

PRESUNTA NATURA DISCRIMANTORIA DEL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE DEL DIRIGENTE

di Maria Mangiatordi

SOMMARIO: 1. Il divieto di trattamenti discriminatori in materia di rapporto di lavoro: la direttiva comunitaria 2000/78/CE, la normativa del D.lgs. 216/2003 e dell'art. 15, Stat. Lav.. La discriminazione diretta e la discriminazione indiretta e le novità del Collegato Lavoro. 2. La sentenza n. 3821 del 16.02.2011: licenziamento disciplinare del dirigente per colpa in vigilando e non per discriminazione per ragioni di appartenenza ad un particolare credo ideologico e religioso.

1. Il divieto di trattamenti discriminatori in materia di rapporto di lavoro: la direttiva comunitaria 2000/78/CE, la normativa del D.lgs. 216/2003 e dell'art. 15, Stat. Lav.. La discriminazione diretta e la discriminazione indiretta e le novità del Collegato Lavoro

La disciplina italiana in materia di tutela del lavoratore contro eventuali trattamenti discriminatori da parte del datore ha subito una svolta decisiva grazie agli input comunitari che hanno "costretto" il legislatore ad intervenire in maniera decisa in un settore così delicato.

Infatti, in ambito comunitario è la direttiva 2000/78/CE a costituire un importante punto di riferimento.

Essa mira a "a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere

*effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento"*¹.

La definizione data dalla direttiva di "discriminazione" si basa su diversi principi enucleati nel corpo dell'articolo 1 che così recita:

"1. Ai fini della presente direttiva, per «principio della parità di trattamento» si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1.

2. Ai fini del paragrafo 1: a) sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga; b) 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

¹ Cfr. Direttiva 2000/79/CE, art. 1 (Obiettivo): "La presente direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento". Ancora, nella premessa sono riportati alcuni paragrafi importanti in materia di discriminazione religiosa.

suo conseguimento siano appropriati e necessari; o che nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la presente direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi.

3. Le molestie sono da considerarsi, ai sensi del paragrafo 1, una discriminazione in caso di comportamento indesiderato adottato per uno dei motivi di cui all'articolo 1 avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo. In questo contesto, il concetto di molestia può essere definito conformemente alle leggi e prassi nazionali degli Stati membri.

4. L'ordine di discriminare persone per uno dei motivi di cui all'articolo 1, è da considerarsi discriminazione ai sensi del paragrafo 1.

5. La presente direttiva lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui".

All'interno dello scenario comunitario così delineato, il legislatore italiano è intervenuto con il D.lgs. n. 216/2003 in attuazione della succitata direttiva comunitaria, sancendo solennemente il divieto di discriminazioni sul lavoro dovute a motivi di religione, convinzioni personali, handicap, età, orientamento sessuale.

La normativa italiana prevede una serie di misure atte a rendere concreto il divieto di discriminazione e, quindi, il principio di parità di trattamento fra tutti i lavoratori.

Logica conseguenza del principio di parità di trattamento è il divieto di praticare qualsiasi forma di discriminazione sia essa diretta ovvero indiretta.

Il Legislatore all'art. 2, D.lgs. n. 216/2003 precisa che la discriminazione è

diretta nel caso in cui "per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia stata o sarebbe stata trattata un'altra in una situazione analoga"; mentre è indiretta nell'ipotesi in cui "una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone".

Ancora, la disciplina prevede ulteriori discriminazioni, che talvolta assumono la veste giuridica di ordine e che di fatto consistono in "molestie ovvero comportamenti indesiderati, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo" di cui è vittima il lavoratore a causa di uno dei motivi di cui alla normativa contro le discriminazioni².

Il decreto legislativo ha un ambito di applicazione ampio, che va dai rapporti di lavoro instaurati nel settore privato a quelli in ambito pubblico, con riferimento a tutti gli aspetti del rapporto di lavoro, indipendentemente dal fatto che sia di natura subordinata, parasubordinata o autonoma.

Un limite al suddetto principio è previsto dallo stesso legislatore con riferimento a particolari rapporti di lavoro.

Infatti, l'art. 3 del D.lgs. n. 216/2003 prevede espressamente che "non costituiscono atti di discriminazione le differenze di trattamento basate sulla professione di una determinata religione o di determinate convinzioni personali che siano praticate nell'ambito di enti religiosi o altre organizzazioni pubbliche o private, qualora tale religione o tali convinzioni personali, per la natura delle attività

² Per maggiori approfondimenti, cfr. G. VENETO, *Manuale del nuovo diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2009, p. 113 e segg..

professionali svolte da detti enti o organizzazioni o per il contesto in cui esse sono espletate, costituiscano requisito essenziale, legittimo e giustificato ai fini dello svolgimento delle medesime attività”; ancora, la stessa norma precisa che sono lecite quelle discriminazioni seppure indirette “giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari”.

La tutela giurisdizionale del principio di parità di trattamento e del conseguente divieto di discriminazioni è data dalla nullità degli atti discriminatori sancita dall’art. 4, D.lgs. 216/2003, nonché dall’art. 15³ dello Statuto dei Lavoratori.

Nell’ipotesi in cui il Giudice del Lavoro accerti la sussistenza del comportamento discriminatorio, accoglie il ricorso e, quindi, prende provvedimenti in materia di risarcimento del danno anche non patrimoniale - se è stato richiesto dal ricorrente - nonché dispone la cessazione del comportamento discriminatorio, se ancora in atto, con conseguente rimozione degli effetti della condotta medesima.

Il legislatore è da ultimo intervenuto in materia di discriminazioni nel 2010 con il cd. Collegato Lavoro⁴, con riferimento al lavoro nelle pubbliche amministrazioni, disciplinando all’articolo 21 le “misure atte a garantire pari opportunità, benessere di chi lavora e assenza di discriminazioni nelle amministrazioni pubbliche”.

Più precisamente la legge n. 183/2010 prevede che “le pubbliche amministrazioni

³ L’art. 15, St. Lav., così testualmente cita: “E’ nullo qualsiasi patto od atto diretto a: a) subordinare l’occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte; b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero. Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti ai fini di discriminazione politica o religiosa”.

⁴ Trattasi della legge n. 183 del 4.11.2010 con la quale il Legislatore è intervenuto nel 2010 in materia di lavoro con riferimento ad alcuni istituti.

garantiscono parità e pari opportunità tra uomini e donne e l’assenza di ogni forma di discriminazione, diretta e indiretta, relativa al genere, all’età, all’orientamento sessuale, alla razza, all’origine etnica, alla disabilità, alla religione o alla lingua, nell’accesso al lavoro, nel trattamento e nelle condizioni di lavoro, nella formazione professionale, nelle promozioni e nella sicurezza sul lavoro (...)”.

Ancora, sempre nel corpo dell’art. 22 del Collegato Lavoro, il legislatore ha stabilito che “le pubbliche amministrazioni costituiscono al proprio interno, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, il Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni che sostituisce, unificando le competenze in un solo organismo, i comitati per le pari opportunità e i comitati paritetici sul fenomeno del mobbing, costituiti in applicazione della contrattazione collettiva, dei quali assume tutte le funzioni previste dalla legge, dai contratti collettivi relativi al personale delle amministrazioni pubbliche o da altre disposizioni”.

Da ultimo, il legislatore del 2010 ha previsto che “le pubbliche amministrazioni, secondo le modalità di cui all’articolo 9, adottano tutte le misure per attuare le direttive dell’Unione europea in materia di pari opportunità, contrasto alle discriminazioni ed alla violenza morale o psichica, sulla base di quanto disposto dalla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica”.

2. La sentenza n. 3821 del 16.02.2011: licenziamento disciplinare del dirigente per culpa in vigilando e non per discriminazione per ragioni di appartenenza ad un particolare credo ideologico e religioso

La Suprema Corte, lo scorso 16 febbraio si è pronunciata su un caso di presunto

licenziamento discriminatorio, fattispecie questa non ritenuta sussistente nel caso de quo, ricondotto invece dal Giudice di legittimità allo schema del licenziamento disciplinare per culpa in vigilando.

Il Tribunale di Firenze aveva respinto il ricorso del dirigente, nel quale egli chiedeva di procedere all'accertamento del carattere discriminatorio del licenziamento intimatogli il 14.5.2004 dalla società, con conseguente declaratoria di nullità dello stesso.

La Corte di Appello di Firenze, con sentenza depositata il 16.1.2007, ha confermato la sentenza di primo grado.

La Corte di Appello asseriva che *“l'impugnazione aveva ad oggetto la dichiarazione di nullità del licenziamento per motivi discriminatori ed era diversa, quanto al petitum, dalla domanda oggetto del lodo arbitrale nel quale si era discusso della giustificatazza del provvedimento espulsivo”*.

Quindi, escludeva la pretesa discriminatorietà dell'atto espulsivo, asseritamente ricondotta a ragioni di appartenenza del dirigente ad una associazione religiosa, sul rilievo che *“la contestazione disciplinare concerneva un comportamento non legato all'appartenenza alla medesima, ma soltanto l'autorizzazione ad entrare in azienda e ad operare una prova attitudinale per il personale non fondata su criteri scientifici”*.

Ancora, il Giudice di secondo grado ha precisato che *“ogni diversa questione, attinente alla idoneità di quanto accertato a giustificare la risoluzione del rapporto, era affidata al lodo arbitrale ed alla sua eventuale impugnazione e che, poiché il comportamento del dipendente si configurava negligente ai fini di causa sotto i profili considerati, doveva escludersi ogni intento discriminatorio”*.

Quindi, parte ricorrente ha proposto ricorso per Cassazione avverso la sentenza della Corte d'Appello di Firenze, adducendo essenzialmente due motivi di impugnazione: il primo per *“la violazione dell'art. 115, co. 2, c.p.c. (art. 360 n. 3 o n. 4 c.p.c.), contestando l'indebita estensione della*

nozione di “fatto notorio” quale accolta - secondo la costante giurisprudenza della S.C. - dall'art. 112 c.p.c., sul rilievo che costituisce affermazione non coerente con i principi affermati dalla giurisprudenza in tema di fatto notorio quella che pretende di accreditare alla collettività di persone di media cultura conoscenze di qualità negative di persone fisiche o di associazioni private. Pone al riguardo quesito di diritto ai sensi dell'art. 366 bis c.p.c.”; il secondo per la *“violazione degli artt. 2 e 4 D.lgs n. 216/2003, anche in relazione all'art. 43 commi 1 e 2 del D.lgs. n. 286 del 1998, nonché degli artt. 15 dello Statuto dei lavoratori e 3 della legge n. 108/90 (art. 360 n. 3 c.p.c.)”*.

Più precisamente, con riferimento a questo secondo motivo di doglianza, il dirigente ha sostenuto che ci sia stata omessa applicazione da parte dei giudici di merito dell'art. 4, co. 4, D.lgs. 216/2003 e del richiamato art. 2729 c.c., violando la nozione legale di discriminazione, che è oggettiva e non necessariamente ed esclusivamente dipendente dall'effettiva volontà discriminatoria datoriale; ancora che non rilevano la natura discriminatoria dell'ordine di servizio, presupposto dalla contestazione e ritenuto disatteso, per la dedotta culpa in vigilando, di non trattare con una società di consulenza perché legata ad un'associazione con scopi religiosi e non scientifici.

La Suprema Corte con riferimento alla nozione di “fatto notorio” ha statuito che *“(…) in via generale, il ricorso alle nozioni di comune esperienza (fatti notori) ex art. 115, 2 comma, c.p.c., attiene all'esercizio di un potere discrezionale riservato al giudice del merito e che il relativo esercizio, sia positivo che negativo, non è sindacabile in sede di legittimità non essendo egli tenuto ad indicare gli elementi sui quali la determinazione si fonda, essendo, invece, censurabile - stabilendo se nelle forma del ricorso ex art. 360 n. 4 c.p.c. od in quelle del ricorso per violazione di legge ai sensi dell'art. 360 n. 3 stesso codice - l'assunzione, a base della decisione, di una inesatta nozione del notorio, che va inteso quale fatto*

generalmente conosciuto, almeno in una determinata zona o in un particolare settore di attività o di affari da una collettività di persone di media cultura (cfr. in tal senso, Cass. 29 aprile 2005 n. 9001; 21 febbraio 2007 n. 4051; 9 settembre 2008 n. 22880 e 12 marzo 2009 n. 6023).”.

Ancora, ha sostenuto che nel caso di specie “al di là della verifica della esattezza della nozione del fatto notorio assunta dal giudicante, la circostanza che il dato in esame e le argomentazioni svolte dalla Corte di Appello in ordine all’associazione ed alle vicende relative alla stessa sono state funzionali, come rettamente osservato dalla controricorrente, ad integrare il parametro di misura della diligenza tenuta dal V., il quale, tra molteplici soluzioni offerte dal mercato in materia di tests attitudinali e formativi - aveva acriticamente deciso di fruire di strumenti offerti da soggetto in relazione al quale non aveva condotto alcuna indagine conoscitiva per verificare la rispondenza dei tests proposti alle esigenze delle aziende. La censura è evidentemente funzionale alla dimostrazione della erroneità della decisione nella parte in cui aveva escluso il carattere discriminatorio del licenziamento, ma la stessa, in relazione al suo oggetto si fonda su circostanza ininfluyente, atteso che non è idonea a confutare l’assunto, valorizzato dalla corte territoriale, che il dirigente non si era attenuto alle linee operative della società nei momento in cui aveva consentito, senza approfondire dovutamente le caratteristiche della società specializzata cui aveva demandato il corso di comunicazione aziendale, di somministrare ai dirigenti sottoposti quesiti volti ad indagare sulla loro vita privata, rispetto ai quali si erano manifestate le reazioni di alcuni essi”.

Pertanto, “la scelta del dirigente o di un qualunque altro soggetto latore di una specificità ideologica propria sarebbe stata ugualmente censurata in termini disciplinari nella misura in cui non fosse stata operata con il grado di diligenza

qualificato richiesto dalle funzioni dirigenziali”.

Inoltre, il ricorrente ha sostenuto che “ciò che rileva nel giudizio da compiersi in merito alla dedotta natura discriminatoria del licenziamento, in virtù di quanto affermato anche dalla giurisprudenza comunitaria, saldamente ancorata ad una concezione funzionale dell’illecito discriminatorio, è unicamente l’effetto pregiudizievole che discende da atti e comportamenti che, prescindendo dalla motivazione addotta, come anche dall’intenzione di chi li adotta, pongano il destinatario in una situazione di svantaggio rispetto a quanti siano estranei ai fattori di rischio vietato”.

A sostegno di ciò richiama l’art. 2 del D.lgs. 216/2003, che definisce la nozione di discriminazione diretta (“quando per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un’altra in una situazione analoga”) e quella di discriminazione indiretta (“quando un disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone”).

Pertanto il dirigente ha sostenuto che la Corte di Appello sia incorsa in contraddizione logica, “laddove ha affermato che la Helitalia spa non avrebbe addebitato al V. la diretta appartenenza, avendogli, piuttosto, soltanto addebitato a titolo di colpa in vigilando di avere consentito ad una associazione discussa di penetrare in azienda e comunque di averla autorizzata ad utilizzare un test attitudinale. Evidenza che tale contraddizione risiederebbe nella ragione decisiva che nella stessa motivazione espressa dall’atto di recesso quella sanzionata dallo stesso collegio fiorentino sia risultata la ricollegabilità dell’attività

rimproverata al V., sia pure a titolo di culpa in vigilando, all'azione di una setta religiosa”.

Tuttavia, di diverso avviso è la Suprema Corte, la quale “non ritiene (...) che nei termini evidenziati si sia espressa la valutazione compiuta dal giudice del merito, atteso che il dato dell'appartenenza della associazione che aveva approntato i tests somministrati a un particolare orientamento etico religioso risulta preso in considerazione nella misura in cui lo stesso si era riverberato negativamente nel contesto aziendale, suscitando l'indagine conoscitiva condotta da tale società reazione tra i dipendenti, turbati per il carattere invasivo dei tests nei riguardi della loro vita privata e per il condizionamento negativo derivatone”.

Più precisamente, la Cassazione ha statuito che “la condotta sanzionata, ossia il monitoraggio posto in essere senza la necessaria preventiva informazione del Consiglio di Amministrazione ed in violazione delle linee operative dell'azienda, contrariamente a quanto assume il ricorrente, è stato correttamente ritenuto dalla Corte di merito, con motivazione incensurabile sotto i profili evidenziati, oltre che un dato oggettivamente provato, ragione di per sé suscettibile di essere valutata in termini di rilevanza disciplinare che di certo non dissimula un intento discriminatorio del provvedimento espulsivo, pienamente giustificato dalla negligenza posta in essere dal dirigente V.. E ciò, come è dato evincere dalla argomentata articolazione motivazionale, a prescindere da ogni supposta adesione del V. , ma attribuendo rilievo all'incauto affidamento a società facente capo ad associazione di orientamento etico religioso discutibile di un'attività aziendale delicata, quale quella attinente alla comunicazione endoaziendale, senza che da ciò possa in alcun modo inferirsi un contegno anche indirettamente discriminatorio riferito alla esclusione in via di principio di ogni possibilità di contatto con società ideologicamente connotate, ove tale connotazione non avesse avuto i riflessi che

avevano fatto paventare un condizionamento degli stessi soggetti sottoposti al test. Deve escludersi, pertanto, che la Corte territoriale sia incorsa nella denunciata violazione delle norme richiamate in tema di divieto di trattamenti discriminatori giustificati da ragioni di appartenenza ad un particolare credo ideologico o religioso, laddove si consideri che anche quanto si assume in merito alla mancata valutazione di elementi di fatto indiziari valutabili alla stregua dell'art. 2729, primo comma, c.c. - in particolare l'esito dell'accertamento condotto in sede arbitrale - non risulta provato ed, anzi, emerge che al riguardo la società ha affermato che la prova raggiunta ha consentito di ritenere provata la rilevanza dei relativi addebiti. Nulla risulta dedotto con riguardo alla valutazione operata dai giudici del merito delle risultanze del giudizio arbitrale, la relativa omissione essendo invocata in termini di assoluta genericità ed alcuna censura viene mossa circa i criteri ed i vizi logico giuridici in cui sarebbe incorsa la valutazione compiuta, sicché anche da tale punto di vista il ricorso è privo di fondamento. La dedotta applicazione delle regole in tema di giudizio fondata su elementi presuntivi non si riconnette, invero, a dati certi che consentano di ritenere un'omessa valutazione di dati pacificamente e inconfutabilmente acquisiti agli atti di causa, dovendo al riguardo anche osservarsi che le prove raccolte in un diverso giudizio danno luogo ad elementi meramente indiziari, conseguendone che la mancata valutazione di tali prove non è idonea ad integrare il vizio di motivazione, in quanto il difetto riscontrato non può costituire punto decisivo, implicando non un giudizio di certezza, ma di mera probabilità rispetto alla possibilità di una diversa soluzione (cfr., in tali termini, Cass. 23 aprile 1998 n. 4183)”.

La Corte di Cassazione ha pertanto rigettato il ricorso presentato dal dirigente ritenendo legittimo il licenziamento comminatogli da parte datoriale e non riconoscendo la sussistenza del carattere discriminatorio del licenziamento.

La decisione dei Giudici di legittimità e di merito è delicata, giacchè il caso di specie si prestava effettivamente ad ambiguità data la natura dei tests somministrati e l'appartenenza del dirigente ad un credo religioso perfettamente coincidente con quello della Società somministratrice dei questionari e con la natura dei tests stessi.

Quel che appare evidente alla luce della disamina della legislazione vigente in materia è l'innegabile tentativo del legislatore italiano di adeguarsi allo spirito della direttiva comunitaria, che fra l'altro *“lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui”*.

La materia discriminatoria è certamente molto delicata, giacchè tocca non solo gli aspetti giuslavoristici e quindi il rapporto di lavoro in tutto il suo svolgimento, ma anche e soprattutto la sfera personale dell'individuo e la sua stessa dignità, valori questi che ogni società che vuol definirsi “democratica” non può non tutelare, a prescindere dal dovere giuridico di adeguamento alla normativa comunitaria.