

Diritti delle persone che lavorano e ragioni del mercato: il principio di non discriminazione alla prova

Parlare oggi di tutele antidiscriminatorie nel rapporto di lavoro e nell'ordinamento nazionale ha un rilievo pratico applicativo ben diverso rispetto a quanto avremmo detto solo pochi anni fa.

Infatti mi sembra indiscutibile che le modifiche normative degli ultimi anni abbiano contribuito a profondamente riscrivere gli equilibri, gli equilibri di potere all'interno del rapporto di lavoro, essendone accresciuti i poteri datoriali. Basti pensare solo ai più recenti interventi in materia di mansioni o al tema cruciale, in sé, ma più a fini di tutela della generalità dei diritti dei lavoratori, della disciplina limitativa dei licenziamenti.

Una riscrittura che passa dall'erosione dell'area applicativa delle norme inderogabili e dalla marginalizzazione dei rimedi ripristinatori, questi sostituiti da fattispecie non solo di monetizzazione, quanto di forfettizzazione del danno, di sua predeterminazione in misura fissa e quindi misurabile ex ante, tale da consentire alle parti quali attori economici del contratto e del processo, ma in effetto in primis al datore di lavoro, di conoscere anticipatamente il costo della violazione della legge.

Il diritto del lavoro come molti di noi l'hanno conosciuto, costruito come modello di diritto diseguale, di fronte a questo processo di "riprivatizzazione" o "rimercificazione", se si preferisce, finisce allora per essere stretto, costretto, come osservato da autorevole dottrina, tra il diritto del welfare e il diritto antidiscriminatorio.

I rimedi di welfare però, anche ove adeguatamente finanziati, possono liberare dal bisogno, ma non garantiscono i diritti di cittadinanza nel rapporto, "la democrazia in fabbrica" di cui si parlava ai tempi dello Statuto, così che diviene necessario chiedersi se una simile tutela dei diritti fondamentali nell'accesso e poi nel rapporto di lavoro possa essere assicurata dal diritto antidiscriminatorio.

La risposta non è scontata, anche assunto il dato (questo per primo non scontato) dell'appropriazione da parte anche di noi pratici di un paradigma di tutela del tutto peculiare.

E non è scontata la risposta perché è certo che al diritto antidiscriminatorio corrisponde una peculiare idea di eguaglianza, incentrata solo su alcune, tipiche differenze ed a fronte della quale è al giudice (alla sua decisione singolare sia sul piano del ripristino dello status quo ante che delle sanzioni applicabili) che è attribuito un ruolo decisivo nell'eliminazione delle disuguaglianze¹.

Il primo dei due connotati segna all'evidenza l'alterità del paradigma antidiscriminatorio rispetto alle tutele universali, assicurate in via generale al lavoratore in quanto tale, in forza di norme inderogabili, strumento normativo del riconoscimento della disuguaglianza sostanziale di due attori negoziali (il lavoratore ed il datore di lavoro) formalmente uguali davanti alla legge.

Un'alterità che è attenuata, ma non elisa dalla progressiva smaterializzazione del tertium comparationis del giudizio antidiscriminatorio di cui alla più recente normazione sovranazionale e dall'ampliamento dei fattori di protezione, e della quale è parte anche la complessa relazione tra individuale e collettivo nel discorso antidiscriminatorio rispetto alle tutele note nel nostro ordinamento.

Tuttavia la progressiva estensione delle garanzie contro le discriminazioni, l'applicazione in primis da parte dei decisori dell'Unione del paradigma antidiscriminatorio (nella sua peculiare costruzione) al fine di assicurare tutele minime essenziali nelle forme negoziali sviluppatesi in relazione alla crescente flessibilizzazione del lavoro rende evidente la natura non definitiva ed assoluta, ma storica e contingente dei fattori di protezione, la cui ampiezza ed il cui significato sono rimessi all'elaborazione di tutti gli attori dei diversi sistemi giuridici, compresi noi operatori pratici², e all'incidenza delle relative tradizioni costituzionali.

E' anche da questa elaborazione che dipenderà quindi l'efficacia dei divieti di discriminazione quali strumenti di inserzione nella disciplina del rapporto di lavoro "di istanze egualitarie che operino come limite alla libertà contrattuale"³.

¹ Barbera, M. Il Nuovo diritto antidiscriminatorio, Giuffrè, 2007, XXVI

² Un esempio illuminante nel nostro ordinamento è rappresentato dalla vicenda delle mancate assunzioni dei lavoratori FIOM da parte di FIAT, ed alla lettura che i giudici hanno dato del fatto di protezione costituito dalle opinioni personali e sociali

³ Barbera, M., Ibidem, XXX

Da questo punto di vista mi pare che un tema cruciale, e nel nostro ordinamento praticamente inesplorato, sia quello delle discriminazioni indirette, come definite dall'art. 2 par. 2 della direttiva 2000/78 (secondo cui sussiste discriminazione indiretta “quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, a meno che tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari”).

Quindi, nella ricostruzione classica del paradigma antidiscriminatorio, mentre le discriminazioni dirette conoscono solo deroghe, *id est* cause di esclusione dell'ambito di applicazione del divieto, esse motivate dall'essenzialità della caratteristica protetta rispetto allo svolgimento della prestazione, non invece ragioni giustificatrici della condotta discriminatoria, il bilanciamento tra opposti interessi (e quindi la possibile prevalenza di quello confliggente con la tutela del fattore protetto) può darsi soltanto per le discriminazioni indirette.

Queste ultime infatti, in quanto tendono a indirizzare opportunità, benefici e risorse secondo un criterio egualitario tra diversi gruppi, si confrontano non solo con l'interesse essenziale dell'impresa ad una specifica prestazione, ma più ampiamente con la generalità delle esigenze organizzative dell'imprenditore, purché non illecite e quindi legittime, reali, cioè non meramente fittizie, ed obiettive, nel senso minimo e “descrittivo” di esigenze “non rivolte a caratteristiche proprie della persona o del gruppo”, il bilanciamento dei diversi interessi essendo affidato al criterio della proporzionalità, di cui dice in via generale l'art. 2 paragrafo 2 della direttiva 2000/78.

Non può sfuggire allora, come fatto cenno, la centralità del tema ai fini dell'attitudine del principio di non discriminazione a rappresentare un effettivo strumento di controllo dei poteri datoriali in funzione di tutela dei diritti della persona.

Se infatti il requisito della proporzionalità dei mezzi è altro da quello dell'essenzialità del requisito (di cui alle discriminazioni dirette), neppure può ritenersi che il relativo accertamento si esaurisca nella verifica dell'esistenza di un qualsiasi lecito interesse del

datore di lavoro alla differenziazione (e quindi oppositivo rispetto a quello dei lavoratori alla parità di trattamento).

Piuttosto vi è da chiedersi se il riferimento alla proporzione implichi non solo un raffronto “tra l’effetto sproporzionatamente svantaggioso (per il gruppo protetto) della misura contestata e l’aumento dei costi collegato all’adozione di una diversa misura”⁴, ma importi anche una valutazione di gerarchia tra gli interessi in conflitto.

Di una simile gerarchia la giurisprudenza della Corte di Giustizia offre sicuramente qualche esempio, tipicamente quando, in più occasioni (cfr. Corte di Giustizia, C-187/2000, Racc., Padova, 2010, 191 e segg. 2003, paragrafi 59, 60 e giurisprudenza ivi citata), ha ritenuto le considerazioni di bilancio in linea di principio insufficienti a giustificare discriminazioni indirette.

Ma forse il banco di prova dell’efficacia protettiva del diritto antidiscriminatorio nell’ambito del rapporto di lavoro sarà rappresentato dalla sua attitudine ad assicurare la compatibilità con i diritti della persona degli strumenti di flessibilizzazione della prestazione lavorativa.

E qui possono richiamarsi alcune importanti affermazioni della Corte di Giustizia nella sentenza Danfoss in materia di possibile discriminatorietà di trattamenti economici più favorevoli in dipendenza della disponibilità dei lavoratori e delle lavoratrici ad adattarsi “a luoghi ed orari di lavoro variabili”.

E’ noto come in quella sentenza la Corte abbia affermato che il criterio della flessibilità “può anche operare a danno dei lavoratori di sesso femminile, i quali, a causa di impegni casalinghi e familiari di cui hanno sovente la responsabilità, possono meno facilmente dei lavoratori di sesso maschile organizzare il loro orario di lavoro in modo flessibile”, concludendo poi per la possibilità del datore di lavoro di “giustificare la remunerazione di una tale adattabilità dimostrando che quest’ultima riveste importanza per l’esecuzione di compiti specifici che sono affidati al lavoratore”.

Sono affermazioni che meritano di essere ripensate oggi, in un tempo in cui la flessibilità del lavoro è assunta come primo comandamento delle moderne

⁴ A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro*, 191 e segg.

organizzazioni di impresa, idonea ex se a giustificare non solo trattamenti remunerativi più favorevoli, ma al contrario modifiche variamente peggiorative delle condizioni di lavoro.

Secondo lo schema descritto dalla Corte infatti, data per acquisita la legittimità del fine, a essere determinante è il giudizio di proporzionalità e quindi l'apprezzamento, necessariamente rimesso al giudice nazionale, dell'entità del vantaggio ottenuto (o perseguito) dal datore di lavoro con la misura determinante la differenziazione in relazione al fattore protetto in rapporto allo svantaggio, per il gruppo portatore del fattore medesimo, determinato dalla misura.

Un giudizio nel quale potrà farsi questione quindi della necessità della misura rispetto al vantaggio (o in contrario della sua fungibilità con strumenti idonei al soddisfacimento dello stesso interesse, ma non implicanti differenziazioni in dipendenza del fattore protetto), ma nel quale, a mio modo di vedere, il giudice nazionale non potrà ragionevolmente non aver presente la rilevanza e quindi la gerarchia dei contrapposti interessi (il principio paritario da un lato, la libera organizzazione dell'impresa dall'altro).

Il giudizio del giudice dicevo. E questo mi pare l'altro punto che rende niente affatto scontata la risposta alla domanda cui accennavo all'inizio: il ruolo decisivo della decisione giudiziale nella rimozione delle disuguaglianze ed insieme la complessità dell'accertamento di fatto imposto dal paradigma antidiscriminatorio si pongono in una relazione critica, se non in contraddizione pressoché necessaria, con la tendenza della legislazione degli ultimi anni ad intendere l'efficienza della giurisdizione non (o non principalmente) nella sua relazione necessaria con la garanzia effettiva dei diritti, ma specificamente come necessaria misurabilità dei risultati, come prevedibilità dei costi e dell'esito del processo.

L'accertamento della discriminazione in giudizio infatti, a meno di non essere ridotto a mera apparenza, è operazione dagli esiti necessariamente imprevedibili, nell'an, come è ovvio, ma anche quanto al concreto contenuto del precetto (si pensi alle varie modalità di attuazione dell'ordine di ripristino dello status quo ante o alla difficoltà di individuare misure minimamente standardizzabili del risarcimento del danno).

D'altra parte l'efficienza come misurabilità necessaria degli esiti del lavoro giudiziario è nozione certo conseguente rispetto alla razionalità neoliberista, nella quale il

mercato non è solo un sistema di regolazione dei rapporti economici, ma più generalmente una forma politica di organizzazione della convivenza, costruita sull'agire “nella forma della concorrenza in funzione di piani e progetti, con obiettivi”⁵, una forma politica che non è affatto estranea all'origine del paradigma antidiscriminatorio (nella sua forma archetipica di parità di trattamento retributivo tra i generi, presente già nella versione originaria del Trattato).

Solo la prassi applicativa dirà allora come questa antinomia potrà comporsi e se il diritto antidiscriminatorio si rivelerà nel nostro ordinamento uno strumento effettivo di tutela dei diritti fondamentali, laddove la tutela è più necessaria, per essere ad essa senz'altro insufficienti gli strumenti del contratto, e quindi a fronte dell'impero del mercato.

Elisabetta Tarquini

Consigliera presso la Sezione Lavoro della Corte di Appello di Firenze

⁵ Foucault, *Nascita della biopolitica, corso al College de France (1978-1979)*, 2005, 148