

Giurisprudenza

La discriminazione di genere ed il regime probatorio agevolato ex art. 40 D.Lgs. n. 198/2006

Nota a Tribunale di Taranto, Sez. Lav., decreto 28 maggio 2019 – Giud. Leone

R. V. (Avv. Pollicoro) c. A. Srl (Avv. De Franco, Avv. De La Forest, Avv. Martinelli)

Discriminazione di genere – Licenziamento - Onere della prova - Tutela risarcitoria - Sussistenza del fatto contestato

Art. 3, 35, 36 e 37 Cost. - Art. 38, D.Lgs. n. 198/2006 – Art. 40, D.Lgs. 198/2006 – Art. 689, c. 1, c.p.c.

di *Livia Tamburro**

È infondata la domanda della lavoratrice diretta a richiedere ex art. 38, D.Lgs. n. 198/2006 la cessazione di un comportamento datoriale asseritamente discriminatorio per genere, con conseguente reintegrazione nel posto di lavoro in precedenza occupato, oltre alla condanna al risarcimento di tutti i danni non patrimoniali arrecatigli dal datore di lavoro, se non è adeguatamente provato il nesso di causalità tra la condotta illegittima ed il danno non patrimoniale subito.

Il provvedimento ex art. 38 del D.Lgs. n. 198/2006 presuppone la prova, da parte del ricorrente, di elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, che siano idonei a fondare, in termini gravi, precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti, o comportamenti discriminatori in ragione di sesso (art. 40).

Il ricorso deve essere rigettato qualora il datore di lavoro non provi la sussistenza oggettiva della condotta discriminatoria addebitatagli, dimostrando che il trattamento riservato alla lavoratrice ha una causa lecita, ovvero non è diverso da quello che astrattamente sarebbe stato riservato ad un terzo soggetto, privo dello stesso fattore di protezione, rispetto al quale va operato il giudizio di comparazione. (Massime a cura dell'A.)

Il decreto del Tribunale di Taranto trae origine dal ricorso ex art. 38 D.Lgs. n. 198/2006 proposto da una lavoratrice per denunciare l'asserita discrimina-

* Avvocato in Roma.

Giurisprudenza

zione di genere posta in essere nei suoi confronti dall'azienda, al fine di chiedere il risarcimento del danno non patrimoniale che ne sarebbe derivato, oltre alla reintegrazione nel suo posto di lavoro.

La ricorrente ha dedotto di essere stata inquadrata come ingegnere gestionale e di aver svolto, dall'assunzione, mansioni di impiegata addetta al collaudo dimensionale.

Al rientro da una prima assenza dal lavoro per maternità, la ricorrente non era stata più adibita alle originarie mansioni, essendo, invece, assegnata alla gestione del magazzino e al controllo dei cicli di preparazione dei mandrini.

Successivamente, dopo essere stata riassegnata alle originarie mansioni presso un *team* analisi attivo in due turni, uno dei quali parzialmente ricadente in orario notturno, ha lamentato di essere stata inquadrata in un livello contrattuale inferiore a quello dei colleghi maschi, svolgenti le analoghe mansioni.

La ricorrente, successivamente, si avvaleva di ulteriore sospensione della prestazione lavorativa per una seconda maternità.

Al rientro della seconda maternità, la ricorrente non era stata più adibita ad alcuna attività ed era stata, infine, licenziata, senza che le venisse offerta alcuna soluzione alternativa per la conservazione del posto, nonostante l'azienda avesse continuato ad assumere nuovo personale, per posizioni lavorative che anche l'attrice avrebbe potuto rivestire.

Pertanto, chiedeva di ordinare la cessazione del comportamento discriminatorio assunto della datrice di lavoro nei suoi confronti, con conseguente reintegrazione nel posto di lavoro in precedenza occupato, oltre alla condanna al risarcimento di tutti i danni non patrimoniali subiti per effetto dell'illegitimo allontanamento da questo.

La resistente si costituiva in giudizio contestando la fondatezza della pretesa attrice chiedendone il rigetto, anche perché il licenziamento della ricorrente, intervenuto nelle more del giudizio, ne escludeva l'interesse ad agire.

Il Giudice ha rilevato che difetto funzionale dell'interesse ad agire era solo parziale, atteso che, se per un verso non era più possibile ordinare la cessazione della condotta pretesamente illegittima, stante l'estinzione del rapporto di lavoro, residuava, comunque, l'interesse della ricorrente al risarcimento del danno derivante dalla condotta asseritamente discriminatoria, costituita dall'allontanamento forzoso dal lavoro, ossia da fatto configurato come illecito.

All'esito il Tribunale ha rigettato il ricorso, posto che, da una parte, in punto di fatto, non era stata riscontrata la pretesa condotta discriminatoria posta in essere nei confronti della ricorrente, dall'altra non era stata in alcun modo fornita alcuna prova del danno non patrimoniale subito da questa, a seguito dell'allontanamento forzoso dal lavoro.

Secondo il giudice, poi, non sussiste danno *in re ipsa* derivante da una condotta potenzialmente discriminatoria, ma va provato, anche in via presun-

Giurisprudenza

tiva, un danno conseguenza, nella specie rimasto privo di allegazioni e dimostrazione.

Il regime probatorio dell'azione *ex art. 38 D.Lgs. 198/2006*, si configura come agevolativo, per il ricorrente che si dolga di condotte discriminatorie, rispetto all'ordinaria ripartizione nell'onere probatorio.

Sul punto occorre evidenziare che il Legislatore italiano, conformatosi alla normativa europea, (Direttiva 54/2005/CE) ha ritenuto opportuno apprestare una specifica disciplina, al fine di prevenire e contrastare sotto qualsiasi forma la discriminazione che possa avere luogo nel corso del rapporto di lavoro.

In particolare, con riferimento all'ordinamento nazionale, il Legislatore ha disposto specifica tutela dei lavoratori o delle lavoratrici oggetto di discriminazioni - sia in forma diretta che indiretta¹ - relativa al genere, attraverso il c.d. "*Codice delle pari opportunità tra uomo e donna*", volto ad assicurare la piena parità di trattamento e di opportunità a qualsivoglia lavoratore, a prescindere dal genere².

Alla stregua del complessivo quadro ordinamentale sopra richiamato, risultano introdotti plurimi divieti posti a carico del datore di lavoro, che preclu-

¹ All'art. 25, che apre il Capo I del Titolo I, D.Lgs. n. 198/2006 ("*Pari opportunità nel lavoro*"), si stabilisce, a norma dell'art. 4 della Legge n. 125/1991, che costituisce *discriminazione diretta* qualsiasi disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento, nonché l'ordine di porre in essere un atto o un comportamento che abbia come effetto una discriminazione fra lavoratori e lavoratrici in base al sesso e che è, invece, un atto di *discriminazione indiretta* una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri che mettono i lavoratori appartenenti ad un sesso in svantaggio rispetto a quelli dell'altro sesso.

Con l'aggiunta del comma 2-bis, ad opera del D.Lgs. n. 5/2010, è considerata discriminazione anche "*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*".

L'art. 26 del su citato Decreto precisa che anche le molestie (comma 1) e le molestie sessuali (comma 2) sono considerate discriminazioni basate sul sesso, nonché, ai sensi del nuovo comma 2-bis, "*i trattamenti meno favorevoli subiti da una lavoratrice o da un lavoratore per il fatto di aver rifiutato i comportamenti di cui ai commi 1 e 2 o di essersi sottomessi*".

² L'esigenza di parità esplose negli anni '70, periodo in cui i movimenti femministi furono molto attivi e con la Legge n. 903 del 1977 (ora in parte abrogata e trasferita prima nel D.Lgs. n. 151/2001 e poi nel D.Lgs. n. 198/2006), nota come "*Legge di parità*", viene stabilito il divieto di qualsiasi discriminazione sia nell'occupazione che nella formazione professionale (art. 1 c 3); il diritto alla stessa retribuzione a parità di lavoro (art. 2).

Resta il divieto generale del lavoro notturno per le lavoratrici, divieto che oggi non è più operante.

Giurisprudenza

dono, in particolar modo, la possibilità di attuare forme di disparità di trattamento nell'accesso al lavoro, nella determinazione della retribuzione, nella progressione di carriera, nonché nella fruizione delle prestazioni previdenziali.

Per quanto attiene, poi, ai profili di patologia del rapporto che inducono la necessità di ricorrere ad una tutela giurisdizionale, occorre porre attenzione, in particolare, al regime della prova regolato dall'art. 40 del Codice delle Pari Opportunità tra uomo e donna (D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198).

La disposizione in oggetto grava il datore di lavoro convenuto dell'onere di fornire la prova dell'inesistenza della discriminazione, nel caso in cui il ricorrente fornisca al giudice elementi di fatto indiziari, desunti anche da dati di carattere statistico, che configurino come verosimili i comportamenti discriminatori lamentati (assunzioni, trasferimenti, regimi retributivi, assegnazioni a mansioni e qualifiche, progressione in carriera, licenziamenti), purché *“idonei a fondare in termini precisi e concordanti la presunzione dell'esistenza di atti, patti e comportamenti discriminatori in ragione di sesso”*.

La portata e l'operatività della suddetta disposizione è stata oggetto di un articolato dibattito in dottrina e giurisprudenza, all'interno del quale si sono delineati due filoni interpretativi: il primo ritiene che l'art. 40 dispone un'inversione dell'onere della prova; il secondo che si tratti solo di una semplice attenuazione dell'onere della prova in favore del ricorrente³.

I giudici di legittimità, in proposito, hanno rilevato che l'art. 40 si astiene dall'operare una vera e propria inversione dell'onere, prescrivendo una mera *“attenuazione del regime ordinario”* della prova, cosicché soltanto laddove il

³ La Corte di Giustizia UE nella causa C- 80/1997, ha statuito che la direttiva n. 80/1997 in materia di onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso richiede agli Stati membri di adottare i provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio di non discriminazione qualora l'attore abbia prodotto, dinanzi ad un suo organo giurisdizionale ovvero ad un altro organo competente, elementi di fatto che consentono di presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta. Perciò solamente nel caso in cui vengano provati tali fatti, spetterà alla controparte dimostrare che non vi è stata violazione del divieto di discriminazione.

Alla luce di ciò, la Suprema Corte ha ritenuto in passato che la direttiva in oggetto non possa essere letta come una esortazione al Legislatore nazionale a prevedere una vera e propria inversione dell'onere della prova.

Il Legislatore comunitario ha disposto *“un alleggerimento del carico probatorio gravante sull'attore prevedendo che questo allegghi e dimostri circostanze di fatto delle quali possa desumersi per inferenza che la discriminazione abbia avuto luogo affinché possa scattare l'onere per il datore di lavoro di dimostrare l'insussistenza della discriminazione”*: in altri termini, è stato introdotto un onere probatorio *“asimmetrico”*. (Cass. n. 14206/2013).

Giurisprudenza

soggetto asseritamente discriminato abbia provato almeno alcuni fatti od elementi indiziari configuranti l'ipotesi di discriminazione, il datore di lavoro può ritenersi onerato della dimostrazione "dell'inesistenza della discriminazione" (sia essa diretta ovvero indiretta) o, in ogni caso, dell'insussistenza dell'intento discriminatorio⁴.

Ciò è, peraltro, desumibile dalla richiamata normativa europea, posto che, secondo il Tribunale "non pare possa leggersi nelle direttive citate una esortazione al legislatore nazionale a prevedere una vera e propria inversione dell'onere della prova".

Ebbene, premessi questi sintetici cenni metodologici e tracciato il perimetro entro il quale l'interprete è tenuto ad operare, il Tribunale di Taranto ha rilevato che, nel caso di specie, la ricorrente, pur avendo allegato taluni elementi di fatto (mutamento di mansioni, diverso inquadramento contrattuale e retributivo, adibizione a lavoro in parte anche notturno), nonché la c.d. *prova statistica*, funzionali ad ipotizzare la sussistenza di una discriminazione di genere, non avrebbe raggiunto la dimostrazione della propria domanda in quanto la resistente aveva fornito la prova contraria, che supera la presunzione, dimostrando l'insussistenza della discriminazione, in particolare allegando le ragioni lecite e giustificatrici delle scelte aziendali.

A detta dell'Ufficio, se è vero che la dimostrazione della sussistenza di una discriminazione in danno del prestatore di lavoro è agevolata per legge, sicché il lavoratore che esercita l'azione ex art. 38 può limitarsi a fornire elementi di fatto, desunti anche da dati di tipo statistico tali da fondare in termini gravi, precisi e concordanti, la presunzione di esistenza di oggettive condotte discriminatorie, è altresì vero che, d'altra parte, il datore di lavoro può provare l'insussistenza della discriminazione, dimostrando che il trattamento riservato al lavoratore asseritamente discriminato ha una causa lecita, non essendo diverso da quello che, astrattamente, sarebbe stato riservato a un terzo soggetto privo dello stesso fattore di protezione, rispetto al quale va operato il giudizio di comparazione.

⁴ "In tema di comportamenti datoriali discriminatori, l'art. 40 del d.lgs. n. 198 del 2006 - nel fissare un principio applicabile sia nei casi di procedimento speciale antidiscriminatorio che di azione ordinaria, promossi dal lavoratore ovvero dal consigliere di parità - non stabilisce un'inversione dell'onere probatorio, ma solo un'attenuazione del regime probatorio ordinario in favore del ricorrente, prevedendo a carico del datore di lavoro, in linea con quanto disposto dall'art. 19 della Direttiva CE n. 2006/54 (come interpretato da Corte di Giustizia Ue 21 luglio 2011, C-104/10), l'onere di fornire la prova dell'inesistenza della discriminazione, ma a condizione che il ricorrente abbia previamente fornito al giudice elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, anche se non gravi, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso". Cass. n. 25543/2018.

Giurisprudenza

Nel caso di specie, per quanto emerso nel corso del giudizio, le mansioni assegnate alla ricorrente dopo la prima astensione per maternità erano certamente differenti rispetto a quelle precedenti, ma non inferiori o dequalificanti, atteso che la lavoratrice non si occupava soltanto del magazzino, ma anche della verifica dei cicli di lavoro.

Dopo la seconda astensione dal lavoro per ulteriore gravidanza la ricorrente ha allegato di essere stata assoggettata a pressioni per rassegnare le dimissioni volontarie.

La resistente ha provato, sia a mezzo di informatori che documentalmente, la antecedente cessazione della commessa alla quale questa era addetta, talchè anche l'attività del team analisi si era, conseguentemente, esaurita per tutto il personale addetto, non solo, quindi, per la ricorrente, prima del suo rientro al lavoro.

Ha anche provato l'offerta, diretta a tutti i dipendenti addetti alla predetta analisi, di svolgere attività di trasfertista, oppure di trasferirsi presso altra sede per attività inerenti al collaudo dimensionale, restando superata, quindi, anche l'eccezione della ricorrente di non aver ricevuto la relativa comunicazione, invece, documentalmente dimostrata come effettuata dalla resistente.

E se, pertanto, l'offerta di prosecuzione dell'attività in altre posizioni era stata egualmente proposta a tutti i dipendenti causalmente investiti dagli effetti della cessazione della commessa cui erano addetti, neppure era configurabile la condotta induttiva di svantaggio mirato, che tipicizza, per nozione, la discriminazione.

Va osservato che l'esclusione dell'*an* assorbiva, a nostro avviso, la necessità di pronuncia sul danno. Il Tribunale sostiene, in punto di principio, la non configurabilità di un danno *in re ipsa* discendente da una condotta datoriale potenzialmente discriminatoria, ma che, questo debba essere provato quale conseguenza dell'illecito, al pari del nesso di causalità, che lega la condotta discriminatoria ed il danno lamentato dal lavoratore.

Con tale capo di statuizione, in realtà, assorbito dalla decisione prioritaria sull'inesistenza dell'illecito, il Tribunale mostra di aderire all'orientamento seguito dalle Sezioni Unite con le note sentenze Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572 e Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972 e dal conforme orientamento che ne è seguito⁵.

La mancanza di allegazioni e di prove sulla natura e caratteristiche del danno non patrimoniale nei suoi plurimi ed anche coesistenti profili costitutivi, riconducibili all'unità della persona ed alle sue dinamiche relazionali, (bio-

⁵ *Ex multis*: Cass. 29 gennaio 2019, n. 2358; Cass. Civ. 29 gennaio 2019, n. 1931; Cass. 18 agosto 2016, n. 17163; Cass. 26 gennaio 2015, n. 1327; Cass. 19 agosto 2011, n. 17427; Cass. 17 settembre 2010, n. 19785; Cass. 19 dicembre 2008, n. 29832.

Giurisprudenza

logico, esistenziale, morale, all'immagine, alla professionalità, alla dignità) non consente al Giudice di ritenere che esso possa sussistere "*in re ipsa*", anche qualora fosse provato l'illecito, dovendone il richiedente fornire precisa individuazione e dimostrazione, anche attraverso presunzioni, restando in caso contrario, preclusa la determinazione in via equitativa.

In sintesi, una decisione, sul punto, coerente con l'orientamento tradizionale e condivisibile.