

Discriminazione diretta e discriminazione indiretta nel diritto del lavoro

Prof. Stefania Scarponi

Ordinaria di Diritto del Lavoro

Facoltà di Giurisprudenza - Università di Trento

Già Componente Collegio Istruttorio Comitato Pari opportunità Min.Lavoro

Evoluzione storica

- Art. 15 Statuto dei Lavoratori (atti o patti diretti a discriminare ...) : nessuna definizione della discriminazione vietata
- Prevale per lungo tempo l'orientamento che fa rientrare la discriminazione nella fattispecie del motivo illecito determinante ex art.1345 c.c.
- Concezione soggettiva e onere a carico della vittima di provare l'intento discriminatorio dell'autore della discriminazione
- Applicazione delle presunzioni ma legate al presupposto sancito dal codice civile (indizi gravi, precisi e concordanti)
- Nozione di discriminazione indiretta coniata dalla Cge in materia di eguaglianza e non discriminazione uomo/donna nel lavoro poi accolta dalla L.n.125/91
- Il quadro generale si modifica a seguito dell'emanazione delle Direttive europee ex Art.13 Trattato Amsterdam e dei decreti di trasposizione, a cui occorre coordinare l'art.15 St.Lav. che pur mantenendo l'originaria versione non può essere interpretato in chiave di «intenzionalità»

Nozione oggettiva di discriminazione

- Il prevalere della definizione di discriminazione propria delle direttive di seconda generazione, ha posto progressivamente in secondo piano la questione della intenzionalità o meno della condotta in caso di discriminazione
- La nozione di discriminazione è da intendersi in senso oggettivo, e non soggettivo
- Non si deve cioè provare l'intento discriminatorio in capo all'autore della discriminazione, ma è sufficiente provare la diversità di trattamento (d. diretta) o gli effetti particolarmente svantaggiosi (d. indiretta) e la correlazione fra tale differenza e l'appartenenza dei soggetti colpiti a una delle categorie protette dai divieti di discriminazione

Giurisprudenza e nozione oggettiva discriminazione

- Abbandono della concezione soggettiva ancorata al motivo illecito determinante anche da parte della giurisprudenza nazionale (Cass. 6576 / 2016; di recente Cass.n.1/2020)
- Conseguenze in termini non solo di alleggerimento probatorio ma altresì di non esclusività del motivo, perché la discriminazione può ricorrere anche in presenza di altri motivi dell'atto o comportamento del datore di lavoro (es. licenziamento) ove vi sia una differenza di trattamento connessa ai fattori di d. vietata
- Ciò non significa ovviamente escludere che possa sussistere anche l' intenzionalità discriminatoria nel comportamento dell'autore della discriminazione es. come in caso di affermazioni discriminatorie riferite all'accesso all'occupazione o al lavoro (Cgue 23.4.2020 N.H. /Ass. *diritti Lgbtq+*) ma non occorre provarla

Definizione di discriminazione diretta

Art. 2 , comma 1 lett. a) Dlgs 215, e D.Lgs 216)

- quando, per uno dei motivi ricompresi nei fattori protetti richiamati dai divieti di discriminazione una persona e' trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga, secondo l'ambito applicativo del divieto

Art. 25 Codice Pari Opportunità (D.Lgs. 198/06)

- ogni atto, patto o comportamento che produce un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso
- o comunque il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in posizione analoga

Giudizio di comparazione

- Comparazione con situazioni non solo attuali tra il soggetto discriminato e quello preso come punto di riferimento (*tertium comparationis*) es. in caso di assunzione, promozione, trattamenti retributivi, sanzioni, licenziamenti etc.
- ma anche passate (in passato un soggetto nelle medesime condizioni è stato trattato in modo più vantaggioso di quanto sia ora trattato un altro soggetto coperto dal divieto di discriminazione)
- e altresì ipotetiche (es. se non fosse donna, immigrato, omosessuale etc. non sarebbe trattata in questo modo) per permettere di ampliare la ricerca e far emergere situazioni che altrimenti sarebbero di difficile individuazione (discriminazioni dissimulate).
- Il divieto si riferisce anche alle discriminazioni potenziali, come quelle connesse all'accesso al lavoro o all'occupazione ove non sempre è possibile individuare le vittime.

Esempi di d. diretta

La differenza di trattamento riservata ai soggetti protetti dal divieto di d. si può concretizzare nell'adozione di atti o comportamenti commissivi

- Es. licenziamento connesso all'appartenenza sindacale (cause Fiom /FCA), al raggiungimento di una determinata età salvo le eccezioni previste, all'appartenenza ad una determinata religione (Cgue Egenberger e I.R. 2018, Cgue Bagnaoui 2017), decisione della lavoratrice di avviare una PMA (Cass. 6575/2017) oppure una operazione di riattribuzione di sesso (Cgue
- Oppure la discriminazione può consistere in atti omissivi, ovvero mancata attribuzione del beneficio riconosciuto ad altra persona non appartenente alle categorie protette dai divieti di discriminazione, (es. rifiuto di riconoscere i congedi parentali a chi ne abbia diritto; oppure di rinnovare il contratto di lavoro a termine come nel caso legato all'orientamento omosessuale C.A. Trento 7.3.2017 n.14, Ridl 2017; di specifici benefici in caso di feste religiose Cgue Cresco 22/2019 C- 193/2017)
- In questi ultimi casi il rimedio consiste nella parificazione del trattamento negato

Deroghe alle d. dirette

- Il riferimento esplicito al fattore vietato - origine etnica, lingua, religione, età, orientamento sessuale, genere, disabilità - è ammesso (art.3, Decreti n.215 e 216/2003)) se **per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui viene espletata il fattore protetto** si rivela **essenziale e determinante** per lo svolgimento dell'attività stessa.

In caso **d. di genere** è ammessa la deroga solo nei settori **della moda, arte, spettacolo** ed esclusivamente se le mansioni specifiche lo richiedono

Al contrario:

- La preferenza del cliente non costituisce una valida giustificazione (Cgue 14.3.2017 Bagnai)
- La libertà di espressione non costituisce una giustificazione valida ad escludere la illegittimità di dichiarazioni discriminatorie rese in pubblico in tema di politiche di assunzione, anche se non via sia una procedura di assunzione in atto (Cgue 23 .4. 2020, N.H. /Ass. diritti Lgbtq+)

Definizione di Discriminazione indiretta

Art. 2, c.2 lett. b) D.Lgs. 215 e 216/00 e D.Lgs. 198/06

- Quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento **apparentemente neutri** mettono o possono mettere le persone di una particolare razza o origine etnica (D.Lgs.215) o che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un particolare orientamento sessuale (D.Lgs. 216) o di un determinato sesso (D.Lgs.198/06)
- in una situazione di **particolare svantaggio** rispetto ad altre persone non appartenenti al gruppo svantaggiato
- a meno che il requisito non risponda ad una **finalità legittima** e sia **necessario e proporzionato** (**nel caso del D.Lgs. 198/06 si aggiunge che riguardi requisiti essenziali alla attività lavorativa**)

Derivazione dal diritto angloamericano accolta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e recepita normativamente dalle Direttive di seconda generazione. Inizialmente era stata privilegiata la formula fondata sull'impatto sproporzionato, in seguito abbandonato per le difficoltà di stabilire con certezza a quale percentuale attribuire l'impatto discriminatorio.

Distinzione tra d. diretta e d. indiretta

- Mentre nel caso di discriminazione diretta è la condotta, il comportamento tenuto, che determina la disparità di trattamento, nel caso di discriminazione indiretta la disparità vietata è l'effetto di un atto, di un patto di una disposizione di una prassi in sé legittima; di un comportamento che è corretto in astratto e che, in quanto destinato a produrre i suoi effetti nei confronti di un soggetto con particolari caratteristiche, che costituiscono il fattore di rischio della discriminazione, determina invece una situazione di disparità che l'ordinamento sanziona (Cass. 25/07/2019, n. 20204).
- Allo stesso modo, la Corte EDU ha affermato che «una differenza di trattamento può consistere nell'effetto sproporzionatamente pregiudizievole di una politica o di una misura generale che, se pur formulata in termini neutri, produce una discriminazione nei confronti di un determinato gruppo» (Ctedu, sentenza 13 novembre 2007, D.H. e a. c. Repubblica ceca [GC] (n. 57325/00))

D.Indiretta e «particolare svantaggio»

La d. indiretta è stata molto applicata in passato nei confronti della d. di genere (bandi di concorso con requisiti molto più diffusi tra gli uomini che tra le donne es. altezza, forza fisica, particolari titoli di studio) attualmente invocata frequentemente e particolarmente in materia di religione e convinzioni personali

- **Lo «svantaggio particolare» non deve essere necessariamente inteso in senso di particolare gravità ma deve trattarsi di svantaggio «apprezzabile»**

Cgue 16 .7. 2015 C - 8314 *Chetz* in un caso di discriminazione «associata»

- La giurisprudenza però è ancora legata al criterio **dell' «impatto sproporzionato e svantaggioso» dimostrabile anche mediante analisi statistiche**
- **Lo svantaggio può essere oggetto anche di una valutazione di tipo qualitativo:**

Crocifisso in aula scolastica e illegittimità della sanzione disciplinare nei confronti dell'insegnante senza che tuttavia ricorra una discriminazione per mancaza del «particolare svantaggio» non essendo l'insegnante condizionato nello svolgimento della sua attività didattica Cass. SU 9/ 9/2021 n.24414 su ordinanza di rimessione Cass. 13.9.2020 n.19618

Contratto a t. parziale - Disc. Indiretta di genere e svantaggio connesso all'impatto sproporzionato

CGUE 3.10.2019 C – 274/18 Schuch - Gannadan

- «L'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della D. 2006/54/CE riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, va interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale
- «che fissa, per i lavoratori a tempo determinato una durata massima dei rapporti di lavoro superiore per i lavoratori a tempo parziale rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili, se risulta dimostrato che tale normativa incide negativamente su una percentuale significativamente più elevata di lavoratori di sesso femminile che di sesso maschile e se detta normativa non è oggettivamente giustificata da una finalità legittima o se i mezzi impiegati per il suo conseguimento non sono appropriati e necessari. (v., in tal senso, sentenza dell'8 maggio 2019, Villar Láiz, C-161/18, EU:C:2019:382, punto 38 e giurisprudenza ivi citata)» (Esclude trattarsi di applicazione criterio «pro-rata temporis»
- Conforme Cass. 21801/2021 rapporto di lavoro a tempo parziale e discriminazione indiretta di genere per allungamento della durata necessaria per accedere al concorso per qualifica superiore

D. Indiretta - ambito di comparazione - inferenza statistica (Cass. 21801/2021)

- Esperienza di servizio utile per promozione di carriera e allungamento della durata in caso di lavoro a tempo parziale (criterio *pro – rata temporis* ex art.4 D.lgs 61/2000) – Discriminazione di genere
- La discriminazione dipendeva dal fatto che solo il 30,62 % dei lav. P.t., dove le donne erano l'80% , aveva ottenuto il passaggio di graduatoria, contro il 55,28 % di chi lavorava a tempo pieno – Cass respinge la comparazione effettuata solo nell'ambito del part-time che è un'indagine propria della d.diretta. Al contrario, nella d. indiretta occorre verificare non il trattamento ma l'effetto svantaggioso, che sussiste quando colpisce in proporzione significativamente maggiore le persone di un determinato sesso rispetto all'altro
- L'ambito di comparazione deve essere lo stesso della norma del bando applicabile e verificare in quale percentuale ne fossero colpiti negativamente gli uomini e le donne a part-time rispetto a quelli/quelle a tempo pieno (n.23 e 24 sentenza)
- Esperienza valida per la progressione economica (secondo quanto previsto dal CCNL ma non necessariamente per la progressione di carriera – Rinvio al giudice di merito

Cass. n.1/2020 – D. indiretta – impatto sproporzionato nei confronti di appartenenti a specifiche sigle sindacali

- «Si ritiene che si configuri una “presunzione” di discriminazione indiretta qualora sia accertato che l’applicazione del criterio astrattamente neutro (ragioni produttive) pregiudichi in percentuale molto più elevata i soggetti portatori in fattore di rischio rispetto ai non portatori.» Nel caso i lavoratori aderenti ai Cobas erano interessati all’80%
- «Solo laddove questo fatto sia accertato, spetta al datore di lavoro dimostrare il contrario
- cfr. CGUE C226-98 Jorgensen, in materia di discriminazione per sesso, «Laddove si afferma che il datore debba provare “il contrario”, ci si riferisce sia alla prova contraria della sussistenza dei fatti costitutivi (ad esempio, la disparità di trattamento non è collegata al criterio o l’impatto pregiudizievole del criterio è smentito sulla base di altri dati statistici, da cui risulti “meno che particolare”), sia alla prova dei fatti impeditivi, di cui il datore è gravato in base alle regole generali.»

Algoritmo, discriminazione indiretta e sciopero dei riders

T. Bologna 31.12.2020

Sistema di funzionamento dell'algoritmo era neutro ma produceva effetti svantaggiosi nei confronti degli aderenti a scioperi spontanei

- imponendo il rispetto della sessione di lavoro prenotata e la connessione entro 15 minuti dall'inizio della sessione nella zona di lavoro, di fatto penalizza l'adesione del rider a forme di autotutela collettiva e, in particolare, ad astensioni totali dal lavoro coincidenti con la sessione prenotata;
- Dunque per evitare la penalizzazione delle proprie statistiche, il rider che voglia scioperare dovrebbe comunque recarsi all'interno della zona di lavoro entro i primi 15 minuti dall'inizio della sessione prenotata, cioè in sostanza dovrebbe necessariamente presentarsi sul luogo di lavoro, il che appare incompatibile con l'esercizio del diritto di sciopero che consiste invece nella totale astensione dall'attività lavorativa (e a maggior ragione con l'eventuale stato di malattia o con la necessità di assistere un figlio minore malato, che normalmente presuppongono l'impossibilità di
- tale penalizzazione deriva dal fatto che il sistema di prenotazione settimanale consente ai riders con maggior punteggio di prenotare con priorità le sessioni di lavoro (i turni o slots) che man mano si saturano divenendo non disponibili per i riders con minore priorità

Discriminazione indiretta e giustificazioni

Art.3, comma 6 (D.Lgs. 215 e D.Lgs 216)

Non costituiscono, comunque, atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento che, pur risultando indirettamente discriminatorie, siano giustificate **oggettivamente da finalita' legittime** perseguite attraverso mezzi **appropriati e necessari**.

Valutazione del giudice basata sui riscontri oggettivi e non sulle indicazioni del datore di lavoro

- in materia di libertà religiosa, è illegittimo il rifiuto del responsabile di agenzia di collocamento di avviare una lavoratrice musulmana con il velo in quanto il datore di lavoro aveva richiesto «ragazze con capelli lunghi e vaporosi» per un posto di distributrice di volantini di una azienda di calzature alla Fiera espositiva, data la mancanza di alcuna rilevanza tra il requisito richiesto e le mansioni da svolgere (C. A. Milano 20.5.2016 in RIDL 2016, II, 821)
- La adozione di una politica di neutralità aziendale è una giustificazione legittima ad imporre di non esibire simboli religiosi, o di altre appartenenze ideologiche, filosofiche o di altro tipo, fermo restando l'obbligo di rispettare il criterio di proporzionalità (Cgue 14.3.2017 *Achbita*)

Discriminazione nel T.U. sull'immigrazione

- Rinvio operato dal diritto antidiscriminatorio alla nozione contenuta nel T.U. Immigrazione (art.1,c.2. D.Lgs.216) ai sensi dell'art. 43, c.1 e 2 D.Lgs. 286/1998 che riguarda la discriminazione per motivi di razza, nazionali o religiosi.
- In particolare per ciò che riguarda il lavoro si fa rinvio all'art.15 St.Lav. utilizzando la nozione di discriminazione contenuta nella legge sulla parità uomo/donna nel lavoro vigente all'epoca dell'emanazione del T.U. Quindi si fa riferimento alla discriminazione indiretta come quella che produce effetti pregiudizievoli conseguenti all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti ad una determinata razza o etnia e non riguardino requisiti essenziali all'attività lavorativa.

D. Indiretta e giudizio di proporzionalità

- La d. indiretta impone non solo un giudizio di correlazione tra requisiti e mansioni da svolgere ma altresì di proporzionalità rispetto al fine legittimo perseguito che può rendere illegittimo l'eventuale provvedimento del datore di lavoro.
- Secondo la Cgue il rispetto del principio di proporzionalità comporta l'obbligo di adottare misure di **ragionevole accomodamento in tema di libertà religiosa (cfr anche la sentenza citata sopra SSUU 24414/2021)**.
- CGUE 2017 Achbita: Il licenziamento disciplinare di una lavoratrice che si era rifiutata di togliersi il velo (hijab) - pur essendo ritenuta lecita la richiesta del d.di lavoro in quanto giustificata dal perseguimento di una immagine di neutralità aziendale che vietava non a tutti i dipendenti ma solo agli addetti al front-desk di mostrare simboli religiosi o di adesione ideologica, filosofica o di qualsiasi altra natura (quindi non solo ad alcune religioni) - è considerato sproporzionato e pertanto illegittimo se il datore di l. non dimostri di aver tentato altre soluzioni organizzative praticabili senza oneri aggiuntivi, come lo spostamento a mansioni non in contatto diretto con i clienti.

Discriminazione e diritti di maternità e paternità Art.25 *2-bis. D.Lgs.198/06*

- Costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti.
- Le discriminazioni legate alla gravidanza e maternità sono considerate d. dirette (Considerando n. 23 Direttiva 06/54) .
- Altri trattamenti negativi possono costituire d. indirette. Es. Modifica orario di lavoro che eliminando margini di flessibilità dell'orario di lavoro in entrata e in uscita prima ammessi secondo il ccnl può mettere in difficoltà i genitori lavoratori (T. Firenze 22.10.2019 in Riv.Giur.Lav.,II, 2019)
- Interpretazione estensiva che va oltre quanto già previsto dalla disciplina specifica in materia. Es: Discriminatorio il licenziamento connesso alla manifestazione dell'intenzione di avvalersi della PMA (Cass. 6575/2016); è discriminatorio non considerare i periodi di congedo parentale ai fini della retribuzione incentivante (T. Torino 26.10.2016 RIDL 2017,II,286)

Altre situazioni equiparate alle discriminazioni (applicazione delle medesime tutele sostanziali e processuali)

- L'ordine di discriminare (Art 2, c. 4 D.Lgs. 216)
- Gli atti ritorsivi adottati nei confronti di chi abbia reagito contro una discriminazione diretta o indiretta (art. 4-bis D.Lgs.216) oppure abbia denunciato una molestia o molestia sessuale
- Le molestie nei confronti delle persone cui si riferiscono i divieti di discriminazione (Art. 2, c. 3 D.Lgs.216)
- in caso di discriminazione di genere oltre le molestie anche le molestie sessuali (art.26, D.Lgs.198/06)

Molestie e di molestie sessuali

- **Definizione normativa della molestie psicologiche omogenea per tutti i fattori di discriminazione vietata** - Comportamenti posti in essere nei confronti di una persona protetta dai divieti di discriminazione aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un ambiente intimidatorio, ostile, umiliante od offensivo (art.2,c.3 D.Lgs/216). Neppure in questo caso è richiesta la prova dell'intenzionalità
- **Molestie sessuali** (art. 26,c.2 CPO) Comportamenti indesiderati a connotazione sessuale espressi in forma fisica, verbale o non verbale, aventi lo scopo o l'effetto di offendere la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un ambiente intimidatorio, ostile, umiliante od offensivo
- Opera anche l'obbligo a carico del datore di lavoro di salvaguardare la salute e la **dignità** dei propri dipendenti (Art.2087 c.c. e Dlgs. 81/2008) e la nullità degli atti di ritorsione

Discriminazioni potenziali/collettive

Anche se la vittima non è identificabile la discriminazione è comunque vietata in relazione alla formula legislativa «possono mettere»

- Annunci di offerte di lavoro che contengono requisiti direttamente o indirettamente discriminatori e non necessari per la mansione attribuita
- Dichiarazione da parte di un datore di lavoro (anche potenziale) di non voler assumere soggetti protetti dai divieti di discriminazione, come le persone di colore (Cgue 2008 *Feryn*) oppure omosessuali (Cgue 22.4.2020 C - 507/18 *N.H. v. Avvocatura diritti LGBT*) per l'effetto intimidatorio che ne deriva
- Modifica orario di lavoro che eliminando margini di flessibilità dell'orario di lavoro in entrata e in uscita prima ammessi secondo il ccnl può mettere in difficoltà i genitori lavoratori (T. Firenze 22.10.2019 in RGL 2019)

Convenzione OIL 150/2019 - Ratificata con L. n.4/2021

Definizione di violenza e molestia (Art. 1 Conv. OIL):

- comportamenti inaccettabili
- o la minaccia di porli in essere
- in un'unica occasione o ripetutamente
- che si prefiggano, causino o possano causare
- Un danno fisico psicologico sessuale od economico ed include la violenza di genere (in ragione del loro sesso o genere o che abbiano un impatto sproporzionato)

Esigenze di coordinamento tra le definizioni emergenti dal diritto antidiscriminatorio e quelle di fonte internazionale

Giurisprudenza citata

Cgue 23 .4. 2020, C-507/18, N.H. /Ass. diritti Lgbtq+ (dichiarazioni discriminatorie)

Cgue Cresco 22/2019 C-193/2017 (disparità trattamento in materia religiosa)

Cgue 14.3.2017 *Bagnai* ; Cgue 14.3.2017 *Achbita (simboli religiosi)*

Cgue 3.10.2019 C – 274/18 Schuch – Gannadan (contratto a t.parziale)

C.A. Trento 7.3.2017 n.14,Ridl 2017 (mancato rinnovo contratto per omosessualità)

Cass. 25/07/2019, n. 20204 (Discriminazione diretta e indiretta e onere della prova)

Cass. 2.1. 2020 n.1 (Trasferimento antisindacale)

T. Bologna 31.12.2020 (algoritmo antisindacale)

Cass. 21801/2021 (Contratto a t, parziale)

Cass SU 14.9.21 n. 24414 (Crocifisso in aula e docente dissenziente)

T. Torino 26.10.2016 RIDL 2017,II,286 (Congedi parentali e penalizzazione retributiva)

T. Firenze 22.10.2019 in Riv.Giur.Lav.,II, 2019 (Orari flessibili e diritti genitoriali)