

Licenziamento discriminatorio: profili sostanziali e processuali dopo la Riforma Fornero

di Rosita Zucaro

Profili sostanziali

La l. n. 92/2012 ha modificato l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, sostituendo alla tutela reale, prevista fino ad oggi per ogni patologia dell'atto di licenziamento, quattro differenti e graduate forme di tutela.

In questo mutato scenario, il licenziamento discriminatorio assume nuova veste, essendo l'unico - assieme a quello basato su motivo illecito determinante *ex art.* 1345 c.c. e alle ipotesi di licenziamento orale e di quello irrogato in periodi di irrecidibilità - in cui trova applicazione la cosiddetta "tutela reintegratoria piena".

Tale regime viene tracciato con precisione dal Legislatore: reintegra del lavoratore (o indennità sostitutiva pari a 15 mensilità); indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto, maturata dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegra, dedotto il c.d. *aliunde perceptum* (ossia quanto percepito nello svolgimento di altre attività, durante il periodo di illegittima estromissione) non inferiore a 5 mensilità; versamento dei contributi previdenziali e assistenziali per lo stesso periodo; pagamento delle sanzioni per omesso o ritardato versamento contributivo.

Le fattispecie interessate da tali conseguenze giuridiche, e che segnano il perimetro del licenziamento discriminatorio, vengono individuate dal Legislatore solo *per relationem*, richiamando quindi la fonte normativa entro cui trovano già una disciplina. È evidente, pertanto, che nell'interpretazione delle disposizioni in tema di licenziamento discriminatorio non possa prescindersi dalla normativa previgente e dalle relative elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali. Il primo aggancio legislativo si rinviene nella l. n. 604/1966 la quale, all'art. 4, sanciva la nullità del «licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali». Successivamente, l'art. 13 della l. 9 dicembre 1977, n. 903, ha ampliato l'elenco di cui all'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, inserendovi le ragioni razziali, di lingua o di sesso. Infine, l'art. 4 del d.lgs. 13 agosto 2003, n. 216, ha aggiunto le ragioni di *handicap*, di età, di orientamento sessuale e di convinzioni personali. La giurisprudenza e la dottrina si sono a lungo interrogate sulla natura tassativa o meno del citato elenco normativo, confrontandosi in un dibattito che con il tempo ha perso importanza, per effetto delle diverse integrazioni via via apportate dal Legislatore, le quali hanno determinato la ricomprensione nel novero della discriminazione di tutte quelle conosciute nella pratica.

Ciò che appare oggi più problematico attiene, quindi, all'esatta determinazione della nozione di "discriminazione". Infatti singole ipotesi di discriminazione hanno un contenuto estremamente ampio, come nel caso delle «convinzioni personali». Il rischio è che un'estensione eccessiva di tali fattispecie finirebbe per contrastare con il sistema di tutele graduate di cui al riformato art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Parte della dottrina teme, pertanto, il rischio che, atteso il fatto che la tutela reintegratoria forte riguarda solo le ipotesi di licenziamento discriminatorio (o nullo o orale), si sia tentati di sostenere che qualsiasi licenziamento arbitrario sia discriminatorio. Il timore è che se questa tendenza ad estendere il significato proprio della tutela antidiscriminatoria si affermasse, essa perderebbe la sua specifica connotazione. Infatti la *ratio* della sua specialità va ricondotta al

particolare disvalore attribuito a diseguaglianze, che nascono da caratteristiche costituenti l'identità soggettiva della persona, e che rendono tali distinzioni qualitativamente diverse da comportamenti scorretti e da distinzioni arbitrarie, ingiustificate o ingiuste che possono colpire indistintamente tutti i lavoratori. La discriminazione non è assimilabile ad altre ipotesi di arbitrarietà e illiceità, perché consente, per il suo rinvio a dati di tipicità sociale, di far ragionamenti comparativi di giustizia, determinando un regime di prova alleggerito e rendendo verosimile quella statistica. Consente inoltre specifiche di rimedi restitutori e inibitori (come piani di azione positiva o di rimozione delle discriminazioni), nonché il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale anche in funzione dissuasiva e in assenza di colpa ⁽¹⁾.

I timori legati ad uno snaturamento della tutela antidiscriminatoria sono evidenti anche nel dibattito dottrinale insorto intorno ad una tesi che suggerisce di considerare come discriminatorio qualsiasi licenziamento ingiustificato. Dottrina minoritaria ⁽²⁾, infatti, partendo dalla considerazione che compito del giurista sia il cercare di ancorare qualsiasi intervento legislativo al sistema giuridico di riferimento, sostiene che la discriminazione vada riconosciuta come ipotesi di illiceità della causa, intendendo per causa non gli effetti tipici dell'atto, ma gli interessi concreti che tramite quegli effetti si vogliono soddisfare. Se il licenziamento, che è un atto connotato da finalità tipica, non persegue gli unici interessi protetti dall'ordinamento, allora dovrà ritenersi che abbia una causa illecita ed è pertanto discriminatorio. Sulla base di tale considerazione, viene specificato che nel caso dei negozi unilaterali (com'è l'atto di licenziamento), dove causa e motivi finiscono per confondersi, per produrre la nullità dell'atto è necessario che il motivo illecito sia determinante, ma non anche comune e neppure esclusivo e che i divieti di discriminazione – in quanto patologie della causa – rilevino sul piano oggettivo, a prescindere dal motivo soggettivo e psicologico, che ha indotto il datore di lavoro a porre in essere l'atto ⁽³⁾.

Pertanto, secondo tale tesi dottrinale, la mancanza di una giustificazione tipica non può che collegare il recesso a caratteristiche, opinioni, scelte della persona del lavoratore prive di attinenza con la prestazione lavorativa. E ciò rispecchierebbe l'evoluzione dell'ordinamento: l'inclusione di fattori di discriminazione nuovi accanto a quelli classici avrebbe già dilatato il novero degli interessi vietati fino a ricomprendere qualunque finalità, oggettivamente perseguita, diversa da quelle positivamente ammesse dall'ordinamento.

Tale tesi non ha trovato, però, ad oggi molti consensi, e la critica alla stessa si basa innanzitutto sulla considerazione che il rapporto fra giustificazione e discriminazione non è binario, ossia non ogni licenziamento ingiustificato è discriminatorio e, d'altra parte, non può escludersi neppure che un licenziamento sia discriminatorio solo perché sussiste una giustificazione tipica ⁽⁴⁾. Ad ogni buon conto, in attesa di quelli che saranno gli indirizzi maggioritari della giurisprudenza, tale tesi per quanto affascinante, sembra non trovare conferma nell'intento del Legislatore, che ha voluto graduare le sanzioni in caso di licenziamento illegittimo legandole a determinate condizioni applicative.

Profili processuali

La Riforma Fornero ha, inoltre, introdotto un nuovo rito per i licenziamenti che interessa quelle controversie instaurate successivamente alla sua entrata in vigore. Esso, caratterizzato da informalità e celerità, presenta analogie con quello disciplinato dall' art. 28 Statuto dei Lavoratori.

⁽¹⁾ M. Barbera, *Il licenziamento discriminatorio alla luce dell'ordinamento dell'Ue e delle sue ricadute sull'ordinamento nazionale* (versione provvisoria), intervento alla Tavola Rotonda "Discriminazione e licenziamento dopo la l. n. 92/2012: profili sostanziali e processuali", 5 dicembre 2012, p. 5

⁽²⁾ Tale dottrina è in particolare espressione del pensiero di m.t. carinci, espresso per la prima volta in occasione del Convegno AIDLASS del 7, 8, 9 giugno 2012.

⁽³⁾ M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi* (versione provvisoria), Relazione al Convegno AIDLASS, 7, 8, 9 giugno 2012, p. 28.

⁽⁴⁾ Per approfondimenti sul punto, si veda M. Barbera, *Il licenziamento discriminatorio alla luce dell'ordinamento dell'Ue e delle sue ricadute sull'ordinamento nazionale* (versione provvisoria), intervento alla Tavola Rotonda "Discriminazione e licenziamento dopo la l. n. 92/2012: profili sostanziali e processuali", 5 dicembre 2012, p. 8, 9.

Viene così tratteggiato un procedimento giudiziario che presenta regole speciali e viene collocato su una corsia preferenziale. Il citato rito ha inizio attraverso una fase sommaria non cautelare, con istruttoria deformatizzata, e si conclude con un'ordinanza immediatamente esecutiva, opponibile nelle forme del processo del lavoro e non sospensibile o revocabile, se non con il provvedimento che definisce il giudizio. L'opposizione, stante il carattere non cautelare della fase sommaria, deve ritenersi vada trattata da giudice differenti e deve essere decisa con sentenza - la cui motivazione va depositata entro dieci giorni - reclamabile davanti alla Corte d'Appello. Inoltre, alla trattazione delle controversie suddette devono poi essere riservati particolari giorni d'udienza e, la Corte di Cassazione, ove investita da ricorso avverso la sentenza d'appello, deve fissare l'udienza entro sei mesi.

Senza dilungarsi ulteriormente sul nuovo rito, ciò che interessa qui evidenziare è se con la sua introduzione, il lavoratore possa ugualmente scegliere tra esso o quello richiamato dall'art. 28 d.lgs. n. 150/2011. Per fornire una risposta a tale interrogativo, occorre cercare di comprendere se il nuovo rito possa ritenersi o meno esclusivo. Secondo alcuni ⁽⁵⁾ il dato testuale contenuto nell'art. 1 comma 48, l. n. 92/2012 - «la domanda avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento di cui al comma 47 si propone con ricorso al Tribunale in funzione di giudice del lavoro» - dovrebbe far propendere per l'esclusività del rito laddove si impugni un licenziamento rientrante nelle ipotesi di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Inoltre si è in presenza di una norma speciale *ex art.* 47, l. n. 92/2012 rispetto a quella generale *ex art.* 28, d.lgs. n. 150/2011, che si applica a qualsiasi controversia in materia di discriminazione, e pertanto ciò induce ulteriormente a farla ritenere l'unica applicabile.

Tuttavia parte della magistratura ha già manifestato un indirizzo contrario. Il riferimento è alle regole poste dal Presidente del Tribunale di Firenze il quale, in accordo con tutti i magistrati della Sezione Lavoro fiorentina, ha espresso un orientamento del tutto opposto, ritenendo il nuovo rito facoltativo. Alla base delle conclusioni della magistratura fiorentina ci sono due considerazioni. La prima attiene al fatto che la giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di art. 28, l. n. 300/1970 (procedimento che presenta analogie con il rito in questione) ha già ritenuto ammissibile un'azione proposta *ex art.* 414, c.p.c. La seconda è riconducibile invece alla considerazione che non essendo possibile presentare con il rito speciale domande diverse da quelle di cui al comma 47 dell'art. 1 della l. n. 92/2012, sarebbe illogico, e in contrasto con gli obiettivi di razionalizzazione e celerità prefissati dalla Riforma Fornero, obbligare la parte, che dovesse avere più istanze di tutela, a introdurre due giudizi, moltiplicando di fatto i processi ed allungando i tempi. Non resta, quindi, che attendere le successive pronunce della giurisprudenza per giungere ad una qualche conclusione sul punto.

Il regime del licenziamento discriminatorio: carichi probatori

Relativamente al regime probatorio, questione che deve essere primariamente affrontata è quella inerente al carattere oggettivo della discriminazione. L'evoluzione del diritto antidiscriminatorio ha infatti evidenziato il carattere assoluto di tale diritto. La conseguente tutela, pertanto, dovrebbe attivarsi indipendentemente dalla condizione psicologica sussistente in capo a chi ha posto in essere la discriminazione. Tuttavia tale impostazione, seppure accolta a livello comunitario, non sembra aver ancora trovato accoglimento nella giurisprudenza nazionale, che a tutt'oggi richiede la verifica della sussistenza dell'elemento intenzionale in capo al datore di lavoro. Tale ancoraggio sembra doversi ricondurre alla persistente difficoltà di separare i due concetti di discriminazione e di motivo illecito (che oggi però può essere ritenuta questione superata attesa la distinzione attuata dalla Riforma che li elenca distintamente); oltre che dalla circostanza che la casistica

⁽⁵⁾ E. Morrico, *Il licenziamento discriminatorio*, intervento alla Tavola Rotonda "Discriminazione e licenziamento dopo la l. n. 92/2012: profili sostanziali e processuali", 5 dicembre 2012, p. 8.

giurisprudenziale è dominata dai casi di licenziamento a scopo ritorsivo, mentre rare sono le altre fattispecie di licenziamento discriminatorio ⁽⁶⁾.

I numerosi interventi legislativi, succedutesi negli anni ⁽⁷⁾, peraltro, già avrebbero dovuto comportare un *revirement* giurisprudenziale circa il requisito dell'intenzionalità della condotta; *revirement* che, oggi, trova conferma nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori il quale, distinguendo tra licenziamento discriminatorio e per motivo illecito *ex art. 1345 c.c.*, evidenzia che la presenza di una giustificazione non vale di per sé ad escludere una discriminazione. Ad ogni buon conto, se è pur vero che in molti casi, la sussistenza di una discriminazione è rivelata in via presuntiva, dall'assenza di una giustificazione oggettiva dell'atto, bisogna comunque dare atto che ciò non è sufficiente al suo accertamento, esimendo chi lamenta una discriminazione dal provare gli altri elementi costitutivi della sua pretesa, che mutano al variare delle diverse fattispecie di discriminazione. Dall'altra parte anche i fatti impeditivi sono diversi, in quanto il datore di lavoro dovrà provare non tanto che il licenziamento è sorretto da una giusta causa o da un giustificato motivo oggettivo, ma che o la differenza non sussiste o che è dovuta a una delle eccezioni o giustificazioni al divieto di discriminare espressamente disciplinate. Secondo autorevole dottrina, la difficoltà di costruire un modello ordinato e coerente di ripartizione dell'onere della prova dipende dal fatto che, nel caso di licenziamento discriminatorio, il regime probatorio della discriminazione può venire a combinarsi con quello diverso della giustificazione del recesso ⁽⁸⁾. Ciò appare essere una conseguenza ulteriore dell'aver introdotto quattro diversi regimi sanzionatori in caso di licenziamento illegittimo. Inoltre la nuova formulazione dell'art. 18, al comma 1 dello Statuto dei lavoratori prevede che «indipendentemente dal motivo addotto dal datore di lavoro», il giudice sulla base della domanda formulata dal lavoratore deve comunque procedere all'accertamento in concreto dei vizi del licenziamento ed applicare le relative tutele. Sulla base di ciò, si deve ritenere che all'accertamento della natura discriminatoria dell'atto debba procedersi non solo nell'ipotesi espressamente menzionata dalla legge in riferimento al licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo (art. 18, comma 7, ultimo periodo), ma «indipendentemente dal motivo addotto dal datore di lavoro» (art. 18, comma 1) (e dunque giustificato motivo oggettivo ma anche giustificato motivo soggettivo e giusta causa).

A norma del comma 4 dell'art. 28, d.lgs. n. 150/2011, per il lavoratore è sufficiente allegare «elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori». L'uso della prova statistica – le cui potenzialità sono emerse nel recente caso Fiat ⁽⁹⁾ – non consente solo di alleggerire il carico probatorio della parte ricorrente, ma denota anche l'adesione ad una certa visione della discriminazione, centrata sulla sua dimensione di gruppo, conducendo ad un'oggettivizzazione del giudizio. Data la specificità dell'art. 28, d.lgs. n. 150/2011, 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 estensibile in via analogica anche al licenziamento per motivo illecito *ex art. 1345 c.c.*, specie se si accede all'interpretazione per cui oggi il licenziamento per motivo illecito non possa più essere considerato come “discriminatorio” ⁽¹⁰⁾.

⁽⁶⁾ Per approfondimenti sul punto, si veda M. T. Crotti e M. Marzani, *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, in M. MAGNANI e M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla l. 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 226

⁽⁷⁾ Si vedano ad esempio il d.lgs. n. 215/2003, art. 2, comma 1, lett. a, n. 216/2003, art. 2, comma 1, lett. a; il d.lgs. n. 145/2005, art. 2; e da ultimo, il d.lgs. n. 150/2011, art. 28, comma 4. Tutte disposizioni che sono caratterizzate dalla non necessità di prova dell'elemento intenzionale in capo al datore di lavoro, mentre occorre effettuare un'indagine comparativa, valutando cioè se un determinato soggetto, in virtù della sua condizione e delle sue scelte, sia trattato in maniera differente rispetto a quanto sia, o sia stato o sarebbe stato trattato altro soggetto, in una situazione analoga.

⁽⁸⁾ m. V. Ballestrero, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *Lav. Dir.*, 2012, p. 461

⁽⁹⁾ Corte di Appello di Roma, 19 ottobre 2012, in *Boll. spec. ADAPT*, n. 2/2013.

⁽¹⁰⁾ M. T. Crotti e M. Marzani, *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, in M. Magnani e M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla l. 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 227

In conclusione, alla luce del nuovo quadro introdotto dalla Riforma Fornero, in materia di licenziamenti, il licenziamento discriminatorio, rimasto a lungo un po' sullo sfondo sia nella dottrina che nella giurisprudenza, è quindi destinato a fare parlare sempre più di sé.

Rosita Zucaro

Scuola internazionale di Dottorato in Formazione della persona e mercato del lavoro
ADAPT-CQIA, Università degli Studi di Bergamo