

Quaderno della Rivista
Diritti Lavori Mercati

8

Mezzo secolo
dallo Statuto dei lavoratori
Politiche del diritto e cultura giuridica
I

a cura di

MARIO RUSCIANO, LORENZO GAETA, LORENZO ZOPPOLI

Editoriale Scientifica

Il volume viene pubblicato con il contributo del Dipartimento di economia, management e metodi quantitativi dell'Università del Sannio di Benevento; dei Dipartimenti di Giurisprudenza e di Scienze politiche “Jean Monnet” dell'Università della Campania “Luigi Vanvitelli”; del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università “Magna Graecia” di Catanzaro; del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena.

© Copyright novembre 2020

Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 978-88-9391-945-6

ISSN 1722-7666

indice

presentazione

- 13 MARIO RUSCIANO, LORENZO GAETA, LORENZO ZOPPOLI

sezione prima

Introduzioni

- 17 MARIO RUSCIANO
I pilastri del diritto del lavoro: prima e dopo lo Statuto
- 31 UMBERTO ROMAGNOLI
Lo Statuto ha 50 anni!
- 57 FILIP DORSSEMONT
Lo Statuto all'avanguardia: uno strumento pionieristico per l'Europa e oltre
- 75 LORENZO ZOPPOLI
Dall'effettività alla sostenibilità: mezzo secolo di pragmatismo dei giuslavoristi

sezione seconda

Il dibattito politico, sindacale e parlamentare alle origini dello Statuto

- 85 PAOLO PASSANITI
L'Italia dello Statuto
- 105 LORENZO GAETA
Lo Statuto in Parlamento
- 125 ROBERTO VOZA
Il diritto come progetto politico: Gino Giugni e lo Statuto
- 149 MARIA DOLORES FERRARA
1970-2020: resistenza e resilienza delle idee ispiratrici all'origine dell'avventura statutaria

- 157 MAURA RANIERI
Il Partito comunista italiano e lo Statuto: ben oltre una mera astensione

sezione terza

La “persona” nello Statuto

- 165 VALERIO MAIO
Il Titolo primo dello Statuto e il principio personalista
- 179 GAETANO NATULLO
Ambiente di lavoro e tutela della salute dallo Statuto alla pandemia “Covid-19”
- 193 PAOLO PASCUCCI
Quale tutela nell’art. 9 dello Statuto? Rileggendo alcune pagine di Luigi Montuschi
- 203 CHIARA LAZZARI
Dall’art. 9 dello Statuto alle rappresentanze per la sicurezza ai tempi del Coronavirus. Costanti e variabili
- 209 GIORGIO FONTANA
Statuto e tutela antidiscriminatoria (1970-2020)
- 235 ANDREA BOLLANI
Tutele e tecniche normative nel diritto antidiscriminatorio a cinquant’anni dallo Statuto
- 251 LARA LAZZERONI
Lo Statuto tra vecchie e nuove sfide del diritto antidiscriminatorio

sezione quarta

Rappresentanza, conflitto e partecipazione.

Dalla logica dello Statuto alle nuove multinazionali

- 259 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
Sulla rappresentatività sindacale in trasformazione dallo Statuto ai giorni nostri
- 267 MASSIMILIANO DELFINO
*L’art. 19 dello Statuto dalla rappresentatività “presunta” a quella “incerta”.
E la rappresentatività “effettiva”?*
- 287 FULVIO CORSO
Ruolo dei rappresentati e meccanismi della rappresentanza nei luoghi di lavoro

- 295 RAFFAELLO SANTAGATA DE CASTRO
Statuto, trasformazioni organizzative e partecipazione nell'impresa
- 317 ANTONIO LOFFREDO
Le interviste impossibili: lo Statuto
- 331 EUFRASIA SENA
Il sindacato dopo l'emergenza coronavirus: problemi e prospettive
- 337 LUCIA D'ARCANGELO
Contrattazione territoriale vs. concertazione locale. Modelli e prassi del decentramento sindacale sul territorio
- 345 PASQUALE MONDA
Lo Statuto alla prova di "Industria 4.0": brevi riflessioni sulla c.d. disintermediazione sindacale
- 353 FEDERICO MARIA PUTATURO DONATI
Attualità dell'art. 36 dello Statuto nella legislazione emergenziale

sezione quinta

I poteri datoriali: l'attualità dello Statuto

- 363 EDOARDO ALES
La dimensione "doverosa" del potere di organizzazione
- 379 UMBERTO GARGIULO
La determinazione della prestazione di lavoro tra libertà e dignità: potere direttivo e jus variandi a cinquant'anni dallo Statuto
- 403 ARIANNA AVONDOLA
Demansionamento, contrattazione collettiva e ruolo del giudice cinquant'anni dopo
- 413 PIETRO LAMBERTUCCI
Il potere di controllo tra disciplina statutaria e regolamentazione della privacy
- 437 CLAUDIA MURENA
I controlli difensivi alla prova della tecnologia: strumenti di lavoro o strumenti di controllo?
- 443 LAURA TEBANO
Fabbrica 4.0 e potere di "controllo direttivo"

- 453 LUCIA VENDITTI
Il trasferimento del lavoratore: una norma stabile tra i confini mobili del luogo di lavoro
- 463 VALERIA NUZZO
Il potere disciplinare del datore di lavoro: dentro e oltre i limiti statutari
- 485 COSTANTINO CORDELLA
La tempestività della contestazione e/o del recesso e il regime sanzionatorio applicabile
- 493 *Notizie sugli autori*
- 497 *Abbreviazioni*

table of contents

foreword

- 13 MARIO RUSCIANO, LORENZO GAETA, LORENZO ZOPPOLI

section I

Introductions

- 17 MARIO RUSCIANO
The Pillars of Labour Law: Before and After the Statute
- 31 UMBERTO ROMAGNOLI
The Statute is 50 Years Old!
- 57 FILIP DORSSEMONT
The Statute at the Forefront: A Pioneering Instrument for Europe and Beyond
- 75 LORENZO ZOPPOLI
From Effectiveness to Sustainability: Half a Century of Labour Law Scholars' Pragmatism

section II

Political, Trade Union and Parliamentary Debate at the Origins of the Statute

- 85 PAOLO PASSANITI
Italy at the Time of the Statute's Introduction
- 105 LORENZO GAETA
The Statute in Parliament
- 125 ROBERTO VOZA
Law as a Political Project: Gino Giugni and the Statute

- 149 MARIA DOLORES FERRARA
1970-2020: The Resistance and Resilience of the Inspiring Ideas at the Origin of the Statute
- 157 MAURA RANIERI
The Italian Communist Party and the Statute: Well Beyond a Mere Abstention

section III

The Statute and the ‘Person’

- 165 VALERIO MAIO
Title I of the Statute and the “Personalist” Principle
- 179 GAETANO NATULLO
Work Environment and Health Protection: from the Statute to the Time of the “Covid-19” Pandemic
- 193 PAOLO PASCUCCI
What Kind of Protection does Article 9 of the Statute provide? Re-reading Luigi Montuschi
- 203 CHIARA LAZZARI
From Article 9 of the Statute to the Health and Safety Representatives at the Time of Coronavirus. Constants and Variables
- 209 GIORGIO FONTANA
The Statute and Anti-Discrimination Law (1970-2020)
- 235 ANDREA BOLLANI
Safeguards and Regulatory Techniques in Anti-Discrimination Law. Fifty Years of the Statute
- 251 LARA LAZZERONI
The Statute between Old and New Challenges of the Anti-discrimination Law

section IV**Representation, Conflict and Participation.****From the Logics of the Statute to the New Multinationals**

- 259 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
Union Representativeness in Transformation from the Enactment of the Statute to the Present Day
- 267 MASSIMILIANO DELFINO
Article 19 of the Statute from “Presumed” to “Uncertain” Representativeness: What about “Actual” Representativeness?
- 287 FULVIO CORSO
The Role of Represented Workers and the Systems of Collective Representation at the Workplace
- 295 RAFFAELLO SANTAGATA DE CASTRO
Statutory Rights, Organizational Changes and Representation on Company Boards
- 317 ANTONIO LOFFREDO
An Imagined Interview to the Statute
- 331 EUFRASIA SENA
Labour Unions after the Coronavirus Emergency: Problems and Prospects
- 337 LUCIA D’ARCANGELO
Territorial Bargaining vs. Local Level Social Dialogue. Models and Practices of Territorial Decentralization of Union Structures
- 345 PASQUALE MONDA
The Statute and the Challenge of “Industry 4.0”: Brief Reflections on the So-called Union Disintermediation
- 353 FEDERICO MARIA PUTATURO DONATI
The Modernity of Article 36 of the Statute in Emergency Legislation

section V**The Employer’s Powers: the Modernity of the Statute**

- 363 EDOARDO ALES
The “Necessary” Dimension of Organizational Power

- 379 UMBERTO GARGIULO
The Determination of Work Performance between Freedom and Dignity: Managerial Power and Power to Change Job Duties, Fifty Years after the Statute
- 403 ARIANNA AVONDOLA
Demotion, Collective Bargaining and the Role of the Judge Fifty Years after the Statute
- 413 PIETRO LAMBERTUCCI
The Control Power between Statutory and Privacy Regulation
- 437 CLAUDIA MURENA
Defensive Controls and the Challenge of Technology: Work Tools or Control Tools?
- 443 LAURA TEBANO
Factory 4.0 and Power of “Managerial Control”
- 453 LUCIA VENDITTI
The Transfer of the Employee: A Stable Regulation Between the Mobile Boundaries of the Workplace
- 463 VALERIA NUZZO
The Disciplinary Power of the Employer: The Scope of the Statute’s Limits
- 485 COSTANTINO CORDELLA
The Timeliness of the Communication of the Grounds of the Sanction of Discipline and/or Dismissal and the Applicable Regulation
- 493 *Authors’ information*
- 497 *Abbreviations*

Abstracts and keywords of each contribution can be found on the publisher’s website (www.editorialescientifica.com)

Giorgio Fontana

Statuto e tutela antidiscriminatoria (1970-2020)

Sommario: **1.** Il diritto antidiscriminatorio e lo Statuto. Tre casi “difficili”. **2.** Il “caso Santhià” e la discriminazione che non rileva. **3.** L’art. 15 dello Statuto e il diritto antidiscriminatorio, fra ritardi e resistenze. **4.** Il secondo caso. Discriminazioni e vecchi cliché. **5.** Il terzo caso controverso. Il diritto antidiscriminatorio e “il passato che non passa”. **6.** Passaggi difficili e conflitti risolti. **7.** L’uguaglianza come valore in sé e il nuovo diritto antidiscriminatorio. Conclusioni.

I. *Il diritto antidiscriminatorio e lo Statuto. Tre casi “difficili”*

A voler fare un bilancio veritiero dello Statuto, dal punto di vista delle sue disposizioni antidiscriminatorie, bisognerebbe forse dire, in premessa, che è tutto lo Statuto dei lavoratori in realtà ad essere influenzato dall’*esprit* egualitario, non solo i dispositivi antidiscriminatori in senso stretto, ed è stato proprio questo, come sappiamo, il segno di uno straordinario cambiamento storico e culturale, che è la ragione della longevità e della “resilienza” dell’impianto dello Statuto. Per comprendere il “salto” epocale basta ricordare quale fosse l’attitudine, la *forma mentis* comune prima dello Statuto, che aveva nel “culto” del diritto proprietario e nel contratto fra eguali – nella “parità delle armi” – i suoi fari. La rappresentazione dell’imprenditore privato come una sorta di monarca assoluto, mentre folle anonime facevano il loro ingresso nel mondo della produzione, non era solo una rappresentazione iconografica ma anche una fotografia della realtà, sul piano sociologico come sul piano del diritto positivo. L’immagine dell’operaio trasmessaci da Simone Weil¹,

¹ Mi riferisco ovviamente al volume di SIMONE WEIL, *La condizione operaia*, pubblicato in Italia da Mondadori nel 1990; la citazione è a p. 149. Ancora oggi attuali sono le sue parole per descrivere “il senso di inferiorità necessariamente imposto dai colpi quotidiani della povertà, della subordinazione, della dipendenza” che caratterizza il lavoro operaio.

potrebbe ben dirsi specularmente a quella dell'imprenditore, il “capo” dell'azienda, come lo definisce il codice civile del 1942. A questa immagine, dal così forte contenuto ideologico, corrispondeva del resto un assetto istituzionale e una teoria del potere, riconoscendosi alla supremazia dell'imprenditore una condizione di oggettività, giustificata dalla visione classista del proletariato urbano come moltitudine inadatta alla disciplina del lavoro, pigra e svogliata, da indirizzare e organizzare, dirigere, controllare e se del caso punire (un'immagine che qualcuno ancora oggi ripropone).

La discriminazione, nel senso che noi oggi attribuiamo a questo concetto, semplicemente non esisteva, né di fatto né di diritto, poiché il potere dell'imprenditore doveva, per “necessità”, essere libero da condizionamenti ed insindacabile nel suo esercizio. Simone Weil parlava di “pressione inesorabile e quotidiana della necessità” come fattore che giustifica “le umiliazioni, le sofferenze imposte, la subordinazione”². Commons, che era contemporaneo di Simone Weil, senza inutili infingimenti aveva descritto la condizione giuridico-contrattuale del lavoratore come “la disponibilità ad usare le sue facoltà in maniera conforme ad uno scopo che gli è stato indicato: vende la sua promessa di obbedire a degli ordini”³. Se dunque vogliamo affrontare realisticamente la questione delle discriminazioni nei luoghi di lavoro e in relazione al rapporto di lavoro, dobbiamo ammettere che la subordinazione è un terreno di coltura quasi ideale almeno fin quando il diritto del lavoro non ha messo fine o quanto meno arginato l'assolutismo in fabbrica, aprendo le porte, se non al regno della libertà, quanto meno alla costituzionalizzazione del “regno della necessità”. Il dispotismo, che discrimina e “inferiorizza” singoli o gruppi, riemerge tuttavia sotto altre forme e in modi talvolta sorprendenti, anche nell'ambito dell'impresa smaterializzata e iper-tecnologica, e ancora oggi dobbiamo fare i conti con la natura gerarchico-repressiva del rapporto di lavoro subordinato, che pare essere un dato

² Ivi. Non si possono non ricordare a tal proposito le pagine del giovane Marx quando scriveva che al lavoratore stesso questo potere appare ineludibile, al punto che “non appena al capitale viene in mente – idea necessaria o arbitraria – di non esistere più per il lavoratore, questi non esiste più per se stesso [...]. L'esistenza del capitale è la sua esistenza, la sua *vita*, per come esso determina il contenuto della sua vita in un modo a lui indifferente” (per la citazione si veda MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844. Quaderno II*, Feltrinelli, 2018, p. 91).

³ COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, Macmillan, 1924, il volume è stato tradotto in Italia con il titolo *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Il Mulino, 1981. La citazione è a p. 364 della traduzione italiana.

strutturale incancellabile, al quale oggi si aggiunge un cemento ideologico, in cui la discriminazione non è certo scomparsa. Per il diritto e per le “pratiche” antidiscriminatorie il lavoro non è finito, anzi c’è ancora tanto da fare⁴.

La nuova consapevolezza che nasce negli anni sessanta e settanta, la sorgente di una nuova linea di politica del diritto, ha in effetti origini complesse e forse neppure del tutto chiarite, che ancora oggi sollecitano gli studi storici e politologici, ma sicuramente affonda le radici, come osservava il padre putativo dello Statuto, nella condizione di potere diseguale⁵, che torna ad essere, a quanto sembra, uno dei problemi cruciali delle società democratiche, tanto che il contratto di lavoro stesso è ritenuto responsabile delle pratiche autoritarie nei luoghi di lavoro e viene additato, nella società del turbo-capitalismo, come fonte di un rapporto giuridico per sua natura illiberale⁶. Ma, se questo è vero, alla riflessione che ha portato a disegnare un intervento giuridico così complesso come lo Statuto, che tende proprio a rimediare al “*coercive power*” dell’impresa industriale moderna⁷, non è estranea neppure la critica implicita alla teoria della libertà intesa come mera “libertà da costrizioni”, lasciando in ombra la libertà “intesa come indipendenza, cioè lo *status* per cui una persona è uguale alle altre ed è indipendente anziché sottomessa”, perché è solo la libertà come indipendenza – vale a dire la libertà positiva nella sua accezione forse più avanzata – che non consente più di giustificare in alcun modo il dominio assoluto dell’imprenditore nell’azienda⁸. È solo grazie alla libertà intesa come “non dominazione” che la libertà stessa, considerata in tutte le sue molteplici sfaccettature, esce dalle

⁴ Si vedano le riflessioni critiche di BARBERA, “*Noi siamo quello che facciamo*”. *Prassi ed etica dell’impresa post-fordista*, in *DLRI*, 2014, p. 631 ss., sulle teorie che in vario modo hanno sostenuto l’emancipazione del lavoro subordinato, nell’epoca del post-fordismo, dai vincoli e dalle gerarchie insite nell’organizzazione del lavoro industriale.

⁵ Così GIUGNI, *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, 1979, p. 6 s. È questa la traccia di una linea riformista che ha cambiato radicalmente la società italiana, per quanto essa, osservava Giugni in queste pagine, non possa essere mai astratta “dalla realtà della storia e della struttura dei rapporti di produzione, altrimenti, si potrebbe pensare che il problema dell’alienazione operaia può essere risolto in radice da un paio di norme di legge”.

⁶ COLLINS, *Is the Contract of Employment Illiberal?*, in COLLINS, LESTER, MANTOUVALOU (eds.) *Philosophical Foundations of Labour Law*, Oxford University Press, 2018, p. 48 ss.

⁷ Per riflessioni su questi temi e sul rapporto di lavoro nella società post-industriale, si veda il volume collettaneo a cura di ANDERSON, *Private Government: How Employers Rule Our Lives (and Why We Don’t Talk about it)*, Princeton University Press, 2017.

⁸ Le citazioni sono tratte da DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977 (trad. it. *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, 2010, p. 377).

ambigue strettoie liberali che legittimavano in nome del contratto i diritti dell'imprenditore sul lavoratore, in quanto espressione della libertà dei privati⁹. A questa visione critica bisogna dare continuità anche nell'epoca del *platform capitalism* e della *gig economy*, in cui, insieme alla liberazione dalle costrizioni tipiche del lavoro salariato, si riproducono anche i vecchi schemi e i pericoli del passato più lontano.

Nello Statuto la tutela della libertà di opinione (art. 1), il divieto di indagini sulle opinioni (art. 8), il diritto di associazione e di attività sindacale (art. 14), il divieto di atti discriminatori (art. 15) e di trattamenti economici discriminatori (art. 16), possono dirsi il fulcro antidiscriminatorio dell'intero disegno legislativo. Per molti anni queste disposizioni sono state praticamente inutilizzate, forse soprattutto perché la diffusa presenza nell'ordinamento di norme inderogabili consentiva di sindacare l'esercizio in concreto del potere giuridico dell'imprenditore ed esse si anteponevano alla discriminazione, tanto da rendere inutile l'indagine giuridica sulla esistenza di un intento discriminatorio. Bisogna dire, inoltre, che nel nostro ordinamento le clausole generali hanno consentito di scrutinare sotto il profilo dell'abuso e/o della ragionevolezza l'atto datoriale e hanno di fatto supplito alla mancanza di una normativa antidiscriminatoria, surrogandone in qualche misura la funzione solidaristica¹⁰.

Successivamente, sia la caducazione sotto diversi profili della norma inderogabile in nome dell'adattamento in senso neo-liberista del diritto del lavoro, sia l'ambiguità della reazione dell'ordinamento alla violazione delle norme giuridiche, a causa di ripetuti interventi legislativi che hanno reso imperscrutabile la *ratio* stessa del sistema sanzionatorio, hanno contribuito a portare sul piano del diritto antidiscriminatorio la domanda di tutela. Il diritto antidiscriminatorio si è caratterizzato, poi, come chiave di volta per condizionare il potere imprenditoriale a prescindere dagli obblighi legali, positivi, previsti dall'ordinamento del lavoro, creando una sovrastruttura normativa di rango superiore basata su una più radicale concezione dell'uguaglianza giuridica.

⁹ CABRELLI, ZAHN, *Civic Republican Political Theory and Labour Law*, in COLLINS, LESTER, MANTOUVALOU, *op. cit.*, p. 104 ss.

¹⁰ M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Giappichelli, 2006. Sul tema v. pure, di recente, D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, 2017, e qui soprattutto i contributi di D'AMICO, MACARIO, PAGLIANTINI.

Ma soprattutto, l'avanzamento della tutela antidiscriminatoria è anche la risultante di un cambiamento culturale di fondo che ha visto prodursi l'appannamento del collettivo e la rivincita, se così si può dire, della dimensione individuale, con il declino dell'etero-regolamentazione delle condizioni di lavoro¹¹; fenomeno che porta con sé un cambiamento anche dei modelli di tutela, in cui maggiore importanza assume la questione della "responsabilità", per sua natura, diversamente dalla "norma inderogabile", inerente alla condizione del singolo lavoratore ed a profili soggettivi di nuovo tipo, che non si esauriscono nel rispetto dei trattamenti minimi ma involgono i diritti della persona¹². Come scriveva Romagnoli qualche anno fa, la tutela antidiscriminatoria può considerarsi come prossima a "una nozione post-classica di uguaglianza", proprio perché non postula la massificazione insita della prospettiva paritaria rigida, non esprime una linea che implica l'eliminazione delle differenze, ma piuttosto stabilisce "il divieto di atti discriminatori per motivi disapprovati dalla civiltà giuridica ossia l'obbligo di amministrare il rapporto di lavoro *ignorando le differenze attinenti al lavoratore considerato nella sua qualità di cittadino*" [corsivo mio]¹³.

Una visione più ampia del diritto antidiscriminatorio emergerà poi a seguito delle direttive del 2000, da cui deriverà un approccio in grado di colpire in modo incisivo le discriminazioni collettive e soprattutto le discriminazioni indirette (cosa che l'art. 15 dello Statuto non poteva fare). In questo processo di ridefinizione della tutela giuridica, l'influenza dell'ordinamento europeo, che a sua volta risente dell'approccio dei sistemi di *common law*, è stata certamente fondamentale, soprattutto in termini culturali, consentendo di superare le barriere gius-positivistiche dell'ordinamento nazionale e le ambiguità della giurisprudenza italiana, diffidente verso l'apertura dell'ordinamento ad una visione così lontana dagli schemi del codice del 1942.

Quale che sia la determinante storica e culturale, tuttavia, i dispositivi antidiscriminatori dello Statuto vivono oggi una seconda giovinezza, come si percepisce anche dalla giurisprudenza che aggiorna e utilizza i principi di tutela nelle diverse situazioni in cui vengono in gioco comportamenti elusivi

¹¹ Per considerazioni in tal senso si veda BARBERA, *op. cit.*, p. 631 ss.

¹² Sia consentito rinviare per riflessioni più approfondite al mio volume *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, 2008.

¹³ ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Il Mulino, 1995, p. 210, ma *passim*.

del diritto all’uguale trattamento, collegati a specifici fattori di rischio. Ed è veramente straordinario che, a distanza di cinquant’anni, si riscopra oggi l’attualità delle disposizioni antidiscriminatorie dello Statuto, in un contesto così lontano temporalmente. È apparso perciò utile e interessante, in questo lavoro, analizzare la portata applicativa delle disposizioni antidiscriminatorie dello Statuto a partire da alcuni casi concreti (casi “difficili”) che possono cadenzare temporalmente lo sviluppo storico dell’ordinamento e del diritto antidiscriminatorio, in cui si è espressa una certa visione, storicamente data, dei rapporti giuridici nell’impresa. In particolare, si farà riferimento a tre casi (o orientamenti) molto noti ed emblematici del momento storico e delle diverse prospettive assiologiche. Non è solo l’assetto legale che cambia nel corso del tempo, ma è tutta l’architettura di sistema che cambia profondamente da un periodo all’altro insieme alla rilevanza (o irrilevanza) dei principi antidiscriminatori. Castoriadis la definisce come l’inerenza del diritto, al pari di ogni sovrastruttura culturale, al “sociale-storico”. Il collegamento fra questi principi e la cultura del periodo è ovviamente scontato; meno, probabilmente, la distanza siderale fra un “prima” e un “dopo” separati da una frattura epocale che segnala pure la differenza fra vecchia e nuova concezione del diritto antidiscriminatorio.

2. Il “caso Santhià” e la discriminazione che non rileva

Lo Statuto pone al primo articolo, non a caso, il divieto di discriminazioni per ragioni politiche, che è quasi una norma-manifesto. Certo oggi può apparire anacronistico parlare di “libertà di opinioni politiche”, almeno nei paesi della “vecchia” Europa. Ma se spostiamo le lancette del nostro orologio storico più indietro, prima del ‘70, scopriamo situazioni molto differenti. Un caso molto noto e risalente è illustrato dagli autori di uno dei Commentari più famosi dello Statuto dei lavoratori, quello della Scuola di Bologna. Si tratta del caso “Fiat-Santhià”, un licenziamento intimato con riferimento alle opinioni politiche di un lavoratore ritenute incompatibili con l’interesse dell’impresa¹⁴. Erano i primi anni cinquanta e un’importante rivista

¹⁴ Il caso è illustrato da ROMAGNOLI, *Art. 1*, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli-Il Foro italiano, 1972. Si trattava di un lavoratore, Battista Santhià, molto conosciuto negli ambienti antifascisti per aver partecipato

di “area”¹⁵, vista l’importanza del caso e l’interesse dell’opinione pubblica, pensò di chiedere ad alcuni fra i più qualificati giuristi dell’epoca (Balzarini, Cesarini Sforza, Natoli, Pugliatti, Santoro-Passarelli, Crisafulli) se il caso Santhià dovesse ritenersi “di interesse soltanto politico oppure se esso ha anche rilievo nella sfera del diritto”. Ebbene, sorprendentemente, il gruppo di giuristi non diede una risposta univoca e alcuni di essi (Santoro-Passarelli, Cesarini Sforza) fornirono anzi una risposta negativa, sostenendo l’irrelevanza giuridica della questione o, quanto meno, l’impossibilità per l’ordinamento di intervenire con le armi del diritto nel conflitto fra libertà d’opinione e fedeltà (ideologica) all’impresa.

È certo difficile concepire oggi un ordinamento che non fornisca alcuna tutela in caso di discriminazioni e si auto-esautorata dal problema dei rapporti nell’impresa, ma questa era l’ideologia dell’epoca, un’ideologia così legata alla visione liberale più tradizionale ed arretrata da far dire a Santoro-Passarelli che i superpoteri dell’imprenditore, quale capo dell’impresa, non potevano e non dovevano considerarsi in contrasto con l’uguaglianza, “trattandosi di poteri che “come di ogni altro rapporto privato [...] riposano sulla volontaria assunzione di lavoro da parte del prestatore”; con la conseguenza, non secondaria, di legittimare in questo modo il presidio disciplinare, onde garantire il dovere di osservanza degli obblighi contrattuali, comminando se del caso “pene private caratteristiche [...] dell’organizzazione e del rapporto di lavoro”¹⁶.

La discriminazione (anche per ragioni politiche) veniva tollerata e giustificata e la libertà (individuale e collettiva) considerata un valore recessivo

alla resistenza dopo 12 anni di carcere e confino. Dopo la guerra era stato assunto come dirigente alla Fiat, con la carica di direttore dei servizi sociali, e licenziato poi il 1° gennaio 1952 perché comunista. Il suo licenziamento provocò scioperi e proteste a Torino e in tutto il paese. *Rinascita*, rivista comunista, riporta uno stralcio della lettera di licenziamento, in cui si sosteneva che vi fosse “incompatibilità tra la sua carica di dirigente della Fiat e quella di convinto militante ed alto esponente di un partito di cui è ben noto il costante atteggiamento di ostilità e di lotta a scopo distruttivo nei confronti della Fiat”. Poco prima del licenziamento di Santhià, la Fiat, dopo il rientro dall’estero del prof. Valletta, aveva licenziato altri 23 lavoratori comunisti a seguito di una manifestazione sindacale (si veda l’articolo *Provocazioni e dispotismo alla Fiat* pubblicato da *Rinascita* sul numero 8-9, anno XI agosto-settembre 1954).

¹⁵ Si veda il n. 2/1952 della rivista *Società*, pubblicata allora da Einaudi.

¹⁶ E SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, 1945; per la citazione nel testo si veda p. 186 ss. dell’edizione del 1983.

rispetto all’interesse dell’impresa, per la semplice ragione che era allora inconcepibile, almeno a una parte del ceto giuridico, l’idea che i diritti costituzionalmente garantiti potessero essere applicabili anche nei rapporti fra privati e/o al cospetto dei poteri privati¹⁷. In quegli anni la Costituzione era “sospesa” non solo sul piano politico ma anche giuridico e le norme costituzionali relegate “nel cielo dei principi”¹⁸, grazie, soprattutto, alla distinzione fra norme precettive e meramente programmatiche, teorizzazione che, com’è noto, “paralizzerà per decenni le principali garanzie dei lavoratori”¹⁹. La *querelle* teorica (che era dunque, a ben vedere, questione politica) si risolse solo più tardi e proprio lo Statuto rappresentò la sanzione definitiva della costituzionalizzazione del rapporto di lavoro, che Rodotà definisce (in termini storici) come “costituzionalizzazione della persona”: anche se ingabbiato nella logica contrattuale, non per questo il rapporto di lavoro e il suo protagonista possono essere estromessi dai diritti fondamentali e dai principi democratici della Costituzione.

Al di là di ogni visione “irenica”, negli anni del dopoguerra e fino al “disgelo” degli anni sessanta, era in campo una forte tendenza alla “restaurazione”, in continuità con il vecchio ordinamento statuale e sindacale fascista, e prendeva forma un progetto che, lungi dall’ispirarsi alla Costituzione repubblicana, puntava piuttosto sul “progressivo riformarsi di un blocco politico moderato [...] sotto egemonia capitalista, mediante l’accorto e lungimirante uso di strumenti economici, sociali e istituzionali”²⁰. In questo contesto politico non può stupire la convinzione che il rapporto fra l’imprenditore capo dell’impresa (art. 2086 c.c.) e i lavoratori dovesse essere organizzato rispettando un ordinamento gerarchico (basato sui principi della disciplina, della fedeltà e dell’obbedienza), considerato anche da parte di autorevolissimi giuristi come “una necessità tecnica organizzativa”, al punto che “l’impresa potrà anche cessare di essere lo stru-

¹⁷ Un retaggio culturale superabile, sol che lo si fosse voluto; del resto, come si è notato, non c’era neppure bisogno di norme antidiscriminatorie per poter sanzionare gli atti datoriali in violazione della libertà e dignità dei lavoratori, visto che essi “avrebbero già potuto essere colpiti da nullità, prima dell’entrata in vigore dello statuto, ai sensi del diritto comune e precisamente degli artt. 1343, 1345 e 1418, in relazione all’art. 1324 cod. civ.” (GHEZZI, *Art. 15-16*, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 218, nota 6).

¹⁸ FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Laterza, 1999, p. 57.

¹⁹ ROMAGNOLI, TREU, *I sindacati in Italia: storia di una strategia (1945-1976)*, Il Mulino, 1977.

²⁰ Ivi, p. 25.

mento del profitto dell'imprenditore privato, non perciò potrà venir meno la subordinazione dei collaboratori dell'impresa verso un capo"²¹.

L'iperbole sanctoriana, che sembra fare dell'industrialismo sotto qualsiasi bandiera la vestale della subordinazione, cela in realtà la nuda e cruda verità dei rapporti sociali del nascente capitalismo industriale, occultando che è piuttosto la "assolutezza dell'individualismo proprietario" a condurre al parossismo del "capo", "in un mondo" – scrive ancora Rodotà – "costruito in una sola dimensione"²².

Il codice civile rappresentava, in questo contesto, la fonte privilegiata della concezione liberale-repressiva del rapporto di lavoro, in cui il potere dell'imprenditore appare (ed è) "signoria indipendente e immediata del titolare", grazie anche alla separazione fittizia fra l'azienda e il suo proprietario²³. Il diritto privato era un porto sicuro, vista l'assenza della Costituzione dall'orizzonte assiologico dei giusprivatisti e visto il tecnicismo che caratterizzava in quegli anni l'approccio al codice civile del 1942, per inserirlo nel solco della tradizione giuridica italiana²⁴. La dottrina era del resto affiancata da una giurisprudenza incapace di liberarsi della sua "ideologia paleopositivista e dalla natura meramente tecnica e avalutativa della giurisdizione". Gli spazi per una visione alternativa del rapporto fra diritto e società erano quindi strettissimi, se non inesistenti²⁵.

3. *L'art. 15 dello Statuto e il diritto antidiscriminatorio, fra ritardi e resistenze*

Tanta acqua è passata sotto i ponti, ma ancora oggi il rapporto fra diritti fondamentali e autonomia negoziale è un rapporto controverso, a dimostrazione della difficoltà di superare l'antica concezione secondo cui il contratto protegge uno spazio inaccessibile alla Costituzione, in nome di una sorta di immunità presidiata dal principio volontaristico. Anche se, bisogna dire, lo

²¹ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 78.

²² RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Il Mulino, 2013, p. 8.

²³ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, qui ed. 1997, p. 71. Il quale lucidamente scrive, all'indomani della promulgazione del codice civile, che l'azienda "appartiene a un titolare e tuttavia diventa, secondo la nostra legge, un centro indipendente d'imputazione giuridica" (ivi, p. 88).

²⁴ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 57.

²⁵ Ivi, p. 60.

sviluppo del dibattito gius-civilistico ha oramai relegato in una posizione minoritaria chi ritiene che il principio di autonomia protegga gli interessi delle parti dal condizionamento dei diritti fondamentali, secondo la vecchia teorica, di cui si diceva, che fa della volontà il crocevia della regolamentazione contrattuale privata. Un grande giurista come Pietro Rescigno ha sostenuto in passato che applicare il principio di parità di trattamento avrebbe distrutto la libertà contrattuale²⁶. Oggi si discute invece apertamente di applicazione della tutela antidiscriminatoria nei rapporti di diritto privato, e, nell’ambito della tutela del consumatore, si afferma la cumulabilità della tutela consumeristica e di quella antidiscriminatoria, stante la norma che vieta ogni genere di discriminazioni nell’offerta al pubblico di beni o servizi²⁷. Il “muro” del diritto privato – o per meglio dire l’inviolabilità della libertà contrattuale – è oramai abbattuto e ci si chiede se, oltre alla contrattazione col pubblico, il divieto riguardi anche la contrattazione individualizzata; in particolare, se sia legittimo negoziare individualmente con intento discriminatorio e se la libertà contrattuale consenta di proteggere il contraente che, nell’ambito dell’autonomia negoziale privata, intenda discriminare (come nota Maffeis, “i rapporti contrattuali sono il regno della libertà, sono il regno dell’idiosincrasia”, e la difesa dell’immunità del contratto è ancora molto tenace)²⁸.

Ma torniamo al nostro diritto del lavoro. La difficoltà di coniugare la libertà dei privati con il divieto di discriminazione non assolve la dottrina lavoristica, visto che, come notò Mancini, fu piuttosto la legislazione a vincere questi ritardi, mentre nella dottrina le posizioni più avanzate, come quelle di Natoli, Crisafulli e altri²⁹, rimasero per molti anni minoritarie, prevalendo una visione liberale se non liberista del rapporto di lavoro, diffidente verso ogni intervento in grado di interferire con il potere giuridico riconosciuto all’imprenditore quale “capo” dell’azienda. Mi sembra, questa, la prova inconfutabile dell’atteggiamento subalterno che in quel periodo storico fu del ceto giuridico e della giurisprudenza italiana, che si traduceva in una con-

²⁶ Lo sosteneva nel suo famoso scritto *Il principio di uguaglianza nel diritto privato*, in *RTDPC*, 1959, p. 1515 ss.

²⁷ ULESSI, *Diritti dei consumatori e normativa antidiscriminatoria*, in *RDImp*, 2015, I, p. 199 ss.

²⁸ MAFFEIS, *La discriminazione contrattuale e la dignità della persona*, in CAGGIA, RESTA, *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma Tre Press, 2019, p. 135 ss.

²⁹ Va qui almeno citato lo straordinario contributo a rompere il muro ostile della dottrina lavoristica di NATOLI con il suo volume *Limiti costituzionali all’autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1955 (ristampa: Esi, 1973).

cezione del potere privato dell'imprenditore come potere che non ammetteva condizionamenti e controlli dall'esterno, né da parte dell'autorità statale né da parte delle altre componenti del mondo della produzione. Bisogna ricordare del resto che il tema delle discriminazioni sul lavoro era già presente a livello internazionale grazie alla Convenzione n. 98 del 1949 (ratificata dal nostro paese soltanto con l. 23 marzo 1958 n. 367), in cui si prevedeva la tutela antidiscriminatoria del lavoratore per la sua partecipazione "*a des activités syndicales*" o per qualsiasi altro motivo; o ancora grazie alla Convenzione OIL n. III del 1958 sulle discriminazioni nell'impiego e nelle professioni (ratificata anche questa con ritardo, con l. 6 febbraio 1963 n. 405), per impedire ogni discriminazione, intesa come differenza di trattamento, esclusione o preferenza, fondata sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla religione, sull'opinione politica, sull'origine nazionale o sociale, allo scopo di promuovere "*l'égalité des chances et de traitement en matière d'emploi et de profession*". Esistevano quindi le fonti di diritto a cui ancorare una visione più avanzata, "costituzionalizzando" il diritto del lavoro italiano, ma non si volle seguire questa strada. Se si pensa alle previsioni del *National Labor Relations Act (Wagner Act)* di Roosevelt del 1935 e del successivo *Labor Management Relations Act (Taft-Hartley Act)* del 1947, sicuramente l'impressione di uno sviluppo molto arretrato dell'ordinamento italiano, ne risulta confermata³⁰. Mentre nel nostro ristretto e provincialissimo contesto culturale si ammetteva la discriminazione come pratica legale dell'impresa, oltre oceano si dichiarava pratica sleale e illecita discriminare nell'assunzione e nel mantenimento del posto di lavoro, interferire e coartare i lavoratori nell'esercizio dei diritti di libertà sindacale, impedire l'attività sindacale o l'azione diretta dei lavoratori; e se gli estensori del codice del 1942 non trovavano niente di meglio che associare all'imprenditore la figura del capo, altrove l'autorità dell'imprenditore veniva fondata su basi del tutto diverse, tanto che secondo Commons, che scriveva nel lontanissimo 1924, si considerava operante nel sistema "una sorta di emendamento costituzionale adatto alla struttura industriale", che poteva definirsi, con le parole di Robinson, come la regola secondo cui "nessun datore di lavoro priverà alcun dipendente del suo posto di lavoro senza un *due process of industrial law*, né negherà a qualsiasi dipendente nell'ambito della sua giurisdizione l'eguale protezione in base al *common law* del mondo del lavoro"³¹.

³⁰ Per questi riferimenti v. GHEZZI, *Art. 15-16*, cit., p. 210 ss.; cfr. TREU, *Attività antisindacale e interessi collettivi*, in *PD*, 1971, p. 565 ss.

La chiusura e l’arretratezza culturale del ceto giuridico italiano cadranno solo quando cadrà a sua volta il paradigma dell’autonomia del diritto, su cui si basava la pretesa di neutralità, ossia l’indifferenza (o cecità) assiologica del diritto positivo³². La questione del potere imprenditoriale resterà tuttavia sempre un nodo critico del nostro ordinamento, ponendo problemi su vari fronti. Solo con lo Statuto subentrerà infine, grazie proprio ai suoi dispositivi antidiscriminatori, una prospettiva pluralista – nell’accezione più autentica di riconoscimento dell’eterogeneità degli interessi e di interazione “dialettica” fra individuo, società e potere³³. Il diritto antidiscriminatorio dello Statuto rappresenta anzi, a ben pensare, uno dei momenti più significativi della riflessione sui limiti del diritto proprietario, nell’ambito di una “teoria della giustizia” (pur anch’essa esposta ai venti della storia)³⁴. Segnerà, lo Statuto, il passaggio storico in direzione di un assetto legale in cui i diritti proprietari sono finalmente *relativizzati*, grazie al compromesso politico-ideologico di cui il modello sociale europeo ha rappresentato storicamente la traduzione forse migliore, seppure imperfetta o perfettibile³⁵. In questo modo anche la discriminazione uscirà dal regno dell’indifferenza per entrare, finalmente, a pieno titolo in quello della rilevanza giuridica, con una visione espansiva, dinamica e non statica, tanto da far dire a Ghezzi, nel suo già citato commento, “quanto sia giusto interpretare l’indicazione dei motivi discriminatori di cui parla l’art. 15 non già come tassativa, bensì, al contrario, come soltanto esemplificativa”³⁶.

Ma bisogna ricordare, in questo sviluppo storico così importante, anche la ritrosia della dottrina post-Statuto, quanto meno di una sua parte rilevante,

³¹ COMMONS, *op. cit.*, p. 396. La citazione è tratta dal volume di ROBINSON, *Law of Patents*, del 1890.

³² FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 63 ss.; non si può non citare in proposito BOBBIO, *Profilo ideologico del Novecento italiano*, Einaudi, 1986, spec. p. 141 ss.

³³ BARBERA, *I lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive*, in NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Giuffrè, 2008, qui p. 333, da leggere anche per l’affresco storico del diritto del lavoro italiano. Per una ricostruzione critica della formazione del diritto antidiscriminatorio, v. L. ZOPPOLI, *Categorie giuridiche e sistematizzazione del diritto antidiscriminatorio*, in VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturali*, Editoriale Scientifica, 2011, p. 63 ss.

³⁴ RODOTÀ, *op. cit.*, p. 9.

³⁵ *Ivi*, p. 11.

³⁶ GHEZZI, *Art. 15-16*, cit., p. 209. Per il vero, anche altri autori in precedenza avevano ritenuto lo stesso in relazione a quanto previsto dall’art. 4 della l. n. 604/1966 (v. in tal senso PERA, *La legislazione italiana sul licenziamento individuale*, in *RDICL*, 1967, p. 154; CESSARI, *Annotazioni sulla nullità del licenziamento*, in *DL*, 1967, I, 201).

ad accettare fino in fondo il controllo del potere imprenditoriale e la possibilità stessa di intervenire “in aree occupate non da diritti del lavoratore, riconosciuti dalla legge, bensì dal potere dell'imprenditore”, ovvero di “affidare la difesa della posizione dei lavoratori [...] a controlli giudiziari diretti a verificare che gli stessi poteri imprenditoriali siano sorretti da cause giustificate o, in negativo, si esercitino in modo abusivo”³⁷. Sposando i modelli in voga negli anni ottanta derivati dai principi di democrazia procedurale di Robert Dahl (e altri), questa posizione ha rappresentato, al di là delle intenzioni, un freno agli sviluppi del diritto antidiscriminatorio, inteso naturalmente non come sanzione di singoli casi o di atteggiamenti persecutori ed illeciti, ma come controllo sul/del *private government*.

4. Il secondo caso. Discriminazioni e vecchi cliché

Rispetto a questi tempi più lontani, la ricchezza dei contenuti normativi che si presenta oggi agli occhi di qualunque osservatore, anche il più disattento, è certamente incomparabile, e lo è principalmente per la rottura di cui si diceva innanzi, per “la basilare acquisizione, di cui lo statuto può dirsi, in definitiva, uno specifico svolgimento, della vigenza dei diritti pubblici soggettivi anche nei rapporti interprivati”³⁸.

Il cuore della tutela antidiscriminatoria è nel tritico disegnato dagli artt. 14, 15 e 16 dello Statuto, ma è soprattutto l'art. 15 che può essere considerato, come è stato detto, il “prototipo” della tutela antidiscriminatoria, o “l'apripista” (come sostiene Treu) per la diffusione della cultura antidiscriminatoria in un contesto nel quale, per le relazioni di potere insite nell'assetto legale del rapporto di lavoro, era certo molto difficile imporre limitazioni all'autonomia negoziale. Ma sarebbe riduttivo, come si è già accennato, ritenere che solo queste siano le norme che garantiscono un controllo dei poteri datoriali, per combattere le differenze di trattamento e/o le discriminazioni ingiustificate nei luoghi di lavoro³⁹. Il pensiero va naturalmente all'art. 18 dello Sta-

³⁷ Si esprimeva così TREU, *Neocontrattualismo e mediazione giudiziaria*, in D'ANTONA, DE LUCA TAMAJO (a cura di), *Giudici del lavoro e conflitto industriale*, Esi, 1986, p. 92.

³⁸ GHEZZI, *Art. 14*, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 194.

³⁹ L'art. 14, anzi, lo si può comprendere nel suo contenuto di garanzia rivolto a tutti i lavoratori, solo se lo si collega al primo comma dell'art. 39 ed è finanche ovvio dire che la libertà sindacale, sancita e protetta dallo Statuto nel suo contenuto positivo, a cui può accedere ogni

tuto, che, oltre a contenere una specifica tutela dei rappresentanti sindacali, possedeva nel suo complesso una potenzialità antidiscriminatoria implicita, impedendo, con la reintegrazione estesa a tutte le fattispecie di licenziamento illegittimo o nullo, che la discriminazione fosse occultata (e potesse transitare) attraverso il consapevole esercizio illegittimo del potere di recesso. Comprendendo il pericolo, il legislatore ha sempre fatto salvo il principio della tutela reale nella fattispecie del licenziamento discriminatorio; ma, poi, depotenziando la tutela negli altri casi, ha di fatto consentito lo “sviamento” dell’atto datoriale e l’eccesso di potere (incorreggibile, anzi, visto che pagando l’indennità economica il datore può salvare gli effetti dell’atto illegittimo). Se si vuol comprendere fino in fondo, anche per una valutazione storico-critica, il “risultato” ottenuto dallo Statuto nel garantire più uguaglianza (orizzontale e verticale) e per “chiudere” finalmente con l’epoca del potere arbitrario, non si può prescindere dalla “interdipendenza strutturale” fra le diverse sue parti, dagli “intrinseci raccordi, vere e proprie cerniere che impediscono all’interprete di distinguervi e giustapporvi meccanicamente, l’una nei confronti dell’altra, parti che si pretendono isolate”⁴⁰. Per questo, indebolire un singolo dispositivo di tutela finisce per avere un impatto su tutta l’architettura di sistema e su tutto l’impianto antidiscriminatorio dello Statuto dei lavoratori.

Allo stesso modo, riprendendo quanto si è già prima osservato, bisogna aggiungere che anche il legame con stereotipi culturali di carattere interpretativo, che ripropongono inerzialmente vecchie massime di diritto inerenti a una concezione “privatistica” dei principi antidiscriminatori, ha rappresentato, in modo altrettanto negativo, un’ipoteca sullo sviluppo dell’uguaglianza nei rapporti di lavoro.

Il secondo caso sottoposto al lettore è la dimostrazione di questo assunto. Esso concerne l’orientamento sulla fattispecie costitutiva della discriminazione vietata *ex art. 15* dello Statuto, illuminante del percorso evolutivo dell’ordinamento in materia di “sensibilità” giuridica verso le discriminazioni. Si può prendere ad esempio il caso deciso dalla sentenza 12.6.1981 n. 3832 della Corte di Cassazione, in cui si discuteva di comportamenti discri-

lavoratore, rappresenta la prima e fondamentale barriera, per combattere le “deviazioni” – o l’utilizzo arbitrario e discriminatorio – dei poteri datoriali. Sulla libertà sindacale si veda il recente volume di BAYLOS GRAU, L. ZOPPOLI (a cura di), *La libertà sindacale nel mondo: nuovi profili e vecchi problemi*, Editoriale Scientifica, 2019.

⁴⁰ GHEZZI, *Art. 15-16*, cit., p. 205.

minatori di carattere collettivo, consistenti nell'esclusione dei lavoratori scioperanti da alcuni benefici economici concessi invece ai lavoratori "collaborativi", e si affermava che "gli atti con cui il datore di lavoro abbia erogato attribuzioni, quali scatti anticipati di merito, ad un ristretto numero di dipendenti, non sono nulli in quanto tali [...] *tranne che risulti provato il motivo illecito degli stessi*, consistente in finalità discriminatorie ai sensi degli art. 15 e 16 dello statuto dei lavoratori". Orientamento a cui può accodarsi la sentenza della Cassazione 17.10.1983 n. 6086 in materia di promozioni, o ancora in materia di licenziamento (*ex plurimis* Cass. 13.6.1984 n. 3521), fino alla sentenza 1.2.1988 n. 868, e che proseguirà per tutti gli anni novanta (v. pure Cass. Lav. 2.12.1996 n. 10378, in materia di attribuzione di qualifiche), finché non diverrà del tutto insostenibile, sia per le innovazioni sul piano del diritto positivo che per la giurisprudenza dalla Corte di Giustizia europea (v. *infra*).

L'orientamento in questione ha paralizzato per molto tempo la tutela antidiscriminatoria, incastrandola all'interno della fattispecie codicistica dell'art. 1345 c.c., norma che, come l'asso pigliatutto, ha attratto qualunque controversia in cui entrava in gioco il potere discrezionale dell'imprenditore. E così, se il presupposto della discriminazione come fattispecie giuridica di riferimento doveva essere il motivo illecito esclusivo e determinante (applicabile pacificamente anche agli atti unilaterali, *ex art. 1324 c.c.*) e se lo sblocco obbligato era la nullità dell'atto datoriale (per quanto sanzione "infallibile", secondo Bobbio) allora è inevitabile che un dispositivo di tutela come l'art. 15 dello Statuto ne risultasse depotenziato enormemente⁴¹. Nella tipizzazione del motivo illecito di derivazione civilistica al centro della scena c'è l'intento soggettivo, elemento di difficilissima individuazione e per sua natura sfuggente; per questo si è osservato che, adottando questo schema, si dimostra "un'incomprensione di fondo della discriminazione in quanto fenomeno sociale [...] mettendo in ombra il carattere *sistematico* delle forme di discriminazione espressamente menzionate"⁴². Inoltre anche

⁴¹ Bisogna ricordare anche l'annosa problematica dell'irrelevanza dei motivi, intesi come "moventi" del contratto o atto, risolta poi dalla giurisprudenza civilistica, che ha affermato come "ai fini dell'indagine sul contenuto del contratto, rimane irrilevante il motivo perseguito dal singolo contraente, e cioè il movente che ne abbia determinato la volontà negoziale, ove non si sia esteriorizzato in una condizione o in un patto del contratto medesimo" (v. Cass. 2.8.1997 n. 3384; Cass. 15.9.1999 n. 9840).

⁴² BARBERA, *Principio di uguaglianza e divieti di discriminazione*, in BARBERA, GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019, p. 64.

la sanzione della nullità, proprio perché diretta a colpire l’atto illecito, è una risposta molto riduttiva, visto che il diritto antidiscriminatorio, al contrario, lungi dall’essere un rimedio alla patologia del negozio giuridico, è diretto invece a reprimere le condotte discriminatorie e a operare dunque sul piano, ben diverso, dei provvedimenti di natura costitutiva e tali in ogni caso da implicare la modifica dall’esterno, in via pretoria, degli assetti organizzativi e gestionali dell’impresa, interferendo incisivamente con l’esercizio in concreto del potere imprenditoriale.

Ci vorrà molto tempo prima che questi problemi critici fossero messi bene in luce e che le resistenze culturali fossero superate, abbandonando questi vecchi *cliché*⁴³. E ci vorrà tempo anche perché, se la giustizia civile è stata certamente attraversata da un fenomeno di trans o multiculturalismo che ha visto circolare una varietà di culture e di idee; è altrettanto vero che nasce proprio qui il problema critico dell’alterità⁴⁴, della reazione conservativa della propria identità, che si legge, fra l’altro, proprio nella difficoltà dei giudici italiani di sganciarsi dall’impianto logico-giuridico del codice. Bisogna ammettere che a far maturare molto lentamente un diverso punto di vista sarà quindi la riflessione avvenuta in ambito comunitario, e non nel diritto interno, sull’importanza cruciale del divieto di discriminazioni (anche per la costruzione del mercato unico) e sulla necessità di apprestare idonee misure sanzionatorie, in grado di intervenire con efficacia andando oltre i limiti posti dal codice civile⁴⁵. La scarsa applicazione e utilizzazione dell’art. 15 dello Statuto, prima delle direttive del 2000, lo dimostra, e, si ripete, il percorso di rinnovamento e di affrancamento dagli schemi civilistici sarà per queste ragioni lento e sofferto, fino agli sviluppi più recenti.

⁴³ Un merito particolare per l’apertura di una riflessione in Italia sul diritto antidiscriminatorio e sui limiti delle vecchie concezioni “egualitariste”, così come della visione tradizionale del codice, va sicuramente riconosciuto a Marzia Barbera e alle giustlaboriste italiane.

⁴⁴ TARUFFO, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in *RTDPC*, 2000, p. 1047 ss.; ora in *Confini*, Il Mulino, 2002.

⁴⁵ Su questi temi v. CALAFÀ, GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, 2019. Si veda l’indicazione, per quanto implicita e poco argomentata, della Corte di Giustizia, quando ha mostrato di considerare l’art. 15 dello Statuto come norma in grado di attrarre nella sua orbita ogni altra fattispecie di discriminazione. Nella sentenza *Commissione c. Italia* del 26.10.1983 i giudici di Lussemburgo avevano infatti sottolineato come l’art. 15 dello Statuto dovesse e potesse ritenersi idoneo a ricomprendere la stessa ampia gamma di discriminazioni a cui rinvia la nozione comunitaria di “condizioni di lavoro”.

5. *Il terzo caso controverso. Il diritto antidiscriminatorio e “il passato che non passa”*

Bisognerà quindi attendere molti anni prima di veder cambiare le cose, tanto che non si riscontrano molti precedenti nella giurisprudenza di legittimità fino alla sentenza 5.6.2013 n. 14206 (il cui orientamento è stato poi ribadito: v. ad es. Cass. lav. 12.10.2018 n. 25543), finalmente non incentrata sul motivo illecito determinante *ex art. 1345 c.c.* L'irrelevanza del motivo illecito è stata poi ribadita dalla sentenza della Cassazione 5.4.2016 n. 6575 e sostenuta dalla giurisprudenza di merito, fino ad affermare l'irrelevanza di ragioni oggettive atte a legittimare la decisione sfavorevole, per escludere la discriminazione, in presenza di un fattore di rischio specifico⁴⁶.

Ed è proprio in questo nuovo filone della giurisprudenza nazionale che si innesta il terzo caso che conclude questo contributo, un caso che dimostra, fra l'altro, come la discriminazione per l'affiliazione sindacale non è relegata negli annali storici del diritto del lavoro italiano. Il problema critico è sempre l'espansione del potere privato attraverso lo schema giuridico apparentemente neutro dell'autonomia negoziale, questione che diviene tanto più delicata, oggi, a causa di quella “singolare accelerazione all'indietro della storia, verso una restaurazione integrale dell'assolutezza proprietaria”, di cui parlava Rodotà come la manifestazione più emblematica “della riduzione all'economia di tutte le relazioni sociali”⁴⁷. Ed a seguito della quale si è ricreato un ambiente che tende a restringere lo spazio delle tutele o quanto meno a ridurre l'impatto, nella convinzione piuttosto diffusa che il costo del diritto del lavoro per l'impresa costituisce un'ipoteca negativa per la crescita economica, come i mercati – luoghi di “veridizione”, scrive Foucault – affermano attraverso i propri codici comunicativi. Il caso in questione si inserisce quindi in una fase storica in cui sembra riaffiorare una nuova “assolutezza” e si colloca, in particolare, nell'ambito della controversa battaglia giuridica che ha visto contrapporsi la nostra *ex industria* automobilistica nazionale e

⁴⁶ Con la sentenza 27.9.2018 n. 23338, la Cassazione ha affermato, ad esempio, che “la sussistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento consistente nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile non esclude, di per sé, il carattere discriminatorio del recesso intimato alla lavoratrice la cui malattia sia tale da integrare la nozione di handicap di cui all'art. 1 della Dir. n. 2000/78/CE così come interpretata dalla Corte di Giustizia dell'UE”.

⁴⁷ RODOTÀ, *op. cit.*, p. 8 s.

il sindacato dei metalmeccanici della Cgil, a cui ha messo fine la Corte costituzionale con la sentenza n. 231 del 2013⁴⁸; vicenda nella quale pare tornare in auge, secondo alcuni, la pressante richiesta dell’impresa ai lavoratori non solo di adempiere diligentemente i propri compiti lavorativi, in ossequio all’obbligo assunto *ex art. 2094 c.c.*, ma soprattutto di condividere ideologicamente la nuova cultura d’impresa e “le regole di fondo del contesto”, in nome di una nuova “religione aziendale”⁴⁹. Se questo fosse vero, ci sarebbe da riflettere sul nuovo capitalismo globalista, che, pur declamando e mostrando deferenza per i diritti umani, sembra assumere una filosofia aziendale, un protocollo ideologico, che nuovamente stride, almeno potenzialmente, con il diritto di libertà enunciato dall’art. 1 dello Statuto, come nel “caso Santhià”, da cui siamo partiti in questa breve ricostruzione critica.

La questione controversa, nello specifico, è il richiamo da parte dell’impresa datrice di lavoro dalla Cassa integrazione di una parte dei lavoratori sospesi a zero ore. Anche qui, alla concezione della libertà dell’imprenditore come potere svincolato da qualsiasi controllo esterno, si è contrapposto il problema dei limiti, e, in particolare, il divieto di discriminazione. La questione è molto nota – è stata definita come “punto di saldatura tra vecchio e nuovo diritto antidiscriminatorio”⁵⁰ – e così gli orientamenti della giurisprudenza di merito (Tribunale di Roma 21.6.2012 e Corte d’Appello di Roma 9.10.2012), che ha visto i giudici pronunciarsi in senso favorevole alla tutela dei lavoratori esclusi dal richiamo al lavoro, obbligando l’azienda a rispettare, nella scelta del personale da riassumere, la medesima percentuale di lavoratori iscritti ad altri sindacati (e la Cassazione, poi, chiudere la questione definitivamente con una sentenza di mero rito: v. sent. 11.3.2014 n. 5581)⁵¹. Il fulcro sta nella violazione del divieto di discriminazione diretta collettiva *ex art. 4 del d. lgs. n. 216/2003*, concretizzato dalla violazione del principio di parità di trattamento in relazione alla affiliazione sindacale dei lavoratori interessati.

La decisione affronta il problema critico del rapporto fra l’art. 15 dello

⁴⁸ Sulla sentenza della Corte costituzionale si veda almeno *LD*, 2013, 4, e qui i contributi di SCARPONI, CELLA, NAPOLI, DEL PUNTA e LECCESE.

⁴⁹ BARBERA, “*Noi siamo quello che facciamo*”, cit., p. 643.

⁵⁰ BORELLI, GUARISO, LAZZERONI, *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in BARBERA, GUARISO, *op. cit.*, p. 193.

⁵¹ Per un commento, fra gli altri, v. MILITELLO, *Dal conflitto di classe al conflitto tra gruppi. Il caso Fiat e le nuove frontiere del diritto antidiscriminatorio*, in *RIDL*, 2013, p. 229 ss.

Statuto e gli altri fattori di discriminazione, sostenendo giustamente l'equiparazione fra il concetto di "affiliazione sindacale" e di "convinzioni personali", con applicabilità quindi della procedura prevista dall'art. 28 d. lgs. n. 150/2011⁵². Molto si è scritto commentando positivamente questo "passo in avanti", sul piano interpretativo ed applicativo, del diritto antidiscriminatorio; ma, pur condividendo questa valutazione critica della giurisprudenza, a chi scrive la lettura nella sentenza della Corte d'appello di Roma dà in verità la strana impressione di un *déjà vu*, nel momento in cui si afferma il "formale riconoscimento (seppure nel solo ambito della regolazione dei rapporti di lavoro) della c.d. libertà ideologica", tanto da concludere che "l'ampia nozione di convinzioni personali racchiude una serie di categorie di ciò che può essere definito il "dover essere" dell'individuo". Ed infatti, se certamente questo è un momento evolutivo apprezzabile della tutela, che si deve essenzialmente alla direttiva 2000/78⁵³, con la conseguenza, peraltro, non di poco momento di poter applicare "tutte le misure sostanziali, procedurali e sanzionatorie previste dalle direttive di nuova generazione", ivi comprese quelle nei confronti delle discriminazioni indirette⁵⁴; ebbene, se questo assunto è certamente condivisibile, bisognerebbe forse interrogarsi di più, forse, sulle ragioni del ritorno all'attenzione del mondo giuridico di questi temi, inerenti la libertà nelle "convinzioni personali": problemi che si direbbero obiettivamente "da *ancien regime*", appartenenti ad un mondo antico caratterizzato da una sorta di "urbanismo" imprenditoriale, più che ad una moderna democrazia economica ed industriale⁵⁵. Lo sviluppo sul piano applicativo del diritto antidiscriminatorio interroga quindi non solo sull'efficienza della risposta alle domande di tutela, ma, meditando sul suo "successo" recente, anche sui valori circolanti in questa fase storica nelle nostre società e, soprattutto, fra le sue *élite*.

Questa giurisprudenza pare propendere tuttavia, rispetto al passato, per un approccio completamente nuovo alle fonti del diritto come sistema mul-

⁵² Si veda per la giurisprudenza successiva Trib. Bergamo 30.3.2018, in *RGL*, 2018, II, p. 620 ss.; un precedente è in Trib. Brescia, ord. 29.11.2010 e 7.2.2011, in GUARISO, *Diritto antidiscriminatorio, giudici di merito e welfare paritario*, in *D&L*, 2011, p. 527 ss.

⁵³ V. su questo punto anche FERRARA, *Il ruolo dell'ordinamento eurounitario fra principi hard e giustizia soft*, in BAYLOS GRAU, L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 210.

⁵⁴ Così BORELLI, GUARISO, LAZZERONI, *op. cit.*, p. 256.

⁵⁵ Sul modo in cui può diffondersi la cultura autoritaria, come nell'Ungheria di Orban, dando vita ad un'inedita "democrazia illiberale", si legga HELLER, *Orbanismo. Il caso dell'Ungheria: dalla democrazia liberale alla tirannia*, Castelvecchi, 2019.

tilivello o integrato, come un quadro complesso in cui si intersecano e si confondono diversi livelli di tutela, da considerare in modo aggregato e non separato, caratterizzato da fonti nazionali come l’art. 15 dello Statuto e fonti europee (direttiva 78/2000) e internazionali (Cedu, Oil). Per quanto riguarda il problema specifico delle discriminazioni per l’affiliazione sindacale dei lavoratori, ciò vuol dire che l’art. 12 della Carta dei Diritti fondamentali dell’UE va correlato all’art. 11 della CEDU, così da potersi dire che la libertà sindacale affermata dalla Carta implica il divieto di discriminazioni in modo non diverso da quanto rileva nell’ambito della Convenzione⁵⁶. Senza dimenticare la Convenzione OIL n. 98/1949 sul diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva, in nome del quale va affermato il divieto di discriminazioni per motivi sindacali come fattispecie interna al sistema antidiscriminatorio di cui le direttive del 2000 sono momento applicativo e attuativo, e la stessa Carta Sociale Europea.

6. *Passaggi difficili e conflitti risolti*

Sarebbe ovviamente scontato e banale mettere a confronto le diverse vicende storiche che qui sono state illustrate, confrontando, ad esempio, la passività/indifferenza nel caso Santhià e la risposta, prima timida e ingessata del periodo “intermedio”, poi crescente ed avanzata dopo le direttive europee n. 43 e 78 del 2000, alle discriminazioni in epoca più recente, come se lo Statuto (e quel che rappresenta) fosse una sorta di crinale, superato il quale si entra in un ambiente completamente nuovo, che viene man mano esplorato scoprendo nuove realtà. Invece quest’ultima, importante vicenda e la giurisprudenza successiva, ci mostrano piuttosto come un secondo importante cambiamento sia avvenuto a ridosso del nuovo secolo, al tramonto del “secolo breve”. Se in un passato non lontano poteva e doveva dirsi, in relazione al divieto di discriminazione, che “quel che viene in rilievo è, in sostanza, una indagine sui motivi del negozio o dell’atto (art. 1345 e 1324 c.c.)”⁵⁷, questa prospettiva sarà rovesciata completamente, come si è visto, dal

⁵⁶ BARBERA, PROTOPAPA, *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, in *RGL*, 2014, I, p. 163 ss. Sulla giurisprudenza della CEDU in materia di libertà sindacale v. BRINO, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in BAYLOS GRAU, L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 77 ss.

⁵⁷ GHEZZI, *Art. 15-16*, cit., p. 217 s.

diritto antidiscriminatorio di “nuova generazione”. In un senso ancora più ampio, se confrontiamo le difficoltà precedenti con gli orientamenti attuali, si può dire forse che l’uguaglianza in senso orizzontale non è più “l’effetto del canto delle sirene udito dall’eroe omerico”, come aveva definito Romagnoli queste speranze, ma è entrata a far parte della realtà del giurista positivo⁵⁸. Oggi, forse, non si può essere così sicuri nell’affermare che nell’ordinamento non vige alcuna norma di parificazione⁵⁹; e si potrebbe pensare, senza cadere in visioni idealistiche sganciate dalla storia reale, che più la società produce disuguaglianza, più la risposta dell’ordinamento giuridico vada in senso contrario come nel contro-movimento per salvare la società descritto da Polanyi. Naturalmente, il divieto di discriminazioni non implica la parità di trattamento in senso stretto. Ghezzi, in un altro contesto storico, affermava che “la legge vieta che sia fatto, a soggetti che si trovano nelle medesime situazioni, un trattamento diverso sulla base di considerazioni che vengono assunte non solo come ingiustificate ed arbitrarie [...] ma come illecite per definizione, perché contrarie a norme imperative di natura costituzionale che garantiscono l’esercizio dei fondamentali diritti civili, etico-sociali, economici e politici dei lavoratori, sia a livello individuale che a livello collettivo”⁶⁰. La Corte costituzionale, poi, con la famosissima sentenza n. 103/1989, tentò di perimetrare l’area del potere discrezionale del datore di lavoro di determinare differenze di trattamento; che, scrisse la Corte, “deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell’ordinamento”, con la non banale conseguenza che le differenze possono certo sussistere ma purché siano giustificate e ragionevoli. Ciò vuol dire che occorre pur sempre un *quid pluris*, poiché non basta la disparità di trattamento per giustificare la reazione avversa dell’ordinamento. La Cassazione tuttavia rifiutò di seguire la sollecitazione della Corte costituzionale⁶¹, vale a dire di

⁵⁸ ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 211. Si ricorderà infatti che la massima tante volte ripetuta dalla Cassazione era quella secondo cui “l’inosservanza del principio di uguaglianza può comportare la nullità dell’atto solo ove rivesta i caratteri della discriminazione riconoscibili nell’ambito delle norme positive, costituzionali ed ordinamentali”.

⁵⁹ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Il c.d. principio di parità di trattamento tra i lavoratori al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *MGL*, 1993, p. 585.

⁶⁰ GHEZZI, *Art. 15-16*, cit., p. 218.

⁶¹ È noto che dopo questa sentenza la giurisprudenza della Cassazione si divise in due orientamenti e che il conflitto venne risolto con l’intervento delle Sezioni Unite (sent. 29.5.1993 n. 6030), il cui orientamento è stato poi ribadito costantemente dalle sezioni semplici (v. fra le altre Cass. lav. 20.3.2004 n. 9643).

accettare la sfida di “sottoporre al controllo giudiziale le differenze di trattamento”, senza comprendere o sottovalutando, come ha notato giustamente Romagnoli, la potenziale capacità del trattamento diseguale “di menomare la dignità umana”⁶². Riaffermando così il primato dell’autonomia negoziale (individuale e collettiva) e stabilendo che il principio di uguaglianza è in quanto tale privo di efficacia oggettiva, salvo le (eventuali) norme imperative che si sovrappongono e condizionano la libertà contrattuale, e confermando, con questo *self-restraint*, il tradizionale atteggiamento della giurisprudenza, che si è concretizzato, nel tempo, nella tendenza a ridurre il controllo “sugli assetti raggiunti dalle parti nella definizione dei loro interessi”⁶³. Si può dire, con le parole di Maria Vittoria Ballestrero, che in questo modo “il controllo giudiziale sulla giustificazione e ragionevolezza delle differenze di trattamento [...] rimane confinato nell’ambito dell’autonomia individuale: ma nei soli limiti del rispetto delle norme antidiscriminatorie”⁶⁴. È questo il bagaglio che abbiamo con difficoltà dovuto almeno in parte deporre, per poter accogliere, nel nostro ordinamento, il nuovo diritto antidiscriminatorio, e questo sviluppo è stato possibile, si ripete, più per influenze esterne che per capacità interne di leggere in modo innovativo i dispositivi legali già presenti nell’ordinamento. Le resistenze al dispiegamento del diritto antidiscriminatorio e all’utilizzo in modo “avanzato” dell’art. 15 e delle altre norme antidiscriminatorie dello Statuto sono state molte, ma probabilmente il motivo di fondo è sempre lo stesso: proteggere l’immunità del contratto e l’area della discrezionalità datoriale, proprio ciò che, più in avanti, il nuovo diritto antidiscriminatorio metterà finalmente in discussione. Molte delle vecchie incrostazioni sono ora alle nostre spalle, i conflitti che hanno animato il dibattito nella giurisprudenza delle alte Corti sono un ricordo del passato, ma sottolineare quanto il cammino sia stato irto di difficoltà è un ammonimento anche per il futuro.

⁶² ROMAGNOLI, *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1994, p. 545.

⁶³ BALLESTRERO, *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, in *LD*, 2016, p. 771.

⁶⁴ *Ibidem*. Il controllo sulle differenze di trattamento è così stato veicolato dalle clausole generali, che tuttavia nota sempre Ballestrero, sono “parametri di valutazione del corretto adempimento delle obbligazioni contrattualmente assunte, e dunque [...] strumenti di controllo e non di limitazione dei poteri datoriali”.

7. *L'uguaglianza come valore in sé e il nuovo diritto antidiscriminatorio. Conclusioni*

Nell'ultima fase il diritto antidiscriminatorio ha conosciuto un nuovo slancio e le stesse disposizioni dello Statuto ne hanno ricevuto enormi vantaggi sul piano applicativo. Le nuove Direttive (la n. 43 e la n. 78 del 2000, la Direttiva n. 73 del 2002, le successive Direttive n. 113 del 2004 e n. 54 del 2006, che si aggiungono alle direttive “storiche” sul lavoro flessibile) hanno disegnato un quadro totalmente nuovo ed il clima generale sembra oggi influenzato da una più attenta riflessione sul valore dell'uguaglianza, sia per la enunciazione da parte dei Trattati e della Carta dei diritti fondamentali del divieto di discriminazioni e dell'uguaglianza come principi fondamentali, con un'intensità maggiore che in passato (v. l'art. 20 e ss. della Carta, l'art. 2, 3, 8 e 10 del Trattato, la Convenzione, la Carta Sociale Europea), che per l'evoluzione della stessa Corte di Giustizia, a partire dalla notissima sentenza *Mangold*⁶⁵.

Il nuovo orientamento della Cassazione, di cui si è discusso nel precedente paragrafo, è stato successivamente ribadito (si veda la più recente sentenza n. 1/2020 pubblicata il 2.1.2020). Nel giudicare come antidiscriminatorio il comportamento di un'azienda automobilistica che, in occasione di un trasferimento collettivo, aveva trasferito presso una nuova unità produttiva un numero di lavoratori iscritti ad un sindacato di base proporzionalmente molto più alto dei lavoratori iscritti ad altri sindacati, la Cassazione ha richiamato proprio le direttive n. 78, n. 43 e n. 54 del 2000, come interpretate dalla Corte di Giustizia, per fondare la propria decisione, a partire dalla rappresentazione del “fattore di rischio” collegato all'affiliazione sindacale. Naturalmente, la responsabilità datoriale viene fatta discendere non dalla violazione in sé e per sé del principio paritario ma dalla mancata prova della giustificazione del trattamento diseguale in presenza di un fattore di rischio.

Le cause di giustificazione della discriminazione rappresentano, in questo contesto, il terreno su cui si esamina la responsabilità del datore di lavoro, che riguarderebbe, secondo l'approccio tradizionale della nostra scuola processualista, sia la prova contraria dei fatti costitutivi che la prova diretta dei fatti impeditivi. Ma se usciamo dall'ottica legalistica e ci facciamo guidare dai criteri logici della “giustizia sostanziale” (nel senso, sia ben chiaro, indicato

⁶⁵ BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 771.

da Mirjan Damaska, di giudizio svincolato dalla sussunzione e fondato sulla discrezionalità del giudice)⁶⁶, allora oggetto dell'accertamento valutativo pare essere piuttosto la ragionevolezza/proporzionalità della causa di giustificazione, ricerca che avviene su un piano oggettivo a prescindere da elementi volontaristici⁶⁷. Il che avvicina moltissimo il giudizio sulla discriminazione a quello tipicamente trilatero che viene in gioco quando si discute di violazione del principio di uguaglianza. Ed infatti, cos'è che differenzia l'uno dall'altro? Soltanto l'esistenza di un fattore di rischio, che rappresenta l'elemento primordiale, il dato oggettivo originario, che consente la valutazione/confronto con il *tertium comparationis*. In entrambi i casi, la soluzione (positiva o negativa) passa tuttavia “dalla ricerca di una giustificazione, secondo un canone di ragionevolezza delle differenziazioni”⁶⁸. Il che significa, in definitiva, che l'uguaglianza transita, per così dire, dall'area dei rapporti pubblici a quella dei poteri privati e diviene, mediante il diritto antidiscriminatorio, “parametro dell'esercizio legittimo di qualsiasi potere potenzialmente autoritario”⁶⁹ (come è del resto provato dal fatto che, superando vecchie impostazioni, l'esistenza di ragioni oggettive altre non è sufficiente ad escludere la discriminazione, anche se l'atto datoriale sarebbe di per sé, secondo gli schemi del diritto positivo statale, del tutto legittimo: in termini Cass. lav. 27.9.2018 n. 23338).

In conclusione, la traccia della Corte costituzionale del 1989 non è persa e non è stata cancellata. Scrivevano i giudici costituzionali in quella sentenza che “i principi costituzionali di tutela della dignità sociale e di divieto di discriminazioni nel campo del lavoro sono stati trasfusi nello Statuto dei lavoratori” e, inoltre, che “il datore di lavoro deve astenersi dal compiere atti che possano produrre danni e svantaggi ai lavoratori”. La stessa cosa affermava, incredibilmente, Commons agli inizi del secolo scorso. Il diritto antidiscriminatorio dello Statuto dei Lavoratori è una risposta a questa domanda, che paradossalmente torna ad essere attuale, segnalando, oltre ai passi in avanti della cultura giuridica, anche, purtroppo, la crisi dei valori nella società attuale e nelle sue élite, sempre più estranee, come ci ricorda Christopher Lasch, ai

⁶⁶ DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, 1991.

⁶⁷ Lo sottolinea L. ZOPPOLI, in *Categorie giuridiche*, cit., p. 69, ma *passim*. Sul punto v. pure FERRARA, *op. cit.*, p. 211.

⁶⁸ BARBERA, *Principio di uguaglianza e divieti di discriminazione*, cit., p. 7.

⁶⁹ *Ivi*, p. 8.

destini delle comunità a cui appartengono⁷⁰. È difficile pensare che questa sia l'ultima tappa, quindi. Il cammino del diritto antidiscriminatorio probabilmente conoscerà sviluppi, nella misura in cui il principio di uguaglianza riesca a penetrare nell'ordinamento come valore in sé e sia concepito come strettamente correlato alla dignità umana.

⁷⁰ LASCH, *La rivolta delle élite. Il tradimento della democrazia*, Neri Pozza, 2017.