

Cass., Sez. Lav., 18 aprile 2023, n. 10328

AGI a cura di Giuseppe De Lucia

Avvocato in Bari;
componente CER di AGI Puglia
e Basilicata;

consigliere del Comitato Pari
Opportunità del Consiglio
dell'Ordine degli Avvocati di Bari

Progressioni economiche orizzontali, pari opportunità e rilievo di ufficio della discriminazione indiretta

Quando concedi una opportunità, questa deve essere pari per tutti: nessuno resti indietro.

Risuona il monito della Corte di Cassazione, sull'ormai consueto terreno di scontro delle progressioni economiche orizzontali, con un ulteriore tassello che ha il pregio di assicurare una ulteriore tutela concreta ai lavoratori ed alle lavoratrici discriminate in maniera indiretta.

Poiché non sempre è facile distinguere ed individuare l'infida discriminazione indiretta, il Collegio chiarisce che ove il ricorrente, eccedendo la nullità dell'atto discriminatorio, non ne abbia correttamente inquadrato i contorni, arriva in suo soccorso il giudice del lavoro, il quale può (ed anzi deve) intervenire a sanzionare il comportamento datoriale, in ogni stato e grado del procedimento, anche in relazione a profili diversi o ulteriori rispetto a quelli ipotizzati dal ricorrente. La discriminazione indiretta infatti ha mille sfumature ed è difficile visualizzarle tutte, anche perché diventano visibili solo a posteriori: siamo di fronte ad atti datoriali formalmente leciti, ma che una volta eseguiti, in un particolare contesto di disparità, finiscono per penalizzare alcuni; e quindi nonostante la loro (apparente) liceità formale, nella sostanza so-

La Cassazione chiarisce che il giudice del lavoro ben può, di ufficio e in ogni stato e grado del procedimento, rilevare profili di nullità per discriminazione indiretta non dedotti dalla parte ricorrente, laddove detta parte abbia correttamente allegato i fatti di causa e dedotto la avvenuta discriminazione sotto altro profilo. Le regole dettate in tema di "nullità di protezione" dei contratti, da configurarsi come species del più ampio genus delle nullità negoziali, sono infatti poste a tutela di interessi e valori fondamentali ed imprescindibili, che trascendono quelli del singolo e sono applicabili anche agli atti unilaterali di gestione del rapporto di lavoro.

È dovere del giudice individuare una patologia genetica del contratto e\o dell'atto datoriale, anche qualora sia più radicale di quella azionata, in quanto l'assenza della nullità risiede nella tutela degli interessi generali, di valori fondamentali o che comunque trascendono quelli del singolo. Prevale pertanto la superiore necessità di rimuovere ogni discriminazione, diretta o indiretta che sia, indipendentemente dalla deduzione in tal senso delle parti. I criteri per la attribuzione delle progressioni economiche orizzontali devono essere preventivamente individuati ed indicati nel contratto integrativo e nel relativo regolamento e devono comunque essere specificati negli avvisi, pena la loro illegittimità ex art. 97 Cost..

no (o meglio, diventano) nulli, e devono essere rimossi.

Il giudizio di primo grado

Venti lavoratrici, dipendenti part-time di una Azienda Socio Sanitaria Territoriale (incorporante una ex ASL) hanno adito il Tribunale del Lavoro proponendo articolate domande, relative ai requisiti che la ASST aveva inserito nei bandi per la progressione professionale orizzontale¹.

Collocate in graduatoria in una posizione non utile

¹ Ai sensi dell'art. 23 del D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (recante norme in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico), le amministrazioni pubbliche riconoscono selettivamente le progressioni economiche di cui all'articolo 52, comma 1-bis, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165, sulla base di quanto previsto dai contratti collettivi nazionali e integrativi di lavoro e nei limiti delle risorse disponibili. Le progressioni economiche sono attribuite in modo selettivo, ad una quota limitata di dipendenti, in relazione allo sviluppo delle competenze professionali ed ai risultati individuali e collettivi rilevati dal sistema di valutazione.

LA MASSIMA**Rapporto di lavoro - Passaggi interni di categoria - Progressioni economiche orizzontali Indiscriminazione indiretta - Nullità dei bandi e delle graduatorie**

Va confermato, anche in riferimento all'atto unilaterale datoriale di gestione del rapporto di lavoro, il principio - dettato in materia contrattuale - della legittimità del rilievo officioso del giudice di una causa diversa di nullità rispetto a quella sottoposta al suo esame dalla parte.

La domanda di nullità di un atto datoriale per discriminazione indiretta si identifica in ragione del petitum, consentendo ed anzi imponendo al giudice di accertarne tutte le sue possibili (ed eventualmente diverse) cause. La domanda di nullità è pertanto unica rispetto ai diversi, possibili vizi che inficiano l'atto datoriale; al giudice cui sia stata proposta la corrispondente istanza va quindi riconosciuto il potere-dovere di accertare tutte le possibili ragioni di nullità, non soltanto quella indicata dalla parte, anche in ragione della ratio sottesa alla fattispecie invalidante e cioè del divieto di discriminazione indiretta. In tal modo, non si travalicano i limiti imposti dal principio dispositivo, poiché la domanda di nullità inerisce ad un diritto autodeterminato ed è quindi individuata a prescindere dello specifico vizio dedotto in giudizio.

Ai fini delle selezioni per i passaggi all'interno delle categorie e per le progressioni economiche, occorre fare riferimento alla contrattazione collettiva integrativa nonché ad un apposito regolamento, da improntare a criteri di imparzialità e trasparenza. Ne consegue che, in diretta applicazione dei canoni di rilievo costituzionale e sovranazionale, la formazione di graduatorie differenziate, con la suddivisione in gruppi non corrispondenti alle categorie ovvero coincidenti con i profili professionali, rappresenta un criterio non previsto nel contratto integrativo e nel relativo regolamento e comunque non specificato negli avvisi, mentre assume un rilievo decisivo e condizionante l'esito della selezione. Ne consegue ulteriormente che, anche in conformità ai principi di imparzialità e trasparenza, i predetti criteri devono formare oggetto di previa indicazione, nel contratto integrativo e nel relativo regolamento e comunque essere specificati negli avvisi, non essendo ammissibile che solo a posteriori e in assenza di un parametro predeterminato in quanto neppure corrispondente alle categorie ed ai profili professionali, possano adottarsi determinazioni incidenti sull'esito finale delle selezioni.

¶ Cass. Sez. Lav. 18 aprile 2023, n. 10328

a conseguire il passaggio alla posizione economica superiore, le ricorrenti hanno sostenuto la nullità degli avvisi e delle graduatorie per violazione dell'art.97 della Costituzione, in quanto una volta ammessi i concorrenti alla selezione, l'azienda sanitaria, senza indicarlo nel bando, aveva redatto le graduatorie non suddividendole per categorie contrattuali (B, C e D), bensì formando dei gruppi di profili professionali (c.d. famiglie), senza alcun collegamento a criteri obiettivi e così creando gravi disparità di trattamento, poiché in conseguenza di detto meccanismo di selezione, il passaggio alla posizione economica superiore era stata concessa, nei gruppi meno numerosi, a soggetti con punteggio inferiore rispetto ad altri inseriti nei gruppi più numerosi e, ciò nonostante, non passati. Inoltre, sempre secondo le censure delle ricorrenti, questi raggruppamenti non erano stati resi noti nel bando e prima della pubblicazione delle graduatorie.

Sotto diverso profilo, hanno dedotto la nullità dei bandi e delle graduatorie per violazione delle norme in materia di discriminazione, in quanto nella valuta-

zione dei titoli ai fini dell'attribuzione dei punteggi rilevanti per il collocamento in graduatoria, l'anzianità di servizio maturata nel rapporto di lavoro a tempo parziale era stata considerata in relazione alla percentuale di part-time, e questo criterio di valutazione aveva finito per costituire una discriminazione indiretta nei confronti delle lavoratrici madri, essendo noto e notorio che da sempre il part-time era uno degli strumenti più utilizzati per rendere possibile l'armonizzazione della vita familiare e professionale delle donne.

Ed ancora, hanno sostenuto integrare una discriminazione indiretta a danno delle lavoratrici madri, il fatto che nei criteri di accesso alle progressioni orizzontali fosse richiesto il mancato superamento di 360 giorni di assenza, con inclusione in questo arco temporale anche delle assenze per maternità.

Nel giudizio è intervenuta la Consigliera di Parità della Regione, ai sensi dell'art. 36 del codice delle pari opportunità (d.lgs. 198/2006), sostenendo le difese delle ricorrenti in tema di discriminazione di genere.

Il Tribunale - omessa ogni istruttoria - ha accolto solo parzialmente il ricorso, ed in particolare:

- › ha dichiarato la carenza di interesse ad agire delle ricorrenti con riferimento alla domanda riguardante l'inclusione dell'assenza per maternità tra i requisiti di accesso alle progressioni professionali orizzontali;
- › ha respinto la domanda di accertamento della sussistenza di discriminazione per ragioni di genere (e ai danni delle donne);
- › ha respinto altresì la domanda di accertamento della nullità degli avvisi e delle graduatorie per violazione dell'art.97 della Costituzione;
- › ha respinto anche la domanda di riconoscimento della progressione economica per le dipendenti che avevano ottenuto soltanto la progressione giuridica;
- › ha invece accolto la domanda in materia di discriminazione dei lavoratori a tempo parziale in generale, rispetto ai lavoratori a tempo pieno, per quanto attiene all'attribuzione delle progressioni orizzontali e alla valutazione dell'anzianità di servizio, ed ha ordinato all'azienda sanitaria convenuta di parificare in ordine a dette progressioni i lavoratori a tempo parziale e a tempo pieno, provvedendo alle conseguenti determinazioni sulla posizione di ciascuna ricorrente interessata alla modifica.

Il Tribunale, quanto alla domanda di nullità degli avvisi e delle graduatorie per violazione dell'art.97 Cost. e per avere l'azienda sanitaria suddiviso in "famiglie" gli ammessi alla progressione, ha osservato, sotto un primo profilo, che questa scelta non doveva essere inclusa nei bandi, riguardando il metodo di formazione delle graduatorie e non attenendo né ai requisiti di accesso, né ai criteri di valutazione e assegnazione del punteggio; sotto diverso profilo, ha rilevato che la scelta era del tutto ragionevole, ed era stata sollecitata dalla RSU, in quanto garantiva una distribuzione più equa del beneficio, scongiurando il rischio che all'interno della medesima categoria alcuni profili professionali restassero esclusi dalla progressione.

Il Tribunale ha rilevato che le censure riguardanti i

requisiti di accesso alla progressione ed in particolare il requisito previsto nei bandi di non aver superato, in un predeterminato biennio, i 360 giorni di assenza, con inclusione nelle assenze anche di quella per maternità, erano irrilevanti, per la carenza di interesse ad agire delle ricorrenti, in quanto le stesse non soltanto avevano superato la selezione (essendo state inserite in graduatoria), ma non avevano neppure dedotto di aver usufruito nell'arco temporale in questione di permessi per maternità.

Il medesimo Tribunale ha pure escluso che comportasse discriminazione indiretta di genere la valutazione dell'anzianità di servizio, ai fini dell'attribuzione del punteggio utile per la graduatoria, con il criterio applicato dall'Asl del riproporzionamento all'orario di lavoro a tempo parziale, considerato che questo criterio non poteva, nella specie, aver svantaggiato le donne (che notoriamente sono coloro che più degli uomini usufruiscono del lavoro part-time), posto che su un totale di circa 750 dipendenti donne, solamente 280 erano state assunte con contratto a tempo parziale. L'ipotizzata discriminazione di genere indiretta avrebbe quindi finito per colpire soltanto una parte del tutto minoritaria delle dipendenti di sesso femminile.

Il Tribunale, tuttavia, ha ritenuto che il criterio in questione realizzasse una discriminazione indiretta tra lavoratori e lavoratrici a tempo parziale e lavoratori e lavoratrici a tempo pieno (in particolare, in un caso come quello di specie, in cui la maggior parte dei dipendenti lavorava a tempo pieno).

Ha osservato che, infatti, il calcolo dell'anzianità di servizio in maniera proporzionale alla percentuale di part-time portava all'attribuzione di un punteggio minore in sede di valutazione delle domande, quindi ad una effettiva situazione di svantaggio per i lavoratori a tempo parziale, rispetto a quelli a tempo pieno, a parità di anni di servizio, e ciò in violazione delle norme dell'ordinamento europeo^[3] e anche dell'ordinamento interno^[3].

Ha quindi ritenuto sussistere una discriminazione a danno delle ricorrenti operanti a tempo parziale, ma non in quanto donne, bensì in quanto lavoratrici con orario a tempo parziale e quindi con riferimento

2. Direttiva 97/81/CE del Consiglio del 15 dicembre 1997, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES, e Clausola 4 (principio di non discriminazione).

3. art.4, c.1, d.lgs.61/2000, applicabile *ratione temporis*.

al tipo di contratto di lavoro e non al genere di appartenenza.

Ha infine ritenuto infondata la domanda riguardante il riconoscimento degli effetti economici conseguenti alla progressione orizzontale⁴.

Il giudizio di secondo grado

La ASST ha proposto appello, censurando il capo della decisione che l'aveva vista soccombente, in materia di discriminazione tra lavoratori a tempo parziale e lavoratori a tempo pieno; le lavoratrici a loro volta hanno proposto appello incidentale, impugnando il capo della decisione che aveva respinto la loro domanda di nullità della procedura selettiva. Anche la Consigliera di parità ha proposto impugnazione incidentale avverso il capo della decisione che aveva escluso la sussistenza di una discriminazione di genere.

Per effetto di tali (limitati) gravami, sono dunque passati in giudicato:

- › il capo della decisione che ha rigettato la domanda relativa alla inammissibilità delle progressioni orizzontali solo giuridiche e non anche economiche;
- › le statuizioni del Tribunale relative ad uno dei profili di discriminazione di genere dedotti dalle ricorrenti e cioè a quella asseritamente realizzata dalla previsione tra i criteri di accesso alla selezione, di quello del mancato superamento di 360 giorni di assenza in un determinato arco temporale, ricomprendendo tra le assenze anche quelle per maternità;
- › il capo della decisione che ha respinto la domanda per assenza di interesse ad agire delle ricorrenti.

Restavano oggetto del gravame, dunque, le questioni riguardanti la sussistenza di una discriminazione indiretta in materia di valutazione dell'anzianità di servizio delle lavoratrici a tempo parziale, per come operata dall'ASST e cioè con riproporzionamento della stessa in funzione della percentuale di part-time, nonché la nullità degli avvisi e delle graduatorie, per essere state queste predisposte con suddivisione dei concorrenti ammessi tra "gruppi o famiglie" di profili

professionali e non invece per categorie contrattuali.

Mette conto di evidenziare che nel primo dei motivi di appello la ASST ha evidenziato che il Tribunale avrebbe pronunciato *ultra petita*, in violazione dell'art.112 c.p.c., posto che le ricorrenti (e con loro anche la Consigliera di Parità) non avrebbero mai dedotto detto profilo di discriminazione indiretta; inoltre, il Tribunale neppure avrebbe invitato le parti a discutere della questione rilevata d'ufficio, così, a detta dell'appellante, violando il principio del contraddittorio di cui all'art.101 c.p.c..

La Corte di Appello ha giudicato fondato questo motivo, rilevando che in effetti le ricorrenti non avevano dedotto profili di discriminazione diversi da quelli della discriminazione di genere. La *causa petendi* e il *petitum* della domanda in materia di discriminazione indiretta, per la Corte, erano fondati unicamente ed esclusivamente su di una asserita discriminazione di genere. Il giudice di primo grado aveva così, sempre a detta della Corte, ritenuto inesistente questa discriminazione, ma, ciò nonostante, aveva accolto la domanda delle ricorrenti, ritenendo che il computo dell'anzianità con il criterio del suo proporzionamento alla percentuale di part-time integrasse comunque una discriminazione indiretta, a danno di tutti i lavoratori a tempo parziale, donne e uomini.

In effetti il Tribunale aveva affermato che la discriminazione danneggiava le ricorrenti "*non in quanto donne, bensì in quanto assunte con contratto a tempo parziale*", con la conseguenza che l'indagine in ordine al carattere discriminatorio della condotta dell'azienda sanitaria era stata spostata dal Giudice di primo grado dal piano del genere di appartenenza a quello (invero differente) del contratto di lavoro. In sostanza il Tribunale avrebbe rilevato un profilo di discriminazione indiretta a danno delle ricorrenti, che queste ultime non avevano mai prospettato, così violando il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

La Corte ha poi rigettato l'appello incidentale proposto dalla Consigliera di Parità.

Quest'ultima aveva censurato la sentenza di primo grado nella parte in cui non aveva accolto la doman-

4. poiché l'art.9 del d.l. n.78/2010 impedisce che per gli anni dal 2011 al 2013 il trattamento del pubblico dipendente fosse superiore a quello spettante per l'anno 2010, al fine di "congelare" la spesa pubblica per gli anni a venire, e dovendo interpretarsi la locuzione ivi prevista delle "progressioni di carriera comunque denominate", come descrittiva di ogni progressione e non soltanto delle progressioni di fascia previste dall'art.52 del d.lgs. n.165/2001, e quindi di ogni avanzamento di carriera, di area e di fascia, comportante un qualche incremento del trattamento economico in vigore nell'anno 2010.

da di accertamento della sussistenza di una discriminazione di genere (questa si dedotta dalle ricorrenti), con riferimento al criterio della valutazione dell'anzianità di servizio in proporzione alla percentuale di part-time.

Orbene, va indubbiamente confermato che la discriminazione di genere non si misura in termini meramente numerici sulla quantità dei lavoratori/lavoratrici colpiti dallo svantaggio, bensì dal raffronto delle concrete condizioni di parità di trattamento tra i due sessi ed effettuando il raffronto percentuale (ovvero il dato statistico) tra i lavoratori dei diversi sessi all'interno della medesima fattispecie (e quindi nel caso in esame ciò comporta un esclusivo riferimento ai lavoratori part-time).

Nel caso per cui è causa il dato statistico conferma il dato notorio: la presenza delle donne nel mercato del lavoro a tempo parziale è nettamente prevalente⁵. Ciò sarebbe sufficiente per affermare che nella specie si sarebbe realizzata una discriminazione indiretta, in quanto le ricorrenti - in quanto donne e in quanto tali operanti prevalentemente con orario a tempo parziale - sarebbero state pregiudicate dal criterio di valutazione dell'anzianità di servizio applicato dall'ASST.

Il motivo tuttavia non è stato, come detto, condiviso. La Corte di appello utilizza questa testuale motivazione: non può esserci una discriminazione a danno delle donne lavoratrici quando l'altro termine di paragone resta quello delle donne lavoratrici. Detto in altri termini, non sarebbe dato configurare una situazione di discriminazione di genere e a danno delle donne lavoratrici, quando il contesto lavorativo in cui la stessa si realizzerebbe è a netta prevalenza femminile. Ovvero, in termini ancora più brutali: la discriminazione di genere può avvenire solo per disparità tra uomo e donna.

Nel merito, la Corte di Appello, accertata la correttezza formale e sostanziale del criterio di formulazione delle graduatorie adottato dall'ASST, ha riformato la sentenza di primo grado, rigettando integralmente il ricorso di primo grado delle lavoratrici.

Il giudizio di legittimità

Il terreno di scontro in Cassazione, dunque, è stato quello della possibilità di rilevare di ufficio aspetti di nullità non eccepiti o allegati dalle parti.

Per addivenire alla risposta affermativa, la Corte parte dai due noti precedenti a Sezioni unite degli anni 2012 e 2014 in materia di nullità contrattuale⁶, a mente dei quali “il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità contrattuale deve rilevare di ufficio l'esistenza di una causa di quest'ultima diversa da quella allegata dall'istante”.

In effetti nella materia contrattuale questo potere del giudice appare essenziale al perseguimento di interessi pur sempre generali sottesi alla tutela di una data classe di contraenti (consumatori, risparmiatori, investitori): interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti - tra i quali rileva l'uguaglianza non solo formale tra contraenti in posizione asimmetrica -, con l'unico limite di riservare il rilievo officioso delle nullità di protezione al solo interesse del contraente debole. In tal modo le Sezioni Unite hanno inteso conferire maggiore effettività alla tutela di valori fondamentali, richiamando anche la giurisprudenza euro-unitaria, orientata nel senso della rilevabilità d'ufficio della nullità.

Per usare le parole di un recente precedente sul tema⁷, la “nullità di protezione”, da configurarsi come *species* del più ampio *genus* delle nullità negoziali, sono poste a tutela di interessi e valori fondamentali che trascendono quelli del singolo contraente.

Si tratta ora di capire se tale principio può essere trasportato dalla materia contrattuale a quella degli atti unilaterali, ed in particolare all'interno di un processo del lavoro, nel quale la deduzione e l'allegazione di circostanze di fatto e di diritto, per le peculiarità del rito, dovrebbero entrare a far parte del *thema decidendum* e del *thema probandum* sin dal primo atto introduttivo.

Ebbene, per la Corte tali principi, contrariamente a quanto assunto dalla Corte d'appello, risultano piena-

5. la sentenza di appello cita i dati dell'anno 2009 (nel 2009, il numero di part-time donne era di 184 su un totale di 189), e del 2010 (il numero era di 232 su un totale di 239).

6. Cass. Civ., SS.UU., 4 settembre 2012 n.14828; Cass. Civ., SS.UU., 12 dicembre 2014, n.26242.

7. Cass. Civ., Sez. I, 22 giugno 2022 n.20170.

mente applicabili agli atti datoriali unilaterali^{18]}: nel caso in esame, **siamo di fronte ad un atto negoziale**, in quanto l'atto di cui si predica la nullità (avviso di selezione) va inquadrato come atto paritetico di gestione del rapporto e non già come atto amministrativo; inoltre, ricorre nella specie **l'interesse generale tutelato**, trattandosi di discriminazione in danno dei lavoratori a tempo parziale, oggetto di specifica previsione normativa interna, peraltro emanata in recepimento di normativa sovranazionale; soprattutto, perché le ricorrenti hanno ritualmente allegato **le circostanze in fatto**: e “il rilievo d'ufficio di una nullità sostanziale è ammissibile esclusivamente se basato su fatti ritualmente introdotti, o comunque acquisiti in causa”^{19]}.

L'accoglimento di questo motivo di ricorso è sufficiente per giustificare la cassazione della sentenza di appello con rinvio al giudice di primo grado^{20]}; ma la Cassazione non perde la occasione di **affrontare il cuore del problema**, chiarendo anche che in conformità ai principi di imparzialità e trasparenza, i criteri utilizzati dal datore di lavoro dovevano formare oggetto di previa indicazione, nel contratto integrativo e nel relativo regolamento e comunque essere specificati negli avvisi, non essendo ammissibile che solo a posteriori e in assenza di un parametro predeterminato possano adottarsi determinazioni incidenti sull'esito finale delle selezioni, in virtù di generiche finalità perequative concordate con la RSU. Sussiste, pertanto, la denunciata violazione delle previsioni contrattuali, in diretto riferimento al canone di cui all'art. 97 Cost., con conseguente ulteriore cassazione della sentenza impugnata sul punto.

I precedenti sul tema della Cassazione e della Corte di Giustizia

Con questa sentenza la Corte aggiunge dunque un importante tassello al quadro già delineato in precedenza a tutela dei lavoratori discriminati.

Già con la ordinanza n. 18138 del 6 giugno 2022, la Sezione Lavoro della Cassazione aveva ritenuto fondate le censure mosse dai ricorrenti rispetto all'esclusione a priori dei lavoratori a tempo determinato dall'ambito delle valutazioni utili alla progressione economica. La Corte, ribadendo quanto precedentemente affermato con la sentenza n. 7584/2022 ai fini della maggiorazione dell'indennità di esclusività, ha infatti rammentato che la clausola 4 dell'Accordo quadro allegato alla direttiva n. 1999/70/CEE impone al datore di lavoro di riservare all'assunto a tempo determinato il medesimo trattamento previsto per l'assunto a tempo indeterminato e, pertanto, in caso di progressione stipendiale connessa sia all'anzianità di servizio che alla valutazione positiva dell'attività prestata, il datore di lavoro sarà tenuto, da un lato, ad includere nel calcolo, ai fini dell'anzianità, anche il servizio prestato sulla base di rapporti a tempo determinato e, dall'altro, ad attivare, alla maturazione del periodo così calcolato, la procedura valutativa nei termini, con le forme e con gli effetti previsti per gli assunti a tempo indeterminato; non potendosi escludere il diritto alla predetta progressione stipendiale se, alla maturazione dell'anzianità, il datore di lavoro, contrattualmente tenuto ad attivare la procedura valutativa, l'abbia omessa sull'erroneo presupposto della non computabilità dei periodi a tempo determinato.

In precedenza, la stessa Cassazione^{21]} aveva sottolineato che la scelta di ridurre il punteggio per il lavoro part-time, proprio perché questo è collegato in misura preponderante al genere femminile, incide astrattamente su entrambi i sessi ma realizza una discriminazione indiretta di genere. In quel caso la Corte di Appello aveva ritenuto che la previsione del bando che prevedeva che la “esperienza di servizio” venisse calcolata per i lavoratori part-time riproporzionando i periodi di servizio alla minore attività lavorativa svolta, non producesse un effettivo svantaggio per i lavoratori di genere femminile, in quanto il criterio

8. È utile rammentare, in proposito, che l'applicabilità agli atti unilaterali della normativa che regola la materia contrattuale è possibile (ex art.1324 c.c.), solo in quanto la disciplina sia compatibile con la natura dell'atto che viene in rilievo e non sia derogata da diverse disposizioni.

9. cfr. la già citata Cass. Civ. SS.UU., 4 settembre 2012 n. 14828, nonché, più di recente e con specifico riferimento al processo del lavoro, Cass. Civ., Sez. Lav., 23 novembre 2021 n.36353.

10. infatti la domanda di rielaborazione delle graduatorie per la denunciata nullità degli avvisi e dei criteri adottati è potenzialmente destinata ad incidere sulla platea di lavoratori già utilmente collocati nelle graduatorie impuginate, che assumono la posizione di controinteressati e vanno, di conseguenza, correttamente evocati in giudizio.

11. cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., del 29 luglio 2021 n.21801.

del riproporzionamento del punteggio si applicava a tutti i lavoratori part-time, indipendentemente dal genere. Ed invece la Cassazione ha cassato la sentenza, evidenziando che la lavoratrice non denunciava una discriminazione diretta (come ravvisata dalla Corte territoriale) ma una discriminazione indiretta, caratterizzata dal carattere solo apparentemente neutro della disposizione censurata e dall'effetto di particolare svantaggio da essa prodotto per i titolari del fattore protetto, sicché la verifica non andava compiuta avendo riguardo al "trattamento" ma all'"effetto" discriminatorio.

Più volte la Corte di Giustizia ha chiarito infatti che l'esistenza di una posizione di svantaggio può essere dimostrata provando che la stessa colpisce negativamente in proporzione significativamente maggiore le persone di un determinato sesso rispetto a quelle dell'altro sesso; e che "l'affermazione secondo la quale sussiste un nesso particolare tra la durata di un'attività professionale e l'acquisizione di un certo livello di conoscenze o di esperienze non consente di elaborare criteri oggettivi ed estranei ad ogni discrimina-

zione. Infatti, sebbene l'anzianità vada di pari passo con l'esperienza, l'obiettività di un siffatto criterio dipende dal complesso delle circostanze del caso concreto, segnatamente dalla relazione tra la natura della funzione esercitata e l'esperienza che l'esercizio di questa funzione apporta a un certo numero di ore di lavoro effettuate"¹².

Conclusioni

Secondo la tradizione, fu il greco Archimede a profferire la celeberrima frase "datemi una leva, e vi solleverò il mondo". Il caso in esame dimostra proprio come la tematica della discriminazione indiretta sia una potentissima leva in grado di sollevare qualsiasi peso, perché ad essa sono connessi valori e principi universali ed irrinunciabili, che trascendono i singoli e che trascendono la stessa natura degli atti discriminatori: poco importa che siano atti contrattuali o unilaterali. Se correttamente individuati, laddove il comportamento datoriale sia stato correttamente denunciato, il giudice del lavoro ha il potere-dovere di intervenire, anche di ufficio, per rimuoverne gli effetti. ◆

12. Corte di Giustizia, sent. 3 ottobre 2019 in causa C-274/18 Schuch-Ghannadan, punto 45; sent. 8 maggio 2019, in causa C 161/18, Vi.Vi.La, punto 38.