

## L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI DISCRIMINAZIONE NEL DIRITTO ITALIANO

di Tommaso GERMANO\*

Non so quanti abbiano avuto notizia che - in data 21 settembre u.s. - è stato presentato il disegno di legge, redatto da prof. Ichino, che punta a riordinare in 64 articoli del Codice Civile tutta una moltitudine di leggi che disciplinano i rapporti di lavoro (sono più di un centinaio le leggi che varate dal 1923 ad oggi verrebbero abrogate).

Cuore del disegno riformatore è costituito da una sistema di protezioni a “cerchi concentrici” che parte dalle tutele fondamentali, garantite a tutti (salute e sicurezza, assicurazioni antinfortunistica e pensionistica, retribuzione minima oraria, divieto di discriminazioni) e giunge a definire le protezioni specificamente necessarie per il lavoro dipendente e quelle parzialmente differenziate nei casi di lavoro parasubordinato oppure nei rapporti di lavoro di monocommittenza fino ai casi dell'apprendistato o delle collaborazioni di pubblica utilità.

Si tratta di uno straordinario processo di “semplificazione” (di Calderoniana volontà) indirizzato a creare una “cultura conoscitiva” (che in una con quella “finanziaria” ed “amministrativa” vuole tendere, nel tempo, a far vivere le norme nel “quotidiano” di tutti gli interessati).

Ovviamente punto di arrivo indispensabile è la coeva riforma degli “ammortizzatori sociali” con l'abrogazione delle 34 leggi che oggi disciplinano la materia per pervenire allo scambio tra flessibilità per l'impresa e sicurezza per i lavoratori nel mercato.

E' un ulteriore approfondimento della “transazione ad un regime (europeo) di flexsecurity” (già presentato a marzo 2009 da Ichino ed altri 35 senatori e recante il n. 1481).

Il lavoratore, licenziato, riceve la garanzia di un sostegno del reddito fino ad un massimo di 4 anni (con una indennità scalare che va dal 90 al 60% della retribuzione) ma soprattutto la prospettiva di una ricollocazione molto più rapida, incentivata proprio dal costo del trattamento di disoccupazione. Infatti, l'integrazione salariale ed il trattamento di disoccupazione sono dovuti a tutti i lavoratori dalle rispettive imprese che - per questo - si assicurano presso l'INPS.

Alcuni giorni prima del 21 settembre, per la precisione in data 11 settembre, il Ministro del Lavoro, Maurizio Sacconi, riprendendo alcune “idee”, già presenti ne “Il libro bianco del Welfare” sottolineava che, seguendo l'insegnamento di Marco Biagi, il Governo

---

\* Articolo pubblicato nella rivista giuridica *il diritto dei lavori*, anno III n. 2, ottobre 2009, Cacucci, Bari.

aveva orientato le sue scelte verso un obiettivo di una società *“attiva”* in quanto tale capace di includere i giovani, le donne, gli anziani ed i diversamente abili con forme di lavoro innovative ma pur sempre di *“qualità”*.

Il carattere al contrario escludente verso queste fasce sociali della tradizionale regolazione dei rapporti di lavoro è stato determinato da un approccio esasperatamente ideologico e caudico al modo reale delle tutele del lavoro!

Risultato ne sarebbe stato che molti cittadini ne sono rimasti del tutto privi perché esclusi dall'accesso ad un lavoro, nella cultura diffusa, ritenuto *“regolare”*.

Né la soluzione a questo problema può consistere in una generosa diffusione delle forme di sostegno al reddito delle persone inattive. Essa sarebbe incompatibile con le restrizioni alle quali è sottoposta la finanza pubblica. Indurrebbe pigrizia, assenza di responsabilità, rattrappimento ulteriore della base occupazione.

Allo stesso modo il superamento delle molte criticità nel mercato del lavoro non può essere affidato ad una concezione burocratica dei lavori che alimenta, solo, un imponente contenzioso e la deriva di un sistema antagonista e conflittuale di relazioni industriali.

E' manifestamente una operazione astratta quella di pensare di poter cristallizzare il dinamismo dei nuovi lavori e della più recente situazione economica in rigide categorie giuridiche, unificanti solo sulla carta, ma lontane da una realtà che, per essere governata (e non rifuggire nella economia sommersa) deve, sempre meno, essere etero-diretta dal legislatore statale e sempre più affidata a logiche partecipative e al libero dispiegarsi della flessibile contrattazione collettiva ed individuale.

L'effettività del mercato del lavoro non dipende da obsoleti vincoli pubblicistici ma piuttosto dai cambiamenti del sistema di relazioni industriali e di lavoro in favore di logiche di tipo cooperativo e partecipativo che il Governo può sostenere con incentivi fiscali al salario variabile, deciso in azienda e nel territorio e con norme di favore per gli organismi bilaterali.

Tre sono i diritti fondamentali da garantire ad ogni persona che lavora:

1. innanzitutto, il diritto ad ambienti di lavoro sicuri;
2. il diritto ad un compenso equo non solo in quanto idoneo a garantire una esistenza libera e dignitosa, ma anche proporzionato ai risultati dell'impresa;
3. il diritto all'incremento della conoscenza e delle competenze lungo tutto l'arco di vita, quale vera garanzia di stabilità occupazionale e di espressione delle individuali potenzialità.

Si tratta di un corpo di tutele progressive del lavoro, costruite per geometrie variabili e modulabili in funzione della anzianità di servizio e del reale grado di dipendenza economica del lavoratore.

Ancor più recente è la sortita del Ministro Brunetta per quel che riguarda i dipendenti pubblici: sortita alla quale non mi sento di replicare.

Volute le premesse, può parlarsi, ora, della morte della legislazione antidiscriminatoria.

Ad avviso di chi scrive, due sono le componenti sociali e politiche, delle quali non si può fare a meno di interessarsi.

La prima è che la legislazione antidiscriminazioni nasce quale forma democratica di parità dei cittadini di fronte alla legge.

Ogni riferimento a quanto espresso dalla Consulta sul c.d. *“lodo Alfano”* è pienamente voluto!

La seconda è che è praticamente impossibile, in sede legislativa, andare a contrastare fattispecie che, quotidianamente (a livello di luoghi di lavoro, così come nelle realtà comuni di vita), hanno quale unica e assoluta componente la volontà discriminatoria.

L'aspetto singolare è che la "*cultura antidiscriminatoria*" nel nostro Paese ha conosciuto gradualmente "*affievolimenti*" con progressione gradualmente inversa rispetto alle attenzioni della Comunità europea.

Si è verificato, così, che per quanto abbia ricercato, in via diretta o attraverso la collaborazione di laureandi o assistenti, non sono riuscito a rinvenire un solo provvedimento ex l. n. 67/2006 del 1 marzo 2006 "*Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni*".

Per altri versi, il costante orientamento della Corte di Giustizia europea è quello di dilatare il concetto di discriminazione, considerando tale non solo l'applicazione di norme diverse a situazioni comparabili ma anche quando si applica la stessa norma a situazioni diverse.

Il d.lgs. n. 145 del 30 maggio 2005 (pubblicato sulla G.U. n. 173 del 27 luglio 2005) ha recepito la Direttiva 2002/73/CE in materia di parità di trattamento per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alle formazioni, alla promozione professionale e alle condizioni di lavoro.

E' stato ribadito da chi mi ha preceduto che - per il principio della successione delle leggi nel tempo - sono state modificate sia la l. n. 125/1991, sia la l. n. 903/1977, le cui disposizioni sono in parte confluite nel d.lgs. n. 151/2001.

L'aspetto di maggior rilievo è che il recepimento della Direttiva n. 73/2002 ha esteso la tutela dal lavoro subordinato a quello autonomo (o libero professionale).

Ne consegue, così, che è vietata (pena la nullità del negozio) qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, per quanto riguarda l'accesso ad un lavoro, sia in forma subordinata che autonoma o in qualsiasi altra modalità, indipendentemente dalla tipologia negoziale di costruzione del vincolo giuridico e qualunque sia il settore o il ramo di attività a tutti i livelli di impatto professionale.

In via del tutto parentetica sia consentito di ricordare che, personalmente, ho iniziato a sostenere che discriminatoria sia la "*posizione economicamente dominante*", movendo dalla quale non si rispettino i limiti di libertà e dignità dei liberi professionisti da parte di Imprese le quali, dopo aver - per un certo arco di tempo - utilizzato l'attività del suddetto libero professionista, non ritengano di riconoscergli neanche un adeguato preavviso nell'atto in cui decidano di non servirsene ulteriormente o di modificare la collocazione in seno alla "*pianta organica*" aziendale.

Può essere utile che si sappia che di recente (nel febbraio 2008) la Suprema Corte ha iniziato ad intravedere segni di violazione all'art. 1344 Cod. Civ., quale frode alla legge per violazione di clausola generale di tipizzazione delle condotte negoziali tenute in violazione di norme imperative.

Non è superfluo ricordare che il d.lgs. n. 145/2005 ha effettuato una "*forzatura*" del dettato della Direttiva nell'atto in cui, in tema di discriminazione indiretta, ha sottolineato che la stessa non ricorre quando il comportamento attuato riguardi i requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa purchè l'obiettivo sia legittimo e i mezzi, impiegati per il suo conseguimento, siano appropriati e necessari.

In realtà, la Direttiva recepitava sembrava limitare la deroga a situazioni oggettivamente giustificate "*... da una finalità legittima*" sempre che i mezzi impiegati siano appropriati e necessari.

L'impressione più che fondata che si trae dalla disamina dei quotidiani accadimenti nelle Aule di giustizia è che, troppo oberati dal carico del ruolo, i Magistrati abbiano "declinato" la "valutazione" (nei termini di cui all'art. 2729, comma 1, c.c.) degli "elementi di fatto".

E' pur vero che è lo stesso legislatore (penso all'art. 3 l. n. 67/2006) che rende loro compito gravoso allorquando chiede che gli elementi di fatto debbano essere proposti "... in termini gravi, precisi e concordanti ...".

Nel presentare alcuni anni or sono lo stato dell'arte nei disegni e progetti di legge in tema di mobbing (che altro non è che una discriminazione continua e reiterata) osservai che l'unico sistema attraverso il quale si sarebbe potuto assecondare un suo riconoscimento in sede giudiziale non poteva che essere quello di prevedere un'inversione dell'onere della prova (quale quello esistente in tema di licenziamento).

La cosa, a tutt'oggi, non mi pare assurda allorquando si pensi che costante è la giurisprudenza che richiede - ai sensi dell'art. 2087 c.c. - che sia il datore di lavoro a fornire la prova di aver posto in essere ogni elemento di prevenzione utile alla salvaguardia della tutela della salute del prestatore di lavoro (è pur vero che corposo è il dibattito se si debba trattare di "tecnologicamente attuabile" o di semplicemente "fattibile").

E' altrettanto vero che il Governo non è riuscito (nel decreto legislativo n. 106/09, attuativo del d.lgs. n. 81/2008) a dilazionare (*sine die?*) i contenuti della fattispecie dello *stress lavoro correlato* che - a mio avviso - è la più recente chiave di lettura di ogni discriminazione.

Si è verificato così che i Giudici, alla ricerca dei "termini gravi, precisi e concordanti ..." abbiano alcune volte ignorato che la procedura antidiscriminatoria è procedura d'urgenza (anche se non preceduta nell'intestazione dal fantomatico art. 699-bis, etc. c.p.c.); abbiano trascurato le "ordinanze" (aventi vero e proprio valore di sentenze parziali) pur previste dalla legge; abbiano mostrato vero e proprio scarso gradimento tutte le volte in cui si chiedeva loro di abbandonare le attuali "scadenze" temporali per eliminare manifesti segni discriminatori, magari disponendo un accesso immediato dell'Ufficio sui posti di lavoro ed una escussione di testi in loco.