

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

*Fondata da Aurelio Becca e Ugo Natoli
già diretta da Luciano Ventura, Giorgio Ghezzi e Piergiovanni Alleva*

ANNO LXVI - 2015 - N. 1

*Trimestrale
gennaio-marzo 2015*

V. FERRANTE RICORDO DI MARIO NAPOLI

Il tema

CONTRATTAZIONE TERRITORIALE E PIANO DEL LAVORO

Contributi di: **I. REGALIA, G. SATERIALE, L. ZOPPOLI, L. BURRONI,
F. RAMELLA, V. PACETTI, A. DE FELICE, S. SCARPONI, A. MATTEI**

Saggi

C. CORDELLA LA FORMAZIONE NELL'APPRENDISTATO

C. DE MARCO IL LAVORO A PROGETTO DOPO LA L. N. 92/2012

Osservatorio europeo

H. VERSCHUEREN IL CASO *BREY*

Giurisprudenza

S. GUADAGNO APPALTO TRANSNAZIONALE E SALARIO MINIMO |

F. RIZZI IL CASO *HAY* | **C. SPINELLI** L'ACCESSO DEGLI STRANIERI AL P.I. |

M. PARPAGLIONI TUTELA DEI DATI PERSONALI |

O. BONARDI SUI REPARTI CONFINO |

A. FEDERICI IMMUNITÀ DEL COMPONENTE RSU



EDIESSE

TRIBUNALE ROMA, 18 novembre 2014 – Est. Casari – De Setta e altri (avv. Salvagni) c. Telecom Italia Spa (avv.ti. Maresca, Boccia).

Disabilità – Lavoratore che presta assistenza – Trasferimento nell'ambito comunale senza il suo consenso – Illegittimità.

Discriminazioni – Trasferimento in reparto confino – Nullità.

Le posizioni soggettive riconosciute dall'art. 33, legge n. 104/92, e i limiti al loro esercizio vanno individuati alla luce della finalità del soddisfacimento dell'esigenza di socializzazione quale fondamentale fattore di sviluppo della persona, come emerge dalla giurisprudenza costituzionale sul tema, dalla Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità e dalla Carta dei diritti fondamentali, sicché la distanza tra il luogo di lavoro e la residenza del lavoratore non è l'unico dato onde valutare la lesività del trasferimento, atteso che gli oneri di assistenza dipendono altresì dalla distanza dall'abitazione dell'assistito, dai tempi di percorrenza a loro volta condizionati dal traffico e dai mezzi pubblici a disposizione, dall'organizzazione familiare e da una molteplicità di fattori che per la loro complessità e valenza soggettiva il legislatore ha volutamente lasciato all'apprezzamento del dipendente. (1)

È discriminatorio, perché non sorretto da alcuna plausibile ragione legittima, non solo il concentrare presso una medesima sede di lavoro una percentuale significativamente superiore alla media delle altre sedi di disabili, ma anche di congiunti di questi, in quanto tale scelta lede, da un lato, i diritti del disabile familiare del lavoratore e, dall'altro, opera una sorta di ghettizzazione tra lavoratori di Serie A (quelli ad alta produttività) e di Serie B (quelli che per gravi problemi di salute personali o assenze in favore di familiari portatori di handicap hanno una minore resa). (2)

(1-2) SUI REPARTI CONFINO

SOMMARIO: 1. La pratica dei reparti confino. — 2. I limiti legali alla costituzione dei reparti confino. — 3. Il trasferimento del lavoratore presso il reparto confino. — 4. *Segue*: Le norme specifiche che vietano il confino dei disabili e delle persone che li assistono. — 5. I reparti confino nel prisma dei vecchi e nuovi fattori di discriminazione. — 6. *Segue*: L'applicazione dei rimedi propri del diritto antidiscriminatorio al caso dei reparti confino.

1. — *La pratica dei reparti confino* — Il caso Telecom che qui si commenta costituisce solo uno dei più recenti episodi di denuncia di reparti confino noti alle crona-

che e alla storia sindacale più che alle aule giudiziarie. Nel nostro caso, vittime erano lavoratrici che assistevano parenti disabili, e l'azione giudiziaria mirava a sancire l'illegittimità del loro trasferimento. La controversia riguardava quindi l'applicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 2103 cod. civ. e 33, legge n. 104/92, complicata dal fatto che lo spostamento avveniva nello stesso comune ed era consentito dalla contrattazione collettiva. Anche una prima lettura della vicenda suggerisce, però, di ampliare lo sguardo oltre la specifica decisione riguardante le *care givers* coinvolte in questo caso, per affrontare la più generale questione della legittimità dell'istituzione dei reparti confino e delle tecniche di tutela contro questa prassi.

Si può dunque muovere dall'osservazione che i reparti confino sono sempre esistiti, anche prima dello Statuto dei lavoratori (1), e rappresentano una vera e propria pratica di organizzazione e gestione – patologica – del lavoro. Tra i casi più eclatanti e noti si possono ricordare le Upa della Fiat (2) e la palazzina Laf dell'Ilva di Taranto (3), ma anche recentemente è stata denunciata l'esistenza di reparti ghetto presso alcune delle più grandi imprese (4).

Elementi comuni dei reparti confino sono il carattere fatiscante delle strutture che li ospitano – spesso capannoni e palazzine in disuso – e la totale irrilevanza delle funzioni assegnate al reparto rispetto all'organizzazione aziendale. Nei casi più gravi si è giunti alla completa mancanza delle strutture basilari, quali l'energia e i servizi igienici, e alla totale inattività del reparto (5). Comuni sono le ragioni della loro istituzione: emarginare lavoratori considerati scomodi. Finiscono nei reparti confino i lavoratori iscritti al sindacato; quelli non più idonei alle mansioni cui erano precedentemente addetti; le vittime di ritorsione, specie per il rifiuto di precedenti proposte di demansionamento o trasferimento; anziani; invalidi; lavoratrici in rientro dalla maternità e fruitori dei permessi per assistenza ai disabili.

Comune è spesso anche la giustificazione che viene adottata a sostegno del provvedimento: il «reinsediamento di una quota di lavoratori in un ambiente lavorativo idoneo anche in unità dedicate». È questa la motivazione sostenuta dall'Accordo sindacale istitutivo delle Upa della Fiat degli anni ottanta (6) ed è, sia pure aggiornata nel lessico, la stessa argomentazione spesa da Telecom nel caso che qui si commenta: realizzare un «giusto compromesso tra l'interesse aziendale a una maggiore produttività nelle sedi di provenienza e l'esigenza dei lavoratori afflitti da problemi personali o fami-

(1) A. Accornero, *Fiat confino: storia della Osr*, ed. Avanti, Milano, 1959.

(2) M. Revelli, *Lavorare in Fiat*, Garzanti, Milano, 1989, pp. 128 ss.; G. Lerner, *Operai*, Feltrinelli, Milano, 1988, pp. 44 ss.

(3) Vd. Il documento della Commissione lavoro del Senato, *Sulla situazione degli stabilimenti del gruppo Ilva di Taranto e di Novi Ligure*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 89.

(4) Vd., ad es., A. Leogrande, *I prigionieri delle fabbriche*, in <http://www.internazionale.it/articolo/2014/10/27/reparti-confino-in-italia-9>; P. Morandin, *Reparti confino alla Electrolux per i delegati «non compatibili»*, in <http://www.pane-rose.it/files/index.php?c3:05520>; A. Caccamo, *Vimercate – Alcatel Lucent in sciopero per il reparto di confino per chi rientra dalla cassa integrazione*, in <http://www.infonodo.org/node/35779>; nonché il comunicato della Segreteria nazionale Slc-Cgil del 3 ottobre 2012, *Telecom Italia: ancora sulle destaffizzazioni selvagge*, in <http://www.slc-cgil-catania.com/2012/10/telecom-italia-ancora-sulle.html>.

(5) È quanto è stato accertato durante l'indagine della Commissione lavoro del Senato presso l'Ilva: vedi il documento citato alla nota 3.

(6) Vd., in questo senso, M. Revelli, *op. ult. cit.*, pp. 129 ss.

liari a mantenere la propria occupazione [...] nel presupposto che l'attività richiesta [...] sia in qualche modo meno impegnativa».

Nella versione più estrema, il reparto confino viene costituito allo scopo del suo successivo trasferimento ad altra azienda, che poi provvederà alla sua chiusura e al licenziamento dei lavoratori. È quanto sospettato dal giudice anche nel caso che qui si commenta: la concentrazione dei lavoratori con problemi personali e familiari plausibilmente preludeva al «preconfezionamento di un ramo d'azienda [...] in seguito oggetto di cessione».

2. — *I limiti legali alla costituzione dei reparti confino* — Le operazioni che portano alla creazione del reparto confino possono logicamente articolarsi in due fasi diverse, che meritano valutazioni giuridiche differenti. Si deve infatti distinguere la scelta imprenditoriale di istituzione di un determinato reparto dalla successiva decisione di collocarvi un certo lavoratore. Si tratta di una distinzione agevole sul piano concettuale, ma non all'atto pratico, essendo lo svolgimento dei fatti spesso molto più confuso.

La prima decisione imprenditoriale — l'istituzione di un determinato reparto — rientra tra le scelte economiche e organizzative dell'imprenditore che il diritto vivente prima, e l'art. 30, d.l. n. 183/10, in seguito, hanno considerato insindacabili: l'opportunità e l'adeguatezza degli assetti produttivi sono protetti dalla garanzia della libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) (7). Parimenti insindacabili appaiono le scelte relative al livello di produttività che un certo reparto dovrà realizzare: la decisione di avere un'unità o settore dell'azienda meno efficiente degli altri attiene anch'essa a quelle valutazioni circa il come e quanto produrre che costituiscono il cuore della libertà di iniziativa economica. Spesso però la costituzione di reparti confino non avviene mediante il compimento di atti tipicamente imprenditoriali — comprendenti in casi storici anche accordi collettivi —, ma piuttosto mediante una serie di comportamenti e omissioni, quali potrebbero essere la mancata ristrutturazione di certi locali aziendali e la non considerazione di alcuni reparti nell'ambito della riorganizzazione, il mancato esercizio del potere di trasferimento di alcune parti dell'azienda o di alcuni lavoratori, la semplice definizione di un ritmo produttivo meno intenso o di modalità di lavoro comportanti l'impiego di tecnologie arretrate se confrontate a quelle degli altri reparti. Rispetto a questo genere di situazioni, come si vedrà, l'armamentario civilistico non pare del tutto adeguato.

Il primo limite alla creazione dei reparti confino può a ogni modo essere individuato nel motivo illecito. Ove emergesse chiaramente che gli atti imprenditoriali siano precipuamente finalizzati alla creazione di un reparto confino, ove collocarvi tutti i lavoratori che per una ragione o per l'altra siano meno graditi e/o meno produttivi, si configurerebbe chiaramente la fattispecie di cui all'art. 1345 cod. civ.: il confino dei lavoratori, a prescindere dall'esistenza di uno specifico fattore di discriminazione vie-

(7) Vd., per tutti, F. Galgano, *Rapporti economici. Commento all'art. 41 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, pp. 4 ss.; tra i contributi più recenti vd. G. Loy, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile nella prospettiva del datore di lavoro*, relazione per il convegno Aidlass del 29 maggio 2014, in http://www.aidlass.it/documenti-1/relazione_prof_loy.pdf; M.V. Ballestrero, *Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità del giudice del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2014, pp. 389 ss., e spec. p. 399; e L. Nogler, in Aa.Vv., *Opinioni sul Collegato lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, pp. 124 ss.

tato (su cui vd. part. 5 e 6), deve considerarsi illecito in quanto volto a ledere la professionalità e la dignità del lavoratore, protette dagli artt. 2103 e 2087 cod. civ. (8), e gli atti di istituzione del reparto, prima ancora che quelli di collocazione in esso di determinati lavoratori, conseguentemente nulli.

Inoltre, gli atti volti alla creazione del reparto confino dovrebbero considerarsi nulli ove, pur non essendo il motivo del confino dei lavoratori esclusivo e determinante ex art. 1345 cod. civ., emerga, anche *ex post* all'esito di una valutazione della complessiva operazione economica posta in essere, l'oggettiva idoneità della costituzione del reparto in questione a creare una situazione di confino di determinati lavoratori. Si tratterebbe, infatti, di un tipico caso di frode alle norme imperative di tutela della professionalità e salute dei lavoratori (9). Nulla ex art. 1344 cod. civ. è anche la costituzione del reparto confino ove essa sia solo il primo atto di un'operazione più complessa, finalizzata alla definitiva espulsione dei lavoratori mediante la preventiva cessione del reparto – qualificato giuridicamente come entità economica organizzata – e l'affidamento del compito di liberarsi dei lavoratori a un terzo cessionario, soggetto a minori oneri, procedure e costi (10).

D'altra parte, i rimedi di carattere civilistico generale esercitano un ruolo marginale e di chiusura rispetto alla tutela lavoristica e, dopo le più recenti innovazioni legislative e processuali, anche rispetto a quella più specifica antidiscriminatoria, ancorché tutte le potenzialità di quest'ultima non siano ancora state esplorate dalla giurisprudenza. La decisione di istituire un reparto meno produttivo degli altri non può essere in linea astratta considerata una discriminazione diretta (lo sarà, semmai, l'atto con il quale vi si collocano i lavoratori, su cui vd. *infra*). Essa può però costituire una discriminazione indiretta, ove il criterio apparentemente neutro della minore produttività abbia un effetto svantaggioso nei confronti dei soggetti portatori di uno o più fattori di discriminazione, quali potrebbero essere le persone affette da disabilità, i lavoratori la cui capacità di lavoro sia ridotta a causa dell'età o dell'usura, coloro che si assentino maggiormente dal lavoro per la fruizione di permessi e congedi comunque connessi a uno dei motivi di discriminazione vietati. Premesso che il particolare svantaggio cui fa riferimento la più recente legislazione antidiscriminatoria non si misura necessariamente ed esclusivamente sul piano statistico, ma anche avuto riguardo a elementi di carattere qualitativo (11), in presenza di fatti precisi e concordanti idonei a fondare una presunzione di discriminazione indiretta, spetterà al datore di lavoro dimostrare che la decisione di istituire il nuovo reparto è estranea a ogni scopo discriminatorio, risponde a una finalità legittima ed è perseguita con mez-

(8) Nel senso che l'art. 2087 cod. civ. tutela la dignità del lavoratore vd. P. Albi, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 50 ss.

(9) Vd. G. Bolego, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2011, spec. p. 119.

(10) G. Bolego, *op. ult. cit.*, pp. 263 ss.; M. Novella, *Il trasferimento di ramo d'azienda: la fattispecie*, in M. Aimo, D. Izzi (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 2014, pp. 236 ss., e spec. pp. 268 ss.; Cass. 19 maggio 2014, n. 10926, in *De Jure*.

(11) D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005, p. 145; M. Barbera, *Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. XXXIII.

zi adeguati e necessari. Se la scelta in sé di istituire un nuovo reparto è protetta dall'art. 41 Cost., sarà sul piano dell'adeguatezza delle scelte concrete che si misurerà la legittimità del comportamento imprenditoriale. Si tratterà allora di dimostrare come il reparto meno produttivo sia necessario all'organizzazione imprenditoriale. E in proposito è utile precisare sin da ora che secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia non sono considerate giustificazioni sufficienti «la riduzione dei costi o il miglioramento della competitività» (12).

3. — *Il trasferimento del lavoratore presso il reparto confino* — La decisione imprenditoriale di collocare un lavoratore presso un reparto confino pone questioni giuridiche diverse da quelle sopra evidenziate. In primo luogo, si tratta di verificare la legittimità del provvedimento alla luce della disciplina del trasferimento dei lavoratori. La questione si pone in termini diversi a seconda che il lavoratore sia o no portatore di una caratteristica soggettiva protetta dal diritto antidiscriminatorio e a seconda di quale caratteristica si tratti.

Il primo limite di carattere generale, cioè riguardante tutti i lavoratori a prescindere dalle loro caratteristiche soggettive, è costituito dall'art. 13 Stat. lav., che come noto ammette il trasferimento del lavoratore solo in presenza di comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. La verifica della legittimità dello spostamento del lavoratore in un reparto confino, sotto il profilo del rispetto dell'art. 13 Stat. lav., presuppone anzitutto che l'atto imprenditoriale possa essere qualificato come trasferimento da una unità produttiva a un'altra; questione che richiede la preventiva individuazione dell'unità produttiva. Occorre dunque stabilire se quest'ultima vada intesa in senso solo geografico o anche funzionale, e se vi sia una nozione unitaria valevole per tutte le disposizioni che disciplinano il trasferimento o se invece ciascuna norma abbia un proprio, differente campo di applicazione (13).

Restando per il momento nell'alveo delle più limitate questioni poste dall'interpretazione dell'art. 13 Stat. lav. è da osservare come non si possano individuare orientamenti giurisprudenziali e dottrinali del tutto univoci. A una prima posizione dei giudici volta a ritenere applicabili i limiti di cui all'art. 2103 cod. civ. al solo mutamento del luogo di lavoro comportante un apprezzabile spostamento geografico (14) ha fatto poi seguito la tesi che ritiene la disposizione applicabile a tutti gli spostamenti da

(12) Corte di Giustizia 5 marzo 2009, C-388/07, *Age Concern England*, e, sul tema, D. IZZI, *op.ult.cit.*, pp. 157 ss.

(13) Per la tesi pluralistica vd. C. Zoli, voce *Mobilità del lavoro*, in *Enc. dir., Annali*, V, 2012, pp. 855 ss., e spec. p. 858; per la lettura unitaria vd. C. Pisani, *L'oggetto e il luogo della prestazione di lavoro*, in A. Vallebona, *I contratti di lavoro*, Utet, Torino, 2009, p. 578; M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 395; Cass., Ss.Uu., 16 gennaio 1986, n. 222, in *Not. giur. lav.*, 1986, p. 210; Cass. 14 giugno 1999, n. 5892, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 702; per la definizione di unità produttiva vd. Corte cost. 6 marzo 1974, n. 55, relativa all'ambito di applicazione della disciplina limitativa dei licenziamenti.

(14) Cass. 15 settembre 1987, n. 7249, in *Mass. giust. civ.*, 1987, e in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1882; Cass. 18 maggio 1984, n. 3076, in *Giur. it.*, 1985, n. 1, I, c. 1425; L. Angiello, *Il luogo di lavoro*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione*, a cura di M. Martone, Cedam, Padova, 2012, p. 714.

un'unità produttiva a un'altra, secondo la nozione unitaria di unità produttiva, intesa non tanto quale sede, stabilimento, ufficio o reparto, bensì come articolazione autonoma, dotata di indipendenza tecnica e organizzativa, nella quale si esaurisce una parte del ciclo produttivo, indipendentemente dalla collocazione geografica (15). Quest'ultima lettura viene poi talvolta corretta dall'affermazione dell'applicabilità dell'art. 2103 cod. civ. anche agli spostamenti che avvengano nell'ambito della stessa unità produttiva ma che comportino comunque un apprezzabile spostamento territoriale (16). Problematica è anche l'attribuzione di rilevanza alle previsioni della contrattazione collettiva volte a definire le unità produttive (17) o a disciplinare il trasferimento (18), che spesso individuano come sede l'ambito comunale (19).

Sotto questo profilo, la decisione del Tribunale di Roma contiene affermazioni interessanti. Nel caso Telecom si discuteva proprio della qualificazione della fattispecie alla stregua di un trasferimento, e l'azienda sosteneva la legittimità del suo operato sulla base della considerazione che lo spostamento avveniva all'interno della stessa sede, delimitata dalla contrattazione collettiva all'ambito comunale. Conformemente all'orientamento oggi prevalente, il giudice ritiene che la contrattazione collettiva non possa derogare ai limiti stabiliti dalla legge (20). Inoltre, argomentando a contrario rispetto a quanto sostenuto dalla Cassazione, secondo la quale si può avere un'unità produttiva anche in presenza di reparti dislocati sul territorio di comuni diversi, il Tribunale di Roma ritiene che per potersi parlare di trasferimento in senso tecnico il mutamento geografico, che in ogni caso deve sussistere, non necessariamente deve comportare anche un cambiamento di comune.

Stando agli orientamenti oggi prevalenti, l'art. 2103 cod. civ. non pare in grado di apprestare una copertura adeguata rispetto allo spostamento nel reparto confino: non se si fa riferimento a una nozione di trasferimento in senso geografico, perché si esclude la tutela in caso di spostamento a un reparto limitrofo, e non se si fa riferimento

(15) Cass. 21 luglio 2000, n. 9636, in *Mass. giust. civ.*, 2000, e in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1605; Cass. 14 giugno 1999, n. 5892, cit.; sul tema, vd. anche Cass. 13 giugno 2014, n. 13569, in *De Jure*, secondo la quale l'obbligo di motivazione non si estende al trasferimento non geografico, ma consistente in un mutamento di mansioni.

(16) Vd. Cass. 29 febbraio 2003, n. 11660, in *Not. giur. lav.*, 2004, p. 194; Cass. 18 maggio 2010, n. 12097, in *Mass. giust. civ.*, 2010, n. 5, p. 771.

(17) Su cui vd. Cass. 14 febbraio 2004, n. 2873, in *Lav. giur.*, 2005, p. 355, secondo la quale, ove il Ccnl faccia riferimento al «comprensorio» ai fini del trasferimento, ai fini dell'applicazione dell'art. 2103 cod. civ. il giudice deve comunque verificare la configurabilità del presupposto dell'esistenza di due distinte unità produttive.

(18) Cass. 7 dicembre 1999, n. 13687, in *Mass. giust. civ.*, 1999, p. 2649, e in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1127, che ammette la possibilità di fare riferimento al territorio comunale anziché all'unità produttiva; Cass. 19 marzo 2014, n. 6325, in *Mass. giust. civ.*, 2014, n. 1, p. 215, e in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 702, relativa al rapporto tra accordo aziendale sui criteri di scelta dei lavoratori da trasferire collettivamente e le disposizioni del Ccnl.

(19) Per la legittimità di questo criterio, Cass. 18 maggio 2010, n. 12097, in *Mass. giust. civ.*, 2010, e in *Orient. giur. lav.*, 2010, I, p. 655; L. Angiello, *op. ult. cit.*, p. 715, il quale deduce la legittimità del confine territoriale mediante il riferimento all'art. 18 Stat. lav.

(20) Cass. 9 luglio 2013, n. 16981, in *Mass. giust. civ.*, 2013, n. 1, p. 799, relativa all'art. 22 Stat. lav.

alla nozione unitaria di unità produttiva quale articolazione autonoma, perché non necessariamente il reparto lo è, e men che meno può essere considerato tale un luogo ove non si svolge alcuna funzione rilevante per l'impresa. Una tutela più efficace si realizza invece valorizzando, come del resto ha fatto il giudice nel caso che si commenta, la finalità di tutela della dignità del lavoratore e delle relazioni che lo legano a un determinato contesto, e ritenendo di conseguenza applicabili i limiti di cui all'art. 2103 cod. civ. anche ai trasferimenti realizzati in un ambito territoriale ristretto. È questa, del resto, una tesi sostenuta con riferimento allo spostamento del dirigente di Rsa, per il quale si è ritenuto applicabile il divieto di cui all'art. 22 Stat. lav. anche in caso di spostamento da reparto a reparto (21).

Laddove applicabile, il limite delle comprovate esigenze tecniche, produttive od organizzative consente il sindacato giudiziale dell'atto di trasferimento del lavoratore. Si tratta peraltro di un sindacato che, anche per espressa previsione di legge (cfr. art. 30, legge n. 183/10), non può spingersi fino a valutare il merito, l'adeguatezza o l'opportunità delle scelte organizzative dell'imprenditore. Queste devono essere peraltro effettive, attuali e concrete (22). È discusso se la valutazione delle esigenze debba farsi solo con riferimento alla sede di destinazione, a quella di provenienza o a entrambe; mentre non è richiesto che il trasferimento sia un provvedimento indispensabile, né che esso costituisca la migliore scelta organizzativa possibile o che vi sia un giudizio di opportunità tra più opzioni egualmente ragionevoli (23). Non potrà comunque trattarsi di un'esigenza artatamente indotta proprio al fine del trasferimento, né di una decisione pretestuosa, fraudolenta o discriminatoria (su cui vd. *infra*, par. 5).

Problematica ai fini del controllo del rispetto delle condizioni di cui all'art. 2103 cod. civ. è la possibilità di verificare la motivazione del trasferimento sulla base dell'applicazione analogica dell'art. 2, comma 2, legge n. 604/66, soprattutto a seguito delle modifiche introdotte con la legge n. 92/12, che ha reso la motivazione del recesso contestuale alla sua comunicazione. Peraltro, gli obblighi di correttezza e buona fede e l'utilizzo nell'art. 2103 cod. civ. dell'espressione «comprovate» impongono in ogni caso al datore di lavoro di esplicitare i motivi del provvedimento (24).

Un più rilevante argine contro i trasferimenti verso i reparti confino potrebbe essere costituito dall'applicazione delle regole di correttezza e buona fede nella scelta del lavoratore da trasferire. Si ritiene, in questo senso, che il datore di lavoro debba tenere conto, nell'individuazione del lavoratore da trasferire, delle sue condizioni personali, in modo da contemperare le esigenze dell'impresa che sono alla base della decisione del trasferimento con quelle del lavoratore (25). Sotto questo profilo, dunque, le condizioni di salute del lavoratore o le sue funzioni genitoriali o di

(21) C. Zoli, voce *Mobilità del lavoro*, in *Enc. dir., Annali*, V, 2012, p. 858.

(22) Idem, *op. ult. cit.*, p. 865.

(23) Si rinvia a C. Zoli, *op. ult. cit.*, p. 868.

(24) Ha escluso l'applicabilità analogica dell'art. 2, comma 2, legge n. 604/66, dopo la riforma del 2012, Trib. Roma 4 marzo 2014, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, p. 547, con nota di G. Bolego, *Sull'onere di giustificazione e comunicazione dell'atto di trasferimento del lavoratore dopo la riforma Fornero*.

(25) C. Zoli, *op. ult. cit.*, p. 868; P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2003, vol. II, pp. 332 ss.

assistenza a familiari portatori di disabilità dovrebbero trovare considerazione, incidendo sulla legittimità del provvedimento di trasferimento. Si tratta di una valutazione, tra l'altro, che deve essere effettuata anche a prescindere dalla ricorrenza delle specifiche condizioni limitative al trasferimento poste da altre disposizioni di legge: esemplificando, la condizione di lavoratrice madre dovrà essere tenuta in considerazione ai fini della scelta anche ove si sia superato l'anno di età del bambino previsto dall'art. 56, T.U. n. 151/01.

L'art. 22 Stat. lav. subordina il trasferimento del dirigente di Rsa al preventivo nulla osta dell'associazione sindacale. Come si è già accennato, un primo orientamento di dottrina e giurisprudenza ritiene applicabile la disposizione anche agli spostamenti da reparto a reparto (26), mentre la tesi prevalente oggi in giurisprudenza è nel senso dell'unitarietà della nozione di unità produttiva (27). Di conseguenza, si esclude la necessità del nulla osta dell'associazione sindacale per i trasferimenti tra articolazioni aziendali che, sebbene dotate di una certa autonomia, siano destinate a scopi meramente strumentali o a funzioni ausiliarie sia rispetto ai fini generali dell'impresa, sia rispetto a una frazione dell'attività produttiva della stessa (28). È affidato alla giurisprudenza il compito di stabilire chi possa essere qualificato dirigente di Rsa e, in particolare, se possa ritenersi incluso il sindacalista privo di tale qualifica. Ferme restando l'ordinaria tutela antidiscriminatoria e l'esperibilità del procedimento di repressione della condotta antisindacale (29), la tutela è stata esclusa dalla Corte di Cassazione nei confronti di coloro che svolgono le funzioni di dirigente provinciale o nazionale, in un caso in cui però non vi era stato spostamento territoriale del lavoratore (30), nonché nei confronti del membro del consiglio di fabbrica rappresentante per la sicurezza (31). Peraltro, le tutele di cui all'art. 22 Stat. lav. sono state espressamente estese dall'art. 50, d.lgs. n. 81/08, a favore di quest'ultimo. La giurisprudenza tende invece a prescindere dal dato formale della qualifica sindacale, e a estendere la tutela ai lavoratori che di fatto svolgono le funzioni di rappresentanza sindacale sul luogo di lavoro anche senza nomina formale (32). Per contro, non viene riconosciuta la tutela a coloro che pur es-

(26) Trib. Trapani, Sez. lav., 24 novembre 2006, in *Giur. merito*, 2007, n. 6, p. 1650; *contra*, Trib. Castrovillari 28 ottobre 2013, in *Le Corti calabresi*, 2013, n. 1-2-3, p. 827.

(27) Per la nozione unitaria di unità produttiva vd. Cass. 22 agosto 2003, n. 12349, in *Mass. giust. civ.*, 2003, n. 7-8; Cass. 9 agosto 2002, n. 12121, in *Giur. it.*, 2003, I, n. 1, c. 181; per Cass. 15 dicembre 2011, n. 27048, in *Mass. giust. civ.*, 2011, n. 12, p. 1777, non è necessario il nulla osta per un trasferimento a un'altra unità operativa comportante uno spostamento di circa 200 m.

(28) Trib. Sciacca 5 marzo 2007, in *Guida dir.*, 2007, n. 27, p. 56; Cass. 15 dicembre 2011, n. 27048, cit.

(29) Cass. 23 gennaio 2008, n. 1552, in *Mass. giust. civ.*, 2008, n. 2, p. 141, con riferimento a un caso di spostamento solo temporaneo del lavoratore; Cons. Stato, Sez. V, 15 ottobre 2003, n. 6314, *Foro amm. Cons. Stato*, 2003, 2975; Trib. Massa 3 novembre 2003, in *Not. giur. lav.*, 2004, p. 142.

(30) Cass. 21 luglio 2006, n. 16790, in *Mass. giust. civ.*, 2006, n. 7-8, p. 1546.

(31) Cass. 24 marzo 2004, n. 5942, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 657.

(32) Cons. Stato, Sez. V, 15 ottobre 2003, n. 6314, cit.; Cass. 5 febbraio 2003, n. 1684, in *Dir. lav.*, 2005, II, p. 75; vd., in argomento, G. Picarella, *Sulla nozione di dirigente sindacale e sulla nozione di trasferimento ai fini e per gli effetti dell'art. 22 Stat. lav.*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 156.

sendo nominati dirigenti sindacali dall'associazione territoriale, di fatto non abbiano svolto le funzioni di rappresentanza (33).

È invece formulata in termini di diritto di permanenza nell'unità produttiva di origine la norma che stabilisce l'inamovibilità delle lavoratrici al termine del periodo di congedo di maternità e dei lavoratori al termine del congedo di paternità fino a un anno di vita del bambino stabilito dall'art. 56, T.U. n. 151/01. Il comma 3 del medesimo art. 56 estende inoltre il diritto al rientro nella stessa unità produttiva ai genitori al termine della fruizione di ogni altro periodo di congedo previsto dal Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità, senza tuttavia stabilire un periodo di inamovibilità successivo al rientro. Si tratta peraltro di disposizioni che, a differenza di quanto stabilito per altre categorie di lavoratori, non hanno avuto una significativa applicazione giurisprudenziale (34).

4. — Segue: *Le norme specifiche che vietano il confino dei disabili e delle persone che li assistono* — Una trattazione a sé merita la questione della collocazione nei reparti confino dei disabili e/o delle persone che li assistono, non solo perché il caso che si commenta riguarda proprio questi lavoratori ma anche per le particolarità della normativa vigente in materia e la vivacità del contenzioso.

La giustificazione addotta dalle imprese al fine di ritenere legittimo il confino, per cui le persone sarebbero addette a lavori meno faticosi nel loro stesso interesse, mostra qui tutti i suoi limiti: la scelta del legislatore è sempre stata nel senso dell'integrazione delle persone con disabilità negli ambienti di vita e di lavoro, come stabilito in via generale dalla legge n. 104/92, ma anche come specificato dalla legge n. 68/99, laddove, nel consentire le convenzioni di inserimento lavorativo mediante l'affidamento del lavoro alle cooperative sociali, pone comunque limiti di tempo predeterminati e si preoccupa di garantire l'inserimento del lavoratore in azienda (cfr. artt. 12 e 12-bis, legge n. 68/99). A fugare ogni dubbio, a ogni modo, è l'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali nell'Ue, formulato nel senso del riconoscimento dell'autonomia, dell'inserimento sociale e professionale e della partecipazione alla vita della comunità. Né la collocazione in un reparto confino può essere considerata una soluzione ragionevole, o un'azione positiva necessaria per favorire l'inserimento del lavoratore, perché verrebbe meno proprio il fine dell'integrazione nel normale contesto aziendale cui mira l'imposizione delle soluzioni ragionevoli: la partecipazione alla vita professionale su base di eguaglianza con gli altri lavoratori.

Uno specifico limite alla collocazione dei lavoratori disabili e delle persone che assistono disabili nei reparti confino è costituito dall'art. 33, legge n. 104/92, in base al quale tali soggetti hanno diritto di scegliere la sede di lavoro più vicina, rispettivamente al proprio domicilio o a quello della persona che assistono, e non possono essere trasferite senza il loro consenso ad altra sede. La disposizione, configurando due distinti diritti — alla scelta della sede e al diniego del trasferimento —, con-

(33) Vd., sul tema, Trib. Catania 26 marzo 2010, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 156, relativa a un caso in cui il dirigente sindacale non svolgeva alcuna effettiva attività sindacale sul luogo di lavoro.

(34) In argomento vd. Corte d'App. Milano 6 agosto 2012, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, p. 735, e Trib. Milano 6 luglio 2002, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 597.

sente alla persona sia di rifiutare la collocazione nel reparto confino, sia di uscirne, chiedendo il trasferimento presso la sede più vicina all'abitazione. Entrambi i diritti scontano alcuni rilevanti limiti. Anzitutto, con una formulazione diversa da quella dell'art. 2103 cod. civ., l'ambito di applicazione della norma è determinato con riferimento alla sede; ciò che dovrebbe indurre a escludere la possibilità di utilizzare qui la nozione di unità produttiva (35). La conclusione pare condivisibile, non tanto per l'utilizzo del criterio geografico della vicinanza al luogo di abitazione o al luogo in cui si prestano le cure alla persona disabile, quanto per la necessità di fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 33. Le più alte Corti hanno infatti già in più occasioni precisato che i meccanismi di solidarietà, «da un lato, non si identificano esclusivamente con l'assistenza familiare e, dall'altro, devono coesistere e bilanciarsi con altri valori costituzionali» (36). È così ormai affermazione ripetuta in giurisprudenza quella secondo cui «il destinatario della tutela realizzata mediante le agevolazioni previste dalla legge non è il nucleo familiare in sé, ovvero il lavoratore onerato dell'assistenza, bensì la persona portatrice di handicap» (37). Sulla base di queste considerazioni, nella sentenza che si commenta si compie un passo avanti, dando coerente applicazione a tali affermazioni. Infatti, nonostante i sempre più diffusi richiami alle Carte internazionali ed europee (38), l'orientamento prevalente afferma che, poiché la legge non avrebbe inteso stabilire un diritto assoluto e incondizionato al trasferimento, si dovrebbe procedere a un bilanciamento tra le esigenze del lavoratore e quelle dell'impresa (39). In quest'ottica una giurisprudenza abbastanza restrittiva e non a torto definita «datata» (40) ha subordinato il diritto al trasferimento alla sussistenza di un posto vacante nella sede prescelta (41); ha distinto il caso del trasferimento, ove prevarrebbe l'esigenza di proteggere la persona disabile dai riflessi negativi derivanti dal trasferimento da quello della prima assunzione, ove il diritto alla scelta della sede si contempererebbe con le

(35) In questo senso, vd. L. Angiello, *Il luogo di lavoro*, in M. Persiani, F. Carinci (diretta), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione*, a cura di M. Martone, Cedam, Padova, 2012, p. 717.

(36) Cass., Ss.Uu., 9 luglio 2009, n. 16102, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1427; *Giust. civ.*, 2010, I, p. 2254, relativa al trasferimento per incompatibilità ambientale; Cass. 25 febbraio 2010, n. 4623, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 821, che ha riconosciuto il diritto del dipendente alla duplicazione dei permessi in caso di assistenza a due figli disabili.

(37) Cass., Ss.Uu., 9 luglio 2009, n. 16102, cit.; Cass. 25 febbraio 2010, n. 4623, cit., che riprendono Corte cost. n. 19 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, I, p. 128.

(38) Vd. ancora Cass., Ss.Uu., 9 luglio 2009, n. 16102, cit.; Cass. 25 febbraio 2010, n. 4623, cit.

(39) Vd. Cass., Ss.Uu., 27 marzo 2008, n. 7945, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2152, e, da ultimo, Cass. 5 settembre 2011, n. 18223, in *Dir. e giust.*, 2011, n. 9; Cass., Ss. Uu., 9 luglio 2009, n. 16102, cit.; Cass. 5 novembre 2013, n. 24775, in q. *Riv.*, 2014, II, p. 278.

(40) Vd. L. Calafà, *Disabilità e lavoro: il diritto di scelta della sede del lavoratore (non solo) pubblico*, in q. *Riv.*, 2008, II, p. 893.

(41) Tar Roma Lazio, 10 dicembre 2007, n. 12886, in *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2010, n. 3, p. 568; Vd. anche Cass., Ss.Uu., 9 luglio 2009, n. 16102, cit., secondo la quale il diritto a non essere trasferito viene meno quando sia accertata l'incompatibilità della permanenza del lavoratore nella sede prescelta; Cass. 25 gennaio 2006, n. 1396, in q. *Riv.*, 2006, II, p. 551, per la quale occorre che l'amministrazione di destinazione, oltre ad avere un posto vacante, abbia altresì deciso di coprirlo.

esigenze del datore di lavoro (42); ha richiesto che l'assistenza al disabile sia già in atto (43), e che non vi siano altri parenti disponibili (44). È invece stato superato l'orientamento secondo il quale è necessario che l'handicap sia grave (45). Chi scrive ha già osservato quanto sia lesivo della dignità e della libertà della persona disabile, e quanto sia controproducente anche dal punto di vista della migliore organizzazione del lavoro, un atteggiamento rigido e dirigistico nei confronti del bisogno di prestare assistenza, che non può non fondarsi su elementi personalistici che non possono essere oggetto di sindacato dell'imprenditore o del giudice (46). In proposito, nella sentenza che si commenta si afferma che la configurazione giuridica delle posizioni soggettive riconosciute dalla norma e i limiti al loro esercizio vanno individuati alla luce della finalità del «soddisfacimento dell'esigenza di socializzazione quale fondamentale fattore di sviluppo della persona», come emerge dalla giurisprudenza costituzionale sul tema, dalla Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità e dalla Carta dei diritti fondamentali, sicché la distanza tra il luogo di lavoro e la residenza «non è l'unico dato onde valutare la lesività del trasferimento, atteso che gli oneri di assistenza dipendono altresì dalla distanza tra luogo di lavoro e abitazione dell'assistito, dai tempi di percorrenza a loro volta condizionati dal traffico e dai mezzi pubblici a disposizione, dall'organizzazione familiare che prevede, ad esempio, la possibilità di accompagnare un figlio a scuola nella medesima direzione del lavoro lasciando così più tempo da dedicare all'altro fratello disabile: insomma da una molteplicità di fattori che per la loro complessità e valenza soggettiva il legislatore ha volutamente lasciato all'apprezzamento del dipendente».

5. — *I reparti confino nel prisma dei vecchi e nuovi fattori di discriminazione* — Già la prima formulazione dell'art. 15 Stat. lav. menzionava, tra i possibili atti discriminatori, il trasferimento del lavoratore. La tutela, in origine limitata alle discriminazioni sindacali, è stata poi estesa agli altri fattori prima dall'art. 13, legge n. 903/77, e poi dall'art. 4, d.lgs. n. 216/03. Il divieto ha un ambito di applicazione più ampio rispetto a quello degli artt. 13 e 22 Stat. lav. Ciò perché, anche a voler interpretare in senso restrittivo il riferimento ai «trasferimenti» contenuto nella lett. b, la clausola di chiusura dell'art. 15 aggiunge il divieto di recare al lavoratore «altrimenti pregiudizio», in modo da comprendere qualsiasi spostamento del lavoratore, anche da reparto a repar-

(42) Cass., Ss.Uu., 9 luglio 2009, n. 16102, cit.

(43) Corte cost. 29 luglio 1996, n. 325, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 2633, in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 343; nello stesso senso, tra le più recenti, Cass. 2 novembre 2006, n. 23526, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 44, p. 33; Cons. Stato 25 giugno 2010, n. 4115, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2010, n. 6, p. 1230; Cons. Stato 24 marzo 2010, n. 1733, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2010, n. 3, p. 568; Tar Lecce Puglia 3 giugno 2010, n. 1343, in *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2010, n. 6, p. 2169. *Contra*, Cass. 18 febbraio 2009, n. 3896, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, I, p. 147.

(44) Vd., ad es., Cons. Stato 21 maggio 2010, n. 3237, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2010, p. 1029; Tar Lecce Puglia, Sez. III, 3 giugno 2010, n. 1343, cit.

(45) Richiede la gravità dell'handicap Tar Roma Lazio 4 febbraio 2010, n. 1464, in *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2010, n. 2, p. 439; *contra*, vd., oltre alla sentenza che qui si commenta, Cass. 7 giugno 2012, n. 9201, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2349.

(46) Mi permetto di rinviare al mio O. Bonardi, *I diritti dimenticati dei disabili e dei loro familiari in seguito alle recenti riforme*, in *q. Riv.*, 2011, I, p. 779.

to, a prescindere dalla distanza geografica e/o dalla configurabilità dei luoghi di origine e di destinazione come distinte unità produttive (47). Tra l'altro, mentre l'art. 22 Stat. lav. riguarda solo il dirigente di Rsa (vd. par. 3), l'art. 15 si applica per qualsiasi lavoratore e per qualunque tipo di attività sindacale, anche solo per la partecipazione a uno sciopero. Inoltre, e nonostante che la formulazione dell'art. 15 Stat. lav. sia limitata agli atti e patti, attualmente il divieto di discriminazioni ha una portata più ampia, tale da comprendere qualsiasi comportamento o situazione che ponga le persone protette in una situazione meno favorevole rispetto alle altre.

Dal punto di vista dei soggetti protetti, si può osservare che il processo di allargamento dei fattori di discriminazione avviato in ambito europeo con il Trattato di Amsterdam nel 1997 consente oggi una protezione considerevole. Oltre all'affiliazione sindacale e al genere, che costituiscono storicamente i primi divieti sul piano nazionale, i nuovi divieti di discriminazione per disabilità ed età sembrano giocare un ruolo fondamentale, in quanto in grado di andare a colpire anche le forme più insidiose di ghettizzazione dei lavoratori: quelle basate sul criterio della minore produttività. Si è visto all'inizio di questo lavoro che tra i criteri più comuni di emarginazione dei lavoratori vi sono quelli della sopravvenuta inidoneità per infortunio, per patologia lavoro-correlata e per malattie particolarmente gravi. In molti casi si tratta di lavoratori con parecchi anni di anzianità aziendale, non più in grado di sopportare i ritmi produttivi. Una parte considerevole è inoltre costituita da lavoratori avviati obbligatoriamente al lavoro o da fruitori di permessi per assistenza ai disabili e una buona parte appartiene al genere femminile.

Tra l'altro, mentre le disposizioni di cui all'art. 33, legge n. 104/92, si applicano solo alla persona riconosciuta disabile a norma della medesima legge, il divieto di discriminazioni per disabilità ha acquisito, sulla base della più recente giurisprudenza, un ambito di applicazione molto più ampio. L'iniziale, sin troppo prudente, orientamento restrittivo della Corte di Giustizia Ue, secondo il quale il lavoratore malato non potrebbe mai per ciò solo ritenersi protetto dal divieto di discriminazioni per disabilità (48), può considerarsi oggi superato alla luce delle recenti sentenze *HK Danmark e Commissione europea c. Repubblica italiana* (49). Con la prima, la Corte di Giustizia ha affermato che la nozione di handicap si riferisce a una limitazione «risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su una base di uguaglianza con gli altri lavoratori». Tale menomazione, ha precisato la Corte, prescinde dalla causa – congenita o acquisita – dell'handicap e pertanto qualsiasi malattia, curabile o no, che comporti una limitazione duratura all'effettiva partecipazione del lavoratore alla vita professionale ri-

(47) Vd. in questo senso anche M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 391, secondo la quale sarebbe più difficile l'applicazione del divieto di discriminazioni a causa del diverso onere della prova. Si tratta però di un giudizio espresso prima delle più recenti riforme in materia di diritto antidiscriminatorio, su cui vd. *infra*, par. 6.

(48) Corte di Giustizia Ce 11 luglio 2006, C-13/05, *Chacon Navas*.

(49) Corte di Giustizia Ue 11 aprile 2013, C-223/11 e C-337/11, *HK Danmark*, e Corte di Giustizia Ue 4 luglio 2013, C-312/11, *Commissione europea c. Repubblica italiana*, entrambe in q. *Riv.*, 2013, II, p. 397.

cade nella nozione di handicap protetta dal divieto di discriminazioni. Per accedere alla tutela antidiscriminatoria si prescinde, quindi, dall'accertamento effettuato a norma dell'art. 4, legge n. 104/92, e dall'attribuzione dello *status* di persona handicappata, ed è sufficiente l'accertamento dell'inidoneità permanente alla mansione specifica o una valutazione di idoneità con prescrizioni effettuata dal medico competente a norma dell'art. 41, d.lgs. n. 81/08, o qualsiasi altro mezzo di prova che dimostri una limitazione duratura allo svolgimento del proprio lavoro.

I principi affermati in *HK Danmark* sono stati ribaditi in *Commissione europea c. Repubblica italiana*, con la quale l'Italia è stata condannata per non aver recepito correttamente la direttiva europea, proprio perché dall'insieme delle disposizioni non emergeva un obbligo di adottare soluzioni ragionevoli esteso a tutti i datori di lavoro e a tutti i disabili, siano essi riconosciuti tali sulla base dell'insieme della legislazione (legge n. 104/92, legge n. 381/92 e legge n. 68/99) o no. Ciò dovrebbe di conseguenza portare al definitivo superamento anche di quell'orientamento giurisprudenziale che considera legittimo il trasferimento disposto senza la preventiva valutazione delle condizioni di salute del lavoratore che abbia poi ottenuto il riconoscimento della propria situazione di handicap *ex* legge n. 104/92 (50).

Il divieto di discriminazioni protegge non solo le persone affette da disabilità ma anche quelle che prestano loro assistenza. Questo principio, di cui la tutela prevista all'art. 33, legge n. 104/92, costituisce solo una delle possibili declinazioni, è stato enunciato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Coleman* (51), dove i giudici europei hanno chiaramente affermato che sono protetti dal divieto anche i *care givers*, giacché ciò che rileva è il motivo del trattamento meno favorevole, a prescindere dal fatto che si tratti effettivamente di una caratteristica di cui il soggetto che lamenta la discriminazione è portatore o no. Sostanzialmente alla stessa conclusione, ma con un'argomentazione basata sulla lettura costituzionalmente orientata della legislazione nazionale, giunge la sentenza che qui si commenta: l'efficacia della tutela della persona disabile si raggiunge anche mediante «la regolamentazione del rapporto di lavoro di cui è parte il familiare della persona tutelata essendo il riconoscimento di diritti in capo al lavoratore in funzione del diritto del congiunto con disabilità alle immutate condizioni di assistenza».

Infine, il fattore disabilità insieme all'età ed eventualmente anche al genere richiede di verificare se il ricorso ad altri criteri di scelta apparentemente neutri, quali in particolare la produttività o la faticosità del lavoro, possa costituire una discriminazione indiretta. Emerge qui chiaramente come lo stesso criterio adottato dal datore di lavoro possa presentare un carattere di offensività tale da incidere su diverse categorie di soggetti, ciascuna portatrice di proprie specificità, ma anche su persone che, in quanto portatrici di più caratteristiche personali, si trovino esposte a discriminazioni multiple. Effettivamente, è più difficile concertualizzare l'idea di una discriminazione indiretta per più fattori, in quanto parrebbe che in questo modo si allarghi la fattispecie al punto da renderne vaghi i confini. Tuttavia, si è visto sopra che lo stesso criterio ap-

(50) Vd. Cass. 19 marzo 2014, n. 6325, cit.

(51) Corte di Giustizia Ce 17 luglio 2008, C-303/06, *Coleman*, su cui vd. L. Calafà, *Disabilità, discriminazione e molestia associata: il caso Coleman e l'estensione elastica del campo di applicazione soggettivo della Direttiva n. 2000/78*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, p. 1169; vd. anche Trib. Pavia 19 settembre 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, n. 3, p. 770.

parentemente neutro può mettere in una posizione di svantaggio al contempo persone portatrici di diversi fattori. Si aggiunga ora che una simile situazione è molto più frequente di quanto appaia a prima vista: essa si verifica ogni volta che si utilizza il criterio dell'intensità della forza fisica necessaria per svolgere un determinato compito, che mette in difficoltà, oltre che le donne, tutte le persone che si trovano in condizioni di salute precarie. Analogamente, i criteri della disponibilità alla mobilità o del tasso di presenza pongono in situazione di svantaggio le lavoratrici madri e le persone con problemi di ridotta capacità motoria. Perché tali criteri siano considerati discriminatori occorre che l'impatto sia svantaggioso, ma non è più necessario che esso incida in modo proporzionalmente maggiore, potendosi fare riferimento a uno svantaggio statisticamente non rilevante ma di tipo qualitativo. Ovviamente questo non è l'unico elemento della fattispecie, dovendosi poi verificare caso per caso se il criterio di volta in volta prescelto risponda a una finalità legittima e costituisca un mezzo appropriato e necessario per la sua realizzazione.

6. — Segue: *L'applicazione dei rimedi propri del diritto antidiscriminatorio al caso dei reparti confino* — L'inquadramento del reparto confino all'interno della fattispecie discriminazione consente l'applicazione degli speciali rimedi che il legislatore ha predisposto per quest'ultima. Si allude in primo luogo alla parziale inversione dell'onere della prova e all'utilizzo dei dati statistici. È da ricordare, infatti, che una delle innovazioni che ha caratterizzato le riforme del diritto antidiscriminatorio è stata la generalizzazione, avvenuta con i d.lgs. n. 215 e n. 216 del 2003 e poi con il d.lgs. n. 150/11, della possibilità di avvalersi di tali rimedi per tutti i fattori di discriminazione. La conseguenza più nota di tale innovazione è stata l'utilizzo della prova statistica al fine di accertare che la mancata assunzione da parte di Fabbrica Italia Pomigliano Spa dei lavoratori iscritti alla Fiom costituiva violazione del divieto di discriminazione. A prescindere dalla questione se, come pare preferibile, i motivi sindacali siano assimilabili alle convinzioni personali menzionate dalla Direttiva n. 2000/78/Ce e dal d.lgs. n. 216/03 (52), ciò che qui interessa maggiormente è proprio l'uso da parte dei ricorrenti che lamentavano la discriminazione dei dati statistici e della conseguente attribuzione alla controparte dell'onere di giustificare le proprie scelte (53).

Il reparto confino pone la questione se sia ammissibile l'uso congiunto dei dati relativi a più motivi di discriminazione; se, cioè, si possa attribuire rilevanza giudiziale a più fattori di discriminazione, incidenti ciascuno su soggetti diversi, contemporanea-

(52) Si rinvia a M. Barbera, V. Protopapa, *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il diritto sindacale*, in *q. Riv.*, 2014, II, p. 163, e ivi tutti i richiami di dottrina e giurisprudenza sul punto.

(53) Su cui vd. — oltre alle sentenze Trib. Roma 21 giugno 2012, Corte d'App. Roma 9 ottobre 2012, e Cass. 11 marzo 2014, n. 5581, tutte in *q. Riv.*, 2014, II, p. 183 — L. Calafà, *La discriminazione per orientamento sindacale: prima nota a Corte d'Appello Roma, 19 ottobre 2012*, in *europeanrights.eu*; Eadem, *La discriminazione fondata sull'orientamento sindacale e il folklore giuridico dell'Unione europea. Il diritto antidiscriminatorio preso sul serio*, in *www.magistraturademocratica.it*; S. Borelli, *Il diritto antidiscriminatorio nella vicenda Fiat/Fabbrica Italia Pomigliano-Fiom*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, p. 15; *contra*, A. Vallebona, *Le discriminazioni per «convinzioni personali» comprendono anche quelle per affiliazione sindacale: un'altra inammissibile stortura a favore di Fiom-Cgil*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, n. 8/9, p. 622.

mente. Si è visto, infatti, che nei reparti confino si concentrano persone portatrici di diversi fattori di discriminazione. L'utilizzo della prova statistica, effettuato secondo i canoni tradizionali del confronto tra la percentuale di lavoratori portatori del singolo fattore di volta in volta in questione rispetto a quella presente in azienda, potrebbe infatti non fare emergere la discriminatorietà del comportamento, che diviene invece evidente con l'uso cumulativo dei dati. Si potrebbe, cioè, accertare la discriminazione sulla base della considerazione che, ancorché con riferimento a ciascun singolo fattore le percentuali di impiego risultino nella norma rispettate, la loro sommatoria dà come risultato un decisivo scostamento rispetto alle medie aziendali, risultando di fatto che tutte o la quasi totalità delle persone che si trovano in un determinato reparto sono portatrici di almeno uno dei fattori di discriminazione. È quanto è emerso anche nel caso che qui si commenta, dove in sé lo spostamento delle *care givers* non era statisticamente rilevante, ma lo diventava sommato a quello relativo alla concentrazione di disabili in quel reparto. Ma non vi è ragione per non considerare anche i dati relativi al numero di lavoratori sindacalizzati, al genere femminile e/o alla fruizione di congedi e permessi di maternità o parentali.

A sostegno della possibilità di un allargamento dell'utilizzo dei dati statistici milita anzitutto la tesi dell'unitarietà della fattispecie (54), e «la natura strutturalmente plurioffensiva della condotta discriminatoria» (55), che impedisce di separare i profili individuali da quelli collettivi della discriminazione. La Corte di Giustizia, nell'affermare che il divieto di discriminazioni si applica anche nei confronti delle persone che non sono direttamente portatrici di un determinato fattore (vd. par. 5), ha fatto leva sulla necessità di stabilire un quadro generale di lotta alle discriminazioni. All'obiezione che potrebbero far valere le disposizioni antidiscriminatorie soltanto le persone che vengono trattate in maniera meno favorevole o poste in una situazione di svantaggio a causa di caratteristiche loro proprie, la Corte di Giustizia ha risposto che l'ordinamento europeo proibisce qualsiasi forma di discriminazione e che le disposizioni in materia verrebbero private del loro effetto utile se interpretate nel senso di tutelare solo coloro che sono direttamente portatori dei fattori vietati (56). Del resto, la legislazione nazionale riconosce la legittimazione processuale non solo ai singoli, ma anche alle associazioni e organizzazioni portatrici degli interessi dei soggetti discriminati, sia su delega di questi ultimi sia autonomamente (57).

(54) A. Guariso, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2014, p. 354, secondo il quale «i fattori vietati potranno essere uno, dieci o cento [...] ma il diritto antidiscriminatorio dovrà continuare a operare secondo lo schema noto, nel senso dell'unitarietà della fattispecie discriminatoria»; G. Tucci, *La discriminazione contro il disabile: i rimedi giuridici*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, pp. 1 ss., e spec. p. 3.

(55) M. Barbera, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 101, che si riferisce però alle diverse forme di discriminazione diretta e indiretta dei disabili e non ai diversi fattori di discriminazione. La tesi è ripresa anche da M.C. Cimaglia, *Niente su di noi senza di noi: la Corte di Giustizia delinea il nuovo diritto al lavoro delle persone con disabilità*, in *q. Riv.*, 2013, II, p. 399.

(56) Cfr. il punto 43 della sentenza *Coleman*: Corte di Giustizia 17 luglio 2008, C-303/06.

(57) L. Calafà, *La discriminazione per orientamento sindacale: prima nota a Corte d'Appello Roma*, 19 ottobre 2012, in *europenrights.eu*.

Nel senso della possibilità di fare riferimento a più fattori di discriminazione contemporaneamente rileva anche l'esplicito riconoscimento della discriminazione multipla. L'espressione viene utilizzata quando un singolo soggetto o una determinata categoria di persone si trova in una situazione di svantaggio in quanto portatrice di più fattori di discriminazione, ad esempio in quanto donna e di colore, o vecchia e disabile ecc. (58). Qui si fa riferimento alla situazione concettualmente opposta in cui più persone subiscono lo stesso trattamento svantaggioso in quanto portatrici ciascuna di un diverso fattore di discriminazione: ad esempio, sono tutte licenziate ma l'una perché donna, l'altro perché vecchio e l'altro ancora perché iscritto al sindacato. La distinzione tra le due situazioni, però, ha valenza meramente conoscitiva e descrittiva, dovendosi entrambe considerare forme sussumibili nell'unitaria fattispecie discriminatoria. La discriminazione diretta, come noto, consiste nella situazione in cui una persona sia trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga in base al sesso, alla razza o all'origine etnica o a uno degli altri fattori considerati dal legislatore. Perché si realizzi la fattispecie, dunque, non è richiesto né che il fattore di discriminazione sia esclusivo, né che sia necessario un intento discriminatorio. Se dunque il motivo non è determinante, a maggior ragione non potrà richiedersi che esso si concentri su di un unico fattore (59). Né può costituire un ostacolo, a fronte delle situazioni di confino, il fatto che le vittime della discriminazione potrebbero non essere immediatamente individuabili ove si facesse riferimento a un solo fattore. È stato infatti chiarito dalla Corte di Giustizia che la discriminazione deve essere sanzionata anche ove non vi siano vittime dirette (60) e, come si è già accennato, riguardo a tali casi l'ordinamento già riconosce la legittimazione ad agire agli enti esponenziali dell'interesse protetto.

Oltre alla parziale inversione dell'onere della prova e all'utilizzo di dati statistici, quest'ultimo è infatti l'altro elemento da considerare: la possibilità di intervento delle varie istituzioni pubbliche e dei soggetti privati che hanno competenza nel campo della lotta alle discriminazioni. Sotto questo profilo, il primo tipo di intervento che si può prospettare e che è stato storicamente sperimentato è quello del sindacato, legittimato ad agire per la repressione della condotta antisindacale a norma dell'art. 28 Stat. lav. Quest'ultimo in effetti ha costituito sinora il rimedio principale contro la ghettizzazione dei sindacalisti. Ma le rappresentanze locali delle organizzazioni nazionali possono agire anche a tutela dei diritti dei singoli *ex art. 5, d.lgs. n. 216/03*, che si configura sotto questo profilo uno strumento di tutela giudiziale diverso e complementare a quello statutario (61). Nemmeno è da escludere l'intervento di soggetti pubblici quali la consigliera di parità, ove la pratica di emarginazione sia rivolta anche al genere femminile, o l'Ufficio per la promozione della parità di trattamento e la rimozione del-

(58) D. Gottardi, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 447.

(59) Peraltro, nelle fattispecie discriminatorie, l'esistenza del motivo può anche rilevare in alternativa all'effetto discriminatorio, come emerge chiaramente dalla definizione di molestie, considerate discriminazione laddove abbiano «lo scopo o l'effetto» (art. 43, T.U. immigrazione, art. 2, comma 3, d.lgs. n. 216/03; art. 26, d.lgs. n. 198/06. Sul tema, vd. A. Guariso, *op. ult. cit.*, pp. 356 ss.

(60) Corte di Giustizia 10 luglio 2008, C-54/07, *Feryn*.

(61) Si rinvia ancora a L. Calafà, *op. ult. cit.*

le discriminazioni fondate sulla razza e l'origine etnica (Unar) istituito a norma dell'art. 5, d.lgs. n. 215/03. Considerata la natura unitaria della situazione discriminatoria che con il reparto confino si viene a creare, è da ritenere che i soggetti pubblici e privati legittimati all'azione possano richiedere in giudizio l'accertamento del comportamento discriminatorio con riferimento a tutti i fattori di discriminazione potenzialmente rilevanti nel caso specifico. La legge, infatti, riconosce a tali soggetti la legittimazione ad agire nei casi di discriminazione collettiva anche ove le vittime della discriminazione non siano immediatamente individuabili in modo diretto e immediato. Non vi è ragione alcuna, insomma, per escludere che, su ricorso volto ad accertare la discriminazione collettiva promosso dalla Consiglieria di parità o da un'associazione di tutela dei disabili, per fare qualche esempio, il giudice non possa intervenire anche sulle situazioni determinate da altri motivi discriminatori. La natura unitaria e collettiva della discriminazione e l'ampia formulazione utilizzata dall'art. 28, d.lgs. n. 150/2011, che consente al giudice di ordinare la cessazione del comportamento e di adottare «ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti», inducono a ritenere che, oltre alla mera dichiarazione di nullità del provvedimento con il quale il lavoratore è trasferito al reparto confino, si possa ordinare la completa chiusura di quest'ultimo e/o l'adozione di un piano per la rimozione delle situazioni di confino e per l'integrazione dei lavoratori nell'ordinario contesto aziendale.

Olivia Bonardi
*Professore di Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano*