



Dipartimento di impresa e management

Cattedra di diritto del lavoro e delle relazioni industriali

IL LICENZIAMENTO NULLO: FATTISPECIE ED
EFFETTI

Relatore Prof. Marco Marazza

Candidato Irma Mastella
Matricola 662251

Correlatore Prof. Michel Martone

Anno accademico 2015/2016

INDICE

Introduzione	pag.7
1. Le fattispecie del licenziamento nullo ai sensi dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori	pag.15
1.1. Il licenziamento nullo	pag. 15
1.2. Il licenziamento discriminatorio	pag.16
1.2.1. Il licenziamento discriminatorio ai sensi dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori: il dibattito sulla natura tassativa dell'elenco dei fattori di rischio	pag.16
1.2.2. Le discriminazioni dimenticate dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori: l'accertata infezione da HIV e l'origine etnica	pag.19
1.2.3. Il principio della parità di trattamento	pag.21
1.2.4. Il caso del licenziamento avvenuto per il solo compimento del 25° anno di età	pag.24
1.2.5. Il licenziamento discriminatorio ed il licenziamento ingiustificato a confronto	pag.28
1.3. Il licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio	pag.31
1.4. Il licenziamento intimato in violazione del TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità	pag.33
1.4.1. Un'analisi dell'articolo 54 del decreto legislativo n.151 del 2001	pag.33
1.4.2. Il licenziamento della lavoratrice madre e le discriminazioni di genere	pag.35
1.5. Gli altri casi di nullità previsti dalla legge	pag.36

1.6.	Il motivo illecito determinante	pag.38
1.6.1.	I confini del motivo illecito determinante: il licenziamento ritorsivo, per rappresaglia e per reazione alla molestia	pag.38
1.6.2.	L'esclusività del motivo illecito determinante: un requisito implicito o non richiesto?	pag.42
2.	Le fattispecie del licenziamento nullo ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015	pag.46
2.1.	Il lento tramonto dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori.....	pag.46
2.2.	L'aspetto "sintetico" dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015: un'inversione di tendenza rispetto alla riforma Fornero?	pag.48
2.2.1.	Il carattere restrittivo o esemplificativo dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015	pag.48
2.2.2.	Il licenziamento discriminatorio dopo il parere del Senato dell'11 febbraio 2015 ed il rischio di "irragionevolezza" ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione	pag.50
2.2.3.	Le sorti del licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio, in violazione del TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità o per motivo illecito determinante	pag.54
2.3.	Gli "altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge"	pag.58
2.3.1.	I due problemi interpretativi dell'avverbio "espressamente": l'oggetto della previsione e la tipologia di nullità	pag.58
2.3.2.	L'insussistenza del fatto "materiale" contestato: uno spazio per il licenziamento per motivo illecito ed in frode alla legge	pag.62
2.4.	Il controverso caso del licenziamento della lavoratrice che ha usufruito dei congedi parentali	pag.68

2.5.	Il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica	pag.73
2.5.1.	La riqualificazione della fattispecie: da licenziamento ingiustificato a licenziamento discriminatorio	pag.73
2.5.2.	Il diritto al lavoro dei disabili ai sensi della legge n. 68 del 1999 e della tutela antidiscriminatoria	pag.77
2.6.	Dubbi di costituzionalità del decreto legislativo n. 23 del 2015	pag.81
3.	I limiti alla invocabilità della nullità del licenziamento: il regime probatorio nel licenziamento discriminatorio	pag.86
3.1.	L'onere probatorio del lavoratore	pag.86
3.1.1.	La <i>probatio diabolica</i>	pag.86
3.1.2.	I limiti investigativi e le difficoltà probatorie del lavoratore non assunto	pag.89
3.1.3.	Il graduale alleggerimento dell'onere probatorio	pag.92
3.1.4.	Il modello di attivazione della tutela giudiziale: un tentativo di rafforzamento dell'efficacia della tutela antidiscriminatoria	pag.97
3.2.	L'onere probatorio del datore di lavoro	pag.98
3.2.1.	La prova liberatoria: le eccezioni al principio della parità di trattamento	pag.99
3.2.2.	La <i>semiplena probatio</i>	pag.101
3.3.	La natura, oggettiva o soggettiva, della discriminazione: le implicazioni probatorie	pag.102
4.	Gli effetti del licenziamento nullo: le tutele applicabili ai lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015	pag.109

4.1.	Gli effetti del licenziamento nullo ai sensi dell'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori	pag.109
4.1.1.	L'articolo 18 prima della legge n. 92 del 2012.....	pag.109
4.1.2.	L'articolo 18 dopo la legge n. 92 del 2012.....	pag.112
4.2.	Gli effetti del licenziamento nullo ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015.....	pag.116
4.3.	L'ultima retribuzione globale di fatto e l'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto	pag.119
4.4.	L'ambito di applicazione soggettivo delle tutele	pag.122
	Bibliografia	pag.125

Introduzione

Il 15 luglio del 1966, con la legge n. 604, furono introdotte le nozioni di “giustificato motivo oggettivo” e di “giustificato motivo soggettivo” che, insieme alla giusta causa già disciplinata dall’articolo 2119 c.c., divennero le motivazioni adducibili dal datore di lavoro ad un licenziamento legittimo. Prima dell’introduzione delle norme sui licenziamenti individuali, ad opera della legge appena citata, le uniche regole in tema di recesso erano disciplinate dagli articoli 2118 e 2119 del codice civile: due disposizioni lontane dal tutelare il lavoratore contro il recesso datoriale che poteva, per l’appunto, essere immotivato. L’intervento legislativo del 1966, pertanto, ebbe il merito di introdurre il concetto di “licenziamento legittimo”, prima d’allora ignoto alla cultura lavorista italiana.

La predetta legge, con l’articolo 4, introdusse anche la nozione di licenziamento nullo che, per molti anni, è coincisa con il divieto di discriminare per ragioni basate sul credo politico, sulla fede religiosa, sull'appartenenza ad un sindacato e sulla partecipazione ad attività sindacali; ragioni particolarmente care agli italiani in quegli anni.

I sessanta anni che precedettero la legge, infatti, furono segnati da numerosi scioperi che coinvolsero la forza lavoro dell’intero paese: nel 1904, a Cagliari, fu indetto il primo sciopero generale contro l’eccidio dei minatori sardi al quale seguirono tanti altri tra cui, nel 1911, quello degli ottomila operai di Portoferraio e Piombino organizzato contro il neonato consorzio Ilva per la diminuzione del compenso. Nel 1953, sempre a Piombino, lo sciopero della Magona, contro la riduzione della manodopera nelle fabbriche che lavoravano il ferro, portò al licenziamento dei lavoratori che vi parteciparono. Il licenziamento di quei lavoratori che, a causa dell’esercizio di un diritto costituzionalmente garantito, persero il posto di

lavoro è l'esempio di ciò che il legislatore voleva sanzionare con l'inciso "il licenziamento determinato dalla partecipazione ad attività sindacali è nullo". In questo contesto ancora non ricevevano attenzione argomenti come il genere sessuale, l'età, le convinzioni personali o l'handicap; ma, avrebbero conquistato la scena negli anni successivi quando, finalmente, diritti come la libertà di sciopero o la libertà di professare la religione preferita sarebbero stati definitivamente acquisiti.

La legge n. 604 del 1966 sanzionava il licenziamento illegittimo con la tutela obbligatoria, la cui entità, alla luce della successiva tutela reale, potrebbe apparire esigua; in realtà, è opportuno contestualizzare l'intervento legislativo e considerare il fatto che la disciplina del licenziamento muoveva i primi passi in un contesto avverso. Ciò che rilevava non era tanto l'entità della tutela quanto il raggiungimento di un primo importante traguardo in un'epoca in cui predominava ancora la politica legislativa di conservare la libertà di licenziamento, solidale agli interessi immediati della ristrutturazione capitalista del dopoguerra.

Un eccessivo e quanto mai improvviso irrigidimento della disciplina dei licenziamenti avrebbe rischiato di compromettere quei fattori, come l'occupazione ed i consumi, che lubrificano il sistema economico. Tuttavia, proprio la crescita economica del paese, il miglioramento delle condizioni di vita e l'incremento del livello d'istruzione portarono i lavoratori ad acquisire consapevolezza ed a combattere per l'ottenimento di nuovi diritti.

Dal 1950 al 1965 furono aperte circa 4.000 scuole dedicate all'istruzione primaria e secondaria, il numero dei laureati aumentò del 40%, l'occupazione crebbe del 20% grazie, soprattutto, al sensibile incremento delle attività industriali, i consumi privati aumentarono del 76% e quelli pubblici del 52%, il prodotto interno lordo passò da 9 miliardi di lire ad oltre 31 miliardi di lire, di cui oltre 12 miliardi prodotti dalle attività

industriali¹. I numeri ritraevano un'Italia in crescita che gridava “al miracolo economico” ed i cui cittadini-lavoratori, più istruiti e consapevoli, reclamavano i propri diritti. L'intervento legislativo del 1966, quindi, pur nella sua semplicità, va interpretato come il raggiungimento di un primo fondamentale traguardo rappresentativo di un'importante crescita politica, sociale e culturale del paese.

Negli anni seguenti, la legislazione lavoristica assunse robustezza ed i lavoratori lesi iniziarono a ricorrere (e non più rincorrere) ai nuovi strumenti legali al fine di far valere i propri diritti, prima d'allora non effettivi o non affatto riconosciuti; ne fu una dimostrazione l'aumento del 42% dei procedimenti civili in materia di lavoro, esauriti con una sentenza di primo grado, che si registrò dal 1966 al 1970.

Nel 1970, con l'articolo 18 della legge n. 300, il legislatore introdusse una tutela più forte che avrebbe sostituito quella obbligatoria nel caso in cui il datore receduto illegittimamente superasse le soglie dimensionali individuate dallo stesso articolo. L'obiettivo consisteva nel tutelare maggiormente il lavoratore il cui licenziamento era nullo, inefficace o ingiustificato senza, però, distruggere la struttura produttiva del paese debilitando le piccole imprese che, ad onor del vero, erano numericamente prevalenti.

La nuova tutela, cd. tutela reale, prevedeva un risarcimento monetario e la reintegrazione nel posto di lavoro sostituibile, a scelta del lavoratore, con un'ulteriore indennità monetaria; la forza di questa disposizione consisteva non solo in un risarcimento quantitativamente superiore rispetto a quello garantito dalla tutela obbligatoria ma, soprattutto, nel riporre nelle mani del lavoratore la scelta di ritornare in azienda.

La nuova ed alquanto appetibile tutela ebbe un gran successo: i procedimenti civili in materia di lavoro, esauriti con una sentenza di primo

¹ ISTAT, “*Sommario di statistiche storiche dell'Italia, 1861-1965*”, 1968.

grado, che nel 1970 erano stati 44.000, nel 2004 divennero 277.000, di cui circa 9.000 riguardavano cause di estinzione del rapporto². L'abuso del ricorso all'articolo 18 e tante altre ragioni economiche, politiche e sociali portarono il legislatore a riformulare il contenuto dell'articolo 18 nel 2012.

Dal 1970 al 2012 alcuni eventi hanno scosso l'economia mondiale e, di conseguenza, quella nazionale; in particolare, la crisi finanziaria del 2008, iniziata nel mercato immobiliare degli Stati Uniti e giunta presto in Italia e negli altri paesi Europei che avevano acquistato i velenosi e contagiosi prodotti finanziari americani, ha rallentato la crescita economica del bel paese. Il numero dei disoccupati, infatti, è cresciuto da 1 milione 110 mila del 1970 a 2 milioni 744 mila del 2012, i consumi si sono ridotti a causa dell'aumento della disoccupazione e della crescente propensione al risparmio degli italiani, conseguenza psicologia dello stato di crisi del paese.

Il legislatore del 2012, quindi, ha dovuto muoversi in un senso di marcia contrario rispetto a quello precedentemente percorso: da una fase di "concessione dei diritti" si è giunti ad una fase di "dismissione prospettica" degli stessi. La riforma del lavoro, infatti, in una prospettiva di ripresa e, perché no, di crescita, ha ridisegnato i confini della tutela reale cercando di ridurre l'intensità, con l'obiettivo di far rifiorire l'economia del paese e tutelare gli interessi del lavoratore nel lungo periodo. Attraverso la sostituzione della tutela reale, così come disciplinata dall'articolo 18 del 1970, con quattro tutele la cui intensità è discendente e proporzionata alla gravità dell'infrazione commessa dal datore di lavoro, il legislatore ha ridotto la rigidità in uscita dal mercato del lavoro al fine di attrarre gli investimenti ed incentivare le assunzioni, carburanti dell'economia.

La tutela reale del "vecchio" articolo 18 non è completamente scomparsa con la riforma del lavoro del 2012 ma, con l'introduzione di

² ISTAT, "L'Italia in 150 anni. Sommario di statistiche storiche, 1861-2010", 2011.

qualche piccola novità, è stata riservata al licenziamento nullo, la cui nozione, questa volta, non coincide esclusivamente con quella di licenziamento discriminatorio. La riforma Fornero, infatti, ha introdotto la fattispecie del licenziamento nullo perché intimato in concomitanza col matrimonio, perché intimato in violazione del TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità ed, infine, ha previsto gli “altri casi di nullità previsti dalla legge”. La “vecchia” fattispecie del licenziamento nullo perché discriminatorio è stata rimodernata dalla riforma in esame attraverso il richiamo dell’articolo 3 della legge n. 108 del 1990 che, a sua volta, richiama l’articolo 4 della legge n. 604 del 1966 e l’articolo 15 dello Statuto dei lavoratori così come modificato dall’articolo 13 della legge n. 903 del 1977 e poi dal comma 1 dell’articolo 4 del decreto legislativo n. 216 del 2003; la nuova lista delle ragioni discriminatorie comprende i fattori di rischio già citati ed aggiunge ad essi la razza, la lingua, il sesso, l’handicap, l’età, l’orientamento sessuale e le convinzioni personali.

Con la riforma Fornero, il licenziamento nullo, a cui era già stato riconosciuto uno spazio autonomo prima nel 1966 e poi nel 1970, ha acquisito una posizione di prim’ordine. Infatti, in un momento economico e legislativo in cui si assiste alla dismissione dei diritti del lavoratore, diritti la cui concessione aveva rappresentato il raggiungimento di un traguardo culturale, politico e sociale, il licenziamento nullo è l’ultimo ricordo di quei risultati raggiunti con fatica. La previsione delle quattro tutele sostitutive della tutela reale nonché la riduzione dell’intensità delle tre tutele destinate ai licenziamenti ingiustificati e proceduralmente difettosi hanno spinto il lavoratore ad una corsa al licenziamento nullo che, prima d’allora, veniva “scomodato” raramente. Prima del 2012, infatti, il ricorso al licenziamento nullo era un’ipotesi poco ricorrente dato che, a causa del difficoltoso regime probatorio secondo cui spetta al lavoratore dimostrare che il licenziamento è avvenuto a causa di un motivo discriminatorio, il lavoratore preferiva

ricorrere alle altre fattispecie di illegittimità a cui era destinata ugualmente la tutela reale.

Due anni dopo l'emanazione della legge n. 92 la situazione economica del paese non era migliorata e, sulla scia del suo predecessore, il legislatore del 2014 ha delegato al Governo il compito di declinare i vari aspetti di quella che sarebbe stata la "nuova" disciplina del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti. Nel febbraio del 2015, l'OCSE ha pubblicato un report informativo in tema di riforme dove afferma che, al fine di rendere l'economia più produttiva, competitiva e flessibile, la priorità assoluta è la riforma del mercato del lavoro la cui eccessiva rigidità rappresenta un ostacolo alla creazione di posti di lavoro e ad una migliore corrispondenza tra competenze ed esigenze del mercato del lavoro. Lo stesso report prevedeva che, grazie al Jobs Act, l'occupazione sarebbe cresciuta dello 0,5% nell'arco di cinque anni. Da marzo 2015 a marzo 2016 è stato registrato un aumento dell'occupazione del 1,2%, valore ricavato dalla media dei seguenti dati: +1,9% lavoratori dipendenti permanenti, +0,6% lavoratori dipendenti a termine, -0,6% lavoratori indipendenti³.

La lettera "c" del comma 7 dell'articolo 1 della legge delega n. 183 del 2014 prevedeva che venisse esclusa per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, che fosse previsto un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e, infine, che il diritto alla reintegrazione venisse riservato ai licenziamenti nulli e discriminatori ed a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato.

Con il decreto legislativo n. 23 del 2015, con cui il Governo ha dichiarato assolto il dovere di porre in essere la disciplina del nuovo contratto di lavoro, la tutela del lavoratore illegittimamente licenziato ha subito un ulteriore indebolimento. La riduzione dell'intensità della sanzione

³ OCSE, "*Studi economici dell'OCSE, Italia*", 2015.

applicabile al datore receduto illegittimamente ha condotto all'indebolimento della posizione contrattuale del lavoratore e ad una condizione di subordinazione psicologica; la tutela del lavoratore illegittimamente licenziato ha acquisito la consistenza della "neve al sole". È opportuno ricordare che la tutela dovrebbe attivarsi in due momenti del rapporto: durante lo svolgimento del rapporto di lavoro quando il lavoratore, forte della tutela che gli sarebbe destinata in caso di infrazioni del datore di lavoro, non adotta un atteggiamento remissivo ed, eventualmente, al momento dell'estinzione del rapporto. Tuttavia, la riduzione dell'intensità della tutela oltre che agire negativamente sul momento dell'estinzione del rapporto ne compromette anche lo svolgimento: infatti, il timore di perdere il posto di lavoro costituisce la ragione più vistosa e percepibile della disparità di potere che spinge il lavoratore ad accettare condizioni svantaggiose durante la contrattazione e durante lo svolgimento del rapporto di lavoro.

Ancora una volta, in uno scenario normativo avverso al lavoratore illegittimamente licenziato, il licenziamento nullo mantiene la sua forza. La nuova lista delle fattispecie del licenziamento nullo, coincidente con il licenziamento discriminatorio e con gli "altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge", ha, a parere della dottrina maggioritaria, un carattere esemplificativo e non restrittivo e soprattutto continua a prevedere, quale sanzione applicabile al datore receduto, la tutela reale.

Alla luce del travagliato percorso realizzato dal diritto a non essere discriminati e, soprattutto, della rilevante posizione acquisita dal licenziamento nullo, quale conseguenza ovvia della riduzione dell'intensità della tutela destinata alle altre fattispecie di licenziamento illegittimo, sembra opportuno analizzare, nelle prossime pagine, le cause e gli effetti di questi risultati legislativi.

I capitolo primo e il capitolo secondo di questo lavoro sono dedicati all'analisi delle fattispecie del licenziamento nullo ai sensi, rispettivamente,

dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori e del decreto legislativo n. 23 del 2015. Nel capitolo primo si studiano le fattispecie del licenziamento nullo, introdotte dalla riforma del 2012, che hanno alimentato numerosi dibattiti in dottrina su argomenti come: la natura tassativa dei fattori di rischio, i fattori discriminatori trascurati dal nuovo testo della legge in esame, l'ampiezza della disposizione "altri casi di nullità previsti dalla legge" nonché la natura del motivo illecito determinante.

Il capitolo 2 esamina, invece, le fattispecie del licenziamento nullo che anziché sostituire la previgente disciplina si affiancheranno ad essa accompagnandola durante il suo lento tramonto. Il tema della duplice disciplina applicabile ai lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015 ed i relativi dubbi di incostituzionalità, il nuovo aspetto "sintetico" dell'articolo 2 del decreto e le sorti delle fattispecie contemplate dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori sono alcuni dei temi trattati nel capitolo.

Il terzo capitolo è dedicato all'analisi del controverso regime probatorio nel licenziamento discriminatorio e cerca di far chiarezza sugli oneri probatori del lavoratore ricorrente e del datore convenuto.

Il quarto capitolo, infine, analizza gli effetti provocati dal licenziamento dichiarato nullo ripercorrendo le tutele che, dal 1960 ad oggi, si sono susseguite negli anni incidendo sull'effettività della disciplina.

1. Le fattispecie del licenziamento nullo ai sensi dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori

1.1. Il licenziamento nullo

La legge n. 92 del 2012 ha modificato il testo dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori individuando, al primo comma, “nuove” fattispecie di licenziamento nullo. L'obiettivo della riforma consisteva nel modulare la tutela reale scomponendola in quattro tutele, la cui intensità sarebbe variata in funzione della gravità dell'infrazione commessa dal datore di lavoro. La rivisitazione della tutela reale non ha, tuttavia, riguardato il licenziamento nullo, che, anzi, ha acquistato una propria autonomia ed una forte rilevanza grazie alla riforma in esame. Se il fine ultimo della legge coincideva con una riduzione dei casi di applicazione della tutela reale, il “nuovo” licenziamento nullo, sicuramente, ha ostacolato il raggiungimento di questo risultato prevedendo nuove fattispecie prima d'allora trascurate dallo Statuto.

Infatti, se il testo dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori del 1970 prevedeva, quale unica forma di licenziamento nullo, quello intimato per fattori discriminatori, il nuovo testo dell'articolo prevede che il licenziamento sia dichiarato nullo nel caso in cui sia stato intimato per ragioni discriminatorie, in concomitanza col matrimonio, in violazione del TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità, perché intimato a causa di un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 c.c. o, infine, per gli altri casi di nullità previsti dalla legge.

1.2. Il licenziamento discriminatorio

1.2.1. Il licenziamento discriminatorio ai sensi dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori: il dibattito sulla natura tassativa dell'elenco dei fattori di rischio

Nel 2012, il legislatore ha ridisegnato i confini del licenziamento discriminatorio¹ attraverso il richiamo di una norma preesistente: l'articolo 3 della legge n. 108 del 1990; questo, così come l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, non individua direttamente le fattispecie di licenziamento discriminatorio ma, piuttosto, rinvia all'articolo 4 della legge n. 604 del 1966 ed all'articolo 15 della legge n. 300 del 1970. La catena dei richiami normativi permette di redigere un elenco ricco ma, secondo molti, non esaustivo, delle discriminazioni punite con la sanzione più severa prevista dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori: il credo politico, la religione, l'appartenenza ad un sindacato, la partecipazione ad attività sindacali, la razza, la lingua, il sesso, l'handicap, l'età, l'orientamento sessuale e le convinzioni personali. L'elenco comprende tipologie di discriminazioni la cui natura è profondamente diversa: la razza, la lingua, il sesso, l'handicap e l'età consistono in dati oggettivi, mentre, il credo politico, la religione, l'appartenenza ad un sindacato, la partecipazione alle attività sindacali, l'orientamento sessuale e le convinzioni personali sono il frutto di scelte dell'individuo.

A ben vedere, la classificazione dei fattori di rischio elencati non è mai stata oggetto di discussione trattandosi di caratteristiche, oggettive e soggettive, ugualmente meritevoli di tutela; ma la ricchezza dell'elenco non

¹ DEL PUNTA R., Diritto del lavoro, Milano, 2014, definisce il licenziamento discriminatorio come un vizio che si concretizza in un'offesa a beni il cui rafforzato valore giuridico nasce dall'essere espressione del principio costituzionale di eguaglianza.

ha dissuaso la dottrina dall'interrogarsi sulla tassatività della sua natura. Invero, una parte della dottrina ritiene che l'elenco dei fattori di discriminazione, che emerge dalla ricostruzione normativa, abbia natura tassativa e, come tale, debba essere interpretato ed applicato dalla giurisprudenza.

Diverse sono le argomentazioni di coloro che aderiscono a questa tesi: dalla volontà del legislatore di rendere tassativo l'elenco, al rischio di estensione dell'ambito di applicazione della sanzione massima. Una prima analisi riguarda la volontà del legislatore nazionale: essa sembrerebbe protendere per la tesi a favore della tassatività dell'elenco mostrando una certa premura nell'arricchire, seguendo le orme del legislatore dell'Unione europea, l'elenco dei fattori di rischio. Nel 2003, infatti, con il decreto legislativo n. 216, attuativo della direttiva 2000/78/CE, il legislatore ha aggiunto all'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori nuovi fattori di discriminazione, completando la lista esposta pocanzi². Pertanto, il tentativo del legislatore di aggiornare negli anni l'elenco dei fattori di rischio, includendo i fattori emergenti, sembrerebbe suggerire che sia preferibile un'interpretazione tassativa ad una non tassativa che, diversamente, avrebbe visto il legislatore protendere per un generico divieto di non discriminazione piuttosto che per una severa previsione dei fattori di discriminazione. Una seconda analisi, invece, riguarda l'ambito di applicazione della tutela reintegratoria piena che, in quanto sanzione

² L'articolo 4 della legge n. 604 del 1966 contempla, quali fattori di discriminazione: il credo politico, la religione, l'appartenenza ad un sindacato e la partecipazione ad attività sindacali; questo elenco è stato affiancato da un secondo breve elenco, contenuto nell'articolo 15 del decreto legislativo n. 300 del 1970, che inizialmente consisteva in due soli fattori di rischio: l'appartenenza ad un sindacato e la partecipazione alle sue attività. Nel 1977, con l'articolo 13 della legge n. 903, furono aggiunti all'elenco dell'articolo 15: la razza, la lingua ed il sesso. Infine, l'articolo 4 del decreto legislativo n. 216 del 2003, che attua la direttiva 2000/78/CE, ha aggiunto all'elenco in questione: l'handicap, l'età, l'orientamento sessuale e le convinzioni personali.

massima prevista dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, dovrebbe essere applicata solo ad alcuni casi, individuati dal legislatore, circoscritti e particolarmente gravi. Il rischio di un'interpretazione non tassativa dell'elenco dei fattori di discriminazione consiste nel fatto che la giurisprudenza potrebbe ricondurre alla fattispecie del licenziamento discriminatorio ogni caso di licenziamento in cui il lavoratore rientra in una delle categorie protette a livello nazionale e/o comunitario, a prescindere dal nesso causale tra il motivo del licenziamento e l'appartenenza ad una delle categorie a rischio estendendo, così, l'ambito di applicazione della tutela reintegratoria piena. Ciò che preoccupa coloro che sono a favore di un'interpretazione tassativa dell'elenco dei fattori di rischio è che la tutela antidiscriminatoria perda il suo connotato di tutela forte e che venga violata la formula legislativa della gradualità delle tutele, chiara manifestazione della volontà del legislatore di circoscrivere l'applicazione della sanzione massima a pochi casi particolarmente odiosi, preferendo un ambito di applicazione ristretto³.

Un'altra parte della dottrina, che concettualmente si colloca sul versante opposto, sostiene che l'elenco dei fattori di rischio abbia una natura non tassativa, ma piuttosto esemplificativa, e che debba essere sanzionato qualsiasi tipo di atto discriminatorio. L'argomentazione più forte a favore di questa tesi consiste nella natura del diritto in questione: il diritto a non essere discriminati è un diritto assoluto. E se il diritto a non essere discriminati è un diritto assoluto, non è possibile classificare le tipologie di atti discriminatori e creare una graduatoria dei fattori di rischio; tutti i

³ È di questa opinione VELTRI A., *Il nuovo articolo 18 nella giurisprudenza italiana*, in *Adapt University Press*, 2013, il quale sostiene che solo una interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione della fattispecie consente di garantire la formula legislativa della gradualità delle tutele operate da parte del legislatore e dovrà essere premura della giurisprudenza successiva interpretare in maniera corretta la nuova disciplina.

fattori di rischio, al contrario, sono ugualmente importanti ed ugualmente meritevoli di essere tutelati con la tutela più forte prevista dall'ordinamento. Un argomento a favore di questa tesi viene dall'ordinamento dell'Unione europea ed, in particolare, dall'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali che, propendendo per un divieto generico e non per la puntuale previsione degli atti discriminatori, vieta “*qualsiasi forma di discriminazione*”⁴. Secondo questo orientamento l'elenco rinvenuto mediante ricostruzione normativa non potrebbe che essere interpretato come un elenco esemplificativo che non ha alcuna intenzione di escludere dei fattori di rischio ma, piuttosto, vuole stilare una lista di quelli più noti e la cui violazione è più ricorrente.

Infine, vi è un terzo orientamento in dottrina che ritiene trascurabile il problema della tassatività dell'elenco dei tipi di discriminazione e preferisce concentrarsi sull'introduzione del motivo illecito determinante nell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. I sostenitori di questa tesi non rinvencono alcun vuoto di tutela per quei tipi di discriminazione non contemplati dall'elenco statutario poiché, gli stessi, finirebbero sotto l'ombrello del motivo illecito determinante⁵.

⁴ Sul punto PASQUALETTO E., *Licenziamenti nulli: tutela reintegratoria rafforzata*, in CARINCI F.- MISCIONE M. (a cura di), *Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, in *Diritto & pratica del lavoro*, n. 33/2012, p.39 ss., osserva che, con l'attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 dello «stesso valore giuridico dei trattati», avvenuta ad opera del Trattato sull'Unione europea dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nel 2009, ha acquisito il ruolo del diritto primario l'articolo 21 della Carta medesima, sul principio di non discriminazione, il quale contiene un'elencazione sicuramente non tassativa dei motivi di differenziazione posti al bando.

⁵ V. CROTTI M.T.- MARZANI M., *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, in MAGNANI M.- TIRABOSCHI M. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, 2012.

1.2.2. *Le discriminazioni dimenticate dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori: l'accertata infezione da HIV e l'origine etnica*

Il dibattito sulla tassatività dell'elenco dei fattori di rischio ha assunto notevole importanza alla luce del fatto che l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori trascuri due fattori di rischio rilevanti per la tutela del lavoratore. L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, infatti, non contempla, tra le ipotesi di discriminazione, l'accertata infezione da HIV e l'origine etnica, non necessariamente coincidente, quest'ultima, con la discriminazione per ragioni di razza⁶.

L'accertata infezione da HIV è oggetto della legge n. 135 del 1990 con cui il legislatore ha disposto un piano di interventi urgenti per prevenire e combattere l'AIDS; in particolare, il comma 5 dell'articolo 5, afferma che l'accertata infezione da HIV non può costituire motivo di discriminazione per l'accesso o il mantenimento dei posti di lavoro. Dunque, nel 1990, il licenziamento per accertata infezione da HIV è diventata un'ipotesi discriminatoria tipica in quanto disciplinata da un'apposita norma dell'ordinamento italiano; il legislatore, tuttavia, non ha mai inserito questa ipotesi tra quelle disciplinate dall'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori o direttamente nel comma 1 dell'articolo 18. La conseguenza di questa scelta legislativa, che non può considerarsi una semplice dimenticanza, comporta la non applicabilità, almeno dopo una prima lettura, della tutela statutaria all'ipotesi di licenziamento intimato a causa della contrazione della suddetta malattia. A seguito di una lettura più approfondita, potrebbe essere ridiscussa l'inapplicabilità della tutela statutaria: secondo autorevole dottrina, l'ipotesi di licenziamento in questione rappresenta, così come suggerisce il comma 5, articolo 5, legge n. 135 del 1990, un'ipotesi di nullità "virtuale" che potrebbe ricevere la tutela statutaria, anche se

⁶ CESTER C., *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, n. 273/ 2015

attraverso una strada alternativa: “gli altri casi di nullità previsti dalla legge”. L’articolo 18, tra i casi di nullità del licenziamento, contempla “gli altri casi di nullità previsti dalla legge”: una formula di chiusura che potrebbe configurarsi come una porta secondaria di accesso alla tutela statutaria. Per coloro che rigettano questa via, la sanzione da applicare al licenziamento intimato per l’accertata infezione da HIV è la cd. nullità di diritto comune⁷ anziché la più gravosa (per il datore di lavoro) nullità statutaria.

Il secondo fattore di rischio, trascurato dall’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, è l’origine etnica, concetto più ampio della razza, di cui parlano sia il decreto legislativo n. 215 del 2003, attuativo della direttiva comunitaria 2000/43/CE⁸, sia il TU sull’immigrazione. Pur essendo stata, l’origine etnica, oggetto di una direttiva comunitaria e di un decreto legislativo, il legislatore non ha ritenuto opportuno includerlo tra i fattori di rischio tutelati dall’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, forse a causa della confusione esistente tra il fattore “origine etnica” ed il fattore “razza”. Sicuramente, come l’accertata infezione da HIV, anche l’origine etnica è un fattore di rischio tipico, in quanto disciplinato dall’ordinamento, ed una interpretazione non tassativa dell’elenco dei fattori di discriminazione porterebbe ad applicare la tutela statutaria sia al caso di licenziamento intimato per accertata infezione da HIV, sia al caso di licenziamento intimato a causa dell’origine etnica. Quest’ultimo, inoltre, rappresenta

⁷ V. VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro, Vol. II- Il rapporto di lavoro*, Padova, 2002, che definisce la tutela reale di diritto comune come la nullità o l’inefficacia del recesso, con conseguente ininterrotta prosecuzione del rapporto, e diritto del lavoratore a percepire la retribuzione per le prestazioni rifiutate dal datore di lavoro in mora credendi.

⁸ Il decreto legislativo n. 215 del 2003, attuativo della direttiva comunitaria n. 2000/43/CE, è volto ad attuare la parità di trattamento tra le persone, indipendentemente dalla razza e dall’origine etnica, disponendo misure necessarie affinché le differenze di razza e di origine etnica non siano causa di discriminazione diretta o indiretta.

un'ipotesi di nullità "virtuale" e come tale può prevedere l'applicazione della tutela statutaria rientrando negli "altri casi di nullità previsti dalla legge".

1.2.3. Il principio della parità di trattamento

La direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, è stata attuata dal decreto legislativo n. 216 del 2003 ed assume particolare rilevanza per la tutela antidiscriminatoria nazionale per quanto riguarda, soprattutto, le modifiche apportate all'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori, di cui abbiamo già discusso. La suddetta direttiva ed il conseguente decreto attuativo, mirano a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione, le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, al fine di rendere effettivo il principio della parità di trattamento. Per principio della parità di trattamento s'intende l'assenza di qualsiasi discriminazione, diretta o indiretta, basata sui motivi elencati. Dal comma 2, articolo 2, della direttiva 2000/78/CE, poi attuato dal comma 1, articolo 2, del decreto legislativo n. 216 del 2003, si evincono le definizioni di discriminazione diretta e di discriminazione indiretta, particolarmente importanti in fase di accertamento giudiziale, dove l'onere probatorio ricade sul lavoratore. Specificatamente, sussiste discriminazione diretta quando una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga. Così, al fine di verificare la sussistenza di una disparità di trattamento, il lavoratore deve allegare le prove dalle quali si evince che un altro lavoratore, a lui comparabile in termini di qualifica e di mansioni svolte, ha ricevuto o avrebbe ricevuto un trattamento differente. La comparazione con un altro lavoratore aiuta il Giudice ad accertare che la disparità di trattamento

dipende dall'appartenenza del lavoratore, che ha denunciato il fatto, ad una categoria protetta. Sussiste discriminazione indiretta, invece, quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale rispetto ad altre persone. La nozione di discriminazione indiretta nasce per tutelare le persone, rientranti in una particolare categoria, da quelle forme di discriminazione subdole che si nascondono dietro decisioni datoriali apparentemente neutre, ovvero decisioni che non lederebbero persone non appartenenti alle categorie protette.

Tuttavia, il comma 1, articolo 4, della direttiva 2000/78/CE, attuato dal comma 3, articolo 3, del decreto legislativo n. 216 del 2003, prevede che il datore di lavoro possa stabilire una differenza di trattamento, basata su una delle caratteristiche protette, senza che ciò costituisca discriminazione, laddove per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima ed il requisito proporzionato. Inoltre, il comma 2, articolo 4, della medesima direttiva, attuato dal comma 5, articolo 3, del decreto legislativo n. 216 del 2003, stabilisce che nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private, la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali non costituisce discriminazione qualora, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui vengono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato, per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione. Il comma 2, articolo 2 della direttiva in parola, attuato dal comma 6, articolo 3 del decreto

legislativo n. 216 del 2003, fissa un'eccezione generale al principio della parità di trattamento, stabilendo, in relazione alla discriminazione indiretta, che una disparità di trattamento non costituisce una discriminazione se oggettivamente giustificata da una finalità legittima e se i mezzi impiegati per il suo conseguimento sono appropriati e necessari. Infine, l'articolo 6 della direttiva 2000/78/CE, attuato dai commi 4-bis e 4-ter, articolo 3, decreto legislativo n. 216 del 2003, stabilisce un'eccezione specifica al principio della parità di trattamento, in ragione all'età, di cui si parlerà nel prossimo paragrafo, in relazione ad un caso concreto.

1.2.4. Il caso del licenziamento avvenuto per il solo compimento del 25° anno di età

Il 15 aprile del 2014, la Corte d'appello di Milano, con la sentenza NR. 1044/2013⁹, ha accolto il ricorso proposto dal lavoratore, il quale chiedeva la revisione della decisione di primo grado del Giudice del lavoro del tribunale di Milano. Con ordinanza del 15 maggio 2013, il Giudice del lavoro del Tribunale di Milano dichiarava la improponibilità delle domande avanzate dal ricorrente in ordine alla nullità e/o inefficacia del licenziamento, con condanna della società alle conseguenze di cui all'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori o, comunque, alla riammissione in servizio con il risarcimento del danno. Respingeva, inoltre, le domande dirette ad accertare e dichiarare la natura discriminatoria del comportamento tenuto dalla società e la sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato ordinario a tempo indeterminato.

Va ricordato che il lavoratore era stato assunto dalla convenuta, società operante nel settore dell'abbigliamento, il 14 dicembre 2011 con un "contratto a chiamata" a tempo determinato, di iniziali quattro mesi. Il

⁹ *Bollettino ADAPT*

rapporto di lavoro era stato poi prorogato, fino al 10 dicembre 2011, con un contratto di lavoro intermittente e sperimentale, ex articolo 34 del decreto legislativo n. 276 del 2003. Al riguardo, si segnala che il comma 2 dell'articolo 34 del decreto legislativo n. 276 del 2003 prevede che, in via sperimentale, il contratto di lavoro intermittente possa essere concluso anche per prestazioni rese da soggetti in stato di disoccupazione, con meno di 25 anni di età, ovvero da lavoratori con più di 45 anni di età, che siano stati espulsi dal ciclo produttivo o siano iscritti alle liste di mobilità e di collocamento. La società ha potuto applicare questa tipologia contrattuale al rapporto di lavoro con il lavoratore, giacché egli era disoccupato ed aveva meno di 25 anni. Dal 1 gennaio 2012 il contratto di lavoro intermittente e sperimentale a tempo determinato è stato convertito in contratto intermittente e sperimentale a tempo indeterminato, senza specificazione di alcuna delle ipotesi legittimanti di cui al decreto legislativo citato. Il 26 luglio 2012, terminato il piano di lavoro, il lavoratore non veniva inserito nella programmazione successiva, rimanendo in attesa di convocazione. Ma, a seguito di scambi di e-mail gli veniva comunicato che, avendo egli compiuto 25 anni di età ed essendo venuto meno il requisito soggettivo dell'età, il rapporto di lavoro era da considerarsi cessato alla suddetta data.

La decisione del Giudice del lavoro del tribunale di Milano, rilevava l'insussistenza del carattere discriminatorio del comportamento aziendale atteso che, per la categoria di prestatori di età inferiore ai 25 anni o superiore ai 45 anni, non è prevista esclusivamente quella tipologia contrattuale e che, comunque, l'articolo 4 del decreto legislativo n. 216 del 2003, attuativo della direttiva 2000/78/CE, fa salve le disposizioni che prevedono trattamenti differenziati in ragione dell'età, con fissazione di condizioni minime e massime di età ed in ragione di finalità legittime oggettivamente e ragionevolmente giustificate, ragioni ravvisabili nel caso di specie dall'attuale difficile situazione del mercato del lavoro. Il

ricorrente lamentava l'erroneità dell'ordinanza nella parte in cui esclude il carattere discriminatorio della condotta aziendale, stante la violazione dell'articolo 6 della direttiva in rilievo, attuato dall'articolo n. 3 del decreto legislativo n. 216 del 2003, che stabilisce: «Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari». Il legislatore dell'Unione e, sulla sua scia, quello nazionale, hanno ammesso la possibilità per il datore di lavoro di realizzare una disparità di trattamento, in base all'età, a condizione che siano soddisfatti due requisiti: deve essere perseguita una finalità legittima ed i mezzi devono essere appropriati e necessari. L'articolo 34 del decreto legislativo n. 276 del 2003, che disciplina il contratto di lavoro intermittente e sperimentale, avrebbe dovuto rispettare i requisiti fissati a livello comunitario e nazionale circa le disparità di trattamento legittime, quindi non discriminatorie, ma purtroppo nessuno dei due requisiti è stato rispettato. La sentenza della Corte d'appello stabilisce: «riservare l'applicazione di un contratto di lavoro pregiudizievole ad una categoria di lavoratori individuati sulla base del solo requisito dell'età, non essendo previste altre specifiche condizioni, costituisce un mezzo sproporzionato al perseguimento dell'obiettivo di favorire l'occupazione giovanile venendo a violare il principio della parità di trattamento». Con questa affermazione la Corte d'appello non condanna la finalità, ovvero l'obiettivo di favorire l'occupazione giovanile, ma condanna i mezzi utilizzati dal contratto di lavoro intermittente e sperimentale, reputandoli "sproporzionati". Infatti, la Corte d'appello afferma: «Il mero requisito dell'età pertanto non può giustificare l'applicazione di un contratto pacificamente più pregiudizievole, per le

condizioni che lo regolano, di un ordinario contratto a tempo indeterminato e la discriminazione che si determina rispetto a coloro che hanno superato l'età di 25 anni non trova alcuna ragionevole ed obiettiva motivazione. Analogamente nessuna ragionevole giustificazione è ravvisabile nel fatto che, per il solo compimento del 25° anno, il contratto debba essere risolto».

Alla luce di quanto esposto, emerge con evidenza il contrasto tra quanto disposto dal comma 2 dell'articolo 34 del decreto legislativo n. 276 del 2003, che regola il contratto di lavoro intermittente e sperimentale, ed i principi affermati dalla direttiva 2000/78/CE, attuata dal decreto legislativo n. 216 del 2003. Di conseguenza, tenuto conto del contenuto discriminatorio della norma in esame, la Corte d'appello ha censurato il comportamento della convenuta che ha proceduto all'assunzione del lavoratore con un contratto intermittente esclusivamente sulla base della sua età anagrafica ed ha dichiarato nullo il licenziamento, in quanto discriminatorio, avvenuto per il solo compimento del 25° anno, ed ha applicato la tutela disciplinata dai primi tre commi dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. Questa sentenza è una chiara espressione della rilevanza del principio della parità di trattamento, che trova una sua limitazione in alcuni casi eccezionali legati alla sussistenza di requisiti specifici fissati dall'Unione europea, ed accolti dall'ordinamento italiano¹⁰. Così, il principio della parità di trattamento, ovvero il divieto di discriminazione, deve conciliarsi con gli obiettivi prioritari del mercato del lavoro, perseguiti dalle legislazioni nazionali, attuabili solo mediante mezzi necessariamente adeguati e proporzionati, in modo che il perseguimento dell'obiettivo sovraordinato non rappresenti solo un pretesto per applicare delle condizioni più svantaggiose ad alcune categorie di lavoratori.

¹⁰ V. anche la sentenza *Mangold* (22.5.05 causa C-144/04), della Corte di Giustizia, nella quale era trattata la questione di un contratto a termine a causale applicabile ai soli lavoratori che avevano compiuto una certa età.

Un altro aspetto rilevante della sentenza riguarda il carattere oggettivo della discriminazione, che emerge dalla decisione della Corte d'appello di trascurare la mancanza dell'intento discriminatorio della società. Infatti, la società si è limitata ad applicare una norma, l'articolo 34 del decreto legislativo n. 276 del 2003, senza essere mossa, né durante la fase dell'assunzione, né durante la fase licenziamento, da intenti lesivi. La Corte non ha indagato l'*animus* del datore di lavoro, ma ha ritenuto rilevante solo l'oggettiva lesione del diritto alla parità di trattamento, come chiarisce in questa parte della sentenza: «Quanto infine alla considerazione che non si potrebbe parlare di comportamento discriminatorio in quanto la società si sarebbe limitata ad applicare una disposizione di legge vigente e che tale comportamento sarebbe pertanto privo di quei caratteri di intenzionalità e volontà lesiva, la stessa appare ininfluyente. Il legislatore, configurando anche le ipotesi di discriminazione indiretta, ha infatti voluto far riferimento a quei comportamenti che, per quanto privi da parte del soggetto agente di un intento discriminatorio, vengono comunque ad assumere tale connotato. L'elemento soggettivo non ha pertanto alcuna valenza». La Corte d'appello di Milano, attraverso questa affermazione, si è palesemente schierata a favore dell'orientamento dell'Unione europea che predilige il carattere oggettivo della discriminazione piuttosto che assecondare la tendenza della giurisprudenza italiana a ricercare l'intento discriminatorio, indagando l'*animus* del datore di lavoro.

1.2.5. Il licenziamento discriminatorio ed il licenziamento ingiustificato a confronto

La riforma Fornero ha apportato delle modifiche sostanziali alla tutela antidiscriminatoria stravolgendo sia il *modus operandi* del lavoratore che agisce in giudizio contro il licenziamento nullo sia le pratiche

giurisprudenziali: la giurisprudenza, infatti, è stata chiamata a fronteggiare i cambiamenti avvenuti a seguito di tale riforma, destreggiandosi tra le diverse interpretazioni ed i conseguenti orientamenti. Tra tutti, il rischio più concreto è sicuramente quello di assistere ad una “corsa alla discriminazione”¹¹, ovvero ad un abuso del ricorso al licenziamento discriminatorio, quale licenziamento odioso a cui è associata la sanzione massima tra quelle previste dall’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma. Infatti, la formula giuridica che prevede la gradualità delle tutele ha ridotto l’ambito di applicazione della tutela reintegratoria piena a pochi casi particolarmente gravi, tra cui il licenziamento discriminatorio, con la conseguenza di rendere molto allettante per il lavoratore il ricorso alla tutela antidiscriminatoria. In sostanza, la corsa a questa fattispecie di licenziamento, ora particolarmente rilevante, può condurre ad una sovrapposizione dell’area del licenziamento ingiustificato e del licenziamento discriminatorio. In altri termini, potrebbero essere ricondotti all’area del licenziamento discriminatorio fattispecie che ordinariamente sarebbero ricadute nell’area del licenziamento ingiustificato; ma le due tipologie sono profondamente diverse e, come tali, devono essere separate da un netto confine senza che sia corso alcun rischio di sovrapposizione. È utile ricordare che il licenziamento ingiustificato è un atto di recesso annullabile i cui effetti, regolarmente prodotti, possono venir meno se il lavoratore fa valere con successo l’azione di annullamento; il licenziamento discriminatorio è nullo, non annullabile, ovvero è privo della capacità di

¹¹ BIASI M., *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, n. 181/2013, ha parlato di una “corsa alla discriminazione” preannunciata dalla dottrina come possibile “antidoto” al nuovo quadro sanzionatorio. L’autore ha, inoltre, evidenziato il conseguente rischio della “perdita di identità” del diritto antidiscriminatorio, nato allo scopo di tutelare un soggetto, in quanto appartenente ad una “speciale” categoria o per aspetti legati alla sua identità soggettiva.

produrre effetti. Inoltre, il licenziamento ingiustificato, caratterizzato dalla mancanza di una motivazione adottata dal datore di lavoro, perché non apposta o perché insufficiente a rendere legittimo il recesso, ha un carattere negativo in quanto il Giudice deve accertare la mancanza di un requisito, mentre il licenziamento discriminatorio ha un carattere positivo data la necessità del lavoratore di provare in giudizio la sussistenza della discriminazione¹².

Anche se le due fattispecie differiscono sotto molteplici punti di vista, la mancanza di motivazione del licenziamento (insufficiente o non apposta affatto) è un elemento indiziario di un licenziamento discriminatorio, anche perché confliggente con la dignità della persona del lavoratore che ha diritto di sapere perché perde il posto di lavoro¹³. Ma, oltre alle differenze intercorrenti tra le due nozioni ed i punti di incontro in sede processuale, bisogna analizzare come il potere del datore di lavoro interagisce con l'una e l'altra fattispecie: l'atto di recesso ingiustificato presenta più che altro le sembianze dell'abuso del diritto che, in quanto tale, va sicuramente sanzionato, ma non presenta il grado di lesività del licenziamento discriminatorio¹⁴. Va detto, al riguardo, che il datore di lavoro ha il diritto

¹² CHIECO P., *Il licenziamento nullo*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro*, 2013, p. 277 ss

¹³ L'articolo 4 della Costituzione italiana afferma che la Repubblica riconosce il diritto di tutti i cittadini a lavorare e svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società, e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ed ancora, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea con l'articolo 1 stabilisce la inviolabilità, il rispetto ed il diritto alla tutela della dignità umana; e con l'articolo 15 sancisce il diritto di ogni persona di lavorare ed esercitare una professione liberamente scelta; Sul tema v. anche CHIECO P., *Il licenziamento nullo*, op. cit.

¹⁴ COLOSIMO C., *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 4/2012

di recedere dal contratto di lavoro ma il legislatore ha individuato i confini di questo diritto in modo che lo stesso non diventi poi lesivo della dignità del lavoratore; i confini sui quali è stato legiferato rappresentano la via attraverso la quale giungere ad un equilibrio tra il diritto del lavoratore a conservare il posto di lavoro ed il diritto del datore di lavoro a recedere dal contratto posto in essere. I confini di cui si parla, ovvero le motivazioni che giustificano il recesso del datore di lavoro, consistono nella giusta causa, e nel giustificato motivo, oggettivo o soggettivo, che può essere legato tanto a ragioni economiche ed esigenze del datore di lavoro, quanto ad un comportamento imputabile al lavoratore. Il divieto di discriminazione circoscrive dall'esterno l'area di quel libero esercizio impedendo che il datore usi i propri poteri e la propria libertà in ragione dei motivi ritenuti odiosi e lesivi della dignità del lavoratore¹⁵. Infine, la netta linea di confine, esistente tra il licenziamento discriminatorio ed il licenziamento ingiustificato, si evince dalla previsione di sanzioni diverse per le due tipologie di licenziamento: la sanzione massima nel primo caso, le sanzioni modulate nel secondo. Appare chiara, sotto più punti di vista ed a seguito di più riflessioni, la volontà del legislatore di separare nettamente le due fattispecie di licenziamento comparate pocanzi e, rispetto a tale volontà, la giurisprudenza non dovrebbe divergere.

1.3. Il licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio

Il licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio, ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al

¹⁵ CHIECO P., *Il licenziamento nullo*, op. cit.

decreto legislativo n. 198 del 2006¹⁶, è una delle fattispecie di licenziamento nullo aggiunte dalla riforma Fornero al comma 1 dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. L'accesso alla lista dei licenziamenti nulli ai sensi dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori ha prodotto un cambio di rotta per ciò che riguarda la sanzione applicabile. Prima dell'intervento riformatore della legge n. 92 del 2012, al licenziamento intimato a causa del matrimonio, era applicata la tutela disciplinata dai commi 6, 7, 8 e 9 dell'articolo 35 del decreto legislativo n. 198 del 2006: alla lavoratrice allontanata dal lavoro doveva essere corrisposta la retribuzione globale di fatto sino al giorno della riammissione in servizio e le veniva riservata la possibilità di scegliere, tra la riassunzione ed una somma pari al trattamento previsto per le dimissioni per giusta causa. Le suddette disposizioni si applicavano sia alle lavoratrici dipendenti da imprese private di qualsiasi genere, escluse quelle addette ai servizi familiari e domestici, sia a quelle dipendenti da enti pubblici, salve le clausole di miglior favore previste per le lavoratrici nei contratti collettivi ed individuali di lavoro e nelle disposizioni legislative e regolamentari. Dopo l'intervento della riforma Fornero, alla tutela contenuta nei commi 6,7,8 e 9 dell'articolo 35 del decreto legislativo n. 198 del 2006 deve essere preferita la tutela contemplata dall'articolo 18 per i licenziamenti dichiarati nulli. L'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna afferma che sono nulli i licenziamenti intimati a causa del matrimonio, nonché qualsiasi clausola che prevede la risoluzione del rapporto di lavoro in conseguenza del matrimonio. È altresì nullo il licenziamento intimato nel periodo intercorrente dal giorno della richiesta delle pubblicazioni di matrimonio ad un anno dopo la celebrazione stessa.

¹⁶ L'articolo 35 del decreto legislativo n. 198 del 2006 richiama gli articoli 1,2 e 6, della legge n.7 del 1963; in particolare, l'articolo 1 della legge n. 7 del 1963 richiama l'articolo 3 della legge n. 860 del 1950 che disciplina le ipotesi in cui il datore è libero di recedere dal contratto durante il periodo del matrimonio.

Al potere di recesso del datore di lavoro, nonostante le severe disposizioni dell'art. 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, non è stato apposto un limite assoluto ma, piuttosto, sono state individuate delle ipotesi di recesso lecite che temperano il divieto di recesso del datore di lavoro durante il periodo del matrimonio. Il comma 5 dell'art 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna afferma che al datore è data la facoltà di provare che il licenziamento non è stato intimato a causa del matrimonio, ma soltanto in una delle seguenti ipotesi:

- a. Colpa grave costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro;
- b. Cessazione dell'attività dell'azienda;
- c. Ultimazione della prestazione per la quale era stata effettuata l'assunzione o risoluzione del rapporto di lavoro per scadenza del termine.

1.4. Il licenziamento intimato in violazione del TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità

1.4.1. Un'analisi dell'articolo 54 del decreto legislativo n.151 del 2001

Il licenziamento intimato in violazione del TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità, così come il licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio, è un'ipotesi di licenziamento che la riforma Fornero ha sottratto al diritto comune per affidarla all'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. La conseguenza di questa nuova destinazione consiste nell'applicazione della cd. nullità statutaria e non più della cd. nullità di diritto comune, con un

indiscusso miglioramento per la tutela a favore del lavoratore ingiustamente licenziato. La fattispecie di licenziamento nullo in esame è disciplinata dai commi 1, 6, 7 e 9 dell'articolo 54 del TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo n. 151 del 2001 e successive modificazioni. Il comma 1, in particolare, sancisce il divieto di licenziare la lavoratrice durante il periodo della gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino. Il divieto di licenziamento, così come specifica il comma 2 dello stesso articolo, opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza, ovvero a prescindere dalla conoscenza del datore di lavoro dello stato di gravidanza della lavoratrice con la conseguenza che, la lavoratrice, licenziata durante il periodo in cui opera il divieto, può chiedere al Giudice la dichiarazione di nullità del licenziamento intimato, presentando idonea certificazione dalla quale risulti l'esistenza, all'epoca del licenziamento, delle condizioni che lo vietavano.

Il divieto di licenziamento, anche in questo caso, non opera in senso assoluto ma incontra delle limitazioni che intendono salvaguardare il diritto di recesso del datore di lavoro. Il comma 3 dell'articolo n. 54 del decreto legislativo n. 151 del 2001, infatti, stabilisce che il divieto di licenziamento non si applica nel caso:

- a. di colpa grave da parte della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro;
- b. di cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta;
- c. di ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o di risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine;
- d. di esito negativo della prova.

La stessa tutela prevista per la lavoratrice madre è estesa al lavoratore padre in tutte le ipotesi disciplinate dall'articolo 28 del TU in esame in cui il padre deve occuparsi del bambino per impossibilità della madre. Il

lavoratore e la lavoratrice, inoltre, non possono essere licenziati a causa della domanda o della fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino. Infine, il comma 9 dell'articolo n. 54 del decreto legislativo n. 151 del 2001, dimostrando di essere al passo con i cambiamenti culturali e sociali, estende le ipotesi appena analizzate, anche al caso di adozione o affidamento: il divieto di licenziamento si applica fino ad un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare ed in caso di fruizione del congedo di maternità e di paternità.

1.4.2. Il licenziamento della lavoratrice madre e le discriminazioni di genere

Merita altresì attenzione la corrente di pensiero che assimila il licenziamento della lavoratrice madre al licenziamento discriminatorio¹⁷. La ricostruzione concettuale che sottende questa teoria vede il licenziamento della lavoratrice madre, durante i periodi di protezione, configurarsi come un atto di recesso discriminatorio basato sul genere sessuale, con conseguente applicazione della tutela prevista dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori per i licenziamenti discriminatori. In realtà, la distinzione è rilevante più sotto il profilo teorico che pratico; infatti, sia che il licenziamento sia nullo perché discriminatorio, sia che sia nullo ai sensi dell'articolo 54 del decreto legislativo n. 151 del 2001, è ugualmente applicabile la tutela reintegratoria piena. Questo dibattito assume particolare importanza alla luce del decreto legislativo n. 23 del 2015, contenente le disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge n. 183 del 2014. L'articolo 2 del decreto legislativo appena citato *non* contempla l'ipotesi di licenziamento intimato in violazione del TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e

¹⁷ PASQUALETTO E., *Licenziamenti nulli: tutela reintegratoria rafforzata*, op. cit.

sostegno della maternità e paternità ma si concentra su due sole ipotesi di licenziamento nullo: il licenziamento discriminatorio a norma dell'articolo 15 della legge n. 300 del 1970 e successive modificazioni e gli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge. La mancanza di questa previsione potrebbe portare la giurisprudenza e la dottrina a scegliere tra tre opzioni: la cd. nullità di diritto comune, la nullità in ragione della sussistenza di una discriminazione di genere ed, infine, la nullità "espressamente prevista dalla legge". Nel secondo caso il Giudice potrebbe dichiarare nullo il licenziamento della madre, intimato durante i periodi di protezione, in quanto basato su una discriminazione di genere, con conseguente applicazione della sanzione massima. Questa strada non potrebbe essere percorsa dal lavoratore padre che, in quanto uomo, non appartiene al genere sessuale più debole e più frequentemente discriminato. Nel terzo caso il Giudice potrebbe dichiarare nullo il licenziamento intimato in violazione del TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità, riconducendolo agli "altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge", costituendo, il comma 5 dell'articolo 54 della legge n. 151 del 2001, un'ipotesi di nullità "testuale"; e, questa volta, non trattandosi di una discriminazione di genere, ma di un caso di nullità espressamente previsto dalla legge, la tutela non sarebbe preclusa al padre.

1.5. Gli altri casi di nullità previsti dalla legge

L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, dopo aver individuato, quali ipotesi di licenziamento nullo, il licenziamento discriminatorio, il licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio ed il licenziamento intimato in violazione del TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità, prosegue la lista con un'ipotesi

di nullità consistente in una formula giuridica “aperta”: “gli altri casi di nullità previsti dalla legge”. La formula in questione si riferisce alle ipotesi in cui il datore di lavoro, licenziando il lavoratore, viola una norma di condotta che prevede il divieto di licenziare il lavoratore (nullità “espressa”) o il diritto del lavoratore a conservare il posto di lavoro (nullità “implicita”), con conseguente nullità dell’atto di recesso. La sanzione della nullità può essere contenuta nella norma stessa (cd. nullità “testuale”), o può essere applicata ai sensi dell’articolo 1418 c.c. (cd. nullità “virtuale”, v. sottoparagrafo 2.3.1.). Tra le nullità espresse, è possibile annoverare¹⁸:

- a. Lo stato di sieropositività, comma 5, articolo 5 della legge n. 135 del 1990;
- b. Il rifiuto del lavoratore di svolgere lavoro supplementare, ove non previsto e regolamentato dai CCNL, comma 3, articolo 3, del d.lgs. n. 61 del 2000;
- c. Il rifiuto del lavoratore di sottoscrivere clausole elastiche e flessibili, comma 9, articolo 3, del d.lgs. n. 61 del 2000;
- d. Il rifiuto del lavoratore di trasformare il proprio rapporto da full-time a part-time e viceversa, comma 1, articolo 5, del d.lgs. n. 61 del 2000;
- e. La partecipazione ad uno sciopero illegittimo nell’ambito dei servizi pubblici essenziali, comma 1, articolo 4, della l. n. 146 del 1990;
- f. Il licenziamento in occasione del trasferimento d’azienda, comma 4, articolo 2112 c.c.;
- g. Il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione dei congedi previsti dalla l. n. 53 del 2000, ossia congedi per eventi e cause particolari (articolo 4), i congedi per la formazione (articolo 5), i congedi per la formazione continua (articolo 6). Queste ipotesi

¹⁸ Sul tema della nullità “espressa” o “implicita” v. BELLOCCHI P., *Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale*, op. cit.

possono configurarsi anche come casi di licenziamento ritorsivo, che analizzeremo a breve.

Infine, tra gli “altri casi di nullità previsti dalla legge” rientra il contratto in frode alla legge disciplinato dall’articolo 1344 cc.¹⁹ L’articolo 1344 c.c. stabilisce che si reputa illecita la causa del contratto, anche quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l’applicazione di una norma imperativa; e, quando la causa è illecita, il contratto è nullo ai sensi dell’articolo 1418 c.c. Il trasferimento d’azienda, negli ultimi anni, ha rappresentato il terreno più fertile per una diffusione «giudiziale» di questo istituto. La Corte d’Appello di Napoli, con sentenza del 23 marzo 2001, con riferimento ad una cessione in favore di una società con una «naturale vocazione al fallimento», ha affermato che «deve ritenersi nullo per frode alla legge il contratto di cessione di un esercizio commerciale quando sia provato, anche sulla base di elementi indiziari purché gravi precisi e concordanti, che la vera ragione dell’accordo è quella di liberarsi del gruppo di lavoratori impiegati nell’azienda ceduta, così eludendo la legislazione vigente in materia di licenziamento, di cassa integrazione e di mobilità, e ponendo a carico della collettività i relativi oneri».

1.6. Il motivo illecito determinante

1.6.1. I confini del motivo illecito determinante: il licenziamento ritorsivo, per rappresaglia e per reazione alla molestia

Il motivo illecito determinante è l’ultima delle cause di nullità del licenziamento, individuate dall’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, al

¹⁹ Di questa opinione è PEDERZOLI C., *Licenziamento nullo e conseguenze: che cosa è cambiato? Note minime sul nuovo testo dell’art. 18, comma 1-3*, in *Quaderni fondazione Marco Biagi. Studi sulla Riforma Fornero. Sezione ricerche*, n. 3/2012

fine di applicare la tutela reintegratoria piena; pur essendo una fattispecie introdotta dalla riforma Fornero era ampiamente diffusa in giurisprudenza prima dell'intervento del legislatore nel 2012. La giurisprudenza ha sempre ricondotto il licenziamento intimato per motivo illecito determinante al licenziamento discriminatorio, ritenendo il recesso datoriale, nel caso di specie, particolarmente odioso e quindi degno della sanzione massima, in alternativa punibile con la cd. nullità di diritto comune²⁰. Naturalmente l'assimilazione del licenziamento per motivo illecito determinante al licenziamento discriminatorio ha prodotto molta confusione, soprattutto in fase probatoria ed ha rischiato di sminuire il valore della tutela antidiscriminatoria. La riforma Fornero ha quindi voluto scardinare la formula giurisprudenziale che si era diffusa secondo cui: “se il licenziamento non è discriminatorio poiché non è stato intimato dal datore di lavoro a causa dell'appartenenza del lavoratore ad una categoria protetta, può comunque essere etichettato come tale se sorretto da un motivo illecito determinante”²¹. Il motivo illecito determinante ha una natura diversa dalla

²⁰ Sul tema BIASI M., *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, op. cit., scrive che la riforma Fornero si è limitata ad operare la “codificazione” della tendenza espansiva, già da tempo in atto, della tutela reale statutaria verso l'ipotesi di recesso determinato da motivo illecito, in quanto la giurisprudenza, già in precedenza, tendeva a riconoscere l'applicabilità dell'articolo 18 della legge n. 300 del 1970 in ipotesi di licenziamento c.d. “ritorsivo” o “per rappresaglia”, per via interpretativa ricondotto ad un'accezione di licenziamento discriminatorio “*in senso lato*”, e ciò, forse, più per – condivisibili – ragioni di carattere pratico, legate all'esigenza di evitare l'applicazione del rimedio della c.d. “nullità di diritto comune”; v. anche MAZZOTTA O., *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *WP CSDLE “Massimo D'Antona”*, n. 159/2012

²¹ CROTTI M.T.- MARZANI M., *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, op. cit., e TOSCHI R., *Licenziamento ritorsivo: rapporto e interferenza con il licenziamento discriminatorio*, in *Giustizia Civile*, n. 4/2015, sostengono che nell'impostazione giurisprudenziale si fondono e si confondono le nozioni di “discriminazione” e di “motivo illecito determinante” poiché la giurisprudenza

discriminazione, e come tale deve essere disciplinato, pur continuando a ricevere la medesima tutela; infatti, la riforma Fornero ha introdotto nel comma 1 dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori la fattispecie del licenziamento nullo per motivo illecito determinante ma ha destinato ad esso la medesima tutela prevista per il licenziamento discriminatorio. Ciò non sottrae valore a quanto detto finora, dal momento che anche il licenziamento inefficace perché intimato in forma orale riceve la stessa tutela del licenziamento discriminatorio, pur avendo una natura profondamente diversa. Il legislatore ha punito con la tutela reintegratoria piena, ovvero con la sanzione massima, tutti quei licenziamenti che, pur avendo una natura diversa, sono ugualmente odiosi.

Il motivo illecito determinante è disciplinato dall'articolo 1345 c.c. che definisce illecito il contratto quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe. Nel caso di un licenziamento intimato per motivo illecito determinante decade il requisito, citato dall'articolo 1345 c.c., della condivisione del motivo: infatti, essendo il recesso un atto unilaterale, è opportuno che il motivo illecito rispecchi solo la volontà del datore di lavoro²². Il motivo è illecito quando è contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon

ha teso alla creazione di un'unica categoria: il "licenziamento ritorsivo" (comprendente sia motivi "ritorsivi" tipizzati sia quelli non tipizzati), e l'articolo 1345 del codice civile (accanto alla normativa antidiscriminatoria) ha trovato in questa categoria una applicazione generalizzata, a prescindere dal fatto che il motivo discriminatorio fosse o meno tipizzato.

²² PEDERZOLI C., *Licenziamento nullo e conseguenze: che cosa è cambiato? Note minime sul nuovo testo dell'art. 18, comma 1-3*, op. cit., chiarisce che la disposizione dell'articolo 1345 del codice civile, pur espressamente riferita al contratto, è applicabile anche agli atti unilaterali, e va da sé che, rispetto a questi ultimi, il motivo illecito rileva in quanto esclusivo e determinate, anche se non comune ad entrambe le parti.

costume²³, ma la giurisprudenza fa rientrare in questa fattispecie anche il licenziamento ritorsivo o per rappresaglia²⁴. In più occasioni la giurisprudenza ha chiarito il significato di licenziamento ritorsivo o per rappresaglia, definendolo come l'ingiusta ed arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito (diretto) o di altra persona ad esso legata e, pertanto, accomunata nella reazione (indiretto), che attribuisce al licenziamento il connotato dell'ingiustificata vendetta²⁵.

Ai fini di una compiuta delimitazione dei motivi e delle ragioni che determinano la nullità del licenziamento vanno considerate due ulteriori fattispecie²⁶. La prima consiste nel licenziamento adottato quale reazione verso un lavoratore che si difende da una discriminazione: il comma 5 dell'articolo 4 del decreto legislativo n. 215 del 2003, e l'articolo 4-bis del decreto legislativo n. 216 del 2003, prevedono che sia tutelato il lavoratore, leso da una discriminazione diretta o indiretta, in caso di comportamento pregiudizievole, posto in essere dal datore di lavoro, quale reazione ad una qualsiasi attività del lavoratore diretta ad ottenere la parità di trattamento. La seconda fattispecie è strettamente legata alla "molestia", ovvero quei

²³ PASQUALETTO E., *Licenziamenti nulli: tutela reintegratoria rafforzata*, op. cit.

²⁴ Secondo BOLEGO G., *Sulla nullità del licenziamento ritorsivo e arbitrario*, in *Giustizia Civile*, n. 1/2016, il licenziamento ritorsivo è nullo non già per illiceità del motivo, bensì per illiceità della causa concreta. In tale fattispecie, infatti, il movente vendicativo non rimane nella sfera del soggetto agente, ma penetra nel negozio di recesso e va ad integrare la sua funzione economico-individuale.

²⁵ In molte sentenze la giurisprudenza si è espressa sul significato di licenziamento ritorsivo o per rappresaglia: App. Potenza, sez. lav., 15 giugno 2005; Cass., 6 maggio 1999, n. 4543, in *Or. giur. lav.* 1999, 615, con nota di De Fazio; Cass., 15 marzo 2006, n. 5635; Cass., 1 dicembre 2010, n. n. 24347; Cass., 18 marzo 2011, n. 6282; Cass., 3 agosto 2011, n. 16925; Cass., 8 agosto 2011, n. 17097; Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., 08-08-2011, n. 17087.

²⁶ Sul punto CHIECO P., *Il licenziamento nullo*, op. cit.

comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi di razza, origine etnica, religione, convinzioni personali, handicap, età o orientamento sessuale aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante ed offensivo²⁷. La molestia, inoltre, può avere anche una specifica connotazione sessuale (cd. molestia sessuale). Posto che le fonti legali considerano la "molestia" come una discriminazione e la reazione ad una attività del lavoratore volta ad ottenere la parità di trattamento, come un'ulteriore discriminazione, la conseguenza logica è che il licenziamento, intimato quale reazione del datore di lavoro alla resistenza o al contrasto opposti dal lavoratore alla molestia, si configuri come licenziamento discriminatorio. Un'interpretazione estensiva del licenziamento discriminatorio ai sensi dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori permette di applicare la tutela reintegratoria piena al caso di specie al contrario, un'interpretazione restrittiva, può creare una riduzione della tutela (non possiamo parlare di vuoto di tutela in quanto potrebbe sempre applicarsi la cd. nullità di diritto comune, ma non potrebbe applicarsi la nullità statutaria). In via interpretativa, la giurisprudenza potrebbe ricondurre il licenziamento, intimato a causa della resistenza del lavoratore alla molestia, al caso di licenziamento ritorsivo, ovvero nullo per motivo illecito determinante, con la conseguente applicabilità della tutela reintegratoria piena.

1.6.2. L'esclusività del motivo illecito determinante: un requisito implicito o non richiesto?

Quando l'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori chiude la lista dei licenziamenti nulli richiamando il motivo illecito determinante, ai sensi dell'articolo 1345 c.c., non fa espresso riferimento al requisito della

²⁷ La molestia è disciplinata dal comma 3 dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 215 del 2003, e dal comma 3 dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 216 del 2003.

“esclusività” del motivo. L’articolo 1345 c.c., infatti, vuole che il contratto sia nullo se il motivo illecito è determinante, esclusivo e comune ad entrambe le parti; come è stato già spiegato nel precedente paragrafo, essendo il recesso del datore di lavoro un atto unilaterale, non è richiesta la condivisione del motivo illecito, ma sono ugualmente necessari il requisito della determinazione e, forse, quello dell’esclusività. L’omissione nell’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori del requisito della “esclusività” ha fatto nascere un ampio dibattito in dottrina, generando due orientamenti.

Coloro che aderiscono al primo orientamento ritengono che il legislatore abbia voluto positivamente omettere il requisito in questione, creando una nuova tipologia di motivo illecito. Alcuni autori, a sostegno di questa tesi, invitano a ragionare sulla presenza, nel testo dell’articolo 18, del requisito della “determinazione” e, viceversa, sull’assenza del requisito della “esclusività”; perché il legislatore avrebbe dovuto “dimenticare” di citare il secondo ed avrebbe invece ricordato di citare il primo? L’omissione del requisito della “esclusività”, quindi, non consisterebbe in una dimenticanza o in una esemplificazione del testo ma, piuttosto, nel modo del legislatore di manifestare la volontà di creare una nuova tipologia di motivo illecito, circoscritta all’ipotesi del licenziamento²⁸.

Un altro significativo argomento, a favore dell’orientamento secondo cui il requisito della “esclusività” sarebbe escluso, è tratto, anche questa volta, dal testo dell’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. Infatti, il primo comma afferma che il Giudice, con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto dal datore di lavoro e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro. Il testo dell’articolo 18, nella parte in cui prevede che il Giudice dichiari la nullità

²⁸ Sul tema v. BELLOCCHI P., *Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale*, op. cit., e VELTRI A., *Il nuovo articolo 18 nella giurisprudenza italiana*, op. cit., p. 10

del licenziamento ed applichi la conseguente tutela a prescindere dal motivo formalmente addotto dal datore di lavoro sembrerebbe non lasciar dubbi sulla volontà del legislatore di creare una nuova tipologia di motivo illecito²⁹. In altre parole, quando il lavoratore dimostra in giudizio l'esistenza del motivo illecito del licenziamento è consequenzialmente verificato che lo stesso sia stato determinante per la decisione del datore di lavoro di recedere dal contratto e, ai fini della decisione del Giudice, non deve rilevare il fatto che il datore di lavoro abbia apposto formalmente un ulteriore motivo lecito.

Al contrario, coloro che aderiscono al secondo orientamento ritengono che sia sufficiente il richiamo dell'articolo 1345 c.c. per includerlo tra i requisiti richiesti al motivo illecito per determinare la nullità del licenziamento³⁰.

La differenza tra l'una e l'altra interpretazione non è di poco conto ed ha importanti risvolti sul piano pratico: l'ambito di applicazione oggettivo della tutela, connessa al licenziamento nullo per motivo illecito determinante, è più esteso nel caso in cui il requisito non è ritenuto necessario ed è, invece, più ristretto nel caso contrario. In altre parole, l'apposizione da parte del datore di lavoro di un ulteriore motivo di licenziamento lecito (rispetto al motivo illecito), porterebbe il Giudice a dichiarare ugualmente nullo il licenziamento nel primo caso ed escluderebbe, invece, la nullità del licenziamento nel secondo caso.

²⁹ V. BELLOCCHI P., *Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale*, op. cit.

³⁰ Sul tema v. CHIECO P., *Il licenziamento nullo*, op. cit.; CARINCI F., *L'articolo 18 dopo la legge n. 92 del 2012. Ripensando il "nuovo articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 2/XXIII, 2013; MARAZZA M., *L'art 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 3/2012; CHIECO P., *Il licenziamento nullo*, op. cit.

Le differenze tra i due orientamenti non si esauriscono all'ambito oggettivo di applicazione della tutela ma riguardando anche il rilevante argomento delle tutele applicabili: nel primo caso è applicata la sanzione massima, ovvero la tutela reintegratoria piena, sia al licenziamento per motivo illecito determinante ed esclusivo sia al licenziamento per motivo illecito determinante ma non esclusivo; nel secondo caso è esclusa la tutela massima per il licenziamento per motivo illecito determinante ma non esclusivo.

Si evince chiaramente da questa breve analisi che la seconda interpretazione sfavorisce la posizione del lavoratore leso il cui licenziamento cela un motivo illecito; tuttavia, non bisogna dimenticare che al datore di lavoro è comunque rimesso l'onere di provare la sussistenza di un motivo lecito di licenziamento, consistente in una giusta causa, un giustificato motivo oggettivo o un giustificato motivo soggettivo.

2. Le fattispecie del licenziamento nullo ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015

2.1. Il lento tramonto dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori

Con la legge n. 183 del 2014, il legislatore ha delegato al Governo il compito di riformare gli ammortizzatori sociali, i servizi per il lavoro e le politiche attive nonché di riordinare la disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro.

Il comma 7, dell'articolo 1, della legge appena citata, invita il Governo ad adottare, allo scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro, un decreto recante un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro, nel rispetto dei principi e dei criteri dettati dalla legge n. 183 del 2014, in coerenza con la regolazione dell'Unione europea e delle convenzioni internazionali¹.

¹ POTESTIO M.P., *Jobs Act e decisioni-indennità di licenziamento*, in *BollettinoADAPT*, 2014, afferma che lo schema di decreto si prefiggeva anche un altro obiettivo: ridurre il ruolo dei giudici nel processo di licenziamento. Infatti, se l'impresa è disposta a sostenere il costo finanziario del licenziamento, il giudice non è appellabile e dunque non può entrare nel merito della decisione dell'impresa. Il ridimensionamento del ruolo dei giudici si accompagna a una utile ed ovvia riduzione dell'incertezza del processo di licenziamento ed a una semplificazione delle procedure. D'altronde, così come ricordano CENTOFANTI F., *La tutela applicabile in caso di licenziamento privo di motivazione*, in *Giustizia Civile*, n. 5/2014, e PEDERZOLI C., *Licenziamento discriminatorio, contratti certificati e rito applicabile: interferenze normative e soluzioni giurisprudenziali*, in *Giustizia Civile*, n. 4/2014, anche la riforma Fornero aveva cercato di rendere più dinamico e flessibile il mercato del lavoro (anche) attraverso l'accelerazione e la semplificazione del relativo contenzioso.

In particolare, la lettera “c”, del comma 7, prevede che sia disposto, per le nuove assunzioni, il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all’anzianità di servizio escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l’anzianità di servizio, limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato e fissando termini certi per l’impugnazione del licenziamento. Le disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti sono state attuate dal decreto legislativo n. 23 del 2015, con il quale è stato anche disegnato un nuovo perimetro delle fattispecie del licenziamento nullo. In realtà, nel 2014, il legislatore ha compiuto una discutibile scelta politica, destinando le disposizioni del contratto a tutele crescenti ai nuovi assunti e confermando l’applicazione delle vecchie disposizioni ai lavoratori con un contratto di lavoro stipulato prima dell’entrata in vigore della nuova disciplina contenuta nel decreto². In altre parole, ai lavoratori assunti prima del 7

² L’articolo 1 del decreto legislativo n. 23 del 2015 individua l’ambito di applicazione della disciplina del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti: il comma 1 individua le categorie di lavoratori che, a partire dal 7 marzo 2015, vedranno applicarsi la nuova disciplina, i successivi commi individuando, invece, due casi particolari di applicazione. Il comma 2, infatti, specifica che <<le disposizioni del decreto in esame si applicano anche nei casi di conversione, successiva all’entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato>>. Il comma 3, invece, afferma che <<nel caso in cui il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente all’entrata in vigore del presente decreto, integri il requisito occupazionale di cui all’articolo 18, ottavo e nono comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, il licenziamento dei lavoratori, anche se assunti precedentemente a tale data, è disciplinato dalle disposizioni del presente decreto>>. Per un’analisi più dettagliata del comma 1 si rimanda al paragrafo 4.4., mentre, per un approfondimento dei commi 2 e 3 si rimanda al paragrafo 2.6.

marzo 2015, continuano ad essere applicate le disposizioni contenute nell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori mentre, agli assunti dopo tale data, sono applicate le nuove disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 23 del 2015. Questa disparità di trattamento, la cui *ratio* è ancora poco chiara, si concluderà quando l'ultimo contratto di lavoro, stipulato prima del 7 marzo 2015, sarà concluso; tuttavia, durante il lento tramonto dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, continueranno a coesistere due normative che contengono tutele dotate di una diversa intensità, di un diverso campo applicativo, nonché di diverse fattispecie di licenziamento nullo.

2.2. L'aspetto "sintetico" dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015: un'inversione di tendenza rispetto alla riforma Fornero?

2.2.1. Il carattere restrittivo o esemplificativo dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015

La legge n. 92 del 2012 ha modificato la versione dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori del 1970 estendendo l'applicazione della tutela reintegratoria piena a molte più ipotesi di licenziamento rispetto a quelle previste dalla precedente versione dell'articolo. Più precisamente, l'introduzione del licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio e in violazione del TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità ha rafforzato la tutela del lavoratore ingiustamente allontanato dall'azienda, sostituendo la nullità statutaria alla cd. nullità di diritto comune. Successivamente, con la previsione del motivo illecito determinante è stata formalizzata la tendenza giurisprudenziale di ricondurre il licenziamento intimato per motivo illecito all'ambito di

applicazione della tutela statutaria per quanto riguarda, soprattutto, il licenziamento ritorsivo o per rappresaglia, spesso etichettato come licenziamento discriminatorio in senso lato. Infine, la formula giuridica “altri casi di nullità previsti dalla legge” ha aperto le porte della tutela reintegratoria piena ad una serie di altri casi.

Occorre comunque notare subito che nella riforma del 2012 vi è una forte contraddizione: il legislatore ha voluto modulare la tutela prevista dall’articolo 18, sia per punire in modo proporzionato i licenziamenti illegittimi sia per destinare la sanzione massima solo a pochi casi particolarmente odiosi, ma, allo stesso tempo, ha ampliato la lista delle fattispecie di licenziamento nullo con delle disposizioni equivoche che potrebbero essere facilmente sfruttate per un’estensione dell’ambito di applicazione della tutela reintegratoria piena.

L’aspetto “sintetico” dell’articolo 2, del decreto legislativo n. 23 del 2015, potrebbe essere spiegato proprio dalla volontà di arginare i pronunciamenti giurisprudenziali che avevano trasformato l’articolo 18, dopo la riforma Fornero, in una “*sorta di buco nero dotato di enorme forza attrattiva teorica e pratica*”³. Chi interpreta la sinteticità del testo dell’articolo 2, del decreto legislativo n. 23 del 2015, come la volontà del legislatore di operare un’inversione di tendenza rispetto alla riforma Fornero, vuole che sia effettuata un’interpretazione restrittiva del testo del comma 1 dello stesso articolo, ovvero che la sanzione massima sia riservata al licenziamento discriminatorio, ai sensi dell’articolo 15 dello Statuto dei lavoratori, ed ai casi di nullità “testuale”.

A questo orientamento si contrappone quella parte della dottrina che interpreta la forma sintetica dell’articolo 2 come la volontà del legislatore di

³È così che definisce la riforma Fornero, BIASI M., *Il licenziamento nullo: chivastello o grimaldello del nuovo sistema “a tutele crescenti”?*, in *WP Adapt Univeristy Press*, n. 183/2015.

esemplificare il testo e non di escludere i casi di nullità disciplinati dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori⁴.

2.2.2. Il licenziamento discriminatorio dopo il parere del Senato dell'11 febbraio 2015 ed il rischio di "irragionevolezza" ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione

Lo schema del decreto legislativo, con cui è stato introdotto e disciplinato il contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, presentava al comma 1, dell'articolo 2, un generico divieto di discriminazione, diverso dalla previsione contenuta nel testo attuale. Infatti, in origine, lo schema prevedeva che il licenziamento fosse nullo perché discriminatorio o perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, senza che venisse identificato un esatto perimetro del licenziamento discriminatorio. La disposizione in questione è stata sostituita con il contenuto attuale, secondo cui è nullo il licenziamento perché discriminatorio a norma dell'articolo 15 della legge n. 300 del 1970, e successive modificazioni, o perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, indipendentemente dal motivo formalmente addotto.

⁴ BIASI M., *Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema "a tutele crescenti"?*, *op. cit.*, sostiene che sia molto più persuasiva l'opinione di chi ritiene che la nuova disposizione sia semplicemente «più sintetica ed essenziale» rispetto all'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori ed accoglie al suo interno le medesime ipotesi di nullità: di tal guisa, l'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015 si applicherebbe, tanto nei casi di licenziamento nullo in quanto legato al matrimonio (articolo 35 del decreto legislativo n.198 del 2006), alla maternità o alla richiesta di fruizione di congedo parentale (commi 1, 6, 7 e 9, dell'articolo 54 del decreto legislativo n. 151 del 2001), quanto nelle ipotesi di illiceità del motivo *ex* articolo 1345 del codice civile o, ancora, di nullità c.d. "virtuale" o "strutturale" del recesso.

L'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015 deve il suo aspetto al Senato, il quale, con un proprio parere, l'11 febbraio 2015, ha sostenuto che sarebbe stato opportuno definire meglio il perimetro applicativo dello stesso articolo con ripresa, senza variazioni, dell'elenco di criteri di differenziazione vietati, contenuto nell'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori. Il testo attuale dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015, pur attraverso un richiamo differente rispetto all'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, individua le stesse tipologie discriminatorie: il credo politico, la religione, l'appartenenza ad un sindacato, la partecipazione ad attività sindacali, la razza, la lingua, il sesso, l'handicap, l'età, l'orientamento sessuale e le convinzioni personali; e così, come l'articolo 18, trascura l'accertata infezione da HIV e l'origine etnica, che sarebbero invece stati destinati ad una sorte diversa in caso di approvazione dello schema di decreto⁵.

Questo cambio di rotta ha sollevato non pochi dubbi in dottrina, permettendo ai sostenitori di una lettura non restrittiva dell'elenco delle discriminazioni di fondare, sulla versione originale dello schema del decreto, una delle principali argomentazioni a sostegno della propria tesi. Il generico divieto di discriminazione, contenuto nello schema del decreto legislativo, poi sostituito dal richiamo dell'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori, è interpretato da questa parte della dottrina come una chiara manifestazione della volontà del legislatore di adottare un'interpretazione non restrittiva dell'elenco delle discriminazioni punibili con la sanzione massima, in quanto ugualmente riprovevoli. La genericità del divieto sarebbe il chiaro segno dell'impossibilità, alla luce anche dell'ordinamento europeo, di effettuare una "graduatoria" del disvalore delle varie forme di

⁵ PASQUALETTO E., *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel "passaggio" dall'art. 18 Stat. Lav. all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015*, in CARINCI F.- CESTER C. (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in *Adapt labour studies e book series* n. 46/2015

discriminazione e, quindi, di limitare la sanzione massima, prevista dal decreto legislativo n. 23 del 2015, solo ad alcune di esse.

È possibile osservare che un approccio selettivo e classificatorio potrebbe determinare l'incostituzionalità dell'articolo 2, del decreto legislativo n. 23 del 2015, per "irragionevolezza"⁶, ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione, in virtù del quale deve essere promossa un'eguaglianza sostanziale⁷.

Invero, la disparità di trattamento, molto spesso, è necessaria affinché l'eguaglianza formale lasci spazio all'eguaglianza sostanziale; vale a dire che i cittadini sono diversi, da un punto di vista economico e sociale e, dunque, possono necessitare di trattamenti diversi, pur vertendo nella medesima situazione, per essere egualmente tutelati da un punto di vista sostanziale. Pertanto, se necessario ai fini dell'eguaglianza sostanziale, il ragionevole motivo consiste nella necessità di differenziare il trattamento per non rischiare di ledere il diritto del cittadino ad essere tutelato. E, posto che i cittadini lavoratori hanno diritto, tutti, in maniera eguale, a non essere licenziati per ragioni discriminatorie dal datore di lavoro, non è ragionevole destinare una tutela più forte solo a quei casi discriminatori disciplinati dall'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori, prevedendo invece una tutela

⁶ La ragionevolezza è il canone di valutazione proprio del giudizio di costituzionalità che non si risolve in un mero raffronto tra due disposizioni, ma è qualcosa di più: esso consiste nel verificare se una data disciplina normativa, assunta nel suo significato più profondo, possa considerarsi attuativa dei valori costituzionali.

⁷ A tal proposito, è utile rammentare che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 15 del 1960, ha introdotto la valutazione di ragionevolezza nel giudizio di eguaglianza, affermando che non basta accertare che la norma non sia in contrasto con i precetti del primo comma dell'articolo 3 della Costituzione, essendoci violazione anche quando "la legge, senza un ragionevole motivo, opera un trattamento diverso ai cittadini che si trovano in situazione eguale". La Corte, con questa sentenza, non ha escluso la possibilità di applicare un trattamento diverso ai cittadini che si trovano in una situazione eguale, ma richiede che la disparità di trattamento sia giustificata da un ragionevole motivo.

minore per le altre tipologie discriminatorie. L'applicazione di un trattamento diverso ai lavoratori, il cui licenziamento è discriminatorio, avrebbe senso soltanto in due casi: *i)* qualora i lavoratori si trovassero in situazioni diverse; *ii)* qualora, pur trovandosi nella stessa situazione, vi fosse un ragionevole motivo per operare un trattamento diverso. La prima ipotesi è inammissibile, poiché i lavoratori, il cui licenziamento è discriminatorio, anche se discriminati a causa di caratteristiche personali diverse, sono accomunati da un recesso datoriale che trova fondamento in un motivo egualmente odioso. Peraltro, tale ipotesi, sarebbe verificata se le discriminazioni avessero un grado di lesività diverso: avrebbe senso applicare tutele diverse a lavoratori che vertono in situazioni non eguali, giacché la lesione ha un diverso grado d'intensità; ma non esiste persona o criterio che possano stabilire che un atto discriminatorio leda più di un altro. Ne consegue che questa ipotesi sia definitivamente da escludere.

Anche la seconda ipotesi è inammissibile poiché, l'eguaglianza sostanziale, non può costituire il ragionevole motivo della disparità di trattamento, ovvero dell'applicazione di una tutela minore ad ipotesi di licenziamento egualmente odiose: infatti, posto che i lavoratori licenziati per ragioni discriminatorie vertono nella medesima situazione, l'applicazione della tutela di diritto comune, anziché della tutela prevista dall'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015, non può conseguire l'obiettivo del raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale. La questione, comunque, potrebbe essere risolta con una interpretazione "costituzionalmente orientata" della disposizione, che, proprio per evitare le censure di violazione del principio di eguaglianza, estenda l'ambito di applicazione della norma a tutte le discriminazioni previste dalla legislazione nazionale ed europea⁸.

⁸ Sul tema dell'interpretazione costituzionalmente orientata si è espresso SPEZIALE V., *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, n. 259/2015

2.2.3. Le sorti del licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio, in violazione del TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità o per motivo illecito determinante

L'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015 non richiama le ipotesi di nullità del licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio, in violazione del TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità, che compaiono invece espressamente nel testo dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. La mancanza dell'espressa previsione delle ipotesi suddette ha dato modo ai teorici di interrogarsi sulle possibili interpretazioni che porterebbero all'applicazione di diverse tutele.

Una parte della dottrina interpreta la mancanza di questi casi di nullità come l'espressa volontà del legislatore di snellire la lista delle ipotesi di licenziamento nullo da restringere, così, l'ambito di applicazione della tutela reintegratoria, destinando alle ipotesi escluse la cd. nullità di diritto comune. La tesi dell'inapplicabilità della tutela reintegratoria appare poco convincente alla luce della previsione degli "altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge" disciplinata dall'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015⁹. Questa disposizione rappresenta una sorta di contenitore giuridico in cui la giurisprudenza farà rientrare, sicuramente,

⁹ Di questa opinione è CESTER C., *I licenziamenti nel Jobs Act*, op. cit., che ritiene non essere azzardato ipotizzare che il legislatore abbia utilizzato quella formula affinché la soppressione dei precedenti riferimenti, a specifici casi di licenziamento nullo, non significasse l'esclusione di quelle ipotesi. In altre parole, l'autore ritiene che sia una semplificazione inclusiva di ciò che prima era espresso e che è stato sacrificato dalla semplificazione medesima, e tuttavia esclusiva di ipotesi diverse, se non espressamente previste in altri contesti normativi.

tutti i casi di nullità “testuale” e, forse, abbracciando un’interpretazione estensiva, anche i casi di nullità “virtuale”.

In realtà è possibile ritenere che, essendo il licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio ed il licenziamento intimato in violazione del TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità, ipotesi di nullità “testuale”, il legislatore le abbia escluse dal testo dell’articolo 2, perché intendeva fossero assorbite dagli “altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge”¹⁰. In particolare, il comma 2 dell’articolo 35 del decreto legislativo n. 198 del 2006 stabilisce che è nullo il licenziamento intimato a causa del matrimonio ed i commi 5 e 6 dell’articolo 54 del decreto legislativo n. 151 del 2001 stabiliscono che è nullo il licenziamento intimato alla lavoratrice durante il periodo della gravidanza, o a causa della domanda o della fruizione del congedo parentale, o per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore.

Nell’articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015 manca anche la previsione del motivo illecito determinante, principale causa dell’estensione dell’ambito di applicazione della tutela massima prevista dall’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. Ciò, secondo una parte della dottrina, trova una spiegazione proprio nella volontà del legislatore di arginare un certo abuso del motivo ritorsivo in sede giudiziaria, restituendo la fattispecie alla cd.

¹⁰Sul tema RUSSO M., *Prime osservazioni sul licenziamento discriminatorio e nullo nel Jobs Act*, in riv. *Lavoro e previdenza oggi*, n. 3-4/2015, p. 141 ss., scrive che nell’articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015, è stato eliminato l’elenco delle ipotesi di licenziamento nullo presente nell’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori poiché sintetizzato nella formula “ovvero riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge”.

nullità di diritto comune e limitando l'applicazione della tutela reintegratoria¹¹.

Nondimeno, anche il motivo illecito determinante potrebbe essere ricondotto agli “altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge”, infatti: il comma 2 dell'articolo 1418 c.c. stabilisce che produce nullità del contratto il motivo illecito ai sensi dell'articolo 1345 c.c.¹²

Con la sentenza NR. 2219/2016, il Tribunale di Roma ha confermato questo orientamento affermando che «l'individuazione delle ipotesi di nullità previste espressamente dalla legge va eseguita alla stregua dell'art. 1418 c.c., che, tra le altre cose, considera il contratto colpito da tale vizio nel caso d'illiceità dei motivi ex art.1345 c.c., e poiché l'1324 c.c. prevede che la norma si applica anche i negozi unilaterali, appare evidente che il licenziamento ritorsivo è ipotesi di negozio unilaterale nullo per illiceità dei motivi, costituendo in tal caso il recesso datoriale l'ingiusta ed arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore».

In ogni caso, il venir meno della distinta menzione della discriminazione e della illiceità del motivo non può significare che al licenziamento discriminatorio debba essere, come dire, restituita la funzione

¹¹ BIASI M., *Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema “a tutele crescenti”?*, op. cit.

¹² Riguardo il motivo illecito determinante CESTER C., *I licenziamenti nel Jobs Act*, op. cit., scrive che la mancata previsione del motivo illecito determinante nel testo dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015 non significa necessariamente l'esclusione della tutela reintegratoria, con eventuale applicazione della tutela di diritto comune. L'autore ritiene che soluzione inclusiva sia possibile in base alla circostanza che l'art. 1418 c.c., mentre nel primo comma allude ad una generica contrarietà a norme imperative, nel secondo comma prevede, per collegarvi la sanzione della nullità, una ben individuata ragione invalidante, legata all'illecito atteggiarsi della volontà, con ciò realizzandosi appunto un caso di nullità espressamente previsto dalla legge. Della stessa opinione è lo Studio legale Fava&Associati (A cura di), *Jobs Act 2015: le nuove regole del licenziamento*, in *Diritto & pratica del lavoro*, n. 34-35/ 2015

esemplificativa del motivo illecito¹³. Infatti, è molto più convincente la tesi che riconduce il licenziamento per motivo illecito agli “altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge” piuttosto che la tesi che lo riconduce al licenziamento discriminatorio.

La lettura più restrittiva dell’articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015, nella parte in cui omette le ipotesi di nullità del licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio, in violazione del TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità, o per motivo illecito determinante, si presta ad una duplice obiezione di incostituzionalità. In primo luogo potrebbe esservi violazione dell’articolo 76 della Costituzione, per eccesso di delega, infatti: l’articolo 1, comma 7, lettera “c”, della legge n. 183 del 2014 imponeva la tutela reale piena per i licenziamenti nulli, senza che la delega consentisse di modificare le fattispecie di nullità della disciplina preesistente. Tale interpretazione si presta altresì ad una censura per violazione dell’articolo 3 della Costituzione, sotto il profilo della ragionevolezza. Invero, non si comprende per quale ragione le ipotesi di nullità, certamente di gravità pari a quelle tassativamente previste dall’articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015, dovrebbero essere esenti da una disciplina sanzionatoria che è stata introdotta proprio per il disvalore delle ragioni a fondamento del recesso: è difficile sostenere che il licenziamento della lavoratrice madre sia meno grave di quello discriminatorio. Pertanto, una interpretazione costituzionalmente orientata dell’articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015 impone di estendere la tutela reintegratoria anche ai casi di nullità del licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio, in violazione del TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità e per motivo illecito determinante. Qualora, comunque, si ritenesse di non poter adottare una lettura della norma

¹³ CESTER C., *I licenziamenti nel Jobs Act*, op. cit.

coerente con la Costituzione, non sarebbe possibile ricondurre le ipotesi di nullità analizzate, alla tutela indennitaria prevista dall'articolo 3 del decreto legislativo n. 23 del 2015, in quanto non si tratta di recessi privi di giusta causa o giustificato motivo. Vale a dire che un licenziamento per motivo illecito è strutturalmente diverso da uno basato sulla grave negazione del vincolo fiduciario, sul notevole inadempimento degli obblighi contrattuali, o su ragioni economiche ed organizzative. In queste ipotesi, dunque, se l'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015 non venisse interpretato nel senso sopra suggerito, si dovrebbe concludere che i casi di nullità analizzati non troverebbero alcuna disciplina specifica nella normativa sul contratto a tutele crescenti, comportando l'applicazione della nullità civilistica e della c.d. tutela reale di diritto comune.¹⁴

2.3. Gli “altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge”

2.3.1. I due problemi interpretativi dell'avverbio “espressamente”: l'oggetto della previsione e la tipologia di nullità

L'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015 prevede la nullità del licenziamento, oltre che per il licenziamento discriminatorio ai sensi dell'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori, anche per il licenziamento riconducibile agli “altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge”. Questa disposizione ricorda il testo dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, secondo cui sono nulli i licenziamenti negli “altri casi di nullità previsti dalla legge”; ciò nonostante, la somiglianza tra i due articoli potrebbe rilevare esclusivamente sotto il profilo testuale, potendo, l'avverbio “espressamente”, fare la differenza in sede giurisprudenziale.

¹⁴ SPEZIALE V., *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, op. cit.

Secondo una parte della dottrina, la disposizione dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori consiste in una formula residuale e di chiusura inserita dopo l'indicazione dei richiami specifici, mentre nell'articolo 2 del decreto n. 23 del 2015 si tratta della fattispecie generale della nullità del licenziamento, non a caso provvista del requisito della "espressa previsione" che in una formula di chiusura non avrebbe senso.¹⁵ La presenza, nell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015, della "espressa previsione", ha implicato non pochi problemi interpretativi.

Il primo quesito che ci si è posti in dottrina è stato: "cosa deve essere espressamente previsto dalla legge, la nullità del licenziamento intimato o, più in generale, la nullità del negozio giuridico?"¹⁶. Come risulta evidente, a seconda della risposta si restringe o si allarga l'ambito di applicazione oggettivo della norma: nel caso in cui la giurisprudenza dovesse orientarsi verso la prima delle due ipotesi, l'ambito di applicazione si restringerebbe a pochi casi di nullità del licenziamento previsti dal diritto del lavoro, mentre nel caso in cui la giurisprudenza dovesse accogliere la seconda ipotesi, richiedendo più semplicemente la nullità generica del negozio giuridico, l'ambito di applicazione si estenderebbe.

Ad esempio, rientra nel primo caso la nullità del licenziamento intimato alla lavoratrice madre durante il periodo della gravidanza e fino al compimento di un anno di età del bambino, ai sensi del comma 5, dell'articolo 54 del decreto legislativo n. 151 del 2001; mentre rientra nel secondo caso il licenziamento intimato in frode alla legge, ai sensi dell'articolo 1344 c.c.

Anche su questo punto si è soffermata l'attenzione della Commissione Lavoro del Senato, che, nel parere redatto l'11 febbraio 2015, ha invitato il

¹⁵ È di questa opinione CESTER C., *I licenziamenti nel Jobs Act*, op. cit.

¹⁶ Si è posta questo quesito RUSSO M., *Prime osservazioni sul licenziamento discriminatorio e nullo nel Jobs Act*, op. cit., che si interroga sull'ambito di applicazione oggettivo della norma.

Governo a specificare se esistono casi di nullità sottratti al regime descritto; il decreto delegato, però, è stato approvato senza alcuna modifica su tale argomento, a differenza di quanto accaduto al testo dell'articolo 2, dello stesso decreto, circa il licenziamento discriminatorio¹⁷.

Nonostante il quesito posto dalla Commissione Lavoro del Senato, al fine di individuare l'ambito di applicazione oggettivo della norma, non è ancora stato chiarito “cosa” deve essere “espressamente previsto”, rimanendo il problema interpretativo irrisolto.

Un secondo problema interpretativo, la cui soluzione appare ancora più complessa da raggiungere in assenza di una risposta al quesito appena descritto, riguarda la tipologia di nullità a cui l'articolo 2, del decreto legislativo n. 23 del 2015, fa implicitamente riferimento con la previsione dell'avverbio “espressamente”: dopo essersi chiesti se deve essere espressamente prevista la nullità del licenziamento intimato o la nullità del generico negozio giuridico, bisogna chiedersi se la nullità deve essere esclusivamente “testuale” o anche “virtuale”.

Si parla di nullità “testuale” quando la violazione di una specifica norma imperativa comporta espressamente, come sanzione, la nullità del contratto o dell'atto che l'hanno violata. Essa detta condizioni stringenti, dovendovi essere una disposizione contenente il precetto ed un'altra disposizione contenente la sanzione della nullità in caso di inottemperanza

¹⁷ L'11 febbraio 2015 la Commissione Lavoro del Senato, con un proprio parere, ha affermato che sarebbe stato opportuno definire meglio il perimetro applicativo dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015, con ripresa, senza variazioni, dell'elenco dei criteri di differenziazione vietati, contenuto nell'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori ed, inoltre, ha interrogato il Governo sui casi non rientranti negli “altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge”, e quindi sottratti al regime descritto dall'articolo 2; il testo definitivo ha accolto il primo suggerimento ed ha lasciato privo di risposta il secondo quesito. Sul tema si è espressa anche RUSSO M., *Prime osservazioni sul licenziamento discriminatorio e nullo nel Jobs Act*, *op. cit.*

del precetto. Costituiscono casi di nullità “testuale”: il comma 2, dell’articolo 35, del decreto legislativo n. 198 del 2006, secondo cui è nullo il licenziamento attuato a causa del matrimonio, ed il licenziamento intimato in frode alla legge ai sensi dell’articolo 1344 c.c., secondo cui la causa è illecita quando il contratto (in questo caso l’atto unilaterale) costituisce il mezzo per eludere l’applicazione di una norma imperativa, poiché il comma 2 dell’articolo 1418 c.c. stabilisce che è nullo il contratto quando la causa è illecita¹⁸.

Nel caso della nullità “virtuale” è posto semplicemente il precetto dell’osservanza della norma imperativa, senza che sia esplicitata la sanzione per l’inottemperanza: la sanzione della nullità non deriva da una specifica disposizione normativa ma, piuttosto, dal generico comma 1 dell’articolo 1418 c.c., secondo cui il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative. Costituiscono casi di nullità “virtuale”: il comma 1, dell’articolo 5, del decreto legislativo n. 61 del 2000, secondo cui il rifiuto di un lavoratore di trasformare il proprio rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, o il proprio rapporto di lavoro a tempo parziale in rapporto a tempo pieno, non costituisce giustificato motivo di licenziamento, ed il comma 5 dell’articolo 5 dell’articolo 135 del 1990 secondo cui l’ accertata infezione da HIV non può costituire motivo di discriminazione in particolare per l’accesso o il mantenimento di posti di lavoro.

¹⁸ Non tutti in dottrina ritengono che il licenziamento per motivo illecito ed il licenziamento in frode alla legge siano casi di nullità “testuale”; ad esempio, sul tema, SPEZIALE V., *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, op. cit., scrive che l’interpretazione più restrittiva, ovvero l’accoglimento della sola nullità “testuale”, escluderebbe dalla disciplina dell’articolo 2 del decreto delegato una serie di casi di rilievo come il motivo illecito o la frode alla legge, o ad altre situazioni in cui il licenziamento, pur non espressamente qualificato nullo, sia in contrasto con norme imperative.

La previsione dell'avverbio “espressamente” sembra suggerire che debbano rientrare nel contenitore giuridico degli “altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge” solo i casi di nullità “testuale”¹⁹. Appare plausibile, infatti, l'ipotesi secondo cui l'intenzione del legislatore del 2015 sia stata proprio quella di escludere dall'ambito di applicazione dell'articolo 2 i casi in cui la nullità del licenziamento è meramente “virtuale” e, ciò, allo scopo di evitare che, anche in futuro, si possa verificare quello che è difatti accaduto dopo l'entrata in vigore della riforma Fornero e, cioè, una sorta di “travaso”, realizzato principalmente dalla giurisprudenza, di fattispecie di licenziamento ingiustificato nell'area di quello nullo²⁰.

2.3.2. *L'insussistenza del fatto “materiale” contestato: uno spazio per il licenziamento per motivo illecito ed in frode alla legge*

Con l'introduzione del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, sono sorti diversi dubbi sulla corretta interpretazione della natura del “fatto contestato”, la cui insussistenza implica, sia nel caso

¹⁹A favore della sola nullità “testuale” è CESTER C., *I licenziamenti nel Jobs Act*, *op. cit.*, il quale ritiene che non debba essere svalutato il riferimento ad una nullità prevista espressamente dalla legge essendo evidente il parallelo tra la formula dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015 ed il terzo comma dell'articolo 1418 c.c., ai sensi del quale, come noto, “il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge” e, a cui, si riconducono alcuni casi di nullità “testuale” in contrapposizione alla nullità “virtuale” del comma 1 dello stesso articolo. Semmai, dice l'autore, la prima formula appare ancor più rigida della seconda perché una previsione espressa è ancora più vincolante ed esclusiva di una previsione *tout court*.

²⁰ Sono di questa opinione PASQUALETTO E., *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel “passaggio” dall'art. 18 Stat. Lav. all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015*, *op. cit.*; e CONTE D., *La nullità “virtuale” del licenziamento nel primo comma del novellato articolo 18*, in *Giustizia Civile*, n. 3/2016.

dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori sia dell'articolo 3 del decreto legislativo n. 23 del 2015, la reintegrazione nel posto di lavoro e la corresponsione di un'indennità risarcitoria, il cui importo e il cui metodo di calcolo sono diversamente regolati dalle due norme.

Quando il Giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa ed il fatto contestato è insussistente, o rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili, l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori prevede, per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, l'applicazione della tutela reintegratoria cd. "debole". Qualora il lavoratore dovesse rientrare nell'ambito di applicazione soggettivo della tutela reintegratoria cd. "debole" riceverebbe dal datore di lavoro, colpevole di un licenziamento caratterizzato dagli elementi descritti pocanzi, un'indennità risarcitoria, nel limite massimo di dodici mensilità, commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto, dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto ha percepito nel periodo di estromissione per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. A questa somma, così calcolata, devono essere aggiunti i contributi previdenziali ed assistenziali maturati durante lo stesso periodo ed il cui versamento spetta al datore di lavoro condannato. L'aspetto più rilevante della tutela reintegratoria cd. "debole" consiste nella reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, sostituibile dal lavoratore con un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Invero, il legislatore del 2012 ha ritenuto queste ipotesi di licenziamento indegne di un definitivo allontanamento del lavoratore dal posto di lavoro, attribuendo a quest'ultimo il diritto di tornare in azienda.

Nel 2015, il legislatore, con l'articolo 3 del decreto legislativo n. 23, ha disegnato una nuova traiettoria: nel caso di licenziamento per giustificato

motivo soggettivo o per giusta causa, qualora sia dimostrata l'insussistenza del fatto "materiale" contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento, il Giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro, sostituibile dal lavoratore con un'indennità pari a quindici mensilità ed al pagamento di un'indennità risarcitoria. L'indennità risarcitoria è commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo che va dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera "c", del decreto legislativo n. 181 del 2000²¹. Anche in questo caso la misura dell'indennità risarcitoria, relativa al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione, non può essere superiore a dodici mensilità ed il datore è condannato anche al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali.

Con il contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti il legislatore ha escluso, per gli assunti dopo il 7 marzo 2015, la possibilità di reintegrare nel posto di lavoro il lavoratore licenziato per un proprio comportamento, omissivo o commissivo, che avrebbe dovuto essere punito con una sanzione conservativa e non risolutiva. In altre parole, il datore di

²¹ L'articolo 4, comma 1, lettera "c", del decreto legislativo n. 181 del 2000, recita: «Le Regioni stabiliscono i criteri per l'adozione da parte dei servizi competenti di procedure uniformi in materia di accertamento dello stato di disoccupazione sulla base (anche) del principio della perdita dello stato di disoccupazione in caso di rifiuto senza giustificato motivo di una congrua offerta di lavoro a tempo pieno ed indeterminato o determinato o di lavoro temporaneo ai sensi della legge 24 giugno 1997, n. 196, nell'ambito dei bacini, distanza dal domicilio e tempi di trasporto con mezzi pubblici, stabiliti dalle Regioni».

lavoro è stato legittimato, in quanto la mancanza di una severa punizione implica una forma di legittimazione, a licenziare, ad esempio, il lavoratore colpevole di un ritardo di dieci minuti, senza che vi sia alcuna forma di “proporzione”, a favore della tutela della dignità del lavoratore, tra l’inadempimento e la sanzione. Infatti, l’articolo 3 del decreto legislativo n. 23 del 2015 limita la reintegrazione nel posto di lavoro all’ipotesi di insussistenza del fatto “materiale” contestato, che si distingue dall’insussistenza del fatto, ai sensi dell’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, per l’aggiunta dell’aggettivo “materiale”. Il fatto “materiale” consiste in un evento storico, posto dal datore alla base del licenziamento, mentre il fatto “giuridico” è giuridicamente qualificato e rilevante. In altre parole, mentre il fatto “materiale” può consistere in un qualsiasi comportamento, omissivo o commissivo, del lavoratore, il fatto “giuridico” consiste in un comportamento che si configura come un inadempimento contrattuale²².

Dopo la riforma dell’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori del 2012, la giurisprudenza ha interpretato il fatto contestato come fatto “giuridico”²³,

²² BIASI M., *Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema “a tutele crescenti”?*, op. cit., definisce il fatto “materiale” come un comportamento, commissivo od omissivo, da intendersi in senso naturalistico/oggettivo, ed il fatto “giuridico” come un inadempimento comprensivo di tutti i suoi elementi, di carattere oggettivo e, forse, anche soggettivo.

²³ Non è mancato in dottrina chi ha affermato che, già a seguito della riforma del 2012, la giurisprudenza avrebbe dovuto protendere per il fatto “materiale”; LAMA R., *L’irrelevanza disciplinare del fatto posto a base del recesso comporta la reintegrazione ex art. 18, comma 4, L. 20 maggio 1970, n. 300*, in *Giustizia Civile*, n. 1/2014, scrive che vi è l’esigenza di elaborare una mediazione fra antitetiche posizioni: fra la tesi apparentemente più attenta al dato letterale, che tuttavia presenta il difetto di condurre ad esiti giuridicamente e socialmente iniqui, e quella che invece, pur conducendo a risultati più conformi al sentire sociale, finisce tuttavia per sterilizzare in modo assoluto la portata innovativa della riforma realizzata con la L. 28 giugno 2012, n. 92. A parere dell’autore, la posizione da cui muovere per poter realizzare l’auspicata mediazione potrebbe essere

rilevando, quindi, non solo che l'evento posto alla base del licenziamento fosse accaduto, ma anche che esso si configurasse come un inadempimento contrattuale, non punibile con una sanzione conservativa.

L'introduzione, nell'articolo 3 del decreto legislativo n. 23 del 2015, dell'aggettivo "materiale" sembra suggerire, invece, che la giurisprudenza dovrà cambiare rotta, prevedendo la reintegrazione nel posto di lavoro solo qualora l'evento posto alla base del licenziamento non sia mai accaduto²⁴. Nonostante la chiara scelta operata dal Legislatore delegato in favore del fatto "materiale", non paiono sopiti i dubbi circa la possibilità di isolare, all'interno del giudizio disciplinare, il profilo empirico/materiale da quello dell'inadempimento. Qualora il fatto "materiale", nella sua versione

quella secondo cui il fatto dovrebbe essere inteso in senso naturalistico/fenomenico. Questa tesi, infatti, oltre ad apparire più aderente al dato letterale ha il non irrilevante pregio di permettere al complessivo impianto normativo del "nuovo" art. 18 di esprimere appieno la sua sistematicità, consentendo a tutti i differenti regimi sanzionatori da esso previsti di trovare un proprio autonomo ambito applicativo. Sul tema v. anche VILLA E., *Tutela applicabile al licenziamento disciplinare illegittimo per difetto di proporzionalità*, in *Giustizia Civile*, n. 4/2014.

²⁴ PESSI A., *Licenziamento disciplinare e fatto materiale*, in *Giustizia Civile*, n. 5/2015, afferma che il testo del decreto legislativo n. 23 del 2015 sembrerebbe risolvere ogni dubbio sulla qualificazione del fatto posto alla base del licenziamento disciplinare, identificandolo esplicitamente nel mero fatto materiale. Tuttavia, scrive l'autrice, la problematica non sembra del tutto superata, da un lato, per il ridotto ambito di efficacia della nuova normativa (che si applicherà solo nei confronti dei lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore del decreto e dei datori di lavoro che superino la soglia per l'applicazione della disciplina legale successivamente all'entrata in vigore del decreto medesimo); dall'altro lato, perché, la nuova dizione della norma, nell'eliminare la precedente ipotesi alternativa di reintegra, prevista dall'art.18, nel caso di licenziamento disciplinare e, cioè, l'identificazione del medesimo fatto materiale quale mera sanzione conservativa da parte della disciplina sindacale e del codice disciplinare, sembrerebbe determinare un risultato "sproporzionato" rispetto alle iniziali intenzioni della riforma del 2012.

“empiricamente pura”, dovesse prevalere su quello “giuridico”, rimarrebbero molti dubbi sulla compatibilità sistemica di una previsione che non dispone la sanzione massima per il datore, o, specularmente, non riconosca la massima tutela a chi viene licenziato per un “fatto”, sì sussistente, ma al limite dell’irrelevante²⁵.

Si imporrebbe, allora, come suggerito in dottrina²⁶, la necessità di trovare un contemperamento nei confronti di un evidente esempio di “ingiustizia sostanziale”, se non di fugare dubbi di costituzionalità dell’articolo 3, comma 2, del decreto legislativo n. 23 del 2015 per contrasto con la dignità del cittadino lavoratore.

Così, in ipotesi di licenziamento per ragioni disciplinari, in caso di fatti chiaramente insufficienti a giustificare il licenziamento, e, a maggior

²⁵ Sul tema GIUBBONI S., *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, n. 246/2015, scrive che la previsione del comma 2, dell’articolo 3, del decreto legislativo n. 23 del 2015, è manifestamente irrazionale non consentendo al giudice qualsivoglia valutazione sulla sproporzione della sanzione estintiva del rapporto, e con il suo espresso divieto del controllo di proporzionalità, ponendosi in insanabile contraddizione con i principi costituzionali. MARAZZA M., *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo scema al decreto)*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, n. 236/2015, afferma che anche se l’interpretazione a favore del fatto “giuridico”, e non meramente “materiale”, potrebbe sembrare, per alcuni, una forzatura della lettera del decreto che, come visto, è incentrata sulla materialità oggettiva del fatto, piuttosto che sulla sua qualificazione, è però evidente che un licenziamento intimato per fatti privi di rilevanza disciplinare o per fatti commessi senza alcuna colpa risulterebbe del tutto carente di motivazione e, quindi, anche se non nullo, certamente meritevole della sanzione più consistente. Quindi, secondo l’autore, proprio in considerazione di ciò, è ragionevole sostenere che la “*insussistenza*” del fatto materiale deve essere intesa non solo nel senso di “*non esistenza*” del comportamento contestato ma anche in quello di “*assoluta irrilevanza*” disciplinare dello stesso.

²⁶ BIASI M., *Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema “a tutele crescenti”?*, op. cit.

ragione, quando la contestazione ha ad oggetto un fatto lecito (come un taglio di capelli fuori moda), si potrebbe evocare il motivo illecito, quando le circostanze del caso inducano a ritenere, mediante il ricorso a presunzioni, che il recesso sia stato intimato pretestuosamente, o quale rappresaglia datoriale a fronte di una specifica azione o rivendicazione da parte del lavoratore. Ancora, potrebbe essere invocata la frode alla legge ai sensi dell'articolo 1344 c.c., quando il datore di lavoro intima un licenziamento disciplinare per un fatto materialmente sussistente, ma dalla rilevanza disciplinare risibile, se non nulla, confidando nella possibilità, garantita dal nuovo regime, di eludere la tutela reale, oggi, prevista unicamente in ipotesi di insussistenza del fatto "materiale" contestato²⁷.

2.4. Il controverso caso del licenziamento della lavoratrice che ha usufruito dei congedi parentali

Con sentenza NR. 2219/2016²⁸, il Tribunale di Roma ha applicato la disciplina del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti in

²⁷ Sulla possibilità di ricorrere al motivo illecito, ed al contratto in frode alla legge, si sono espressi BIASI M., *Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema "a tutele crescenti"?*, op. cit.; ed anche CARUSO B., *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", n. 265/2015, il quale afferma che i giudici possono attestarsi su una via di mezzo tra fatto giuridico e mero fatto materiale. L'autore ritiene che il fatto contestato privo di ogni imputabilità è soggettivamente insussistente e l'inadempimento risibile potrebbe essere considerato oggettivamente fatto insussistente o, anche, indizio grave di intento ritorsivo. Per non dire come il licenziamento disciplinare per ragione capricciosa o, evidentemente cavillosa o risibile, potrebbe comunque far qualificare l'atto di recesso nullo per motivo illecito, dando luogo in tal caso a una nullità di diritto civile.

²⁸ *De Jure Giuffrè*

tema di licenziamento illegittimo, facendo luce su alcuni degli argomenti più cruciali e dibattuti del decreto legislativo n. 23 del 2015.

In particolare, con tale sentenza, il Giudice del lavoro è intervenuto sulla natura tassativa dell'elenco dei fattori di rischio (v. sottoparagrafo 1.1.1), delle sorti del motivo illecito determinante dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina (v. sottoparagrafo 2.2.3), del carattere oggettivo dell'atto discriminatorio, nonché dell'onere probatorio del lavoratore che lamenta un licenziamento ritorsivo.

Mette conto ricordare subito che, il 22 gennaio 2016, la dipendente, assunta con contratto di lavoro part time al 50% per svolgere le mansioni di operaia pulitrice, ha presentato ricorso contro il licenziamento intimatole il giorno 18 giugno 2015 dalla società convenuta, operante nel settore della pulizia. Tale rapporto di lavoro, instaurato a partire dal 17 marzo 2015 con un contratto di lavoro a tempo indeterminato, rientra nella disciplina dettata dal decreto legislativo n. 23 del 2015.

In particolare, la ricorrente chiedeva di «accertare e dichiarare l'inefficacia e/o nullità e/o illegittimità del licenziamento poiché discriminatorio, del tutto arbitrario, ritorsivo, infondato in fatto e diritto e/o privo di giusta causa e di giustificato motivo, e/o perché intimato in violazione degli artt. 2 e 3 della L. n. 604 del 1966 così come modificato dall'art. 2 della L. 180/90, per vizio di motivazione, delle regole di buona fede e correttezza durante lo svolgimento del rapporto di lavoro (artt. 1175 e 1375 cod. civ.) e/o in violazione delle norme collettive e di legge disciplinanti il licenziamento del lavoratore».

Ma, la ricorrente, dimostrava di far confusione tra il licenziamento ritorsivo ed il licenziamento discriminatorio in quanto lamentava che il fattore di rischio fosse integrato dal suo essere madre e dal beneficiare dei congedi parentali per malattia di figlio minore dei tre anni. Infatti, è utile rammentare che il licenziamento avvenuto a causa della richiesta di fruizione dei congedi parentali rappresenta un'ipotesi di nullità del

licenziamento ritorsivo per motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 c.c. e non un'ipotesi di licenziamento discriminatorio. Per tale motivo, il Giudice del lavoro, pronunciandosi sull'assimilazione delle due fattispecie, ha rilevato la necessità di ricercare, mediante un esame più accurato, le differenze tra l'una e l'altra, in quanto «la previsione positiva della nullità del licenziamento per discriminazione quale tipo distinto da quello scaturente dall'illiceità del motivo ex art. 1345 c.c. induce in via di esegesi a ritenere le due fattispecie non sovrapponibili». Ed ha poi aggiunto che «l'evenienza, che entrambe le ipotesi di licenziamento nullo producano i medesimi effetti sanzionatori, non è argomento che sostenga con efficacia dialettica e viepiù tecnico-giuridica l'inutilità della predetta disamina, perché, se l'intento del legislatore, quale manifestato dal significato proprio delle parole utilizzate nella redazione della norma, è stato quello di tenere distinte le due fattispecie, l'interprete non può che dar conto di tanto, focalizzandone in conformità la portata precettiva». In sostanza, la lavoratrice avrebbe potuto dichiarare, allegando le opportune prove alla domanda, di aver subito una disparità di trattamento a causa del proprio fattore di rischio oppure di aver subito un licenziamento ritorsivo a causa di una propria richiesta legittima, ma sgradita al datore di lavoro.

Tuttavia, dato che il fattore di rischio “essere madre che fruisce dei congedi parentali per malattia di figlio minore dei tre anni” non è un fattore tipizzato, dovrebbe escludersi tale strada. Il Giudice, difatti, ha ritenuto evidente che la situazione non potesse essere ricondotta ad alcuna delle ipotesi di discriminazione esemplificate positivamente, confermando, così, la natura tassativa dell'elenco dei fattori di rischio. Ed ha notato che, seppure si volesse trascurare l'assenza del fattore di rischio dall'elenco dei fattori tipici, la ricorrente non ha assolto, comunque, l'onere di allegare fatti sintomatici della situazione di svantaggio in cui si sarebbe trovata rispetto ad altri, estranei al fattore - asserito - di rischio vietato. Più specificamente, il Giudice ha rilevato la mancanza di un qualsiasi termine di paragone

(discriminatorio), giacché la lavoratrice non ha indicato nessun caso, in cui un altro lavoratore o un'altra lavoratrice avrebbero beneficiato di un trattamento datoriale più benevolo, sebbene assenti dal lavoro. Alla luce di tali premesse, il Giudice ha dichiarato del tutto infondata «la pretesa di ritenere nullo il licenziamento impugnato per discriminatorietà». Pertanto, avendo escluso la strada della discriminatorietà, il Tribunale di Roma ha deciso di concentrare l'attenzione sul motivo illecito determinante. Addivenendo, però, alla determinazione dell'impossibilità di qualificare nullo il licenziamento intimato alla ricorrente, perché sorretto da motivo illecito, in quanto mancano i fatti e le circostanze che dimostrino il nesso causale tra l'allontanamento dall'azienda e la richiesta di fruizione dei congedi parentali; ovvero «manca la conferma in giudizio dell'asserita ostilità della parte datoriale all'esercizio, da parte della lavoratrice, dei diritti previsti a tutela della lavoratrice madre». Così, allontanate definitivamente le ipotesi di nullità del licenziamento, sia perché discriminatorio sia perché ritorsivo, il Giudice ha esaminato il motivo formalmente addotto dal datore di lavoro, consistente in un «comportamento del tutto inadeguato sul luogo di lavoro ed una marcata arroganza nei confronti del personale operativo, utilizzando anche un linguaggio scurrile e dai toni molto accesi», di cui alla contestazione del 27 marzo 2015, nonché alle assenze ingiustificate a far data dal 30 maggio 2015 fino al 16 giugno 2015 con «conseguente disagio organizzativo e logistico arrecato all'azienda», di cui alla contestazione del 10 giugno 2015. Vale a dire che la parte datoriale aveva avuto riguardo, per recedere dal rapporto, anche alla mancata osservanza da parte della lavoratrice dell'orario di lavoro, contestata con lettera del 22 maggio 2015 e sanzionata con la multa di tre ore.

Il Giudice ha affermato, con riguardo al comportamento contestato alla lavoratrice, che il datore di lavoro non ha fornito prove che lo dimostrino. Viceversa, con riferimento alle assenze protrate dal 30 maggio 2015 al 16

giugno 2015, il Tribunale ha valutato che il recesso datoriale fosse stato intimato addirittura per un fatto che, al momento della contestazione, avvenuta il 10 giugno 2015, non si era del tutto verificato, giacché a tale data la lavoratrice non poteva di sicuro essere stata assente, essendole stata fatta una contestazione. Sempre a proposito delle assenze avvenute in maniera continuativa tra il 30 maggio 2015 ed il 16 giugno 2015, il Giudice ha stabilito che «la documentazione prodotta dalla società attesta in modo chiaro che l'obbligazione lavorativa era stata esattamente adempiuta anche nel mese di giugno, per avere la lavoratrice o reso in concreto la sua prestazione lavorativa ovvero titolato l'assenza ad una specifica e legittima ragione giustificatrice (riposo, malattia bambino): in tal senso è infatti univoco il tenore del foglio presenze concernente il periodo in questione, all'evidenza recepito nella busta paga di tale mese, dal momento che risulta ivi annotato che la ricorrente, licenziata il giorno 18, era retribuita per 19 giorni lavorativi (dunque, tutti i giorni del mese di riferimento)». Infine, con riguardo alla mancata osservanza dell'orario di lavoro, contestata alla ricorrente con lettera del 22 maggio 2015, il Giudice ha chiarito che il potere punitivo era stato già esercitato con l'irrogazione della multa di tre ore e, quindi, alla luce del principio generale *ne bis in idem*, la condotta non poteva essere sanzionata di nuovo. In tal modo, l'unica questione da esaminare era quella dell'illegittimità del licenziamento per insussistenza del fatto sottesovi dal datore di lavoro, insussistenza accertata in giudizio, come si è visto, sia attraverso la documentazione prodotta dalla lavoratrice, sia attraverso il mancato assolvimento da parte del datore di lavoro dell'onere probatorio che gli incombeva. Il Giudice, al riguardo, ha concluso, facendo rientrare la fattispecie nell'art. 3 co. 2, della l. 23 citata, che disciplina proprio l'ipotesi del «licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del

licenziamento». E, di conseguenza, ha annullato il licenziamento e condannato il datore di lavoro a reintegrare la lavoratrice «nel posto di lavoro precedentemente occupato e a pagarle un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione e comunque non essere superiore a dodici mensilità».

2.5. Il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica

2.5.1. La riqualificazione della fattispecie: da licenziamento ingiustificato a licenziamento discriminatorio

Diverse sono state le novità introdotte dal contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti per rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro; tuttavia, la novità normativa che verrà esposta di seguito non ha lo scopo di incrementare l'occupazione, quanto di migliorare le condizioni dei lavoratori già occupati e dei futuri assunti, tutelando coloro che sono in condizione di particolare svantaggio.

Infatti, un'altra variazione sostanziale di cui è artefice il legislatore del 2015, con il fondamentale contributo del Senato, consiste nell'applicazione della tutela reintegratoria, prevista per il licenziamento nullo, al caso di accertato difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore.

Il comma 7 dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori prevede, per gli assunti prima del 7 marzo 2015, che il Giudice applichi, nell'ipotesi in cui accerti il difetto di giustificazione, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge n. 68 del 1999, per motivo oggettivo consistente

nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, la tutela reintegratoria cd. "debole", medesima disciplina prevista per il caso, disciplinato dal quarto comma dello stesso articolo, in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa ed il fatto contestato è insussistente o punibile con una sanzione conservativa²⁹.

Il decreto legislativo n. 23 del 2015 è parso collocarsi in una diversa prospettiva, maggiormente protettiva rispetto al suo predecessore³⁰: ai sensi del quarto ed ultimo comma dell'articolo 2 del decreto, infatti, nelle ipotesi in cui il Giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, viene prevista l'applicazione della tutela reale "piena", la stessa, come visto, garantita nei casi di licenziamento nullo.

In dottrina sono sorti, sin dal principio, profondi dubbi sulla ragione di una simile parificazione delle tutele e, soprattutto, su quali fossero gli esatti contorni della fattispecie ricondotta al "licenziamento dei disabili". A tal proposito, il Senato, con un proprio parere sulla bozza del decreto legislativo n. 23 del 2015, ha consigliato lo spostamento della fattispecie dall'articolo 3, all'articolo 2, sostenendo che l'ipotesi menzionata rientri ora, "*ratione materiae*", nell'alveo delle protezioni contro la discriminazione. È molto chiara la logica sottostante lo spostamento dell'ipotesi di "difetto di giustificazione per motivo consistente nella

²⁹ Si tratta, come già spiegato nel paragrafo 2.3.2. della tutela reintegratoria cd. "debole", che prevede, oltre alla reintegrazione nel posto di lavoro sostituibile con quindici mensilità, un'indennità risarcitoria nel limite massimo di dodici mensilità.

³⁰ BIASI M., *Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema "a tutele crescenti"?*, op. cit., sostiene che in realtà il legislatore abbia voluto porsi in linea di continuità con la legge n. 92 del 2012 garantendo la protezione massima, ovvero la tutela reintegratoria, in favore di un soggetto in condizione di particolare debolezza e vittima di un licenziamento senz'altro odioso, ma non per questo discriminatorio.

disabilità fisica o psichica del lavoratore” dall’articolo 3 all’articolo 2 dello schema di decreto³¹: per la Commissione Lavoro, e poi per il legislatore, il recesso legato all’inidoneità del lavoratore, sia fisica che psichica, è configurabile, anche, come un licenziamento discriminatorio.

Tale orientamento, che, poi, ha avuto la meglio ai fini della formulazione del testo finale del decreto, è avvalorato dal fatto che la disabilità rientra fra i motivi di differenziazione espressamente vietati al datore di lavoro dall’articolo 15 dello Statuto dei lavoratori e, più in generale, dalla normativa antidiscriminatoria. L’assimilazione delle fattispecie qui in esame alle discriminazioni perseguite dalla legge appare peraltro confermata anche dal cambio di terminologia: l’articolo 2 parla infatti di “disabilità” e non più di “inidoneità” del lavoratore, utilizzando, quindi, un lessico più vicino a quello del diritto antidiscriminatorio, che pure in alcuni casi preferisce impiegare un sostantivo ancora diverso, e cioè quello di handicap³². Tale assimilazione, tuttavia, non sembra essere molto convincente sul piano qualificatorio dato che è il legislatore stesso ad individuare nel recesso in esame un’ipotesi di “difetto di giustificazione” escludendo, così, il suo completo assorbimento all’interno della discriminazione, a prescindere dal fatto che il rimedio prescelto sia il medesimo.

³¹ Lo schema del decreto legislativo n. 23 del 2015, modificato a seguito del parere del Senato, prevedeva che il caso di specie rientrasse nell’ambito di applicazione della tutela prevista dall’articolo 3, comma, 2, dello stesso decreto. Tale tutela è già stata esaminata nel paragrafo 2.3.2 in merito all’insussistenza del fatto materiale contestato dal datore di lavoro.

³² Sul tema dell’assimilazione del licenziamento per inidoneità fisica o psichica al licenziamento discriminatorio si sono espressi BIASI M., *Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema “a tutele crescenti”?*, op. cit., e PASQUALETTO E., *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel “passaggio” dall’art. 18 Stat. Lav. all’art. 2, d.lgs. n. 23/2015*, op. cit., i quali rinvencono entrambi nel cambio di terminologia un chiaro segno di tale parificazione.

Un'altra tesi interessante, che si è sviluppata in dottrina, qualifica questa strana circostanza normativa come un'ipotesi "ibrida", nella quale al difetto di giustificazione si affianca il trattamento ingiustamente differenziato, con la conseguenza che la discriminazione finisce per assorbire l'ingiustificatezza³³.

Bisogna, poi, prendere in considerazione una spiegazione più di carattere teorico che pratico: è probabile che il Senato ed il Legislatore abbiano voluto modificare lo schema di decreto per ragioni formali e non sostanziali, a causa del sospetto di incostituzionalità per eccesso di delega³⁴. Infatti, la lettera "c", del comma 7, della legge delega n. 183 del 2014 disponeva che il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti limitasse il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli, discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato. Con questa disposizione il delegante ha voluto limitare l'ambito di applicazione della tutela reintegratoria a pochi casi di specie, assicurandosi che il legislatore delegato non cambiasse nella sostanza la tutela in questione. Così, in assenza dell'assimilazione del licenziamento per "accertato difetto di giustificazione consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore" al licenziamento discriminatorio, la previsione del legislatore del 2015, dell'applicazione della tutela reintegratoria alla prima fattispecie, si qualificerebbe come un eccesso di delega³⁵. Si potrebbe, dunque,

³³V. PASQUALETTO E., *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel "passaggio"* dall'art. 18 Stat. Lav. all'art. 2, d.lgs. n. 23/2011, op. cit.

³⁴ È di questa opinione CESTER C., *I licenziamenti nel Jobs Act*, op. cit.

³⁵ Sul tema si è espresso CESTER C., *I licenziamenti nel Jobs Act*, op. cit., sostenendo che la scelta del Senato prima, e del legislatore poi, sia stata dettata dal sospetto di incostituzionalità per eccesso di delega. L'autore ritiene che ne è dimostrazione l'aver tolto al licenziamento per sopravvenuta inidoneità l'etichetta di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, al fine di evitare la contraddizione con la generale esclusione della tutela reintegratoria per quel tipo di licenziamento, non potendo

sospettare che il legislatore delegato abbia voluto ricondurre il licenziamento per “accertato difetto di giustificazione consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore” al licenziamento discriminatorio, ad esempio attraverso l’uso della parola “disabilità”, assicurandosi di non superare il contenuto della delega, ma mantenendo pur sempre separate le due fattispecie.

Il fatto che l’assimilazione delle due fattispecie non sia completa, mantenendo il quarto comma dell’articolo 2, l’espressione “difetto di giustificazione”, ha indotto una parte della dottrina a sostenere che il licenziamento per “accertato difetto di giustificazione consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore” sia un licenziamento ingiustificato e non discriminatorio ed andrebbe ricondotto al giustificato motivo oggettivo a base personale, o ad un’ipotesi autonoma di giustificazione avente il suo fondamento nella legge n. 68 del 1999³⁶.

2.5.2. Il diritto al lavoro dei disabili ai sensi della legge n. 68 del 1999 e della tutela antidiscriminatoria

La legge n. 68 del 1999 e la tutela antidiscriminatoria rappresentano i due impianti normativi per la difesa del diritto della persona disabile ad acquisire e conservare il posto di lavoro. La legge n. 68 del 1999, che detta le norme per il diritto al lavoro dei disabili, così come modificata dalla legge n. 92 del 2012, contenente le disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita, ha rappresentato un contributo essenziale per il diritto del lavoro moderno, il cui intento è rappresentare, e difendere, la parte contraente debole, qualsiasi sia la tipologia di debolezza. Non a caso, sia il comma 7 dell’articolo 18 dello

più, a quel punto, l’inidoneità sopravvenuta essere qualificata come una ragione di tipo economico secondo la terminologia usata dalla legge di delega.

³⁶ È di questa opinione CESTER C., *I licenziamenti nel Jobs Act*, op. cit.

Statuto dei lavoratori, che il comma 4 dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015, richiamano il comma 4 dell'articolo 4, ed il comma 3 dell'articolo 10, della legge n. 68 del 1999, in riferimento all'accertato difetto di giustificazione del licenziamento intimato a causa della inidoneità, nel caso della prima legge, o disabilità, nel caso del decreto, psichica o fisica. Il comma 4, dell'articolo 4, della legge n. 68 del 1999, individua tre tipologie di lavoratori divenuti inabili allo svolgimento delle proprie mansioni: coloro che hanno subito un infortunio, coloro che sono affetti da una malattia e coloro che sono divenuti inabili a causa dell'inadempimento da parte del datore di lavoro, accertato in sede giurisdizionale, delle norme in materia di sicurezza ed igiene del lavoro. Nei tre casi appena citati, l'inabilità allo svolgimento delle mansioni assegnate, non costituisce giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui i lavoratori possono essere adibiti a mansioni equivalenti, o in mancanza, a mansioni inferiori. Le disposizioni appena citate hanno un ruolo fondamentale per una corretta lettura della legge n. 68 nel suo complesso: permettono, infatti, di pervenire ad una giusta interpretazione del principio generale di conservazione del posto di lavoro contenuto nel comma 7, dell'articolo 1. Il comma 7 dell'articolo 1, impone un limite assoluto ed, in quanto tale, inaccettabile, al potere di recesso del datore di lavoro, nel caso di soggetti la cui inabilità è sopravvenuta in un momento successivo a quello dell'assunzione, a causa di infortunio sul lavoro o malattia professionale, a prescindere dalle colpe attribuibili al datore di lavoro. Il comma 4, dell'articolo 4, oltre ad individuare l'ipotesi di colpevolezza del datore di lavoro, distinguendola dalle altre due ipotesi di infortunio e malattia, indipendenti dall'inadempimento del datore di lavoro, detta le condizioni che determinano il giusto recesso del datore di lavoro: il datore di lavoro, che dimostra di non poter adibire il lavoratore inabile a mansioni equivalenti o inferiori, può recedere dal contratto di lavoro per giustificato motivo oggettivo di tipo personale, non potendo la legge

obbligare il datore di lavoro a dotarsi della collaborazione non necessaria e, quindi, improduttiva, di un lavoratore, sebbene disabile³⁷. Anche il comma 3, dell'articolo 10, in materia di aggravamento delle condizioni di salute del lavoratore disabile, o di significative variazioni dell'organizzazione del lavoro, individua un principio di recedibilità del datore di lavoro: il rapporto di lavoro, cioè, può essere risolto nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, venga accertata la definitiva impossibilità di reinserimento del disabile all'interno dell'azienda.

La tutela antidiscriminatoria consiste in un assetto di norme con cui, durante gli anni, il legislatore nazionale, anche sulla scia di quello dell'Unione Europea, ha voluto difendere i lavoratori rientranti in delle particolari categorie svantaggiate, attraverso disposizioni volte a disciplinare il comportamento, potenzialmente lesivo, del datore di lavoro. Come già ricordato, un ruolo fondamentale nella tutela antidiscriminatoria comunitaria ed italiana, è svolto dalla direttiva 2000/78/CE, attuata dal decreto legislativo n. 216 del 2003, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Infatti, tale direttiva individua, all'articolo 1, quale obiettivo, il raggiungimento di un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate, anche, su ragioni di handicap, e, all'articolo 5, il principio delle "soluzioni ragionevoli" per i disabili. Più precisamente, l'articolo 5 afferma che, per garantire il principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste "soluzioni ragionevoli": il datore di lavoro deve prendere i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione e di ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano, da parte del datore di lavoro, un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata, allorché

³⁷ GIUBBONI S., *Il licenziamento del lavoratore disabile tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, n. 67/2008

l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili. La scelta di non individuare in modo specifico le “soluzioni ragionevoli” è sensata alla luce del fatto che ogni situazione concreta è diversa dalle altre e, come tale, richiede provvedimenti e soluzioni differenti. D'altra parte, individuando *ex-ante* una lista di soluzioni concrete si correrebbe il rischio di trascurarne alcune, con dei conseguenti vuoti di tutela³⁸.

Anche l'articolo 5 della direttiva 2000/78/CE, così come l'articolo 4, comma 4, e l'articolo 10, comma 3, della legge n. 68 del 1999, individua un principio di recedibilità del datore di lavoro: il datore di lavoro può recedere dal contratto se i provvedimenti richiedono un onere finanziario sproporzionato.

Il decreto legislativo n. 216 del 2003 non ha accolto sin da subito il contenuto dell'articolo 5 della direttiva in questione, lasciando, colpevolmente, irrisolta la questione delle “soluzioni ragionevoli” per i disabili; ciò nonostante, in via interpretativa, la giurisprudenza avrebbe comunque potuto applicare il contenuto dell'articolo 5. Il 4 luglio 2013, con una propria sentenza³⁹, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha statuito che la Repubblica italiana, non avendo imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, è venuta meno all'obbligo

³⁸ Sul tema GIUBBONI S., *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il Jobs Act*, in *WP CSDLE “Massimo D'Antona”*, n. 261/2015, ha scritto che l'articolo 5 della direttiva 2000/78/CE, non individua, neanche in via esemplificativa, il contenuto dei ragionevoli adattamenti ricadenti nella sfera dell'obbligo gravante sul datore di lavoro. Si tratta di una scelta, ad avviso dell'autore, opportuna, che apre la nozione di ragionevoli adattamenti, senza ingessature analitiche, all'ampia e di per sé non predeterminabile variabilità delle concrete esigenze di protezione, rispetto alle quali possono comunque soccorrere le indicazioni rivenienti dalla stessa Convenzione della Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità.

³⁹ Sentenza nella causa C-312/11

di recepire correttamente e completamente l'articolo 5 della direttiva 2000/78/CE. Il legislatore nazionale si è infatti tempestivamente adeguato a tale statuizione con l'articolo 4-ter della legge n. 99 del 2013, introducendo, nel corpo dell'articolo 3 del decreto legislativo n. 216 del 2003, un'apposita previsione di recepimento dell'articolo 5 della direttiva.

2.6. Dubbi di costituzionalità del decreto legislativo n. 23 del 2015

Con il decreto legislativo n. 23 del 2015, il legislatore non ha riscritto il contenuto della precedente normativa in tema di reintegrazione nel posto di lavoro, ma ha introdotto il contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti⁴⁰, con annessa una propria disciplina in tema di licenziamento. La principale novità, del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, consiste proprio nelle nuove regole dettate per la tutela del lavoratore, il cui licenziamento è nullo, annullabile o inefficace; in breve: esclude, per i licenziamenti economici, la possibilità di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro, prevede un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limita il diritto

⁴⁰ La dottrina maggioritaria ritiene che non sia corretto definire il contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti come una *nuova tipologia contrattuale*; è di questa opinione MIMMO G., *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il D.Lgs. 4 marzo 2015, N. 23 (attuazione della legge delega n. 183 del 2014)*, in *Giustizia Civile*, n. 4/2015, che, sul tema, ha scritto che nonostante sia la legge delega sia il decreto legislativo facciano espressamente riferimento al *contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, non viene introdotta una nuova tipologia contrattuale, in quanto tale riferimento serve esclusivamente quale discriminazione temporale per l'applicazione della nuova disciplina in materia di licenziamenti. Quindi, secondo l'autore, il contratto a tutele crescenti non è altro che un normale contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, con l'unica caratteristica temporale di essere stato stipulato successivamente all'entrata in vigore del decreto.

alla reintegrazione ai licenziamenti nulli, discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato. Nessuna innovazione sotto il profilo, ad esempio, dell'orario di lavoro, o della durata, o della frequenza della prestazione lavorativa, che caratterizzarono invece i “nuovi”, a quel tempo, contratti part-time, a tempo determinato e “a chiamata”. Le innovazioni del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti coincidono con l'obiettivo del legislatore di alleggerire, per il datore di lavoro, il peso del licenziamento.

L'efficacia del decreto legislativo n. 23 del 2015, come già detto, è limitata agli assunti dopo il 7 marzo, continuando ad avere efficacia, per tutti coloro che sono stati assunti prima di questa data, il contenuto dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori in tema di reintegrazione nel posto di lavoro.

Sono stati sollevati dubbi di illegittimità costituzionale delle disposizioni che delimitano l'ambito di applicazione della nuova disciplina ai nuovi assunti, per contrasto con l'articolo 3 della Costituzione, sia sotto il profilo della disparità di trattamento, sia sotto quello della ragionevolezza⁴¹.

Infatti, così come chiarito dalla Corte Costituzionale⁴², è necessario accertare che la norma non sia in contrasto con i precetti del primo comma dell'articolo 3 della Costituzione e che non sia realizzato dalla legge, senza un ragionevole motivo, un trattamento diverso ai cittadini che si trovano nella medesima situazione. Appare allora necessario ricercare il ragionevole motivo che giustifichi la disparità di trattamento realizzata tra i lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015: il trascorrere del tempo? O il fatto che la “nuova” disciplina attenga ad una “nuova” e “diversa” (forse) tipologia contrattuale? O magari l'obiettivo di migliorare le condizioni occupazionali? La risposta non è ancora arrivata da chi ha scelto di “tutelare

⁴¹ BUCONI M.L., *Il decreto legislativo n 23/2015: ambito applicativo e profili di compatibilità costituzionale*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 7/2015, p. 661 ss.

⁴² Sentenza n. 15 del 1960, già citata nel paragrafo 2.2.2.

a tratti un po' di più e a tratti un po' di meno" gli assunti dopo il 7 marzo 2015.

Altri dubbi sono stati sollevati sull'incostituzionalità del decreto legislativo n. 23 del 2015 per l'eccesso di delega, ai sensi dell'articolo 76 della Costituzione⁴³. La lettera "c", comma 7, dell'articolo 1 della legge n. 183 del 2014, con cui il Governo è stato delegato di disciplinare il contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti seguendo le disposizioni della legge delega, prevede che il contenuto del successivo decreto sia applicato solo alle nuove assunzioni, ovvero alle assunzioni avvenute dopo il 7 marzo 2015. Tuttavia, il decreto legislativo n. 23 del 2015 sembra superare questo confine quando, con il comma 2, dell'articolo 1, prevede che le disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti si applichino anche nei casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del decreto, di contratto a tempo determinato, o di apprendistato, in contratto a tempo indeterminato. Infatti, la conversione di un precedente contratto ha una natura diversa dalla nuova assunzione, ed in virtù di ciò non dovrebbe rientrare nell'ambito di applicazione del decreto legislativo⁴⁴.

Il decreto legislativo sembra superare la delega anche al comma 3, dell'articolo 1, con cui il legislatore ha previsto una sorta di "incentivo all'assunzione" per il datore di lavoro imprenditore o non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo, nel quale ha avuto luogo il licenziamento, occupa, alle sue dipendenze, più di

⁴³ Sul tema GIUBBONI S., *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, op. cit.

⁴⁴ MAGNANI M., *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, n. 256/2015, e GIUBBONI S., *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, op. cit., scrivono che la violazione della delega dipende dal fatto che la conversione è cosa evidentemente diversa, per definitionem, dalla nuova assunzione.

quindici lavoratori, o più di cinque se si tratta di imprenditore agricolo, nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune, occupa più di quindici dipendenti, e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti; e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa più di sessanta dipendenti.

Il comma 3 dispone che al datore di lavoro che, in seguito a nuove assunzioni a tempo indeterminato, avvenute successivamente all'entrata in vigore del decreto, supera i limiti dimensionali appena citati, vengano applicate le disposizioni previste in tema di licenziamento dal decreto legislativo n. 23 del 2015, anche per il licenziamento dei lavoratori assunti prima del 7 marzo.

Il travisamento della delega sta nel fatto che, sia pure con l'intento di incentivare le nuove assunzioni nelle piccole imprese, eliminando per queste il possibile disincentivo derivante dall'ingresso, a causa dei rapporti di lavoro già in essere, nell'area di applicabilità dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, il decreto prevede l'applicazione della nuova disciplina del licenziamento anche ai lavoratori già assunti, cosa impedita chiaramente dal criterio direttivo della delega.

È necessario chiedersi se il superamento della delega fosse l'unica strada percorribile ai fini dell'incentivazione alle nuove assunzioni o se esistessero strade alternative, positivamente scartate dal legislatore, con cui si sarebbero potuti raggiungere gli stessi risultati senza incorrere nel rischio di incostituzionalità del decreto.

A tal proposito, in dottrina, è stato affermato che un tale risultato sarebbe stato conseguibile dal legislatore escludendo i neoassunti, con contratto a tutele crescenti, dal computo dell'organico utile ai fini della determinazione della soglia occupazionale rilevante per l'applicazione dell'articolo 18 dello Statuto, opzione tuttavia praticabile ove tale contratto

fosse stato configurato come sottotipo sperimentalmente rivolto a favorire l'inserimento stabile nel mercato del lavoro, secondo la primissima indicazione in tal senso offerta dal disegno di legge governativo. Sennonché questa diversa via risulta oggi parimenti sbarrata dalla configurazione del contratto a tutele crescenti non già come sottotipo contrattuale ma come ordinaria forma di assunzione a tempo indeterminato ai sensi dell'articolo 2094 cod. civ., ovvero come forma comune di rapporto di lavoro, ai sensi della lettera "b", comma 7, articolo 1, della legge n. 183 del 2014⁴⁵.

⁴⁵ Sul tema, GIUBBONI S., *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, op. cit.

3. I limiti alla invocabilità della nullità del licenziamento: il regime probatorio nel licenziamento discriminatorio

3.1. L'onere probatorio del lavoratore

3.1.1. *La probatio diabolica*

Le regole probatorie, nel licenziamento discriminatorio, hanno acquisito un aspetto organico solo negli ultimi anni, attraverso un lungo processo influenzato dall'evoluzione, nazionale e dell'Unione europea, della tutela antidiscriminatoria.

Sin dal principio, questo caratteristico regime ha previsto che l'onere probatorio ricadesse, quasi interamente, sul lavoratore leso, prendendo le distanze dalla regola basata sull'inversione dell'onere della prova, contenuta nell'articolo 5 della legge n. 604 del 1966, secondo cui l'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento, spetta al datore di lavoro. Quasi certamente, la ricerca di uno spazio autonomo per il regime probatorio, nel caso di licenziamento discriminatorio, trova fondamento nella diversa natura dei due licenziamenti e nella volontà del legislatore di avvicinarsi maggiormente alle regole generali, secondo le quali l'onere di fornire la prova del fatto affermato grava sul soggetto che agisce in giudizio.

Il carico probatorio del lavoratore che agisce in giudizio consiste nell'onere di allegare e, poi, provare il fatto costitutivo della domanda: il lavoratore, che presume di essere stato leso, deve dimostrare di aver subito una discriminazione diretta o indiretta, provando, nel primo caso, che un altro lavoratore è stato o sarebbe stato trattato più favorevolmente, o, nel secondo caso, che un criterio o una prassi apparentemente neutri lo hanno

messo in una posizione di particolare svantaggio¹. L'accertamento di una discriminazione implica non soltanto la verifica dell'esistenza di una differenziazione nel trattamento di soggetti diversi, bensì la prova della riferibilità della differenza ad un fattore di discriminazione².

Ed è proprio la distribuzione dell'onere probatorio, che grava quasi interamente sul lavoratore, a rischiare di compromettere l'efficacia della tutela antidiscriminatoria: infatti, molti casi di discriminazione finiscono nel baratro della dimenticanza, a causa della remissività dello stesso soggetto lesa. Invero, possono essere diverse le ragioni che spiegano la tacita accettazione di un atto, di un patto o di un comportamento discriminatorio, ma tutte trovano fondamento nella debolezza, economica o informativa, del lavoratore.

In primo luogo, il lavoratore potrebbe rinunciare a citare in giudizio il proprio datore di lavoro a causa delle spese processuali che ne deriverebbero e che, soprattutto a seguito del licenziamento, non sarebbe in grado di sopportare. In altri casi, potrebbe essere la mancanza di una cultura lavorista a far sì che il lavoratore ignori quali siano le circostanze idonee ad

¹ SANTAGATA DE CASTRO R.- SANTUCCI R., *Discriminazioni ed onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (Parte I)*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 3/2015, p. 534 ss, afferma che, in conseguenza all'allargamento dei termini della comparazione, ad opera delle direttive più recenti, la prova della discriminazione diretta può essere offerta indipendentemente dall'effettiva esistenza del soggetto rispetto al quale effettuare il raffronto, esistenza che può essere dunque solo ipotetica e virtuale, risultando legittime alcune prassi probatorie, oggi sovente utilizzate, volte a ricreare una situazione identica a quella vissuta dalla persona che si considera vittima di una discriminazione, al fine di smascherare la condotta discriminatoria (c.d. *situation testing*).

² TARQUINI E., *I licenziamenti discriminatori e nulli*, in *Nuovo mercato del lavoro*, 2013, p. 253 ss., ha voluto sottolineare la necessità di provare l'esistenza del nesso causale tra la disparità di trattamento subita dal lavoratore e l'appartenenza dello stesso ad una categoria protetta.

attestare la discriminazione. Ma la ragione più ricorrente, purtroppo, consiste nella difficoltà probatoria, colpevole di dissuadere il lavoratore dal proporre la domanda: molto spesso, non è facile per il lavoratore assolvere l'onere di allegazione e l'onere probatorio, essendo, le circostanze utili alla valutazione della natura discriminatoria dell'atto, gelosamente custodite nel contesto proprio del datore di lavoro. A tal proposito si parla di *probatio diabolica*³, per indicare che l'ambiente di lavoro ed il potere datoriale, che vige in esso, possono impedire al lavoratore di provare in giudizio la discriminazione.

Proprio il fatto che uno dei maggiori ostacoli, per l'effettiva repressione degli atti discriminatori, consista nella difficoltà di provare l'esistenza della discriminazione stessa, ha ispirato, negli ultimi anni, gli interventi legislativi volti ad alleggerire il carico probatorio del lavoratore. Un temperamento alla difficoltà probatoria, che grava sul lavoratore che impugna il licenziamento, ritenendolo discriminatorio, si ha quando il datore di lavoro non riesce a fornire la prova dell'esistenza della giusta causa o di un giustificato motivo. Infatti, quando il licenziamento è stato impugnato perché ritenuto discriminatorio, nonostante il fatto che sia stato diversamente motivato dal datore di lavoro, l'eventuale insuccesso probatorio del datore di lavoro, in merito alla sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, oggettivo o soggettivo, può configurare una prova presuntiva della discriminazione⁴.

³ La *probatio diabolica*, letteralmente “*prova del diavolo*” è un'espressione latina, in uso nel linguaggio legale di molti paesi, usata per indicare una prova impossibile. Quando un sistema giuridico si trova di fronte a questa situazione in genere ricorre all'inversione dell'onere della prova o concede diritti aggiuntivi per la parte che si trova di fronte alla *probatio diabolica*.

⁴ CHIECO P., *Il licenziamento nullo*, *op. cit.*, sostiene che un licenziamento immotivato, o intimato per un fatto inesistente, o adottato con riferimento ad inadempimenti o ad esigenze aziendali palesemente inadeguate a legittimare il recesso, appare idoneo ad integrare un elemento di fatto utile ai fini della prova presuntiva della

Nelle ipotesi di licenziamento ad *nutum*, l'onere probatorio per il lavoratore torna ad essere gravoso, non dovendo, il datore di lavoro, giustificare il proprio recesso.

3.1.2. I limiti investigativi e le difficoltà probatorie del lavoratore non assunto

La tutela antidiscriminatoria vieta al datore di lavoro il compimento di atti discriminatori durante lo svolgimento del rapporto di lavoro ed al momento dell'assunzione: infatti, il principio della parità di trattamento, ovvero di non discriminazione, opera anche al momento della scelta del datore di lavoro di inserire, nel contesto organizzativo, una nuova risorsa umana.

L'articolo 8 dello Statuto dei lavoratori, che è un chiaro esempio del duplice momento di attivazione della tutela antidiscriminatoria, impedisce al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione, di effettuare delle indagini sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore. Lo stretto legame tra il divieto di indagine sulle opinioni e la tutela antidiscriminatoria si evince, in particolar modo, dal fatto che l'articolo 8 vieta alcuni degli atti discriminatori sanzionati (anche) dall'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori. In particolare, con l'articolo 8 dello Statuto dei lavoratori, il legislatore ha voluto impedire al datore di lavoro di raccogliere informazioni, non attinenti all'oggetto del contratto di lavoro, che

discriminazione; di qui la conclusione che la mancanza di motivazione del licenziamento, è fatto costitutivo di un recesso opaco circa le ragioni effettive della sua adozione e rappresentanza e, quindi, un elemento pienamente rientrante nel quadro indiziario di un licenziamento discriminatorio anche perché confliggente con la dignità della persona del lavoratore che ha diritto di sapere perché perde il posto di lavoro.

potrebbero influenzare la sua opinione, inducendolo a non scegliere un lavoratore sulla base della sua appartenenza ad una categoria protetta, o comunque sulla base di una sua caratteristica personale che non attiene al contenuto del lavoro per il quale si è candidato.

Nel 1990, ispirandosi allo stesso criterio logico, con il comma 1, dell'articolo 6 della legge n. 135, il legislatore ha vietato ai datori di lavoro, pubblici e privati, lo svolgimento di indagini volte ad accertare nei dipendenti, o in persone prese in considerazione per l'instaurazione di un rapporto di lavoro, l'esistenza di uno stato di sieropositività.

Pertanto, l'attitudine professionale del lavoratore non deve essere, anzi, non dovrebbe essere, valutata sulla base dell'appartenenza ad un sindacato, di opinioni politiche, della religione professata, dello stato di sieropositività, o sulla base di qualsiasi altra categoria protetta, o caratteristica personale, che in nessun modo giustifica la scelta del datore di lavoro di non assumere il soggetto che vi appartiene, o che la presenti.

Ciononostante, è necessario osservare che la previsione di una sanzione, diretta a colpire il rifiuto di assumere un lavoratore sulla base, esclusivamente, di ragioni discriminatorie, non rende la tutela antidiscriminatoria automaticamente efficace. Invero, l'efficacia è compromessa dal fatto che l'onere probatorio del lavoratore non assunto è quasi impossibile da assolvere, costituendo i fatti e le circostanze da allegare alla domanda degli elementi impossibili da reperire senza il consenso del datore di lavoro. I fatti e le circostanze da allegare alla domanda consistono in informazioni riguardanti le caratteristiche professionali della figura che sarebbe stata inserita in azienda, per la quale il lavoratore si era proposto, il *curriculum* del lavoratore poi assunto al suo posto ed i criteri utilizzati per la selezione; tali informazioni, attinenti alla gestione aziendale ed alla sfera privata del lavoratore assunto, possono essere reperite solo con il consenso del datore di lavoro.

Nondimeno, anche qualora tali informazioni dovessero divenire accessibili, previo consenso del datore di lavoro, non è detto che possa essere dimostrato che la scelta del datore di lavoro sia stata dettata da ragioni discriminatorie. Il datore di lavoro, in realtà, potrebbe aver preferito un candidato meno qualificato ma più adatto all'impiego per taluni aspetti caratteriali emersi durante il colloquio di selezione e, nessun Giudice, potrebbe imporre al datore di lavoro di dotarsi di una risorsa ritenuta meno affine al proprio contesto organizzativo.

Bisogna interrogarsi, oltre che sull'efficacia probatoria dei fatti e delle circostanze reperibili nel contesto proprio del datore di lavoro, anche sul diritto, del lavoratore respinto, di accedere alle informazioni negategli dal datore di lavoro. Non è chiaro, in particolare, se la normativa antidiscriminatoria riconosca al lavoratore, con un profilo corrispondente a quello indicato nell'annuncio di assunzione, ma la cui candidatura è stata rifiutata, il diritto di avere accesso alle informazioni detenute dal datore di lavoro in merito all'eventuale assunzione di un altro candidato ed ai criteri, in base ai quali, essa è avvenuta. Tale questione è stata affrontata dalla Corte di Giustizia in una sentenza⁵ del 2012, con cui è stato chiarito che il lavoratore, la cui candidatura è stata rifiutata, non ha il diritto di accedere, in assenza del consenso del datore di lavoro, alle informazioni attinenti alla selezione delle risorse umane, facendo, così, emergere nel diritto dell'Unione europea ed in quello nazionale, una vistosa lacuna. Ed infatti, impedire senza motivo al prestatore di lavoro di ottenere le informazioni da cui si può evincere che vi sia stata una discriminazione e, per converso, consentire in ogni caso al datore di lavoro di custodire gelosamente tali informazioni, equivale a negare il diritto alla piena tutela giudiziale alle persone che si ritengono vittime di discriminazioni; il lavoratore che si vede respingere una richiesta di assunzione si troverebbe così alla mercé del

⁵ Sentenza della Corte di Giustizia, C-415/10, del 19 aprile 2012, *Galina Meister contro Speech Design Carrier Systems GmbH*.

datore di lavoro che, spesso, è l'unico a conoscere i fatti e le circostanze idonee ad attestare l'avvenuta discriminazione⁶.

Ad ogni modo, non si può trascurare che la Corte di Giustizia, ben consapevole del fatto che uno dei principali ostacoli per l'effettiva repressione delle discriminazioni deriva dalla difficoltà del lavoratore di reperire le informazioni utili, ha ammesso, con la stessa sentenza, che il rifiuto del datore di lavoro di concederne l'accesso possa costituire una prova indiziaria, ovvero "uno dei fattori da prendere in considerazione nell'ambito dell'accertamento dei fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta".

3.1.3. Il graduale alleggerimento dell'onere probatorio

La condizione di parziale efficacia della tutela antidiscriminatoria, causata dalla lacunosa conoscenza dei fatti idonei a dimostrare la discriminazione, dall'avversione del lavoratore a sostenere le spese processuali e dalla difficoltà di reperire le informazioni che appartengono al contesto proprio del datore di lavoro, ha spinto il legislatore, negli anni, ad alleggerire il carico probatorio del lavoratore, per compensare la sua condizione di svantaggio in sede processuale.

Il lavoratore può convincere il Giudice della natura discriminatoria dell'atto posto in essere dal datore di lavoro, anche, mediante fatti secondari indizianti, cioè mediante presunzioni, più facilmente note al lavoratore.

L'articolo 2727 c.c., definisce le presunzioni come le conseguenze che la legge, o il Giudice, traggono da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato, mentre il comma 1 dell'articolo 2729 c.c. individua i requisiti

⁶ Sul tema v. SANTAGATA DE CASTRO R.- SANTUCCI R., *Discriminazioni ed onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (Parte I)*, op. cit.

delle presunzioni ammesse in giudizio, affermando che le presunzioni semplici, non stabilite dalla legge, sono lasciate alla prudenza del Giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti.

Per molti anni gli interventi legislativi, in materia di onere probatorio nel caso di atti discriminatori, sono stati in linea con il codice civile, in particolar modo per quanto riguarda i requisiti delle presunzioni semplici dettati dall'articolo 2729 c.c.

Ad esempio, il comma 3, dell'articolo 4, del decreto legislativo n. 215 del 2003, attuativo della direttiva 2000/43/CE, per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, afferma che il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno, può dedurre in giudizio, anche sulla base di dati statistici, elementi di fatto, in termini gravi, precisi e concordanti. Così come il comma 4, dell'articolo 4, del decreto legislativo n. 216 del 2003, attuativo della direttiva 2000/78/CE, per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, stabilisce che quando il ricorrente fornisce elementi di fatto idonei a fondare, in termini gravi, precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. In entrambe le disposizioni compaiono i requisiti della gravità, della precisione e della concordanza, quali condizioni indispensabili affinché gli elementi di fatto presentati dal lavoratore siano idonei a fondare la presunzione di un comportamento discriminatorio del datore di lavoro.

Con una propria sentenza⁷, la Cassazione, ha sottolineato che il requisito della precisione impone che “i fatti noti da cui muove il ragionamento probabilistico, ed il percorso che essi seguono, non debbono essere vaghi ma determinati nella loro realtà storica” ed il requisito della

⁷ Sentenza della Cassazione civile, sezione lavoro, 5 Giugno 2013, n. 14206, in tema di discriminazione sessuale.

concordanza impone che “la prova sia fondata su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto”⁸.

Pur non potendosi ancora rinvenire, nei suddetti decreti del 2003, una semplificazione delle condizioni richieste alle presunzioni e, quindi, un alleggerimento dell’onere probatorio, si può interpretare l’uso dei dati statistici, come un primo segno di questo obiettivo.

L’articolo 40, del decreto legislativo n. 198 del 2006, contenente le disposizioni per la promozione delle pari opportunità tra uomo e donna, afferma che, quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all’assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell’esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l’onere della prova sull’insussistenza della discriminazione. Questa disposizione ha il merito indiscusso di chiarire il contenuto dei dati statistici utilizzabili in sede processuale e di compiere un primo alleggerimento del carico probatorio del lavoratore, eliminando il requisito della gravità e ritenendo, quindi,

⁸ Riguardo la sentenza della Cassazione Civile n. 14206 del 2013, SANTAGATA DE CASTRO R.- SANTUCCI R., *Discriminazioni ed onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (Parte II)*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 4-5/2015, p. 820 ss., scrive che il requisito della precisione si riferisce senz’altro a fatti determinati, ma soprattutto deve essere univoca, riguardando il nesso inferenziale tra le due categorie di fatti, quelli noti e quelli ignoti; mentre la concordanza, seppure sia preferibile che presupponga più presunzioni, potrebbe basarsi anche su una sola presunzione fondata su un solo fatto noto, laddove la presunzione stessa sia grave e precisa.

sufficiente un grado di attendibilità del ragionamento presuntivo inferiore a quello necessario per raggiungere il convincimento pieno⁹.

Ma l'intervento legislativo, che ha rappresentato una rottura rispetto alle norme passate in materia, è stato il decreto legislativo n. 150 del 2011, contenente le disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione. Specificatamente, il comma 4, dell'articolo 28, intitolato "*delle controversie in tema di discriminazione*", afferma che quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione; i dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata.

In questa disposizione non compaiono e, quindi, è pacifico ritenere che non siano necessari, i requisiti della gravità, della precisione e della concordanza, realizzandosi, secondo una parte della dottrina, un'inversione

⁹ Sul tema CROTTI M.T.- MARZANI M., *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, op. cit. scrivono che con il decreto legislativo n. 150 del 2011, venendo meno la necessità che le presunzioni, fondate dagli elementi di fatto forniti dal lavoratore, siano "precise e concordanti", l'onere probatorio in capo al lavoratore pare fortemente alleggerito, pur non potendosi ancora parlare di una vera e propria inversione dello stesso. Anche la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 14206 del 2013, ha chiarito che con l'articolo 40, del decreto legislativo n. 198 del 2006, non è stata attuata un'inversione dell'onere della prova ma semplicemente è stato introdotto un onere probatorio asimmetrico (*relevatio ab onere probandi* in favore del soggetto discriminato): per l'attore rimane fermo l'onere della prova ma, per il suo assolvimento, si richiede un grado di certezza minore rispetto a quello consueto.

dell'onere probatorio¹⁰. La nuova formulazione lascia maggiore libertà al Giudice in ordine agli elementi costitutivi del proprio convincimento, perché non prestabilisce, in modo generale e necessario, cosa occorra per ritenere raggiunta la prova presuntiva¹¹. L'articolo 28, del decreto legislativo n. 150 del 2011, ha il merito di aver introdotto una nuova e più generale disciplina delle controversie in materia di discriminazione, superando, in larga parte, la frantumazione presente nella normativa previgente, che costruiva, le modalità di esercizio dell'azione, a ridosso dei diversi motivi discriminatori; l'articolo 28, quindi, unifica la disciplina dell'onere della prova, oggetto, in precedenza, di diverse proposizioni normative che risultano, pertanto, implicitamente abrogate.

Infine, è stato precisato più volte in dottrina, che il contenuto dell'articolo 28 del decreto legislativo n. 150 del 2011, data la precisione del suo campo applicativo, e data la tendenza a non assimilare più il licenziamento per motivo illecito determinante a quello discriminatorio, si riferisce esclusivamente alle controversie in tema di discriminazione, ovvero ad atti, patti o comportamenti discriminatori posti in essere dal datore di lavoro e contro i quali il lavoratore fa ricorso alla giustizia, intendendosi quindi esclusa l'applicabilità di questa norma al licenziamento avvenuto per motivo illecito determinante, ovvero per rappresaglia o ritorsione¹².

¹⁰ È di questa opinione CARINCI F., *L'articolo 18 dopo la legge n. 92 del 2012. Ripensando il "nuovo articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, op. cit.

¹¹ Sul tema v. CHIECO P., *Il licenziamento nullo*, op. cit.

¹² CROTTI M.T.- MARZANI M., *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, op. cit., e R. ZUCARO, *Licenziamento discriminatorio: profili sostanziali e processuali dopo la riforma Fornero*, in *BollettinoADAPT*, 2012, affermano che data la specificità della previsione, che è parte delle regole relative al rito speciale in materia di discriminazione, tale regime probatorio, senz'altro applicabile al licenziamento discriminatorio, non sembra però applicabile in via analogica anche al licenziamento per motivo illecito *ex* articolo 1345 codice civile, specie se si accede all'interpretazione per

3.1.4. Il modello di attivazione della tutela giudiziale: un tentativo di rafforzamento dell'efficacia della tutela antidiscriminatoria

L'impegno del legislatore dell'Unione europea e poi quello del legislatore nazionale, nel massimizzare l'efficacia della tutela antidiscriminatoria, è stato multidirezionale: non si è limitato a prevedere delle sanzioni per la violazione di ciascun fattore di rischio e ad alleggerire l'onere probatorio a carico del lavoratore, rinviando al Giudice la scelta delle prove da ammettere in giudizio, ma ha anche cercato di migliorare il modello di attivazione della tutela giudiziale. È indubbio, infatti, che la normativa antidiscriminatoria passata evidenziasse elementi di criticità, in quanto privilegiava un modello di attivazione della tutela giudiziale di stampo individualistico ed essenzialmente subordinato all'iniziativa individuale¹³. L'adozione di questo modello ha inciso negativamente sull'efficacia della tutela antidiscriminatoria: in generale, il lavoratore, vittima di una discriminazione, a causa della condizione di particolare debolezza e vulnerabilità in cui versa, è poco propenso a citare in giudizio il proprio datore di lavoro ed a sopportare i sacrifici e i costi, non solo economici, connessi al processo.

Per rafforzare l'efficacia della disciplina e perseguire, altresì, un fine di giustizia sociale, la normativa prodotta nell'ultimo decennio dall'Unione europea ha cercato di muoversi in un'ottica in parte diversa da quella tradizionale, delineando nuove e più sofisticate tecniche di tutela processuale che si collocano in una dimensione collettiva e/o pubblica.

cui oggi il licenziamento per motivo illecito non possa più essere considerato come "discriminatorio".

¹³ Sul tema v. SANTAGATA DE CASTRO R.- SANTUCCI R., *Discriminazioni ed onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (Parte I)*, op. cit.

Ne è un chiaro esempio il comma 2, dell'articolo 9, della direttiva 2000/78/CE¹⁴, che conferisce agli Stati membri il diritto di riconoscere alle associazioni, alle organizzazioni ed alle altre persone giuridiche che, conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, hanno un interesse legittimo a garantire che le disposizioni della direttiva siano rispettate, il diritto di avviare, in via giurisdizionale o amministrativa, per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso, una procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla direttiva in esame. L'Italia ha accolto questa disposizione con l'articolo 5, del decreto legislativo n. 216 del 2003, che riconosce alle organizzazioni sindacali, alle associazioni, ed alle organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse lesa, in forza di una delega, rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità, il diritto ad agire, in nome e per conto, o a sostegno, del soggetto che ha subito la discriminazione, contro la persona fisica o giuridica cui è riferibile il comportamento o l'atto discriminatorio; inoltre, gli stessi soggetti possono agire nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto ed immediato le persone lese dalla discriminazione.

3.2. L'onere probatorio del datore di lavoro

¹⁴ V. anche le direttive “di seconda generazione” del Consiglio, quali 2000/43/CE del 29 giugno 2000 (razza e origine etnica); 2000/78/CE del 27 novembre 2000 (religione, convinzioni personali, handicap, età e tendenze sessuali), seguite dalle direttive n. 2002/73/CE del 23 settembre 2002 (parità di trattamento tra uomini e donne) e 2004/113/CE del 13 dicembre 2004 (parità di trattamento tra uomini e donne con riguardo all'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura) e dal nuovo testo di rifusione 2006/54/CE del 5 luglio 2006 in materia di discriminazione di genere.

3.2.1. La prova liberatoria: le eccezioni al principio della parità di trattamento

Come afferma l'articolo 28 del decreto legislativo n. 150 del 2011, quando il lavoratore fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al datore di lavoro l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. Più precisamente, dimostrata dal lavoratore l'esistenza di un trattamento differenziato, è richiesto al datore di lavoro di provare l'inesistenza della discriminazione e, quindi, di allegare e dimostrare fatti specifici, obiettivamente verificabili, dai quali sia desumibile l'esistenza di una ragione non discriminatoria del trattamento differenziato, ovvero la riferibilità del trattamento a fattori diversi da quelli protetti, restando in suo danno l'insufficienza di una simile prova.

Il datore di lavoro, presunto autore della discriminazione lamentata in giudizio, onerato della prova liberatoria, può dimostrare che non ricorrono i presupposti per l'applicazione della normativa antidiscriminatoria, giustificando la disparità di trattamento, ad esempio, appellandosi ad una delle eccezioni sancite dalla direttiva comunitaria 2000/78/CE, attuata dal decreto legislativo n. 216 del 2003, e contenente un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Il comma 2, dell'articolo 2, della direttiva appena citata, fissa un'eccezione generale, ed in quanto tale molto ampia, al principio della parità di trattamento, stabilendo, in relazione alla discriminazione indiretta, che una disparità di trattamento non costituisce una discriminazione se oggettivamente giustificata da una finalità legittima, e se i mezzi impiegati per il suo conseguimento sono appropriati e necessari. L'articolo 4, della stessa direttiva, prevede, invece, che il datore di lavoro possa stabilire una differenza di trattamento, basata su una delle caratteristiche protette, senza che ciò costituisca discriminazione, laddove per la natura dell'attività

lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima ed il requisito proporzionato. Inoltre, lo stesso articolo stabilisce che nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private, la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, una differenza di trattamento basata su queste caratteristiche non costituisce discriminazione laddove, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui vengono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentano un requisito essenziale, legittimo e giustificato, per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione. Il successivo articolo 5, afferma che il datore di lavoro non deve prendere i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione, o perché possano ricevere una formazione, se tali provvedimenti richiedono un onere finanziario sproporzionato. Infine, l'articolo 6, introduce un'eccezione specifica al principio della parità di trattamento, questa volta in ragione all'età, laddove le disparità siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale ed i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari.

La tutela antidiscriminatoria è ricca di eccezioni al principio della parità di trattamento, consistenti in norme di temperamento, necessarie per preservare il diritto di recesso del datore di lavoro al quale non può essere imposto un limite assoluto. In ogni caso, il datore di lavoro deve dimostrare, attraverso dei fatti specifici ed oggettivamente verificabili, di rientrare nell'ambito di applicazione della norma che rappresenta l'eccezione al principio della parità di trattamento.

3.2.2. *La semiplena probatio*

L'onere probatorio del datore di lavoro può ridursi ad una prova attenuata, o *semiplena probatio*¹⁵, in tutti quei casi in cui è compromesso il diritto alla riservatezza del lavoratore che lamenta l'atto, il patto, o il comportamento discriminatorio. La *semiplena probatio* consiste in una prova incompleta, che differisce come tale dalla prova piena, richiesta in tutti gli altri casi in cui la privacy del lavoratore non è coinvolta.

Il datore di lavoro può assolvere la *semiplena probatio* limitandosi, ad esempio, a prendere formalmente le distanze dalle dichiarazioni del lavoratore, o dichiarando che l'azienda si è dotata di disposizioni dirette a garantire il principio della parità di trattamento¹⁶.

Quando il fattore di rischio, protagonista della discriminazione lamentata in giudizio, è la razza, la lingua, il sesso, l'handicap o l'età, il datore di lavoro non rischia di ledere il lavoratore divulgando informazioni attinenti ad esso; al contrario, quando il fattore di rischio consiste nel credo politico, nella religione, nell'appartenenza ad un sindacato, nella partecipazione alle attività sindacali, nell'orientamento sessuale o nelle convinzioni personali, non si tratta più di dati oggettivi, noti, e come tali divulgabili, ma di fattori che sono il frutto di scelte dell'individuo ed appartengono alla sua sfera privata. L'alleggerimento dell'onere probatorio è la conseguenza diretta del coinvolgimento di caratteristiche personali del lavoratore che costituiscono elementi della sua identità ed in quanto tali occultabili; emergono, quindi, esigenze di rispetto della "sfera privata" del

¹⁵La *probatio semiplena* consiste in una "prova quasi completa" che si ha quando determinati fatti oggetto di un giudizio possono essere non pienamente provati, ma non del tutto sforniti di prova.

¹⁶Sul tema v. SANTAGATA DE CASTRO R.- SANTUCCI R., *Discriminazioni ed onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (Parte I)*, op. cit.

lavoratore, in quanto viene in rilievo una dimensione dell'interiorità umana tutelata dal diritto alla riservatezza¹⁷.

L'ordinamento italiano, così come quello dell'Unione europea, garantisce, riguardo i fattori di rischio che coinvolgono la sfera privata del lavoratore, una libertà sia "positiva" che "negativa", in modo che il lavoratore sia libero di manifestare le caratteristiche che esprimono la propria identità o di non renderle note. Ed è proprio la libertà "negativa" a limitare la sfera di azione del datore di lavoro ed in particolare il suo potere di utilizzare, comunicare, ed eventualmente diffondere le informazioni attinenti alla sfera privata del lavoratore, rendendogli così più difficoltoso, discolarsi a seguito di una presunta dichiarazione discriminatoria.

Al di fuori di questi casi, in presenza di presunti atti, patti o comportamenti discriminatori, non appare possibile ipotizzare che il datore di lavoro assolva il proprio onere probatorio, mediante una *semiplena probatio*.

3.3. La natura, oggettiva o soggettiva, della discriminazione: le implicazioni probatorie

L'efficacia della tutela antidiscriminatoria è compromessa dalle numerose criticità del regime probatorio: i criteri di assolvimento all'onere probatorio del lavoratore e del datore di lavoro non consentono di pervenire ad un sistema di tutela pienamente efficace, a discapito, naturalmente, del lavoratore. I numerosi interventi legislativi, volti ad incrementare

¹⁷Le caratteristiche personali che si configurano come espressione dell'identità del lavoratore, sono tutelate anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che con l'articolo 7, intitolato "Rispetto della vita privata e della vita familiare", afferma che ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni.

l'efficacia della tutela antidiscriminatoria, facendo leva sull'alleggerimento del carico probatorio del lavoratore, si sono conclusi, per il momento, con l'emanazione del decreto legislativo n. 150 del 2011, racchiudente un principio generale e semplificatore. L'introduzione, nell'ordinamento italiano, di una norma che unifica le diverse disposizioni in materia di tutela antidiscriminatoria e che semplifica il carico probatorio del lavoratore, ha comportato una riduzione dell'interesse per il problema dell'efficacia della tutela antidiscriminatoria, lasciando che l'attenzione si spostasse su un nuovo dibattito, mantenuto vivo dalla distanza normativa tra l'Italia e l'Unione europea, che ha ad oggetto la natura, oggettiva o soggettiva, dell'atto, del patto o del comportamento discriminatorio.

Il dibattito, circa la natura oggettiva, o soggettiva, della presunta discriminazione, ha diviso la dottrina in due fazioni: il primo orientamento privilegia la natura oggettiva, disprezzando la ricerca dell'intenzionalità della condotta discriminatoria del datore di lavoro, mentre, il secondo orientamento è ancorato alla natura soggettiva della discriminazione, richiedendo, ai fini della dichiarazione di nullità e dell'applicazione della sanzione, la verifica dell'intenzione discriminatoria del datore di lavoro. I due orientamenti fondano le proprie tesi, diametralmente opposte, su diverse argomentazioni che traggono spunto dai principi cardine della Costituzione italiana, dai valori fondamentali che hanno ispirato l'Unione europea e dalla lettura delle norme su cui poggia la tutela antidiscriminatoria.

Coloro che aderiscono al primo orientamento difendono il diritto del lavoratore a ricevere un trattamento equo e non discriminatorio ricercando, nella circostanza lesiva, la prova dell'oggettiva lesione del diritto a non essere discriminati a causa del credo politico, della religione, dell'appartenenza ad un sindacato, della partecipazione ad attività sindacali, della razza, della lingua, del sesso, di un handicap, dell'età, dell'orientamento sessuale, o delle convinzioni personali. Condividere la

tesi della natura oggettiva dell'atto, del patto o del comportamento discriminatorio significa ricercare la prova dell'oggettiva disparità di trattamento, subita dal lavoratore che appartiene ad una categoria protetta, rispetto ad un terzo soggetto che non condivide, con il lavoratore leso, il fattore di rischio. Ai fini probatori, la ricerca dell'oggettiva lesione del diritto del lavoratore a non subire una disparità di trattamento, implica un onere probatorio minore rispetto alla circostanza in cui bisogna indagare l'*animus* del datore di lavoro.

Diversamente da coloro che difendono la natura oggettiva della discriminazione, chi aderisce alla tesi opposta, è ancorato ad un approccio giuridico datato e superato a livello dell'Unione europea. Il secondo orientamento, preferendo una lettura soggettiva della natura della discriminazione, richiede che venga effettuata l'indagine dell'*animus* del datore di lavoro, al fine di provare che la discriminazione subita dal lavoratore non sia stata il frutto di scelte sfortunate e non dolose del datore di lavoro, ma, che l'intento del datore di lavoro fosse proprio quello di applicare al lavoratore un trattamento peggiore a causa della sua appartenenza ad una categoria protetta.

Pertanto, qualsiasi sia la tesi che si intende condividere, è necessario provare il nesso causale tra la disparità di trattamento subita dal lavoratore e la sua appartenenza ad una categoria protetta, ma, nel caso di condivisione dell'approccio soggettivo, il carico probatorio si aggrava, dovendosi fornire una prova aggiuntiva.

La ricerca dell'intenzionalità lesiva potrebbe sacrificare l'efficacia della tutela antidiscriminatoria, onerando il lavoratore di un carico probatorio maggiore; ed è proprio per evitare un peggioramento delle condizioni probatorie del lavoratore che il legislatore comunitario, con le direttive degli ultimi anni, ha abbracciato la tesi della natura oggettiva del licenziamento discriminatorio. Infatti, la normativa dell'Unione europea, in tema di discriminazioni, si riferisce unicamente alla valutazione

dell'esistenza di una discriminazione, non richiedendosi né la consapevolezza, né l'intenzionalità, della sua produzione in capo all'autore¹⁸. Tale impostazione, sebbene fatta propria dalle istituzioni dell'Unione europea, non sembra essere ancora stata accolta dalla giurisprudenza italiana, che richiede tutt'oggi la verifica della sussistenza dell'elemento intenzionale in capo al datore di lavoro, al fine della configurabilità della discriminazione. In realtà, pur non mancando sentenze in cui il Giudice protende per una lettura oggettiva della discriminazione, la maggioranza della giurisprudenza continua ad orientarsi verso una lettura soggettiva¹⁹.

Così come in giurisprudenza, anche in dottrina, non mancano i sostenitori della natura soggettiva della discriminazione²⁰: chi aderisce a questo orientamento sostiene che, da una attenta lettura delle più significative disposizioni in materia (l'articolo 4 della legge n. 604 del 1966 e l'articolo 3 della legge n. 108 del 1990), dalle quali si evince chiaramente una valorizzazione del tradizionale collegamento tra la volontà del datore di lavoro di espellere un certo lavoratore e la sua caratteristica soggettiva "speciale", si possa dedurre il chiaro segno della necessità di indagare l'*animus* del datore di lavoro. Questo percorso logico-normativo potrebbe oggi risultare rafforzato dall'espresso riferimento, nell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015, all'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori,

¹⁸ Ne sono un esempio: la lettera "a", del comma 2, dell'articolo 2, della direttiva 2000/78/CE; e l'articolo 2, della direttiva 2006/54/CE.

¹⁹ V. Il caso *Bordonaro A. c. Abercrombie Fitch Italia s.r.l.*, nel primo capitolo, in cui il giudice ha dimostrato di aderire alla tesi della natura oggettiva della discriminazione.

²⁰ BIASI M., *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, op. cit.; BIASI M., *Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema "a tutele crescenti"?*, op. cit.; CARINCI F., *L'articolo 18 dopo la legge n. 92 del 2012. Ripensando il "nuovo articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, op. cit.

almeno nella parte in cui quest'ultimo qualifica come nulli i comportamenti datoriali «diretti a licenziare» un lavoratore in forza della sua appartenenza ad una categoria protetta. Se, come noto, a tale lettura si era contrapposto un secondo orientamento, che, sulla scorta del diritto europeo, guardando agli effetti discriminatori e non alla volontà dell'agente, propendeva per una lettura "oggettiva" della discriminazione, oggi, il riferimento all'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori, più che comportare l'esclusione di alcune specifiche ipotesi di discriminazione non espressamente richiamate, potrebbe proprio offrire un ulteriore e decisivo motivo per avallare la lettura in chiave soggettiva del licenziamento discriminatorio.

Ad avviso di alcuni autori, aderenti allo stesso orientamento, l'operatività, piena ed assoluta, della tutela antidiscriminatoria, non può prescindere dalla ricerca della consapevolezza e dell'intenzionalità del datore di lavoro, almeno per due ragioni. In primo luogo, la prevalenza dell'elemento intenzionale/soggettivo su quello oggettivo consentirebbe di evitare il rischio di tutelare, con la sanzione massima, ogni licenziamento di persona rientrante nella categoria protetta, a prescindere dalla verifica del nesso causale tra il licenziamento intimato dal datore di lavoro ed il fattore di rischio presentato dal lavoratore. In secondo luogo, non risulterebbe sprovvisto di tutela il lavoratore licenziato unicamente per una sua caratteristica personale, anche se non rientrante nel novero di quelle "tipiche", ossia descritte dall'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori, ma del pari illecita e caratterizzata dall'*animus nocendi* del datore di lavoro, come i casi di licenziamento c.d. ritorsivo o di rappresaglia.

Non mancano argomentazioni, a sostegno della tesi diametralmente opposta, basate, anch'esse, su una lettura delle norme²¹: secondo alcuni autori sin dalla legge n. 125 del 1991 si potevano individuare elementi legislativi nel senso della valorizzazione del carattere oggettivo dell'atto

²¹ V. CROTTI M.T.- MARZANI M., *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, op. cit.

discriminatorio e, negli ultimi anni, tali elementi si sarebbero moltiplicati, essendone una prova la lettera “a”, del comma 1, dell’articolo 2, del decreto legislativo n. 215 del 2003, la lettera “a”, comma 1, dell’articolo 2, del decreto legislativo n. 216 del 2003, l’articolo 2, del decreto legislativo n. 145 del 2005, e, da ultimo, il comma 4, dell’articolo 28, del decreto legislativo n. 150 del 2011.

Tutte queste disposizioni in tema di discriminazione sembrano legate dal medesimo *fil rouge*: non è necessario provare alcun elemento intenzionale in capo al datore di lavoro, ma occorre unicamente effettuare un’indagine comparativa, ovvero, valutare se un determinato soggetto, in virtù della sua condizione o delle sue scelte, sia stato trattato in maniera differente rispetto a quanto sia, sia stato o sarebbe stato trattato un altro soggetto in analoga situazione²²

E, se un’attenta lettura delle disposizioni in materia, non dovesse bastare, arriva in soccorso un principio inviolabile: gli autori aderenti a questo orientamento ricordano che il diritto a non essere discriminati è un diritto assoluto e, di conseguenza, la tutela deve attivarsi indipendentemente dalla condizione psicologica sussistente in capo a chi ha posto in essere la discriminazione²³.

Nondimeno, nonostante il chiaro orientamento comunitario, e la prevalenza, in dottrina, di coloro che propendono per una lettura oggettiva degli atti discriminatori, la giurisprudenza ha continuato, sino ad ora, salvo poche eccezioni, a subordinare l’accertamento della discriminazione alla prova dell’intento discriminatorio.

²² V. PEDERZOLI C., *Licenziamento nullo e conseguenze: che cosa è cambiato? Note minime sul nuovo testo dell’art. 18, comma 1-3*, op. cit.

²³ V. CESTER C., *I licenziamenti nel Jobs Act*, op. cit.

4. Gli effetti del licenziamento nullo: le tutele applicabili ai lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015

4.1. Gli effetti del licenziamento nullo ai sensi dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori

4.1.1. L'articolo 18 prima della legge n. 92 del 2012

Nel 1970, con la legge n. 300, il legislatore introdusse la tutela reale affiancandola alla preesistente tutela obbligatoria; l'applicazione della tutela reale era destinata ai soli imprenditori limitatamente alle unità produttive o ambiti comunali con più di quindici dipendenti (o più di cinque nelle imprese agricole), l'applicazione della tutela obbligatoria era destinata, invece, a tutti i datori di lavoro, imprenditori e non, con un organico complessivo superiore a trentacinque dipendenti, laddove non fosse applicabile la tutela reale.

La legge n. 108 del 1990 ha modificato il campo di applicazione delle due tutele : la tutela obbligatoria è divenuta applicabile a tutti i datori di lavoro a prescindere dalle dimensioni dell'organico, sempre che non sia applicabile la tutela reale, ed è, inoltre, stata prevista l'applicazione della tutela reale, a prescindere dalle dimensioni dell'organico, nelle ipotesi di vizio di forma o di omessa comunicazione dei motivi o, infine, di licenziamento discriminatorio (*ex. art. 3 della legge n. 108 del 1990*)¹.

L'articolo 8 della legge n. 604 del 1966², prima dell'intervento della legge n. 108 del 1990, prevedeva che il datore di lavoro riassumesse il

¹ VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro, Vol. II- Il rapporto di lavoro*, op. cit.

² Riguardo l'intervento legislativo del 1966, CALCATERRA L., *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, n. 58/2008, scrive che, benché

lavoratore licenziato ingiustamente, o lo risarcisse versandogli un'indennità il cui importo variava da un minimo di 5 ad un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione. Il comma 3, dell'articolo 2, della legge n. 108 del 1990, ha sostituito questa parte dell'articolo, disponendo che il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un'indennità di importo compreso fra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento ed alle condizioni delle parti³. L'intervento del 1990 ha, quindi, indebolito la (già debole) tutela obbligatoria, ampliando il divario tra questa e la tutela reale, ed incentivando, così, ulteriormente, il datore di lavoro a non superare le soglie dimensionali previste per l'applicazione della tutela reale.

La tutela reale, introdotta nel 1970, e modificata nel 1990, sempre, ad opera della legge n. 108, prevedeva che il datore di lavoro corrispondesse al lavoratore un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto, dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione ed i contributi assistenziali e previdenziali, maturati durante lo stesso periodo; in ogni caso la misura del risarcimento non poteva essere inferiore a cinque mensilità. Fermo restando il diritto al risarcimento del danno, al prestatore di lavoro era data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione

criticabile per la tenuità dell'apparato sanzionatorio e per l'esiguità dell'ambito di applicazione, va apprezzato nella sua fondamentale importanza per l'affermazione del principio della giustificatazza del licenziamento.

³ La tutela obbligatoria, così come disciplinata dalla legge n. 604 del 1966 a seguito della modifica apportata dalla legge n. 108 del 1990, trova ancora applicazione agli assunti prima del 7 marzo 2015, quando il datore di lavoro non supera le soglie dimensionali previste dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori.

della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto.

Quantitativamente, la differenza tra la tutela obbligatoria e la tutela reale era notevole: l'indennità risarcitoria minima, prevista dalla tutela reale, corrispondeva, all'incirca, all'indennità risarcitoria massima prevista dalla tutela obbligatoria; inoltre, la tutela reale, si distingueva da quella obbligatoria, anche, da un punto di vista qualitativo, affidando al lavoratore la scelta tra la reintegrazione e l'indennità sostitutiva, in vista delle difficoltà che il lavoratore avrebbe potuto incontrare tornando alle dipendenze dello stesso datore di lavoro che, in precedenza, aveva scelto di non dotarsi più della sua collaborazione. Infatti, al contrario della tutela obbligatoria, dove la scelta, tra la riassunzione del lavoratore, con un nuovo contratto di lavoro, e la corresponsione allo stesso di un'indennità risarcitoria, spetta al datore di lavoro che ha commesso l'atto lesivo, nel caso della tutela reale è il lavoratore leso a scegliere tra la reintegrazione in azienda, con prosecuzione del contratto di lavoro precedente, e l'indennità sostitutiva.

La tutela reale era applicata, all'imprenditore e al non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo, nel quale aveva avuto luogo il licenziamento, occupava alle sue dipendenze più di quindici prestatori di lavoro, o più di cinque nel caso di imprenditore agricolo. Inoltre, la tutela reale era applicata all'imprenditore, o non imprenditore, che occupava più di quindici dipendenti nell'ambito dello stesso comune, o alle imprese agricole che nel medesimo ambito territoriale occupavano più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiungeva tali limiti. Infine, la tutela

reale, trovava applicazione, in ogni caso, quando il datore di lavoro occupava alle sue dipendenze più di sessanta prestatori di lavoro⁴.

Alla luce del “vecchio” e sbilanciato sistema di tutele non sorprende la tendenza, diffusasi tra i datori di lavoro, a mantenere l’organico sotto le soglie dimensionali previste dall’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, per non finire nell’ambito di applicazione della più gravosa tutela reale.

4.1.2. L’articolo 18 dopo la legge n. 92 del 2012

Con la legge n. 92 del 2012, contenente le disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita, l’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori ha acquisito una nuova forma, più consona, forse, ai nuovi obiettivi di politica del lavoro. Si tratta di un complesso di interventi, proposti dal Ministro Elsa Fornero, oggetto di ampio ed aspro dibattito tra le forze politiche e sociali, incentivanti l’occupazione e gli investimenti esteri⁵. Invero, la cd. riforma Fornero ha stravolto l’aspetto del vecchio articolo 18 dividendo la precedente tutela in quattro tipologie, la cui intensità varia in base alla gravità del licenziamento intimato. Quanto alla logica della modularità delle tutele è stato affermato in dottrina che «essa pare rispondere al principio della “*scusabilità dell’errore*” commesso dal datore di lavoro, con il decrescendo della possibilità di dover concedere la reintegra in base alla tollerabilità dell’errore compiuto dal datore nel procedere ad un licenziamento illegittimo: nessuna, per il licenziamento

⁴ Le soglie dimensionali previste dall’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori non hanno subito modifiche con la legge n. 92 del 2012 e sono ancora utilizzate ai fini dell’applicazione della tutela reale o della tutela obbligatoria.

⁵ V. MARTONE M., *Articolo 18- un approccio bipartisan all’ultimo tabù*, in *Michelmartone.org*, 2007, sul tema degli obiettivi e delle finalità che hanno ispirato la riscrittura dell’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori.

discriminatorio, media per il licenziamento disciplinare, bassa per il licenziamento economico»⁶.

La prima, e più forte, delle quattro (nuove) tutele, è destinata al licenziamento nullo o inefficace e trova applicazione a prescindere dal superamento delle soglie dimensionali: la riforma ha modificato le fattispecie di nullità, ampliando l'ambito di applicazione della tutela reale piena introducendo il motivo illecito determinante, il licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio ed il licenziamento intimato in violazione del TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità, ma ha lasciato, quasi inalterata, la tutela applicabile.

Infatti, il legislatore del 2012, non volendo ridurre l'intensità della tutela destinata al lavoratore leso da un licenziamento particolarmente odioso, ha confermato il contenuto, quantitativo e qualitativo, della tutela reale disciplinata dal "vecchio" articolo 18, modificandone solo alcuni aspetti: ha specificato che la retribuzione globale di fatto da prendere a riferimento per il calcolo dell'indennità è "l'ultima retribuzione", ed ha, inoltre, imposto ai giudici di dedurre dall'indennità risarcitoria l'*aliunde perceptum*⁷, ovvero quanto percepito dal lavoratore, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative.

⁶ CARINCI F., *Il licenziamento disciplinare all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in *WP Adapt University Press*, n. 176/2015, cit. p. 4; sul tema v. anche ZOPPOLI A., *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, n. 260/2015

⁷ PEDERZOLI C., *Licenziamento nullo e conseguenze: che cosa è cambiato? Note minime sul nuovo testo dell'art. 18, comma 1-3*, op. cit. ha osservato che l'indennità risarcitoria, nel caso di licenziamento nullo o inefficace, è calcolata deducendo quanto percepito dal lavoratore, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative (cd. *aliunde perceptum*), e non anche quanto egli avrebbe potuto percepire

La seconda delle quattro tutele trova applicazione quando il Giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato o perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa, sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili; o quando il Giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore; o quando il licenziamento è stato intimato in violazione del secondo comma, dell'articolo 2110 c.c.; o nell'ipotesi in cui il Giudice accerta la manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Il Giudice, in queste ipotesi, annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, sostituibile con un'indennità pari a quindici mensilità ed al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione.

secondo l'ordinaria diligenza (cd. *aliunde percipiendum*). La mancata previsione della detraibilità dell'*aliunde percipiendum* potrebbe, secondo l'autrice, ricollegarsi alla gravità del vizio del licenziamento: in tali casi l'atto datoriale realizza interessi così riprovevoli per l'ordinamento, da giustificare la garanzia di un risarcimento pieno a favore del lavoratore, che non può essere ridotto neppure per l'operatività del generale principio di diligenza. Sul tema v. anche SALA D., *La riforma Fornero al vaglio della giurisprudenza: riflessi processualistici della espressa detraibilità dell'aliunde perceptum*, in *Giustizia Civile*, n. 3/2015, e VELTRI A., *Il nuovo articolo 18 nella giurisprudenza italiana*, op. cit., il quale ha scritto che il riferimento da parte della legge n. 92/2012 unicamente alla deducibilità dell'*aliunde perceptum* e non anche all'*aliunde percipiendum* non dovrebbe avere un preciso significato precettivo, ma dovrebbe trattarsi unicamente di una imprecisione del legislatore.

In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

La terza tutela ha una minore intensità e si distingue dalle prime due per la mancanza della previsione della reintegrazione nel posto di lavoro; trova applicazione nelle ipotesi in cui il Giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro. In questa terza ipotesi, l'indennità risarcitoria è onnicomprensiva e determinata tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo.

L'ultima, e più debole, delle quattro tutele, trova applicazione nelle ipotesi in cui il licenziamento è dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione, di cui al comma 2 dell'articolo 2 della legge n. 604 del 1966, o per violazione della procedura di cui all'articolo 7 della stessa legge, o per violazione della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 300 del 1970. L'ultima tutela prevede, esclusivamente, l'attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Con le modifiche apportate all'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, dalla legge n. 92 del 2012, si era sperato di arrestare le tendenze che, a partire dal 1970, si erano diffuse tra datori attenti a non assumere il sedicesimo dipendente per non ricadere nell'ambito di applicazione della tutela reale e lavoratori licenziati desiderosi di ricevere il più alto risarcimento possibile. L'obiettivo, in parte, è stato raggiunto attraverso la modularità delle tutele che, riducendo la rigidità in uscita nel mercato del lavoro, ha incentivato l'occupazione e gli investimenti esteri.

La riforma Fornero non è riuscita a raggiungere risultati altrettanto positivi per quanto attiene il comportamento del lavoratore licenziato, il quale ha dovuto fare i conti con una modifica, quasi radicale, della disciplina previgente, che, in vista del raggiungimento degli obiettivi di politica del lavoro citati, ha inserito, salvo nel caso del licenziamento nullo o inefficace, ipotesi di tutele più svantaggiose.

Presumibilmente, il lavoratore, onde evitare di ricadere nell'ambito di applicazione della tutela obbligatoria o di vedersi applicare una delle tre nuove (e più deboli) tutele, cercherà, forzando le fattispecie, di ottenere la dichiarazione di nullità del licenziamento.

4.2. Gli effetti del licenziamento nullo ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015

Con il decreto legislativo n. 23 del 2015, contenente le disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, si realizza una rottura tra i rapporti di lavoro a tempo indeterminato nati prima del 7 marzo 2015 e quelli nati successivamente. Ai "vecchi" assunti continuano ad essere applicate, in base ai criteri descritti, le quattro forme di tutela disciplinate dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori e la tutela obbligatoria disciplinata dall'articolo 8 della legge n. 604 del 1966; mentre, ai "nuovi" assunti, sono applicate le disposizioni in tema di licenziamento associate al contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti.

Il legislatore del 2015, così come quello del 2012, ha apportato delle modifiche alle fattispecie di nullità del licenziamento, scegliendo una formula sintetica che racchiudesse le discriminazioni "tipiche" e, riconducendo, forse, le altre fattispecie di nullità agli "altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge", ma ha mantenuto, pressoché inalterata, la tutela applicabile.

Anche se la legge n. 92 del 2012 ha esteso l'ambito di applicazione della tutela reale, mentre il decreto legislativo n. 23 del 2015 ha perseguito l'obiettivo opposto, snellendo la lista dei casi di applicabilità (ad eccezione del caso di disabilità fisica o psichica), entrambi gli interventi non hanno ridotto l'intensità della tutela destinabile al licenziamento nullo, ritenendolo particolarmente riprovevole.

Così, quando il licenziamento è nullo, inefficace, o ingiustificato per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, a prescindere dalle soglie dimensionali contemplate dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, il Giudice condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative; la misura del risarcimento, in ogni caso, non potrà essere inferiore a cinque mensilità. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, nonché, qualora il lavoratore ne facesse richiesta, al pagamento di un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro.

Salvo queste ipotesi, in cui, a prescindere dalle soglie dimensionali, viene garantita al lavoratore la tutela reale, negli altri casi di licenziamento tornano in gioco le soglie dimensionali disciplinate dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori: l'articolo 9 del decreto legislativo n. 23 del 2015 stabilisce che, quando il datore di lavoro non raggiunge i requisiti dimensionali appena citati, non trovano applicazione le disposizioni previste dal comma 2 dell'articolo 3 e l'ammontare delle indennità e dell'importo, previsti dall'articolo 3, comma 1 e dall'articolo 4, comma 1, è dimezzato e non può, in ogni caso, superare il limite di sei mensilità.

Il comma 2, dell'articolo 3, stabilisce che, nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa, in cui sia dimostrata l'insussistenza del fatto materiale contestato dal datore di lavoro, il Giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro ed al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione e dedotti l'*aliunde perceptum* e l'*aliunde percipiendum*; in ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non potrà essere superiore alle dodici mensilità. Inoltre, il datore è condannato al pagamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, relativamente allo stesso periodo, ed eventualmente al pagamento delle quindici mensilità sostitutive della reintegrazione.

Sicché, salvo le ipotesi di licenziamento nullo, inefficace, o ingiustificato per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, il comma 2 dell'articolo 3 costituisce l'unica ipotesi, seppur residuale, di reintegrazione del lavoratore.

Il comma 1, dell'articolo 3, prevede che: quando è accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo o giusta causa, il Giudice condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro mensilità e non superiore a ventiquattro mensilità.

Il comma 1, dell'articolo 4, disciplina le ipotesi di violazione del requisito di motivazione di cui al comma 2, dell'articolo 2, della legge n. 604 del 1966, e di violazione della procedura di cui all'articolo 7 dello Statuto dei lavoratori; in questi casi il Giudice condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità, non assoggettata a contribuzione

previdenziale, di importo pari ad una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità.

L'obiettivo che ha ispirato il decreto legislativo del 2015 consiste nel miglioramento delle condizioni occupazionali, riducendo ulteriormente la rigidità in uscita e rafforzando le opportunità d'ingresso nel mondo del lavoro; dall'aspetto dell'articolo 2 del decreto si può evincere, anche, il tentativo del legislatore di arrestare la corsa al licenziamento nullo, snellendo la lista dei casi di applicabilità della tutela reale; tuttavia, le strade scelte per perseguire queste finalità collidono.

Infatti, la riduzione dell'intensità delle tutele destinate al lavoratore licenziato ingiustamente, con esclusione, salvo alcune ipotesi residuali, della reintegrazione nel posto di lavoro, pur incentivando l'occupazione e gli investimenti esteri, motiva ulteriormente il lavoratore a ricorrere al licenziamento nullo.

4.3. L'ultima retribuzione globale di fatto e l'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto

Il contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti utilizza, per il calcolo delle indennità, un "nuovo" parametro retributivo: infatti, mentre l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori fa riferimento all'ultima retribuzione globale di fatto, il decreto legislativo n. 23 del 2015 utilizza l'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto.

L'articolo 2120 c.c., contenente la disciplina del trattamento di fine rapporto, stabilisce che, salvo diversa previsione dei contratti collettivi, la retribuzione annua comprende tutte le somme, compreso l'equivalente delle

prestazioni in natura, corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro, a titolo non occasionale e con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese. La nozione contenuta in tale articolo si riferisce, così come specificato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, alla retribuzione onnicomprensiva, ovvero, comprendente tutto quanto è dovuto dal datore di lavoro al lavoratore quale corrispettivo non della singola prestazione, ma di tutto il programma negoziale.

Non è stato altrettanto pacifico il dibattito circa l'inciso "a titolo non occasionale", riferito alle somme corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro; giacché una parte della dottrina e della giurisprudenza, attribuendo un particolare valore al riferimento temporale di questa previsione, ha ritenuto opportuno includere nella base di calcolo, non solo le attribuzioni patrimoniali continuative, ma anche quelle semplicemente periodiche o, comunque, non isolate; mentre, sul versante opposto si colloca chi, attribuendo particolare valore al termine "titolo", ha ritenuto di dover comprendere nella base di calcolo ogni emolumento che trova la propria causa "tipica" e "normale" nel contratto di lavoro, a prescindere da qualsiasi frequenza temporale di corresponsione⁸. La giurisprudenza maggioritaria sembra orientata nel secondo senso sicché, nel calcolo, «vanno compresi tutti gli emolumenti che trovano la loro causa tipica e normale nel rapporto di lavoro cui sono istituzionalmente connessi, anche se non strettamente correlati all'effettiva prestazione lavorativa, ed a prescindere dalla loro frequenza temporale»⁹.

Come è noto, l'espressione "retribuzione globale di fatto" è usata da tempo sia dal legislatore che dalla contrattazione collettiva per definire la base di calcolo di altri istituti retributivi, ma persistono incertezze interpretative riguardo il suo effettivo contenuto. In alcune sentenze si legge

⁸ MATTAROLO M.G., *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, in *Adapt Univeristy Press*, n. 46/2015, p. 118 ss.

⁹ Sentenza della Corte di Cassazione n. 16636, del 1 ottobre 2012

che va computato «ogni compenso avente carattere continuativo con esclusione degli emolumenti eventuali, occasionali o eccezionali»¹⁰, in altre sentenze si legge che si deve fare riferimento al «trattamento economico normale»¹¹, inteso come accumulo delle somme che risultano dovute, anche in via non continuativa, purché non occasionale.

Pur nella varietà delle pronunce giurisprudenziali sembra, comunque, che debba escludersi l'occasionalità dalla nozione di “retribuzione globale di fatto”. Ne deriva che la nozione di ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto potrebbe essere, a volte, più ampia di quella relativa alla retribuzione globale di fatto¹².

Dunque, non è detto che in linea di principio la base di calcolo per le indennità dovute in caso di licenziamento illegittimo, secondo quanto previsto dal decreto legislativo n. 23 del 2015, debba essere necessariamente inferiore e penalizzante per il lavoratore, rispetto alla base di calcolo prevista, per le medesime ipotesi, dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori.

Sempre con riferimento alla base di calcolo delle indennità, non si può non notare che, sia l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori sia il decreto legislativo n. 23 del 2015, si riferiscono all'ultima retribuzione; tuttavia, la stessa espressione acquista sfumature diverse nei due diversi contesti normativi. Infatti, mentre nell'articolo 18 il riferimento è all'ultima mensilità di retribuzione, nel caso del trattamento di fine rapporto, così come specifica l'articolo 2120 c.c., il calcolo avviene su base annua; in

¹⁰ Sentenza della corte di Cassazione n. 20266, del 4 ottobre 2011; e sentenza, sempre della Corte di Cassazione, n. 813 del 15 gennaio 2013

¹¹ Sentenza della Corte di Cassazione n. 19956, del 16 settembre 2009

¹² MATTAROLO M.G., *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, op. cit.

questo secondo caso, dunque, per ultima retribuzione si deve intendere la retribuzione dell'ultimo anno¹³.

4.4. L'ambito di applicazione soggettivo delle tutele

Il legislatore, né nel 1970, né nel 1990 in occasione della stesura del testo della legge n. 108, né, infine, nel 2012, in occasione della (tanto discussa) riforma, ha mai avvertito il bisogno di individuare, espressamente, l'ambito di applicazione soggettivo delle tutele previste dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, intendendo sottintesa la loro applicazione ai lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri. La mancanza dell'espressa previsione dell'applicabilità della tutela reale al licenziamento nullo del dirigente, non consentiva, in via interpretativa, di applicare le disposizioni dei primi tre commi dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori anche a questa particolare categoria. Così, costituendo il licenziamento del dirigente, data la particolarità della carica ricoperta, un caso disciplinato da regole diverse, nel 1990 il legislatore, con la legge n. 108, ha apportato una modifica aggiuntiva al testo dell'articolo 18, prevedendo l'applicabilità della tutela reale al licenziamento nullo del dirigente.

¹³ MATTAROLO M.G., *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, op. cit., scrive che, pur essendovi chi ritiene che l'anno debba essere mobile, ossia ci si debba riferire alle retribuzioni percepite nei dodici mesi precedenti il licenziamento, la maggior parte della dottrina ritiene che si debbano computare le retribuzioni a partire dal primo gennaio di ogni anno, non essendovi dubbi sul fatto che la norma sul TFR si riferisce all'anno civile (ossia appunto al periodo intercorrente tra il primo gennaio e il 31 dicembre di ogni anno). La somma così individuata andrà divisa per dodici se il rapporto si è estinto il 31 dicembre, o per il diverso divisore corrispondente ai mesi (e/o alle frazioni di mese) di lavoro prestato nell'anno.

Il legislatore del 2015, non ha avuto la stessa accortezza, affermando, al comma 1, dell'articolo 1, del decreto legislativo n. 23, che il regime di tutela nel caso di licenziamento illegittimo disciplinato dal contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, è applicabile ai lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, con esclusione, dunque, dei dirigenti¹⁴. Tuttavia, è stato in proposito osservato che l'esclusione dei dirigenti dall'ambito applicativo della nuova disciplina comporta quale unico effetto quello di consentire l'applicabilità dei primi tre commi dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori anche per i contratti dei dirigenti stipulati dopo il 7 marzo 2015¹⁵.

Chiarito l'ambito di applicazione soggettivo delle tutele disciplinate dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori e dal decreto legislativo n. 23 del 2015, con riferimento al soggetto che beneficia della tutela, è necessario individuare (anche se in parte è stato già fatto) l'ambito di applicazione soggettivo con riferimento al soggetto (giuridico) che subisce tutela.

Le soglie dimensionali individuate dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori aiutano a distinguere tra il caso di applicazione, al datore di

¹⁴ Sul tema dell'operatività della disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 23 del 2015 v. RICCHEZZA V., *Il decreto legislativo n. 23/2015: ambito di operatività e licenziamento per giusta causa*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 4/XXV, 2015

¹⁵ PASQUALETTO E., *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel "passaggio" dall'art. 18 Stat. Lav. all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015*, op. cit., ha osservato che, mancando nel primo comma dell'articolo 2, del decreto legislativo n. 23 del 2015, l'espressa estensione di questa norma ai dirigenti, risultano *expressis verbis* applicabili i primi tre commi dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. I dirigenti, infatti, risultano esclusi in modo chiaro dalla nuova disciplina, posto che il primo comma dell'articolo 1 del decreto appena citato si proclama applicabile solamente ai lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto medesimo. Sul tema v. anche BUCONI M.L., *Il decreto legislativo n. 23/2015: ambito applicativo e profili di compatibilità costituzionale*, op. cit.; e RUSSO M., *Prime osservazioni sul licenziamento discriminatorio e nullo nel Jobs Act*, op. cit.;

lavoro imprenditore o non imprenditore, delle tutele più “forti” (ai sensi dei commi 4 a s. dell’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori e degli articoli 3 e 4 del decreto legislativo n. 23 del 2015), ed il caso di applicazione delle tutele più “deboli” (ai sensi dell’articolo 8 della legge n. 604 del 1966 e del comma 1 dell’articolo 9 del decreto legislativo n. 23 del 2015), salvo le ipotesi di licenziamento nullo o inefficace in cui, a prescindere dal superamento delle soglie dimensionali, trova applicazione la tutela reale.

Una novità interessante del decreto del 2015 è l’applicazione della disciplina nei confronti delle c.d. organizzazioni di tendenza, vietata espressamente dall’articolo 4 della legge n. 108 del 1990 con riferimento alla disciplina contenuta nell’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. Il comma 2, dell’articolo 9, del decreto legislativo n. 23 del 2015, invece, prevede che ai datori di lavoro non imprenditori, che svolgono, senza fine di lucro, attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione, ovvero di religione o di culto, si applica la disciplina contenuta dal suddetto decreto. È vero che la tutela contro il licenziamento discriminatorio era già stata ritenuta, in via giurisprudenziale, applicabile ai dipendenti delle organizzazioni di tendenza, ma la previsione normativa ha, comunque, un peso notevole, che consente di ravvisare un allargamento delle tutele e una valorizzazione della tutela antidiscriminatoria in un campo particolarmente sensibile.

BIBLIOGRAFIA

BELLOCCHI P., *Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, 2013, p. 1293 ss.

BIASI M., *Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema “a tutele crescenti”?*, in *WP Adapt University Press*, n. 183/2015

BIASI M., *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, n. 181/2013

BOLEGO G., *Sulla nullità del licenziamento ritorsivo e arbitrario*, in *Giustizia Civile*, n. 1/2016

BUCONI M.L., *Il decreto legislativo n 23/2015: ambito applicativo e profili di compatibilità costituzionale*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 7/2015, p. 661 ss.

CALCATERRA L., *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, n. 58/2008

CARINCI F., *Il licenziamento disciplinare all’indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in *WP Adapt University Press*, n. 176/2015

CARINCI F., *L'articolo 18 dopo la legge n. 92 del 2012. Ripensando il "nuovo articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 2/XXIII, 2013

CARUSO B., *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, n. 265/2015

CENFANTINI F., *La tutela applicabile in caso di licenziamento privo di motivazione*, in *Giustizia Civile*, n. 5/2014

CESTER C., *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, n. 273/ 2015

CHIECO P., *Il licenziamento nullo*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro*, 2013, p. 277 ss.

COLOSIMO C., *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 4/2012

CONTE D., *La nullità "virtuale" del licenziamento nel primo comma del novellato articolo 18*, in *Giustizia Civile*, n. 3/2016

CROTTI M.T.- MARZANI M., *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, in MAGNANI M.- TIRABOSCHI M. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, 2012, p. 221 ss.

DEL PUNTA R., *Diritto del lavoro*, Milano, 2014

GIUBBONI S., *Il licenziamento del lavoratore disabile tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, n. 67/2008

GIUBBONI S., *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il Jobs Act*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, n. 261/2015

GIUBBONI S., *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, n. 246/2015

LAMA R., *L’irrelevanza disciplinare del fatto posto a base del recesso comporta la reintegrazione ex art. 18, comma 4, L. 20 maggio 1970, n. 300*, in *Giustizia Civile*, n. 1/2014

MAGNANI M., *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, n. 256/2015

MARAZZA M., *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo scema al decreto)*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, n. 236/2015

MARAZZA M., *L’art 18, nuovo testo, dello statuto dei lavoratori*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 3/2012

MARTONE M., *Articolo 18- un approccio bipartisan all’ultimo tabù*, in *Michelmartone.org*, 2007

MATTAROLO M.G., *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, in *Adapt Univeristy Press*, n. 46/2015, p. 118 ss.

MAZZOTTA O., *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, n. 159/2012

MIMMO G., *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il D.Lgs. 4 marzo 2015, N. 23 (attuazione della legge delega n. 183 del 2014)*, in *Giustizia Civile*, n. 4/2015

PASQUALETTO E., *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel "passaggio" dall'art. 18 Stat. Lav. all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015*, in CARINCI F.- CESTER C. (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in *Adapt labour studies e book series*, n. 46/2015, p. 48 ss.

PASQUALETTO E., *Licenziamenti nulli: tutela reintegratoria rafforzata*, in CARINCI F. MISCIONE M. (a cura di), *Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, in *Diritto & pratica del lavoro*, n. 33/2012, p.39 ss.

PEDERZOLI C., *Licenziamento discriminatorio, contratti certificati e rito applicabile: interferenze normative e soluzioni giurisprudenziali*, in *Giustizia Civile*, n. 4/2014

PEDERZOLI C., *Licenziamento nullo e conseguenze: che cosa è cambiato? Note minime sul nuovo testo dell'art. 18, comma 1-3*, in *Quaderni fondazione Marco Biagi. Studi sulla Riforma Fornero. Sezione ricerche*, n. 3/2012

PESSI A., *Licenziamento disciplinare e fatto materiale*, in *Giustizia Civile*, n. 5/2015

POTESTIO M.P., *Jobs Act e decisioni-indennità di licenziamento*, in *BollettinoADAPT*, 2014

RICCHEZZA V., *Il decreto legislativo n. 23/2015: ambito di operatività e licenziamento per giusta causa*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 4/XXV, 2015

RUSSO M., *Prime osservazioni sul licenziamento discriminatorio e nullo nel Jobs Act*, in *riv. Lavoro e previdenza oggi*, n. 3-4/2015, p. 141 ss.

SALA D., *La riforma Fornero al vaglio della giurisprudenza: riflessi processualistici della espressa detraibilità dell'aliunde perceptum*, in *Giustizia Civile*, n. 3/2015

SANTAGATA DE CASTRO R.- SANTUCCI R., *Discriminazioni ed onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (Parte I)*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 3/2015, p. 534 ss.

SANTAGATA DE CASTRO R.- SANTUCCI R., *Discriminazioni ed onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (Parte II)*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 4-5/2015, p. 820 ss.

SPEZIALE V., *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, n. 259/2015

Studio legale Fava&Associati (A cura di), *Jobs Act 2015: le nuove regole del licenziamento*, in *Diritto & pratica del lavoro*, n. 34-35/ 2015

TARQUINI E., *I licenziamenti discriminatori e nulli*, in *Nuovo mercato del lavoro*, 2013, p. 253 ss.

TOSCHI R., *Licenziamento ritorsivo: rapporto e interferenza con il licenziamento discriminatorio*, in *Giustizia Civile*, n. 4/2015

VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro, Vol. II- Il rapporto di lavoro*, Padova, 2002

VELTRI A., *Il nuovo articolo 18 nella giurisprudenza italiana*, in *WP Adapt University Press*, 2013

VILLA E., *Tutela applicabile al licenziamento disciplinare illegittimo per difetto di proporzionalità*, in *Giustizia Civile*, n. 4/2014

ZOPPOLI A., *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, n. 260/2015

ZUCARO R., *Licenziamento discriminatorio: profili sostanziali e processuali dopo la riforma Fornero*, in *BollettinoADAPT*, 2012

RIASSUNTO

Nel 2012, attraverso una catena di richiami normativi, il legislatore ha ridisegnato i confini del licenziamento discriminatorio disciplinato dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, pervenendo così ad un elenco ricco, ma secondo molti non esaustivo, delle discriminazioni punite con la sanzione più severa prevista dallo stesso articolo. L'elenco, oggetto di ampi dibattiti, comprende dati oggettivi e dati soggettivi scaturenti dalle scelte dell'individuo: la razza, la lingua, il sesso, l'handicap e l'età rientrano nella prima categoria, mentre, il credo politico, la religione, l'appartenenza ad un sindacato, la partecipazione ad attività sindacali, l'orientamento sessuale e le convinzioni personali rientrano nella seconda categoria. Una parte della dottrina ritiene che l'elenco dei fattori di discriminazione, che emerge dalla ricostruzione normativa, abbia natura tassativa e, come tale, debba essere interpretato ed applicato dalla giurisprudenza. Il tentativo del legislatore di aggiornare negli anni l'elenco dei fattori di rischio, includendo i fattori emergenti, sembrerebbe suggerire che sia preferibile un'interpretazione tassativa; a sostegno della stessa tesi, inoltre, va ricordato che la tutela reintegratoria piena, in quanto sanzione massima prevista dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, dovrebbe essere applicata solo ad alcuni casi individuati dal legislatore, circoscritti e particolarmente gravi. Il rischio di un'interpretazione *non* tassativa, dell'elenco dei fattori di discriminazione, consiste nel fatto che la giurisprudenza potrebbe ricondurre alla fattispecie del licenziamento discriminatorio ogni caso di licenziamento in cui il lavoratore rientra in una delle categorie protette, a prescindere dal nesso causale tra il motivo del licenziamento e l'appartenenza ad una delle categorie a rischio, estendendo, così, l'ambito di applicazione della tutela reintegratoria piena. Un'altra parte della dottrina, che concettualmente si colloca sul versante opposto, sostiene che l'elenco dei fattori di rischio

abbia una natura *non* tassativa, ma piuttosto “*esemplificativa*”, e che debba essere sanzionato qualsiasi tipo di atto discriminatorio essendo, il diritto a non essere discriminati, un diritto assoluto.

L'accoglimento della prima tesi comporterebbe l'esclusione di quei fattori di rischio “dimenticati” dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori: l'accertata infezione da HIV e l'origine etnica, ipotesi *tipiche* ma non contemplate dall'articolo 18. Il licenziamento avvenuto a causa dell'accertata infezione da HIV può comportare l'applicazione della cd. nullità di diritto comune, o, secondo diversa interpretazione, l'applicazione della cd. nullità statutaria, costituendo, il divieto di cui al comma 5 dell'articolo 5 della legge n. 135 del 1990, un'ipotesi di nullità “virtuale” riconducibile, quindi, agli “altri casi di nullità previsti dalla legge”. Il licenziamento avvenuto a causa dell'origine etnica, spesso confusa con la “razza”, al pari del licenziamento avvenuto per accertata infezione da HIV, può comportare l'applicazione della cd. nullità di diritto comune, o, diversamente, l'applicazione della cd. nullità statutaria, costituendo, il divieto di discriminazione di cui all'articolo 1 della direttiva 2000/43/CE, un'ipotesi di nullità “virtuale” riconducibile agli “altri casi di nullità previsti dalla legge”.

Nel linguaggio legislativo italiano, “divieto di discriminazione” è divenuto sinonimo di “principio della parità di trattamento” quando il decreto legislativo n. 216 del 2003 ha attuato la direttiva 2000/78/CE, contenente un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Col suddetto principio si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione, diretta o indiretta, basata sulla religione, le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. Specificatamente, sussiste discriminazione diretta quando una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga; sussiste, invece, discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente

neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone rientranti in una categoria speciale. La direttiva comunitaria e, sulla sua scia, il decreto attuativo, hanno disposto delle eccezioni, generali e specifiche, al principio della parità di trattamento, al fine di garantire un equilibrio tra il diritto del lavoratore a mantenere il posto di lavoro ed il diritto del datore di lavoro a recedere dal contratto: il comma 2, dell'articolo 2 della direttiva, fissa un'eccezione generale al principio della parità di trattamento stabilendo che, in relazione alla discriminazione indiretta, una disparità di trattamento non costituisce una discriminazione se oggettivamente giustificata da una finalità legittima e se i mezzi impiegati per il suo conseguimento sono appropriati e necessari. Rappresentano eccezioni specifiche al principio della parità di trattamento i commi 1 e 2, dell'articolo 4 della direttiva, con riferimento alla natura dell'attività lavorativa, al contesto in cui essa viene espletata, alle attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali. L'articolo 6, infine, stabilisce che gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento, in ragione dell'età, non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari.

L'articolo 6 della direttiva 2000/78/CE è stato il dato normativo decisivo nella sentenza della Corte d'appello di Milano del 15 aprile 2014, NR. 1044/2013. Il ricorrente era stato assunto dalla società convenuta il 14 dicembre 2011 con un "contratto a chiamata" a tempo determinato, di iniziali quattro mesi, poi prorogato, fino al 10 dicembre 2011, con un contratto di lavoro intermittente e sperimentale disciplinato dall'articolo 34 del decreto legislativo n. 276 del 2003, poi convertito il 1 gennaio 2012 in contratto intermittente e sperimentale a tempo indeterminato. Il comma 2

dell'articolo 34 del decreto legislativo n. 276 del 2003 prevede che, in via sperimentale, il contratto di lavoro intermittente possa essere concluso anche per prestazioni rese da soggetti in stato di disoccupazione, con meno di 25 anni di età; condizioni presenti al momento della stipulazione del contratto tra il ricorrente e la convenuta. Il 26 luglio 2012 veniva comunicato al lavoratore che, avendo egli compiuto 25 anni, ed essendo venuto meno il requisito soggettivo dell'età, il rapporto di lavoro era da considerarsi cessato alla suddetta data. La Corte, accertata la contrarietà dell'articolo 34 del decreto legislativo n. 276 del 2003 all'articolo 6 della direttiva 2000/78/CE, nella parte in cui non presenta una *finalità legittima e mezzi appropriati e necessari*, ha stabilito che il requisito dell'età non può giustificare l'applicazione di un contratto più pregiudizievole di un ordinario contratto a tempo indeterminato ed, inoltre, che il compimento del 25° anno non giustifica la risoluzione del contratto. Di conseguenza, tenuto conto del contenuto discriminatorio dell'articolo 34 del decreto legislativo n. 276 del 2003, è stato censurato il comportamento della convenuta che ha proceduto all'assunzione del lavoratore con un contratto intermittente esclusivamente sulla base della sua età anagrafica ed è stato dichiarato nullo il licenziamento, in quanto discriminatorio, avvenuto per il solo compimento del 25° anno di età, con conseguente applicazione della tutela reintegratoria piena.

La formula giuridica che prevede la gradualità delle tutele, introdotta dalla legge n. 92 del 2012, ha ridotto l'ambito di applicazione della tutela reintegratoria piena a pochi casi particolarmente gravi, tra cui il licenziamento discriminatorio, con la conseguenza di rendere molto allettante per il lavoratore il ricorso alla tutela antidiscriminatoria. In sostanza, la corsa a questa fattispecie di licenziamento, ora particolarmente rilevante, può condurre ad una sovrapposizione dell'area del licenziamento ingiustificato e del licenziamento discriminatorio; le due fattispecie differiscono sotto molteplici punti di vista anche se la mancanza di

motivazione del licenziamento (insufficiente o non apposta affatto) è un elemento indiziario di un licenziamento discriminatorio.

La riforma Fornero ha ampliato la lista delle fattispecie di licenziamento nullo, disciplinata dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, introducendo il licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio, il licenziamento intimato in violazione del TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità, gli altri casi di nullità previsti dalla legge ed il motivo illecito determinante. Così, a partire dal 28 giugno 2012, al licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio è applicata la tutela reintegratoria piena e non più la (più debole) tutela disciplinata dai commi 6, 7, 8 e 9 dell'articolo 35 del decreto legislativo n. 198 del 2006; quest'ultimo, per temperare il divieto di recesso del datore di lavoro, durante il periodo del matrimonio, individua delle ipotesi legittime di licenziamento: colpa grave costituente giusta causa, cessazione dell'attività dell'azienda, ultimazione della prestazione per la quale era stata effettuata l'assunzione, o, infine, risoluzione del rapporto di lavoro per scadenza del termine.

A seguito della riforma del 2012, al licenziamento intimato in violazione del TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità è applicata la cd. nullità statutaria anziché la (più debole) nullità di diritto comune, con un indiscusso miglioramento per la tutela a favore del lavoratore ingiustamente licenziato. Il comma 1 dell'articolo 54 del decreto legislativo n. 151 del 2001 sancisce il divieto di licenziare la lavoratrice durante il periodo della gravidanza, fino al compimento di un anno di età del bambino; tale divieto opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza. Tuttavia, in base allo stesso principio di temperamento esposto pocanzi, il comma 3 individua delle ipotesi di licenziamento legittimo: colpa grave costituente giusta causa, cessazione dell'attività dell'azienda, ultimazione della prestazione, risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine, o, infine,

esito negativo della prova. La stessa tutela prevista per la lavoratrice madre è estesa al lavoratore padre, in tutti le ipotesi in cui il padre deve occuparsi del bambino per impossibilità della madre; il lavoratore e la lavoratrice non possono, inoltre, essere licenziati a causa della domanda o della fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino. Il comma 9, infine, estende le ipotesi appena analizzate anche al caso di adozione o affidamento.

Il licenziamento della lavoratrice madre, durante i periodi di protezione, può configurarsi anche come “atto di recesso discriminatorio basato sul genere sessuale”, con conseguente applicazione della tutela prevista per il licenziamento discriminatorio. Questa strada alternativa, in realtà, assume particolare rilevanza alla luce del decreto legislativo n. 23 del 2015 che, a differenza dell’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, non contempla la fattispecie di licenziamento nullo ai sensi dell’articolo 54 del decreto legislativo n. 151 del 2001. La giurisprudenza potrà orientarsi verso la debole tutela di diritto comune, o verso la più forte tutela reale, scegliendo, in quest’ultimo caso, tra la nullità in ragione della sussistenza di una discriminazione di genere e la nullità espressamente prevista dalla legge costituendo, il comma 5 dell’articolo 54 del decreto legislativo n. 151 del 2001, un’ipotesi di nullità “testuale”.

Gli altri casi di nullità, per il momento *non espressamente* previsti dalla legge, rappresentano una formula giuridica “aperta” che si riferisce alle ipotesi in cui il datore di lavoro, licenziando il lavoratore, viola una norma di condotta che prevede il divieto di licenziare il lavoratore (nullità “espressa”) o il diritto del lavoratore a conservare il posto di lavoro (nullità “implicita”), con conseguente nullità dell’atto di recesso. La sanzione della nullità può essere contenuta nella norma stessa (cd. nullità “testuale”) o può essere applicata ai sensi dell’articolo 1418 c.c. (cd. nullità “virtuale”).

Tra gli “altri casi di nullità previsti dalla legge” rientra, ad esempio, il contratto in frode alla legge, disciplinato dall’articolo 1344 c.c., secondo

cui è illecita la causa del contratto (anche) quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa; il contratto, quando la causa è illecita, ai sensi dell'articolo 1418 c.c., è nullo. Il trasferimento d'azienda, negli ultimi anni, ha rappresentato il terreno più fertile per una diffusione giudiziale di questo istituto.

Il motivo illecito determinante, ultima delle cause di nullità del licenziamento individuate dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, è una fattispecie introdotta dalla riforma Fornero, ma ampiamente diffusa in giurisprudenza prima dell'intervento del legislatore nel 2012. La giurisprudenza ha sempre ricondotto il licenziamento intimato per motivo illecito determinante al licenziamento discriminatorio ritenendo il recesso datoriale, nel caso di specie, particolarmente odioso e quindi degno della sanzione massima, in alternativa punibile con la cd. nullità di diritto comune; tuttavia, il motivo illecito determinante ha una natura diversa dalla discriminazione e la riforma ha voluto appunto fare chiarezza sulle due fattispecie destinando al motivo illecito un proprio spazio. Il motivo è illecito quando è contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, ma la giurisprudenza fa rientrare in questa fattispecie anche il licenziamento ritorsivo o per rappresaglia. In più occasioni è stato chiarito il significato di licenziamento ritorsivo o per rappresaglia, definito come l'ingiusta ed arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito (diretto) o di altra persona ad esso legata e, pertanto, accomunata nella reazione (indiretto), che attribuisce al licenziamento il connotato dell'ingiustificata vendetta. L'articolo 1345 c.c., vuole che il contratto sia nullo se il motivo illecito è determinante, esclusivo e comune ad entrambe le parti; tuttavia, essendo il recesso del datore di lavoro un atto unilaterale, non è richiesta la condivisione del motivo illecito. Molti dubbi sono sorti invece sull'omissione, nell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, del requisito della "esclusività". Alcuni ritengono che il legislatore abbia voluto positivamente omettere il requisito in questione,

creando una nuova tipologia di motivo illecito; al contrario, altri ritengono che sia sufficiente il richiamo dell'articolo 1345 c.c. per includerlo tra i requisiti richiesti. La differenza tra l'una e l'altra interpretazione non è di poco conto ed ha importanti risvolti sul piano pratico: l'ambito di applicazione oggettivo della tutela si estenderebbe nel primo caso e si restringerebbe nel secondo. In altre parole, l'apposizione da parte del datore di lavoro di un ulteriore motivo di licenziamento lecito (rispetto al motivo illecito), porterebbe il Giudice a dichiarare ugualmente nullo il licenziamento nel primo caso ed escluderebbe, invece, la nullità del licenziamento nel secondo caso.

La disciplina fin qui analizzata si applica a quei rapporti di lavoro che, essendo nati prima del 7 marzo 2015, ricadono nel campo di applicazione dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. Con la lettera "c", comma 7, della legge n. 183 del 2014, il legislatore ha delegato al Governo il compito di prevedere, per le nuove assunzioni, il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio escludendo, per i licenziamenti economici, la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio, limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori ed a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato e fissando termini certi per l'impugnazione del licenziamento. Il decreto legislativo n. 23 del 2015 ha attuato queste disposizioni destinandole agli assunti dopo il 7 marzo 2015: la disparità di trattamento, la cui *ratio* è ancora poco chiara, si concluderà quando l'ultimo contratto di lavoro, stipulato prima di questa data, sarà concluso; tuttavia, durante il lento tramonto dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori continueranno a coesistere due normative che contengono tutele dotate di una diversa intensità, di un diverso campo applicativo, nonché di diverse fattispecie di licenziamento nullo.

L'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015 ha ridisegnato il perimetro del licenziamento nullo, probabilmente tentando di arrestare la tendenza giurisprudenziale nata con la riforma Fornero. Occorre notare che nella riforma del 2012 vi è una forte contraddizione: il legislatore ha modulato la tutela prevista dall'articolo 18, sia per punire in modo proporzionato i licenziamenti illegittimi sia per destinare la sanzione massima solo a pochi casi particolarmente odiosi ma, allo stesso tempo, ha ampliato la lista delle fattispecie di licenziamento nullo con delle disposizioni equivoche che potrebbero essere facilmente sfruttate per un'estensione dell'ambito di applicazione della tutela reintegratoria piena; l'aspetto "sintetico" dell'articolo 2, pertanto, potrebbe essere spiegato proprio dalla volontà di arginare i pronunciamenti giurisprudenziali che avevano trasformato l'articolo 18 in una *"sorta di buco nero dotato di enorme forza attrattiva teorica e pratica"*. A questo orientamento si contrappone quella parte della dottrina che interpreta la sinteticità dell'articolo 2 come la volontà del legislatore di esemplificare il testo e non di escludere i casi di nullità disciplinati dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori.

Lo schema del decreto legislativo, con cui è stato introdotto e disciplinato il contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, presentava al comma 1, dell'articolo 2, un generico divieto di discriminazione, diverso dalla previsione contenuta nel testo attuale. L'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015 deve il suo aspetto al Senato, il quale, con un proprio parere, l'11 febbraio 2015, ha sostenuto che sarebbe stato opportuno definire meglio il perimetro applicativo dello stesso articolo con ripresa, senza variazioni, dell'elenco dei criteri di differenziazione vietati contenuto nell'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori; è così che il testo definitivo individua le stesse tipologie discriminatorie dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. Una parte della dottrina interpreta il generico divieto di discriminazione, contenuto nello

schema del decreto legislativo, poi sostituito dal richiamo dell'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori, come una chiara manifestazione della volontà del legislatore di adottare un'interpretazione non restrittiva dell'elenco delle discriminazioni punibili con la sanzione massima, in quanto ugualmente riprovevoli. È possibile osservare che un approccio selettivo e classificatorio potrebbe determinare l'incostituzionalità dell'articolo 2, del decreto legislativo n. 23 del 2015, per "irragionevolezza", ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione, in virtù del quale deve essere promossa un'eguaglianza sostanziale. Invero, la disparità di trattamento, molto spesso, è necessaria affinché l'eguaglianza formale lasci spazio all'eguaglianza sostanziale; vale a dire che i cittadini sono diversi, da un punto di vista economico e sociale e, dunque, possono necessitare di trattamenti diversi, pur vertendo nella medesima situazione, per essere egualmente tutelati da un punto di vista sostanziale. Pertanto, se necessario ai fini dell'eguaglianza sostanziale, il ragionevole motivo della disparità di trattamento consiste nella necessità di differenziare il trattamento per non rischiare di ledere il diritto del cittadino ad essere tutelato. E, posto che i cittadini lavoratori hanno diritto, tutti, in maniera eguale, a non essere licenziati per ragioni discriminatorie dal datore di lavoro, non è ragionevole destinare una tutela più forte solo a quei casi discriminatori disciplinati dall'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori, prevedendo invece una tutela minore per le altre tipologie discriminatorie. L'applicazione di un trattamento diverso ai lavoratori, il cui licenziamento è discriminatorio, avrebbe senso soltanto in due casi: *i*) qualora i lavoratori si trovassero in situazioni diverse; *ii*) qualora, pur trovandosi nella stessa situazione, vi fosse un ragionevole motivo per operare un trattamento diverso. La prima ipotesi è inammissibile, poiché i lavoratori, il cui licenziamento è discriminatorio, anche se discriminati a causa di caratteristiche personali diverse, sono accomunati da un recesso datoriale che trova fondamento in un motivo egualmente odioso. Peraltro, tale ipotesi sarebbe verificata se le

discriminazioni avessero un grado di lesività diverso: avrebbe senso applicare tutele diverse a lavoratori che vertono in situazioni non eguali, giacché la lesione ha un diverso grado d'intensità; ma non esiste persona o criterio che possano stabilire che un atto discriminatorio leda più di un altro. Ne consegue che questa ipotesi sia definitivamente da escludere. Anche la seconda ipotesi è inammissibile poiché l'eguaglianza sostanziale non può costituire il ragionevole motivo della disparità di trattamento ovvero dell'applicazione di una tutela minore ad ipotesi di licenziamento egualmente odiose: infatti, posto che i lavoratori licenziati per ragioni discriminatorie vertono nella medesima situazione, l'applicazione della cd. nullità di diritto comune, anziché della tutela prevista dall'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015 non può conseguire l'obiettivo del raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale. La questione, comunque, potrebbe essere risolta con una interpretazione "costituzionalmente orientata" della disposizione, che, proprio per evitare le censure di violazione del principio di eguaglianza, estenda l'ambito di applicazione della norma a tutte le discriminazioni previste dalla legislazione nazionale ed europea.

L'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015 non richiama tutte le ipotesi di nullità disciplinate dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, lasciando intendere di voler snellire la lista delle ipotesi di licenziamento nullo, così da restringere l'ambito di applicazione della tutela reintegratoria. In realtà è possibile ritenere che, essendo il licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio ed il licenziamento intimato in violazione del TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità, ipotesi di nullità "testuale", il legislatore le abbia escluse dal testo dell'articolo 2, perché intendeva fossero assorbite dagli "altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge". Nell'articolo 2 manca anche la previsione del motivo illecito determinante, principale causa dell'estensione dell'ambito di applicazione della tutela massima

prevista dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. Ciò, secondo una parte della dottrina, trova una spiegazione proprio nella volontà del legislatore di arginare un certo abuso del motivo ritorsivo in sede giudiziaria, restituendo la fattispecie alla cd. nullità di diritto comune. Nondimeno, anche il motivo illecito determinante potrebbe essere ricondotto agli "altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge": infatti, il comma 2 dell'articolo 1418 c.c. stabilisce che produce nullità del contratto il motivo illecito ai sensi dell'articolo 1345 c.c. La lettura più restrittiva dell'articolo 2 del decreto, nella parte in cui omette le suddette ipotesi di nullità del licenziamento, si presta ad una duplice obiezione di incostituzionalità: in primo luogo potrebbe esservi violazione dell'articolo 76 della Costituzione, per eccesso di delega, nella parte in cui il decreto modifica le fattispecie di nullità senza che gli venisse consentito dalla legge delega; in secondo luogo potrebbe ravvisarsi una violazione dell'articolo 3 della Costituzione, sotto il profilo della ragionevolezza, non comprendendosi per quale ragione, ipotesi di nullità certamente di gravità pari a quelle tassativamente previste dall'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015, dovrebbero essere esenti da una disciplina sanzionatoria che è stata introdotta proprio per il disvalore delle ragioni a fondamento del recesso.

Il legislatore del 2015 non ha invece dimenticato di includere, nel breve elenco delle ipotesi di nullità, gli altri casi di nullità, questa volta, "*espressamente*" previsti dalla legge. L'espressa previsione della nullità ha implicato non pochi problemi interpretativi, il primo quesito che ci si è posti in dottrina è stato: "cosa deve essere espressamente previsto dalla legge, la nullità del licenziamento intimato o, più in generale, la nullità del negozio giuridico?". Come risulta evidente, a seconda della risposta si restringe o si allarga l'ambito di applicazione oggettivo della norma. Un secondo problema interpretativo riguarda la tipologia della nullità, "testuale" e/o "virtuale", a cui l'articolo 2 fa implicitamente riferimento con la previsione dell'avverbio "*espressamente*": si parla di nullità "testuale" quando la

violazione di una specifica norma imperativa comporta espressamente la nullità del contratto o dell'atto che l'hanno violata, invece, nel caso della nullità "virtuale", essendo posto semplicemente il precetto dell'osservanza della norma imperativa senza che sia esplicitata la sanzione per l'inottemperanza, l'applicazione della nullità deriva dal comma 1 dell'articolo 1418 c.c., secondo cui il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative. La previsione dell'avverbio "espressamente" sembra suggerire che debbano rientrare nel contenitore giuridico degli "altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge" solo i casi di nullità "testuale", ma non manca chi sostiene che debba essere abbracciata un'interpretazione estensiva della norma includendo, quindi, anche i casi di nullità "virtuale".

Tra le novità introdotte dal decreto legislativo n. 23 del 2015, in tema di licenziamento ingiustificato, una in particolare potrebbe avere delle ricadute (anche) su alcune delle fattispecie di licenziamento nullo. Con il decreto appena citato, il legislatore ha riservato la reintegrazione nel posto di lavoro, oltre che alle ipotesi di nullità ed inefficacia del licenziamento, anche (in realtà sarebbe più corretto dire "solo") alla insussistenza del fatto "materiale" contestato al lavoratore, escludendo la reintegrazione nel caso di condotte punibili con una sanzione conservativa. In altre parole, il datore di lavoro è stato legittimato, in quanto la mancanza di una severa punizione implica una forma di legittimazione, a licenziare, ad esempio, il lavoratore colpevole di un ritardo di dieci minuti, senza che vi sia alcuna forma di "proporzione", a favore della tutela della dignità del lavoratore, tra l'inadempimento e la sanzione. Analogo obiettivo è perseguito dall'introduzione dell'aggettivo "materiale", il quale suggerisce che la reintegrazione sarà disposta dal giudice sono nelle ipotesi in cui il fatto contestato non sia accaduto affatto, senza che rilevi eventualmente la sua connotazione di "inadempimento". Qualora il fatto "materiale", nella sua versione "empiricamente pura", dovesse prevalere su quello "giuridico", rimarrebbero molti dubbi sulla compatibilità sistemica di una previsione che

non dispone la sanzione massima per il datore, o, specularmente, non riconosca la massima tutela a chi viene licenziato per un “fatto”, sì sussistente, ma al limite dell’irrilevante. Si imporrebbe, allora, come suggerito in dottrina, la necessità di trovare un contemperamento nei confronti di un evidente esempio di “ingiustizia sostanziale”, se non di fugare dubbi di costituzionalità per contrasto con la dignità del cittadino lavoratore. Così, in ipotesi di licenziamento per ragioni disciplinari, in caso di fatti chiaramente insufficienti a giustificare il licenziamento, e, a maggior ragione, quando la contestazione ha ad oggetto un fatto lecito, si potrebbe evocare il motivo illecito, quando le circostanze del caso inducano a ritenere, mediante il ricorso a presunzioni, che il recesso sia stato intimato pretestuosamente o quale rappresaglia datoriale a fronte di una specifica azione o rivendicazione da parte del lavoratore. Ancora, potrebbe essere invocata la frode alla legge ai sensi dell’articolo 1344 c.c., quando il datore di lavoro intima un licenziamento disciplinare per un fatto materialmente sussistente, ma dalla rilevanza disciplinare risibile, se non nulla, confidando nella possibilità, garantita dal nuovo regime, di eludere la tutela reale, oggi, prevista unicamente in ipotesi di insussistenza del fatto “materiale” contestato.

Con la sentenza NR. 2219/2016, il Tribunale di Roma ha reintegrato nel posto di lavoro la ricorrente allontanata dall’azienda per fatti “materialmente” insussistenti; tuttavia, altri sono gli aspetti interessanti e, quanto mai attuali, di questa sentenza: la ricorrente, assunta dalla convenuta con un contratto di lavoro part time il 22 gennaio 2016, ha presentato ricorso contro il licenziamento, ritenuto discriminatorio, intimatole il giorno 18 giugno 2015 dimostrando però di far confusione tra il licenziamento ritorsivo ed il licenziamento discriminatorio, in quanto lamentava che il fattore di rischio fosse integrato dal suo essere madre e dal beneficiare dei congedi parentali per malattia di figlio minore dei tre anni. Il licenziamento avvenuto a causa della richiesta di fruizione dei congedi parentali, infatti,

rappresenta, al più, un'ipotesi di nullità del licenziamento ritorsivo per motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 c.c. ,e non un'ipotesi di licenziamento discriminatorio, non trattandosi di un fattore di rischio tipizzato. Difatti, il giudice ha ritenuto evidente che la situazione non potesse essere ricondotta ad alcuna delle ipotesi di discriminazione esemplificate positivamente, confermando, così, la natura tassativa dell'elenco dei fattori di rischio. Ed ha notato che, seppure si volesse trascurare l'assenza del fattore di rischio dall'elenco dei fattori tipici, la ricorrente non ha assolto, comunque, l'onere di allegare fatti sintomatici della situazione di svantaggio in cui si sarebbe trovata rispetto ad altri, estranei al fattore - asserito - di rischio vietato. Alla luce di tali premesse, il giudice ha dichiarato del tutto infondata la pretesa di ritenere nullo il licenziamento impugnato per discriminatorietà. Tuttavia, il giudice non ha potuto accertare neanche la ritorsione mancando i fatti e le circostanze che dimostrino il nesso causale tra l'allontanamento dall'azienda e la richiesta di fruizione dei congedi parentali.

Un'altra variazione sostanziale di cui è artefice il legislatore del 2015, con il fondamentale contributo del Senato, consiste nell'applicazione della tutela reintegratoria, prevista per il licenziamento nullo, al caso di accertato difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore. In dottrina sono sorti, sin dal principio, profondi dubbi sulla ragione di una simile parificazione delle tutele e, soprattutto, su quali fossero gli esatti contorni della fattispecie ricondotta al "licenziamento dei disabili". È molto chiara la logica sottostante lo spostamento dell'ipotesi di "difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore": è configurabile, anche, come un licenziamento discriminatorio, assimilazione confermata anche dall'utilizzo del termine "disabilità". Tuttavia, tale assimilazione non sembra essere molto convincente sul piano qualificatorio dato che è il legislatore stesso ad individuare nel recesso in esame un'ipotesi di "difetto di giustificazione",

escludendo così il suo completo assorbimento all'interno della discriminazione, a prescindere dal fatto che il rimedio prescelto sia il medesimo. Probabilmente la spiegazione risiede nel tentativo di non superare il contenuto della delega nella parte in cui disponeva che il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti limitasse il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli, discriminatori, e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato.

Il comma 4 dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015, ed il comma 7 dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, richiamano la legge n. 68 del 1999 la quale, insieme alla tutela antidiscriminatoria, rappresenta l'impianto normativo per la difesa del diritto della persona disabile ad acquisire e conservare il posto di lavoro. Il comma 4, dell'articolo 4 della legge n. 68 del 1999, e l'articolo 5 della direttiva 2000/78/CE, individuano due principi di equilibrio tra il diritto del lavoratore disabile a mantenere il posto di lavoro ed il diritto di recesso del datore di lavoro. In virtù dei principi normativi appena citati, il licenziamento del lavoratore disabile non difetta di giustificazione quando il datore di lavoro dimostra di non poter adibire il lavoratore inabile a mansioni equivalenti o inferiori e, non è discriminatorio, quando i provvedimenti che il datore di lavoro dovrebbe prendere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire al disabile di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione, e di ricevere una formazione, richiedano un onere finanziario sproporzionato.

Numerosi sono i dubbi che accendono il dibattito sulla *ratio* che sottende la disparità di trattamento realizzata tra gli assunti prima e dopo il 7 marzo 2015. Essendo, la nuova disciplina dei licenziamenti, contenuta in una "nuova" tipologia contrattuale, almeno sembrerebbe non essere violato il criterio cronologico secondo il quale, in caso di contrasto tra due norme, ovvero fonti equiparate aventi lo stesso grado nel sistema delle fonti, si deve preferire quella più recente, sulla base del brocardo *lex posterior*

derogat priori, con conseguente abrogazione della precedente norma. Non sono invece sopiti i dubbi di illegittimità costituzionale per contrasto con l'articolo 3 della Costituzione, sia sotto il profilo della disparità di trattamento, sia sotto quello della ragionevolezza. È dunque necessario accertare che la norma realizza un trattamento diverso in funzione di un ragionevole motivo, consistente (forse) nel trascorrere del tempo? O nel fatto che la “nuova” disciplina attenga ad una “nuova” e “diversa” (forse) tipologia contrattuale? O magari nell'obiettivo di migliorare le condizioni occupazionali? La risposta non è ancora arrivata da chi ha scelto di “*tutelare a tratti un po' di più ed a tratti un po' di meno*” gli assunti dopo il 7 marzo 2015. Altri dubbi sono stati sollevati sull'incostituzionalità del decreto per l'eccesso di delega, ai sensi dell'articolo 76 della Costituzione: infatti, la legge delega limitava l'operatività del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti alle nuove assunzioni, con esclusione quindi dei contratti di lavoro stipulati prima del 7 marzo 2015. Il decreto legislativo sembra superare questo confine in due punti: quando, con il comma 2, dell'articolo 1, prevede che le disposizioni si applichino anche nei casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del decreto, di contratto a tempo determinato, o di apprendistato, in contratto a tempo indeterminato, e quando con il comma 3, dell'articolo 1, prevede una sorta di “incentivo all'assunzione” consistente nell'applicabilità delle disposizioni del decreto agli assunti prima del 7 marzo, per il datore di lavoro che, a causa di nuove assunzioni avvenute dopo il 7 marzo con un contratto a tempo indeterminato, supera le soglie dimensionali disciplinate dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori.

I lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 e quelli assunti dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina condividono il controverso regime probatorio nel caso di licenziamento discriminatorio, secondo il quale l'onere probatorio ricade, quasi interamente, sul lavoratore leso. Il lavoratore che agisce in giudizio deve allegare, e poi provare, il fatto

costitutivo della domanda, dimostrando di aver subito una discriminazione diretta o indiretta, provando, nel primo caso, che un altro lavoratore è stato o sarebbe stato trattato più favorevolmente, o, nel secondo caso, che un criterio o una prassi apparentemente neutri lo hanno messo in una posizione di particolare svantaggio. L'accertamento di una discriminazione implica non soltanto la verifica dell'esistenza di una differenziazione nel trattamento di soggetti diversi, bensì la prova della riferibilità della differenza ad un fattore di discriminazione. La difficoltà di reperire le informazioni utili alla valutazione della natura discriminatoria dell'atto, gelosamente custodite nel contesto proprio del datore di lavoro, dà luogo ad una *probatio diabolica* a carico del lavoratore, che, inevitabilmente compromette l'efficacia della tutela antidiscriminatoria.

Il lavoratore *non* assunto, che intende dimostrare di aver subito una discriminazione non essendo stato preferito nell'assunzione, deve allegare alla domanda informazioni riguardanti le caratteristiche professionali della figura che sarebbe stata inserita in azienda, per la quale il lavoratore si era proposto, il *curriculum* del lavoratore poi assunto al suo posto ed i criteri utilizzati per la selezione. Tale onere è quasi impossibile da assolvere alla luce del fatto che il lavoratore *non* assunto non ha il diritto di ottenere, senza il consenso del datore di lavoro, le informazioni utili a dimostrare la discriminazione subita, pur costituendo, il rifiuto del datore, una prova indiziaria.

Il lavoratore, licenziato o *non* assunto affatto, può convincere il Giudice della natura discriminatoria dell'atto posto in essere dal datore di lavoro, anche, mediante fatti secondari indizianti, cioè mediante presunzioni, più facilmente note al lavoratore, che, secondo i requisiti dettati dall'articolo 2729 c.c., devono essere gravi, precise e concordanti. La condizione di parziale efficacia della tutela antidiscriminatoria ha spinto il legislatore ad alleggerire il carico probatorio del lavoratore, per compensare la sua condizione di svantaggio in sede processuale, con il comma 4

dell'articolo 28 del decreto legislativo n. 150 del 2011, che prevede l'utilizzo dei dati statistici ai fini probatori ed esclude i requisiti della gravità, della precisione e della concordanza. La nuova formulazione lascia maggiore libertà al Giudice in ordine agli elementi costitutivi del proprio convincimento, perché non prestabilisce, in modo generale e necessario, cosa occorra per ritenere raggiunta la prova presuntiva.

L'impegno del legislatore dell'Unione europea e, poi quello del legislatore nazionale, nel massimizzare l'efficacia della tutela antidiscriminatoria, si riscontra anche nel tentativo di migliorare il modello di attivazione della tutela giudiziale. È indubbio, infatti, che la normativa antidiscriminatoria passata evidenziasse elementi di criticità, in quanto privilegiava un modello di attivazione della tutela giudiziale di stampo individualistico ed essenzialmente subordinato all'iniziativa individuale. Per rafforzare l'efficacia della disciplina e perseguire, altresì, un fine di giustizia sociale, la normativa prodotta nell'ultimo decennio ha cercato di muoversi in un'ottica in parte diversa da quella tradizionale, delineando nuove e più sofisticate tecniche di tutela processuale che si collocano in una dimensione collettiva e/o pubblica.

Dimostrata dal lavoratore l'esistenza di un trattamento differenziato, è richiesto al datore di lavoro di provare l'inesistenza della discriminazione e, quindi, di allegare e dimostrare fatti specifici, obiettivamente verificabili, dai quali sia desumibile l'esistenza di una ragione non discriminatoria del trattamento differenziato, ovvero la riferibilità del trattamento a fattori diversi da quelli protetti, restando in suo danno l'insufficienza di una simile prova. Il datore di lavoro, presunto autore della discriminazione lamentata in giudizio, onerato della prova liberatoria, può dimostrare che non ricorrono i presupposti per l'applicazione della normativa antidiscriminatoria, giustificando la disparità di trattamento, ad esempio, appellandosi ad una delle eccezioni sancite dalla direttiva comunitaria 2000/78/CE, attuata dal decreto legislativo n. 216 del 2003, e contenente

un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

L'onere probatorio del datore di lavoro può ridursi ad una prova attenuata, o *semiplena probatio*, in tutti quei casi in cui è compromesso il diritto alla riservatezza del lavoratore che lamenta l'atto, il patto, o il comportamento discriminatorio. Il datore di lavoro può assolvere la *semiplena probatio* limitandosi, ad esempio, a prendere formalmente le distanze dalle dichiarazioni del lavoratore, o dichiarando che l'azienda si è dotata di disposizioni dirette a garantire il principio della parità di trattamento. Quando il fattore di rischio, protagonista della discriminazione lamentata in giudizio, è la razza, la lingua, il sesso, l'handicap o l'età, il datore di lavoro non rischia di ledere il lavoratore divulgando informazioni attinenti ad esso; al contrario, quando il fattore di rischio consiste nel credo politico, nella religione, nell'appartenenza ad un sindacato, nella partecipazione alle attività sindacali, nell'orientamento sessuale o nelle convinzioni personali, non si tratta più di dati oggettivi, noti, e come tali divulgabili, ma di fattori che sono il frutto di scelte dell'individuo ed appartengono alla sua sfera privata.

Ha un ruolo centrale, nel regime probatorio riguardante il licenziamento discriminatorio, il dibattito circa la natura oggettiva o soggettiva, della presunta discriminazione. Il primo orientamento privilegia la natura oggettiva, disprezzando la ricerca dell'intenzionalità della condotta discriminatoria del datore di lavoro, mentre, il secondo orientamento è ancorato alla natura soggettiva della discriminazione, richiedendo, ai fini della dichiarazione di nullità e dell'applicazione della sanzione, la verifica dell'intenzione discriminatoria del datore di lavoro. Coloro che aderiscono al primo orientamento difendono il diritto del lavoratore a ricevere un trattamento equo e non discriminatorio ricercando, nella circostanza lesiva, la prova dell'oggettiva lesione del diritto a non essere discriminati. Ai fini probatori, la ricerca dell'oggettiva lesione del

diritto del lavoratore a non subire una disparità di trattamento, implica un onere probatorio minore, rispetto al caso in cui bisogna indagare l'*animus* del datore di lavoro. Il secondo orientamento, preferendo una lettura soggettiva della natura della discriminazione, richiede che venga effettuata l'indagine dell'*animus* del datore di lavoro, al fine di provare che la discriminazione subita dal lavoratore non sia stata il frutto di scelte sfortunate e non dolose del datore di lavoro, ma, che l'intento del datore di lavoro fosse proprio quello di applicare al lavoratore un trattamento peggiore a causa della sua appartenenza ad una categoria protetta. La ricerca dell'intenzionalità lesiva potrebbe sacrificare l'efficacia della tutela antidiscriminatoria, onerando il lavoratore di un carico probatorio maggiore; ed è proprio per evitare un peggioramento delle condizioni probatorie del lavoratore che il legislatore comunitario, con le direttive degli ultimi anni, ha abbracciato la tesi della natura oggettiva del licenziamento discriminatorio. Infatti, la normativa dell'Unione europea, in tema di discriminazioni, si riferisce unicamente alla valutazione dell'esistenza di una discriminazione, non richiedendosi né la consapevolezza né l'intenzionalità, della sua produzione in capo all'autore. Tale impostazione, sebbene fatta propria dalle istituzioni dell'Unione europea, non sembra essere ancora stata accolta dalla giurisprudenza italiana, che richiede tutt'oggi la verifica della sussistenza dell'elemento intenzionale in capo al datore di lavoro, al fine della configurabilità della discriminazione.

Per comprendere al meglio la portata degli effetti prodotti dal licenziamento nullo, è opportuno analizzare gli interventi legislativi che, susseguendosi negli anni, hanno modificato le tutele applicabili alle diverse ipotesi di licenziamento illegittimo dando luogo a delle pericolose tendenze. Nel 1970, con la legge n. 300, il legislatore introdusse la tutela reale, per sostituire, in alcune ipotesi espressamente individuate, la (più debole) tutela obbligatoria disciplinata dalla legge n. 604 del 1966 e la tutela di diritto

comune. La tutela reale, che trovava applicazione, se superate le soglie dimensionali disciplinate dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, nel caso di licenziamento inefficace perché intimato in forma orale, nullo perché discriminatorio o nel caso di licenziamento ingiustificato, prevedeva che il datore di lavoro corrispondesse al lavoratore un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto, dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione ed i contributi assistenziali e previdenziali maturati durante lo stesso periodo; in ogni caso, la misura del risarcimento non poteva essere inferiore a cinque mensilità. Fermo restando il diritto al risarcimento del danno, al prestatore di lavoro era data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto. Alla luce del disequilibrio, quantitativo e qualitativo, esistente tra la tutela reale e la tutela obbligatoria, non sorprende la tendenza, diffusasi tra i datori di lavoro, a mantenere l'organico sotto le soglie dimensionali previste dalla legge, per non vedersi applicare la gravosa tutela reale.

La legge n. 92 del 2012 ha modificato l'aspetto del vecchio articolo 18 dividendo la precedente tutela in quattro tipologie, la cui intensità varia in base alla gravità del licenziamento intimato. La prima, e più forte, delle quattro (nuove) tutele è destinata al licenziamento nullo o inefficace e trova applicazione a prescindere dal superamento delle soglie dimensionali: la riforma ha modificato le fattispecie di nullità, ampliando l'ambito di applicazione della tutela reale piena, ma ha lasciato, quasi inalterata, la tutela applicabile. Il legislatore del 2012, infatti, non volendo ridurre l'intensità della tutela destinata al lavoratore leso da un licenziamento particolarmente odioso, ha confermato il contenuto, quantitativo e qualitativo, della tutela reale disciplinata dal "vecchio" articolo 18, modificandone solo alcuni aspetti: ha previsto l'applicazione della tutela reale a prescindere dalle dimensioni datoriali, ha specificato che la retribuzione globale di fatto da prendere a riferimento per il calcolo

dell'indennità è “l'ultima retribuzione”, ed ha, inoltre, imposto ai giudici di dedurre dall'indennità risarcitoria l'*aliunde perceptum*, ovvero quanto percepito dal lavoratore, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. Con le modifiche apportate all'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, dalla legge n. 92 del 2012, si era sperato di arrestare le tendenze che, a partire dal 1970, si erano diffuse tra datori attenti a non assumere il sedicesimo dipendente per non ricadere nell'ambito di applicazione della tutela reale e lavoratori licenziati desiderosi di ricevere il più alto risarcimento possibile. L'obiettivo, in parte, è stato raggiunto attraverso la modularità delle tutele che, riducendo la rigidità in uscita nel mercato del lavoro, ha incentivato l'occupazione e gli investimenti esteri. La riforma Fornero non è riuscita a raggiungere risultati altrettanto positivi per quanto attiene il comportamento del lavoratore licenziato, il quale ha dovuto fare i conti con una modifica, quasi radicale, della disciplina previgente, che, in vista del raggiungimento degli obiettivi di politica del lavoro citati, ha inserito, salvo nel caso del licenziamento nullo o inefficace, ipotesi di tutele più svantaggiose. La riforma del 2012, riservando un nuovo e “privilegiato” spazio al licenziamento nullo con la previsione della tutela reale a prescindere dalle dimensioni datoriali, ha dato avvio ad una “corsa al licenziamento nullo”. Il lavoratore, infatti, onde evitare di ricadere nell'ambito di applicazione della tutela obbligatoria o di vedersi applicare una delle tre nuove (e più deboli) tutele, cercherà, forse forzando le fattispecie, di ottenere la dichiarazione di nullità del licenziamento.

Il legislatore del 2015, seguendo lo stesso criterio logico che ha ispirato la riforma del 2012, ha modificato le fattispecie di nullità senza, tuttavia, ridurre la tutela applicabile a queste ipotesi di licenziamento particolarmente riprovevoli. L'obiettivo che ha ispirato il decreto legislativo del 2015 consiste nel miglioramento delle condizioni occupazionali, riducendo ulteriormente la rigidità in uscita e rafforzando le opportunità d'ingresso nel mondo del lavoro; dall'aspetto dell'articolo 2 del decreto si

può evincere, anche, il tentativo del legislatore di arrestare la corsa al licenziamento nullo, snellendo la lista dei casi di applicabilità della tutela reale; tuttavia, le strade scelte per perseguire queste finalità collidono.

Infatti, la riduzione dell'intensità delle tutele destinate al lavoratore licenziato ingiustamente, con esclusione, salvo alcune ipotesi residuali, della reintegrazione nel posto di lavoro, pur incentivando l'occupazione e gli investimenti esteri, motiva ulteriormente il lavoratore a ricorrere al licenziamento nullo.

Il contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti utilizza, per il calcolo delle indennità, un "nuovo" parametro retributivo: mentre l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, infatti, fa riferimento all'ultima retribuzione globale di fatto, il decreto legislativo n. 23 del 2015 utilizza l'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. L'articolo 2120 c.c., contenente la disciplina del trattamento di fine rapporto, stabilisce che la retribuzione annua comprende tutte le somme, compreso l'equivalente delle prestazioni in natura, corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro, a titolo non occasionale e con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese. Questa nozione si riferisce, alla retribuzione onnicomprensiva, ovvero, comprendente tutto quanto è dovuto dal datore di lavoro al lavoratore quale corrispettivo non della singola prestazione, ma di tutto il programma negoziale. Circa l'inciso "a titolo non occasionale", riferito alle somme corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro, una parte della giurisprudenza, attribuendo un particolare valore al riferimento temporale di questa previsione, ha ritenuto opportuno includere nella base di calcolo, non solo le attribuzioni patrimoniali continuative, ma anche quelle semplicemente periodiche, o comunque non isolate; mentre, sul versante opposto si colloca chi, attribuendo particolare valore al termine "titolo", ha ritenuto di dover comprendere nella base di calcolo ogni emolumento che trova la propria causa "tipica" e "normale" nel contratto di lavoro, a prescindere da

qualsiasi frequenza temporale di corresponsione. La giurisprudenza maggioritaria sembra orientata nel secondo senso ritenendo di dover comprendere tutti gli emolumenti che trovano la loro causa tipica e normale nel rapporto di lavoro cui sono istituzionalmente connessi, anche se non strettamente correlati all'effettiva prestazione lavorativa, ed a prescindere dalla loro frequenza temporale. Molte sono le incertezze anche circa il contenuto della "retribuzione globale di fatto": in alcune sentenze si legge che va computato ogni compenso avente carattere continuativo con esclusione degli emolumenti eventuali, occasionali o eccezionali mentre in altre sentenze si legge che si deve fare riferimento al "trattamento economico normale", inteso come accumulo delle somme che risultano dovute, anche in via non continuativa, purché non occasionale. Pur nella varietà delle pronunce giurisprudenziali, sembra comunque che debba escludersi l'occasionalità dalla nozione di "retribuzione globale di fatto". Ne deriva che la nozione di ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto potrebbe essere, a volte, più ampia di quella relativa alla retribuzione globale di fatto. Va notato, infine, che l'ultima retribuzione di riferimento consiste nell'ultima mensilità di retribuzione nel caso dell'ultima retribuzione globale di riferimento, mentre, nel caso del trattamento di fine rapporto, per ultima retribuzione si deve intendere la retribuzione dell'ultimo anno.

Il legislatore, prima dell'intervento legislativo del 2015, non ha mai avvertito il bisogno di individuare, espressamente, l'ambito di applicazione soggettivo delle tutele previste dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, intendendo sottintesa la loro applicazione ai lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri. La mancanza dell'espressa previsione dell'applicabilità della tutela reale al licenziamento nullo del dirigente, non consentiva, in via interpretativa, di applicare le disposizioni dei primi tre commi dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori anche a questa particolare categoria. Così, costituendo il licenziamento del

dirigente, data la particolarità della carica ricoperta, un caso disciplinato da regole diverse, nel 1990 il legislatore, con la legge n. 108, ha apportato una modifica aggiuntiva al testo dell'articolo 18, prevedendo l'applicabilità della tutela reale al licenziamento nullo del dirigente. Il legislatore del 2015, non ha avuto la stessa accortezza, affermando, al comma 1, dell'articolo 1, del decreto legislativo n. 23, che il regime di tutela nel caso di licenziamento illegittimo disciplinato dal contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, è applicabile ai lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, con esclusione, dunque, dei dirigenti. Tuttavia, l'esclusione dei dirigenti dall'ambito applicativo della nuova disciplina comporta quale unico effetto quello di consentire l'applicabilità dei primi tre commi dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori anche per i contratti dei dirigenti stipulati dopo il 7 marzo 2015. Infine, un'altra novità interessante del decreto del 2015, consiste nell'applicazione della disciplina nei confronti delle c.d. organizzazioni di tendenza, vietata espressamente dall'articolo 4 della legge n. 108 del 1990 con riferimento alla disciplina contenuta nell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. Il comma 2, dell'articolo 9, del decreto legislativo n. 23 del 2015, invece, prevede che ai datori di lavoro non imprenditori, che svolgono, senza fine di lucro, attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione, ovvero di religione o di culto, si applica la disciplina contenuta dal suddetto decreto. È vero che la tutela contro il licenziamento discriminatorio era già stata ritenuta, in via giurisprudenziale, applicabile ai dipendenti delle organizzazioni di tendenza, ma la previsione normativa ha, comunque, un peso notevole, che consente di ravvisare un allargamento delle tutele e una valorizzazione della tutela antidiscriminatoria in un campo particolarmente sensibile.