della stessa Corte su questa materia.

(12) Giust. 2 agosto 1993 nella causa n. c-271/91 (*Marshall c. Southampton ecc. Health Authority*), *RIDL*, 1994, II, p. 3, cui si riferisce il commento di M. ROCCELLA, *Sanzioni e rimedi nel diritto del lavoro comunitario*, *ivi*, I, pp. 69-94.

(13) Cfr. R. Bortone, *Discriminazione*, cit. nella nota 3, p. 19.

sposti nel periodo massimo di un anno». Altra parte della dottrina sostiene invece l'applicabilità della sanzione della nullità anche all'atto del secondo tipo (14); tesi questa, le cui conseguenze possono talora apparire eccessive (si pensi al caso in cui il privilegio indebitamente riconosciuto a un lavoratore sia consistito nell'assunzione alle dipendenze dell'impresa, o in una promozione a categoria professionale superiore: quale giudice sarebbe disposto a riconoscere la legittimità dell'estromissione o del declassamento del lavoratore, in ipotesi disposto dal datore di lavoro a distanza di tempo dall'atto illegittimo di assunzione o di promozione, considerando questo nullo?).

Un apparato sanzionatorio del tutto particolare è predisposto, come vedremo nelle pagine che seguono (§ 7), contro le discriminazioni indirette.

RIQUADRO 2

Una procedura d'urgenza efficace ma poco utilizzata

L'art. 15 della legge n. 903/1977 ha istituito una procedura cautelare speciale contro i comportamenti discriminatori motivati dal sesso dei lavoratori, strutturata sul modello del procedimento di repressione dei comportamenti antisindacali di cui all'art. 28 St. lav. e quindi particolarmente efficace — in linea teorica — per costringere il datore di lavoro a conformarsi attivamente al precetto antidiscriminatorio, come interpretato e concretamente precisato dal giudice (l'inottemperanza all'ordine emanato dal giudice è infatti sanzionata penalmente). Senonché, a differenza del procedimento di repressione dei comportamenti antisindacali, quello previsto dall'art. 15 della legge n. 903/1977 ha avuto scarsissima fortuna: per quel che è dato saperne, i casi in cui esso è stato concretamente utilizzato non superano qualche decina in un quarto di secolo.

Questo fenomeno singolare può forse spiegarsi in considerazione del fatto che, a differenza dell'azione di repressione della condotta antisindacale, la promozione del giudizio antidiscriminatorio vede l'interesse della lavoratrice o del gruppo di lavoratrici tipicamente contrapposto a quello di una maggioranza di lavoratori, i quali dalla discriminazione oggettivamente traggono beneficio e che sovente più o meno consapevolmente coltivano questo beneficio con atteggiamenti non benevoli verso le colleghe che si ribellano alla situazione.

Lo stesso procedimento è stato reso esperibile contro le discriminazioni per ragioni di razza, etnia o provenienza nazionale dall'art. 42 della legge n. 40/1998. A cinque anni di distanza dalla sua entrata in vigore non si ha notizia di un solo provvedimento giudiziale emanato in applicazione di questa norma.

3. - I modelli economici che spiegano i comportamenti discriminatori dei datori di lavoro e le indicazioni che possono trarsene circa gli effetti delle norme antidiscriminatorie

All'incirca dalla metà degli anni '60, in corrispondenza con l'entrata in vigore negli Stati Uniti d'America di una prima serie di leggi federali contenenti divieti espliciti di discriminazione nei rapporti di lavoro (*Equal Pay Act 1963*, titolo VII del *Civil Rights Act 1964*, *Age Discrimination in Employment Act 1967*), gli economisti statunitensi hanno incominciato a considerare la questione delle pratiche discriminatorie poste in essere dalle imprese e degli effetti delle norme antidiscrimi-

(14) L. Ventura, *Il principio di eguaglianza ecc.*, cit. nella nota 1, p. 281.

natorie come una delle materie più rilevanti nello studio del funzionamento del mercato del lavoro. Per spiegare il comportamento discriminatorio dei datori di lavoro sono stati elaborati numerosi modelli, da ciascuno dei quali possono trarsi indicazioni teoriche parzialmente differenti circa gli effetti della legislazione vigente e circa le tecniche legislative più efficaci per contrastare il fenomeno (15) (non sono peraltro mancate le teorizzazioni dell'inopportunità di qualsiasi intervento legislativo in materia) (16).

Tra i modelli più noti, merita di essere qui menzionato il primo in ordine di tempo (17), tendente a dimostrare che gli imprenditori caratterizzati da un particolare «gusto per la discriminazione» (*taste for discrimination*), con conseguente offerta da parte loro di retribuzioni inferiori ai lavoratori appartenenti al gruppo discriminato, sono destinati a conseguire, in condizioni di equilibrio di mercato, profitti inferiori rispetto a quelli conseguiti, a parità di ogni altra condizione, dagli altri imprenditori: donde — in questo ordine di idee — la prevedibile tendenziale scomparsa dei comportamenti discriminatori anche senza interventi correttivi dell'ordinamento. In studi successivi è stato peraltro mostrato come, anche nell'ordine di idee fondato su questo modello, non possa giungersi alla conclusione secondo cui in un mercato perfettamente concorrenziale i comportamenti discriminatori delle imprese tenderebbero automaticamente a sparire.

Mentre nel modello testè menzionato l'imprenditore che discrimina in base alla razza o al sesso del lavoratore «si paga un lusso», accettando una riduzione dei profitti per soddisfare le proprie preferenze razziali o di genere, nel c.d. modello della «discriminazione statistica» (18), invece, tale comportamento è funzionale a una massimizzazione dei profitti: l'imprenditore utilizza l'appartenenza del lavoratore a un determinato gruppo come indice di una caratteristica probabile del lavoratore stesso, rilevante ai fini della previsione della sua produttività futura o del suo costo futuro per l'azienda. Così, ad esempio, negli Stati Uniti è statisticamente vero che i bianchi frequentano mediamente scuole di qualità migliore rispetto ai neri, onde, a parità di titolo di studio e di altre condizioni, il fatto che il lavoratore sia bianco significa una sua probabile maggiore produttività futura; allo stesso modo, è statisticamente vero — e non soltanto negli Stati Uniti — che le donne hanno

(15) Per una rassegna aggiornata in proposito v. ora S.J. SCHWAB, *Employment Discrimination*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, Northampton, 1999, pubblicato in traduzione italiana in *RIDL*, 2000, I, pp. 3-40; ivi, in appendice, numerosi riferimenti bibliografici. Per ulteriori riferimenti alla copiosissima letteratura in materia di *Discrimination Economics*, v. B. BOUCKAERT, G. DE GEEST (cur.), *Bibliography of Law and Economics*, London-Boston, 1992, pp. 116-117 e 329-331.

(16) Il portabandiera di questa corrente di pensiero è R.A. EPSTEIN, del quale v. soprattutto *Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws*, Cambridge, 1992 (recensito in *RIDL*, 1994, III, p. 405).

(17) Esposto compiutamente nel 1968 da G.S. BECKER, successivamente insignito del premio Nobel. Per i riferimenti bibliografici relativi a questo modello e a quelli cui si riferiscono le note successive di questo paragrafo, dei quali vengono indicati qui soltanto gli autori, v. la scheda in appendice a S.J. SCHWAB, *Employment Discrimination*, cit. nella nota 15.

(18) Proposto nel 1972 da E. PHELPS, poi via via perfezionato da K. ARROW (1973), e da D.J. AIGNER e G.G. CAIN (1977).

mediamente tassi di assenza dal lavoro più elevati degli uomini, con corrispondente riduzione della loro produttività media; oppure ancora: le donne hanno mediamente una aspettativa di vita maggiore degli uomini, con conseguente loro maggior costo prevedibile per l'azienda che eroghi agli dipendenti un trattamento pensionistico integrativo.

Un interessante sviluppo del modello della «discriminazione statistica» è quello (19) che mostra come questa possa accentuare le distorsioni nel funzionamento del mercato del lavoro: i lavoratori appartenenti al gruppo svantaggiato (ad esempio: donne, neri, minoranze etniche) possono infatti essere spinti dalla percezione del disfavore con cui sono accolti dagli imprenditori a ridurre l'investimento sul proprio capitale umano (ad esempio: è inutile investire in istruzione superiore, se le mie probabilità di far carriera in azienda sono molto ridotte), col risultato di un aggravamento o consolidamento del deficit di formazione caratteristico del gruppo. Donde un buon motivo a sostegno di un intervento legislativo o amministrativo tendente a rompere il circolo vizioso.

Tra i modelli proposti in epoca più recente si segnala infine quello (20) che spiega i comportamenti discriminatori non soltanto dei datori di lavoro, ma anche dei dirigenti e quadri intermedi, con una sorta di accordo tacito fra gli appartenenti al gruppo dominante (ad esempio: bianchi, uomini) volto ad assecondare la propria autostima e incrementare il proprio potere e/o il proprio reddito col riservare a sé i posti di lavoro professionalmente e gerarchicamente più elevati, collocando gli appartenenti al gruppo debole (neri, donne) nelle posizioni inferiori: chi viola la solidarietà fra appartenenti al gruppo dominante, consentendo che un appartenente al gruppo debole occupi un posto di lavoro elevato, viene punito dagli altri con l'isolamento, la disapprovazione o altre sanzioni (21).

Questi e altri modelli — che consentono di spiegare il persistere dei comportamenti discriminatori, pur in un mercato perfettamente concorrenziale, e sottolineano la necessità di un intervento dello Stato volto a correggere il fenomeno — forniscono anche il quadro concettuale per una valutazione critica degli effetti delle normative antidiscriminatorie. In particolare, alcuni effetti controproducenti di norme che vietano la differenziazione di trattamento, osservati in sede di ricerca empirica (22), sono stati spiegati sul piano teorico col fatto che le norme stesse intervengono imponendo parità retributiva in situazioni nelle quali è ancora in atto il circolo vizioso fra discriminazio-

(19) Proposto nel 1983 da S. LUNDBERG e R. STARTZ, sviluppato nel 1989 da J.J. DONOHUE in riferimento specifico alle discriminazioni di genere, e recentemente ripreso in Italia da L. ROSTI (*Femina oeconomica*, Roma, 1996, recensito in *RIDL*, 1996, III, pp. 254-255; in appendice al libro, otto pagine di riferimenti alla bibliografia — non soltanto statunitense — in argomento).

(20) Proposto da G. AKERLOF nel 1985, sviluppato da R.H. MCADAMS nel 1995.

(21) È questo il modello che meglio corrisponde agli aspetti più virulenti del razzismo che per secoli ha caratterizzato il mercato del lavoro negli Stati americani della *sun belt* e che tuttora non può dirsi del tutto debellato: S.J. SCHWAB (cit. nella nota 15, § 3.4, citando R. HIGGS) sottolinea come la visione del fenomeno discriminatorio che si esprime in questo modello sia assai più brutale di quella che si esprime nel modello di BECKER del «taste for discrimination», «il quale sembra applicarsi meglio a una discriminazione da invito al tè che al ferro e fuoco dello scenario razzista del sud».

(22) V. oltre, in questo paragrafo e particolarmente nota 29. Inoltre lo scritto di P. OYER e S. SHAEFER (2003) riportato in appendice a questo capitolo.

ne e minore investimento dei discriminati sul proprio capitale umano, ritorcendosi così il divieto di differenziazione contro coloro che dovrebbero esserne protetti, dei quali viene ridotta la capacità effettiva di competere nel mercato (23). Si è anche sostenuto che finché il pregiudizio negativo è di fatto operante, negare a chi ne è vittima la possibilità di neutralizzarne gli effetti accettando trattamenti inferiori finisce coll'aggravare il danno (24). Si è inoltre osservato che le norme antidiscriminatorie hanno sempre dimostrato di poter incidere sul comportamento degli imprenditori assai più in fase di svolgimento o risoluzione del contratto di lavoro, che in fase di costituzione del rapporto: col risultato che al momento della scelta del lavoratore da assumere il maggior rischio di una futura controversia finisce col costituire un disincentivo all'assunzione del lavoratore appartenente al gruppo svantaggiato (25).

È stata peraltro sottolineata da alcuni la funzione pedagogica che una legge antidiscriminatoria può svolgere nei confronti di tutti i protagonisti del mercato del lavoro, con l'effetto di accelerare l'uscita del sistema dal circolo vizioso innescato dai pregiudizi, razziali o di altro genere (26). E si è pure osservato che nei modelli economici tendenti a soppesare costi e benefici dell'intervento statale contro le discriminazioni non può non tenersi conto del disvalore gravissimo insito nelle pratiche discriminatorie anche per soggetti terzi, estranei ai rapporti di lavoro interessati dalle pratiche stesse: una esternalità negativa del comportamento discriminatorio, che viene suggestivamente paragonata all'inquinamento atmosferico prodotto dalle industrie non rispettose della normativa di protezione ambientale (27). Argomento, quest'ultimo, fondato sul disvalore morale, evidentemente suscettibile di assumere valore decisivo e assorbente rispetto a tutti gli altri menzionati sopra; a patto, però, che non si commetta l'errore di confondere l'etica con la legge, il ripudio morale con il divieto giuridico: quest'ultimo è soltanto uno strumento di organizzazione della società, i cui effetti possono essere coerenti con il ripudio morale che ne costituisce il motivo, ma possono anche essere incoerenti o addirittura contrari, in conseguenza di circostanze e giochi sistemici che è compito dell'analisi economica o sociologica mettere in luce.

Quanto agli studi empirici, essi offrono evidenze contrastanti sul punto se la normativa antidiscriminatoria contenuta nel titolo VII del *Civil Rights Act* abbia prodotto un effetto positivo o negativo sul tasso di occupazione dei neri e delle donne, nonché sulla riduzione delle differenze retri-

(23) È questo uno degli argomenti principali a favore della coniugazione del divieto di discriminazione con le c.d. «azioni positive»: v. in proposito § 10.

(24) R.A. POSNER, 1987.

(25) S. ISSACHAROFF, 1992; I. AYRES, P. SIEGELMAN, 1996; P. OYER e S. SHAEFER, 2003, riportato in appendice a questo capitolo. In proposito v. anche nota 30.

(26) J.J. DONOHUE, 1986.

(27) J.J. DONOHUE, 1992.

butive che penalizzano le due categorie svantaggiate (28); come invece le norme volte a garantire pari opportunità di lavoro ai portatori di handicap abbiano probabilmente prodotto risultati opposti rispetto a quelli perseguiti, almeno sul piano degli accessi al lavoro (29); come negli anni '80, negli Stati Uniti, le controversie giudiziali in materia di licenziamento discriminatorio siano state sei volte più numerose rispetto a quelle in materia di discriminazione nell'assunzione (30) (pur in assenza di analoghe ricerche riferite al nostro Paese, tutto induce a ritenere che da noi le cose non vadano diversamente; v. in proposito anche il riquadro 2, nel paragrafo precedente); come l'andamento quantitativo complessivo delle controversie giudiziali in materia di discriminazione sia inversamente correlato all'andamento congiunturale dell'economia (31).

4. - I problemi che sorgono quando un criterio di differenziazione di terza classe sottintende in realtà un criterio di prima o di quarta classe

Abbiamo già osservato (cap. I, riquadro 2) come l'applicazione meccanica di un divieto di praticare ai lavoratori immigrati trattamenti differenziati rispetto ai lavoratori indigeni possa ritorcersi a danno dei primi, costituendo in realtà una forma occulta di protezione dei secondi contro la concorrenza esterna. Nella misura in cui la condizione di immigrato può costituire indice di una produttività sensibilmente inferiore, cioè più precisamente fonte di ragionevole presunzione di una minore corrispondenza tra la lingua, la cultura specifica, la formazione professionale del lavoratore e le esigenze aziendali dell'impresa italiana, il divieto di neutralizzare — almeno nella fase iniziale — questo handicap di partenza con un minor costo della prestazione per l'impresa stessa può avere l'effetto di escludere il lavoratore extra-comunitario dal nostro mercato del lavoro regolare.

Un discorso analogo può proporsi in riferimento alla protezione dei portatori di handicap, di cui si è detto nel paragrafo precedente: anche qui l'ordinamento vieta di praticare una disparità di trattamento correlata alla sola qualificazione del lavoratore come lavoratore disabile, o alla sola sua assunzione in regime di collocamento obbligatorio; ma è assai dubbio — e, anzi, alla luce della giurisprudenza costituzionale mi sembra che dovrebbe escludersi, nonostante il diverso orientamento della giurisprudenza di cassazione e di merito (32) — che possa ritenersi vietata una differenziazione

(28) In senso positivo: J.J. HECKMAN, S.B. PAYNER, 1989; J.J. DONOHUE, J.J. HECKMAN, 1991; Y.C. CHAY, 1998. In senso parzialmente contrario: J.P. SMITH, R.F. WELCH, 1989; P. OYER e S. SHAEFER, 2003.

(29) D. ACEMOGLU, J. ANGRIST, *Consequences of Employment Protection? The Case of the Americans with Disabilities Act*, Cambridge Mass., Nber, w.p. n. 6670, 1998.

(30) J.J. DONOHUE, P. SIEGELMAN, 1991.

(31) J.J. DONOHUE, P. SIEGELMAN, 1993.

(32) Sul contrasto fra giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione su questo punto rinvio al § 39 de *Il contratto di lavoro*, vol. I, Milano, 2000, dove ho esposto nel dettaglio e discusso criticamente la vicenda nell'intero suo svolgimento trentennale. Nell'ordinamento francese — dove pure è enunciato esplicitamente il principio della parità di trattamento fra lavoratori disabili e normodotati — è espressamente prevista la possibilità della riduzione

ne di trattamento commisurata *in concreto* a un effettivo deficit di produttività del lavoratore nella mansione specifica che gli sia stata assegnata.

Sia nel caso del lavoratore straniero, sia in quello del lavoratore disabile, dunque, l'interpretazione del divieto di discriminazione più coerente con la sua *ratio* porta a considerare vietata soltanto la differenziazione motivata *a priori* con quella particolare condizione del lavoratore, ma non correlata *in concreto* con un deficit di produttività constatato o ragionevolmente prevedibile. In altre parole, in questi casi la differenziazione si giustifica soltanto se è genuinamente fondata su di un criterio rigorosamente di prima classe (cap. VI, § 2).

Un problema in parte analogo, in parte diverso, si pone per il divieto di discriminazione motivata dall'appartenenza sindacale del lavoratore, nel quale pure ci siamo già imbattuti, trattando del principio di libertà sindacale (cap. III, § 4): abbiamo visto in quella sede come debba considerarsi senz'altro vietata la differenziazione di trattamento mirata a penalizzare o scoraggiare la scelta di un lavoratore di aderire o non aderire a una associazione sindacale, ma non possa essere ricompresa nel campo di applicazione di quel divieto la differenziazione di trattamento che il lavoratore abbia deliberatamente voluto, per sottrarsi al regime negoziato da una associazione sindacale a cui egli non aderisce e assoggettarsi a un regime diverso (se infatti anche questa differenziazione fosse vietata, il risultato sarebbe quello di imporre a un gruppo di lavoratori le scelte sindacali compiute da un altro gruppo, cioè l'esatto contrario della tutela della libertà sindacale che il divieto di discriminazione in esame intende assicurare). Il criterio di differenziazione del trattamento che viene applicato in questo caso dal datore di lavoro è un criterio ascrivibile alla quarta classe (cap. VI, § 5): un criterio, cioè, tendente a escludere la comparabilità fra due prestazioni lavorative alla stregua di un unico sistema di valutazione e determinazione dei trattamenti; e nel discutere dei criteri appartenenti a questa classe abbiamo visto come il principio costituzionale di libertà sindacale vieti al legislatore di imporne autoritativamente l'applicazione, ma impoga per converso che ne sia fatta salva l'applicazione quando essa sia l'effetto del libero gioco delle relazioni sindacali. Possiamo dunque concludere, a questo proposito, che l'obbligo per il datore di lavoro di ignorare la scelta sindacale del lavoratore nella determinazione del suo trattamento trova un limite nell'ipotesi in cui la differenziazione sia l'effetto diretto di quella scelta, corrispondente a una volontà negoziale — che il lavoratore stesso ha manifestato direttamente o attraverso l'organizzazione sindacale a cui abbia liberamente aderito — di sottrarre la propria prestazione alla disciplina contrattata da un'altra organizzazione sindacale.

A questa conclusione potrebbe obiettarsi che il prevalere della volontà negoziale individuale del lavoratore o gruppo di lavoratori (o della loro scelta di adesione o non adesione al sindacato) sul

della retribuzione del lavoratore disabile in relazione alla sua minore produttività rilevata in concreto (*Code du travail*, art. 323-6).

divieto di differenziazione del trattamento consentirebbe al datore di lavoro di far leva sullo stato di bisogno dei lavoratori stessi, per imporre loro un trattamento peggiore rispetto a quello praticato agli altri dipendenti. L'obiezione, però, non coglie nel segno: se, infatti, il trattamento risultante della scelta sindacale del lavoratore o del gruppo di lavoratori si colloca al di sotto dello standard minimo fissato da una norma inderogabile, l'illiceità di quel trattamento è imputabile alla violazione di questa norma e non al divieto di discriminazione per motivi sindacali; se invece il trattamento in questione non viola alcuno standard minimo inderogabile, la differenziazione non può che considerarsi pienamente legittima, in quanto conseguenza diretta dell'esercizio da parte dei lavoratori interessati della propria libertà sindacale: un diritto di libertà formale il cui esercizio non può certo essere assoggettato a un controllo di merito da parte del giudice circa i vantaggi e gli svantaggi che effettivamente ne conseguono per i lavoratori interessati.

Vedremo, a questo proposito, come la giurisprudenza comunitaria abbia ritenuto legittime anche le differenziazioni fra uomini e donne risultanti da circostanze particolari di mercato che giustificano oggettivamente la negoziazione di trattamenti differenti per posizioni di lavoro di pari valore professionale (33).

5. - La questione delle discriminazioni indirette

Consideriamo ora il caso di un contratto collettivo che preveda la promozione automatica a un determinato livello professionale dopo tre anni di lavoro effettivo nel livello inferiore: se il divieto di discriminazione per motivi di sesso, di invalidità o di attività sindacale deve intendersi semplicemente come obbligo di ignorare l'elemento di differenziazione protetto, il contratto può escludere legittimamente dal computo dei tre anni di lavoro effettivo, ad esempio, gli eventuali periodi di astensione dal lavoro della donna per maternità, del nefropatico per le dialisi periodiche, o del rappresentante sindacale per l'espletamento delle sue funzioni; se invece il divieto di discriminazione deve intendersi come obbligo di ignorare *anche le differenze di quantità o qualità della prestazione collegate* al sesso, all'invalidità o all'attività sindacale (divieto di discriminazione indiretta), allora anche i periodi di astensione dal lavoro devono essere computati ai fini della promozione (34).

La questione deve — secondo l'orientamento a mio avviso più condivisibile — essere risolta in modo diverso in riferimento ai diversi divieti di discriminazione considerati. Nel caso del lavoratore impegnato per il proprio sindacato o partito, nulla autorizza ad «arricchire» la norma protettiva

(33) V. in proposito § 6 e ivi particolarmente nota 52.

(34) Fra le prime trattazioni in lingua italiana della materia delle discriminazioni indirette v. M. RUBENSTEIN, *Teorie sulla discriminazione*, *QDLRI*, 1990, n. 7, pp. 85-94, e M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 10 (1991), partic. pp. 245-256, dove la discriminazione indiretta viene definita come quel trattamento che, pur formalmente indifferenziato («omogeneo»), «produce conseguenze diverse sui gruppi nominati dalla legge» (p. 246).

leggendo in essa anche un principio di equiparazione piena dell'attività sindacale o politica alla prestazione lavorativa: la norma impone al datore di lavoro e alle parti collettive soltanto di ignorare, nella determinazione del trattamento, l'attività sindacale del lavoratore, non anche di ignorarne gli eventuali effetti pregiudizievoli sulla prestazione lavorativa (35); giurisprudenza e dottrina su questo punto, però, non sono univoche (36). Ancora più incerta è la soluzione nel caso dell'invalido, registrandosi in proposito il contrasto di cui si è detto nel paragrafo precedente fra la giurisprudenza della Corte costituzionale, contraria a qualsiasi caratterizzazione in senso assistenziale del rapporto di lavoro costituito in regime di collocamento obbligatorio, e la giurisprudenza della Corte di cassazione, tendente invece a imporre al datore di lavoro di ignorare pressoché totalmente l'eventuale difetto della prestazione conseguente all'invalidità (37). In riferimento al caso della lavoratrice madre il problema è stato invece risolto direttamente ed esplicitamente dal secondo comma dell'art. 3 della legge n. 903/1977, nel senso della computabilità, ai fini della progressione di carriera, dell'astensione obbligatoria (38) (non però dell'astensione facoltativa, della quale può fruire anche il padre a norma dell'art. 7 della stessa legge) (39).

La regola testè citata contenuta nella legge n. 903/1977 ha costituito fino al 1991 nel nostro ordinamento (insieme a quella contenuta nell'art. 1, c. 2°, n. 2, della stessa legge in materia di reclutamento dei lavoratori), l'unico divieto esplicito di *discriminazione indiretta* (40). Oggi invece un divieto assai più ampio delle discriminazioni indirette è sancito dall'art. 4 della legge 10 aprile 1991 n. 125 in riferimento alle differenze di sesso, dall'art. 41, 2° c., lett. e, della legge 6 marzo 1998 n. 40 in riferimento alle differenze di razza, etnia, lingua, cittadinanza e confessione religiosa, dal d. lgs. 9 luglio 2003 n. 216 in riferimento all'età del lavoratore, al suo handicap e al suo orientamento

(35) In questo senso Cass. 14 agosto 1991 n. 8857, *RIDL*, 1992, II, p. 167, con nota di V.A. POSO, *Aspettativa sindacale e scatti di anzianità*; Cass. 24 settembre 1996 n. 8430, in *D&L*, 1997, p. 363; Cass. 13 aprile 1999 n. 3635, *OGL*, 1999, p. 328; Cass. 1° giugno 1999 n. 5335, *ivi*, 1999, p. 320.

(36) Cfr. M. GRANDI, G. PERA, *Commentario breve allo Statuto dei lavoratori*, Padova, 1985, *sub art.* 31, pp. 186-187; *ivi* i riferimenti, che indicano come dottrina e giurisprudenza, favorevoli in un primo tempo alla maturazione dell'anzianità del lavoratore anche durante il periodo di aspettativa sindacale, si siano poi prevalentemente orientate nel senso indicato nel testo. V. però, nel senso della «maturazione di tutti i diritti dipendenti dall'anzianità di servizio ... non incompatibili con la temporanea cessazione della prestazione lavorativa» Cass. 6 marzo 1986 n. 1491, *RGL*, 1986, II, p. 338; e nel senso della maturazione durante l'aspettativa degli scatti di anzianità Cass. 11 aprile 1986 n. 2560, *MGL*, 1986, p. 514; P. Modena 8 novembre 1990, *RIDL*, 1991, II, p. 796; T. Milano 21 novembre 1990, *L80*, 1990, p. 680; T. Milano 19 dicembre 1990, *OGL*, 1991, p. 185.

(37) V. nota 32.

(38) V. in proposito Cass. 23 maggio 1986 n. 3485, *DPL*, 1986, p. 2354; Cass. 5 novembre 1990 n. 10576, *RIDL*, 1991, II, p. 580, con nota di V.A. POSO.

(39) Cfr. Trib. Catania 26 marzo 1990, *DPL*, 1990, p. 2326.

(40) V. soprattutto, in riferimento all'ordinamento precedente all'entrata in vigore della legge n. 125/1991, T. TREU, in *Commentario della Costituzione* a cura di Gius. Branca, *sub art.* 37, Bologna-Roma, 1979, pp. 177-196; ID., *Parità retributiva e comparable worth: un raffronto Europa-USA*, in AA.VV., *Comparable Worth e segregazione del lavoro femminile*, *QEL*, 1987, n. 29, *partic.* pp. 43-55; M. BARBERA, *Discriminazioni indirette e azioni positive*, *RGL*, 1984, I, pp. 273-311; F. BORGOGELLI, *Il lavoro femminile tra legge e contrattazione*, Milano, 1987, pp. 138-188; gli scritti di M.V. BALLESTRERO citati nelle note che seguono; gli scritti di C. ASSANTI, M. BARBERA E S. SCARPONI raccolti in *QDLRI*, 1990, n. 7, *Le discriminazioni di sesso nei rapporti di lavoro*.

sessuale (la nostra legge non pone invece un divieto di discriminazione indiretta in riferimento alle scelte sindacali o politiche del lavoratore).

Le norme citate del 1991, del 1998 e del 2003 costituiscono la recezione piena ed esplicita da parte del nostro ordinamento di un principio di diritto comunitario (41) che, enunciato esplicitamente dal Regolamento n. 1612/1968 (§ 22) e in forma non chiarissima nella Direttiva n. 117/1975, è venuto precisandosi durante l'ultimo quarto di secolo attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia ed è stato infine sancito compiutamente sul piano legislativo, in riferimento alle discriminazioni di genere con l'art. 4 della Direttiva 15 dicembre 1997 n. 80, in riferimento alle discriminazioni per motivi di razza con la Direttiva 29 giugno 2000 n. 43, in riferimento alle discriminazioni riferite all'età del lavoratore, al suo handicap e al suo orientamento sessuale con la Direttiva 27 novembre 2000 n. 78.

6. - Il divieto delle discriminazioni indirette nella legislazione e nella giurisprudenza comunitarie

L'art. 1, c. 2^o, della Direttiva comunitaria n. 117/1975 in materia di parità tra lavoratori e lavoratrici contiene due distinte disposizioni: la prima stabilisce che «qualora si utilizzi un sistema di classificazione professionale per determinare le retribuzioni, questo deve basarsi su principi comuni per i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile ...» (divieto di discriminazione diretta, ovvero obbligo di ignorare la differenza di sesso); poi la norma aggiunge che tale sistema di classificazione deve «... essere elaborato in modo da eliminare le discriminazioni basate sul sesso»: questa seconda regola, non potendo essere letta come una pleonastica ripetizione della prima, deve essere interpretata nel senso di vincolare i sistemi di classificazione a operare in modo che ne risultino ignorate anche le differenze di quantità o qualità della prestazione, e a maggior ragione le differenze di altro tipo, esclusivamente derivanti dal (o collegabili al) sesso del lavoratore; cioè in modo da impedire e comunque non favorire il verificarsi di discriminazioni indirette. La seconda disposizione può dunque intendersi, in sostanza (e nonostante la sua formulazione non del tutto chiara e inequivoca), come traduzione in diritto comunitario europeo della regola elaborata dalla giurisprudenza statunitense che inibisce i criteri di selezione o inquadramento dei lavoratori suscettibili di produrre

(41) V. soprattutto, ancora in una prospettiva *de iure condendo*, M.V. BALLESTRERO, *La prova della discriminazione indiretta: ancora un passo avanti della Corte di Giustizia*, RIDL, 1990, II, particolarmente pp. 793-798; M. RUBENSTEIN, *Teorie sulla discriminazione*, cit., p. 94; e tra i primi commenti della legge del 1991 T. TREU, *La legge sulle azioni positive: prime riflessioni*, RIDL, 1991, I, partic. pp. 108-111; M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nei rapporti di lavoro*, cit. nella nota 10, pp. 245 e ss; R. PESSI, *Lavoro e discriminazione femminile*, cit. nella nota 9, partic. p. 33.

un *disparate impact* (42), un effetto sperequato, su di un gruppo di lavoratori (individuato dal sesso, dalla razza, dalla lingua, o altro) rispetto alla generalità di essi.

Questo principio generale è stato enunciato e applicato per la prima volta, nel corso degli anni '80, in tre importanti sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee, alle quali — in ossequio alla giurisprudenza della Corte costituzionale (43) — è stato fin dal primo momento riconosciuto carattere vincolante nel nostro ordinamento interno in quanto sentenze interpretative/integrative di norme comunitarie direttamente applicabili. Dato il loro contenuto precettivo particolarmente incisivo in relazione alla materia oggetto della nostra trattazione, è necessario qui darne conto partitamente (44): vedremo nel paragrafo successivo il rilievo che esse possono assumere anche in sede di interpretazione della nostra disciplina legislativa interna.

Nella prima delle tre sentenze (45) la Corte di Giustizia ha dichiarato illegittima la differenziazione di trattamento dei lavoratori in relazione alla durata della prestazione settimanale (*full time* o *part-time*), in situazioni nelle quali si registri una maggiore presenza relativa di donne tra i lavoratori a tempo parziale, con conseguente impatto sperequato tra i due sessi del criterio di differenziazione del trattamento, salvo che l'impresa dimostri che detta differenziazione «è basata su fattori obiettivamente giustificati ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso». Quest'ultima clausola, che come vedremo è ripresa anche nell'ultima delle tre sentenze qui esaminate, ha sostanzialmente per oggetto la ripartizione dell'onere della prova circa il carattere (non) discriminatorio del criterio adottato (46): qualora il lavoratore interessato dimostri che il criterio in questione produ-

(42) V. ancora M.V. BALLESTRERO, op. cit. nella nota prec., pp. 786-787; EAD., *Questioni di colore*, LD, 1990, pp. 41 ss.; ivi i riferimenti alla giurisprudenza statunitense; T. TREU, op. cit. nella nota prec., pp. 126-132.

(43) C. cost. 4 luglio 1989 n. 389, CS, 1989, II, p. 981.

(44) Per una rassegna più ampia della giurisprudenza della Corte di Giustizia negli anni '80 e nella prima metà degli anni '90, con i riferimenti alla letteratura straniera in argomento, v. S. RENGA, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee in materia di parità*, QDLRI, 1990, n. 7, pp. 139-158; M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, 1997, pp. 127-193.

(45) Sentenza 13 maggio 1986 nella causa n. 170/84 (*Bilka Kaufhaus GmbH c. K. Weber von Hartz*), Racc, p. 1607. In linea con quella prima v. più recentemente, della stessa Corte, le sentenze 7 marzo 1996 nella causa n. C-278/93 (*Freers e Speckmann*), LG, 1997, p. 465, con nota di E. MASTINU (in materia di discriminazione indiretta attraverso la penalizzazione del *part-time*); 17 giugno 1998 nella causa C-243/95 (*Hill e Stapleton c. The Revenue Commissioners*), RGL, 1999, II, p. 533, con nota di D. MEROLLA, *La Corte di Giustizia sulle discriminazioni indirette in un'ipotesi di job sharing*, riferita al trattamento differenziato in relazione al frazionamento della prestazione lavorativa (v. in proposito cap. VI, § 2 e ivi nota 13); e 9 settembre 1999 nella causa C-281/97 (*Krüger c. Kreiskrankenhaus Ebersberg*), RIDL, 2000, II, p. 3, con nota di G. LUDOVICO, riferita al caso di un contratto collettivo tedesco che escludeva dal godimento di un'indennità annuale i lavoratori con orario di lavoro inferiore a quindici ore settimanali: anche qui la Corte ha affermato l'illegittimità di tale disposizione collettiva, quando possa dimostrarsi che, nonostante la sua insensibilità al sesso del lavoratore, essa «colpisca di fatto una percentuale notevolmente più elevata di donne che di uomini». La materia è ora disciplinata anche dalla Direttiva 15 dicembre 1997 n. 81. Ma v. in proposito anche § 9 e ivi le sentenze della Corte di Giustizia citt. nella nota 70.

(46) Cfr. sul punto A. VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, pp. 139-141; Id. *L'onere della prova degli atti discriminatori*, LD, 1989, pp. 333-344. In riferimento alla norma legislativa nazionale che recepisce l'orientamento della giurisprudenza comunitaria, negano il configurarsi di una vera e propria inversione dell'onere della prova P. Roma 24 novembre 1992 (RIDL, 1993, II, p. 262, con nota di D. MANASSERO, *Una prima pronuncia in tema di «prova statistica» della discriminazione*), e P. Bologna 21 giugno 1997, D&L, 1999, p. 118; v. però ora, a questo proposito, l'ultimo scritto di A. VALLEBONA, cit. nella nota 56. Parla a questo proposito di «scelta del legislatore

ce un *disparate impact*, cioè un effetto sensibilmente sperequato, a danno degli appartenenti al proprio sesso rispetto agli altri, graverà sul datore di lavoro l'onere di dimostrare la sussistenza di un motivo ragionevole per l'adozione di quel criterio, che altrimenti dovrà considerarsi senz'altro illegittimo (ora v. esplicitamente in questo senso l'art. 4 della Direttiva n. 80/1997).

Nella seconda sentenza (47) la Corte di Giustizia ha affrontato la questione della prestanza fisica delle donne, mediamente inferiore rispetto a quella degli uomini, e del conseguente *disparate impact* di un criterio di inquadramento che attribuisca rilievo all'intensità dello sforzo muscolare necessario per lo svolgimento delle mansioni. In questo caso la Corte ha ritenuto che il vaglio di legittimità, alla stregua dell'art. 1 della Direttiva n. 117/1975, possa essere operato, invece che in riferimento al singolo criterio di inquadramento «incriminato», in riferimento al sistema di inquadramento nel suo complesso (48): il sacrificio imposto dal criterio considerato ai lavoratori di un sesso può essere compensato dal vantaggio che agli stessi derivi da altro criterio adottato nell'ambito dello stesso sistema («per non essere discriminatorio nel suo complesso, il sistema di classificazione professionale deve ... prendere in considerazione, qualora lo consenta la natura delle mansioni da svolgersi nell'impresa, dei criteri in relazione ai quali i lavoratori di entrambi i sessi possano possedere particolari attitudini»). Quando tale compensazione non sia possibile, «il basarsi su valori corrispondenti alle prestazioni medie dei lavoratori di un solo sesso», cioè il non creare due scale di misura diverse per i due sessi, «al fine della determinazione dell'entità dell'impegno o sforzo richiesto dal lavoro o la sua eventuale pesantezza, costituisce una forma di discriminazione basata sul sesso, vietata dalla direttiva».

Nella terza sentenza (49) la Corte di Giustizia ha affrontato la questione della possibile discriminazione indiretta in riferimento a tre criteri particolari di inquadramento, rispettivamente appartenenti alla prima, alla seconda e alla terza classe di cui si è detto nella prima sezione del capitolo precedente: il criterio della flessibilità della prestazione lavorativa, quello della formazione professionale acquisita dal lavoratore e quello dell'anzianità di servizio in azienda.

Del criterio della flessibilità nella motivazione della sentenza si individuano due possibili accezioni: flessibilità come qualità intrinseca della prestazione (versatilità del lavoratore, sua adattabilità a diversi ruoli) e flessibilità come disponibilità alla variazione del tempo o del luogo della prestazione secondo le mutevoli esigenze dell'impresa. Secondo la Corte, nessun problema di discriminazione indiretta può porsi in riferimento a criteri di inquadramento che attribuiscono rilievo

del 1991 di operare in termini di parziale inversione dell'onere della prova» R. PESSI, *Lavoro e discriminazione femminile*, cit. nella nota 9, pp. 58-65.

(47) Sentenza 1° luglio 1986 nella causa n. C-237/85 (*G. Rummler c. Dato - Druck GmbH*), *Racc.*, p. 2101.

(48) Sulla distinzione fra criterio e sistema di inquadramento v. cap. VI, § 1.

(49) Sentenza 17 ottobre 1989 nella causa n. C-109/88 (*HKFD c. Danfoss*), *RIDL*, 1990, II, p. 776, cui si riferisce il commento di M.V. BALLESTRERO più volte citato nelle note precedenti; inoltre *DL*, 1990, II, p. 286, e *RGL*, 1990, II, p. 521, con commento di M.L. DE CRISTOFARO.

alla flessibilità nella prima accezione, essendo evidente, per un verso, «il suo carattere neutro dal punto di vista del sesso del lavoratore», e per altro verso la sua stretta ed esclusiva inerenza alle esigenze organizzative dell'impresa (*job relatedness*). Una discriminazione indiretta può derivare invece dalla valorizzazione della flessibilità nella seconda accezione individuata, dal momento che le lavoratrici «in ragione dei compiti domestici e familiari solitamente su di loro incombenti, possono meno agevolmente dei lavoratori maschi organizzare il loro tempo di lavoro in maniera flessibile»; donde — secondo lo schema già visto nella prima sentenza esaminata — la ripartizione logica dell'onere della prova circa il carattere (non) discriminatorio del criterio di differenziazione adottato: dimostrato da parte del lavoratore il *disparate impact*, il criterio deve essere dichiarato illegittimo se l'impresa non dimostra che con esso si è inteso perseguire una apprezzabile e ben precisa esigenza economica od organizzativa (qui però, diversamente dal caso della differenziazione ai danni dei lavoratori a tempo parziale, l'onere della prova posto a carico del datore di lavoro appare di assai facile adempimento).

Un discorso analogo è svolto nella stessa sentenza in riferimento al criterio della formazione professionale: «non è escluso che esso possa giocare a danno delle lavoratrici, nella misura in cui queste abbiano di fatto minori possibilità di conseguire una formazione professionale altrettanto elevata quanto i loro colleghi maschi». Quando tale eventualità si verifichi, pertanto, cioè quando effettivamente si registri sul piano statistico una penalizzazione del personale di sesso femminile in conseguenza dell'applicazione del criterio in esame, il datore di lavoro dovrà giustificare il trattamento differenziato riservato ai possessori del titolo di formazione professionale più elevato «dimostrando che tale formazione riveste effettiva importanza per lo svolgimento di compiti specifici affidati ai lavoratori» medesimi. In altre parole: se dall'applicazione di quel criterio deriva di fatto (statisticamente) pregiudizio per le lavoratrici, esso è giustificato soltanto in quanto possa considerarsi sostanzialmente quale criterio di prima classe (cioè attinente al contenuto delle prestazioni) e non quale criterio di seconda classe (cioè attinente alla sola qualifica soggettiva dei prestatori) (50).

Quanto al criterio dell'anzianità, la Corte lo ha «assolto» senz'altro, sul presupposto che «l'anzianità va di pari passo con l'esperienza e questa pone generalmente il lavoratore in condizione di svolgere meglio le proprie mansioni»: donde, secondo la Corte, una presunzione generale di cor-

(50) Più recentemente la Corte di Giustizia ha avuto di nuovo occasione di occuparsi di un criterio di differenziazione riferito al titolo di studio, in riferimento alla norma austriaca che differenzia il trattamento, anche retributivo, degli psicoterapeuti dipendenti dalla Cassa mutua regionale di Vienna, a seconda del titolo di studio (di natura medica o no) che li abilita a tale lavoro: in questo caso la Corte ha ritenuto senz'altro legittimo il criterio di differenziazione, traendo argomento dalla diversa qualità del lavoro fornito da parte di chi ha una formazione medica rispetto a chi non la ha (sentenza 11 maggio 1999, nella causa C-309/97, *NGL*, 1999, p. 436, e *LP*, 1999, p. 1244); che è quanto dire: il criterio è legittimo in quanto classificabile in realtà come criterio di prima e non come criterio di seconda classe. Per una fattispecie che presenta qualche analogia con quella testé menzionata, esaminata da un giudice italiano, v. T. Firenze 22 giugno 1990, *RIDL*, 1991, II, p. 106, con nota di M. MARIANI; v. inoltre P. Bologna 27 giugno 1998 (*RIDL*, 1999, II, p. 284, con nota di M. CATTANI), che ha ravvisato la discriminazione indiretta in un caso in cui la selezione dei lavoratori da assumere era stata operata sulla base di un titolo di abilitazione professionale.

rispondenza del criterio in questione all'esigenza obbiettiva di premiare la prestazione qualitativa-mente migliore, con la conseguente classificabilità del criterio stesso tra quelli della prima classe, e non tra quelli della terza. Soluzione, questa, che appare suscettibile di essere rimessa in discussione con l'entrata in vigore della Direttiva n. 78/2000 (avvenuta il 2 dicembre 2003), ben potendo una differenziazione di trattamento fondata sull'anzianità di servizio configurare una discriminazione indiretta ai danni dei lavoratori più giovani di età. Quand'anche potesse prescindersi dalla nuova Direttiva, la soluzione proposta dalla Corte di Giustizia con la sentenza *Danfoss* offrirebbe comunque il fianco alla critica sotto il profilo della discriminazione indiretta di genere, poiché, mentre per un verso l'importanza dell'accumulo di esperienza si riduce fino ad azzerarsi con il ridursi del livello professionale delle mansioni (con conseguente classificabilità, in questo caso, del criterio dell'anzianità nella terza classe e non nella prima), per altro verso l'anzianità di servizio delle donne è sovente inferiore rispetto a quella degli uomini in conseguenza della maggiore propensione delle prime a ritirarsi temporaneamente dal mercato del lavoro nei primi anni di vita dei figli (51).

Problemi più complessi si pongono quando le differenze di trattamento nascono dall'applicazione di contratti collettivi diversi a lavoratori che svolgono mansioni identiche o simili (v. in proposito il riquadro 3).

RIQUADRO 3

Quando la differenza di trattamento tra uomini e donne deriva dall'applicazione di contratti collettivi diversi

In una sentenza della prima metà degli anni '90 (52) la Corte di Giustizia ha affrontato il caso di una disparità di trattamento conseguente all'applicazione, a due diversi gruppi di lavoratori nei quali uomini e donne erano distribuiti diversamente, di due contratti collettivi, le cui disposizioni differenti producevano un impatto differenziato sugli uni rispetto alle altre; qui la Corte ha affermato che la circostanza della duplicità dei contratti collettivi non è sufficiente per escludere la discriminazione vietata, poiché altrimenti l'imprenditore «potrebbe facilmente eludere attraverso separate contrattazioni il principio della parità delle retribuzioni» (53) (è, a ben vedere, un corollario della regola che impone l'applicazione in azienda di un sistema unitario di inquadramento, come condizione necessaria per il controllo sul rispetto del principio di pari trattamento per mansioni di «pari valore»: cfr. cap. VI, §§ 7-9; ma abbiamo anche visto (cap. III, § 4) come su questa regola possa prevalere, almeno nel nostro ordinamento interno, il principio di libertà sindacale, nel caso in cui la pluralità dei contratti collettivi applicati sia frutto della consapevole opzione separatistica di un gruppo di lavoratori: torneremo sul punto nel § 8). Nella stessa sentenza, tuttavia, la Corte ha riconosciuto che la differenza di retribuzione fra una mansione prevalentemente svolta da uomini e

(51) M.V. BALLESTRERO osserva in proposito (*La prova della discriminazione indiretta ecc.*, cit. nella nota 41, p. 790) che «proprio sull'utilizzazione di questo criterio si sono accese altrove vivaci discussioni (specialmente negli Stati Uniti, dove la scarsa protezione della maternità determina un'anzianità media di servizio delle donne notevolmente inferiore a quella degli uomini)».

(52) C. Giust. 27 ottobre 1993, causa n. 127/92 (*Enderby c. Frenchay Health Authority*), *Racc.*, p. 5574, commentata da R. FOGLIA, *Ancora in tema di parità uomo-donna: la Corte di Giustizia affila le armi contro le discriminazioni sessuali*, *MGL*, 1994, p. 363.

(53) In motivazione, § 22.

una mansione di pari valore prevalentemente svolta da donne può essere giustificata da circostanze di mercato, quale ad esempio lo squilibrio fra domanda e offerta di lavoro in relazione all'una o all'altra mansione (54).

7. - L'obbligo di «ignorare la differenza» nelle leggi n. 125/1991 e n. 40/1998 e nel d. lgs. n. 216/2003

L'obbligo di ignorare la differenza «non essenziale» di quantità o qualità della prestazione derivante dal sesso del lavoratore è esplicitamente enunciato dall'art. 4, c. 1°, della nostra legge n. 125/1991; e nel comma successivo l'obbligo stesso è definito, in precisa aderenza alle massime della giurisprudenza comunitaria di cui si è detto, come divieto di «adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa» (55). Il divieto di discriminazione indiretta è poi esteso, come si è già detto, dall'art. 41, 2° c., lett. e, della legge 6 marzo 1998 n. 40, alla materia delle discriminazioni per ragioni di razza, etnia, provenienza nazionale, cittadinanza e religione; e dall'art. 2, c. 1°, del d. lgs. 9 luglio 2003 n. 216 alla materia delle discriminazioni fondate sull'età del lavoratore, il suo handicap fisico e il suo orientamento sessuale.

Ancora in aderenza alle regole elaborate dalla giurisprudenza comunitaria, ora recepite nelle Direttive n. 80/1997 e n. 78/2000, il quinto comma dell'art. 4 della legge del 1991, il 9° comma dell'art. 42 della legge del 1998 e il quarto comma dell'art. 4 del decreto legislativo del 2003 intervengono a distribuire fra le parti l'onere della prova coerentemente con la nozione di discriminazione indiretta: sul ricorrente incombe il solo onere di dimostrare l'effetto sperequato del criterio adottato dal datore di lavoro (un dato, dunque, di natura essenzialmente statistica, dal quale deve risultare uno squilibrio grave fra i due gruppi considerati) (56); sul datore di lavoro l'onere di dimostrare che il criterio incriminato non abbia carattere discriminatorio. E poiché questo è escluso da tutte e

(54) In motivazione, § 26.

(55) Uno dei rari casi in cui la «prova statistica» della discriminazione indiretta è stata sperimentata in giudizio nel nostro ordinamento è quello deciso da P. Bologna 27 giugno 1998, cit. nella nota 138.

(56) Il dato statistico rilevante non è quello che mostra soltanto un qualsiasi squilibrio fra i due gruppi considerati: deve trattarsi di uno squilibrio di gravità tale da fornire l'evidenza dell'iniquità sostanziale del criterio di differenziazione adottato. È significativo, in proposito, l'orientamento pratico dell'*Equal Opportunities Commission* statunitense, che, «nella valutazione dei casi da portare in giudizio tramite l'esercizio dell'azione pubblica, ha adottato la regola empirica dei 4/5 ..., secondo la quale una percentuale di donne (o di neri o di appartenenti a minoranze etniche) che soddisfino i requisiti richiesti inferiore dell'80% alla percentuale di uomini (o di bianchi o di anglosassoni) in possesso di tali requisiti, deve far ritenere che la prassi considerata abbia un effetto sproporzionatamente sfavorevole» (M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 10, p. 250). In senso contrario, su questo punto, v. però ora A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, Torino, 1999: «se questi elementi [la c.d. "prova statistica", posta dalla legge a carico del ricorrente] dovessero integrare gli estremi di una vera e propria presunzione semplice (art. 2729 c.c.) non vi sarebbe inversione dell'onere probatorio ... Invece la disposizione nazionale non richiede il requisito della gravità degli indizi necessari per la presunzione, sicché attribuisce alla prova semipiena, cioè alla mera verosimiglianza, l'effetto di invertire l'onere della prova» (p. 175).

tre le norme legislative considerate soltanto quando il criterio di differenziazione attenga a «requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa» (*strict job relatedness*), questo è appunto quanto il datore di lavoro dovrà dimostrare (57).

La definizione del concetto di «requisito essenziale allo svolgimento dell'attività lavorativa» costituisce dunque il nodo cruciale in materia di discriminazioni indirette (58). Ed essendo pacifico l'intendimento del legislatore di dare precisa attuazione, con le tre norme considerate, al principio di diritto comunitario di cui si è detto nel paragrafo precedente, un punto di riferimento di primaria importanza per la definizione di quel concetto è dato proprio dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e in particolare dalle sue sentenze testè esaminate.

Da quelle sentenze emerge innanzitutto che non tutto ciò che è *job related*, cioè strettamente riferito al contenuto delle prestazioni lavorative (criterio appartenente alla prima classe), può considerarsi a priori «essenziale»: non può considerarsi tale in astratto, secondo la prima sentenza esaminata nel paragrafo precedente, la durata giornaliera o settimanale della prestazione; e neppure, alla stregua della terza sentenza, la disponibilità del lavoratore alla variabilità della collocazione geografica o temporale dell'attività dedotta in contratto. Non può considerarsi «essenziale» per la prestazione lavorativa, neppure quando si tratti della prestazione dei vigili del fuoco, una statura fisica minima (requisito, questo, che ha un tipico effetto di discriminazione indiretta ai danni delle lavoratrici, stante la loro statura mediamente inferiore a quella dei lavoratori) (59). In riferimento a questi aspetti della prestazione spetterà dunque al datore di lavoro, all'occorrenza, dimostrarne l'essenzialità in concreto, cioè la necessità obbiettiva (da accertarsi secondo criteri di ragionevolezza e di corretta gestione aziendale) di attribuire a essi rilievo ai fini dell'inquadramento e/o della differenziazione di trattamento dei propri dipendenti. In alternativa, il datore stesso dovrà essere ammesso a provare, in applicazione della regola enunciata dalla seconda sentenza della Corte di Giustizia sopra esaminata, che il *disparate impact* prodotto da un determinato criterio è compensato, nel contesto

(57) Sulla nozione di «requisito essenziale allo svolgimento dell'attività lavorativa» v. soprattutto M. BARBERA, *Discriminazioni ecc.*, cit. nella nota 10, pp. 251-256. L'A. qui osserva come a tale nozione il legislatore abbia già fatto riferimento nell'art. 8 St. lav., a proposito del divieto di indagini del datore di lavoro su aspetti della vita del lavoratore non rilevanti ai fini della valutazione della sua attitudine professionale (p. 251); a me sembra, però, che la nozione di *job relatedness* a cui l'art. 4 della legge del 1991 e l'art. 41 della legge del 1998 fanno riferimento sia assai più restrittiva: dovrebbe altrimenti escludersi la discriminazione indiretta in tutti i casi in cui il criterio di differenziazione esaminato sia un criterio di prima classe, cosa che la giurisprudenza comunitaria e nazionale impongono di escludere con sicurezza.

(58) Sul punto, ancora in riferimento all'ordinamento precedente all'entrata in vigore della legge del 1991, S. SCARPONI, *Criteri obiettivi di selezione e valutazione del personale e discriminazione indiretta*, *QDLRI*, 1990, n. 7, partic. pp. 56-58, con orientamento fortemente restrittivo.

(59) C. cost. 15 aprile 1993 n. 163, *RIDL*, 1994, II, p. 451, con nota di L. ISENBURG, *Parità di trattamento e discriminazione indiretta al vaglio della Corte costituzionale*, e *DL*, 1994, II, p. 135, con nota di M. FITTANTE, *Discriminazione indiretta uomo-donna nell'accesso al lavoro*. Sull'argomento specifico v. anche T.A.R. Lombardia 26 maggio 1994, *RIDL*, 1995, II, p. 105, con nota di V. MARINO, *Discriminazione e requisito dell'altezza nei bandi di concorso*.

del sistema di inquadramento applicato in azienda, dal *disparate impact* di segno opposto prodotto da altro criterio appartenente allo stesso sistema.

Quanto ai criteri appartenenti alla seconda classe (titoli di studio o di formazione professionale, precedenti lavorativi, o comunque riferimenti alla capacità soggettiva del lavoratore che prescindono dal contenuto della prestazione dedotta in contratto), dalla sentenza *Danfoss* del 1989, esaminata nel paragrafo precedente, si deduce che la loro adozione è legittima soltanto quando non ne derivi un effetto sperequato in ragione del sesso, della razza o dell'età del lavoratore: la Corte ha infatti affermato che, in presenza di un *disparate impact*, il datore di lavoro può dimostrare la legittimità del riferimento al titolo di formazione professionale soltanto «dimostrando che tale formazione riveste effettiva importanza per lo svolgimento di compiti specifici affidati ai lavoratori»; che è quanto dire: dimostrando che il criterio adottato non è un criterio di seconda classe, bensì di prima classe, poiché attiene direttamente al contenuto della prestazione (60).

Un discorso del tutto analogo sembra applicabile ai criteri appartenenti alla terza classe (non attinenti, cioè, né al contenuto della prestazione né alla qualifica soggettiva dei lavoratori, ma neppure direttamente al loro sesso, alla loro razza o alla loro età): essi devono considerarsi senz'altro vietati quando ne derivi indirettamente un effetto sperequato in ragione del sesso, della razza o dell'età dei lavoratori interessati, salvo che tale effetto di un criterio sia compensato dall'effetto sperequato di segno opposto prodotto da un altro criterio (si pensi al caso in cui un sistema di inquadramento attribuisca rilievo sia al servizio militare compiuto, sia al numero delle gravidanze). Il che appare, del resto, perfettamente coerente con il contenuto testuale delle norme in esame: dei criteri appartenenti alla terza classe (come di quelli appartenenti alla seconda) può per definizione escludersi, nonché l'«essenzialità», l'inerenza stessa «allo svolgimento dell'attività lavorativa». Non osta a questa conclusione il fatto che la Corte di Giustizia, nella sentenza *Danfoss*, abbia considerato senz'altro legittimo il riferimento all'anzianità di servizio del lavoratore: la decisione è stata infatti motivata sul presupposto (certo discutibile, come si è detto nel paragrafo precedente, ma qui interessa soltanto lo schema logico del ragionamento della Corte) che l'anzianità di servizio influisca sempre sul contenuto della prestazione, in quanto fattore di maggiore esperienza e abilità del lavoratore; in altre parole, la Corte ha salvato il criterio dell'anzianità sul presupposto che esso debba senz'altro ascrivere alla prima classe e non alla terza.

Dei criteri di quarta classe e del loro possibile impatto differenziato sugli appartenenti ai due sessi si dirà al termine del paragrafo che segue; ma occorre preventivamente chiarire il modo in cui il divieto di discriminazione opera nei confronti della contrattazione collettiva.

(60)V. in proposito nota 50.

8. La discriminazione indiretta nei sistemi di inquadramento professionale

Resta da chiedersi, in riferimento all'onere della prova che la norma in esame pone a carico del datore di lavoro circa l'«essenzialità», rispetto all'attività lavorativa, del criterio di inquadramento o di differenziazione produttivo di *disparate impact*, se lo stesso onere della prova gravi sul datore quando il criterio incriminato sia previsto da un contratto collettivo nazionale, cui egli si sia limitato a dare fedele applicazione (61).

Il divieto di discriminazioni, a differenza del principio di parità di trattamento (cap. VI, § 7), si pone anche come limite all'autonomia collettiva e la sua violazione ben può essere causa di nullità di una clausola di contratto collettivo nazionale o territoriale, oltre che di contratto aziendale. Occorre però fare a questo proposito una distinzione; se quanto poc'anzi osservato ha fondamento, mentre la discriminazione indiretta vietata è senz'altro a priori ravvisabile nel caso del *disparate impact* prodotto da un criterio appartenente alla seconda o alla terza classe, e quindi in tal caso il giudice può senz'altro disapplicare, in quanto affetta da nullità, la clausola collettiva che imponga l'adozione di quel criterio, lo stesso non può dirsi per il caso del criterio appartenente alla prima classe (cioè riferito a un aspetto della prestazione lavorativa): qui, come si è visto, il *disparate impact* può essere, in concreto, giustificato (cioè rispondente a esigenze «essenziali»); d'altra parte, dato il campo di applicazione sovra-aziendale della clausola collettiva impugnata, la valutazione comparativa delle esigenze organizzative obbiettive e dell'interesse dei lavoratori appartenenti alla categoria svantaggiata non può essere operata soltanto in riferimento alla singola azienda; e non si vede come il giudice del caso singolo possa conoscere con la debita precisione e valutare le motivazioni e gli effetti complessivi di una disposizione collettiva pattuita da rappresentanze sindacali di livello nazionale, risultante per lo più da mediazioni del tutto inesprese, e comunque destinata ad applicarsi su tutto il territorio nazionale.

La lacuna delle norme in esame su questo aspetto non secondario della questione delle discriminazioni indirette deve, a mio avviso, essere colmata in via interpretativa mediante la ragionevole presunzione del carattere non discriminatorio dei criteri di inquadramento di prima classe (*job related*) previsti da un contratto collettivo nazionale stipulato dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, cioè della correttezza della valutazione comparativa degli interessi complessivamente in gioco, operata dalle organizzazioni stesse: presunzione che trova il suo fondamento positivo nel settimo comma dello stesso art. 4 della legge n. 125/1991, il quale proprio a quelle organizzazioni sindacali affida, sul presupposto di una loro capacità di rappresentare in modo equi-

(61) Per una ricerca critica sui contenuti della contrattazione collettiva in materia di formazione, inquadramento professionale e progressione nella carriera della manodopera femminile v. il cap. IV del libro di F. BORGOGELLI, *Il lavoro femminile tra legge e contrattazione*, cit. nella nota 40.

librato i lavoratori di entrambi i sessi, il delicato compito di contribuire alla definizione dei piani di rimozione delle discriminazioni accertate.

Deve, in conclusione, ritenersi che, quando un criterio di inquadramento e/o differenziazione del trattamento riferito esclusivamente al contenuto della prestazione produca in un determinato contesto aziendale un effetto statisticamente sperequato a danno dei lavoratori di un sesso, il datore di lavoro possa limitarsi a dimostrare la rigorosa corrispondenza del criterio stesso alla disposizione contenuta in un contratto collettivo di livello sovra-aziendale stipulato dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, con ciò adempiendo l'onere posto a suo carico. Spetterà a quel punto al ricorrente l'onere di superare la presunzione favorevole alla pattuizione collettiva fornendo la prova, oltre che degli effetti sperequati della stessa, anche dell'inesistenza di valide giustificazioni di tali effetti, in riferimento all'intero complesso dei rapporti disciplinati dal contratto; onere tanto più difficile da adempiere quanto più rigorosa dovrà essere la valutazione della prova da parte del giudice, in considerazione della delicatezza della materia e della gravità degli effetti dell'eventuale accoglimento del ricorso.

Un caso tipico di discriminazione indiretta ai danni delle lavoratrici è quello della sopravvalutazione del carattere pesante della mansione tradizionalmente affidata a manodopera maschile, rispetto alla mansione di contenuto analogo affidata tradizionalmente a manodopera femminile (62); non è facile in questi casi distinguere la sopravvalutazione discriminatoria dal corretto intento di retribuire la maggiore fatica fisica.

Un altro caso di discriminazione indiretta derivante da disposizione collettiva, assai diffuso prima della riforma dei sistemi di inquadramento operata con l'introduzione del c.d. «inquadramento unico» nella prima metà degli anni settanta, ma tuttora non del tutto superato, è quello dei criteri di inquadramento che fanno diretto riferimento a determinate figure professionali tradizionalmente femminili (ad es.: «tessitrice», «filatrice»), per disporne senz'altro l'inquadramento in una categoria, e ad altre figure professionali, tradizionalmente maschili (ad es. «meccanico», «autista»), per disporne senz'altro l'inquadramento in una categoria superiore, nonostante che il contenuto delle mansioni proprie delle prime appaia di valore analogo a quello delle seconde (63). Il delicato com-

(62) Cfr. T. TREU, *Parità retributiva e comparable worth ecc.*, cit. nella nota 40, pp. 41-45: «alcuni settori dell'industria tessile, predominantemente maschili, come la tintoria, danno valore alquanto alto a lavori sporchi e fisicamente pesanti così da classificarli al livello terzo della scala retributiva, mentre in sottosettori prevalentemente femminili, come le calzamaglie, gli stessi lavori sono valutati e pagati meno (al secondo livello) perché sono considerati poco professionalizzati» (p. 41).

(63) Cfr. T. TREU, in *Commentario della Costituzione* cit. nell'art. 40, *sub* art. 37, pp. 185-186. Sulla questione interpretativa che sorge in caso di contrasto tra «declaratoria» ed elenco di profili professionali specifici contenuti nello stesso contratto collettivo v. F. MANCINI, *Le categorie dei prestatori di lavoro nell'ordinamento italiano*, RTDPC, 1966, pp. 909-910, dove si afferma la prevalenza, in tal caso, della «declaratoria» sull'elencazione: tesi che risulta oggi confermata dall'elaborazione giurisprudenziale sui principi di parità di trattamento e di non discriminazione, dei quali si è detto in questo capitolo e nel precedente.

pito del giudice consisterà preliminarmente, in un caso di questo genere, nella verifica della corrispondenza tra il contenuto delle mansioni proprie di ciascuna figura professionale considerata e la «declaratoria» relativa alla categoria in cui la figura stessa viene inquadrata (cioè l'indicazione sintetica dei criteri generali di inquadramento solitamente contenuta nel contratto collettivo in corrispondenza con ciascuna categoria ivi prevista), per verificare la coerenza tra i criteri di valutazione indicati e l'applicazione che il contratto collettivo stesso ne fa in riferimento a ciascuna particolare figura professionale; qualora la «declaratoria» faccia difetto, o sia di contenuto troppo generico e indeterminato, le organizzazioni sindacali stipulanti dovranno essere chiamate a chiarire i criteri applicati, a norma dell'art. 421 c.p.c., anche d'ufficio. Accertata la coerenza interna del contratto collettivo, non potrà dirsi per questo senz'altro risolta in senso negativo la questione della discriminazione indiretta: i criteri adottati e coerentemente applicati dal contratto collettivo potrebbero risultare «non essenziali» rispetto «allo svolgimento della prestazione lavorativa», a norma del 2° comma dell'art. 4 della legge n. 125/1991 o del 2° comma, lett. e, dell'art. 41 della legge n. 40/1998; ma — se quanto si è detto sopra ha fondamento — a causa della presunzione favorevole che assiste la pattuizione collettiva la difficile prova di tale «inesenzialità» dovrà essere data dalla parte ricorrente, ed essere valutata con la massima prudenza da parte del giudice.

Si discute del caso in cui una disparità di trattamento che penalizza indirettamente le donne rispetto agli uomini (o viceversa) dipenda dall'applicazione a due diversi gruppi di lavoratori di due distinti contratti collettivi, con conseguente applicazione di criteri differenti di valutazione delle mansioni e di determinazione dei corrispettivi: è questo un criterio di differenziazione che abbiamo a suo luogo (cap. VI, § 5) catalogato tra quelli della quarta classe, i quali hanno l'effetto di separare tra loro due gruppi di lavoratori in categorie tra loro non comunicanti, rendendo le mansioni dei primi non comparabili con quelle dei secondi.

Si è visto come la questione sia stata affrontata dalla Corte di Giustizia in una sentenza (64), nella quale la compresenza dei due contratti è stata ritenuta di per sé non sufficiente per escludere la discriminazione indiretta, ma è stato anche affermato che la disparità di trattamento può nondimeno trovare giustificazione in particolari circostanze di mercato che abbiano indotto l'imprenditore o l'associazione imprenditoriale stipulante ad accettare condizioni differenti nei due contratti (v. riquadro 3, nel paragrafo precedente). Tra le circostanze di mercato rilevanti a tal fine non può non ricomprendersi anche la scelta liberamente compiuta da un gruppo di lavoratori e/o lavoratrici di organizzarsi in una associazione sindacale, proprio al fine di sottrarsi alla disciplina collettiva pattuita da un'altra associazione sindacale: quando di questo si tratti, e non di una manovra fraudolenta posta in essere dall'imprenditore con la complicità di un sindacato di comodo, i principi di libertà

(64) C. Giust. 27 ottobre 1993, causa n. 127/92 (*Enderby*), cit. nella nota 52.

sindacale e di autonomia collettiva impongono, a mio avviso, di riconoscere a entrambi i contratti la capacità di produrre gli effetti voluti dalle parti stipulanti, in riferimento ai rispettivi campi di applicazione (cap. III, § 4).

È pure assai discusso il problema se debba esser considerato meritevole di tutela — e quindi protetto contro disposizioni incompatibili, che sarebbero pertanto qualificabili come discriminazioni indirette — l'interesse delle minoranze etniche alla libertà di praticare gli usi (religiosi, comportamentali, sanitari, di abbigliamento, ecc.) legati alla propria cultura: può considerarsi indirettamente discriminatoria una disposizione collettiva o di regolamento interno aziendale che impedisca ai dipendenti di una azienda di lavorare col capo o il volto coperto, così impedendo ai lavoratori *sikh* di portare il turbante (65), o alle donne musulmane di portare il *chador*? Si osservi come il problema che si pone a proposito del turbante o del *chador* sia — sul piano logico — in tutto analogo a quello che si pone sul piano della disciplina del riposo settimanale in riferimento alla pratica ebraica del riposo sabbatico o a quella musulmana del riposo al venerdì; o al problema che si pone sul piano della legislazione sanitaria e penale in riferimento alla pratica della infibulazione delle bambine nordafricane (si osservi, altresì, come il problema non si ponga soltanto in riferimento a una ipotetica disposizione collettiva o di regolamento interno aziendale, ma anche in riferimento a una disposizione legislativa che disponga in questo senso, come la legge francese varata nel dicembre 2003, della quale ha diffusamente dato conto la stampa quotidiana). La soluzione corretta del problema dipende — a mio avviso — da una valutazione comparativa degli interessi in gioco, che non può essere operata se non alla luce dei principi dell'ordinamento nazionale interessato e di quello comunitario; sarebbe invece scorretto porre tali principi sullo stesso piano di quelli che regolano la materia nel Paese di provenienza degli appartenenti alla minoranza, per operare un contemperamento fra questi e quelli. La disposizione confliggente con gli usi di una minoranza etnica, dunque, sicuramente legittima quando sia espressione di principi costituzionali fondamentali (e tanto dovrebbe bastare per far salvo il divieto assoluto dell'infibulazione), lo è anche quando risponda a esigenze pratiche ragionevolmente apprezzabili (rientra pertanto nella discrezionalità del legislatore la fissazione di limiti ragionevoli entro i quali può essere disattesa l'aspirazione degli ebrei a riposare al sabato o quella dei musulmani a riposare al venerdì), ma non quando sia possibile salvaguardare l'interesse della minoranza al prezzo di un sacrificio trascurabile della maggioranza (non potrà essere, pertanto, soltanto l'eventuale fastidio dei colleghi o di una parte della clientela a giustificare il divieto del *chador* o del turbante, che dovrà essere giustificato da apprezzabili esigenze tecnico-organizzative,

(65) L'esempio è tratto da M.V. BALLESTRERO, *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, cit. nella nota 7, partic. p. 147.

se posto a livello di impresa da un contratto collettivo o da un regolamento aziendale (66), o da apprezzabili esigenze di ordine pubblico, se posto sul piano nazionale da una legge dello Stato).

9. - Incompletezza della definizione della discriminazione indiretta

Nonostante l'elaborazione giurisprudenziale comunitaria e l'intervento del legislatore italiano di cui si è detto nei paragrafi precedenti, la nozione di discriminazione indiretta vietata è ancora lontana dal potersi considerare compiutamente definita.

Una questione cruciale ancora tutt'altro che risolta, in proposito, è posta in evidenza da una sentenza della fine degli anni '90, nella quale la Corte di Giustizia ha affermato che non si configura una discriminazione indiretta nella normativa nazionale che attribuisca il diritto a un trattamento di fine rapporto più elevato al lavoratore dimissionario per giusta causa, ma ricomprenda nella nozione di giusta causa di dimissioni soltanto gli inadempimenti gravi del datore di lavoro, escludendone invece circostanze esterne, quali l'incompatibilità del rapporto di lavoro con gli impegni familiari della lavoratrice madre di figli piccoli, in una situazione di carenza di adeguate strutture pubbliche di assistenza ai figli stessi (67). Da quest'ultima sentenza sembrerebbe potersi trarre la regola generale per cui non si configura una discriminazione indiretta nei casi in cui l'impatto differenziato della disposizione su uomini e donne sia conseguenza di circostanze esterne, non causate dal comportamento del datore di lavoro; ma è evidente che una regola siffatta avrebbe l'effetto di ridurre drasticamente la nozione di discriminazione indiretta rispetto a quella risultante dall'elaborazione precedente della stessa Corte di Giustizia: l'impatto differenziato a cui la Corte ha fatto riferimento in precedenza per l'individuazione della discriminazione indiretta è infatti *quasi sempre* causato da circostanze che sfuggono al controllo del datore di lavoro (68).

In un mondo in cui le differenze di posizione sostanziale fra uomini e donne (come fra bianchi e neri, fra indigeni e stranieri, fra giovani e vecchi) sono numerose, rilevanti, radicate, legate a circostanze strutturali e/o culturali non suscettibili di essere rimosse in tempi brevi, la possibilità

(66) In questo senso v. ancora M.V. BALLESTRERO, *loc. ult. cit.*

(67) Sentenza 14 settembre 1999 nella causa n. C-249/97 (*Gruber c. Silhouette International Schmied GmbH*), *NGL*, 1999, p. 734, e *RIDL*, 2000, II, p. 3, con nota di G. LUDOVICO, *La nozione di discriminazione indiretta di nuovo all'esame della Corte di giustizia*.

(68) «Diviene ... estremamente difficoltoso procedere all'individuazione degli elementi peculiari della discriminazione indiretta, qualora circostanze esterne — e quindi proprio e solo indirettamente discriminatorie — siano escluse dalla valutazione rimessa al giudice, come ha fatto in questo caso la Corte di giustizia, a seguito della cui interpretazione appare altresì compromessa la distinzione tra discriminazione diretta e indiretta, principalmente fondata, appunto, sulla influenza di fattori estranei alla volontà del datore di lavoro»: così G. LUDOVICO nel commento alla sentenza 14 settembre 1999 cit. nella nota precedente.

che una disposizione legislativa o collettiva formalmente neutra produca stabilmente un impatto differenziato fra i due gruppi è sempre elevatissima; forse un'analisi rigorosa degli effetti di *qualsiasi* disposizione può portare alla conclusione che essa produca quell'impatto differenziato. Conseguentemente, numerose disposizioni, legislative e collettive, sono in qualche misura a rischio di essere ritenute indirettamente discriminatorie; e il giudice investito della questione deve sempre fare riferimento a una linea di confine tra le differenze di impatto trascurabili o inevitabili e quelle che devono invece essere rimosse; ma dove quella linea di confine si collochi non è affatto chiaro e il compito di individuarla può dare seri grattacapi. Ne sa qualche cosa la Corte di Giustizia comunitaria, che, dopo aver rilevato il potenziale carattere indirettamente discriminatorio dei criteri di differenziazione dei trattamenti fondati sulla durata giornaliera o settimanale della prestazione, oppure sull'anzianità di servizio del lavoratore (69), si è trovata più volte a dover porre un limite all'impugnabilità di questi criteri, per non ridurre eccessivamente la discrezionalità dei legislatori nazionali; e lo ha fatto consentendo allo Stato membro la cui legislazione interna sia stata denunciata di «provare che i mezzi scelti rispondono a uno scopo necessario per la sua politica sociale, che sono idonei a raggiungere lo scopo da questa perseguito e che sono necessari a tal fine» (70). Ma è evidente come questo temperamento del divieto delle discriminazioni indirette sia suscettibile delle interpretazioni più restrittive e al tempo stesso di quelle più estensive; e come i risultati della sua applicazione siano necessariamente sempre assai opinabili (71).

Un'altra questione ancora irrisolta — e al tempo stesso la più importante e la più difficile — è infine quella che si pone ogni volta in cui il criterio di differenziazione produttivo dell'impatto sperequato sui due gruppi di lavoratori è un criterio di prima classe (cap. VI, § 2): cioè un criterio attinente al contenuto effettivo della prestazione lavorativa. Quando di questo si tratta, il divieto di discriminazione indiretta contrasta con il principio di parità di trattamento: se vietiamo a un imprenditore di commisurare inversamente un premio alle assenze dei singoli dipendenti, perché questo criterio avrebbe un impatto differenziato sulle donne rispetto agli uomini, imponiamo sostanzialmente a quell'imprenditore di trattare in modo uguale lavoratori che danno prestazioni di valore diverso; allo stesso modo, se vietiamo a un imprenditore di tener conto, nel calcolo dell'estensione temporale della prestazione ai fini di un determinato beneficio retributivo collegato all'anzianità di servizio, della minore durata settimanale o annuale della prestazione svolta in regime di *part-time* o

(69) V. § 6 e ivi note 45 e 49.

(70) C. Giust. 13 luglio 1989 nella causa C-171/88 (*Rinner-Kühn c. Fww Spezial-Gebaeudereinigung GmbH*), su di una legge tedesca che poneva come requisito per il godimento di una indennità di malattia l'orario di lavoro superiore alle dieci ore settimanali o quarantacinque mensili; sostanzialmente nello stesso senso le successive sentenze della stessa Corte 4 giugno 1992, causa C-360/90 (*Bötel c. Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin*), § 27, e 9 febbraio 1999, causa C-167/97 (*Seymour-Smith e Perez c. Dpt. Employment UK*), che può leggersi OGL, 1999, p. 39, con la nota di G. LUDOVICO cit. nella nota seg.

(71) Cfr. G. LUDOVICO, *Il licenziamento ingiustificato: la Corte di Giustizia si pronuncia sulla discriminazione indiretta (... e le sue possibili giustificazioni)*, OGL, 1999, pp. 52-69.

di *job sharing*, perché sono più le donne che gli uomini a lavorare secondo tale regime, imponiamo sostanzialmente a quell'imprenditore di trattare in modo uguale prestatori che hanno svolto prestazioni quantitativamente diverse (72). E questa scelta, pur pienamente giustificata sul piano dei valori, può di fatto – come abbiamo più volte osservato – produrre talora un risultato contrario a quello voluto.

Più che una contraddizione, è una dialettica che anima, a ben vedere, tutto il nostro diritto del lavoro: esso è infatti composto in parte da norme volte ad assicurare parità di trattamento, nel senso della proporzionalità fra prestazione e retribuzione, in parte da norme volte a rendere il trattamento insensibile a differenze, anche assai rilevanti, di contenuto della prestazione. La prima e più rilevante manifestazione di questa dialettica si trova nell'art. 36 della Costituzione – sul quale torneremo nel prossimo capitolo –, che contiene e giustappone in un'unica proposizione normativa entrambi i principi (proporzionalità e «sufficienza» della retribuzione). E sono, di volta in volta, espressione di un principio di proporzionalità, ad esempio, le norme in materia di provvedimenti disciplinari, di maggiorazione per lavoro straordinario, di equa remunerazione delle invenzioni, mentre impongono di trattare in modo uguale situazioni differenti le norme poste a tutela dell'invalide, della lavoratrice madre, o del giovane ancora soggetto a obblighi militari. Impone in qualche misura di trattare in modo uguale situazioni differenti anche la fissazione di un minimo inderogabile applicabile a un'intera categoria professionale, nella quale sono inquadrabili lavoratori capaci di rendimenti molto differenziati fra loro. Il problema della definizione precisa — ma anche della giustificazione costituzionale — del divieto di discriminazione indiretta appare dunque come un aspetto particolare di un problema più ampio, riferibile a gran parte del diritto del lavoro.

Occorre innanzitutto, a questo proposito, riconoscere un dato di fatto incontrovertibile: qualsiasi norma che obblighi il datore di lavoro a trattare in modo uguale lavoratori che presentino tra loro una differenza di produttività produce effettivamente uguaglianza di trattamento e di opportunità fra questi ultimi soltanto se la differenza di produttività è ignota al datore di lavoro al momento della costituzione del rapporto, o se si tratta di differenza sopravvenuta in corso di rapporto (73); in tutti i casi, invece, in cui la differenza, almeno come dato probabilistico, è nota al datore fin dall'inizio (come nel caso della differenza nel tasso medio delle assenze dal lavoro fra uomini e donne, nel caso dell'assunzione del lavoratore/trice a tempo parziale, o nel caso della menomazione di un invalido permanente), in fase di costituzione del rapporto la norma che vieta al datore stesso di differenziare corrispondentemente i trattamenti può penalizzare il lavoratore più debole impedendogli di rendersi competitivo con quello più forte coll'offrire il proprio lavoro a un prezzo inferiore. Non

(72)V. le sentenze della Corte di Giustizia citate nella nota 45.

(73) In quest'ultimo caso la parità di trattamento imposta dalla norma non è altro, a ben vedere, se non la naturale espressione del contenuto assicurativo tipicamente proprio del rapporto di lavoro (v. in proposito cap. II, § 5).

soltanto qualsiasi divieto di discriminazione riferito a differenze di contenuto o di appetibilità della prestazione, ma più in generale qualsiasi fissazione di minimi di trattamento inderogabili è suscettibile di danneggiare nell'immediato il lavoratore che — per qualsiasi motivo — offre la prestazione meno appetibile: di danneggiare, cioè, il soggetto che, se libero dal vincolo del trattamento inderogabile, presumibilmente riterrebbe conveniente offrire il proprio lavoro a un prezzo inferiore per neutralizzare il proprio handicap e ridurre il proprio rischio di disoccupazione.

Il divieto di differenziazione dei trattamenti in relazione ad aspetti rilevanti della prestazione lavorativa può essere lo strumento necessario per rompere il circolo vizioso che genera la debolezza del gruppo svantaggiato (§ 3); ma è questa una operazione destinata a dare i suoi frutti in modo graduale, comunque a medio o lungo termine; ed è un'operazione che difficilmente può essere compiuta entro l'orizzonte limitato della singola azienda (74). Nell'immediato, vi è il rischio che la norma, paradossalmente, produca un danno proprio a coloro che essa intende proteggere. Questo è il motivo per cui il legislatore deve usare la massima cautela nell'uso di questo strumento, così come l'interprete deve usare la massima cautela nell'applicazione pratica della norma; ed è il motivo per cui gli effetti indesiderabili del divieto di differenziazione devono essere accompagnati da misure volte a neutralizzarli.

È questa, essenzialmente, la ragion d'essere delle c.d. «azioni positive».

10. - Le azioni positive e la questione della c.d. discriminazione alla rovescia»

«Far parti uguali fra diseguali — diceva don Lorenzo Milani — è la peggiore delle ingiustizie»; le «azioni positive» previste e disciplinate dalla legge n. 125/1991 mirano a correggere questa ingiustizia, offrendo a una categoria svantaggiata, quella delle donne, strumenti idonei a eliminare o neutralizzare l'handicap che ne riduce la capacità di competere ad armi pari nel mercato del lavoro, interno o esterno all'azienda (75). Così, ad esempio, se l'handicap è costituito da una situazione che vede le donne dotate di una formazione mediamente inferiore rispetto agli uomini in un determinato settore professionale, un'azione positiva utile per ridurre o eliminare tale svantaggio può consistere

(74) Cfr. M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 10: «Nella legge italiana (come del resto nelle altre legislazioni considerate) il divieto di discriminazione indiretta non è mirato a riequilibrare *sul piano della singola impresa* distorsioni che risalgono all'intera struttura sociale, ma piuttosto a *incentivare* un impiego non discriminatorio della forza lavoro qualificata effettivamente disponibile ... Gli squilibri strutturali, che continueranno a manifestarsi anche in presenza di criteri corretti e di una genuina politica di pari opportunità (ad esempio a causa di una minore presenza nel mercato del lavoro esterno di donne qualificate a svolgere le prestazioni richieste), potranno essere superati attraverso l'insieme degli interventi promozionali previsti dalle disposizioni in tema di azioni positive» (p. 249 — *c.m.*).

(75) Per un'ampia trattazione storica (le origini della nozione di azione positiva risalgono al *Wagner Act 1935*) e comparatistica in proposito, in riferimento agli ordinamenti statunitense, comunitario europeo, sudafricano, australiano, indiano, nonché agli ordinamenti dell'O.N.U. e dell'O.I.L., v. J. HODGES-AEBERHARD, *L'action positive dans l'emploi: la jurisprudence récente face à une notion complexe*, RIT, 1999, pp. 269-298; ivi i riferimenti alla letteratura internazionale in argomento. V. inoltre L. FREY, R. LIVRAGHI, E. SULLEROT, R.B. FREEMAN, *Le azioni positive. Aspetti e problemi*, QEL, n. 24, Milano, 1984.

nell'organizzazione di un corso di formazione finalizzato a consentire il più agevole accesso di donne alle qualifiche più elevate in quel settore, quindi riservato esclusivamente o prevalentemente a persone di sesso femminile. Oppure, dove si ravvisi un handicap nella distribuzione del lavoro familiare, che vede la maggior parte dell'assistenza ai bambini in età prescolare gravare sulla madre, un'azione positiva utile per ridurre o eliminare tale ostacolo per l'accesso al lavoro retribuito può consistere nell'organizzazione di asili nido comunali o aziendali, o nel rimborso delle spese per l'asilo nido sostenute dalle lavoratrici (76). Dove si ravvisi un handicap per le donne nel pregiudizio a loro contrario diffuso tra i dirigenti di un'azienda, o anche soltanto nella consuetudine di preferire persone di sesso maschile per l'assunzione o per la promozione ai livelli più alti, un'azione positiva può consistere nell'invitare i dirigenti stessi a partecipare a seminari mirati a dissolvere quel pregiudizio e a sensibilizzarli sulla necessità di un riequilibrio nella distribuzione del lavoro, e particolarmente di quello professionalmente più qualificato, fra le persone dei due sessi.

RIQUADRO 4

La disciplina comunitaria e interna delle azioni positive

L'istituto dell'«azione positiva» (già menzionato nella Conv. O.I.L. n. 159/1983 per la protezione dell'inserimento dei portatori di handicap nel tessuto produttivo; disposizione che ora compare anche nell'art. 2 della nostra L. n. 68/1999) trova un primo fondamento positivo specifico in materia di parità fra lavoratori e lavoratrici nell'art. 2, § 4, della Direttiva comunitaria n. 207/1976, che consente «agli Stati membri l'adozione di misure volte a promuovere la parità di opportunità per gli uomini e le donne, in particolare ponendo rimedio alle disparità di fatto che pregiudicano le opportunità delle donne».

Ancora in materia di parità fra lavoratori e lavoratrici, l'art. 1 della legge n. 125/1991, dopo avere definito la nozione di «azione positiva» (c. 1°) e averne esemplificato le possibili finalità (c. 2°, lett. a-f), non limitate al solo campo del lavoro dipendente (77), ne indica i possibili soggetti promotori nel Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento e uguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici di cui all'art. 5 (soppresso nel 2003), nei «centri per la parità» istituiti a livello nazionale, locale e aziendale, nei datori di lavoro pubblici e privati, nei centri di formazione professionale e nelle organizzazioni sindacali; ma anche questa elencazione deve intendersi come esemplificativa, ben potendo darsi che anche soggetti diversi — quali ad esempio il legislatore stesso, le amministrazioni statali o regionali, o gli enti locali — si attivino in questo campo.

Tutti i soggetti menzionati nella norma sono ammessi a chiedere un rimborso degli oneri sostenuti per le azioni positive al ministero del lavoro, che provvede in proposito discrezionalmente, sentito il Comitato nazionale di cui all'art. 5 (art. 2, 1° e 2° c.). Le azioni positive concordate tra datori di lavoro e organizzazioni sindacali hanno la precedenza nell'accesso al rimborso (c. 4°).

(76) Per due casi di azione positiva di questo genere, precedenti alla legge del 1991, v. Cass. 5 marzo 1984 n. 1444 e P. Torino 2 maggio 1991, citt. nelle note 10 e 82.

(77) La possibilità di azioni positive a sostegno dell'imprenditoria femminile è stata oggetto di giudizio davanti alla Corte costituzionale, conclusosi con la sentenza 26 marzo 1993 n. 109 (GCost, 1993, I, p. 873), nella quale la Corte ha affermato la legittimità di «misure dirette a trasformare una situazione di effettiva disparità di condizioni in una connotata da una sostanziale parità di opportunità ... anche in deroga al generale principio di formale parità di trattamento, stabilito dall'art. 3 comma 1° Cost.».

L'art. 4, 7° c., prevede che il giudice, quando abbia accertato una discriminazione di carattere collettivo, ordini al datore di lavoro di «definire ... un piano di rimozione delle discriminazioni accertate», previo esame congiunto della questione con le rappresentanze sindacali aziendali o le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, nonché il membro della Commissione regionale per l'impiego svolgente il ruolo di «consigliere di parità». La mancata definizione del piano entro il termine fissato dal giudice configura il reato contravvenzionale di inosservanza di provvedimento dell'autorità giudiziaria, di cui all'art. 650 c.p.

Si discute se tra le azioni positive ammissibili possa annoverarsi anche la pattuizione collettiva di disposizioni che prevedano trattamenti economici migliori per la categoria svantaggiata (78); oppure di disposizioni che avvantaggino esplicitamente le donne rispetto agli uomini nei concorsi o nelle procedure interne di promozione, ad esempio attribuendo alle prime un punteggio di base più elevato rispetto ai secondi in graduatoria, oppure riservando loro quote percentuali di determinati posti, per riequilibrarne la distribuzione fra i due sessi: vere e proprie «discriminazioni alla rovescia» (79). In particolare, la questione delle «quote riservate» è stata oggetto di una sentenza sfavorevole della Corte di Giustizia (80), seguita però dopo breve tempo da un'altra sentenza della stessa Corte, nella quale è stata dichiarata la legittimità di una norma nazionale che, in un caso di pari idoneità e capacità di candidati di sesso diverso, obblighi a dare la precedenza nella promozione o assunzione a quelli di sesso femminile, quando nel settore specifico le donne siano sotto-rappresentate rispetto agli uomini (81). La nostra giurisprudenza di merito, invece, quando è stata chiamata a de-

(78) La Corte di Giustizia ha recentemente dichiarato la compatibilità con il divieto di discriminazioni fondate sul sesso del lavoratore della disposizione contrattuale che preveda il versamento di un assegno alle sole lavoratrici che fruiscano del congedo di maternità, «essendo tale assegno destinato a compensare gli svantaggi professionali che [le lavoratrici stesse] subiscono a seguito dell'allontanamento dal posto di lavoro» (sentenza 16 settembre 1999 nella causa C-218/98, *Abdoulaye e altri c. Renault, NGL*, 1999, p. 734, e *MGL*, 1999, p. 1329, con nota di L. CORAZZA, *Tutela della maternità e parità di retribuzione nel diritto comunitario: sono discriminati i lavoratori di sesso maschile?*).

(79) Una parte della dottrina ha criticato l'uso di questa espressione, ritenendo che le disparità di trattamento finalizzate al riequilibrio fra i sessi debbano essere piuttosto indicate con l'espressione «discriminazioni positive», per evitare la connotazione negativa, di antigiridicità, insita nell'espressione «discriminazioni alla rovescia»: così M.V. BALLESTRERO, *Una politica e i suoi strumenti, NLCC*, 1994, p. 20; M. BARBERA, *La nozione di discriminazione*, ivi, p. 51; M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, cit. nella nota 44, pp. 153-155.

(80) C. Giust. 17 ottobre 1995, causa n. C-450/93, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen, Racc.*, p. 3051, dove vengono dichiarate illegittime, per contrasto con il principio comunitario di parità fra i sessi, le normative in materia di lavoro che prevedano una preferenza *automatica*, in fase di assunzione o di promozione a livelli superiori, per le persone di sesso femminile. Sulla sentenza v. i commenti di M.V. BALLESTRERO, *Azioni positive. Punto e a capo, LD*, 1996, pp. 117-138; C. ASSANTI, *Azioni positive: confini giuridici e problemi attuali dell'eguaglianza di opportunità, RIDL*, 1996, I, pp. 375-386; M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia ecc.*, cit. nella nota 44, pp. 158-170; J. HODGES-AEBERHARD, *L'action positive dans l'emploi ecc.*, cit. nella nota 75, pp. 280-282. Sull'impossibilità di fondare su principi o regole di diritto comunitario la legittimità delle «discriminazioni alla rovescia» v. S. AMADEO, G.P. DOLSO, *La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia, GCost*, 1998, pp. 1221-1261. In argomento v. anche la raccolta di saggi filosofici, giuridici e politologici curata da B. Beccalli, *Donne in quota. È giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milano, 1999.

(81) Corte Giust. 11 novembre 1997, causa n. C-409/95 (*Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*), *RIDL*, 1998, II, p. 207, con nota di L. CALAFÀ, *Le «quote condizionate» a favore delle donne al vaglio della Corte del Lussemburgo*, nonché *GI*, 1999, I, 1, p. 3, con nota di M. CAIELLI, *L'ammissibilità delle azioni positive finalizzate alla realizzazione della parità uomo-donna*; in proposito v. anche B. VENEZIANI, *A proposito di quote e percentuali nel diritto del lavoro italiano e comunitario, RIDL*, 1997, I, pp. 337-367, dove l'A. sostiene l'ammissibilità di tali misure, quando esse siano gestite per mezzo di strumenti flessibili, quali i contratti collettivi, e con adeguata attenzione alle esigenze concrete di

cidere di questioni inerenti a misure di questo genere, si è per lo più pronunciata in senso favorevole alla loro legittimità (82).

equità che si manifestano in ciascun caso concreto; inoltre D. IZZI, *La Corte di giustizia e le azioni positive: da Kalanke a Marschall*, LD, 1998, pp. 675-317, e J. HODGES-AEBERHARD, *L'action positive dans l'emploi ecc.*, cit. nella nota 75, pp. 282-284. In riferimento alla questione della «discriminazione a rovescio» in favore del lavoratore straniero v. le sentenze della stessa Corte 16 giugno 1994, causa C-132/93, e 5 giugno 1997, cause riunite C-64 e 65/96.

(82) Così, in riferimento a un caso in cui si faceva questione dell'attivazione di un asilo nido aziendale (o del rimborso della relativa spesa) riservato ai figli delle sole dipendenti donne P. Torino 2 maggio 1991, nonché Cass. 5 marzo 1984 n. 1444, citt. nella nota 10 e, in riferimento alla seconda, M.V. BALLESTRERO, *Ma gli uomini non devono essere uguali?*, RIDL, 1986, pp. 719-725; in riferimento alla corresponsione alle sole donne di tre ore aggiuntive di retribuzione in occasione della festa della donna dell'8 marzo, T. Milano 8 settembre 1993, D&L, 1994, p. 174. V. però C. cost. 21 aprile 1993 n. 179 (RIDL, 1993, II, p. 642, con nota di G.L. PINTO, *Babbo e mamma pari sono per i riposi giornalieri*), nel senso della incostituzionalità della mancata estensione al padre della riduzione di orario giornaliera nel primo anno di vita del bambino, disposta dall'art. 7 della legge n. 903/1977 in favore delle sole donne.