

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 24/04/2013

All'indirizzo <http://concorsi.diritto.it/docs/34954-procedura-di-selezione-del-personale-discrezionalit-del-datore-di-lavoro-privato-diritto-dei-candidati-a-non-essere-discriminati>

Autore: Viceconte Massimo

Procedura di selezione del personale- discrezionalità del datore di lavoro privato - diritto dei candidati a non essere discriminati

VICECONTE MASSIMO

PROCEDURA DI SELEZIONE DEL PERSONALE- DISCREZIONALITA' DEL DATORE DI LAVORO PRIVATO - DIRITTO DEI CANDIDATI A NON ESSERE DISCRIMINATI

Sentenza della Corte di Giustizia 19 aprile 2012, Causa 415/10, Galina Meister vs. Speech Design Carrier Systems GmbH

Gli articoli 8, paragrafo 1, della direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, 10, paragrafo 1, della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, e 19, paragrafo 1, della direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, devono essere interpretati nel senso che non prevedono il diritto, in favore del lavoratore che affermi, in maniera plausibile, di soddisfare i requisiti contenuti in un annuncio di assunzione e la cui candidatura non sia stata accolta, di accedere alle informazioni che precisano se il datore di lavoro, a seguito della procedura di assunzione, abbia assunto un altro candidato. Non può tuttavia escludersi che il diniego di fornire qualunque accesso alle informazioni da parte di un convenuto possa costituire uno degli elementi da prendere in considerazione nell'ambito dell'accertamento dei fatti che consentono di presumere la sussistenza di una discriminazione diretta o indiretta. Spetta al giudice del rinvio, valutando tutte le circostanze della controversia di cui è investito, verificare se tale sia il caso che ricorre nella causa principale.

La sentenza riguarda una interessante fattispecie in tema di discriminazione.

La parte della causa principale, esclusa dalla selezione, nel senso di non essere stata nemmeno convocata dalla Impresa che, tramite annuncio prima a mezzo stampa e quindi su internet, ricercava personale da assumere riteneva di avere diritto ad essere informata sulle modalità e sull'esito della selezione affinché si potesse valutare se era stato messo in atto un comportamento discriminatorio nei suoi confronti.

Stralcio della sentenza

La Corte (Seconda Sezione)

ha pronunciato la seguente

Sentenza

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 8, paragrafo 1, della direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio sulla parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (G.U. L 180, pag. 22), 10, paragrafo 1, della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (G.U. L 303, pag. 16) e 19, paragrafo 1, della direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo

e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.

I fatti della causa principale e le questioni pregiudiziali

la sig.ra Meister è nata il 7 settembre 1961 ed è di origine russa. Ella è in possesso di un diploma russo di ingegnere «sistemista», la cui equivalenza ad un diploma tedesco conseguito presso una Fachhochschule (istituto superiore tecnico) è stata riconosciuta in Germania. La Speech Design ha pubblicato a mezzo stampa un annuncio allo scopo di assumere «un/una esperto/a sviluppatore/sviluppatrice di software», ai quale la sig.ra Meister ha risposto il 5 ottobre 2006, presentando la propria candidatura. L'11 ottobre 2006 la Speech Design ha respinto la sua candidatura per posta, senza convocarla per un colloquio di assunzione. Poco tempo dopo, detta società ha diramato in Internet un secondo annuncio, dal contenuto simile a quello del primo annuncio. Il 19 ottobre 2006 la sig.ra Meister si è nuovamente candidata, ma la Speech Design ha respinto la sua candidatura una seconda volta, senza convocarla ad un colloquio e senza fornirle una qualsivoglia indicazione concernente i motivi di tale rifiuto.

Ritenendo di essere in possesso dei requisiti necessari per occupare il posto in questione, la sig.ra Meister ha reputato di aver subito un trattamento meno favorevole rispetto ad un'altra persona in una situazione analoga in ragione del suo sesso, della sua età e della sua origine etnica. Essa ha quindi presentato un ricorso contro la Speech Design dinanzi all'Arbeitsgericht (Tribunale del lavoro), chiedendo, in primo luogo, che tale società le versi un risarcimento per discriminazione nell'assunzione e, in secondo luogo, che essa esibisca il dossier del candidato assunto, circostanza che le consentirebbe di dimostrare di essere più qualificata di quest'ultimo.

Dal momento che in primo grado il ricorso della signora Meister è stato respinto, ella ha interposto appello contro tale sentenza di rigetto dinanzi al Landesarbeitsgericht (Tribunale regionale superiore del lavoro), giudice che ha del pari respinto la domanda dell'interessata. Quest'ultima ha proposto un ricorso in cassazione («Revision») dinanzi al Bundesarbeitsgericht (Corte federale del lavoro). Tale giudice si chiede se la sig.ra Meister possa far valere un diritto all'informazione sul fondamento delle direttive 2000/43, 2000/78 nonché 2006/54 e, in questo caso, quali siano le conseguenze di un rifiuto di fornire informazioni opposto dalla Speech Design.

In tale contesto, il Bundesarbeitsgericht ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 19, paragrafo 1, della direttiva 2006/54[...] e l'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2000/43[...] nonché l'articolo 10, paragrafo 1, della direttiva 2000/78[...] debbano essere interpretati nel senso che deve essere riconosciuto ad un lavoratore, il quale affermi in maniera plausibile di soddisfare i requisiti per un posto offerto da un datore di lavoro, nel caso in cui venga respinta la sua candidatura, un diritto ad essere informato, da parte del datore di lavoro, se questi abbia assunto un altro candidato e, in caso affermativo, sulla base di quali criteri sia avvenuta l'assunzione.

2) In caso di soluzione affermativa della prima questione: se la circostanza che il datore di lavoro non comunichi le informazioni richieste faccia presumere la sussistenza della discriminazione asserita dal lavoratore».

[La Corte richiama alcuni principi discendenti dalle predette direttive ndr.]

<risulta che tali direttive sono applicabili alle persone che desiderano accedere all'occupazione e al lavoro, compresi i relativi criteri di selezione e le condizioni di assunzione.>

<le medesime direttive stabiliscono, in sostanza, che gli Stati membri devono prendere le misure necessarie per assicurare che, conformemente ai loro sistemi giudiziari, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento ed espongano, dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si può

presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione di detto principio.>

[La Corte richiama il precedente del 21 luglio 2011 ,Kelly C-104/10 ndr.]

<Si deve rilevare che il testo delle disposizioni summenzionate è quasi identico a quello dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 97/80/CE del Consiglio, del 15 dicembre 1997, riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso (GU 1998, L 14, pag. 6), disposizione che la Corte ha avuto l'occasione di interpretare in particolare nella sua sentenza del 21 luglio 2011, Kelly (C-104/10,)..... Infatti, detto articolo 4, paragrafo 1, che è stato abrogato dalla direttiva 2006/54 con effetto a partire dal 15 agosto 2009, nonché la direttiva 97/80 nella sua totalità, per quanto riguarda l'onere della prova assoggettava i casi di discriminazione in ragione del sesso allo stesso regime giuridico delle direttive in esame nella causa principale.>

[Secondo tale sentenza ndr.]

<.....incombe a colui che si ritenga leso dal mancato rispetto del principio di parità di trattamento dimostrare, in un primo momento, i fatti che consentano di presumere l'esistenza di una discriminazione diretta o indiretta. Solamente nel caso in cui questi abbia provato tali fatti, spetterà poi al convenuto, in un secondo momento, dimostrare che non vi sia stata violazione del principio di non discriminazione>

.....<spetta all'autorità giudiziaria nazionale o ad altra autorità competente valutare, in base al diritto e/o alle prassi nazionali, i fatti che consentano di presumere la sussistenza di una discriminazione diretta o indiretta (sentenza Kelly, cit., punto 31), come previsto dal quindicesimo considerando delle direttive 2000/43 e 2000/78 nonché dal trentesimo considerando della direttiva 2006/54>

<la Corte ha concluso che, se è pur vero che l'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 97/80 non prevede un diritto specifico a favore di colui che si ritenga leso dal mancato rispetto, nei propri confronti, del principio della parità di trattamento di accedere ad informazioni affinché questi sia in grado di dimostrare «elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta» ai sensi della menzionata disposizione, resta il fatto che non può essere escluso che il diniego da parte della convenuta di fornire informazioni, nell'ambito dell'accertamento dei fatti stessi, possa rischiare di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva medesima, privando in tal modo detta disposizione, segnatamente, del proprio effetto utile.>

[La Corte richiama alcuni principi fondamentali dell'ordinamento comunitario ndr.]

< Come ricordato al punto 35 della presente sentenza, la direttiva 97/80 è stata abrogata e sostituita dalla direttiva 2006/54. Tuttavia, alla luce del testo e dell'economia degli articoli oggetto del rinvio pregiudiziale in esame, non ricorrono elementi tali da far ritenere che, adottando le direttive 2000/43, 2000/78 e 2006/54, il legislatore dell'Unione abbia inteso modificare il regime relativo all'onere della prova istituito dall'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 97/80. Conseguentemente, nell'ambito della dimostrazione dei fatti che consentono di presumere l'esistenza di una discriminazione diretta o indiretta, deve essere garantito che il diniego di fornire informazioni da parte del convenuto non rischi di compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalle direttive 2000/43, 2000/78 e 2006/54.>

<<A termini rispettivamente del secondo e del terzo comma dell'articolo 4, paragrafo 3, TUE, gli Stati membri, in particolare, «adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni

dell'Unione» e «si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione», compresi quelli perseguiti dalle direttive>>

[Entrando nel merito della questione la Corte argomenta ndr.]

<<42 Pertanto, spetta al giudice del rinvio vegliare affinché il diniego di fornire informazioni da parte della Speech Design, nell'ambito dell'accertamento dei fatti che consentono di presumere che ci sia stata una discriminazione diretta o indiretta ai danni della sig.ra Meister, non rischi di compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalle direttive 2000/43, 2000/78 e 2006/54. A tale giudice, in particolare, spetta valutare tutte le circostanze della controversia principale, al fine di determinare se vi siano indizi sufficienti perché i fatti che consentono di presumere la sussistenza di una siffatta discriminazione siano considerati provati.

43 A questo proposito si deve ricordare che, come risulta dal quindicesimo considerando delle direttive 2000/43 e 2000/78 e dal trentesimo considerando della direttiva 2006/54, il diritto o le prassi nazionali degli Stati membri possono prevedere, in particolare, che la discriminazione indiretta sia accertata con qualsiasi mezzo, compresa l'evidenza statistica.

44 Tra gli elementi che possono essere presi in considerazione figura, segnatamente, la circostanza che, a differenza della fattispecie nella causa sfociata nella sentenza Kelly, cit., il datore di lavoro di cui trattasi nella causa principale sembra aver negato alla sig.ra Meister qualsiasi accesso alle informazioni di cui quest'ultima richiede la comunicazione.

45 Inoltre, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 35-37 delle sue conclusioni, si possono altresì prendere in considerazione, *inter alia*, il fatto che la Speech Design non contesti la corrispondenza tra il livello di qualificazione della sig.ra Meister e quello menzionato nell'annuncio di assunzione, nonché la duplice circostanza che, nonostante ciò, il datore di lavoro non l'abbia convocata per un colloquio e che l'interessata non sia stata neppure convocata nell'ambito della seconda procedura di selezione di candidati per il posto in questione.>>

Viceconte Massimo

m.viceconte1@virgilio.it

Limiti del potere del datore di lavoro nella selezione del personale da assumere.

Nota a Corte di Giustizia 19 aprile 2012, Causa 415/10, Galina Meister vs. Speech Design Carrier Systems GmbH

Il tema affrontato dalla Corte di Giustizia europea rientra nel più ampio tema delle scelte imprenditoriali.

Tali scelte hanno due riflessi uno esterno e l'altro interno.

Sul versante esterno può parlarsi di iniziativa economica; sul versante interno può parlarsi di potere organizzativo e/o potere direttivo.

In definitiva la sentenza della Corte in commento non contraddice il principio vigente nel nostro ordinamento, previsto dall'art 41 della Costituzione, secondo il quale l'iniziativa economica privata è libera salvo i limiti di cui al successivo comma 2°.

Anche il potere interno ha i suoi limiti e vincoli. Tali possono considerarsi i vincoli posti dalla legge n.300/1970 (divieto di controllo a distanza dell'attività lavorativa, divieto visite personali salvo certe modalità etc.) nonché i vari divieti di discriminazione.

Il Pera, a proposito dell'approvazione della legge n.604/66, disse che l'art. 41 della Costituzione, legittima l'imprenditore nelle sue scelte di fondo, in modo assolutamente libero, sia per il *se* dell'impresa, sia per il quanto, sia per il come, con la conseguenza, egli aggiunse << che c'è un campo trincerato, nel quale dominano sovrane, per il *se*, per il *quanto* e per il *come*, le scelte del

soggetto e queste scelte debbono essere prese come un dato, insindacabile, allorché ci si appresta a tutelare l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto. Detto in altre parole, questo interesse del lavoratore non può essere tutelato oltre il limite superato il quale verrebbero in giuoco o in questione quelle scelte rispetto alle quali vale la garanzia costituzionale di libertà. In sostanza l'impresa, una volta posta in essere, non è per il soggetto promotore ed organizzatore *come una sorta di gabbia* nella quale egli si trovi per sempre chiuso e condizionato, bensì una attività di cui egli è di volta in volta, di giorno in giorno, arbitro. E se questo è vero, secondo una coerente interpretazione del principio costituzionale, ognuno può constatare come non possa parlarsi né di interessi dell'impresa in sé né di una comunità di lavoro costruita avendo come punto ideale di riferimento un interesse obiettivo ed astratto.>>(L'organizzazione di lavoro nell'impresa e le responsabilità dell'imprenditore, Seminario di preparazione per dirigenti sindacali e aziendali, Giuffrè 1970, pag.3)

Tra i poteri dell'imprenditore è ricompreso, ovviamente, anche il potere di assumere il personale necessario al funzionamento dell'impresa, compreso quello di selezionare i candidati secondo i criteri stabiliti da esso in piena libertà fino al limite posto dalle leggi antidiscriminazione. Si ha discriminazione ove uno o più candidati all'assunzione siano esclusi dalla selezione unicamente in base a motivi vietati (ad. es sesso, razza, religione etc.).

Per attivare i rimedi amministrativi o giudiziari anti-discriminazione (nel nostro ordinamento il rito sommario di cognizione ex art. 28 D.Lgs.n.150 del 2011) occorre darne la prova.

Il datore di lavoro, ai fini della selezione, terrà conto certamente delle caratteristiche tecniche e specialistiche necessarie e richieste, ma potrà fare ricorso congiuntamente ad altri parametri utili, quali le caratteristiche psicologiche e motivazionali del candidato.

Né si può omettere di considerare che il rapporto di lavoro subordinato ha carattere fiduciario (anche se la fiducia si manifesta in misura diversa a seconda della mansione cui sarà destinato il candidato) v.Cass. 28 aprile 1992.n.5080, tra le tantissime.

Queste considerazioni ci portano a sottolineare il forte carattere discrezionale della selezione.

Non esistono quindi nel nostro ordinamento né diritti soggettivi né interessi legittimi del candidato a uno svolgimento, in un certo qual senso, ottimale della selezione.

E' noto che viene respinta dalla dottrina prevalente la c.d. funzionalizzazione dell'impresa, pur sostenuta da autorevoli studiosi

Tuttavia, in questo periodo di globalizzazione e immigrazione nel nostro paese di soggetti provenienti da tutto il mondo e portatori di costumi e regole di vita non sempre compatibili col nostro sistema occidentale sono diventati viepiù importanti i problemi della discriminazione (differenze di sesso, appartenenza sindacale, appartenenza politica, razza etc.) .

Ovviamente, ribadiamo, non sempre è facile, nella molteplicità di motivazioni che determinano una scelta, discernere la prevalenza, se non l'esclusività, della motivazione discriminatoria.

La sentenza in commento tratta un aspetto particolare del problema. Quello del diritto del candidato che presuma di essere stato escluso dalla selezione per motivo discriminatorio, di richiedere informazione sullo svolgimento della procedura.

Peraltro tale richiesta trova un limite nella tutela della privacy degli altri candidati.

Le direttive comunitarie pongono la prova della non discriminazione a carico della parte convenuta.

La Corte, da parte sua, sulla scorta del suo precedente (Kelly, C-104/10), ripartisce l'onere della prova nel senso che

<incombe a colui che si ritenga leso dal mancato rispetto del principio di parità di trattamento dimostrare, in un primo momento, i fatti che consentano di presumere l'esistenza di una discriminazione diretta o indiretta>

<spetta all'autorità giudiziaria nazionale o ad altra autorità competente valutare, in base al diritto e/o alle prassi nazionali, i fatti che consentano di presumere la sussistenza di una discriminazione diretta o indiretta>

Aggiunge con la sentenza *de qua*:

< spetta al giudice del rinvio.....valutare tutte le circostanze della controversia principale, al fine di determinare se vi siano indizi sufficienti perché i fatti che consentono di presumere la sussistenza di una siffatta discriminazione siano considerati provati>

< che la discriminazione indiretta sia accertata con qualsiasi mezzo, compresa l'evidenza statistica>

Lo stesso diniego della informazioni richieste dal candidato può concorrere, in una con altri indizi, secondo la Corte, a costituire la prova della discriminazione.

Per un interessante caso di discriminazione nelle assunzioni, nel nostro paese, vedi Corte di Appello di Roma 19/10/2012, causa Fabbrica Italia Pomigliano SpA contro FIOM CGIL nazionale. (reperibile in rete).