Poste Italiane S.p.a. • Sped. in A.P. • D.L. 353/2003 conv. in L. 46/2004, art. 1, c. 1 • Aut. C/RM/AUT. 21/2015

LAVORO E PREVIDENZA OGGI

anno LI • maggio-giugno 2024

5-6

Lavoro e Previdenza Oggi
Pubblicazione mensile fondata nel 1974

Direttore
Marco Pavesi
e-mail: mpavesi@lpo.it

Direttore Responsabile
Antonio Pileggi

Coordinatore Redazionale
Arturo Di Mario
e-mail: redazione@lpo.it

Responsabile abbonamenti
Lea Volpini
e-mail: abbonamenti@lpo.it

Editore
Iuridica Edizioni Distribuzioni S.r.l.
Via Boezio 2/A – 00192 Roma
Web: www.lpo.it
e-mail: direzione@lpo.it

Stampa e legatura
Press Up – Roma

Copyright
© Iuridica Edizioni Distribuzioni S.r.l. – Roma

Registrazioni
Trib. di Milano n. 26 del 25/01/1974
Trib. di Roma n. 578 del 31/10/2002
R.O.C. 18453/2009

	Abbonamenti
Italia	€ 215,00
Telematico (pdf)	€ 160,00
Numero singolo	€ 35,00

ISSN 0390-251X

Codice privacy: la Casa Editrice garantisce l'utilizzo dei dati personali degli abbonati limitatamente alla comunicazione delle proprie iniziative editoriali

LAVORO E PREVIDENZA OGGI

Tutti i contributi pubblicati in questa Rivista sono sottoposti all'approvazione di un referaggio doppio cieco anonimo

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio al 31 dicembre di ogni anno; nel caso di abbonamenti sottoscritti in corso d'anno l'abbonato riceve gli arretrati già pubblicati. In mancanza di regolare disdetta entro la fine dell'anno, ovvero dopo l'invio del fascicolo n. 2 dell'anno successivo ed in perdurante assenza di disdetta, l'abbonamento si intende tacitamente rinnovato per un anno

Comitato scientifico

Emilio Balletti
Maria Rosaria Barbato
Romulo Nei Barbosa De Freitas Filho
Alberto Cámara Botía
Piera Campanella
Giovanni D'Alessandro
Loredana Ferluga
Stefano Giubboni
Alessandra Ingrao
Fiorella Lunardon
Juan Pablo Maldonado Montoya
Arturo Maresca
Massimiliano Marinelli
Domenico Mezzacapo
Alfredo Montoya Melgar
Pasquale Passalacqua
Francisco Pérez De Los Cobos
Adalberto Perulli
Roberto Pessi
Juan Gil Plana
Antonio Preteroti
Giampiero Proia
Alessandro Riccobono
Carmen Sánchez Trigueros
Luis Ángel Triguero Martínez
Gaetano Zilio Grandi

Comitato editoriale

M. Cristina Cataudella
Lorenzo M. Dentici
Nicola De Marinis
Luigi Fiorillo
Iolanda Piccinini
Paolo Sordi

Comitato direttivo

Iolanda Piccinini – Antonio Pileggi – Paolo Sordi

Direzione e Redazione

Direttore
Marco Pavesi

Direttore responsabile
Antonio Pileggi

Direzione scientifica
Antonio Pileggi

Condirezione scientifica
Paolo Iervolino

Vicedirettore
Massimo Viceconte

Redattore capo
Arturo Di Mario

Curatori editoriali
Francesco Belmonte
Giovanni Fiaccavento
Gianluca Giampà
Grazia Maggi
Francesco Marasco
Marcella Miracolini

Curatore scientifico sezione News
Eugenio Erario Boccafurni

Collaboratori redazionali

Anna Buttafoco
Dario Calderara
Sabrina Cassar
Dario Conte
Giovanni G. Crudeli
Stefano Dal Maso
Flaminia De Giuli
Donato De Rosa
Giada Della Rocca
Michele Diana
Eugenio Erario Boccafurni
Antonio Federici
Fabrizio Ferraro
Giovanni Fiaccavento
Riccardo Fratini
Giorgio Frontini
Sergio Galleano
Gianluca Giampà
F. Saverio Giordano
Paolo Iervolino
Marco Isceri
Francesco Marasco
Giovanni Piglialarmi
Francesco Rondina
Michelangelo Salvagni
Livia Tamburro
Sergio Testa

S O M M A R I O

I contenuti del presente fascicolo sono disponibili anche sul sito ***www.lpo.it***

ARTICOLI E DOTTRINA

Domenico Garofalo
La trasparenza nel settore privato. Genesi – ambito – tecniche della tutela 299

Marina Nicolosi
Progressioni economiche orizzontali e carriere nel pubblico impiego dopo il "Decreto Reclutamento" 342

Iolanda Piccinini, Marco Isceri
Valori, scenari e nuove sfide: appunti per un lavoro sostenibile 373

Stefano Caffio
Riflettendo su alcune questioni in tema di prestazioni temporanee in favore dei lavoratori agricoli 403

GIURISPRUDENZA

La tutela del credito del lavoratore co-gestito
Nota a Tribunale di Bari, Sez. Lav., sentenza 13 settembre 2023 – Est. Tedesco – T. V. (Avv. Garofalo) c. Coserv Srl in l. g., Giano Restauri Srl (Avv. Indaco) e Fall. Il Cenacolo (Avv. Romano); conv. INPS (Avv. Contursi) e INAIL (Avv.ti Cignarelli, Guarnieri) (disponibile su https://www.lpo.it/banca-dati/)
di Alessio Caracciolo 425

La Cassazione sulla carta del docente: un'occasione mancata e una discriminazione solo parzialmente risolta
Nota a Corte di cassazione, Sez. Lav., sentenza 27 ottobre 2023, n. 29961 – Pres. Marotta – Rel. Bellè – B. L. (Avv.ti Miceli, Zampieri) c. Ministero dell'Istruzione e del Merito (Avvocatura Generale dello Stato) (disponibile su https://www.lpo.it/banca-dati/)
di Alessandro De Nobili 443

Conciliazioni sindacali: effettività *versus* formalismo
Nota a Corte di cassazione, Sez. Lav., ordinanza 18 gennaio 2024, n. 1975 – Pres. Doronzo – Rel. Panariello – F. I. c. Obiettivo Impresa Srl (disponibile su https://www.lpo.it/banca-dati/)
di Umberto Izzo 456

La condotta discriminatoria di ITA Airways che ha escluso le lavoratrici in gravidanza nella procedura di assunzioni
Nota a Corte di Appello di Roma, sentenza 6 febbraio 2024, n. 475 – Pres. e Rel. Casablanca – P. A. L. e M. M. (Avv.ti Laratta, Verdura) nonché Consigliera di Parità della Città Metropolitana di Roma Capitale (Avv. Baldoni) c. ITA Airways S.p.a. (Avv.ti Marazza, De Feo) (disponibile su https://www.lpo.it/banca-dati/)
di Michelangelo Salvagni 467

La condotta discriminatoria di ITA Airways che ha escluso le lavoratrici in gravidanza nella procedura di assunzioni

Nota a Corte di Appello di Roma, sentenza 6 febbraio 2024, n. 475 – Pres. e Rel. *Casablanca* – P. A. L. e M. M. (Avv.ti Laratta, Verdura) nonché Consigliera di Parità della Città Metropolitana di Roma Capitale (Avv. Baldoni) c. ITA Airways S.p.a. (Avv.ti Marazza, De Feo) (disponibile su https://www.lpo.it/banca-dati/)

di *Michelangelo Salvagni**

Rapporto di lavoro – Nuove assunzioni – Selezione personale – Lavoratrici in gravidanza – Esclusione – Discriminazione – Rimozione effetti – Obbligo assunzione – Risarcimento del danno

Artt. 27, 38 e 40, D.Lgs. n. 198/2006 – Art. 28, co. 4, D.Lgs. n. 150/2011

È discriminatoria la condotta del datore di lavoro che, in un processo di selezione del personale relativo ad un piano di assunzioni, esclude le prestatrici in ragione del loro stato di gravidanza. (Massima a cura dell'A.)

Sommario: 1. Considerazioni preliminari: il riassunto delle puntate precedenti. – 2. Il caso di specie: la vicenda discriminatoria denunciata per la mancata selezione delle lavoratrici in gravidanza. – 3. Il Tribunale di Roma del 22 marzo 2022: l'accoglimento della tesi discriminatoria e il risarcimento del danno da perdita di *chance* senza diritto all'assunzione. – 4. Il giudizio di opposizione: la sentenza del 23 gennaio 2023 che respinge la tesi della discriminazione. – 5. Rilievi critici sul giudizio di opposizione. – 6. La Corte di Appello di Roma del 6 febbraio 2024: l'accertamento della discriminazione, la ripartizione degli oneri probatori e il diritto delle lavoratrici all'assunzione.

Abstract

La vicenda in commento prende le mosse dalla mancata assunzione di due lavoratrici, da parte della società ITA Airways, le quali denunciavano di aver subito una

* Avvocato del Foro di Roma.

discriminazione in ragione del loro stato di gravidanza. Il caso di specie si contraddistingue per l'eterogeneità delle decisioni che hanno trattato la fattispecie. In breve, un primo decreto che accertava la discriminazione e condannava la società solo ad un risarcimento del danno; un successivo provvedimento che ribaltava completamente le statuizioni del primo giudice e respingeva le domande delle ricorrenti; da ultimo, la sentenza della Corte di appello di Roma che, nel confermare la condotta discriminatoria, ha ordinato alla società "*la rimozione degli effetti della condotta discriminatoria mediante la selezione e assunzione*" delle lavoratrici quali assistenti di volo condannandola, altresì, al risarcimento del danno conseguente alla accertata discriminazione.

The case in commentary takes as its starting point the failure to hire two female workers, by the ITA Airways company, who complained that they had suffered discrimination because of their pregnancy status. The present case is distinguished by the heterogeneity of the decisions that have dealt with the case. In short, an initial decree ascertaining discrimination and sentencing the company only to compensation for damages; a subsequent measure that completely overturned the first judge's rulings and rejected the plaintiffs' claims; and finally, the ruling of the Rome Court of Appeal, which, in confirming the discriminatory conduct, ordered the company "to remove the effects of the discriminatory conduct by selecting and hiring" the female workers as flight attendants, condemning it, as well, to pay compensation for the damage resulting from the ascertained discrimination.

1. Considerazioni preliminari: il riassunto delle puntate precedenti.

La Corte di Appello di Roma, con sentenza del 6 febbraio 2024, n. 475, ha confermato la discriminazione subita da parte di due lavoratrici, in ragione del loro stato di gravidanza, e consistente nella loro mancata assunzione da parte della società ITA Airways. La vicenda si incentra, quindi, sul tema della discriminazione relativa ad una procedura di assunzione del personale, antecedente la costituzione del rapporto di lavoro.

Il caso è stato contraddistinto da provvedimenti caratterizzati da diverse soluzioni interpretative.

In breve, un primo decreto *ex* art. 38, del D.Lgs. n. 198/2006, emesso dal Tribunale di Roma in data 23 marzo 2022, che accertava la discriminazione e condannava la società ad un risarcimento del danno dovuto ad una perdita di *chance*, ma senza riconoscere il diritto all'assunzione da parte delle ricorrenti; un successivo provvedimento, del 23 gennaio 2023, che, nel ribaltare completamente le statuizioni del primo giudice, respingeva le domande delle ricorrenti, dichiarando l'insussistenza delle condotta discriminatoria e del conseguente danno; da ultimo, la sentenza della Corte di Appello di Roma, del 6 febbraio 2024, in annotazione, che

invece accoglieva, correttamente a parere di chi scrive viste le risultanze istruttorie, la tesi delle lavoratrici.

La Corte territoriale, infatti, ha accertato sia la condotta discriminatoria, attuata dalla società mediante l'esclusione delle candidate in stato di gravidanza dalla procedura di selezione e assunzione degli assistenti di volo, sia il risarcimento del danno, conseguente alla accertata discriminazione, ma, soprattutto, a differenza delle statuizioni del primo arresto del Tribunale di Roma, ha ordinato "*la rimozione degli effetti della condotta discriminatoria mediante la selezione e assunzione*" delle lavoratrici quali assistenti di volo.

Sulla questione occorre peraltro evidenziare che, in ragione del rilievo della vicenda discriminatoria oggetto di causa, nel corso del giudizio interveniva, *ex* art. 36, n. 2, D.Lgs. n. 198/2006, la Consigliera di Parità della Città Metropolitana di Roma Capitale. Intervento giustificato dal ruolo istituzionale della Consigliera di Parità, che, tra i suoi scopi, ha proprio quello di promuovere l'uguaglianza di genere sul luogo di lavoro e nella società in generale.

In particolare, tale organismo, nel costituirsi in giudizio, aveva prontamente eccepito che la società, sin dall'inizio del reclutamento del personale, aveva l'onere di rispettare una proporzione numerica sull'assunzione delle lavoratrici madri (gravidanza o puerperio); adempimento questo che, tuttavia, non risultava in alcun modo rispettato, proprio in ragione della mancanza di prove fornite in tal senso nel corso dell'istruttoria.

2. Il caso di specie: la vicenda discriminatoria denunciata per la mancata selezione delle lavoratrici in gravidanza.

Per una migliore comprensione delle ragioni della sentenza in commento, pare opportuno richiamare gli elementi fattuali della vicenda, come inizialmente prospettati innanzi al Tribunale di Roma. Il caso riguardava due ex-assistenti di volo di Alitalia che si erano candidate per essere assunte dalla Compagnia Aerea ITA Airways, presentando regolare domanda di "adesione" e che, tuttavia, non erano neanche state chiamate per la selezione. Le lavoratrici, pertanto, mediante ricorso *ex* art. 38 del D.Lgs. n. 198/2006, convenivano in giudizio la società deducendo, in punto di diritto, che si fosse configurata una discriminazione nella procedura di assunzione in ragione del loro stato di gravidanza e maternità. Le ricorrenti, inoltre, ai fini della dimostrazione del comportamento discriminatorio, avevano indicato, a fini statistici, il nominativo di altre sette lavoratrici in gravidanza, del pari escluse dalla selezione. Le prestatrici avevano anche eccepito che i

criteri di selezione adottati dalla società, nella scelta dei lavoratori assunti, risultavano del tutto oscuri.

Una delle prime questioni affrontate dal Tribunale, ha riguardato il fatto che la società aveva dedotto che non poteva verificarsi una discriminazione in quanto la procedura selettiva era ancora all'inizio. Secondo la prospettazione del datore, solo quando il piano delle assunzioni fosse stato completato sarebbe stato possibile valutare la discriminatorietà della esclusione delle lavoratrici dalla selezione.

3. Il Tribunale di Roma del 22 marzo 2022: l'accoglimento della tesi discriminatoria e il risarcimento del danno da perdita di *chance* senza diritto all'assunzione.

Il Tribunale del lavoro di Roma, con decreto del 23 marzo 2022, accertava la discriminazione posta in essere da parte della Compagnia Aerea per la mancata assunzione delle lavoratrici in gravidanza, condannando la società al risarcimento del danno da perdita di *chance,* quantificato in 15 mensilità delle relative retribuzioni[1].

Il giudice capitolino, al fine di stabilire se nel caso di specie ricorresse una condotta discriminatoria, analizzava, in prima battuta, la normativa nazionale e, in particolare: l'articolo 27, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 198 del 2006, che vietano qualsiasi discriminazione per quanto attiene all'accesso al lavoro, tra cui rientra anche quella in ragione dello stato di gravidanza.

Il Tribunale poi, per supportare le proprie ragioni, richiamava due decisioni della Corte di giustizia: CGUE dell'8 novembre 1990, causa C-177/88, Dekker, nonché CGUE del 3 febbraio 2000, causa Silke Karin Mahlburg contro Land Mecklenburg-Vorpommern, secondo cui il rifiuto di assunzione per un motivo di gravidanza configura una discriminazione in quanto si tratta di un trattamento sfavorevole con riferimento alla possibilità di accedere al lavoro. In termini, il Tribunale menzionava anche Cass. 26 febbraio 2021, n. 5476, ove i giudici di legittimità, aderendo ai sopra citati principi enunciati dalla Corte di giustizia, avevano dichiarato come discriminatorio il comportamento del datore che non aveva rinnovato un contratto a termine di una lavoratrice che era in stato di gravidanza.

---

[1] Con riferimento a tale primo arresto, sia consentito rimandare a M. Salvagni, *La mancata assunzione di lavoratrici in gravidanza configura una discriminazione: ITA Airways condannata a pagare il risarcimento del danno da perdita di chance anche in funzione dissuasiva*, in *LPO News,* del 13 aprile 2022.

Partendo da tali presupposti normativi e giurisprudenziali, il primo giudice affrontava le eccezioni della società: da una parte, l'insussistenza di una discriminazione per non essere il datore a conoscenza dello stato di gravidanza delle ricorrenti; dall'altra, la mancanza di adeguata certificazione per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Sulla prima tematica, il giudice osservava che non è richiesta la prova dell'intento consapevolmente discriminatorio in ragione dello stato di gravidanza, in quanto la discriminazione opera oggettivamente, come stabilito dall'art. 40 del D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198. Con riferimento poi al secondo argomento difensivo della società (il possesso di un'adeguata certificazione che consentisse l'espletamento della prestazione), la deduzione risultava smentita dalla documentazione in atti. Le ricorrenti, infatti, al momento in cui avevano presentato la domanda, erano in possesso sia del *green pass*, sia di certificazione di idoneità medico legale, nonché dei requisiti per ottenere l'abilitazione di volo per operare a bordo in qualità di membro di equipaggio di cabina (anche perché le lavoratrici già possedevano tale requisito quali assistenti di volo della precedente Compagnia Aerea).

Alla luce di tali evidenze, il Tribunale giudicava fondate le allegazioni formulate dalle ricorrenti in termini di condotta discriminatoria nella selezione del personale in ragione del proprio stato di gravidanza. Circostanza comprovata anche mediante l'indicazione dei nominativi di altre sette lavoratrici non selezionate in ragione di una condizione analoga alla propria.

In tema di ripartizione dell'*onus probandi*, il magistrato riteneva assolto quello posto a carico delle denuncianti, trattandosi di un onere "alleggerito".

Infatti, ai sensi dell'art. 28, co. 4 del D.Lgs. n. 150/2011 e dell'art. 40 del D.Lgs. n. 198/2006, per la parte che invoca una discriminazione è sufficiente fornire elementi di fatto, relativi alle assunzioni, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori. Una volta che vi sia stata tale allegazione, spetta al datore l'onere di provare l'insussistenza della condotta discriminatoria denunciata.

Così ricostruita la suddivisione degli oneri probatori, il giudice capitolino affermava che la società, al fine di confutare la discriminazione, avrebbe dovuto indicare i nominativi delle lavoratrici, tra le 412 assistenti di volo assunte nel periodo oggetto di analisi, che si trovavano in stato interessante; di contro, la Compagnia Aerea non aveva riferito nessuna informazione su tale aspetto, desumendosi, anche in via presuntiva, che neppure una delle 412 assistenti di volo assunte fosse in gravidanza.

A parere del Tribunale, la società, vista l'ordinaria gestione del personale, e in base al principio di vicinanza della prova, disponeva di tutte le informazioni che le consentivano, agevolmente, di smentire la tesi delle la-

voratrici. Il fatto che questa dimostrazione non fosse avvenuta, avvalorava la veridicità delle allegazioni delle lavoratrici.

In ordine, infine, alla tutela applicabile in considerazione dell'accertamento della condotta discriminatoria, il giudice non accoglieva la domanda delle ricorrenti volta ad obbligare la società ad assumerle, esorbitando dal potere giudiziale la costituzione coattiva di un rapporto di lavoro. Condanna, questa, che, in virtù dei principi espressi dall'art. 41 Cost., verrebbe a confliggere con le prerogative riconosciute al datore di lavoro.

Il Tribunale, invece, accoglieva l'azione risarcitoria dal momento che alle lavoratrici, proprio a causa della condotta illegittima della società convenuta, derivava un danno visto in quanto la domanda di assunzione non era stata presa neppure in considerazione. Ciò determinando per le medesime una perdita di *chance*, quantificabile nell'importo pari a 15 mensilità della retribuzione mensile, tenuto conto sia del periodo di astensione dal lavoro antecedente il parto sia dei sette mesi successivi dalla nascita del figlio.

Sul punto, il giudice osservava che la condanna al pagamento di una somma a titolo risarcitorio esprimeva anche una funzione dissuasiva perché elideva il vantaggio che la società resistente aveva inteso assicurarsi evitando l'assunzione di assistenti di volo in gravidanza. Il risarcimento veniva pertanto commisurato alla durata del tempo in cui la presenza sul luogo di lavoro sarebbe stata sospesa in ragione dello stato di gravidanza.

4. Il giudizio di opposizione: la sentenza del 23 gennaio 2023 che respinge la tesi della discriminazione.

La Compagnia Aerea, contro il decreto del 22 marzo 2002, presentava rituale opposizione innanzi al Tribunale di Roma, proponendo nuovamente le deduzioni ed eccezioni non accolte dal primo giudice. Occorre sin da subito evidenziare che il magistrato capitolino incentrava il proprio ragionamento decisorio sul tema dell'onere della prova in materia di discriminazione. Il giudice dell'opposizione, in via preliminare, richiamava infatti le disposizioni e gli orientamenti giurisprudenziali in materia di parità di trattamento e discriminazione e, in particolare: a) l'art. 25 del D.Lgs. n. 196/2006, con riguardo alle nozioni di discriminazione diretta e indiretta; b) gli orientamenti della Suprema Corte (cfr. Cass. n. 20204/2019) e della Corte di giustizia (CGUE 13 novembre 2007, D.H. e A.C. Repubblica Ceca, nonché CGUE 9 giugno 2009, Opuz c. Turchia), con riferimento ad una differenza di trattamento che può consistere in una misura che, se pur formulata in termini neutri, produce una discriminazione nei confronti di determinati

gruppi di persone; c) l'art. 28, co. 4, del D.Lgs. n. 150/2011 e l'art. 37 del D.Lgs. n. 198/2006, in tema di ripartizione degli oneri della prova.

Sulla base di tali presupposti, il Tribunale affermava che, nell'ambito del giudizio antidiscriminatorio, la parte che la denuncia ha solo l'onere di fornire elementi in fatto, anche a carattere statistico, idonei a far presumere l'esistenza di una discriminazione; mentre il datore è onerato a dimostrare che le scelte che incidono nella esclusione dei lavoratori siano state determinate secondo criteri oggettivi. Ebbene, il giudice, sulla base di tali disposizioni antidiscriminatorie, tuttavia, riteneva non fondata la dedotta discriminazione. La mancata selezione delle lavoratrici in stato interessante sarebbe stata correttamente determinata da ragioni oggettive nella selezione del personale da assumere: in altre parole, l'esclusione era giustificata dalla scadenza dei certificati di abilitazione denominati RT.

Sul punto, però, va dato conto che le ricorrenti avevano puntualmente eccepito, da una parte, che già possedevano tale requisito, visto che avevano lavorato in qualità di assistenti di volo presso la precedente Compagnia Aerea; dall'altra, che tale certificazione RT, in realtà, non fosse una vera e propria abilitazione di volo, ma solo una attestazione di frequenza ad un corso di aggiornamento.

Il Tribunale di Roma, tuttavia, riteneva non dimostrata la discriminazione in quanto le lavoratrici avrebbero dovuto fornire in giudizio la prova che non fosse necessario il possesso della certificazione RT per operare sui voli e per partecipare alla selezione di assunzione. Aggiungendo ancora sul punto, che risultava "*ragionevole ritenere che, visto il ridotto lasso temporale a disposizione per avviare le operazioni di volo, la società ricorrente abbia privilegiato il personale con le certificazioni valide, anziché avviare procedure di aggiornamento delle certificazioni scadute ovvero in scadenza*".

Il magistrato, infine, con riguardo al danno da perdita di *chance* conseguente alla mancata possibilità di partecipare alla selezione, riformava il primo provvedimento sulla base delle seguenti argomentazioni: da una parte, poiché le lavoratrici non avevano contestato la circostanza che la società aveva dedotto che, al 28 giugno 2022, risultavano assunte 549 assistenti di volo, su un numero programmato di 2.800 assunzioni; dall'altra, visto che il piano assunzionale era ancora in corso, le medesime ben avrebbero potuto ripresentare la loro candidatura.

Il Tribunale osservava, inoltre, che in alcun modo la partecipazione alla procedura di selezione possa attribuire al lavoratore un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione. Ciò perché, proseguiva sul punto la parte motiva della sentenza, il datore, ai sensi dell'art. 41 Cost., aveva "*discrezionalità nella scelta dei candidati da assumere, nel rispetto dei limiti legali e di eventuali criteri di selezione resi a monte della procedura, cui si sia vincolato*".

Gli unici criteri di selezione vincolanti, pertanto, erano quelli adottati dalla società e contenuti nell'Accordo con le Parti sociali.

Concludeva il Tribunale, alla luce di tali evidenze, che la società aveva fornito "*validi elementi di natura oggettiva, atti a dimostrare di non aver proceduto all'assunzione delle resistenti per ragioni di natura tecnico-organizzativa*". Condotta giustificata dall'urgenza di reperire personale di volo, visto che le lavoratrici avevano in scadenza (o era scaduta) la certificazione RT e, soprattutto, perché la società non risultava a conoscenza dello stato di gravidanza delle prestatrici; circostanza questa ultima che, a parere del giudice, le lavoratrici non avevano né contestato specificatamente né, comunque, provato.

5. Rilievi critici sul giudizio di opposizione.

Ancor prima di entrare nel merito delle determinazioni della Corte di Appello del 6 febbraio 2024, pare opportuno segnalare alcune criticità rappresentate delle argomentazioni del giudice dell'opposizione. La sentenza non appare condivisibile in quanto, sostanzialmente, risulta affetta da un errore logico con riferimento alle disposizioni in materia di discriminazione, peraltro, richiamate nella parte iniziale del provvedimento stesso.

La decisione del Tribunale di Roma infatti, a parere di chi scrive, appare non corretta laddove onera le lavoratrici di una *probatio diabolica*, ossia quella di provare il numero delle assunzioni effettuato nel tempo dalla società rispetto al piano assunzionale concordato con le Parti Sociali. Dati questi necessari al fine di comprendere, in termini percentuali rispetto al numero totale delle assunzioni previste, lo stato di realizzazione nel tempo di tale piano; in particolare, quante fossero state le assunzioni sia al momento della esclusione delle ricorrenti dalla selezione sia in quello successivo alla presentazione del ricorso e, comunque, nell'ambito del giudizio in corso. Dimostrazione questa che, se posta a carico delle parti che denunciano la condotta discriminatoria, risulta contraria, non solo al principio della vicinanza della prova (correttamente richiamato dal giudice della prima fase), ma, soprattutto, agli stessi orientamenti giurisprudenziali citati dal magistrato dell'opposizione in materia antidiscriminatoria.

Il lavoratore, infatti, secondo le disposizioni che regolano la materia, come individuate nelle pagine precedenti, allega il fattore rischio; il datore, di contro, deve provare l'assenza della discriminazione comprovando tale circostanza. Sul punto, si segnala la nota sentenza della Corte di cassazione del 5 aprile 2016, n. 6575[2].

[2] Pubblicata rispettivamente in *Riv. it. dir. lav.,* 2016, II, 729*,* con nota di D.

Decisione questa di fondamentale importanza per aver fatto da "spartiacque" nella distinzione qualificatoria tra licenziamenti discriminatori e ritorsivi visto che, fino ad allora, l'interpretazione giurisprudenziale aveva ritenuto sovrapponibili le due fattispecie[3].

Occorre inoltre evidenziate che Cass. 5 aprile 2016, n. 6575 risulta fondamentale anche sotto l'ulteriore profilo della differente ripartizione degli oneri probatori, a seconda del tipo di licenziamento invocato (discriminatorio, ovvero ritorsivo). Sul punto, in particolare, tale sentenza ha affermato che, nel caso in cui il lavoratore "*esercita la azione a tutela della discriminazione può limitarsi a fornire elementi di fatto (...) che siano idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti o comportamenti discriminatori. Spetta invece al convenuto l'onere della prova sulla insussistenza della discriminazione che opera obiettivamente, in ragione del mero rilievo del trattamento deteriore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta, ed a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro*".

In ragione di tali principi normativi e giurisprudenziali, la Compagnia Aerea, per quanto attiene al caso di specie, avrebbe dovuto produrre in giudizio l'elenco delle assunzioni effettuate nel tempo da cui risultasse il collocamento di lavoratrici in stato di gravidanza; oppure, fornire tali evidenze mediante l'escussione di testimoni; il datore di lavoro, infatti, ai fini della prova liberatoria della discriminazione, non può limitarsi semplicemente a dedurre che essa non si sia realizzata.

Non appare condivisibile, poi, anche il principio richiamato dal secondo giudice sulla libertà di iniziativa economica privata dell'imprenditore *ex* art. 41 Cost. comma 1, con riferimento alla "*discrezionalità nella scelta dei candidati da assumere*".

Gottardi, *L'attesa decisione sulla nozione oggettiva di discriminazione in un caso di annunciata procreazione medicalmente assistita*; in *Riv. giur. lav.*, 2016, II, 469, con nota di S. Scarponi, *Licenziamento discriminatorio: una svolta della Cassazione in un caso riguardante la procreazione medicalmente assistita*; in *Arg. dir. lav.*, 2016, 1221, con nota di E. Pasqualetto, *La Cassazione completa la parabola dell'emancipazione del licenziamento discriminatorio dal licenziamento nullo per illiceità dei motivi*.

[3] In tal senso, cfr., *ex multis*: Cass. 27 febbraio 2015, n. 3986, in *Il Foro It.*, Rep. 2015, voce cit., n. 1100; Cass., 14 marzo 2013, n. 6501, *id.,* 2013, 5, I, 1455 e in *Mass. giur. lav.*, 2013, 864. Con riferimento ad una disamina dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di licenziamenti discriminatori e ritorsivi, sia consentito rimandare a M. Salvagni, *Licenziamenti discriminatori e ritorsivi: evoluzione della giurisprudenza e ripartizione dell'onere della prova,* in *LPO*, 2018, 5-6, 287 e ss.

Tale "discrezionalità", non può arrivare al punto di consentire all'imprenditore non solo condotte contrarie ai principi di correttezza e buona fede *ex* artt. 1175 e 1375 c.c. nei criteri selettivi delle assunzioni, ma, soprattutto, discriminatorie, viste le normative di parità di trattamento esistenti nel nostro ordinamento positivo. Norme che trovano maggiore cogenza anche in ragione sia delle prescrizioni eurounitarie e sovranazionali esistenti in materia, sia dei principi espressi dalle sentenze della Corte di giustizia e dalla Corte di cassazione, come richiamati nelle pagine precedenti. Comunque, tale libertà incontra sempre un limite nel successivo comma 2, dell'art. 41, Cost., disposizione stabilita dal Costituente a bilanciamento della stessa iniziativa economica privata dell'imprenditore, perché essa "*non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*".

6. La Corte di Appello di Roma del 6 febbraio 2024: l'accertamento della discriminazione, la ripartizione degli oneri probatori e il diritto delle lavoratrici all'assunzione.

A questo punto, in base a quanto sin qui evidenziato, appare interessante comprendere quale sia stata la soluzione offerta dalla Corte di Appello di Roma con riferimento al riconoscimento o meno di una condotta discriminatoria nella vicenda in esame. In altre parole, come i giudici di appello siano riusciti a "districarsi" rispetto alle statuizioni dei precedenti provvedimenti del Tribunale di Roma (decreto e sentenza), così diversi tra loro, in termini sia di qualificazione della vicenda discriminatoria sia della ripartizione degli oneri probatori.

La Corte di Appello di Roma, innanzitutto, ha censurato la sentenza di opposizione affermando che, in realtà, le ricorrenti avessero assolto l'onere posto a loro carico circa l'allegazione di fatti e di elementi necessari a desumere gli estremi di una discriminazione. A parere del Collegio, il Tribunale di Roma non ha correttamente valutato che, secondo la ripartizione degli oneri probatori stabiliti dalle norme antidiscriminatorie, le lavoratrici avevano dedotto e, quindi, allegato, di essere in stato di gravidanza e di non essere state chiamate per partecipare alla selezione; esclusione avvenuta nonostante le medesime avessero manifestato la loro disponibilità all'assunzione.

Le ricorrenti, peraltro, quale ulteriore prova ai fini statistici e presuntivi, avevano anche indicato i nominativi di altre sette lavoratrici che, trovandosi anche loro nelle medesime condizioni delle istanti, non erano state chiamate a partecipare alla selezione e, conseguentemente, non erano state assunte. Sul punto, la Corte territoriale ha osservato che, a fronte di tali

precise indicazioni, la società era un'onerata a dimostrare il fatto contrario, ovvero di aver proceduto a convocare, selezionare ed assumere altre lavoratrici in gravidanza. Circostanza questa determinante quale elemento di comparazione e verifica per escludere l'invocata discriminazione. Prova che, secondo la Corte di appello, la società non ha in alcun modo fornito in giudizio.

Sotto altro profilo, i giudici di secondo grado hanno censurato la sentenza del Tribunale di Roma anche sul punto della presunta mancanza, da parte delle ricorrenti, delle necessarie abilitazioni al volo, le cosiddette certificazioni RT. Il Collegio ha invece ritenuto che la certificazione RT non fosse un requisito essenziale per la selezione e assunzione, ma che si trattasse di un "*aggiornamento, ovvero di una rivalidazione della certificazione che richiede l'impiego di appena due giornate di corso e avviene periodicamente per tutti lavoratori assunti addetti al settore e in vista delle rispettive scadenze*". Dalla documentazione prodotta in atti, infatti, era risultato provato che la convocazione per il corso di "addestramento" era stata comunicata ai prestatori successivamente alla loro assunzione; ciò a dimostrazione che tale presupposto non fosse necessario al fine di operare a bordo del vettore e, quindi, non rappresentasse un ostacolo all'assunzione.

Peraltro – circostanza questa ignorata dal giudice di opposizione – era emerso che nell'annuncio depositato in atti, e volto alla selezione degli assistenti di volo, non era richiesto il certificato RT in corso di validità, ma solo il possesso dell'attestato equipaggio di cabina valido, requisito che le lavoratrici in gravidanza già avevano e che mai, peraltro, era stato contestato nei loro confronti.

A parere della Corte di Appello (che in merito ha richiamato gli stessi principi su cui si era basato il decreto del Tribunale di Roma), l'istruttoria aveva dimostrato che il piano di assunzione previsto per il periodo 2021-2025, e formalizzato con Accordi Sindacali (in particolare il punto 4, del verbale accordo del 2.12.2021), aveva programmato complessivamente l'assunzione di 5.750 lavoratori, mediante incrementi progressivi e che, al momento del giudizio, era stato realizzato per oltre il 50%. Infatti, la teste chiamata dalla stessa società, ossia la coordinatrice della gestione del personale di terra e viaggiante, aveva confermato che, con riferimento agli obiettivi previsti per le nuove assunzioni, era risultato che vi erano state circa 2.925 assunzioni nel 2022, e circa 1.675 nel 2021. Pertanto era emerso che, all'epoca dei fatti, rispetto all'obiettivo del piano assunzionale, la fase del reclutamento non poteva considerarsi solo all'inizio; nel tempo, peraltro, secondo i dati sopra evidenziati, la situazione delle assunzioni non era mutata. L'unica circostanza costante, rispetto alle selezioni e alle assunzioni effettuate dalla società, era la mancata considerazione e selezione delle candidate in stato in gravidanza.

I giudici di secondo grado, viste tali evidenze probatorie, che confermavano la mancata assunzione di prestatrici in stato di gravidanza, hanno ritenuto accertata la discriminazione.

Appare poi di rilievo anche il principio affermato dal Collegio per cui la discriminazione, alla luce delle tutele approntate dal D.Lgs. n. 198/2006, opera obiettivamente a prescindere sia della conoscibilità da parte del datore dello stato di gravidanza sia dell'accertamento della intenzionalità della condotta discriminatoria adottata.

In materia di ripartizione dell'onere della prova, la Corte territoriale, infine, ha affermato di non condividere le statuizioni del Tribunale di Roma che aveva riformato la prima decisione.

È principio consolidato in materia di discriminazioni basate sul sesso, come confermato dalla Corte di cassazione con riferimento all'art. 40 del D.Lgs. n. 198/2006, che vi sia una attenuazione del regime probatorio in favore della parte ricorrente, la quale "*è tenuta solo dimostrare un'ingiustificata differenza di trattamento o una posizione di particolare svantaggio, dovute al fattore rischio tipizzato dalla legge, competendo poi al datore la prova dell'assenza della discriminazione*"[4].

Presupposti questi che trovano ulteriore forza precettiva anche grazie alle disposizioni stabilite sia dall'art. 28 del D.Lgs. n. 150/2011, che consentono la prova presuntiva di ordine statistico, sia dall'art. 19 della Direttiva CE n. 2006/54.

Per concludere, si evidenzia che la decisione della Corte territoriale si distingue, rispetto ai precedenti provvedimenti, per aver dichiarato, in ragione della accertata discriminazione, il diritto delle lavoratrici a partecipare alla selezione e ad essere assunte dalla società; accertamento che, invece, la prima decisione del Tribunale di Roma del 22 marzo 2022 non aveva riconosciuto.

In merito, la Corte capitolina ha preso specifica posizione anche sul principio della libertà imprenditoriale *ex* art. 41 Cost., sul quale il giudice dell'opposizione aveva fondato le proprie ragioni. Al riguardo, è stato affermato che tale "libertà" non "*può essere di ostacolo*" all'applicazione delle disposizioni stabilite dal D.Lgs. n. 198/2006, poiché la tutela che la legge appresta contro le discriminazioni "*non opera sul piano di obbligazioni derivanti da norme che regolano il rapporto di lavoro, ma si muove sul diverso ambito rispondente all'esigenza di eliminare gli effetti pregiudizievoli dipendenti da prassi atti o comportamenti discriminatori*".

---

[4] Cfr. sul punto i provvedimenti di legittimità citati dalla sentenza in annotazione: Cass., ord. 3 febbraio 2023, n. 3361, in *wikilabour.it*; Cass. 26 febbraio 2021, n. 5476, in *wikilabour.it*; Cass. 12 ottobre 2018 n. 255543, in *Dejure.*

La Corte di Appello di Roma, applicando quindi le previsioni del D.Lgs. n. 198 del 2006 (artt. 36, 55, 55-*ter*, ecc.), ha stabilito che, in ragione dell'accertata natura discriminatoria della condotta aziendale, "*consegue l'accoglimento della domanda volta alla cessazione del comportamento e degli effetti discriminatori che non può che essere integrato se non con la selezione e successiva assunzione delle candidate*". Al fine di supportare tale assunto, la Corte territoriale ha affermato un principio di fondamentale importanza – all'apparenza semplice e naturale rispetto all'*iter* logico seguito nel ragionamento decisorio – che rafforza e rende effettiva la tutela delle lavoratrici contro le condotte discriminatorie subite. Infatti, in maniera condivisibile, il Collegio ha osservato che "*arrestarsi al mero accertamento della discriminatorietà, senza ulteriori conseguenze, vanificherebbe l'intento del legislatore che vuole invece approntare una tutela piena e specificatamente volta alla rimozione degli effetti degli atti discriminatori, che non sarebbe perseguita limitando il provvedimento ai soli aspetti dichiarativi e risarcitori*".

D'altronde, per il caso di specie, quale maggior sanzione antidiscriminatoria efficace se non quella di costituire il rapporto con la società, dato che l'ostacolo che non aveva consentito la selezione e l'assunzione era in realtà lo stato di gravidanza.

Infine, per completezza d'informazione, occorre evidenziare che la società è stata altresì condannata al risarcimento del danno in ragione della discriminazione, determinato in € 22.206,90, in favore di ciascuna ricorrente.