

È discriminazione la mancata assunzione obbligatoria di una lavoratrice in gravidanza

Fonte: **Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, fasc.2, 2019, pag. 213**

Nota a: **Tribunale Foggia, 09 novembre 2018, n.6168, sez. lav.**

Autori: **Enrico Raimondi**

1. La sentenza in esame ha deciso la controversia promossa da una lavoratrice che, dopo essere stata collocata nella graduatoria formata a seguito di selezione per l'avviamento al lavoro presso la pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 16 della legge n. 56 del 1987, non è stata assunta a causa del suo stato di gravidanza.

L'Amministrazione, infatti, in occasione della visita preassuntiva, ha rilevato che la lavoratrice, ritenuta idonea alla mansione da svolgere, si trovava tuttavia nel periodo che coincideva con quello di astensione obbligatoria per maternità. Per tale motivo, ella non avrebbe potuto svolgere la prestazione lavorativa durante il periodo di vigenza del contratto a tempo determinato che le era stato offerto di sottoscrivere. Di conseguenza, l'azienda sanitaria ha ritenuto di avviare al lavoro chi si trovava nella posizione immediatamente successiva. La lavoratrice, quindi, ha chiesto l'accertamento del comportamento discriminatorio della pubblica amministrazione ed ha chiesto il risarcimento del danno. Sotto quest'ultimo profilo, ella ha richiesto sia il lucro cessante, quantificato nelle retribuzioni che avrebbe dovuto percepire se fosse stata assunta, sia il ristoro per la perdita della *chance* consistente nella mancata conclusione di un contratto a termine successivo che le avrebbe consentito di essere stabilizzata a tempo indeterminato, così come era avvenuto per altri lavoratori assunti per svolgere le mansioni per le quali era stata inserita utilmente in graduatoria.

Al fine di valutare la decisione assunta dal giudice, è opportuno ricordare che l'art. 16 della legge n. 56 del 1987 disciplina l'avviamento dei lavoratori di bassa qualifica nelle pubbliche amministrazioni, conservando il vecchio sistema della chiamata numerica. La funzione della norma, considerata «uno dei retaggi del vecchio collocamento» (P. ICHINO - A. SARTORI, *L'organizzazione dei servizi per l'impiego*, in *Il mercato del lavoro*, a cura di M. BROLLO, *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI - F. CARINCI, VI, Cedam, 2012, 91), è essenzialmente di tipo assistenziale (F. PANTANO, *Art. 16, legge n. 56/1987, Commentario breve alla legge sul lavoro*, Giuffrè, 2009, 1026). Essa, infatti, consente l'accesso alla pubblica amministrazione mediante la formazione di graduatorie che tengono conto dello stato di bisogno, a seguito di una prova selettiva finale che non ha carattere concorsuale, ma svolge la funzione di verificare il possesso dei requisiti professionali richiesti dalla legge per l'assunzione alle dipendenze della Pubblica Amministrazione.

L'inserimento nella graduatoria attribuisce, quindi, il diritto ad essere avviato al lavoro, in ragione del suo scorrimento mediante chiamata numerica. Ciò esclude, di conseguenza, così come è stato rilevato in modo condivisibile dallo stesso Tribunale, che le controversie in merito al diritto all'assunzione sono di cognizione del giudice ordinario e non di quello amministrativo (in base al principio espresso da Cass., S.U., 9 giugno 2017, n. 14432, richiamata nella stessa sentenza).

2. Nel decidere la controversia, il Tribunale ha ritenuto che la lavoratrice avrebbe potuto essere adibita in servizio per un periodo di almeno un mese, dal momento che il congedo obbligatorio per maternità sarebbe scaduto prima del termine finale del contratto. Il Magistrato, quindi, ha condannato la Pubblica Amministrazione a risarcire il danno derivante dalla mancata assunzione e quantificato nella somma che la lavoratrice avrebbe percepito a titolo di indennità di maternità e di retribuzione ordinaria se fosse rientrata al lavoro al termine del congedo obbligatorio.

La decisione si presta ad alcune obiezioni. Il giudice, infatti, è giunto alle conclusioni appena ricordate sulla base della considerazione che la lavoratrice avrebbe potuto, comunque, prestare attività lavorativa al termine del congedo di maternità. In verità, questa tesi non è convincente, secondo un argomento a

contrario. Seguendo il ragionamento del giudice, infatti, se l'assunzione offerta fosse stata di durata inferiore al periodo di congedo obbligatorio, la lavoratrice non avrebbe avuto diritto al risarcimento del danno.

Il Magistrato, soprattutto, avrebbe potuto raggiungere le medesime conclusioni se avesse qualificato la fattispecie quale discriminazione vietata, ai sensi dell'art. 27, d.lgs. n. 198/2006. Questa disposizione, infatti, prescrive che «è vietata qualsiasi discriminazione per quanto riguarda l'accesso al lavoro, in forma subordinata, autonoma o in qualsiasi altra forma, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione, nonché la promozione, indipendentemente dalle modalità di assunzione e qualunque sia il settore o il ramo di attività, a tutti i livelli della gerarchia professionale, anche per quanto riguarda la creazione, la fornitura di attrezzature o l'ampliamento di un'impresa o l'avvio o l'ampliamento di ogni altra forma di attività autonoma». Il secondo comma, inoltre, prevede espressamente che «la discriminazione di cui al comma 1 è vietata anche se attuata ... attraverso il riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza, nonché di maternità o paternità».

Ebbene: non è dubitabile che il caso in esame rappresenta la violazione del divieto appena ricordato, con la conseguenza che l'amministrazione ha attuato una discriminazione diretta della lavoratrice, così come, del resto, ha ritenuto, in un caso identico, la stessa Corte di Cassazione (Cass. 16 aprile 1991, n. 4064, GC, 1991, I, 2695).

3. La sussistenza di una discriminazione diretta in ragione dello stato di gravidanza avrebbe consentito alla lavoratrice di ricorrere alla procedura speciale prevista dall'art. 38 del Codice, al fine di ottenere un provvedimento di urgenza mediante il quale far cessare il comportamento illegittimo, la rimozione degli effetti della discriminazione ed il risarcimento del danno, anche non patrimoniale.

Come è stato messo in rilievo in dottrina (P. **BELLOCCHI**, *Divieti di discriminazione, interventi di contrasto e sanzioni specifiche contro gli atti discriminatori*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, a cura di **G. SANTORO PASSARELLI**, Utet, 2016, 708), in questi casi è dubbio il sistema rimediale adottabile. Le incertezze riguardano la possibilità, per il giudice, di ordinare la costituzione coattiva del rapporto di lavoro ovvero di annullare del

contratto del lavoratore illegittimamente chiamato al suo posto. In proposito, l'azione di annullamento del contratto «senza l'osservanza delle disposizioni concernenti la disciplina della domanda e dell'offerta di lavoro» spetta, infatti, ai sensi dell'art. 2098 c.c., al pubblico ministero (su tale disposizione si rinvia a A. **PILEGGI**, *Art. 2098. Violazione delle norme sul collocamento dei prestatori di lavoro*, in *Dell'impresa e del lavoro*, a cura di **O. CAGNASSO - A. VALLEBONA**, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. **GABRIELLI**, Utet, 2013, 755 ss.). L'azione costitutiva presuppone, invece, la presenza di un'offerta al pubblico che contenga la descrizione degli elementi essenziali del futuro contratto e, almeno nel caso delle pubbliche amministrazioni, l'esistenza di un posto vacante in organico.

Il rimedio risarcitorio, forse non a caso, è quello maggiormente seguito dalla giurisprudenza di merito ed anche di legittimità, sebbene si pone sempre con maggiore frequenza il problema di comprendere quali devono essere le caratteristiche che il danno da discriminazione deve assumere in coerenza con l'ordinamento europeo. La questione non è nuova ed ha sviluppato anche un dibattito sulla presunta risarcibilità dei danni punitivi, che non è possibile neppure richiamare sinteticamente in questa sede (si rinvia, pertanto, almeno ad I. **ALVINO**, *Sulla questione della risarcibilità dei danni punitivi alla vittima di una discriminazione fondata sul sesso*, *ADL*, 2016, 3, 567 ss.; A. **GUARISIO**, *Risarcimento del danno "comunitario" integrale, dissuasione e danni punitivi*, *RGL*, 2016, 2, 125 ss.; L. **CALAFÀ**, *Sul risarcimento "dissuasivo" del danno da discriminazione nel diritto Ue*, *q. Riv.*, 2016, 2, 444 ss.)

4. Il Tribunale, però, proprio perché non ha valutato che la condotta dell'amministrazione è stata discriminatoria, non ha affrontato tale questione ed è proceduto a liquidare il danno in ragione dei principi desumibili dall'art. 1223 c.c. La lavoratrice, infatti, è stata risarcita del mancato guadagno determinato dalla sua mancata assunzione e, pari, quindi, alle retribuzioni così perdute (dello stesso avviso è stata Cass. 10 giugno 1987, n. 5262). Vi è da chiedersi, in proposito, se il risarcimento del danno disposto dal giudice abbia quel carattere di dissuasività imposto dall'ordinamento europeo e dai principi in materia di responsabilità civile. In proposito, la giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti, è chiara nell'affermare che l'indennizzo che gli stati membri devono riconoscere alla vittima di una discriminazione assolve ad un'adeguata funzione di deterrenza se copre integralmente il danno subito (C. giust. 17 dicembre 2015,

C-407/2014). Ciò significa che l'indennizzo monetario non può essere simbolico e che il risarcimento deve essere in grado di ristorare sia il pregiudizio patrimoniale sia quello non patrimoniale determinato dalla discriminazione ed il cui onere probatorio incombe sul danneggiato. Non sembra, invece, possibile, soprattutto alla luce della giurisprudenza di legittimità, riconoscere al danneggiato un'ulteriore somma di danaro a titolo di danno punitivo, in assenza di una specifica previsione di legge che in questo caso è del tutto assente (Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601; cfr. M. **BIASI**, *Il caso Ryanair e l'ingresso del "danno punitivo" nel diritto del lavoro italiano*, *GI*, ottobre 2018, 2196 ss.).

Nel caso in esame, comunque, la lavoratrice, oltre al ristoro del pregiudizio economico, non ha chiesto il risarcimento del danno non patrimoniale, ma quello derivante dalla perdita di *chance*. Anche in questo caso, la riflessione meriterebbe ben altro approfondimento. La decisione, comunque, presenta profili di interesse e non è escluso che possano esservi altre decisioni in materia. Nel caso prospettato al giudice, infatti, l'opportunità perduta sarebbe consistita nel fatto che, a causa della mancata assunzione, la lavoratrice sarebbe stata pregiudicata della possibilità di essere stabilizzata alle dipendenze dell'amministrazione, così come è accaduto per altri suoi colleghi assunti a tempo determinato. La lavoratrice, tuttavia, come emerge dalla sentenza, non ha allegato elementi da cui poter desumere la «lesione di una possibilità che si assume già attualizzata dal lavoratore» (V. **MAIO**, *La perdita di chance nel rapporto di lavoro e le recenti evoluzioni della responsabilità civile*, *ADL*, 2018, 1, 112), sebbene il giudice, in modo condivisibile, abbia ritenuto «astrattamente ipotizzabile anche il diritto a tale danno», in ragione del principio di recente espresso dalla Corte di Cassazione con riferimento all'illegittima cancellazione degli invalidi dalle relative liste formate ai sensi della l. n. 68/1999 (Cass. 29 maggio 2018, n. 13483).