



Scuola Internazionale di Dottorato

Formazione della persona e mercato del lavoro

XVII Ciclo

***Il licenziamento discriminatorio:
architrave delle tutele del lavoro***

Candidata

Rosita Zucaro

Relatore

Prof. Michele Tiraboschi

L'occasione è di capire, una volta per tutte, che il mondo è uno, che ogni parte ha il suo senso, che è possibile rimpiazzare la logica della competitività con l'etica della coesistenza, che nessuno ha il monopolio di nulla, che l'idea di una civiltà superiore a un'altra è solo frutto di ignoranza, che l'armonia, come la bellezza, sta nell'equilibrio degli opposti e che l'idea di eliminare uno dei due è semplicemente sacrilega.

Tiziano Terzani

Il licenziamento discriminatorio: architrave delle tutele del lavoro

Grazie mamma, papà e Davide

INDICE

<i>Abstract</i>	6
Stato dell'arte e obiettivi della ricerca.....	8

CAPITOLO I

La nuova centralità del diritto antidiscriminatorio.

Profili definitivi

1. Posizione del problema.....	9
2. La tutela antidiscriminatoria nel mercato del lavoro.....	14
2.1 Brevi cenni al quadro europeo.....	15
2.2 Il contesto nazionale.....	20
3. La discriminazione.....	22
3.1 Significati e tipologie.....	22
3.2 Le molestie e l'ordine di discriminare.....	28
4. L'onere della prova.....	29

CAPITOLO II

Il licenziamento discriminatorio

1. L'inquadramento giuridico della fattispecie.....	42
1.1 Testi a confronto. L'art. 18 e l'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015.....	46
2. Tassatività, ricostruzione e interpretazione dei fattori di discriminazione.....	49
2.1 Il genere.....	52
2.2 L'età.....	55
2.3 L' <i>handicap</i>	58

2.4 Le convinzioni personali.....	63
3. Il motivo illecito determinante	65
4. Le altre ipotesi di nullità: tra nullità testuali e virtuali.....	71
5. Il regime probatorio e le influenze comunitarie.....	74
6. L'applicazione alle cd. organizzazioni di tendenza.....	77
7. Il licenziamento per disabilità fisica e psichica.....	81

CAPITOLO III

Prospettive de iure condendo

1. La potenziale <i>vis expansiva</i> del recesso discriminatorio	84
1.1 Il quadro derivante dall'analisi di alcune pronunce giurisprudenziali.....	88
2. Dal lavoratore alla persona: l'emergente baricentro delle tutele lavoristiche.....	96

<i>LITERATURE REVIEW</i>	99
---------------------------------------	----

BIBLIOGRAFIA	189
---------------------------	-----

ABSTRACT

Il diritto del lavoro è stato oggetto nell'arco di neanche un triennio di due interventi riformatori, che hanno inciso su quelli che, sino a oggi, ne hanno costituito i capisaldi. L'obiettivo è tentare di rilanciare il mercato del lavoro, prevedendo una nuova cornice normativa, che tenga conto della fase di grande trasformazione delle logiche a esso connesse.

La maggiore rottura attuata è stato lo scardinamento della tutela in materia di licenziamenti individuali, garantita per più di quarant'anni dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

Nell'elaborato si sono analizzate, quindi, le modifiche relative al tema del recesso datoriale, trattando l'ultimo intervento legislativo, noto come *Jobs Act*, in parallelo con quello immediatamente precedente, avvenuto con la L. n. 92/2012.

In particolare, dopo aver ricostruito lo stato dell'arte nella *Literature review*, si è evinto che il graduale smantellamento delle tutele previste in caso di licenziamento illegittimo, ha manifestato uno slittamento dell'attenzione del Legislatore da un'ottica micro, in cui viene privilegiato il rapporto di lavoro, a una macro che privilegia invece il mercato del lavoro.

In tale approccio è emersa una nuova centralità della tutela antidiscriminatoria, nella quale i divieti di discriminazione «costituiscono la forma attuale in cui si esprimono i meccanismi di correzione degli squilibri del potere contrattuale»¹.

Il diritto antidiscriminatorio tende così ad affermarsi come ultima roccaforte di un sistema di garanzie giuridiche, che acquisisce sempre maggiore rilevanza rispetto ai dettami dell'economia, quasi come un estremo argine di protezione ai possibili rischi di una mercificazione del lavoro.

¹ M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, XX ss.

La massima garanzia accordata al lavoratore permane, infatti, solo per il recesso discriminatorio, che consente al lavoratore la possibilità di una piena reintegra in caso di licenziamento ingiustificato, nell'ottica di riequilibrare posizioni sperequate.

In questo elaborato, pertanto, dopo un breve inquadramento della materia antidiscriminatoria, viene analizzata la configurazione del licenziamento discriminatorio, a seguito degli ultimi due interventi riformatori, evidenziandone la potenziale *vis expansiva*, in virtù, in particolare, dei suoi confini non nettamente definiti. A dimostrazione concreta di questa acquisita centralità si illustreranno, infine, nel capitolo conclusivo i risultati di un'analisi campionaria di pronunce emesse a seguito della Riforma Fornero.

L'aumento della giurisprudenza in materia, che come si è visto ha cominciato a manifestarsi, produrrà - quale presumibile effetto - l'affermarsi di un diritto del lavoro, sempre più influenzato da quello antidiscriminatorio. Un nuovo diritto del lavoro al cui centro si pone, non un lavoratore astrattamente considerato, ma una persona con specifiche richieste di tutela, attese le sue peculiari caratteristiche. Tale considerazione è prioritaria nell'orientare una visione di sistema, dalla disciplina delle mansioni al modello di welfare, che non può prescindere da un'evoluzione, non solo della concezione del lavoro, ma dell'impresa stessa, secondo la direttrice per cui quella stessa persona, e non un generico lavoratore, ha una determinata identità con propri talenti e competenze da accrescere.

Stato dell'arte e obiettivi della ricerca

Passaggio prodromico all'elaborazione della tesi, è la bibliografia ragionata, che viene posposta nel testo alla prima solo per esigenze di stile. La *literature review* contiene una mappatura completa del tema dei licenziamenti, dalla modifica dell'art. 18 St. Lav. al contratto a tutele crescenti, impostata secondo un criterio cronologico-descrittivo. Tale ricostruzione ha costituito la necessaria premessa per il ragionamento teorico-ricostruttivo condotto nella tesi. La diversa "architettura" di *literature review* e tesi, è alla base della mancata specularità tra i relativi indici.

La raccolta della letteratura di riferimento, nei formanti dottrinali e giurisprudenziali, evidenzia il dato che alla luce delle novità normative intercorse nell'ultimo triennio, si è verificato un effettivo spostamento di sistema dal modello "reintegratorio centrico" a quello indennitario, e ultimo ancoraggio saldo al primo, rimane il licenziamento discriminatorio.

Tale aspetto si evince dalla ricostruzione presente in *literature review*, nella quale vengono evidenziate le diverse problematiche che caratterizzano circoscritte ipotesi di reintegra (tra l'altro dimidiata) delineate per le altre causali.

Il licenziamento discriminatorio diviene così una sorta di asse di equilibrio di una nuova configurazione epistemologica del diritto del lavoro. Di conseguenza è opportuna un'accurata indagine delle sue componenti, con uno sguardo attento alla casistica giurisprudenziale, cui si è dedicata pertanto una specifica analisi campionaria.

Infatti, come ben evidenziato da D. GOTTARDI, *Mille frammenti per idee vecchie e nuove: le insidie della legge delega*, in F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, ADAPT *Labour studies*, 2015, n. 20 535 «i dati provenienti dal monitoraggio del Ministero della giustizia delle azioni in giudizio e dei loro esiti non dedicano alcuna attenzione al licenziamento discriminatorio», nonostante la centralità che lo stesso ha, nei fatti, assunto.

CAPITOLO I

LA NUOVA CENTRALITÀ DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO. PROFILI DEFINITORI

SOMMARIO: 1. Posizione del problema - 2. La tutela antidiscriminatoria nel mercato del lavoro – 2.1 Brevi cenni al quadro comunitario - 2.2 Il contesto italiano – 3. La discriminazione. - 3.1 Significati e tipologie - 3.2 Le molestie e l'ordine di discriminare – 4. Le peculiarità del regime probatorio

1. Posizione del problema

Dal 1970 al 2012 la sanzione applicabile al licenziamento illegittimo, nelle aziende con più di 15 dipendenti, è stata unitaria: reintegrazione nel posto di lavoro, alla quale si aggiungeva l'integrale risarcimento del danno, derivante dalla mancata retribuzione.

Trattasi dell'attuazione ultra-quarantennale dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, che ha consolidato la convinzione secondo cui la reintegra fosse l'unico rimedio consentito dal sistema giuridico italiano, in caso di illegittimità di un recesso datoriale. Questa configurazione si è radicata a tal punto da far ritenere che il rapporto di lavoro a tempo indeterminato coincidesse essenzialmente con le garanzie reali, applicabili in caso di licenziamento ingiustificato.

L'applicazione stabile dell'automatica equazione licenziamento ingiustificato-reintegra ha comportato, pertanto, l'irrilevanza sostanziale che in sede di giudizio venisse riconosciuta una specifica tipologia di recesso, piuttosto che un'altra.

Il critico scenario economico, ormai quasi decennale, unitamente alle sollecitazioni provenienti dalle istituzioni europee sul punto, hanno indotto però il Legislatore a intervenire sul tema - due volte nell'arco di neanche un triennio - determinando un radicale mutamento del sistema di tutela descritto².

La prima modifica è consistita in un intervento d'ingegneria manipolatoria sulla norma cardine del sistema, l'art. 18 dello Statuto

² Per approfondimenti sulle motivazioni sottese agli interventi di riforma, in materia di licenziamento, si veda il Capitolo I della *Literature Review*.

dei Lavoratori; la seconda l'ha riguardata invece solo *de relato*, ma di fatto ne ha segnato un percorso di definitivo «svuotamento», o «esaurimento», secondo le formule individuate dalla dottrina³.

Una duplice osservazione è alla base di entrambi gli interventi. La prima attiene alla tesi che il modello di protezione, incentrato sulla reintegra nel posto di lavoro, costituisca un disincentivo agli investimenti stranieri; la seconda che alla norma statutaria dovesse imputarsi la responsabilità del cosiddetto “effetto soglia”, ossia il nanismo delle imprese, elemento caratteristico del sistema italiano, che limita, in non pochi casi, l'innovazione, uno dei maggiori volani della competitività.

Fonte dichiarata d'ispirazione di entrambe le novelle legislative - in realtà più nelle manifestate intenzioni, che nei fatti - il modello tedesco, che con la Riforma Hartz del 2005, ha contribuito a superare un problema di disoccupazione, che si stava incancrenendo⁴.

Il primo intervento, attuato con la Legge del 28 giugno 2012 n. 92, ha completamente riscritto l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, infrangendo il “tabù” della reintegra.

Esito della riforma è stato lo “spacchettamento” dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori in 4 regimi sanzionatori, la cui maggiore o minore gravosità viene connessa al diverso grado di disvalore, che può assumere un ingiustificato esercizio del potere datoriale. Infatti, come rilevato dalla dottrina, differente è il comportamento del datore di lavoro, che licenzia il dipendente per ritorsione, da quello che ha commesso un errore nell'espletamento della procedura *ex art. 7* dello Statuto dei lavoratori⁵.

³ Parla di «esaurimento», tra i vari, G. PROIA, *il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *Jobs Act e licenziamenti*, Giappichelli, 2015, 62 ss., il quale stima che questa applicazione ad «esaurimento» avrà luogo per un periodo ultra-quarantennale; parla invece di «progressivo svuotamento» della norma statutaria, F. CARINCI, *Jobs Act, Atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, ADAPT Labour studies, n. 37, 2015, 18.

⁴ Per maggiori dettagli sul punto si rinvia alla letteratura indicata in *Literature Review* al Capitolo I, paragrafo 4.

⁵ Per un'ampia panoramica sul punto, si veda il Capitolo I, Paragrafo 4 della *Literature review*.

Della cennata considerazione che le osservazioni descritte siano alla base della scelta di rimodulazione, si ha immediata contezza, già dalla nuova rubrica dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, che da «reintegrazione nel posto di lavoro» è diventata «tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo».

Sono stati, pertanto, introdotti quattro regimi che differenziano la sanzione sulla base della gravità del comportamento del datore di lavoro. La reintegra non scompare del tutto, ma permane in misura piena e sostanzialmente identica alla previsione statutaria ante riforma, solo nel caso di licenziamento discriminatorio, nullo e intimato oralmente. Nelle altre fattispecie ne viene circoscritta l'applicazione e affiancata a un risarcimento comunque più contenuto e delimitato da un tetto massimo.

A distanza di neanche un triennio, il Legislatore, attese anche le svariate problematiche interpretative, conseguenti alla riforma precedente⁶, interviene nuovamente, come accennato, in materia di flessibilità in uscita. Per evidenti ragioni di tempo, tale ultimo intervento avviene in assenza di un adeguato monitoraggio sugli effetti della Riforma Fornero, «sia sotto l'impegnativo profilo delle ricadute economiche positive che, a ragione o a torto, si attendevano da una maggiore flessibilità in uscita dal rapporto, sia sul piano della ricomposizione e della razionalizzazione, tramite il paziente lavoro dell'interprete, di un quadro sistematico frammentato e incerto, quale è appunto quello uscito dalla riscrittura di buona parte dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori»⁷.

Il D. Lgs. 4 marzo del 2015, n. 23, dando attuazione alla legge delega n. 183 del 2014, nota come *Jobs Act*, introduce una nuova disciplina in materia di licenziamenti, che passa attraverso un contratto a tempo indeterminato, che in realtà di nuovo, oltre a tale disciplina, ha solo il nome.

Il *Jobs Act* prosegue il percorso avviato dalla precedente riforma, che in quanto bloccato da forti resistenze, lungi dal

⁶ Si rinvia per approfondimenti sul punto alla *Literature Review*.

⁷ C. CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WP CSDLE* "Massimo D'Antona", 2015, n. 273, 4.

determinare un totale sovvertimento di baricentro, si è arrestato in una sorta di via di mezzo tra un modello fondato sulla reintegra e uno sulla indennità.

Pertanto, il novello Legislatore nel suo ultimo intervento, si è posto nel solco dell'esperienza precedente, estremizzandola e cercando al contempo di ovviare al "sostanziale" fallimento della stessa nel raggiungere i suoi principali obiettivi: da una parte il limitare il riconoscimento della reintegra nel posto di lavoro; dall'altra il ridurre la discrezionalità giudiziaria e, conseguentemente, l'incertezza sugli esiti delle controversie in materia di licenziamento.

Il contratto a tutele crescenti viene, quindi, introdotto nonostante un biennio di applicazione sia un tempo eccessivamente esiguo, per poter trarre un adeguato bilancio (si pensi solo al fatto che gli orientamenti giurisprudenziali sono ancora oggi nella quasi totalità costituiti da giurisprudenza di merito), e tra l'altro il monitoraggio dei relativi effetti non sempre si presenta adeguato agli scopi cui è preposto.

Il Legislatore però "aggira" in qualche modo tali criticità, non attuando un intervento abrogativo dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, ma ne avvia, come accennato, un percorso di sostanziale esaurimento applicativo.

Infatti, il D.Lgs. n. 23 del 2015 riguarda solo gli assunti con il novello contratto, la cui tutela verso un licenziamento ingiustificato viene incentrata su un'indennità, che cresce con l'anzianità di servizio, nella misura di due mensilità per ogni anno, e comunque in un ammontare non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro. La modalità d'intervento è la medesima della precedente riforma, non si ridefiniscono i confini delle causali, ma si rimodulano i regimi sanzionatori sulla base della gravità del comportamento datoriale, in relazione agli interessi lesi del lavoratore o della lavoratrice.

Si giunge, quindi, a esiti più radicali. Nel licenziamento economico scompare totalmente la possibilità di reintegra, andando quindi ben oltre quanto, se pur restringendo il campo, era stato effettuato con la Riforma Fornero; mentre per il licenziamento

disciplinare rimane un'ipotesi alquanto remota, atteso che può avere luogo solo nei casi di recesso 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 licenziamento⁸.

Trait d'union di sistema rimane il licenziamento discriminatorio unica fattispecie, unitamente alle altre ipotesi di nullità previste dalla legge per cui permane, come accennato, la tutela reintegratoria piena. La relativa esatta individuazione dei confini avrà, pertanto, inevitabili influenze sui futuri scenari del diritto del lavoro, rappresentando l'attuale architave tra la norma statutaria del '70, la sua rimodulazione del 2012, e la riforma del 2015, essendo l'unica ad aver conservato un regime sanzionatorio sostanzialmente invariato.

Ad avviso di alcuni, la scelta di applicare la reintegra solo nel caso di discriminazione, cioè quando vengano lesi valori fondamentali, riporterebbe la disciplina dei licenziamenti a quello che in realtà avrebbe costituito il disegno originario dello Statuto e che venne meno nella fase di approvazione della legge da parte del Parlamento. Una posizione cui, successivamente, ha aderito anche il CNEL - con l'approvazione delle tre maggiori Confederazioni sindacali - nelle « Osservazioni e proposte sulla revisione della legislazione sul rapporto di lavoro » formulate dall'Assemblea il 4 giugno 1985, in cui si suggeriva che « l'obbligo incondizionato di reintegrazione nel posto di lavoro avrebbe dovuto essere limitato solo ai casi di licenziamento radicalmente nullo per vizi di forma (per esempio licenziamento per motivi disciplinari intimato senza l'osservanza delle garanzie di pubblicità e procedurali previste dai primi tre commi dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori; licenziamento orale), oppure per illiceità del motivo (licenziamento discriminatorio, per causa di matrimonio o per ritorsione) ».

Tale acquisita centralità induce innanzitutto a una necessaria

⁸ Per approfondimenti si rinvia al capitolo I, paragrafo 4 della *Literature review*.

riflessione sulle caratteristiche assunte dal diritto antidiscriminatorio - sino a oggi rimasto un po' ai margini delle riflessioni giuslavoristiche - poichè dalla sua intersezione con il diritto del lavoro, sembra dover derivare un contributo di rilievo nell'avvio di una nuova visione di sistema.

2. La tutela antidiscriminatoria nel mercato del lavoro

Come emerge dal precedente paragrafo, la diminuzione di tutela da parte del diritto del lavoro ha determinato l'emersione di un'acquisita centralità del filone antidiscriminatorio. Infatti, nonostante l'evoluzione della normativa dell'Unione Europea sul punto, la quale ha apprestato anche tecniche particolarmente innovative, e monitoraggi costanti delle istituzioni europee, che evidenziano la grave persistenza di disuguaglianze basate soprattutto su razza, sesso, orientamento sessuale e disabilità, il relativo contenzioso giurisprudenziale in molti Stati membri continua a essere virtuale⁹.

Il diritto antidiscriminatorio, come definito da autorevole dottrina sul punto, consiste in «quel *corpus* di norme volte a impedire, attraverso obblighi di natura negativa, che il destino delle persone sia determinato da *status* naturali o sociali ascritti (il sesso, la razza, l'origine etnica e via dicendo) e, al tempo stesso, a consentire, attraverso obblighi di natura positiva, che identità soggettive differenti siano tutte egualmente riconosciute e tutelate»¹⁰.

Tale diritto, che ha preso avvio dalle discriminazioni di genere, prevede, come noto, specifiche tutele per fattispecie di potenziale discriminazione, attraverso una normativa piuttosto complessa che risulta dalla commistione di norme di diritto nazionale, norme di recepimento di direttive comunitarie, norme primarie dell'Unione

⁹ Si veda R. SANTAGATA DE CASTRO, R. SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina*, in *ADL*, 2015, n. 3, 534.

¹⁰ M. BARBERA, *L'effetto trasversale del principio di non discriminazione*, in *RGL*, 2008, n. 4 469 ss.

Europea (in particolare: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nota anche come Carta di Nizza), cui si aggiungono le Convenzioni ONU, l'art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nonché la Carta Sociale Europea.

A ogni buon conto nella configurazione del diritto antidiscriminatorio, che incide particolarmente sull'ordinamento giuridico italiano, marcata rilevanza assume la disciplina comunitaria, e su essa quindi, oltre alla specifica disciplina interna, si concentrerà l'analisi.

2.1 Brevi cenni al quadro europeo

La non discriminazione è un principio cardine dell'Unione Europea, la cui affermazione originaria è legata a profili lavoristici, non essendo avvenuta in termini di corollario del principio di eguaglianza, ma come strumento per favorire la corretta costituzione del mercato del lavoro europeo. Infatti, al fine di garantire la parità di condizioni tra gli Stati membri, il Trattato istitutivo del 1957 prevedeva il divieto di discriminazione per nazionalità, strumentale a garantire la libera circolazione all'interno del mercato unico, e l'obbligo di parità retributiva uomo-donna per uno stesso lavoro.

Obiettivo della sua previsione era, quindi, garantire il regolare funzionamento del mercato, salvaguardando la libera circolazione dei lavoratori, nonché impedendo effetti di *dumping* sociale

Passaggio di svolta nell'affermazione del diritto antidiscriminatorio è stato l'inserimento nel Trattato di Amsterdam di una clausola di divieto di discriminazione, l'art. 13 (che con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, è divenuto l'art. 19 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea), la quale ha travalicato i confini dei fattori discriminazione inizialmente previsti, per sancire quali motivi illeciti, la razza, l'origine etnica, la religione, le convinzioni personali, l'*handicap*, l'età, l'orientamento sessuale, attribuendo al Consiglio il compito di adottare provvedimenti idonei a contrastarle. Al contempo nell'art. 119 del Trattato viene riformulato il campo di

applicazione del principio di eguaglianza di genere, estendendolo dalla retribuzione alle condizioni di lavoro e occupazione.

Sebbene il principio di non discriminazione venga affermato quale presupposto del corretto svolgersi dei rapporti all'interno del mercato europeo, favorendone la costituzione, la Corte di Giustizia l'ha sempre inteso in relazione all'eguaglianza, come perfettamente sovrapponibile, contribuendo a costruirne un'elaborazione che pian piano si smarcasse da una matrice esclusivamente economica¹¹.

Tuttavia a livello normativo, fino al 2000, la non discriminazione ha continuato ad avere un profilo prettamente mercantile, e a riguardare esclusivamente il contesto dell'occupazione e della sicurezza sociale, in relazione solo a discriminazioni fondate sul sesso o sulla nazionalità.

Successivamente avviene in tale ambito una duplice svolta. Da una parte l'Unione Europea si dota della prima carta di diritti fondamentali, inserendo tra essi l'eguaglianza. Lo strumento è la Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell'Unione Europea, che dal 2010 ha lo stesso valore giuridico dei trattati, in base a quanto previsto dall'art. 6 del Trattato di Lisbona. Al principio fondamentale, qui in esame, viene dedicato il Capo III, il quale declina l'eguaglianza in vari corollari. Innanzitutto all'art. 20 viene sancita l'eguaglianza formale di

¹¹ Corte di Giustizia, 13 novembre 1984, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, causa C-283/83, consultabile in www.curia.europa.eu; Corte di giustizia, 8 Ottobre 1980, *Peter Ueberschaer c. Bundesversicherungsanstalt Fuer Angestellte*, Causa C-810/79, consultabile in www.curia.europa.eu. Più di recente si vedano le conclusioni del 22 Maggio 2008 dell'Avvocato generale Sharpston, nella causa *Birgit Bartsch c. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH)*, in causa C-427/06, consultabile in www.curia.europa.eu, parr. 34, 35, 42, 65. Precisamente al punto 42 si legge: «Il principio di uguaglianza costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità. Le disposizioni sull'uguaglianza di fronte alla legge appartengono alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Inoltre dichiarazioni generali sulla parità di trattamento compaiono in diversi strumenti internazionali(...). E' quindi plausibile considerare il principio generale di uguaglianza come il principio stesso sottostante al divieto delle forme di discriminazione (elencate nell'art. 13 CE), che trova la sua fonte nel considerando della direttiva (...), in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri».

tutti dinnanzi alle legge; all'art. 21 viene vietata ogni forma di discriminazione «fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali»; all'art. 22 viene sancito il rispetto da parte dell'Unione di ogni diversità culturale, religiosa e linguistica; all'art. 23 sulla parità di genere, viene aperto il varco a forme di azione positiva, come le quote, indicando espressamente che «il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato»; all'art. 24 e 25 vengono trattati i diritti dei bambini e degli anziani; e infine all'art. 26 viene indicato che «l'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità».

La seconda svolta attiene all'applicazione dell'art. 13 del Trattato di Amsterdam, attraverso l'adozione di due fondamentali direttive: la 2000/43/CE, che attua il principio della parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; la 2000/78/CE, la cosiddetta direttiva-quadro, in quanto stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in relazione all'orientamento sessuale, al credo religioso, all'età e alla disabilità in materia di lavoro¹². Nel 2004 è stata poi adottata la direttiva 2004/113/CE sulla parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso ai beni e servizi, la quale, tuttavia, con riferimento al sesso, non riesce a colmare del tutto le lacune rispetto alla direttiva del 2000 in materia di discriminazioni in base alla razza e all'etnia, soprattutto in quanto non garantisce la parità nell'ambito più esteso delle politiche sociali, che comprendono la protezione sociale, l'assistenza sanitaria e l'istruzione.

¹² Altre direttive, da ricondurre nell'ambito della cosiddetta nuova generazione, che è opportuno qui menzionare, sono la n. 2002/73/CE del 23 settembre 2002 (sulla parità di trattamento tra uomini e donne) e il nuovo testo di rifusione la n. 2006/54/CE del 5 luglio 2006 in materia di discriminazione di genere.

Come accennato, in quest'opera di smarcamento del diritto antidiscriminatorio da una matrice strettamente economica per legarsi maggiormente a un sistema valoriale di tutela di diritti fondamentali, contributo primario è stato fornito anche dall'opera interpretativa della Corte di Giustizia.

Segnale importante di svolta, che prende avvio dall'adozione delle direttive da ultimo citate – definite, infatti, dalla dottrina di «nuova generazione» - nonché dall'adozione della Carta di Nizza, è che inizia a emergere, non solo un concetto di negazione - il divieto, per consentire la parità formale - ma anche uno di affermazione, che nel perseguimento della parità sostanziale, legittima meccanismi come le azioni positive. Queste ultime sono dette “discriminazioni alla rovescia”, in quanto intervengono per realizzare pari opportunità negli *starting point*, prevedendo misure di particolare favore (p.e. le quote di genere) per un soggetto svantaggiato da un determinato sistema socio-economico.

Inoltre, ai fini di completezza, occorre accennare brevemente anche alla circostanza che il diritto antidiscriminatorio di matrice europea si caratterizza, per un sistema multilivello, in cui non mancano difetti di raccordo.

Nello specifico il riferimento è alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), adottata dal Consiglio d'Europa. La CEDU stabilisce, nei confronti degli Stati contraenti, l'obbligo di garantire il rispetto di una lista di diritti umani a carattere civile-politico nei confronti di tutti coloro che sono sottoposti alla giurisdizione degli Stati stessi. Organo preposto a tale tutela è la Corte europea dei diritti dell'uomo, cui i singoli soggetti, che si ritengano lesi nei diritti fondamentali, da essa garantiti, possono ricorrere contro gli Stati ritenuti responsabili di una violazione.

Nel quadro della CEDU, la proibizione della discriminazione è garantita da diverse disposizioni.

L'art. 14 della Convenzione vieta la discriminazione nel godimento dei diritti protetti senza alcuna distinzione di sesso, razza, colore, lingua, religione, opinione politica o di altro genere, di origine

nazionale o sociale, di appartenenza a una minoranza nazionale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione.

E' evidente che il riferimento «ad ogni altra condizione» determina che trattasi di una lista aperta, e quindi estendibile. Infatti, i motivi di discriminazione, indicati nella CEDU, sono stati ulteriormente ampliati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sia attraverso un'interpretazione estensiva degli stessi, sia nel *quantum*. Per tale via, pertanto, hanno fatto così ingresso nella protezione altri motivi, quali ad esempio quelli inerenti all'orientamento sessuale.

Il protocollo n. 12 alla CEDU garantisce, inoltre, la parità di trattamento nel godimento di qualsiasi diritto, inclusi quelli stabiliti dall'ordinamento interno. Si tratta, pertanto, di un'ulteriore notevole espansione del principio stabilito all'art. 14 della CEDU. Secondo il rapporto esplicativo, il protocollo rifletterebbe la volontà degli Stati contraenti di attuare una protezione rafforzata contro la discriminazione, ritenuta elemento centrale della protezione in materia di diritti umani.

A ogni buon conto il diritto antidiscriminatorio derivante dalla CEDU, qui interessa più che altro per i riflessi che ha sul sistema europeo, attesane l'influenza primaria che quest'ultimo ha sull'ordinamento interno.

E' innegabile, quindi, come il diritto antidiscriminatorio abbia progressivamente ampliato l'area della sua applicazione (in ragione dell'individuazione di nuovi fattori protettivi, oltre l'archetipo della differenza di genere, e tali da individuare non solo condizioni innate, ma anche scelte di vita) e il suo contenuto valoriale, ancorandolo dichiaratamente ai diritti fondamentali della persona, in «un'ibridazione di modelli normativi e strumenti di tutela che potrebbe rivelarsi effettivamente produttiva di modalità innovative di protezione dei diritti»¹³.

¹³ E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e le tutele giudiziali*, Giuffrè, 2015, 5

2.2 Il contesto nazionale

Diversamente dal quadro europeo, in cui come si è visto il diritto antidiscriminatorio ha assunto in origine una configurazione strettamente connessa al mercato del lavoro, nell'ordinamento italiano lo stesso si afferma come corollario dell'art. 3 della Costituzione. La funzione di pilastro svolta dal precetto è individuabile in tre profili: «l'affermazione di sette divieti specifici di discriminazione e quella del generale divieto di disuguaglianze irragionevoli, la legittimazione di misure di riequilibrio dirette a perseguire l'eguaglianza sostanziale»¹⁴.

Il perseguimento di una parità, che sia concreta, e quindi sostanziale, evidenzia che non solo non sussistono ostacoli di stampo costituzionale a trattamenti differenziati, volti all'eliminazione di condizioni di disuguaglianza di fatto, ma anzi tali trattamenti possono costituire l'adempimento al precetto contenuto nel secondo comma dell'art. 3 della Costituzione, di rimozione "degli ostacoli", che si frappongono di fatto «all'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese».

L'evoluzione del quadro italiano viene, comunque, profondamente orientata e influenzata dal diritto antidiscriminatorio di matrice europea, e anche in questo contesto il divieto di discriminazione viene in fase iniziale incentrato su quella per genere, attraverso ad esempio le disposizioni che tutelano le lavoratrici madri.

Con l'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori, invece, la tutela si focalizza particolarmente sul fattore di protezione costituito dall'affiliazione sindacale.

Innanzitutto il riferimento è all'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, che sancisce la nullità di qualsiasi patto o atto diretto a subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione, che aderisca o no a un'associazione sindacale, ovvero cessi di farne parte (lett. a); oppure diretto a licenziare un lavoratore, discriminarlo nell'assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa

¹⁴ E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e le tutele giudiziali*, cit., 3.

della sua affiliazione o attività sindacale, ovvero della sua partecipazione a uno sciopero (lett. b). La prevista nullità degli atti e dei patti ai fini di discriminazione sindacale, alla quale sono state sin dall'origine equiparate le discriminazioni politiche e religiose, è stata in un primo momento allargata ai fattori di razza, lingua e sesso (ex art. 13 della legge 9 dicembre 1977, n. 903 che ha sostituito l'ultimo comma dell'art. 15), e successivamente è stata estesa alle situazioni di handicap, età, orientamento sessuale e convinzioni personali (ex art. 4, comma 1, del D. Lgs. n. 216/2003).

A seguire si è avuta un'esperienza sostanzialmente disancorata dal modello normativo di matrice sovranazionale (almeno fino al noto caso delle mancate assunzioni dei lavoratori della FIOM, che rappresenta un importante e innovativo innesto applicativo degli istituti del diritto antidiscriminatorio di fonte europea su un tema classico, e di cui si tratterà nel prossimo capitolo)¹⁵.

A ogni buon conto, il genere rimane l'oggetto principale della disciplina antidiscriminatoria nazionale, anche e soprattutto in virtù, come detto, delle evoluzioni del diritto europeo sul punto. Viene, infatti, data attuazione alle citate direttive europee in materia, in particolare attraverso la legge 10 aprile 1991 n. 125, che disciplina le azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, e da ultimo il "Codice delle pari opportunità" (il D. Lgs. 11 aprile 2006, n. 198).

Successivamente, invece, a conferma della stretta relazione anche nel suo sviluppo applicativo tra diritto antidiscriminatorio e fattispecie socialmente tipiche di discriminazione, il *focus* della tutela risulta orientato sul fattore di protezione della razza e dell'origine etnica, con l'emanazione dei D. Lgs. n. 286/1998 e n. 215/2003.

Ad attuare la direttiva quadro 2000/78/C è invece il D.Lgs. n. 216/2003, sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro. Altro passaggio fondamentale è costituito dall'adozione della legge 1 marzo 2006, n. 67, contenente "Misure per

¹⁵ E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e le tutele giudiziali*, cit., 18.

la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni” e destinata, ai sensi dell’ art. 3 della Cost., a promuovere la piena attuazione del principio di parità di trattamento e delle pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità, al fine di garantire loro il pieno godimento dei loro diritti civili, politici, economici e sociali, con salvezza, «nei casi di discriminazioni in pregiudizio delle persone con disabilità relative all’accesso al lavoro e sul lavoro», delle disposizioni del D.lgs. n. 216/2003.

3. La discriminazione

La concezione classica di tutela discriminatoria identifica la stessa in un modello tipicamente relazionale, incentrato sulla parità di trattamento e sul conseguente divieto di trattamenti deteriori, in dipendenza di specifici fattori di protezione. In virtù di ciò, la tecnica di protezione dei diritti è rappresentata dalla comparazione, in base al fattore protetto, tra un soggetto e un *tertium comparationis*.

Tale profilo relazionale, alla luce del quadro normativo descritto, può assumere una triplice declinazione, che è importante comprendere, ai fini di una corretta delineazione di quelli che possono essere gli sviluppi e i riflessi sulla nuova centralità acquisita dal licenziamento discriminatorio.

3.1 Significati e tipologie

La discriminazione innanzitutto può essere diretta, ipotesi che si configura quando un soggetto è trattato meno favorevolmente a causa di uno dei fattori specificatamente previsti (età, genere, orientamento sessuale, handicap, religione, convinzioni personali, razza od origine etnica) di quanto un altro lo sia, lo sia stato o lo sarebbe stato in una situazione analoga.

E’ evidente, quindi, che per il profilarsi di tale tipo di discriminazione occorra un trattamento sfavorevole rispetto a quello riservato a un’altra persona in medesimo o simile caso di specie. Quindi, altro presupposto necessario è la presenza di un termine di confronto, ossia una persona in circostanze materiali paragonabili, che

si differenzi dalla presunta vittima principalmente per la caratteristica che forma oggetto di discriminazione.

Ad esempio nella causa dinanzi alla Corte di Giustizia, nota come *Richards*, la ricorrente si era sottoposta a un intervento chirurgico di rettificazione del sesso e chiedeva quindi di poter percepire la pensione, a partire da sessant'anni, essendo l'età in cui le donne maturano il diritto alla pensione¹⁶. La pensione le veniva però rifiutata dal sistema previdenziale. Quest'ultimo infatti riteneva che ciò non costituisse un trattamento sfavorevole rispetto alle persone nella stessa situazione della ricorrente, in quanto il termine di confronto corretto era costituito dagli uomini e non dalle donne, avendo la lavoratrice di fatto vissuto in prevalenza come i primi. La Corte di Giustizia invece concludeva che poiché il diritto nazionale permetteva la rettificazione di sesso, il termine di confronto corretto era rappresentato dalle donne. Di conseguenza sussisteva una discriminazione rispetto alle altre donne, in quanto alla ricorrente era stata imposta un'età pensionabile più elevata.

Sussiste però un'eccezione acclarata, in ordine alla necessità di individuare un termine di confronto, nel caso in cui la vittima di una discriminazione sia una donna in gravidanza. Infatti, per orientamento consolidato della Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza *Dekker*, si ritiene che qualora il pregiudizio arrecato a una persona sia dovuto al fatto che questa sia in stato di gravidanza, tale persona sarà considerata vittima di una discriminazione diretta basata sul sesso, senza necessità di un termine di confronto¹⁷.

La discriminazione può avere luogo anche in forma indiretta, tipologia, divenuta categoria, attraverso l'elaborazione giurisprudenziale. La discriminazione indiretta si configura quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri

¹⁶ Corte di Giustizia, 27 aprile 2006, *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, causa C-423/04, consultabile in www.curia.europa.eu.

¹⁷ Corte di Giustizia, 8 novembre 1990, *Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, causa C-177/88, consultabile in <http://curia.europa.eu/>, Corte di Giustizia, 14 luglio 1994, *Webb c. EMO Air Cargo (UK) Ltd*, causa C-32/93, consultabile in www.curia.europa.eu.

possono mettere in una posizione di particolare svantaggio un soggetto appartenente per esempio a un determinato genere, di una particolare età o con un certo orientamento sessuale.

Occorre in tale ipotesi, che affinché non si configuri il profilo discriminatorio, la disposizione, il criterio o la prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il conseguimento della stessa siano necessari e congrui.

Una controversia, nella quale è stata riconosciuta una discriminazione indiretta, è la causa *Schönheit*, in cui le pensioni dei dipendenti a tempo parziale venivano calcolate applicando un'aliquota diversa da quella riconosciuta ai dipendenti a tempo pieno, determinata sulla base di tempo effettivamente lavorato¹⁸. I lavoratori a orario ridotto percepivano, quindi, una pensione inferiore a quella dei lavoratori a tempo pieno, anche tenendo conto della diversa durata del periodo di servizio. Questa norma sul calcolo della pensione era applicata indistintamente a tutti i lavoratori a orario ridotto. Tuttavia, poiché le donne costituivano circa l'88% dei dipendenti a tempo parziale, la norma produceva un effetto sproporzionatamente sfavorevole sulle donne rispetto agli uomini.

Come è evidente, quindi, una norma in apparenza neutra pone un «gruppo protetto» in una posizione di particolare svantaggio. Pertanto la discriminazione indiretta si distingue da quella diretta, in quanto sposta il *focus* dalla differenza di trattamento sulla diversità degli effetti. Quando, alla luce dei dati statistici, risulta che un gruppo protetto è colpito in modo sproporzionatamente negativo rispetto ad altri in situazioni analoghe, la Corte di giustizia opera un'attività interpretativa volta a individuare elementi idonei a dimostrare che una proporzione particolarmente ampia delle persone colpite negativamente è costituita dal «gruppo protetto». Per un approfondimento su questo aspetto, si rinvia al paragrafo 4, dedicato all'onere della prova.

Altro profilo discriminatorio, elaborato a livello

¹⁸ Corte di Giustizia, 23 ottobre 2003, cause riunite C-4/02 e C-5/02, *Hilde Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main e Silvia Becker c. Land Hessen*, consultabile in www.curia.europa.eu.

giurisprudenziale, e che è interessante qui riportare, attiene al caso della cosiddetta «discriminazione per associazione», che sussiste quando la vittima della discriminazione non s'identifica con il soggetto che possiede la caratteristica. La ragione discriminatoria potrà essere interpretata anche in senso astratto e ciò comporta l'esigenza di un'analisi approfondita della *ratio*, in virtù della quale, è avvenuto il trattamento meno favorevole e di individuare eventuali indici confermativi, che il motivo oggetto del divieto sia la causa diretta o indiretta di tale trattamento.

Ad esempio nella causa *P.c.S. e Cornwall county council*, inerente al caso di un lavoratore, che si era sottoposto ad un ciclo di trattamenti per la rettificazione del sesso da maschile a femminile e che era stato licenziato, la Corte di Giustizia statuiva che «una persona, se licenziata per aver intenzione di sottoporsi o per essersi sottoposta a un intervento di rettificazione del sesso, subisce un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso, cui apparteneva prima di detta operazione»¹⁹. Quanto ai fattori di discriminazione, sebbene non fosse stato possibile dimostrare che la differenza di trattamento derivasse dall'appartenenza all'uno piuttosto che all'altro sesso, è stato possibile dimostrare la correlazione al sesso dell'interessata, quale causa di discriminazione.

In altro caso, la causa *Coleman*, una lavoratrice sosteneva di aver subito un trattamento sfavorevole sul lavoro, in quanto madre di un disabile. Infatti, a causa di ciò, era arrivata a volte in ritardo e aveva richiesto dei permessi per assistere il figlio. Richieste respinte cui erano seguiti insulti sulla condizione del figlio e una minaccia di licenziamento. Nel caso di specie la Corte di Giustizia ha individuato, quale termine di confronto, i colleghi con figlio, aventi mansioni analoghe, constatando che diversamente dalla ricorrente, a loro era stata concessa la flessibilità richiesta. Era evidente pertanto che sussisteva un trattamento discriminatorio nei confronti della ricorrente in virtù

¹⁹ Corte di Giustizia, 30 aprile 1996, *P. c. S. e Cornwall County Council*, causa C-13/94, consultabile in www.curia.europa.eu.

della disabilità del figlio²⁰.

Altra ipotesi discriminatoria che occorre, infine, menzionare attiene alle cosiddette discriminazioni alla rovescia che sono caratterizzate dal fatto, che viene discriminato un soggetto o un gruppo di soggetti, che generalmente è invece favorito all'interno di un determinato ordinamento giuridico di riferimento.

All'interno di questo fenomeno rientrano le cosiddette azioni positive, misure che comportano un trattamento preferenziale a favore di un gruppo svantaggiato e sottorappresentato. Tali misure, nate nell'esperienza nordamericana, in relazione alle discriminazioni razziali, si affermano, invece, nel contesto europeo innanzitutto per le discriminazioni di genere, attraverso misure predisposte nell'ambito di programmi volti a garantire pari opportunità sul mercato del lavoro (c.d. azioni positive). Esse sono dette, appunto, "alla rovescia", in quanto a subire il trattamento differenziale può essere una categoria di soggetti (p.e. gli uomini), generalmente privilegiata nelle relazioni sociali.

Nel noto caso *Kalanke*, la Corte di Giustizia concludeva, che la normativa comunitaria sul punto, non era ostativa rispetto ad una legge nazionale che accordi automaticamente, a parità di qualificazioni tra candidati di sesso differente considerati idonei per una promozione, una preferenza a candidati di sesso femminile nei settori nei quali le donne siano rappresentate in modo insufficiente, intendendosi per rappresentanza insufficiente la situazione nella quale le donne non occupino almeno la metà dei posti in organico delle varie categorie retribuite del personale interessato e applicandosi tale criterio altresì ai livelli di mansioni previsti in base all'organico generale²¹.

L'individuazione di una discriminazione implica, pertanto, accertamenti complessi, e non semplicemente la verifica dell'esistenza in concreto di una differenziazione nel trattamento di soggetti diversi.

²⁰ Corte di Giustizia, 17 luglio 2008, causa C-303/06, *Coleman c. Attridge Law e Steve Law*, consultabile www.curia.europa.eu.

²¹ Corte di Giustizia, 17 ottobre 1995, *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, causa C-450/93, consultabile in www.curia.europa.eu.

Non si tratta quindi, in modo semplicistico, dell'applicazione (o quando si faccia questione della discriminazione indiretta l'obiettivo possibilità di applicazione) a uno dei due di un trattamento deteriore, ma della prova che la "differenza" sia riconducibile a un fattore di discriminazione protetto dall'ordinamento.

Il modello comparativo-relazionale è quindi complesso, soprattutto in ordine a due profili. Innanzitutto, in riferimento all'ampiezza e all'adattabilità delle nozioni con cui si configurano i fattori di protezione tipizzati dalla legge. Dall'altra parte, per quanto concerne la progressiva dematerializzazione del *tertium comparationis*, in riferimento al quale, come si è visto, a partire dalle direttive di seconda generazione, non sussiste più la necessità di una sua configurazione con un soggetto esistente, potendo divenire così anche ipotetico²².

Per tale via il giudizio antidiscriminatorio manifesta quindi un'attitudine più che all'eliminazione delle differenze, alla loro valorizzazione. Diviene in tal modo uno strumento in grado di assicurare la "giusta protezione" ai diritti fondamentali, ben oltre l'estensione ai soggetti portatori del fattore oggetto di discriminazione e del conseguente trattamento sfavorevole rispetto ad altri gruppi e soggetti.

Tuttavia, se da una parte l'apertura a comparazioni "virtuali" potrebbe equivalere a consentire la rimozione di disparità, che altrimenti non emergerebbero come dato giuridico, dall'altra il rischio in cui si incorre è quello di «riconoscere ai giudici, nella generalità dei casi, una discrezionalità valutativa elevatissima: con la conseguenza [...] di una pericolosa compromissione del valore di certezza del diritto»²³.

Una conseguenza questa strettamente connessa, tra l'altro, alla circostanza che, nel diritto antidiscriminatorio europeo, come si vedrà

²² M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, op. cit., 399 ss.

²³ D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie "di seconda generazione"*, op. cit., 428.

nel successivo paragrafo 4, l'accertamento della discriminazione non comporta che sia provato il motivo o l'intento discriminatorio, così che, sia nel suo schema tipico, che nei suoi esiti, la sua individuazione è ben diversa da quella relativa al motivo illecito determinante.

3.2 Le molestie e l'ordine di discriminare

Al fine di garantire una protezione più ampia, è opportuno ricordare in questa sede che sono stati recentemente introdotti nel diritto dell'Unione: divieto di molestie e dell'ordine di discriminare.

Le molestie costituiscono una specifica forma di discriminazione, inizialmente inquadrata all'interno di una onnicomprensiva macro-categoria di discriminazione diretta.

Successivamente, invece, per il tramite delle direttive di seconda generazione, ha assunto una configurazione autonoma. Infatti, per molestia s'intende una situazione nella quale si verifica un «comportamento indesiderato», in virtù di un fattore oggetto di protezione (sesso, razza, orientamento sessuale ecc.) di una persona, allo scopo o con l'effetto di violarne la dignità o di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo.

Nella direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne sono inoltre espressamente menzionate le «molestie sessuali», come specifica forma di discriminazione, ossia quel «comportamento indesiderato» espresso «in forma verbale, non verbale o fisica» che abbia una «connotazione sessuale»²⁴.

Caratteristica fondante della molestia è quindi la presenza di un «comportamento indesiderato», una categoria aperta e indefinita, attesa la totale mancanza di fattispecie tipiche a essa riconducibili, neanche a carattere meramente esemplificativo.

Altro aspetto emergente è che l'ampiezza dell'espressione consente di estendere la prospettiva d'indagine del fatto, anche in favore di condotte, che risultino esclusivamente non confacenti ai

²⁴ Direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi, articolo 2, lettera d); direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), articolo 2, comma 1, lettera d).

desideri delle vittime²⁵.

Per la connotazione di per sé negativa delle molestie, a causa della forma che assumono (abuso verbale, non verbale o fisico), e dell'effetto che possono produrre, consistente in una lesione diretta della dignità umana, esse non richiedono un termine di comparazione.

Di conseguenza viene alleggerito il carico probatorio per il ricorrente, consentendo di ottenere tutela anche a fronte di comportamenti il cui disvalore, sia il diretto risultato della particolare percezione soggettiva²⁶.

Infine, tutte le direttive inerenti alla non discriminazione individuano l'ordine di discriminare come una forma di discriminazione, ma non ne contengono una definizione. Secondo l'*European Union agency for fundamental rights*, per risultare efficace contro le prassi discriminatorie, l'«ordine di discriminare» dovrebbe contenere non solo gli ordini di carattere obbligatorio, ma anche gli ordini in cui venga esternata una preferenza o un incoraggiamento a trattare alcune persone in modo meno favorevole, in ragione di uno dei motivi che formano oggetto di discriminazione²⁷.

4. L'onere della prova

Il carattere complesso della fattispecie discriminatoria emerge pienamente a livello probatorio. Infatti, come è evidente, non manifestandosi la discriminazione in modo palese e non è agevole la prova.

Ragionando, innanzitutto, sulle discriminazioni dirette, la differenza di trattamento generalmente non è indicata, facendo riferimento a un motivo espresso, oppure è in apparenza dovuta a un altro fattore. Sono, infatti, abbastanza rari i casi in cui il soggetto che ha attuato la differenza di trattamento la riconduca a uno dei motivi oggetto del divieto di discriminazione. Un'eccezione è rappresentata

²⁵ L. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 382 ss..

²⁶ Si veda sul punto M. BARBERA, *Molestie sessuali: la tutela della dignità*, in *DPL*, 1992, 1403.

²⁷ FRA, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, 2010.

dalla causa *Feryn*, in cui il titolare di un'impresa in Belgio aveva dichiarato, tramite annunci pubblicitari e oralmente, che nessun immigrato sarebbe stato assunto nella sua azienda²⁸. In tale controversia, la Corte di Giustizia concludeva, quindi, in modo agevole che si trattava di un caso palese di discriminazione diretta fondata sulla razza o sull'origine etnica.

Nell'accertamento di una discriminazione diretta, infatti, occorre che si possa dedurre oggettivamente dai fatti allegati un nesso causale tra il trattamento meno favorevole e l'appartenenza a un gruppo protetto (ad esempio, come nel caso *Marshall*, in cui una donna viene licenziata per raggiungimento dell'età pensionabile)²⁹, rimanendo totalmente irrilevanti il motivo o la volontarietà della condotta discriminatoria.

Tuttavia, come accennato, chi compie una condotta discriminatoria generalmente non dichiara di trattare una persona in modo meno favorevole rispetto ad altre, né indica la ragione per cui lo fa. Ad esempio, una lavoratrice in gravidanza potrebbe vedersi negare una progressione di carriera, in quanto a dichiarazione del datore di lavoro, semplicemente ritenuta meno qualificata del candidato di sesso maschile, promosso al suo posto. E' evidente, come in un caso di questo tipo, la vittima abbia non poche difficoltà a dimostrare di avere subito una discriminazione diretta in ragione del proprio genere di appartenenza.

Alla luce di ciò, partendo dalla presupposizione che la presunta vittima di una discriminazione non abbia la disponibilità degli elementi di fatto sufficienti a consentirgli di identificare le cause di una disparità di trattamento, il Legislatore europeo delinea un regime della prova del tutto peculiare. La relativa disciplina è contenuta nell'art. 8 della direttiva 2000/43/CE e nell'art. 10 della direttiva quadro la 2000/78/CE e che impone agli Stati membri di adottare «le misure necessarie,

²⁸ Corte di Giustizia, 10 luglio 2008, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, causa C-54/07, consultabile in www.curia.europa.eu.

²⁹ Corte di Giustizia, 26 febbraio 1986, *Marshall c. Southampton*, causa C-152-84, consultabile in www.old.eur-lex.europa.eu.

conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorchè persone che si ritengano lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongano, dinnanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi sia stata violazione del principio di parità di trattamento».

Tale previsione, adottata anche in direttive successive, è la normazione di un'elaborazione giurisprudenziale³⁰, e muove da un lato dall'esigenza di garantire effettività alla tutela antidiscriminatoria, dall'altro dalla constatazione di una differenza di fatto nella posizione iniziale delle parti interessate a detta tutela, in quanto chi denuncia di aver subito un trattamento sfavorevole nei propri confronti non ha di regola accesso a dati sufficienti a consentirgli di identificare le cause della disparità di trattamento³¹.

A livello di diritto antidiscriminatorio europeo si allevia, quindi, la gravosità probatoria, riguardante la dimostrazione, che il trattamento differenziale sia riconducibile a uno dei fattori di protezione.

In tal modo, una volta che il ricorrente abbia dimostrato l'esistenza del trattamento differenziato, rispetto ad un *tertium comparationis*, viene agevolato nel comprovare la sussistenza del nesso di causalità tra trattamento differenziato e fattore di discriminazione.

Importante ricordare che le direttive di seconda generazione consentono un giudizio di comparazione anche ipotetico, in ragione del quale il lavoratore o lavoratrice comparabile, privo del fattore di discriminazione, può essere anche un soggetto non esistente o non più esistente, o essere addirittura individuato anche nello stesso ricorrente, nel caso in cui il fattore di discriminazione (p.e. le convinzioni personali o un'affiliazione sindacale), sia sorto successivamente alla costituzione del rapporto di lavoro. Risultano, quindi, legittime alcune

³⁰ In particolare il riferimento è a: Corte di Giustizia, 11 dicembre 2008, *Danfoss c. Astazeneca*, causa 108/99 consultabile in www.eur-lex.europa.eu; Corte di Giustizia, *Enderby c. Frenchay Health Authority*, causa C-127/92, consultabile in www.old.eur-lex.europa.eu.

³¹ E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e le tutele giudiziali*, cit., 30

prassi probatorie, definite *situation testing*, che ricreano una situazione identica a quella vissuta dalla persona che si considera vittima, al fine di provare la condotta discriminatoria.

Tuttavia l'onere probatorio per il ricorrente resta comunque alquanto gravoso; a dimostrazione di ciò è sufficiente pensare alla difficoltà del lavoratore nel reperire informazioni in possesso del datore di lavoro e utili a provare il trattamento discriminatorio. Si riporta sul punto il caso *Meister*, nel quale una lavoratrice, cui è stata respinta la candidatura, chiede di avere accesso alle informazioni del datore di lavoro, in merito all'eventuale assunzione di un altro candidato. La Corte di Giustizia concludeva che la Direttiva 2006/54 non garantisce un tale diritto. A ogni buon conto la Corte, consapevole che uno dei principali ostacoli per l'individuazione di una discriminazione deriva dalle difficoltà per il lavoratore di reperire informazioni, ritiene che comunque il rifiuto del datore di lavoro di concederne l'accesso possa essere «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»³².

Il datore di lavoro, onerato della prova liberatoria, potrà provare che non ricorrano i presupposti per applicare la normativa antidiscriminatoria, oppure addurre una causa di giustificazione della disparità dimostrata, attraverso fattori obiettivi ed estranei a ogni discriminazione basata su fattori protetti (ad esempio la diversa qualità del lavoro prodotto tra il ricorrente ed un collega); oppure ha la possibilità di invocare la deroga al principio della parità di trattamento, ove prevista dal singolo Stato membro, in quanto una caratteristica correlata a uno qualunque dei fattori protetti costituisca «per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui viene espletata [...], un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purchè la finalità sia legittima e il requisito proporzionato»³³.

Il giudizio di relazione manifesta pertanto un'evidente

³² Corte di Giustizia, 19 aprile 2012, causa C-415/10, consultabile in www.eur-lex.europa.eu.

³³ Si veda R. SANTAGATA DE CASTRO, R. SANTUCCI, *op. cit.*, 539.

complessità nonché, come in parte già accennato, una tendenza a proteggere alcuni beni fondamentali della persona, non solo impedendo il trattamento discriminatorio, ma anche assicurando l'applicazione *ex se* di alcuni trattamenti protettivi, pure se in concreto non praticati nei confronti di un determinato terzo soggetto³⁴.

Come visto in alcuni casi esposti nei paragrafi precedenti, l'elaborazione giurisprudenziale ha riconosciuto l'utilità del ricorso alla cosiddetta prova statistica, soprattutto in riferimento all'accertamento delle discriminazioni indirette.

Tale costrutto giurisprudenziale è stato poi normato innanzitutto nella direttiva 97/80/CE sull'onere della prova, nei casi di discriminazione basata sul sesso (art. 4), e successivamente nelle direttive sul tema di più recente emanazione³⁵. La citata normativa europea sembra attribuire al ricorrente il solo onere di esporre «i fatti dai quali si può presumere che vi sia stata discriminazione diretta o indiretta», addossando così al convenuto un onere pieno di prova contraria.

Se sussista o meno una vera e propria inversione dell'onere probatorio è questione controversa. Tuttavia è pacifico che dalla giurisprudenza comunitaria emerga che non esistono comunque dei criteri rigorosi riguardo alle soglie minime necessarie per dimostrare una discriminazione indiretta sulla base di dati statistici.

Indicativi sul punto, l'insieme dei precedenti della Corte di Giustizia, riportati nelle conclusioni dell'Avvocato generale *Leger*, nella causa *Nolte*, relativa a discriminazione fondata sul sesso: «[P]er essere considerata discriminatoria, la misura deve colpire “un numero molto maggiore di donne che di uomini” [*Rinner-Kühn*] o “una percentuale di uomini notevolmente inferiore a quella delle donne” [*Nimz, Kowalska*] o “molte più donne che uomini” [*Roks*]. I casi lasciano supporre che la percentuale di donne colpite dalla misura debba essere particolarmente elevata. Nella causa *Rinner-Kühn*, la

³⁴ Si veda M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., XXXVI.

³⁵ Il riferimento è all'art. 8 della direttiva 43/2000/CE; all'art. 10 della direttiva 78/2000/CE; all'art. 19 della direttiva 54/2006.

Corte ha presunto una discriminazione in una situazione in cui la percentuale di donne era dell'89%. In questo caso, la cifra del 60% di per sé [...] probabilmente sarebbe insufficiente per lasciar presumere una discriminazione»³⁶.

La prova statistica è così particolarmente utile ad esempio nella dimostrazione di una discriminazione indiretta, in quanto “forza” l'apparente neutralità dei fatti o comportamenti censurati, facendo emergere lo svantaggio subito dal lavoratore, che si ritiene vittima di discriminazione rispetto ad un gruppo di riferimento, privo del fattore di protezione.

Tra l'altro, come in parte si è visto, i dati utilizzabili devono intendersi in termini generali, come fatti estrinseci alle relazioni negoziali *inter partes*, ma relativi alle posizioni di altre lavoratrici e lavoratori, e tali da determinare, non necessariamente una probabilità statistica di tipo scientifico (che diverrebbe una *probatio diabólica*, atteso che generalmente non esistono monitoraggi adeguati sul punto), ma anche solo un'elevata o ragionevole probabilità dell'esistenza di fatti determinati, in linea con le finalità di agevolazione probatoria, propria delle norme antidiscriminatorie.

Nel caso *Seymour-Smith*, oggetto della controversia era invece una legge del Regno Unito in materia di licenziamento arbitrario, che accordava una protezione speciale alle persone, che avevano lavorato più di due anni consecutivi, per un determinato datore di lavoro. La ricorrente riteneva che tale legge determinasse una discriminazione indiretta fondata sul sesso, poiché le donne avevano minori probabilità degli uomini di soddisfare tale criterio. Questo caso è interessante perché la Corte di Lussemburgo ha in un certo senso confermato che anche una minore sproporzione può comunque dimostrare una discriminazione indiretta qualora «emerge un divario [...] perdurante e relativamente costante, nel corso di un lungo periodo, tra i lavoratori e

³⁶ Conclusioni dell'avvocato generale Léger del 31 maggio 1995, punti 57-58, in Corte di Giustizia, *Nolte c. Landesversicherungsanstalt Hannover*, causa C-317/93, Racc. 1995, pag. I-4625, 14 dicembre 1995; casi citati Corte di Giustizia, 13 luglio 1989, causa 171/88, *Rinner-Kühn c. FWW Spezial-Gebäudereinigung*, Racc. 1989, 2743; Corte di Giustizia, 7 febbraio 1991, causa C-184/89, *Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg*, Racc. 1991, I-297.

le lavoratrici». Tuttavia, nelle circostanze del caso di specie, il giudice europeo dichiarava che le statistiche fornite, che indicavano che il 77,4% degli uomini e il 68,9% delle donne soddisfacevano il criterio, non dimostravano che la percentuale di donne, in grado di rispettare la norma fosse notevolmente inferiore³⁷.

Qualora l'attore o l'attrice assolvano il proprio carico probatorio, in caso di discriminazione diretta, il convenuto dovrà provarne l'inesistenza, e quindi allegare e dimostrare fatti specifici, obiettivamente verificabili, dai quali sia desumibile l'esistenza o di una causa di esclusione del divieto, oppure di una ragione non discriminatoria a fondamento del trattamento differenziato, alternativa a quella normativamente presunta, restando in suo danno l'insufficienza di una simile prova³⁸.

Nel caso di discriminazione indiretta, invece, il datore di lavoro deve provare l'inesistenza della discriminazione o comunque l'esistenza di una causa di giustificazione ragionevole e oggettiva, ossia la sussistenza di un interesse effettivo e perseguito con mezzi che non risultano, quindi, sproporzionati al raggiungimento dello scopo preposto.

Infine si è evinto come nell'ambito del diritto dell'Unione Europea non assume rilievo la sfera soggettiva dell'agente, ossia non occorre la dimostrazione che vi sia stato un intento discriminatorio.

Ad esempio, nel già citato caso *Feryn*, il datore di lavoro affermava di aver seguito una certa regola perché i suoi clienti volevano che il lavoro fosse svolto soltanto da belgi di carnagione bianca. La Corte di Lussemburgo ha ritenuto questa affermazione irrilevante al fine di stabilire la sussistenza della discriminazione, concludendo circa la non necessità di dimostrare una motivazione discriminatoria, a meno che non si fosse voluta provare la commissione

³⁷ Corte di Giustizia, 9 febbraio 1999, *R. c. Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith and Perez*, causa C-167/97, consultabile in www.eur-lex.europa.eu.

³⁸ Si legga sul punto M. BONINI BARALDI, *L'onere della prova nei casi di discriminazione elementi per una concettualizzazione nella prospettiva di diritto privato*, in L. CALAFÀ, D. GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, 2009, 277 ss.

di un «crimine d'odio», in quanto il diritto penale richiede la prova della sussistenza dell'elemento psicologico.

Pertanto, nel caso di specie, la Corte sembra ritenere sufficiente la mera allegazione del fatto, che le dichiarazioni rilasciate dal datore di lavoro avessero una potenzialità lesiva tale, da dissuadere i soggetti riconducibili a quel fattore protetto dal presentare domande di assunzione, ostacolandone di fatto l'accesso al mercato del lavoro,

Anche se in un passo successivo della sentenza, si indica che generalmente le dichiarazioni possono solo costituire «fatti di natura tale da dar luogo ad una presunzione di una politica di assunzione discriminatoria».

Infine, in merito all'agevolazione probatoria prevista a livello europeo, è interessante riportare un caso recente, *Accept*, in cui il presidente di una squadra di calcio aveva dichiarato pubblicamente che avrebbe preferito ingaggiare un giocatore di una squadra giovanile, piuttosto che un giocatore omosessuale³⁹.

E' evidente che nel caso di specie il datore di lavoro si trova dinnanzi ad una *probatio diabolica*, atteso che per vincere la presunzione a suo carico in virtù della regola prevista dall'art. 8 della direttiva 2000/43, avrebbe dovuto ledere il diritto al rispetto della vita privata altrui.

La Corte di Lussemburgo, però, specifica che il datore di lavoro avrebbe potuto superare la presunzione di discriminazione per orientamento sessuale, dimostrando con «qualsiasi mezzo giuridico», la legittimità della politica di assunzione effettivamente attuata.

Nello specifico precisa, a titolo esemplificativo, che sarebbe stata sufficiente una netta presa di distanza da dichiarazioni omofobe, oppure un richiamo a previsioni relative alla politica di reclutamento, volte al rispetto del principio di parità di trattamento, di cui alla direttiva 2000/78/CE (laddove fossero esistite).

³⁹ Corte di giustizia, 25 aprile 2013, *Associatia Accept/ Consiliul National pentru Combaterea Discriminarii*, causa C-81/12, consultabile in www.eur-lex.europa.eu, che rappresenta tra l'altro il primo caso in cui la Corte di Lussemburgo si pronuncia su una controversia in materia di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

Sostanzialmente viene consentita una prova attenuata dei fatti contesi, in quanto essendo inerenti alla “sfera privata”, vi è un’effettiva impossibilità di dimostrarne la insussistenza.

Quindi la decisione della Corte di applicare un regime di riduzione bilaterale dell’onere della prova appare legittima, in relazione al fattore di rischio su cui si fonda la discriminazione contestata, atteso che l’orientamento sessuale, oltre a essere una caratteristica dell’identità personale, è anche un fattore di protezione occultabile.

E’ evidente che tale precedente potrebbe costituire una via per un alleggerimento dell’onere probatorio, anche in riferimento ad altre forme di discriminazione, in cui viene in rilievo una dimensione dell’interiorità umana, tutelata dal diritto alla riservatezza nei singoli sistemi nazionali (p.e. le convinzioni personali)⁴⁰.

Per quanto attiene al diritto nazionale è competenza interna determinare il tipo di prove ammissibili dinanzi ai propri organi giudiziali ed esso può essere più restrittivo rispetto a quello applicato dalla Corte di Lussemburgo o da quella di Strasburgo.

A ogni buon conto, però, il giudice nazionale è tenuto ad adottare una interpretazione conforme alla normativa e agli obiettivi europei. Infatti, come noto, qualora constati l’impossibilità di pervenire a una soluzione ermeneutica conforme alle direttive, egli è tenuto a non applicare la disposizione interna difforme, per dare integrale attuazione all’ordinamento europeo e proteggere i diritti che questo attribuisce ai singoli, attraverso lo strumento della disapplicazione o del rinvio alla Corte Costituzionale, secondo lo schema ricostruttivo del rapporto tra le fonti.

Come sostenuto in dottrina, pertanto, nel caso dell’ordinamento interno, deve quindi escludersi che il tenore letterale dell’art. 2697 Cod. Civ. non consenta di applicare il sistema probatorio, nei termini previsti, atteso che tra l’altro la norma interna non preclude il ricorso al ragionamento presuntivo della prova dei fatti costitutivi di posizioni

⁴⁰ R. SANTAGATA DE CASTRO, R. SANTUCCI, *op. cit.*, 543

giuridiche protette⁴¹.

Tra l'altro in merito al riparto dell'onere probatorio, anche il Legislatore italiano, in ossequio all'evoluzione comunitaria, prende atto della relativa difficoltà di assolvimento, introducendo un alleggerimento probatorio, prima solo in riferimento alle discriminazioni di genere, poi anche agli altri fattori protetti (eccettuate le ragioni politiche e sindacali che tra l'altro non costituiscono fattori espressamente protetti dalla normativa europea).

Da ultimo, infatti, l'art. 28, comma 4, del D.Lgs. n. 150/2011⁴², ha esteso a tutte le citate controversie in materia di discriminazioni l'agevolazione probatoria, inizialmente prevista solo per le discriminazioni per sesso *ex* art. 4, comma 6, L. n. 125/1991, poi riprodotto nell'art. 40 del D. Lgs. n. 198/2006⁴³. Secondo la citata previsione: «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

⁴¹ E.TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e le tutele giudiziali*, cit., 33ss.

⁴² Nello specifico l'art. 28 del D. Lgs. n. 150/2011 ha unificato la disciplina in materia di discriminazione di cui all'art. 44 del D. Lgs. n. 286 del 1998 sull'azione civile contro le discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi o dall'origine etnica; al D. Lgs. 215 del 2003 sulla parità di trattamento indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dall'handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro; alla L. n. 67 del 2006 art. 3 sulla tutela giurisdizionale contro le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità; all'art. 55-quinquies del D. Lgs. n. 198/2006 sul procedimento per la tutela contro le discriminazioni per ragioni di sesso nell'accesso a beni e servizi o loro fornitura.

⁴³ I due testi non sono perfettamente speculari in quanto l'art. 40 del Codice delle pari opportunità 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, alle progressioni di 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».

dell'azienda interessata».

Come indicato in un recente arresto, non si tratta di un'inversione dell'onere della prova «ma semplicemente che è stato introdotto un onere probatorio “asimmetrico” (si è fatto riferimento in dottrina a un parziale *relevatio ab onere probandi*, in favore del soggetto discriminato): rimane fermo per l'attore l'onere della prova, ma l'assolvimento dello stesso richiede il conseguimento di un grado di certezza minore rispetto a quello consueto. In sintesi: dimostrati i fatti, che fanno ritenere probabile la discriminazione, spetta alla controparte dimostrarne l'insussistenza», pertanto «grava sul lavoratore l'onere della prova della discriminazione, nonché dei fatti precisi e concordanti idonei a fondare la presunzione di discriminazione, e solo una volta che la prova sia stata acquisita, anche in via presuntiva, scatta l'onere del datore di lavoro di provare il contrario»⁴⁴.

La Corte ritiene infatti che coerentemente con la disciplina comunitaria, si ha solo un alleggerimento dell'onere probatorio in capo alla presunta vittima di discriminazione: per il ricorrente resta fermo l'onere della prova, ma con un carico inferiore, atteso che per le presunzioni non è richiesta la gravità, ma solo i requisiti della precisione e concordanza. La «precisione» impone che «i fatti noti da cui muove il ragionamento probabilistico e il percorso che essi seguono non debbano essere vaghi ma determinati nella loro realtà storica»; mentre la «concordanza postula che la prova sia fondata su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto»⁴⁵.

Inoltre la Corte aggiunge la considerazione che «l'indicazione, quale elemento tipizzato, dei dati statistici, se non è tale da sostanziare, di per sé, il (non previsto) requisito della gravità – nel senso della attitudine a produrre un significativo grado di convincimento in ordine all'esistenza del fatto ignoto – è tuttavia emblematica della serietà che deve caratterizzare gli elementi su cui fondare il ragionamento

⁴⁴ Corte di Cassazione, 5 giugno 2013, n. 14206, consultabile alla voce “licenziamenti” dell'indice AZ, in www.bollettinoadapt.it.

⁴⁵ Corte di Cassazione, 5 giugno 2013, n. 14206, cit.

probabilistico (infatti, una prova statistica, ancorchè non caratterizzata da un rigore scientifico cui *resisti non potest*, non può che essere caratterizzata, ai fini della controllabilità dei risultati, sia da una chiara indicazione delle modalità di rilevazione degli stessi, sia dalla misurazione oggettiva e quantitativa dei fenomeni, nonché da chiare modalità di presentazione delle informazioni).

Sulla scorta di tali presupposti, la Corte ritiene che non vengano rispettati tali parametri nei fatti addotti dalla ricorrente. Nel caso di specie la lavoratrice lamentava che alla base del proprio mancato avanzamento di carriera vi fosse una discriminazione indiretta, per la cui prova adduceva interpellanze parlamentari, nonché il parere del Collegio istruttorio del comitato nazionale di parità reso a seguito delle stesse.

La Suprema Corte riteneva tali atti privi dei requisiti della precisione, concordanza e serietà, tale da far scattare sulla parte convenuta l'onere di dimostrare l'insussistenza della discriminazione. Infatti: «si tratta di atti che al più possono rappresentare una sensibilità puntuale ma che sono privi di quella attendibilità scientifica idonea a connotarli della serietà che il legislatore ha inteso comunque richiedere a mezzo dell'espresso riferimento ai dati statistici» ; peraltro «atti distanziati l'uno dall'altro di ben otto anni (la prima interpellanza è del 1987, la seconda è del 1995) e quindi di certo non temporalmente convergenti nella dimostrazione probabilistica del fatto ignoto» .

Come osservato correttamente dalla dottrina, neanche nei casi di cui all'art. 28, comma 4, del D. Lgs. n. 150/201, può ritenersi che vi sia un'inversione dell'onere della prova, in quanto sebbene qui manchi l'espressa menzione dei requisiti di precisione e concordanza, permanendo comunque l'onere delle presunzioni probatorie, l'elemento della serietà degli elementi di fatto – secondo quanto richiesto dalla Corte - non viene meno⁴⁶.

Anche nell'ordinamento nazionale, secondo quanto indicato

⁴⁶ R. SANTAGATA DE CASTRO, R. SANTUCCI (a cura di), *Discriminazione e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina* (parte II), in *ADL*, n. 4-5, 2015, 835.

dagli art. 40 del Codice delle pari opportunità e 28 del D. Lgs. 150 del 2011, tra le prove fornite per presumere la discriminazione, assumono rilievo i dati statistici. In merito all'uso di tali elementi a dimostrazione della sussistenza di una discriminazione, in un recente noto caso giurisprudenziale, *Fiom Cgil c/ Fip Fiat*, tra i primi ad applicare il nuovo art. 28, a seguito della Riforma del 2011, si legge che: «il riferimento normativo a “dati di carattere statistico” nell'ambito di un procedimento volto a tutelare da comportamenti discriminatori, anche singoli individui e pure nell'ambito di realtà di dimensioni contenute in cui non sarebbe neppure in astratto possibile raggiungere l'ordine di grandezze omogenee necessarie per fondare un'idonea dimostrazione di carattere statistico, impone di ritenere che detto riferimento alla statistica debba essere inteso nella sua accezione meno tecnica e più comune di probabilità, a prescindere da un rigido rigorismo scientifico»⁴⁷; inoltre «non può assumere decisivo rilievo in contrario, la giurisprudenza richiamata da FIP in merito alle controversie tributarie, dove effettivamente si dispone di un numero idoneo di dati omogenei, secondo la legge dei grandi numeri che non può tuttavia richiamarsi in materia di diritto antidiscriminatorio, se non al prezzo di vanificare sostanzialmente la norma dell'art. 28 del D. Lgs. 150/2011 il cui richiamo ad elementi statistici intende chiaramente configurarsi quale agevolazione probatoria».

Nel caso di specie però il ricorrente, oltre a produrre dati statistici, aveva presentato dei calcoli probabilistici effettuati da un esperto in materia, che confermavano la tesi discriminatoria.

⁴⁷ Tribunale di Roma, ord. del 21 giugno 2012, consultabile in www.bollettinoadapt.it

CAPITOLO II

IL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO

SOMMARIO: 1. L'inquadramento giuridico della fattispecie – 1.1 Testi a confronto. L'art. 18 e l'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015 - 2. Tassatività, ricostruzione e interpretazione dei fattori di discriminazione - 2.1 Il genere - 2.2 L'età – 2.3 L'*handicap* – 2.4 Le convinzioni personali - 3. Il motivo illecito determinante - 4. Le altre ipotesi di nullità: tra nullità testuali e virtuali - 5. Il regime probatorio e le influenze comunitarie - 6. L'applicazione alle cd. organizzazioni di tendenza - 7. Il licenziamento per disabilità fisica e psichica

1. L'inquadramento giuridico della fattispecie

Quando la discriminazione caratterizza un recesso dà luogo a un istituto complesso che deriva dall'intersezione tra divieti di discriminazione e recesso datoriale.

La relativa disciplina si è sviluppata a partire dall'art. 4 della legge n. 604/1966, il quale dispone che il «licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza a un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali», sia viziato dalla sanzione più grave, quella della nullità.

A tale normativa è stato poi aggiunto quanto previsto dall'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, il quale disponeva inizialmente la nullità dei patti o degli altri atti diretti a discriminare il lavoratore solo per gli stessi fattori discriminazione dell'art. 4.

Successivamente la norma statutaria è stata oggetto di due interventi modificativi, che ne hanno ampliato il catalogo di fattori di discriminazione. Innanzitutto l'art. 13 della legge 9 dicembre 1977 n. 903 ha inserito le ragioni razziali, di lingua o di sesso; a seguire l'art. 4 del decreto legislativo 13 agosto 2003, n. 216, ha introdotto *handicap*, età, orientamento sessuale e convinzioni personali, in ossequio alle previsioni del diritto antidiscriminatorio di matrice comunitaria.

Dal citato combinato disposto, si evince una tutela antidiscriminatoria rivolta a reprimere due differenti tipi di pratiche discriminatorie. Una prima categoria di norme è, infatti, diretta alla

tutela delle libertà sindacali, mentre una seconda auspica di garantire l'esercizio di alcuni diritti fondamentali.

Il regime sanzionatorio, previsto dall'art 3 della legge n. 108/1990, è particolarmente gravoso, atteso che ne indica la nullità «indipendentemente dalla motivazione addotta» e dispone l'applicabilità della reintegra, qualunque siano i livelli occupazionali dell'impresa o dell'unità produttiva, sanzione totalmente in linea con la grave invalidità da cui è affetto.

Essa ha costituito, quindi, la norma cardine all'interno della quale erano previste le sanzioni rigorose e categoriche applicabili al licenziamento discriminatorio, prescrivendone l'applicabilità ad ambiti, quali quello dirigenziale, o a imprese che non raggiungono la soglia dei 15 dipendenti, che secondo le regole generali, sarebbero stati al di fuori del campo di applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

A ogni buon conto, la declaratoria di nullità di un licenziamento, in quanto discriminatorio, non costituisce un passaggio agevole per il ricorrente, poiché, come accennato, ricade su di esso un onere probatorio, l'esistenza della discriminazione, non facile da provare in giudizio, soprattutto nel sistema italiano, che pur risentendo della influenza comunitaria, non ha un indirizzo ancora totalmente uniforme sul punto, mantenendo delle sue problematiche peculiarità.

Alla base della nullità attribuita in caso di licenziamento discriminatorio, vi è il giudizio di particolare disvalore che lo caratterizza, in virtù del suo carattere lesivo di beni primaria importanza costituzionale.

Tale disvalore è stato, in qualche modo, incrementato, a seguito della rimodulazione delle conseguenze sanzionatorie da parte della legge n. 92/2012, poiché la tipologia di recesso in commento costituisce - unitamente a quello basato sul motivo illecito determinante ex art. 1345 Cod. Civ., a quello irrogato in concomitanza di matrimonio o in violazione dei divieti di licenziamento, previsti dal Testo Unico di tutela della maternità e paternità, e alle ipotesi di licenziamento orale o ancora riconducibile agli altri casi di nullità previsti dalla legge –

l'unico in cui permane l'applicazione di una tutela reintegratoria "piena".

Come accennato nel precedente capitolo, il citato regime viene tracciato nel dettaglio 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 cd. *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 conseguenze sanzionatorie sono rimaste, pertanto, sostanzialmente immutate, se si eccettua qualche contenuto ritocco, che ha per lo più normato orientamenti giurisprudenziali consolidati.

Interessante sul punto riportare un recente arresto della Corte di Giustizia, in cui quest'ultimo, decidendo sul caso di una lavoratrice licenziata per una discriminazione basata sul sesso, conclude che: «L'articolo 18 della direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, deve essere interpretato nel senso che, affinché il danno subito a causa di una discriminazione fondata sul sesso sia effettivamente riparato o indennizzato in modo dissuasivo e proporzionato, tale articolo impone agli Stati membri che optano per la forma pecuniaria di introdurre nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali, secondo le modalità da questi fissate, disposizioni che prevedano il versamento alla persona lesa di un risarcimento che copra integralmente il danno subito»⁴⁸.

⁴⁸ Corte di Giustizia, 17 dicembre 2015, causa C-407/14, *Maria Auxiliadora Arjona Camacho c/ Securitas Seguridad España*, consultabile in www.curia.europa.eu. Il caso riguardava una donna agente di sicurezza in un istituto penitenziario, che aveva impugnato il proprio licenziamento ritenendolo fondato su una discriminazione per sesso.

La Corte evidenzia quindi che il risarcimento, in caso di accertata discriminazione non deve solo riparare o indennizzare il danno subito in modo effettivo e proporzionale, ma deve anche avere un effetto dissuasivo avverso eventuali condotte discriminatorie.

Viene quindi espresso un principio che va nel senso di una tutela più ampia dei lavoratori in linea con la direttiva 2006/54/CE sull'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomo e donne in materia di occupazione e impiego, che mette in primo piano una tutela giurisdizionale effettiva, con un effetto dissuasivo.

Il licenziamento discriminatorio da essere, quindi, marginale nel dibattito dottrinale, e a livello giurisprudenziale comincia ad assumere un ruolo quasi di baricentro dell'intero sistema di tutela avverso i licenziamenti illegittimi. Infatti, come evidenziato già dalla prima dottrina di commento al testo riformato, la graduazione delle tutele sembra comportare una “nuova vita” per il licenziamento discriminatorio, in virtù del fatto che, come detto, la tutela reintegratoria piena rimane la regola solo in tale ipotesi⁴⁹.

In effetti, questo è quanto, a tre anni dall'adozione della legge n. 92/2012, si sta riscontrando a livello giurisprudenziale, laddove si assiste a una domanda del lavoratore sul punto, a volte quasi “di rito”, cui evidente obiettivo è il tentare di ottenere il regime sanzionatorio maggiormente soddisfacente.

Infatti, sino a oggi, la tematica del licenziamento discriminatorio era rimasta isolata non solo nel dibattito dottrinale, ma anche in termini di rilevanza pratica, atteso che alla luce della disciplina previgente il lavoratore aveva la medesima tutela in caso di recesso illegittimo, per cui almeno nel caso delle aziende rientranti

⁴⁹ Tra i vari, si veda A. PICCININI, *Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*, in A. ALLAMPRESE, I. CORRAINI, L. FASSINA (a cura di), *Rapporto di lavoro e ammortizzatori sociali dopo la L. n. 92/2012*, Ediesse, 2012, 145; T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *DLRI*, 2013, 1, 42; P. CHIECO, *Il licenziamento nullo*, in id. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, 284.

nella soglia del vecchio art. 18 dello Statuto dei lavoratori, non aveva alcun interesse a dimostrare la sussistenza di una discriminazione.

Infine, come accennato nel capitolo precedente, in fase ancora di assestamento di un intervento, che comunque ha quasi sovvertito un ordine immutato per un quarantennio, il licenziamento discriminatorio acquisisce ulteriore centralità con l'introduzione della nuova disciplina in materia di licenziamenti, introdotta per i nuovi assunti con il contratto a tutele crescenti. La disciplina prevista per tale fattispecie rimane, infatti, invariata, restando l'unico caso (unitamente agli altri «casi di nullità espressamente previsti dalla legge») in cui permane una tutela reintegratoria piena.

1.1 Testi a confronto. L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e l'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015

Una lettura superficiale dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e dell'art. 2 del D. Lgs. n. 23 del 2015, indurrebbe a ritenere che ci sia una sostanziale equivalenza tra le due disposizioni. Un esame più approfondito, invece, evidenzia la mancanza di una perfetta sovrapponibilità, aspetto che non può essere trascurato, atteso che nelle pieghe dello stesso potrebbero annidarsi novità a livello applicativo.

L'indagine sulla lettera delle norme, che si va illustrando, avviene alla luce della «considerazione di sistema in base alla quale il licenziamento discriminatorio e quello nullo [...], in quanto canali di gran lunga prevalenti di accesso alla tutela reintegratoria, potrebbero essere utilizzati come strumento di ampliamento, quando non addirittura di forzatura, di un impianto normativo indiscutibilmente rigido: una sorta di porta stretta che ci si ingegna di allargare, quanto più possibile, proprio con la leva dei diritti fondamentali»⁵⁰.

Procediamo per gradi. L'art. 2 del D. Lgs. n. 23/2015 riprende l'art. 18, primi tre commi, dello Statuto dei lavoratori, senza però riprodurlo in modo letterale⁵¹.

⁵⁰ C. CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WP CSDLE* "Massimo D'Antona", 2015, n. 273, 33 ss.

⁵¹ Si vedano sul punto, tra i primi osservatori, F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua*

La prima differenza testuale attiene al diverso sistema di rinvii normativi, con cui viene delimitato il perimetro del licenziamento discriminatorio nelle due disposizioni.

L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori richiama l'art. 3 della legge n. 108/1990, laddove l'art. 2 del D. Lgs. n. 23/2015 rinvia all'art. 15 dello Statuto e successive modificazioni. Si concorda sul punto con quella dottrina che ritiene tale discrasia, oltre che una semplificazione, un'opportuna correzione⁵².

Ciò, in quanto l'art. 3 della legge n. 108/1990 opera un ulteriore rimando all'art. 4 della L. n. 15 luglio 1966 n. 604 e all'art. 15 dello Statuto dei lavoratori. Quest'ultima disposizione ha, però, praticamente assorbito l'art. 4 citato, che fa riferimento solo ai fattori di discriminazione basati su credo politico, fede religiosa o appartenenza o partecipazione ad attività sindacale, ampliandone di fatto il contenuto. La norma statutaria prevede infatti espressamente ragioni di tipo politico o religioso, di affiliazione sindacale, razza, lingua, sesso, handicap, età, orientamento sessuale e convinzioni personali.

Si ha così, di fatto, una semplificazione, oltre che «un aggiustamento, posto che il richiamo all'art. 15, mediato da quello all'art. 3 della legge n. 108/1990 risulta “difettoso”, facendo riferimento all'articolo dello Statuto come modificato dall'art. 13 della legge 9 dicembre 1997, n. 903 e non tenendo quindi conto delle modifiche successive, cioè di quelle risalenti al d. lgs. 9 luglio 2003, n. 216»⁵³.

Tramite il rinvio alle successive modifiche vengono, quindi, ricompresi i fattori di discriminazione di seconda generazione,

identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti ('a sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014), in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentario agli schemi di decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità*, ADAPT University Press, 2015, 69; E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel “passaggio” dall'art. 18 St. Lav. all'art. 2 D. Lgs. n. 23/2015*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, ADAPT Labour Studies ebook series, 2015, n. 46, 48.

⁵² Si vedano E. PASQUALETTO, *op. cit.*; C. CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, cit. 33 ss.

⁵³ E. PASQUALETTO, *op. cit.*, 50 ss.

introdotti con la nuova ondata di legislazione antidiscriminatoria, contenuta essenzialmente nel D. Lgs. n. 216/2003.

A ogni buon conto si concorda con chi ritiene che la scelta del Legislatore di rinviare all'art. 15 dello Statuto dei Lavoratori, rilevi però da un duplice punto di vista: sotto il profilo della definizione di licenziamento discriminatorio, e in ordine ai fattori di discriminazione vietati⁵⁴.

Innanzitutto la norma statutaria non fornisce una nozione di licenziamento discriminatorio, ma si limita a indicare che è nullo qualsiasi patto o atto diretto ai fini di discriminazione «politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età, o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali». Quindi, l'art. 15 dello Statuto dei lavoratori sembrerebbe «presupporre una nozione pre-giuridica, quasi sociologica, di discriminazione, limitandosi a porre l'accento sul profilo teleologico del comportamento»⁵⁵.

Alla luce di ciò, è inevitabile che la nozione di licenziamento discriminatorio vada tratta dal filone del diritto antidiscriminatorio che, come visto nel capitolo precedente, tende ad ampliarne inevitabilmente i confini, laddove ne ammette la configurazione al di là che sussista, e sia provato, uno specifico intento discriminatorio.

Su tale configurazione ha un'incidenza anche la definitiva distinzione tra la fattispecie del licenziamento discriminatorio e quella per motivo illecito determinante, avviata dalla rimodulazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e portata a compimento con l'art. 2 del D. Lgs. n. 23/2015, che sarà oggetto di specifica trattazione nel paragrafo quarto.

Il secondo profilo di rilevanza è che sembrerebbero rimanere fuori dalla definizione di licenziamento discriminatorio, delineata da entrambe le disposizioni, i casi di discriminazione per infezioni da HIV, *ex art. 5 della legge 5 giugno 1990 n. 135*, e quelli di discriminazione, in base all'origine etnica, di cui al D. Lgs. 9 luglio 2003 n. 215, che non è perfettamente sovrapponibile al fattore razziale.

⁵⁴ Si veda E. PASQUALETTO, *op. cit.*, 53 ss.

⁵⁵ Si veda E. PASQUALETTO, *op. cit.*, 52.

Sul punto si connettono i contrasti interpretativi circa la tassatività, o il carattere solo esemplificativo dei fattori di discriminazione, sui quali si concentrerà l'attenzione nel prossimo paragrafo.

Altro elemento di differenziazione attiene alla circostanza che l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, dopo i rinvii normativi, elenca precisamente le altre fattispecie, cui si applica il regime della tutela reintegratoria forte. Vi è, infatti, espresso riferimento al licenziamento intimato in concomitanza di matrimonio, a quello legato a maternità e paternità, e quello per motivo illecito determinante *ex art. 1345*, utilizzando poi una formula di chiusura con riferimento al recesso datoriale, «riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge».

Nell'art. 2 invece scompare questa elencazione e si utilizza esclusivamente nella parte finale il seguente riferimento: «ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge». Viene però aggiunto l'avverbio “espressamente” che induce a riflettere sulle nullità testuali e su quelle virtuali, analisi cui sarà dedicato il paragrafo sesto.

2. Tassatività, ricostruzione e interpretazione dei fattori di discriminazione e un'analisi di alcuni tra i più controversi

L'identificazione degli esatti confini del licenziamento discriminatorio ha oggi quindi un'indubbia accresciuta importanza. La questione generale, che si rinviene nella disciplina dei licenziamenti, associata al contratto a tutele crescenti, come nell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori rimodulato, è infatti quella della qualificazione del licenziamento come discriminatorio nel senso di viziato dalla esistenza di una discriminazione diretta, indiretta⁵⁶, associata o percepita⁵⁷, in

⁵⁶ Ai sensi dell'art. 25, commi 1 e 2, del d.lgs. 198/2006, il cosiddetto “Codice delle pari opportunità tra uomo e donna”, per discriminazione diretta si intende «qualsiasi disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento, nonché l'ordine di porre in essere un atto o un comportamento, che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e, comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga; [...] discriminazione indiretta, ai sensi del presente titolo, quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro

base a determinati fattori di discriminazione.

Atteso che estensione e portata dei divieti di discriminazione costituiscono gli elementi, da cui discende l'applicazione della tutela reale piena, tra le questioni di maggiore interesse vi è, sicuramente, da una parte la tassatività o il carattere meramente esemplificativo degli stessi, e dall'altra la verifica degli esatti confini.

Tra l'altro, come evidenziato da autorevole dottrina, la tecnica redazionale utilizzata dal Legislatore, è tutt'altro che d'ausilio all'interprete nel processo di ricostruzione del campo di applicazione oggettivo della discriminazione vietata⁵⁸.

L'art. 2 del D. Lgs. n. 23/2015, come l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, non contiene una tipizzazione di causali cui ricollegare la sanzione della reintegrazione, ma divieti.

Per quanto attiene al carattere tassativo o aperto dei fattori di discriminazione, la dottrina maggioritaria, così come la giurisprudenza europea propendono per tale soluzione⁵⁹.

Recentemente la sentenza della Corte di Giustizia del 18 dicembre 2014, ha nuovamente ribadito tale posizione affermando che l'ambito applicazione della direttiva 2000/78/CE non deve essere esteso, oltre le discriminazioni fondate sui motivi tassativamente elencati⁶⁰.

semplice, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari».

⁵⁷ Secondo l'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale deve intendersi per "discriminazione percepita" quella inerente ad atti, patti o comportamenti che coinvolgono un soggetto non appartenente a un certo gruppo svantaggiato, ma ritenuto tale (per esempio una lesbica che non lo è, ma è ritenuta esserlo); nel caso di discriminazione associata si ha invece riguardo ad atti, patti o comportamenti che coinvolgono appunto l'associazione ad un gruppo svantaggiato per esempio ai gay o a iniziative ad esso riconducibili e che comportano un trattamento deteriore di una persona che non lo è. Si veda M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007.

⁵⁸ L. CALAFÀ, *Sul licenziamento discriminatorio*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *op. cit.*, 125.

⁵⁹ Si rinvia per approfondimenti sugli orientamenti dottrinali al Capitolo 2, Sezione prima, Paragrafo 2 della *Literature Review*.

⁶⁰ Corte di Giustizia, 18 dicembre 2014, nella causa C-354/2013, *Fag og Arbejde ex parte Kaltoft c. Kommunernes Landsforening*, consultabile in *Bollettino ADAPT*, 2015, n. 2.

L'indirizzo circa il carattere tassativo dei fattori di discriminazione, sembra essere confermato anche dalla prima giurisprudenza nazionale, *post* Riforma Fornero. Il Tribunale di Milano, nell'ordinanza dell'11 febbraio 2013, ritiene che «il licenziamento ingiustificato non può per ciò solo essere ritenuto discriminatorio», quest'ultimo «esige un *quid pluris*, ossia la prova che, in assenza di un'obiettiva ragione di licenziamento, la scelta del lavoratore da licenziare sia stata dettata da un'ingiustificata differenza di trattamento», che deve trovare «la propria ragion d'essere in una delle fattispecie discriminatorie contemplate dalla legge», restando «irrilevanti eventuali profili di arbitrarietà e irrazionalità dei motivi dell'atto, così come l'esistenza d'ipotesi di discriminazione diverse da quelle tipizzate dalla legge».

Pertanto, mentre il licenziamento ingiustificato è mero arbitrio, il licenziamento discriminatorio è invece quello fondato su uno specifico motivo odioso: sulla volontà di escludere dalla compagine sociale un soggetto per il solo fatto di una sua caratteristica personale che lo contraddistingue per un puro pregiudizio di non identità e omologazione che guarda alla condizione psico-fisica ovvero alla personalità complessivamente intesa del lavoratore⁶¹.

Il catalogo chiuso dei divieti di discriminazione appare, però, soggetto a possibile estensione nel momento in cui il giudicante deve determinare gli esatti confini della ragione discriminatoria, oggetto di causa.

Infatti, come osservato da accorta dottrina sul punto, all'indomani dell'entrata in vigore del D. Lgs. n. 23/2015, anche nella prospettiva della tassatività dei fattori di discriminazione, non sembra preclusa un'interpretazione analogica, o anche solo estensiva, dei fattori di discriminazione tipizzati⁶².

Si analizzeranno, pertanto, nei sotto-paragrafi seguenti alcuni fattori di discriminazione particolarmente critici, che hanno

⁶¹ Tribunale di Milano, ord. 11 febbraio 2013, consultabile in M. FERRARESI, R. ZUCARO (a cura di), *I licenziamenti a un anno dalla Riforma Fornero*, *Bolletino Speciale ADAPT*, 2013, n. 21.

⁶² C.CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, cit., 34.

determinato, o sono più inclini a determinare, un ampliamento della fattispecie discriminatoria facendone.

2.1 Il genere

Come si è accennato la disparità di trattamento in ragione del genere costituisce storicamente la tipologia di fattispecie discriminatoria, da cui ha preso avvio, e si è principalmente sviluppato, il filone antidiscriminatorio. In questa sede non ci si dilungherà sulle sue origini ed evoluzioni, alle quali si è in parte accennato, ma si offrirà un breve *excursus* circa la sua configurazione, alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali sul punto. Riflessione alla base dell'analisi, qui condotta, è che «la discriminazione per genere, nella sua identificazione, risente fortemente dell'influenza della cultura sociale, la cui omogeneità è messa fortemente alla prova dalla presenza all'interno della dimensione comunitaria di stati dalle tradizioni, non solo giuridiche, ma anche culturali profondamente diverse»⁶³.

Anche nell'ambito nazionale la fattispecie più esaminata a livello giurisprudenziale è quella della discriminazione fondata sul sesso e l'ambito, che ne viene generalmente individuato, quale corollario è legato, al godimento del diritto alla genitorialità. Lasciando da parte i profili, cui il Legislatore riconosce espressamente la nullità (p.e. il licenziamento della lavoratrice entro il compimento di un anno da parte del bambino), occorre qui evidenziare quali possano essere eventuali ulteriori spazi in grado di determinare il riconoscimento di un trattamento discriminatorio.

Interessante sul punto, una recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale sembra spingersi oltre quello che, sino ad oggi, era sembrato il limite della tutela discriminatoria di genere⁶⁴. La causa, oggetto di controversia, verteva sulla legittimità di una valutazione professionale, incidente in modo negativo sulla

⁶³ L. GUAGLIONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 252

⁶⁴ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, *Nadezda Riezniece c. Zemkopibas Ministrija*, causa C-7/12, in www.eus-lex.europa.eu.

posizione lavorativa di una dipendente pubblica in congedo parentale, fino a decretarne il licenziamento. La Corte, nella sua analisi, prende avvio dalla considerazione preliminare, che le donne ricorrano al congedo parentale più frequentemente degli uomini. Sulla scorta di tale assunto, il giudice comunitario sembra, infatti, fondare la propria decisione sulla «presunzione assoluta che la donna in età feconda – sposata o nubile – sia portatrice di un fattore di discriminazione consistente nella possibilità di rimanere incinta (il cosiddetto *gender plus*), quasi che la gravidanza costituisca una sorta di aggravante dell'essere donna, già di per sé un potenziale fattore di discriminazione»⁶⁵.

Come evidenziato da parte della dottrina, infatti, «non osta alla qualificazione in termini di discriminazione di questa figura di recesso la circostanza che l'accertamento della sua illiceità segua ad una presunzione (e non alla verifica positiva di un qualche rilievo causale della genitorialità nell'intimazione del licenziamento), giacchè, come più volte detto, ai fini della identificazione della fattispecie discriminatoria è irrilevante l'intento soggettivo del datore di lavoro (*id est* l'esistenza o la prova della sua determinazione di recedere a causa dello stato di gravidanza)»⁶⁶.

La dottrina maggioritaria sul punto, partendo da tale considerazione ritiene che il licenziamento legato alla genitorialità vada ricondotto alle discriminazioni per sesso, in assonanza con il diritto europeo, e ciò determina per gli interpreti di utilizzare con maggior favore l'apparato processuale tipicamente legato ai divieti di discriminazione, compresa la parziale inversione dell'onere della prova, prevista dal diritto dell'Unione Europea e riproposta a livello nazionale dall'art. 40 del D. Lgs. n. 198/2006, per quanto concerne il genere⁶⁷.

Nella sentenza della Corte d'Appello di Torino del 19 febbraio 2013, viene dichiarato illegittimo il licenziamento per giusta causa di

⁶⁵ A. DE FELICE, *I congedi parentali: un diritto fragile*, in RIDL, 2014, n. 3, 707

⁶⁶ E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, cit., 88.

⁶⁷ Si veda tra i vari L. CALAFÀ, *Sul licenziamento discriminatorio*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, Magistratura democratica, 2012, 123.

una lavoratrice, poichè basato sul suo rifiuto ad un trasferimento discriminatorio per genere, essendo stato intimato dal datore di lavoro al compimento di un anno da parte del bambino ⁶⁸.

Il giudice valorizza quindi il fattore della prossimità temporale del trasferimento, comunicato alla lavoratrice rispetto al compimento del periodo di interdizione *ex art. 56 D.Lgs 151/2001*, che costituisce un elemento di fatto del quale anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia suggerisce la rilevanza nell'indagine sulle discriminazioni di genere⁶⁹. Emerge, quindi, anche da tale pronuncia, come gli aspetti legati alla genitorialità, in particolare alla maternità, possano costituire un margine di apertura nella configurazione di discriminazioni di genere.

In ordine alla rilevanza della prova statistica l'art. 40 del D. Lgs 198/2000 prevede espressamente per le discriminazioni di genere un riparto dell'onere della prova agevolato in base al quale: «quando il lavoratore fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi ad assunzioni, regimi retributivi, assegnazioni a mansioni e qualifiche, trasferimenti, progressione in carriera e licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione di esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al datore di lavoro l'onere della prova dell'insussistenza della discriminazione». Interessante sul punto la sentenza del Tribunale di Pisa del 3 marzo 2009 che ai fini della dimostrazione della discriminazione inflitta a una lavoratrice licenziata, dopo che aveva richiesto un congedo parentale, si erano considerati i dati statistici relativi ad altre dipendenti del datore di lavoro, nel contempo parimenti discriminate in quanto madri⁷⁰.

⁶⁸ Corte d'appello di Torino, 19 febbraio 2013, consultabile in www.questionegiustizia.it.

⁶⁹ E. TARQUINI, *Le discriminazioni di genere in giudizio: un caso di scuola*, nota alla sentenza della Corte d'appello di Torino, 19 febbraio 2013, in www.questionegiustizia.it.

⁷⁰ Tribunale di Pisa, 3 marzo 2009, consultabile in E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, cit., 101 ss.

2.2 L'età

La discriminazione per età costituisce, come accennato, uno dei fattori di nuova emersione, la cui determinazione dei confini darà sempre più luogo a problematiche interpretative. Infatti, rispetto alla tradizionale distinzione tra fattori di discriminazione derivanti da una scelta (ad esempio l'appartenenza religiosa) e altri che attengono a uno stato della persona (come ad esempio il genere), l'età sembrerebbe costituire a prima vista un'eccezione, in quanto non definisce un gruppo fisso e ben delineato⁷¹.

Senza dubbio, però, rappresenta un fattore di discriminazione con una particolare ricaduta sul mercato del lavoro, atteso che secondo gli ultimi dati dell'UNAR, in ordine alle discriminazioni, la tipologia maggiormente denunciata, dopo quella etnico-razziale, è l'età (pari al 34,9%); nel 2013 era invece al primo posto (pari al 47,8%)⁷².

L'inquadramento del divieto di discriminazione per età, nel novero dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione Europea, risale alla sentenza *Mangold*⁷³. In tale pronuncia la Corte di Giustizia sancisce per la prima volta nel contesto europeo che: «il principio di discriminazione, in ragione dell'età, deve essere considerato un principio generale del diritto comunitario», il quale «trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri».

In Italia, al di là del riconoscimento normativo, attraverso il D. Lgs. n. 216 del 2003, che ha recepito la direttiva 2000/78, è stato rilevato dalla dottrina un ancoraggio costituzionale dello stesso nella formula di chiusura dell'art. 3, in quanto «l'età rappresenta una delle

⁷¹ Si veda S. FRIEDMAN, *The age of equality*, in S. FRIEDMAN, S. SPENCER (a cura di), *Age as an equality issue. Legal and policy perspectives*, Hart publishing, 2003, 37, citato da O. BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 130.

⁷² UNAR, *Rapporto 2013 e Rapporto 2014*, in www.unar.it.

⁷³ Corte di Giustizia, 22 novembre 2005, C-144/04, consultabile in www.curia.europa.eu.

quattro fondamentali dimensioni dell'esperienza individuale e sociale, insieme al genere, al gruppo etnico, alla classe (o strato) sociale»⁷⁴.

Ai fini dell'analisi del fattore età, è interessante, riportare il caso deciso dal Tribunale di Genova, con la sentenza del 3 dicembre 2012, avente a oggetto una controversia attivata da una lavoratrice licenziata, per raggiungimento dei limiti di età per il pensionamento di vecchiaia, in virtù della regola della libera recedibilità di cui all'art. 4, comma secondo, della legge n. 108/90⁷⁵.

Il giudice, dopo aver ricordato che il divieto di discriminazione fondato sull'età costituisce un elemento essenziale per il perseguimento degli obiettivi definiti negli ordinamenti in materia di occupazione, precisa che l'art. 6 della direttiva 2000/78, al paragrafo 1, lettera a), dispone che gli Stati membri possano prevedere che disparità di trattamento fondate sull'età non costituiscano discriminazione, laddove siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica e mercato del lavoro, di formazione professionale, e che i mezzi per il perseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari.

Il Tribunale di Genova ritiene però che nel caso di specie mancherebbe una finalità legittima a fondamento della normativa nazionale, in quanto la regola della libera recedibilità «si porrebbe nell'esclusivo o preminente interesse dell'impresa, la quale potrebbe avvalersi del criterio dell'età per selezionare il personale e compiere le proprie scelte di assetto dell'organico». Pertanto il giudice adito conclude che «il recesso della convenuta, per essere legittimo, non avrebbe dovuto fondarsi esclusivamente sulla motivazione dell'età anagrafica».

Sul punto il Tribunale di Genova sembra quindi aderire a quell'orientamento che tende ad assimilare licenziamento per motivo illecito determinante *ex art.* 1345 e licenziamento discriminatorio,

⁷⁴ M. AMBROSINI, G. BALLARINO, *Risorsa anziani e politiche d'impresa: un patto da riscrivere*, in S. MOLINA (a cura di), *Le politiche aziendali per l'anzianato del lavoro in Italia*, Angeli, 2000, 19.

⁷⁵ Tribunale di Genova, 3 dicembre 2012, consultabile in www.europeanrights.eu.

ammettendo comunque, che il recesso avrebbe potuto essere legittimo, qualora non fondato solo sul fattore anagrafico.

Come accennato però, e si vedrà con maggior dettaglio nel paragrafo terzo, attesa la distinzione ormai riconosciuta a livello normativo tra i due tipi di licenziamento (per quanto al momento la giurisprudenza non sia uniforme sul punto) nel caso del profilo discriminatorio il requisito di esclusività non dovrebbe essere coesenziale, atteso il grave disvalore, che lo caratterizza⁷⁶.

Interessante poi è la pronuncia del Tribunale di Roma del 14 ottobre 2014, in cui si individua nel caso di specie una discriminazione per età, fornendone una lettura ossequiosa dell'orientamento europeo, circa la natura oggettiva della discriminazione, che si realizza quindi indipendentemente dall'elemento intenzionale in capo al soggetto che la determina⁷⁷.

Fornisce inoltre un elemento importante in termini di onere della prova, affermando che la dimostrazione dell'esistenza di eventuali cause di giustificazione non può fondarsi su elementi generici, e deve essere provata dal soggetto cui la discriminazione è imputata.

La sentenza veniva pronunciata a seguito di opposizione da parte del datore di lavoro avverso un'ordinanza del Tribunale di Roma, che aveva rigettato l'impugnazione del licenziamento, in ragione del raggiungimento del 65° anno di età, chiedendo la riforma dell'ordinanza, atteso il carattere discriminatorio del licenziamento.

Il Tribunale conclude per l'esistenza ne caso di specie di un'ipotesi di discriminazione diretta, in quanto «si risolve in un trattamento ablativo di un diritto, dunque non neutro, e deteriore rispetto a quello che avrebbe ricevuto un altro lavoratore dell'azienda nella stessa posizione, ma meno anziano del ricorrente (art. 2, comma 1, lett. a) D. Lgs. 216/2003)». Ciò è sufficiente a configurare la

⁷⁶ Si veda sul punto E. PASQUALETTO, *op. cit.*, 53.

⁷⁷ Per consultare la sentenza del Tribunale di Roma del 14 ottobre 2014 si veda www.questionegiustizia.it; per un commento della stessa J. MICHELOTTI, *Il divieto di discriminazione per età nella sua nozione oggettiva e il carattere specifico delle cause di esclusione*, in www.questionegiustizia.it.

fattispecie discriminatoria, indipendentemente dall'intenzione dell'agente, rilevando esclusivamente il risultato della condotta.

Inoltre la sentenza è interessante, in ordine ai requisiti che devono avere le deroghe al divieto di discriminazione per età. Il Tribunale indica che la norma del contratto collettivo nazionale «non è una disposizione idonea a derogare al divieto di discriminazione per età e a consentire trattamenti differenziati, come pure prevede l'art. 3, comma 4-*bis*, D. Lgs. 216/2003», in quanto «vertendosi in materia di diritti indisponibili, il diritto a reagire contro trattamenti discriminatori potrebbe essere sacrificato solo in forza di una disposizione di legge, avente pari rango rispetto alla norma che li vieta, non certo in forza di una disposizione contenuta nella contrattazione collettiva».

2.3 L'handicap

In una prima fase, la tutela dell'*handicap* ha avuto un'impostazione di tipo paternalistico, con specifiche forme di protezione sociale, fondate sulla diversità, e solo successivamente, si è affermata come una tutela antidiscriminatoria volta a sancire un'eguale dignità di tutti gli esseri umani⁷⁸. La disabilità ha avuto origine pertanto come questione di tipo assistenziale, per divenire poi una questione di diritti umani⁷⁹.

E' un fattore di discriminazione, i cui confini sono stati espansi dagli interpreti e presenta al momento un margine di indefinitezza non trascurabile. Infatti, la direttiva 2000/78/CE non fornisce una definizione di disabilità. La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha quindi dovuto individuarne la nozione, traendola dagli atti di organismi internazionali dall'OMS all'ONU. In particolare, la ratifica della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006 costituisce un passaggio alquanto significativo⁸⁰.

⁷⁸ Per approfondimenti sull'origine e sull'evoluzione del fattore di discriminazione per *handicap*, si veda M.BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 77ss.

⁷⁹ Si veda sul punto il Tribunale di Milano, 4 gennaio 2011, in *Giur. Merito*, 2011, 1530.

⁸⁰ Nel Preambolo della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, lett. e), si legge che la disabilità «è il risultato dell'interazione tra persone con

Inizialmente il giudice comunitario ha ritenuto che la disabilità consistesse in una carenza fisica, mentale o psichica a lungo termine, tale da impedire la piena partecipazione delle persone, che ne fossero affette, alla vita professionale a parità di condizioni rispetto agli altri lavoratori. L'*handicap*, oggetto di tutela, ai sensi della direttiva 2000/78/CE, non comprende quindi unicamente l'inabilità all'esercizio di un'attività professionale, ma anche la difficoltà nello svolgimento della stessa⁸¹. L'obiettivo della direttiva, infatti, è tutelare le persone con disabilità rispetto al lavoro, sia nell'accesso, che nello svolgimento.

Già nel caso *Chacón Navas* – in cui la ricorrente era stata licenziata a causa di assenza dal lavoro per una malattia di lunga durata, debitamente certificata dal servizio sanitario pubblico – nonostante anteriore alla ratifica della Convenzione ONU, la Corte affermava che il concetto di disabilità, tutelato nella direttiva 2000/78/CE, fosse riferito a «un limite che deriva, in particolare, da minorazioni fisiche, mentali o psichiche e che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale», e che tali limitazioni dovessero essere di lunga durata.

A fondare la propria motivazione, su un richiamo espresso a tale prima giurisprudenza comunitaria, è la sentenza del Tribunale di Milano dell'11 febbraio 2013⁸², la quale attua una lettura ampia dell'*handicap*, riconducendo a esso la malattia di lungo corso (la lavoratrice era affetta da una grave malattia cronica che l'avrebbe accompagnata per tutta la vita), con «l'attitudine a incidere negativamente sulla vita professionale del lavoratore». Il licenziamento, quindi, è stato ritenuto discriminatorio, in base al breve lasso di tempo

minorazioni e barriere attitudinali ed ambientali, che impedisce la loro piena ed efficace partecipazione nella società». Vengono, in particolare, inquadrati nella disabilità: i deficit fisici, mentali, intellettivi e sensoriali, quali, ad esempio, cecità, sordità, deterioramento della deambulazione e ritardi nello sviluppo.

⁸¹ *Ex multis* Corte di Giustizia, *HK Danmark c. Dansk almennyttigt Boligselskab*, causa C-335/11 consultabile in www.eur-lex.europa.eu; Corte di giustizia, 22 maggio 2014, *Wolfgang Glatzel c. Freistaat Bayern*, causa C-356/2012, consultabile in www.eur-lex.europa.eu.

⁸² Tribunale di Milano, ord. 11 febbraio 2013, consultabile in M. FERRARESI, R. ZUCARO (a cura di), *I licenziamenti a un anno dalla Riforma Fornero*, op. cit.

intercorso tra l'insorgenza della malattia e l'intimazione di licenziamento (quattro mesi durante i quali la ricorrente era stata spesso assente per malattia). Interessante poi che nel caso di specie il giudice abbia ritenuto irrilevante che la ricorrente non avesse comunicato esattamente il tipo di patologia dalla quale era affetta, in quanto aveva comunque delineato in maniera chiara la gravità della situazione e gli effetti della stessa, facendo emergere la descrizione di una patologia senz'altro grave e invalidante.

Non è peregrina pertanto l'ipotesi di un ulteriore ampliamento nell'interpretazione del fattore *handicap*, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria, di cui si andrà a riportare una breve rassegna dei casi più interessanti.

Nella sentenza del luglio 2013, *Commissione c. Repubblica Italiana*, la Corte di Giustizia individua la nozione di *handicap* in ogni «limitazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori»⁸³. Tale interpretazione esprime, quindi, quell'idea di disabilità determinata non solo attraverso parametri oggettivi, funzionali all'accertamento e alla misurazione della menomazione in sé, ma anche sulla base della relazione tra il soggetto affetto dalla menomazione e il contesto circostante. L'*handicap*, quindi, non si sostanzia in un concetto unitario o determinato, ma, al contrario, in uno ampio, mutevole, suscettibile di cambiamenti in funzione di variabili, che possono modificarsi con il tempo, quali ad esempio la società, in cui vivono e si relazionano le persone disabili.

La Corte di Lussemburgo adotta, pertanto, una nozione di *handicap* potenzialmente molto ampia, confermando un orientamento

⁸³ Corte di Giustizia, *Commissione c. Repubblica Italiana*, causa C-312/11, consultabile in *Bollettino ADAPT*, 2013, n. 26; per approfondimenti sulla stessa, si veda la nota di M. AGLIATA, *La Corte di giustizia torna a pronunciarsi sulle nozioni di "handicap" e "soluzioni ragionevoli" ai sensi della direttiva 2000/78/CE*, in *DRI*, 2014, n. 1, 263 ss.

in parte già espresso nella sentenza *HK Danmark* dell'11 aprile 2013⁸⁴, e superando invece quello precedente e più restrittivo della *Chacon Navas*.

Si determina così una possibile ampia estensione del fattore *handicap*, in quanto per la sua sussistenza non sarebbe necessaria la presenza dalla nascita o in conseguenza di un incidente, potendo anche derivare da una malattia, che presenti, oltre alla lunga durata, l'insorgenza di un limite all'esercizio pieno ed effettivo dell'attività professionale, da parte del lavoratore malato. L'evoluzione del concetto di disabilità ha, quindi, una rilevanza enorme, poiché consente che alcune patologie, prima totalmente escluse possano essere ricomprese al suo interno.

In questo senso è interessante la recente sentenza *FOA* della Corte di Giustizia, in cui il ricorrente, un educatore d'asilo, impugnava il proprio licenziamento poiché, a suo avviso, fondato su una discriminazione per obesità⁸⁵. Tale patologia, come noto, non rientra tra i fattori di discriminazione tassativamente tutelati, per cui il ricorrente fonda la propria azione sulla riconducibilità dell'obesità all'*handicap*.

La Corte concludeva che l'obesità, in generale, non poteva essere considerata una disabilità, così come tutelata dalla direttiva 2000/78/CE, poiché non sempre produce i limiti che tale concetto implica, vale a dire una lunga durata che ostacoli la partecipazione della persona obesa alla vita professionale, ma non escludeva però che determinati tipi di obesità possano provarli. Pertanto l'obesità può essere considerata un *handicap*, in presenza di determinate condizioni, ossia la limitazione di lunga durata rispetto all'attività professionale della persona, che ne è affetta, poiché in virtù di ciò al soggetto obeso viene impedita una partecipazione piena ed effettiva alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori. Quindi

⁸⁴ Corte di Giustizia, *HK Danmark c. Dansk almennyttigt Boligselskab*, cit.

⁸⁵ Corte di Giustizia, *Fag or Arbejde (FOA) c. Karsten Kaltoft / Kommunernes Landsforening (KL)*, causa C-354/13, consultabile in www.eur-lex.europa.eu, mentre per un commento della stessa, si veda R. MARIA PEREZ ANAYAZ, *L'obesità come causa di licenziamento: la prospettiva comunitaria*, in *DRI*, 2015, n. 3, 678 ss.

l'obesità potrebbe configurare una disabilità, qualora sia «grave, estrema o patologica», secondo la classificazione dell'OMS.

Un'ulteriore, possibile, estensione del fattore di discriminazione per disabilità deriva dal caso di discriminazioni per associazione o relazione di cui si è fatto cenno nel primo capitolo. Come, infatti, rilevato da accorta dottrina sul punto, la circostanza che nella direttiva 2000/78 il riferimento sia a «discriminazione basata sull'*handicap*» e non a danno di persone «affette da disabilità» conduce a una definizione della fattispecie, che potenzialmente può includere situazioni quali quelle di una persona, che pur non essendo disabile, venga trattata come tale (ad esempio perché portatrice di un certo codice genetico o perché deturpata nel viso o nel corpo), oppure lo è stata in passato o lo può diventare in futuro, nonché situazioni in cui ad essere discriminati siano i relativi *care givers*⁸⁶.

Nella sentenza *Coleman*, di cui si è fatto cenno nel precedente capitolo, la Corte di Giustizia applica proprio tale ultima estensione⁸⁷. La sig.ra Coleman lavorava come segretaria in uno studio legale e nel 2002 diveniva madre di un figlio disabile, le cui condizioni richiedevano cure specializzate. Al ritorno dal previsto congedo di maternità, le veniva rifiutata sia la reintegra nel posto di lavoro, che occupava in precedenza, sia la flessibilità nell'orario, sia le stesse condizioni di lavoro accordate ai genitori di bambini non disabili. Inoltre le venivano rivolte accuse ingiustificate, commenti sconvenienti e ingiuriosi, quando chiedeva di usufruire di permessi per la cura del bambino, permessi tra l'altro concessi anche agli altri genitori. La sig.ra Coleman rassegnava quindi le proprie dimissioni, proponendo successivamente ricorso, in quanto a suo avviso in realtà vittima di un licenziamento illegittimo in quanto discendente da un trattamento meno favorevole rispetto a quello riservato agli altri lavoratori, per il fatto di avere un figlio disabile principalmente a suo carico.

⁸⁶ M. BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit. 91.

⁸⁷ Corte di Giustizia, 17 luglio 2008, *S. Coleman c. Attridge Law and Steve Law*, causa c. 303/06, in www.curia.europa.eu.

La Corte concludeva che la Direttiva 78/2000/CE deve essere «interpretata nel senso che il divieto di discriminazione ivi previsto non è limitato solo alle persone disabili. Di conseguenza qualora un datore di lavoro tratti un lavoratore che non sia esso stesso disabile, in modo meno favorevole rispetto a un altro lavoratore, in una situazione analoga, e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui il lavoratore è vittima, è causato dalla disabilità del figlio, al quale egli presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta enunciato nella direttiva».

2.4 Le convinzioni personali

Altra ipotesi di discriminazione, suscettibile a un particolare ampliamento sono le «convinzioni personali», un'espressione che attiene alle cosiddette caratteristiche individuali frutto di una scelta, in quanto attinenti a un'identità, a uno stile di vita volontariamente attuato dal soggetto interessato, e perciò anche soggetto a mutamento⁸⁸.

Può, infatti, ritenersi che «l'ampia nozione di “convinzioni personali” racchiuda una serie di categorie di ciò che può essere definito il “dover essere” dell'individuo, che vanno dall'etica alla filosofia, dalla politica (in senso lato) alla sfera dei rapporti sociali»⁸⁹.

Dal significato attribuibile alle convinzioni personali dipende poi non solo l'estensione del raggio di tutela del principio di parità di trattamento, di cui al D. Lgs n. 216/2003, ma anche le differenze di trattamento legittimate ai sensi dell'art. 3, come 3, secondo cui «nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all'*handicap*, all'età o

⁸⁸ Per un inquadramento si veda M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, 43.

⁸⁹ Corte d'Appello, 19 ottobre 2012, consultabile in L. GAETA, *La tutela contro le discriminazioni*, Giappichelli, 2013, 202 ss.

all'orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima. Parimenti, non costituisce atto di discriminazione la valutazione delle caratteristiche suddette ove esse assumano rilevanza ai fini dell'idoneità allo svolgimento delle funzioni che le forze armate e i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso possono essere chiamati a esercitare»; e comma 5, per il quale «non costituiscono atti di discriminazione, ai sensi dell'articolo 2, le differenze di trattamento basate sulla professione di una determinata religione o di determinate convinzioni personali, che siano praticate nell'ambito di enti religiosi o altre organizzazioni pubbliche o private, qualora tale religione o tali convinzioni personali, per la natura delle attività professionali svolte da detti enti o organizzazioni o per il contesto in cui esse sono espletate, costituiscano requisito essenziale, legittimo e giustificato ai fini dello svolgimento delle medesime attività».

Nella sentenza del 19 ottobre 2012, sul noto caso della mancata assunzione dei lavoratori della Fiom, la Corte d'Appello di Roma indica che «l'espressa tutela accordata dal Legislatore comunitario all'ambito delle convinzioni personali è collegabile, altresì, alla libertà di pensiero e di coscienza (non a caso accostate a quelle di religione) di cui all'art. 10 della Carta di Nizza. In tal senso perciò può essere letta l'affinità tra i due termini (*religion* or *belief*), dove il concetto di convinzioni personali evoca una sorta di “credo” laico (non contrapposto ma complementare a quello religioso)». Alla luce di ciò «può sostenersi che la tutela contro la discriminazione, operata a causa di “convinzioni personali”, non rileva solo per il fatto che una persona dichiara di nutrire una certa convinzione, ma attiene anche al fatto che un comportamento esteriore si configuri al rispetto di tale convinzione, o sia coerente con essa»⁹⁰.

⁹⁰ Corte d'Appello di Roma, 19 ottobre 2012, consultabile in R. CARAGNANO, R. ZUCARO (a cura di), *I licenziamenti dopo la L. n. 92/2012*, in *Bollettino Speciale ADAPT*, 2013, n. 2.

Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte d'Appello fa rientrare nell'ambito della categoria generale delle convinzioni personali, anche la discriminazione per motivi sindacali, con il conseguente divieto di atti o comportamenti idonei a realizzare una diversità di trattamento o un pregiudizio in ragione dell'affiliazione o della partecipazione del lavoratore ad attività sindacali.

Anche nella sentenza del 18 luglio 2013⁹¹, il Tribunale di Roma affronta il tema del licenziamento discriminatorio per «convinzioni personali», secondo i principi introdotti a livello europeo. Nel corso del contenzioso viene accertato che il recesso datoriale costituiva l'atto conclusivo di una persecuzione innescata perché il ricorrente, benché fosse stato sollecitato a farlo, non si fosse munito di protezioni politiche, in quanto contrastanti con i propri valori etici, e quindi con le proprie convinzioni personali. Da ciò l'illiceità del licenziamento e la conseguente sentenza di reintegra nel posto di lavoro.

3. Il motivo illecito determinante

Altro nodo interpretativo è rappresentato dal licenziamento basato su un motivo illecito determinante, *ex* articolo 1345 Cod. Civ., oggetto di contrasto dottrinale, sin dagli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione. Da allora, una parte della dottrina iniziò a ritenere la disciplina codicistica del licenziamento non congruente con i principi costituzionali⁹². Nello specifico, si sosteneva che un recesso, determinato da motivo illecito, fosse in grado di impedire l'esercizio di diritti fondamentali costituzionalmente protetti (con riferimento in particolare al diritto al lavoro *ex* art. 4 Cost.). Successivamente, tale interpretazione si evolse sino a ritenere nullo il licenziamento determinato da motivo illecito, senza la necessità della riconduzione alla violazione di norme costituzionali, in quanto si riteneva ad essi applicabile la disciplina comune in tema di illiceità degli atti unilaterali (artt. 1325, 1344 e 1345 Cod. Civ.). Sino all'entrata

⁹¹ Tribunale di Roma, ord. 18 luglio 2013, consultabile in *Bollettino ADAPT*, 2013, n. 34, la sentenza attiene al licenziamento di un dirigente dell'ATAC.

⁹² Per i riferimenti dottrinali si rinvia alla *Literature review*, Capitolo II, Parte I, Paragrafo 2.

in vigore della legge n. 604/1966, però, tale orientamento non ha avuto accoglimento giurisprudenziale, e solo con la sua approvazione, la questione ha iniziato ad assumere i contorni attuali.

La giurisprudenza ha teso alla creazione di un'unica categoria, il "licenziamento ritorsivo", in cui si fondono le nozioni di "discriminazione" e di "motivo illecito determinante" (comprendente sia motivi "ritorsivi" tipizzati, sia quelli non tipizzati). Pertanto l'articolo 1345 Cod. Civ. (accanto alla normativa antidiscriminatoria) ha trovato in questa categoria una applicazione generalizzata.

Altra dottrina ha invece costantemente criticato tale impostazione, perché determinerebbe una serie di distorsioni interpretative rispetto all'evoluzione della teoria della discriminazione e della normativa in materia. Le critiche poggiano sulla circostanza che l'art. 1345 Cod. Civ. si fonda su elementi soggettivi («il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito») e non su dati oggettivamente verificabili; la causa illecita è richiesta quale causa determinante (e perciò unica); l'intero onere probatorio è in capo al lavoratore⁹³.

Secondo tale orientamento se l'applicazione di tale norma avrebbe potuto essere utilmente invocata per quanto concerne i casi non tipizzati di motivo illecito (ad esempio il licenziamento ritorsivo), più difficilmente essa avrebbe potuto essere utilizzata per le ipotesi tipizzate (ad esempio il licenziamento ritorsivo per azione sindacale), che dovrebbero invece rientrare a pieno titolo nel diritto antidiscriminatorio.

La Riforma Fornero ha menzionato nel campo di applicazione della tutela reintegratoria piena «il licenziamento determinato da motivo illecito determinante, ai sensi dell'art. 1345 del Codice Civile», distinguendolo espressamente dal licenziamento discriminatorio, in quanto affiancato allo stesso dalla congiunzione oppositiva "o"⁹⁴.

⁹³ Si rinvia al Capitolo II, parte I, paragrafo 1, della *Literature Review* per una rassegna dottrinale sul punto.

⁹⁴ E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, 85.

La novella dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori sembra quindi fornire un ulteriore elemento all'orientamento dottrinale da ultimo indicato. Si è riconosciuta, da una parte la necessità di tutela del licenziamento per motivo illecito (quindi, anche nei casi di licenziamento ritorsivo non tipizzati), dall'altra quella di affermare la differenza concettuale fra questa ipotesi e quella del licenziamento discriminatorio⁹⁵.

Si concorda, infatti, con chi ritiene che l'esplicito riferimento al licenziamento per motivo illecito, affiancato, ma distinto da quello discriminatorio, fornisce un argomento decisivo per una ricostruzione autonoma delle due fattispecie⁹⁶.

In una recente pronuncia il Tribunale di Arezzo ha statuito che: «in tema di licenziamento, tra l'atto di recesso discriminatorio e quello ritorsivo sussiste una sostanziale differenza ontologica e giuridica: infatti il primo prescinde dalla situazione personale del lavoratore, o per lo meno ne considera rilevante solo l'appartenenza ad un *genus*, sicché il licenziamento viene intimato con riguardo al sesso, razza, religione, motivi politici etc.; mentre il licenziamento nullo per illiceità dei motivi ha consistenza soggettiva e personale (come nella specie), nel senso che risulta determinato da ragioni vendicative, ossia è il frutto di tensioni e ostilità nei confronti del singolo e deve risultare di portata eziologica esclusiva»⁹⁷.

Se si coordina, infatti, la formulazione del primo comma del "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori, con i più recenti interventi legislativi⁹⁸, emergono degli elementi di distinzione nella disciplina dei due casi, tali da far ritenere che il licenziamento per motivo illecito si sia definitivamente emancipato dal licenziamento discriminatorio.

⁹⁵ M.T. CROTTI, M. MARZANI, *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI, *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012.

⁹⁶ E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, 94. Nello stesso senso V. BRINO, *La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, 2015, 93.

⁹⁷ Tribunale Lavoro di Arezzo, sentenza n. 378/2014

⁹⁸ Sui quali si veda *infra*, § 3.

A ogni buon conto, per quanto attiene alla definizione del licenziamento per ritorsione, l'orientamento che si sta manifestando nella giurisprudenza di merito *post* Riforma Fornero, non sembra discostarsi dall'interpretazione data in precedenza dalla Corte di Cassazione⁹⁹, ritenendo che lo stesso si configuri: «quando il motivo ritorsivo, come tale illecito, sia stato l'unico determinante dello stesso» e ribadendo altresì che l'onere della prova, gravante sul lavoratore è «sostanzialmente fondat[o] sulla utilizzazione di presunzioni, tra le quali presenta un ruolo non secondario, anche la dimostrazione dell'inesistenza del diverso motivo addotto a giustificazione del licenziamento o di alcun motivo ragionevole»¹⁰⁰.

In altro caso, il Tribunale si pronuncia ritenendo che la fattispecie sussiste senz'altro quando si tratti di un «licenziamento per ritorsione, diretta o indiretta», e ciò si verifica «quando il motivo ritorsivo, come tale illecito, sia stato l'unico determinante dello stesso, ai sensi del combinato disposto dell'art. 1418 c.c., comma 2, artt. 1345 e 1324 c.c.». Pertanto nel caso di licenziamento per rappresaglia nei confronti del lavoratore non basta allegare elementi rilevanti in astratto, ma è indispensabile che il lavoratore provi lo specifico nesso di causalità, cioè che l'intento discriminatorio abbia avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore, anche rispetto ad altri fatti rilevanti, che potrebbero configurare ipotesi di giusta causa o di giustificato motivo¹⁰¹.

Nella motivazione viene indicato poi che la *ratio* risiede nel fatto che «esso costituisce l'ingiusta e arbitraria reazione a un comportamento legittimo del lavoratore colpito (in caso di ritorsione diretta), o di altra persona ad esso legata, e pertanto accomunata nella reazione (nel caso di ritorsione indiretta)» che attribuisce al licenziamento «il connotato dell'ingiustificata vendetta», che può dedursi da una «massa degli elementi probatori messi in luce dalla difesa di parte ricorrente che – anche solo a considerarli sul piano delle

⁹⁹ Corte di Cassazione, 8 agosto 2011, n. 17087, consultabile in *FI*, 2013, I, 176.

¹⁰⁰ Tribunale di Milano, ord. 20 novembre 2012, consultabile in *www.olympus.it*

¹⁰¹ Corte di Cassazione, 26 maggio 2001, n. 7188, in *Mass. Giur. It.*, 2001.

presunzioni – valgono ad integrare un quadro nel quale il licenziamento del ricorrente finisce per essere lo scopo e ciò in termini del tutto indipendenti dalle modalità e dalle ragioni (vere o presunte) poste alla base dello stesso»¹⁰².

Anche in una successiva e più recente sentenza, il Tribunale di Roma ricorda, in forza del combinato disposto degli artt. 1418, comma 2, e degli articoli 1345 e 1324 Cod. Civ., che il licenziamento «per ritorsione è un licenziamento nullo, quando il motivo ritorsivo, come tale illecito, sia stato l'unico determinante del recesso datoriale; tale licenziamento costituisce infatti l'ingiusta ed arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore o di altra persona legata al medesimo, configurandosi come una vera e propria vendetta»¹⁰³.

Tuttavia il Tribunale di Roma, nell'ordinanza 18 luglio 2013, perviene, se pur in *obiter dictum*, alle seguenti conclusioni: «in altri termini, colui che agisca per sentir dichiarare la natura discriminatoria o comunque illecita del licenziamento non solo può avvalersi di presunzioni (purché naturalmente gravi, precise e concordanti), senza che la presenza di altri motivi di licenziamento escluda di per sé la natura discriminatoria dell'atto; ma in aggiunta, se tali motivi non sussistono o se, pur dimostrati in giudizio, si rivelano sproporzionati o inadeguati rispetto alla misura adottata, ciò costituisce indice dell'intento discriminatorio»¹⁰⁴. In tale pronuncia, se pur non in applicazione della Riforma Fornero, sembra aprirsi un varco per il motivo illecito, ritenendo che esso possa anche non essere poi così esclusivo, se quello lecito è sproporzionato.

Come accennato nel paragrafo 1.1, nell'art. 2 del D. Lgs. 23/2015 nuovamente però torna a non essere menzionata la fattispecie del licenziamento per motivo illecito determinante *ex art.* 1345 Cod. Civ.

Tale silenzio del Legislatore porta a interrogarsi, se comporti l'esclusione della tutela reintegratoria, con conseguente applicazione di

¹⁰² Tribunale Novara, ord. 13 settembre 2013, consultabile in www.altalex.com.

¹⁰³ Tribunale di Roma, ord. 14 luglio 2014, consultabile in www.studiocostantino.it

¹⁰⁴ Tribunale di Roma, ord. 18 luglio 2013, in M. FERRARESI, R. ZUCARO (a cura di), *op. cit.*

quella di diritto comune. La dottrina si è divisa sul punto. Da una parte, chi ritiene che la norma vada interpretata nel senso di esigere l'espressa menzione della nullità, per cui di fatto la non indicazione comporta l'esclusione dal campo di applicazione del regime reintegratorio, previsto per il licenziamento discriminatorio¹⁰⁵; dall'altra, chi ritiene che la soluzione inclusiva sia possibile atteso che l'art. 1418 Cod. Civ. «mentre nel primo comma allude a una generica contrarietà a norme imperative, lasciando all'interprete il compito di individuare tanto il carattere imperativo della norma, quanto l'effettività e il grado della sua violazione, 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»¹⁰⁶.

Si concorda con tale posizione, atteso che l'art. 1418 Cod. Civ. chiaramente indica che il contratto è nullo per illiceità dei motivi *ex art.* 1345 Cod. Civ.

A ogni buon conto, tali riflessioni sono connesse però con la circostanza che, come si è accennato, l'art. 2 del D. Lgs. n. 23/2015, in generale non riprende l'elencazione contenuta nell'art. 18, primo comma, dello Statuto dei lavoratori, con le varie ipotesi di nullità cui si applica la tutela reintegratoria piena, ma utilizzi esclusivamente la dicitura onnicomprensiva «ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge», di cui si vedrà più approfonditamente nel prossimo paragrafo.

Infine, secondo altri ancora, la mancata menzione espressa si spiegherebbe nella volontà da parte del Legislatore di contrastare «un certo abuso al motivo ritorsivo in sede giudiziaria»¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Si vedano sul punto A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e naspi*, Giappichelli, 2015, 41; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., 21.

¹⁰⁶ C. CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, cit., 38.

¹⁰⁷ C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*, 18.

4. Le altre ipotesi di nullità: tra nullità testuali e virtuali

Come si è poc'anzi accennato, l'art. 2 del D. Lgs. n. 23/2015, in un'ottica di semplificazione normativa, ha ristretto a una sola formula tutte le altre ipotesi di nullità, cui deve applicarsi il medesimo regime sanzionatorio del licenziamento discriminatorio. Diversamente, tra l'altro dalla chiusura utilizzata nell'art. 18, primo comma, dello Statuto dei lavoratori, l'art. 2 del D. Lgs. n. 23/2015 aggiunge l'avverbio «espressamente», dando luogo a una serie di dubbi interpretativi. Per quanto attiene alle fattispecie elencate nell'art. 18, primo comma, dello Statuto dei lavoratori può ritenersi pacifica la loro comprensione all'interno del novello articolo, atteso che trattasi di nullità indicate testualmente dalla legge.

L'interrogativo principale riguarda quindi le nullità cosiddette virtuali, ossia se possano o meno rientrare nel campo di applicazione dell'art. 2 del D. Lgs. n. 23/2015, quei licenziamenti disposti in violazione di una norma imperativa, senza che vi sia un'esplicita dichiarazione per legge di nullità.

E' pacifica in dottrina, nonché consolidata in giurisprudenza, la tesi secondo cui per il configurarsi di una nullità virtuale non è rilevante che nella legge manchi una testuale sanzione di nullità, al fine di qualificare come nullo un atto negoziale, che sia in conflitto con norme imperative¹⁰⁸. A questo mancato inserimento sopperirebbe, infatti, l'art. 1418, primo comma, Cod. Civ., il quale può essere letto come espressione di un principio generale volto a prevedere e a disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagni una previsione di nullità.

Non è peregrina, pertanto, l'ipotesi secondo cui l'*intentio legislatoris*, sottesa a tale scelta di politica legislativa, attenga proprio alla volontà di escludere le ipotesi di nullità solo virtuali, per evitare un ampliamento del campo di applicazione della tutela reintegratoria, attraverso il confluire di ipotesi di licenziamento ingiustificato nell'area

¹⁰⁸ *Ex multis*, si vedano Corte d' Appello di Bari, 23 novembre 2012, n. 1247; Corte di Cassazione 14 gennaio 2011, n. 813; Corte di Cassazione 14 dicembre 2010, n. 25222 consultabili in www.cassazione.it.

di quello nullo. Aspetto, che a seguito della Riforma Fornero, con la rimodulazione delle tutele e il permanere di quella reintegratoria piena, in ipotesi circoscritte, si è in effetti verificato, come accennato e si vedrà più in dettaglio nel prossimo capitolo.

L'inciso «espressamente» indicherebbe, pertanto, la volontà di porre un possibile argine agli sconfinamenti giurisprudenziali che avevano trasformato l'art. 18, primo comma, dello Statuto dei lavoratori, in «una sorta di buco nero dotato di enorme forza attrattiva teorica e pratica»¹⁰⁹.

Interessante sul punto, la pronuncia del Tribunale di Bologna del 19 novembre 2012, ove si discuteva di un licenziamento intimato per asserito giustificato motivo oggettivo, a seguito del rifiuto di una lavoratrice, impiegata quale commessa presso un punto vendita destinato alla chiusura, di essere trasferita ad altro negozio, in alternativa al recesso, ma unicamente “sotto condizione” dell'uniformazione del suo orario di lavoro a quello degli altri dipendenti ivi impiegati, passando nella sostanza dal part-time al full time¹¹⁰. Orbene, in tale caso il giudice ha dichiarato allo stesso tempo la nullità del licenziamento perché disposto «per motivo illecito ex art. 1345 c.c.»; perché avente «carattere esclusivamente ritorsivo [...], e come tale discriminatorio»; e perché «riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge», con riferimento all'art. 5 d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61. In particolare atteso che il rifiuto del passaggio dall'orario full-time al part-time (e viceversa) non può costituire un giustificato motivo di licenziamento, la norma sarebbe stata violata dal datore di lavoro nel momento in cui quest'ultimo ha operato una coazione sulla lavoratrice al fine di ottenere che la medesima accettasse condizioni di lavoro «deteriori», quale unico modo per evitare il recesso. Dalla dichiarazione di nullità del recesso per i vizi sopra elencati, è derivata

¹⁰⁹ F. CARINCI, *Il licenziamento economico individuale nel contesto dell'art. 18 St.*, in S. BRUSATI, E. GRAGNOLI (a cura di), *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti*, op. cit., 91.

¹¹⁰ Tribunale di Bologna, ord. 19 novembre 2012, in R. CARAGNANO, R. ZUCARO (a cura di), *I licenziamenti dopo la L. n. 92/2012*, Boll. Speciale ADAPT, 2013, n. 2.

la condanna alla reintegrazione, con l'iniziale orario di lavoro, oltre ovviamente al risarcimento del danno.

Altra ipotesi di nullità cosiddetta virtuale è quella sulla quale si sono pronunciati il Tribunale di Torino¹¹¹ e quello di Milano¹¹², che hanno ritenuto rientrarvi il caso del lavoratore, che maturati i requisiti minimi per la pensione di vecchiaia, abbia deciso di proseguire l'attività lavorativa fino al limite massimo di settant'anni, in quanto sussisterebbe la violazione di una norma imperativa nell'art. 24, comma 4, del decreto legge n. 201/2011 convertito in legge n. 214/2011. Tuttavia, tale articolo non pone un divieto assoluto di licenziamento dei lavoratori nel periodo tra il conseguimento dei requisiti pensionistici e i settant'anni, ma si limita a stabilire la vigenza della tutela *ex art. 18* dello Statuto dei lavoratori a tale età. Secondo alcuni, pertanto, acclarato che il licenziamento era totalmente privo di giustificazione, il giudice avrebbe dovuto applicare la reintegrazione cosiddetta "debole" di cui all'art. 18, commi 4 e 5, dello Statuto dei lavoratori¹¹³.

Sembra, quindi, esserci una volontà da parte del Legislatore di restringere fortemente l'ambito applicativo della tutela reale piena. Secondo parte della dottrina ciò porterebbe quindi a compimento quanto già avviato con la rimodulazione dell'art. 18, che pur in assenza dell'avverbio «espressamente», faceva riferimento solo alle ipotesi di nullità testuali¹¹⁴, anche in virtù del fatto che essendo «testuali le ipotesi di nullità del licenziamento elencate nel primo comma della norma statutaria, analoga caratteristica dovrebbero possedere gli ulteriori casi cui fa riferimento la clausola di chiusura»¹¹⁵.

¹¹¹ Tribunale di Torino, ord. 29 marzo 2013, consultabile in M. FERRARESI, R. ZUCARO (a cura di), *op. cit.*

¹¹² Tribunale di Milano, ord. 10 aprile 2013, consultabile in R. CARAGNANO, G. SALTA (a cura di), *Lavoro: un anno di legge Fornero*, in *Bollettino Speciale ADAPT*, 2013, n. 19.

¹¹³ M. CORTI, *La tendenza espansiva della nuova reintegrazione: riflessioni su alcune pronunce ex art. 18*, comma 1, dello Statuto dei lavoratori, in *DRI*, 2013, n. 4, 1047.

¹¹⁴ P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in L. DI PAOLA (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, Giuffrè, 26.

¹¹⁵ E. PASQUALETTO, *op. cit.*, 59.

Con il D. Lgs. n. 23/2015 si sarebbe, pertanto, voluto fugare ogni dubbio interpretativo sul punto, tramite l'inciso «espressamente», che si ritiene quindi non possa essere ignorato, in quanto il Legislatore *tam dixit, quam voluit*.

In conclusione i licenziamenti affetti da nullità virtuale dovrebbero rimanere assoggettati al regime di nullità di diritto comune¹¹⁶.

5. Il regime probatorio e le influenze comunitarie

Il peculiare regime probatorio, previsto per dimostrare la sussistenza di una discriminazione, incide ovviamente anche nel caso di impugnazione di un licenziamento per siffatta ragione. L'onere della prova *de quo* grava interamente sul lavoratore, ma il ricorso al diritto antidiscriminatorio porta a valutare la specifica operatività del sistema di agevolazione probatoria, di cui si è data una breve disamina nel precedente capitolo.

Trattandosi comunque di dimostrare la sussistenza di una discriminazione, il lavoratore può avvalersi del regime probatorio agevolato previsto per le discriminazioni di genere dall'art. 40 del D. Lgs. 198/2006, e per gli altri fattori di discriminazione dall'art. 28, comma 4, del D. Lgs. n. 150/2011 che «introducono appunto un bilanciamento degli oneri probatori stabilendo che laddove il lavoratore possa allegare 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»¹¹⁷.

Tuttavia con l'introduzione del rito sommario, a opera della Riforma Fornero¹¹⁸ ci sono stati dei dubbi interpretativi circa

¹¹⁶ Sul punto si vedano A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 2015; E. PASQUALETTO, *op. cit.*, 62; L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, *Working Paper CSDLE* "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 250, 10.

¹¹⁷ P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio nullo e orale*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, 2014, 1298.

¹¹⁸ Per maggiori dettagli dello stesso si rinvia alla parte IV della *Literature review*.

l'applicabilità del modello probatorio concepito *ad hoc* per i casi di discriminazione - collegato allo specifico rito previsto in tali ipotesi - al rito speciale in materia di licenziamenti introdotto dalla Fornero. Senza dilungarsi su tale questione, al momento marginale rispetto alla nuova disciplina introdotta con il D. Lgs. n. 23/2015, in cui non si applica lo speciale rito di cui alla L. n. 92/2012, si ritiene che anche alla luce della nuova disciplina, la tesi su cui si consoliderà presumibilmente l'orientamento giurisprudenziale sarà circa l'applicabilità del regime probatorio *ex art.* 28 della L. n. 151/2011.

Pertanto, il lavoratore che agisca in giudizio per l'accertamento della discriminazione, deve dimostrare l'effettività del trattamento deteriore rispetto a un soggetto terzo in base al fattore protetto, ricadendo sul datore di lavoro la prova di specifici fatti da cui emerga in caso di discriminazione indiretta la presenza di una causa di giustificazione; mentre nell'ipotesi di discriminazione diretta l'esclusione della fattispecie dall'area del divieto.

Un'interpretazione, quella *de quo*, che ha sicuramente il merito di valorizzare l'attitudine dei fattori protetti ad adeguarsi a eventuali evoluzioni, ma che determina un'ineliminabile tensione con l'apparato protettivo del diritto dell'Unione Europea, connotato da un particolare modello probatorio e incentrato su caratteristiche protette nominate. Infatti una simile soluzione ermeneutica finisce per inserire nell'apprezzamento della discriminazione un fattore di soggettività, il motivo, estraneo alla nozione funzionale e obiettiva dei fattori di discriminazione imposti dal diritto dell'Unione¹¹⁹.

Tale ricostruzione tra l'altro ha teso a richiedere necessariamente, come avvenuto sino a oggi nella giurisprudenza maggioritaria sul punto, che sia provato anche l'elemento soggettivo, l'intento illecito e/o discriminatorio, in capo al datore di lavoro, affermando una nozione aperta dei diversi fattori di discriminazione.

Ad avviso di chi scrive tali orientamenti sono connessi tra di loro, in quanto non vincolare i fattori di discriminazione alla

¹¹⁹ E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, cit., 35.

sussistenza dell'elemento soggettivo, esporrebbe al rischio di un ampliamento esponenziale delle fattispecie discriminatorie. Tale interpretazione peraltro è senza subbio riconducibile alla sostanziale equiparazione, che fino ad ora c'era stata, tra licenziamento discriminatorio e licenziamento per motivo illecito determinante *ex art.* 1345 Cod. Civ.

Espressione di questo orientamento, è quanto indicato, tra le varie, nella sentenza della Cassazione del 9 luglio 2009, n. 16155 ossia: «la richiamata interpretazione estensiva, invero si fonda, per un verso, sul rilievo che le indicazioni delle varie ipotesi di licenziamento discriminatorio, contenute nelle citate disposizioni, costituiscono specificazione della più ampia fattispecie di licenziamento viziato da motivo illecito, riconducibile alla generale previsione codicistica dell'atto unilaterale nullo ai sensi dell'art. 1345 c.c. (in relazione all'art. 1324 c.c.) e, dall'altro, sulla considerazione che in tale generale ed ampia previsione è certamente da comprendere il licenziamento intimato per ritorsione e rappresaglia»¹²⁰.

Il descritto quadro è stato, quindi, uno delle più rilevanti ragioni che sino a oggi hanno determinato una scarsa applicazione nel nostro ordinamento del diritto antidiscriminatorio.

A ogni buon conto in virtù delle novelle normative di questi ultimi tre anni hanno cominciato ad affermarsi delle evoluzioni interpretative. In particolare, come si è accennato, il rapporto tra la nozione di discriminazione, e nello specifico dei confini dei fattori discriminazione nominati, mentre il regime probatorio agevolato alla luce del diritto antidiscriminatorio di matrice europea, ha costituito l'aspetto determinante del noto caso della mancata assunzione dei lavoratori iscritti Fiom, nella sentenza della Corte d'Appello del 19 ottobre 2012, di cui si è fatto cenno nel precedente capitolo.

¹²⁰ Corte di Cassazione, 9 luglio 2009, n. 16155, con nota di E. GRAGNOLI, *La nozione di licenziamento ritorsivo e le possibili motivazioni del recesso*, in *RGL*, 2010, n. 10, 59.

6. L'applicazione alle cosiddette organizzazioni di tendenza

L'art. 9, comma secondo, del D. Lgs. n. 23/2015 ha previsto che anche ai datori di lavoro non imprenditori, che svolgano senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto, si applichi la novella disciplina in tema di licenziamenti.

La disposizione, quindi, determina l'uniformità tra le tutele nei confronti del licenziamento illegittimo, di cui godono i lavoratori delle c.d. organizzazioni di tendenza, quali ad esempio giornali di partito, scuole religiose, sindacati, partiti, e quelle degli occupati presso datori di lavoro di analoghe dimensioni.

Tali enti godevano, infatti, di un trattamento privilegiato, essendo esclusi dal campo di applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori (*ex art. 4, primo comma, della legge n. 108 del 1990*), con l'eventuale applicazione della tutela obbligatoria di cui all'art. 8, della L. n. 604/1966. La *ratio* alla base era salvaguardare la corrispondenza tra finalità ideologica perseguita dal datore di lavoro, sua ragion d'essere identitaria e comportamento tenuto dal lavoratore, al fine di garantire la piena adesione di quest'ultimo¹²¹.

Un regime di *favor* che, dunque, continua a permanere solo per i vecchi assunti a tempo indeterminato, mentre per i nuovi con il contratto a tutele crescenti avrà luogo la piena vigenza della disciplina sui licenziamenti a esso relativa.

In riferimento al licenziamento discriminatorio, in realtà, questa estensione era già ritenuta applicabile dalla giurisprudenza¹²².

A ogni buon conto il rilievo che assume in tale ipotesi l'orientamento, l'identità ideologica dell'organizzazione di tendenza determina la necessità di distinguere tra il recesso, che si connette a tale

¹²¹ M. PERSIANI, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 1991, I, 6.

¹²² Si veda sul punto Corte di Cassazione, 25 luglio 2008, n. 20500, in *Mass. giust. civ.*, 2008, 1212, secondo cui «la non applicabilità dell'art. 18 legge 20 maggio 1970 n. 300 ai licenziamenti illegittimi intimati dai datori di lavoro menzionati dall'art. 4 legge 11 maggio 1990 n. 108 non si estende ai licenziamenti discriminatori, quale che sia il numero dei dipendenti e la categoria alla quale appartengono».

aspetto, che non può definirsi discriminatorio, in quanto la norma stessa lo qualifica come lecito, e il licenziamento discriminatorio perché in violazione dei divieti di discriminazione.

Anche in dottrina si è affermato che nelle organizzazioni di tendenza il licenziamento discriminatorio è configurabile unicamente in caso di motivo discriminatorio estraneo all'ideologia perseguita dall'organizzazione¹²³, laddove invece per recesso cosiddetto ideologico si intende quello intimato per ragioni inerenti all'ideologia dell'ente.

Sussiste però un contrasto giurisprudenziale sul quale la nuova normativa non interviene in modo dirimente, determinando un ulteriore possibile varco per i licenziamenti discriminatori. La difformità interpretativa attiene alla tipologia di mansioni cui debba essere connessa l'esclusione dal regime di tutela *ex art. 18* dello Statuto dei Lavoratori. L'art. 4, primo comma, della legge n. 108/90 non prevede alcuna distinzione fra mansioni definite di "tendenza", in quanto si sostanziano in attività, che possano esprimere e partecipare all'interesse di cui il datore di lavoro è portatore, essendo direttamente funzionali, strumentali o comunque connesse alla realizzazione delle finalità perseguite dall'organizzazione di tendenza, e mansioni, viceversa, "neutre", cioè meramente esecutive, o che comunque non importino partecipazione alla realizzazione dei fini datoriali.

Per le organizzazioni di tendenza, parte della giurisprudenza aveva escluso l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori solo nel caso di licenziamento di lavoratori, che svolgessero mansioni di tendenza¹²⁴. La Corte ha ritenuto che: «non può pertanto ritenersi legittimo il licenziamento intimato da un istituto di istruzione religioso di confessione cattolica ad un proprio insegnante laico di educazione fisica per avere questi contratto matrimonio col rito civile e non con quello religioso, in quanto la materia insegnata prescinde

¹²³ A. MANNA, *Art. 4 – Area di non applicazione*, in G. FERRARO, *I licenziamenti. Commento alla legge 11 maggio 1990 n. 108*, Giuffrè, 1990, 159; M. PERSIANI, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina della reintegrazione nel posto di lavoro*, in *DL*, 1991, n. 1, 9.

¹²⁴ Corte di Cassazione, 6 novembre 2001, n. 13721, in *RIDL*, 2002, n. 2, 63.

completamente dall'orientamento ideologico del docente ed è indifferente rispetto alla tendenza della scuola».¹²⁵

Secondo l'altro orientamento invece il silenzio del Legislatore sul punto, non consentirebbe un'interpretazione restrittiva del citato art. 4, così da distinguere tra posizioni lavorative cosiddette di tendenza e neutre¹²⁶.

La nuova normativa a sua volta non distingue tra le due tipologie di mansioni e potrebbe dare luogo a incertezze interpretative, atteso che è difficile ritenere che possa costituire un trattamento differenziato giustificato, in nome della "tendenza", un licenziamento discriminatorio basato su ragioni, ad esempio, di *handicap* o di genere in un giornale di partito¹²⁷.

Il D. Lgs. n. 216/2003 ha, infatti, confermato il regime applicabile alle organizzazioni di tendenza laddove prevede che non costituiscono atti di discriminazione: 1) quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età o all'orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima (ex art. 3 comma 2); 2) le differenze di trattamento basate sulla professione di una determinata religione o di determinate convinzioni personali che siano praticate nell'ambito di enti religiosi o altre organizzazioni pubbliche o private, qualora tale religione o tali convinzioni personali, per la natura delle attività professionali svolte da detti enti o organizzazioni o per il contesto in

¹²⁵ Corte di Cassazione, 16 giugno 1994, n. 5832, in *FI*, 1995, I, 875.

¹²⁶ Corte di Cassazione, 16 settembre 1998, n. 9237, in *GI*, 1999, 1598.

¹²⁷ Si veda sul punto C. CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, cit., 22; in senso contrario ritiene invece risolto in via definitiva il problema delle mansioni di tendenza, nel senso della loro irrilevanza, G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., 65, atteso che tra l'altro nonostante non ci sia un orientamento consolidato quella maggioritaria sembrerebbe ritenere che l'esclusione dell'organizzazioni non imprenditoriali di tendenza dal campo di applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori prescinda da qualsiasi distinzione tra mansioni.

cui esse sono espletate, costituiscano requisito essenziale, legittimo e giustificato ai fini dello svolgimento delle medesime attività (ex art. 3, comma 5).

E' evidente, però, che trattasi di eccezioni riguardanti solo alcuni fattori di discriminazione, quali ad esempio l'età e le convinzioni personali.

Ecco perché si rivela fondamentale la distinzione tra mansioni neutre e di tendenza, necessaria per evitare di giungere alla conclusione che anche ai lavoratori con mansioni neutre sarebbe applicabile il licenziamento per motivi ideologici, quale giusta causa di recesso. Appare, così, necessario analizzare i fatti contrastanti con l'ideologia, distinguendo se a commetterli sia stato il dipendente portatore della tendenza o chi svolge compiti meramente esecutivi o, comunque, totalmente estranei e indipendenti da essa. Questa importante specificazione è stata messa in luce nella sentenza della Corte di Cassazione poc'anzi citata, nella quale quest'ultima era stata chiamata a pronunciarsi sul licenziamento di un professore - insegnante di educazione fisica presso un collegio gestito da una congregazione religiosa - avvenuto per aver egli contratto un matrimonio, secondo rito civile, e ritenuto quindi contrastante con l'indirizzo educativo di carattere cattolico della scuola. La Corte di legittimità specifica nell'esame di tale fattispecie che l'introduzione nella disciplina positiva delle organizzazioni di tendenza è avvenuta con l'art. 4 L. n. 108/1990, ma che la norma in questione prevede l'esclusione della tutela reale solo in caso di un generico licenziamento illegittimo, mentre non specifica nulla in ordine al licenziamento discriminatorio, il quale si caratterizza per essere "particolarmente odioso" in quanto «priva il soggetto del proprio lavoro per aver esercitato diritti, solennemente garantiti dalla Costituzione, quali la libertà religiosa». Ecco perché si deve ritenere operante la deroga al divieto di tale licenziamento, solo in casi eccezionali e nei limiti in cui la stessa è necessaria per garantire altri diritti costituzionalmente tutelati.

La deroga, secondo tale orientamento giurisprudenziale, non si può applicare indistintamente, ma è necessario operare una

differenziazione in base alle mansioni svolte dal dipendente. Infatti, il principio fondamentale enunciato dalla Corte è che il «licenziamento ideologico può essere [...] legittimo, quando l'adesione ideologica è requisito di autenticità della prestazione, e in tale ipotesi nessuna tutela (né reale né obbligatoria) spetta al lavoratore».

7. Il licenziamento per disabilità fisica e psichica

Il Legislatore, all'art. 2 comma 4, del D. Lgs. n. 23/2015 dispone l'applicazione della medesima tutela prevista per i licenziamenti discriminatori anche nei casi in cui il giudice accerti «il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68».

Si ha quindi uno spostamento rispetto a quanto disposto dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, che li aveva collocati nell'ambito del regime reintegratorio attenuato, ma anche rispetto alla versione indicata nello schema del decreto legislativo n. 23/2015. Quest'ultima, infatti, prevedeva che a tale tipologia di recesso si applicasse la tutela reale attenuata di cui all'art. 3, comma 3, equiparandoli ai casi di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo, nei quali venisse dimostrata l'insussistenza del fatto materiale.

Nel parere sullo schema di decreto legislativo, espresso della Commissione lavoro del Senato, viene rilevato però che sarebbe stato opportuno, che la fattispecie relativa al licenziamento per inidoneità fisica e psichica, costituente richiamo del relativo divieto di discriminazione, venisse collocata *ratione materiae* nell'art. 2 del D. Lgs. n. 23/2015.

Secondo parte della dottrina la *ratio* sottesa a tale trasposizione risiederebbe, infatti, nella configurabilità del recesso *de quo* in un'ipotesi di licenziamento discriminatorio, atteso che la disabilità rientra fra i motivi di differenziazione espressamente vietati al datore di lavoro dall'art. 15 dello Statuto dei lavoratori e, più in generale, dalla

normativa antidiscriminatoria¹²⁸. L'assimilazione tra le due fattispecie sarebbe ricavabile anche dal mutamento letterale della norma, laddove non si fa più riferimento alla «inidoneità» del lavoratore, ma alla disabilità, la cui fungibilità rispetto al termine *handicap* è pacifica¹²⁹.

Secondo altra parte della dottrina si tratterebbe invece di due fattispecie distinte e in un certo senso speculari. Infatti, nel licenziamento per motivo consistente nella disabilità, l'inidoneità nella quale il lavoratore si trova non viene nascosta, ma evidenziata e posta legittimamente a fondamento del recesso, qualora non residui più una idoneità utilizzabile. Per cui il licenziamento è accertato come illegittimo (e sarà conseguentemente sanzionato), proprio in ragione della insussistenza e non già della presenza della situazione di inidoneità, cioè del fattore di discriminazione¹³⁰. Secondo tale dottrina, pertanto, tale ipotesi di recesso sarebbe distinta da quella discriminatoria, in cui sussiste una ingiustificatezza qualificata, cui il Legislatore ha accordato una tutela reale piena.

Dello stesso avviso è quella parte della dottrina secondo la quale i concetti di disabilità, utilizzati dalla nuova previsione legislativa, andrebbero distinti, sulla base del *discrimen* che mancherebbe, nell'ipotesi di cui al comma 4, il profilo discriminatorio¹³¹. Tuttavia occorre ricordare che, come si è visto, la giurisprudenza, in recepimento degli orientamenti comunitari sul punto, ritiene che non occorra, ai fini della dimostrazione della sussistenza di una discriminazione, la prova dell'elemento soggettivo in capo al datore di lavoro.

A ogni buon conto, comunque, la distinzione prospettata avrebbe più che altro conseguenze dal punto di vista dell'onere probatorio, che

¹²⁸ E. PASQUALETTO, *op. cit.*, 65; in senso conforme D. GAROFALO, *Il giustificato motivo oggettivo nella riforma Renzi: le fattispecie controverse*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015, 143.

¹²⁹ E. PASQUALETTO, *op. cit.* 65

¹³⁰ C. CESTER, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *op. cit.*, 106.

¹³¹ A. RICCARDI, *Il licenziamento per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *op. cit.*, 111.

sarebbe più gravoso qualora si optasse per l'assimilazione alla fattispecie discriminatorie.

CAPITOLO III

PROSPETTIVE DE IURE CONDENDO

SOMMARIO: 1. La potenziale *vis expansiva* del licenziamento discriminatorio – 1.1 I
L'analisi di un campione giurisprudenziale - 2. Dal lavoratore alla persona:
l'emergente baricentro delle tutele lavoristiche

1. La potenziale *vis expansiva* del licenziamento discriminatorio

Alla luce di quanto sin qui esposto, si possono trarre delle considerazioni conclusive, non solo in ordine a un'acquisita rilevanza del licenziamento discriminatorio, ma anche in riferimento a una sua potenziale capacità attrattiva nei confronti di altre ipotesi di recesso.

In antitesi, infatti, a chi sostiene che i margini di manovra dell'interprete siano fortemente impediti dalla tassatività dei fattori di discriminazione¹³², si è dimostrato che quest'ultima non è garanzia di mancata estensione, in quanto tutti i fattori protetti, e alcuni in particolare, si prestano a nozioni potenzialmente ampliabili, anche in virtù dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria.

Tra l'altro è indubbio che il giudizio di eguaglianza presupponga per compiersi interamente, valori distinti dall'eguaglianza stessa, che indichino, in che cosa, rispetto a quali aspetti, il diritto debba rendere le persone uguali. La categoria "valore", secondo quello che è il suo intrinseco significato, è però inevitabilmente soggetta a un alternarsi tra momenti di stabilizzazione e momenti di rinegoziazione del suo significato, da parte di chi deve garantirne la tutela¹³³. Si ricorda, ad esempio, il fattore *handicap*, cui l'evoluzione giurisprudenziale ritiene riconducibile la patologia dell'obesità, in presenza di determinate caratteristiche; o le convinzioni personali, nelle quali può essere inquadrato, come si è visto, tutto ciò che è espressione

¹³² M. BIASI, *Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema "a tutele crescenti?"*, WP ADAPT, 2015, n. 183,7 ss.

¹³³ M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., XIX.

di una sorta di «credo laico», ossia dalle concezioni filosofiche a quelle sindacali.

E' evidente, pertanto, che una determinata caratteristica identitaria, pur se non espressamente contemplata nel catalogo normativo potrebbe divenire una via d'accesso alla fattispecie discriminatoria, qualora costituisca il fondamento del recesso.

L'onere probatorio più gravoso sarebbe, poi, alleggerito dalla lettura oggettiva della fattispecie discriminatoria, che si va affermando, alla luce della giurisprudenza comunitaria, nonché della distinzione che sembrerebbe essere stata ora riconosciuta a livello normativo tra recesso discriminatorio e motivo illecito determinante.

Inoltre, quest'ultimo richiede un requisito aggiuntivo, che in qualche modo ne limita l'espansione rispetto a quello discriminatorio, ossia la necessaria circostanza, che il motivo sia unico e determinante, mentre ciò secondo parte degli interpreti, con i quali si concorda, non sembra essere necessario per il licenziamento discriminatorio. Nonostante anche la giurisprudenza maggioritaria al momento sembra ancora richiedere l'esclusività, va ricordato quanto evidenziato in precedenza, ossia che tale conclusione è collegabile alla considerazione, che fino ad oggi, attesa la non espressa previsione del licenziamento per motivo illecito determinante *ex art. 1345 Cod. Civ.* nell'ambito della tutela accordata dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, si è teso a "confondere" le fattispecie l'una nell'altra, con conseguente assimilazione dei presupposti applicativi.

L'attuale distinzione tra le due tipologie di recesso determinerà quindi presumibilmente differenze sul piano probatorio, atteso che mentre «per le discriminazioni in senso proprio, nominate o meno che siano nell'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, non vi è necessità di un sindacato di merito sull'estrinseca riprovevolezza, essendo esse stesse sempre "antigiuridiche", non fosse altro perché in contrasto con l'art. 3 della nostra Costituzione»; per il motivo illecito, il rinvio codicistico conserva il significato di ancorare il giudizio di illiceità ai consueti canoni della contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, permettendo «il controllo di decisioni arbitrarie, non

tipizzabili a priori, con attenzione alla giustizia del caso singolo e a profili di tutela di interessi meramente individuali dei lavoratori»¹³⁴.

Infatti, laddove il licenziamento ingiustificato è mero arbitrio, quello discriminatorio è, invece, fondato su uno specifico motivo odioso, che determina l'esclusione dalla compagine sociale di un soggetto per il solo fatto di una sua caratteristica personale, che lo contraddistingue, per un puro pregiudizio di non identità e omologazione, in relazione alla condizione psico-fisica ovvero alla personalità complessivamente intesa del lavoratore¹³⁵. Un disvalore talmente grave da essere riconosciuto e tipizzato dall'ordinamento. Per cui, mentre la normativa antidiscriminatoria tutela elementi di identità personali, meritevoli di una protezione rafforzata, anche in virtù del loro rilievo costituzionale, e regola situazioni di rilevanza collettiva, caratterizzate da una particolare pericolosità sociale; diversamente il motivo illecito permette il controllo di decisioni arbitrarie, non tipizzabili a priori, con attenzione alla "giustizia del caso singolo", e a profili di tutela di interessi meramente individuali dei lavoratori, come risulta dalla casistica giurisprudenziale, dominata in prevalenza dalla reazione a rivendicazioni di propri diritti, avanzata dal lavoratore.

Si potrà osservare che questo determini una lettura soggettiva della discriminazione. A ciò si eccepisce che non è detto che il motivo o l'intento di discriminare non siano presenti, potrebbero esserlo, ma non è necessaria una piena dimostrazione probatoria in sede civile, per il riconoscimento della discriminazione dove, come si è visto, può essere sufficiente una prova statistica o anche la presenza di più elementi presuntivi in grado di provare rispetto a un *tertium comparationis* un trattamento differenziato (diversamente avverrebbe in quella penale p.e. nel caso di una molestia sessuale)¹³⁶.

¹³⁴ P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, in *ADL*, 2013, n. 4-5, 841.

¹³⁵ Tribunale di Milano, ord. 11 febbraio 2013, consultabile in M. FERRARESI, R. ZUCARO (a cura di), *I licenziamenti a un anno dalla Riforma Fornero*, op. cit..

¹³⁶ In questo senso, ad esempio, S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 246, 7, il quale auspica, facendo leva sulla mancata menzione del motivo illecito all'interno dell'art. 2 del D. Lgs. n. 23/2015, che venga abbandonata la versione soggettivizzata della discriminazione e si abbia

Parte della dottrina ritiene che tale *vis expansiva* della discriminazione opererebbe non solo verso le fattispecie, che secondo altra opzione interpretativa, potrebbero rientrare nel licenziamento per motivo illecito, ma anche ad esempio verso alcune ipotesi di mancanza di giustificazione, che la Riforma Fornero aveva ricondotto alla tutela reale attenuata¹³⁷. Altra dottrina radicalizza poi tale ragionamento riconducendo la tutela prevista in queste ultime fattispecie caratterizzate da «comportamento specioso e in mala fede del datore di lavoro» a una comune matrice antidiscriminatoria¹³⁸.

Se si aderisse, poi, a quella che peraltro al momento, come detto, costituisce la giurisprudenza nazionale maggioritaria, circa il carattere non tassativo dei fattori di discriminazione¹³⁹, si arriverebbe ad ampliare la portata applicativa del licenziamento discriminatorio con estrema facilità. Si potrebbe, infatti, ipotizzare un'interpretazione che consenta di estendere tale tipo di recesso a tutte le ipotesi in cui il licenziamento abbia quale unico scopo, non già il perseguire una condotta del lavoratore disciplinarmente rilevante ovvero di soddisfare esigenze organizzative dell'impresa, bensì il colpire in generale aspetti afferenti la persona del lavoratore¹⁴⁰.

Potrebbero rientrare, pertanto, nella fattispecie discriminatoria tutte quelle ipotesi di recesso privo di giusta causa e giustificato motivo soggettivo inerente a condotte che diversamente non avrebbero alcuna rilevanza (p.e. il lavoratore che non ha fatto gli auguri di Natale).

Si ricorda tra l'altro sul punto che, come indicato nel primo capitolo, il catalogo di fattori di discriminazione indicati all'art. 14

l'adesione definitiva alla lettura oggettiva, propria del diritto antidiscriminatorio di matrice europea.

¹³⁷ S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit., n. 246, 7.

¹³⁸ G. PROSPERETTI, *L'elemento della malafede del datore di lavoro nella nuova disciplina dei licenziamenti*, in *RIDL*, 2015, n. 2, 249.

¹³⁹ Secondo G. MIMMO, *Appunti su uno schema di Decreto Legislativo (attuazione della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183)*, in *www.agi.it*, 2015, 15, il quale ritiene che qualora si considerasse tassativa la previsione delle ipotesi di discriminatorietà del licenziamento limitandole a quelle espressamente previste dalla legge, non vi sarebbe alcuna necessità di distinguere il licenziamento discriminatorio da quello nullo, in quanto la discriminatorietà determinerebbe un'ipotesi di nullità espressamente prevista dalla legge.

¹⁴⁰ G. MIMMO, *op. cit.*, 15.

della CEDU è aperto, concludendosi con la formula «ad ogni altra condizione», pertanto qualora ne dovesse venire riconosciuto un valore giuridico primario, come avvenuto per la Carta di Nizza, si potrebbero aprire indubbiamente nuovi scenari sul versante del carattere meramente esemplificativo dei fattori di discriminazione.

Inoltre diversamente da chi invece ritiene che la nuova disciplina in materia di licenziamenti potrebbe determinare un'espansione del diritto civile¹⁴¹, si concorda con quella parte della dottrina che eccepisce l'impossibilità di fare ricorso a categorie giuridiche, quali l'abuso del diritto o il negozio in frode alla legge, atteso che mancherebbe l'espressa previsione normativa della nullità, come richiesto dall'art. 2 del D. Lgs. n. 23/2015¹⁴².

Alla luce di ciò, un argine a eventuali condotte abusive da parte del datore di lavoro, è un'interpretazione estensiva del licenziamento discriminatorio, che come si è visto, è possibile sia qualora si ritenga il carattere esemplificativo dei fattori di protezione, che tassativo.

1.1 Il quadro derivante dall'analisi di alcune pronunce giurisprudenziali

Il licenziamento discriminatorio sembra, pertanto, affermarsi quale asse di equilibrio di una nuova configurazione epistemologica del diritto del lavoro. A contribuire a questo processo di affermazione di una fattispecie rimasta sino a oggi ai margini del dibattito giuslavoristico, saranno le aule dei tribunali, dove già dopo la Riforma Fornero si è verificata una sua più diffusa presenza.

Di conseguenza si ritiene opportuna un'accurata indagine sulla casistica giurisprudenziale, poichè nonostante la centralità acquisita dal licenziamento discriminatorio, come rilevato da accorta dottrina, i dati provenienti dal monitoraggio del Ministero della giustizia delle azioni

¹⁴¹ M. BIASI, *Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema "a tutele crescenti"?*, cit.

¹⁴² G. MIMMO, *op. cit.*, 15.

in giudizio e dei loro esiti non dedicano alcuna attenzione allo stesso¹⁴³.

In questo paragrafo, si riportano quindi i risultati emersi dall'analisi un campione composto esclusivamente di ordinanze emesse a seguito della Riforma Fornero, reperite da fonti *open access*¹⁴⁴. Ovviamente consente di fare solo un primo bilancio, atteso il breve tempo decorso (un triennio) dall'introduzione della novella normativa. Ciò emerge *ictu oculi*, quando si considera che i provvedimenti analizzati sono solo ordinanze cosiddette "Fornero", in quanto emesse a conclusione del rito sommario introdotto dalla L. n. 92/2012, adottate da giudici di merito, atteso che al momento le pronunce delle Corti Superiori sono estremamente contenute. Secondo i dati del Ministero della Giustizia, nel 2013 su circa 99 mila licenziamenti individuali, vi sono state 8.286 pronunce giudiziali. In 2.759 casi il giudice ha stabilito il reintegro nel posto di lavoro ovvero l'equo risarcimento del licenziato. Non è disponibile il dettaglio tra i due esiti, ma sappiamo che in 2.705 casi il giudice ha invece rigettato il ricorso.

GRAFICO N. 1



¹⁴³ D. GOTTARDI, *Mille frammenti per idee vecchie e nuove: le insidie della legge delega*, in F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, ADAPT *Labour studies*, 2015, n. 20, 535.

¹⁴⁴ Reperate preferibilmente su banche dati *on line*, quali quella dell'AGI, e su riviste specializzate.

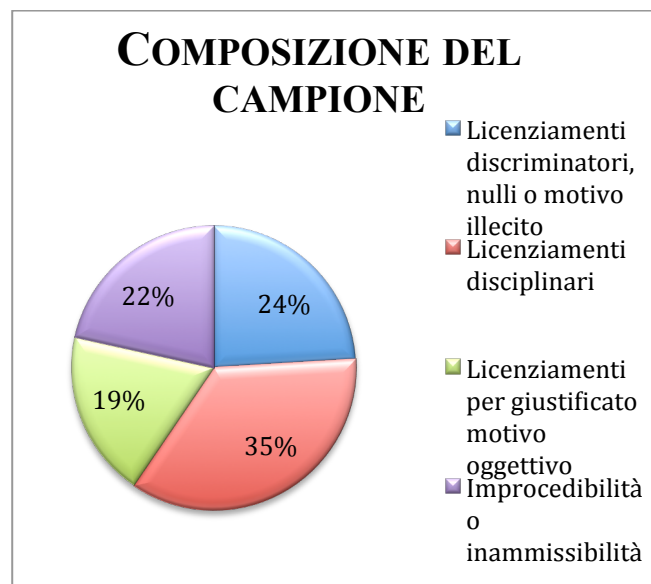
All'interno di questo contesto, si è analizzato un campione, composto da 75 provvedimenti emessi però dall'entrata in vigore della legge n. 92 del 2012 fino all'8 dicembre 2014, tutti applicativi della nuova disciplina sia sostanziale, che processuale, e provenienti da Tribunali siti in tutta Italia.

Sebbene questo campione rappresenti una percentuale esigua, che si attesta all'incirca, facendo anche una stima prognostica, all'10% di tutti i provvedimenti giudiziali emessi, è possibile comunque trarre alcuni elementi interessanti, a conferma di quanto sin qui dedotto.

Innanzitutto, l'esame attiene al riconoscimento o meno della tutela reintegratoria, distinguendo le singole tipologie di licenziamento.

Nel campione analizzato, in 19 casi, si è trattato di licenziamenti impugnati per discriminazione, nullità o per motivo illecito determinante; 28 intimati per giusta causa o giustificato motivo soggettivo; 15 per giustificato motivo oggettivo; infine 17, che si concludono con declaratorie di inammissibilità, improcedibilità o rigetti per questioni processuali (ad es. per ricusazione del giudice).

GRAFICO N. 2



Dai risultati emerge che in 36 casi è stata disposta la reintegra; in 16 si è trattato di licenziamenti di cui è stata accertata la nullità, in quanto discriminatori, intimati oralmente o per motivo illecito determinante, o in altri casi di nullità previsti dalla legge. Invece, in caso di licenziamenti disciplinari, la reintegra è stata riconosciuta in 16 casi sui 26 esaminati. Per quanto attiene, infine, ai licenziamenti intimati per giustificato motivo oggettivo, la reintegra è stata riconosciuta in 4 contenziosi, cui si è aggiunto un indennizzo in media pari alle 10 mensilità.

La sola tutela indennitaria è stata riconosciuta invece solo in 11 dei casi esaminati. Tra questi: in 6, si è trattato di licenziamenti disciplinari per i quali è stata disposta una tutela indennitaria, con un ammontare in generale della stessa compreso tra le 15 e le 18 mensilità; in 5 dove si trattava di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il giudice ha disposto la tutela indennitaria, con un *range* più ampio di ammontare della stessa da un minimo di 12 mensilità a un massimo di 20.

In ordine, invece, ai rigetti decisi nel merito della controversia, essi si sono verificati in 16 casi, cui si aggiungono le inammissibilità e le improcedibilità e rigetti per questioni interamente processuali, come la ricusazione del giudice, verificatisi in 13 casi. Nello specifico in 4 casi si è trattato di licenziamenti in cui si è tentato di dimostrare il carattere discriminatorio o nullo; in 4 di licenziamenti disciplinari; in 6 per giustificato motivo oggettivo

GRAFICO N. 3

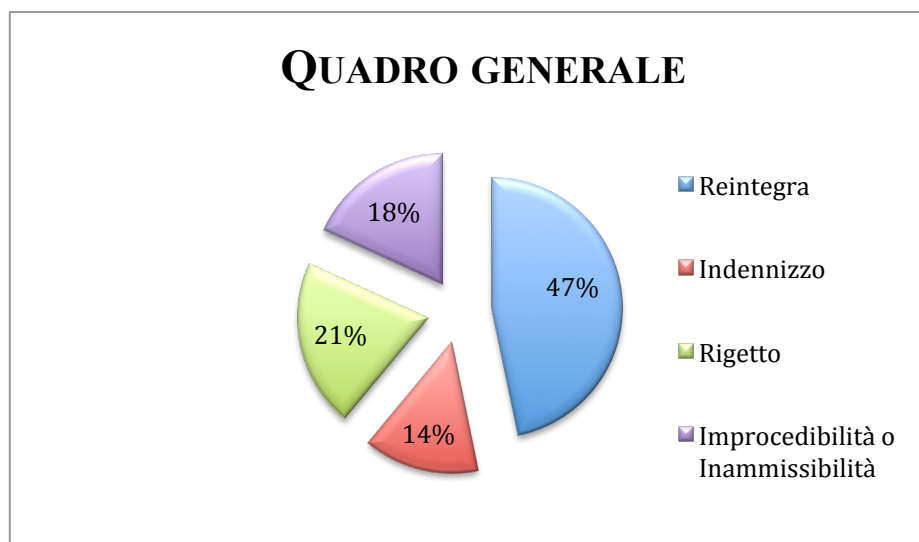
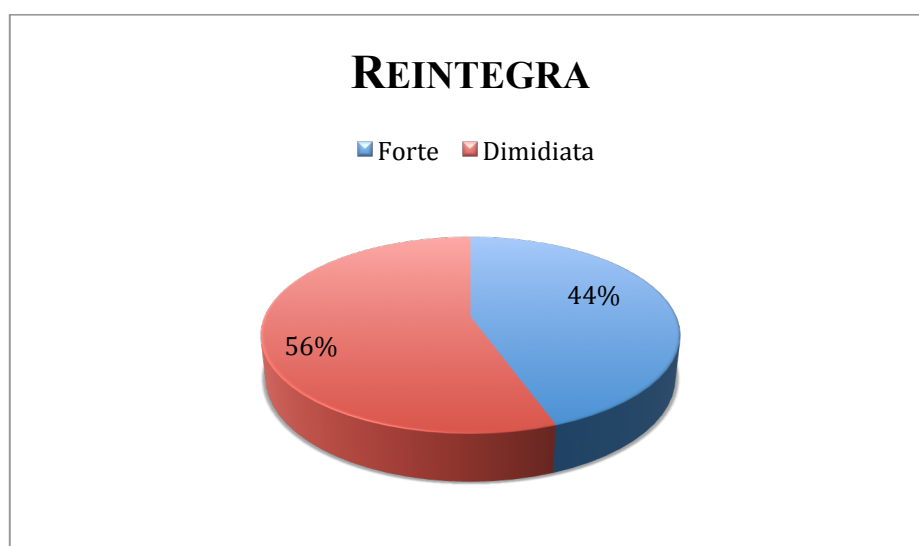


GRAFICO N. 4



Dall'analisi del campione sembra, quindi, potersi sostenere che l'obiettivo di ridurre l'area di applicazione del regime reintegratorio è stato raggiunto in misura ridotta, essendo stata disposta in quasi la metà

dei casi analizzati. Nello specifico, il decremento interessa prevalentemente i licenziamenti cosiddetti per motivi economici, dove è stata disposta in un terzo dei casi, laddove invece nell'ambito dei licenziamenti disciplinari ha riguardato il 62% dei casi.

Dal grafico n. 4 si può trarre l'ulteriore considerazione che il regime reintegratorio forte è meno circoscritto di quanto ci si potesse attendere dalla previsione normativa, essendo riferito a ipotesi "sulla carta" più contenute rispetto alle fattispecie rientranti nel regime reintegratorio dimidiato

GRAFICO N. 5

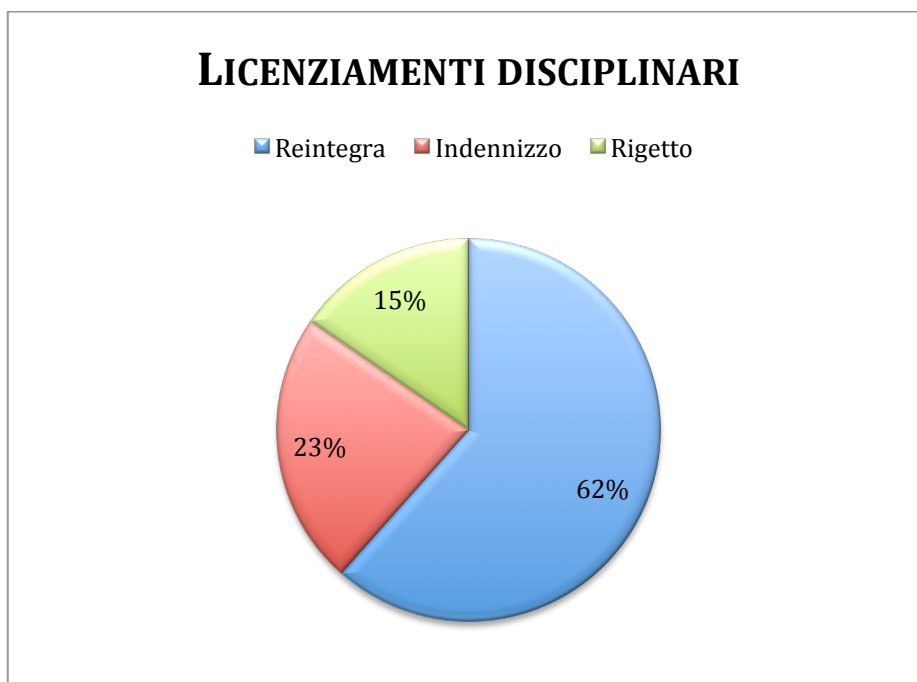
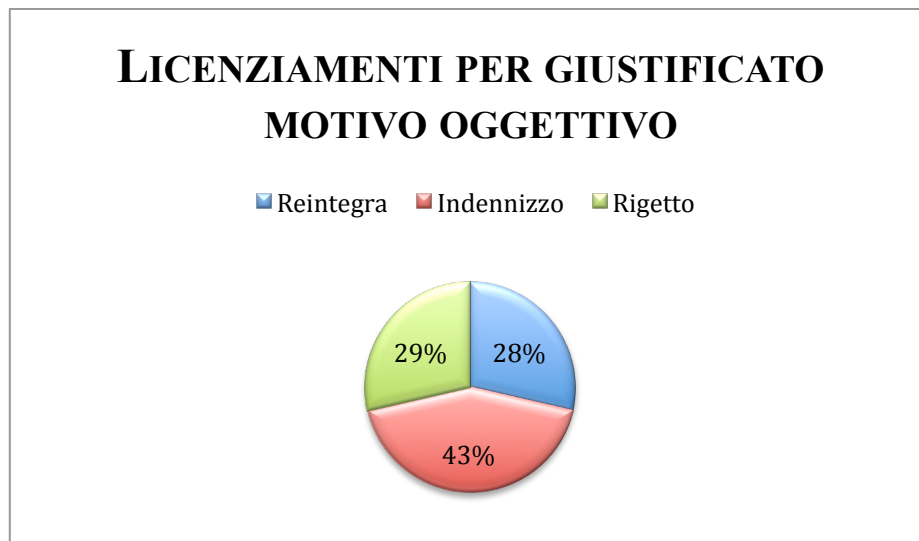


GRAFICO N. 6



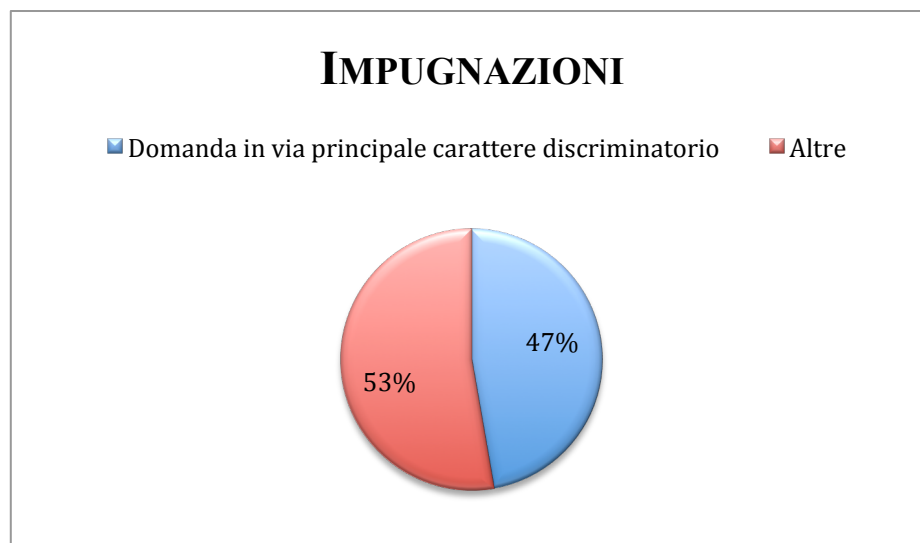
Nell'analisi è emersa un'ulteriore evidenza da cui si era partiti, ossia un effettivo aumento dei casi in cui il lavoratore, al fine di ottenere la tutela reintegratoria piena ha tentato di dimostrare il carattere discriminatorio del licenziamento. Quindi, si è avuto un effettivo ampliamento delle domande, in via principale, di accertamento della natura discriminatoria del recesso per beneficiare del regime di tutela reale piena, e in subordine di altre ipotesi di licenziamento ingiustificato.

Ciò è avvenuto in 26 dei casi analizzati ed è stata riconosciuta in 16 di questi, ossia in più della metà.

E' evidente come l'esame di una tale domanda possa comportare generalmente, attesa la gravosità del carico probatorio che vi si accompagna, l'espletamento, da parte del giudice, di una

complessa attività istruttoria, per appurarne la fondatezza o meno (in termini sia di analisi documentale, sia di assunzione di testimonianze), con conseguente aggravio della procedura anche in termini di durata.

GRAFICO N. 7



Emerge pertanto, pur con tutte le cautele del caso, attesa la già evidenziata esiguità del campione analizzato che, i primi riscontri disponibili sembrano comprovare una riduzione del campo di applicazione della reintegra, seppure parziale e più circoscritta rispetto all'*intentio legislatoris*, secondo cui avrebbe dovuto divenire eccezione alla regola generale rappresentata sanzione indennitaria.

L'intervento si è posto, quindi, in misura non sufficiente in linea con la finalità di aumentare la flessibilità in uscita sottesa alla riforma Fornero, per circoscrivere il rischio economico gravante sull'impresa. Inoltre, la riduzione dell'ampiezza della tutela reintegratoria sembra interessare prevalentemente l'area del licenziamento per ragioni oggettive e molto meno i casi di licenziamento disciplinare, che rappresentano tra l'altro la quota più significativa del campione

analizzato (35%) e nell'ambito dei quali tale tutela continua a essere applicata in oltre i tre quarti dei casi.

Interessante, infine sottolineare, che il campione conferma, poi, che una delle maggiori problematiche sono i contrasti interpretativi sulle questioni squisitamente processuali, che rischiano di determinare una riduzione "a macchia di leopardo" dell'area della tutela reale e di alimentare l'incertezza per aziende e lavoratori e pertanto anche il contenzioso, in termini di tempi e costi.

2. Dal lavoratore alla persona. L'emergente baricentro delle tutele lavoristiche

Nello scenario descritto di quanto sta accadendo nelle aule giudiziarie, si è innestato, il D. Lgs. n. 23/2015 che ha definitivamente segnato un «mutamento di paradigma» rispetto al diritto del lavoro del secolo scorso, nonché una presa di distanza dal progressivo consolidamento della stabilità del rapporto di lavoro¹⁴⁵.

In tale scenario, il declino delle tutele, unitamente alla crescente integrazione degli ordinamenti e al sempre maggior rilievo applicativo della normativa europea, hanno determinato un'acquisita centralità del diritto antidiscriminatorio.

Come peraltro accorta dottrina ha rilevato da tempo, se il «vecchio» diritto del lavoro è un fattore produttivo di disuguaglianze, in quanto protegge troppo alcuni, a danno di altri, il percorso da intraprendere è quello di avviare la transizione a un «nuovo» diritto del lavoro: il diritto dell'occupazione, il diritto dei lavoratori occupati e disoccupati, tipici e atipici, stabili e precari, che offra a tutti uguali opportunità di accedere a un lavoro e di conservarlo¹⁴⁶. L'eguaglianza viene così riscoperta in una dimensione orizzontale, in cui obiettivo

¹⁴⁵ A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un "mutamento di paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), cit., 4; in senso conforme V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".it, 2015, n. 259, 7, che anche rileva come la dimensione tutta economica della disciplina dei licenziamenti costituisca l'espressione di un cambio di paradigma scientifico del diritto del lavoro

¹⁴⁶ M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., XXIV.

primario è garantire a tutti uguali opportunità di accesso al lavoro, più che agire sul riequilibrio nella distribuzione dei rischi del mercato in senso favorevole ai lavoratori (l'eguaglianza nella sua dimensione verticale)¹⁴⁷.

Evidenza di tale processo è, come visto, il ricorso sempre più frequente al paradigma antidiscriminatorio. La domanda accresciuta di tutela segna l'avvio di un modello di protezione dei diritti cui *focus* della tutela è non tanto il lavoratore, in quanto tale, come parte debole di un rapporto diseguale, ma del lavoratore in quanto persona, portatrice di caratteri propri, che la legge tutela contro trattamenti tipicamente lesivi¹⁴⁸.

Il diritto antidiscriminatorio manifesta, infatti, un'attitudine a consentire più che l'eliminazione della differenza, il suo riconoscimento e valorizzazione, divenendo uno strumento capace di assicurare la giusta protezione di diritti fondamentali, tutelando il gruppo svantaggiando, ma avviandone al contempo l'affermazione. Tale potenzialità viene accresciuta peraltro dalla non necessità di dimostrare un motivo o intento soggettivo, espressione della volontà di discriminare, essendo sufficiente la presenza di indici oggettivi (tra cui anche una prova statistica) idonei a comprovare la sussistenza della fattispecie discriminatoria.

L'aumento della giurisprudenza in materia, che come si è visto ha cominciato a manifestarsi, produrrà come presumibile effetto l'affermarsi di un diritto del lavoro, sempre più influenzato da quello antidiscriminatorio.

I divieti di discriminazione costituiscono, quindi, la forma attuale in cui si esprimono i meccanismi di correzione degli squilibri di potere contrattuale, in cui al centro si pone, non un lavoratore astrattamente considerato, ma una persona con specifiche richieste di tutela, attese le sue peculiari caratteristiche. Tale considerazione è prioritaria nell'orientare una visione di sistema, dalla disciplina delle

¹⁴⁷ M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *LD*, 2004, 503.

¹⁴⁸ E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, cit., IX.

mansioni al modello di welfare, che non può prescindere dall'evoluzione, non solo della concezione del lavoro, ma dell'impresa stessa, secondo la direttrice per cui quella stessa persona, e non un generico lavoratore, ha una determinata identità con propri talenti e competenze da accrescere.

LITERATURE REVIEW

CAPITOLO I

Scenario di riferimento

1. Posizione del problema. La stagnazione economica e la flessibilità in uscita.....102
2. Strategie aziendali e modelli organizzativi emergenti.....110
3. Il potere di licenziamento del datore di lavoro: fondamenti e limiti.....113
4. La nuova flessibilità in uscita delineata dal Legislatore dalla Riforma Fornero al *Jobs Act*.....116

CAPITOLO II

I licenziamenti nella Riforma Fornero

Parte I

Il licenziamento discriminatorio

1. Quadro di riferimento normativo e dottrinale.....124
 - 1.1 La ricostruzione e l'interpretazione dei fattori di discriminazione.....127
2. Il motivo illecito determinante.....132
3. La distinzione tra le tipologie di licenziamento cui si applica la reintegratoria piena.....135

Parte II

Il licenziamento disciplinare

1. L'architrave e l'affermazione di una categoria di recesso complesso.....137
2. Le fattispecie dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori *post* Riforma Fornero.....138

2.2 L'esegesi della «insussistenza del fatto».....	139
2.3 Le tipizzazioni dei contratti collettivi.....	144
3. Le violazioni delle procedure ex art. 7 dello Statuto dei lavoratori.....	146

Parte III

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo

1. L'inquadramento giuridico della fattispecie.....	148
1.1 Lo scarso rendimento.....	152
2. Il novello quadro economico.....	153
3. La «manifesta insussistenza del fatto»: i nodi interpretativi alla luce della casistica giurisprudenziale.....	156
4. L'obbligo di <i>repêchage</i> e gli orientamenti emergenti.....	159
5. Il tentativo obbligatorio e preventivo di conciliazione.....	162

Parte IV

Brevi cenni sul nuovo quadro processuale

1. Il rito sommario.....	164
1.1 Il nodo della obbligatorietà	166
2. I rapporti tra fase sommaria e fase di opposizione: giudice competente e operatività delle preclusioni.....	168

CAPITOLO TERZO

Il definitivo cambio di sistema. Il licenziamento nel Jobs Act

1. Dal modello reintegratorio a quello indennitario. Il licenziamento nelle tutele crescenti.....	171
2. Profili di continuità e discontinuità rispetto alla rimodulazione introdotta dalla Riforma Fornero.....	176
3. Il <i>trait d'union</i> di sistema: il licenziamento discriminatorio.....	178
3.1 Il licenziamento per disabilità fisica o psichica del lavoratore	
4. Il licenziamento disciplinare: nodi e criticità.....	181
5. Il licenziamento economico e la scomparsa della reintegra.....	182

6. Problemi di coerenza sistematica: brevi cenni alle novità in materia di licenziamenti collettivi.....	183
7. Gli “argini” al contenzioso.....	185
7.1 L’offerta di conciliazione: il novello binario alternativo al ricorso giurisdizionale	185
8. Profili processuali: la duplicità dei riti.....	186
9. Il ruolo della contrattazione individuale e collettiva nel doppio regime in materia di licenziamenti.....	187

CAPITOLO I

Scenario di riferimento

1. Posizione del problema. La stagnazione economica e la flessibilità in uscita

Lo scenario economico italiano attraversa, ormai da quasi un decennio, una crisi, che si ripercuote in tutta la sua gravità sul mercato del lavoro, estremizzandone e incancrenendone le patologie già in esso presenti. Come indicato da A. PIZZO FERRATO, *Il percorso di riforme del diritto del lavoro nell'attuale contesto economico*, in *ADL*, 2015, n. 1, 53 «gli indicatori economici relativi all'Italia forniscono un quadro preoccupante, anche se purtroppo in linea con molti altri paesi europei». Infatti, «non sembra ancora esaurirsi la stagione recessiva e i cicli di crescita stabile si allontanano all'orizzonte, anche a causa dei forti vincoli derivanti dal *Patto di stabilità e di crescita* che, come noto, impone agli Stati membri UE un deficit di bilancio nazionale annuo non superiore al 3% del PIL e un debito pubblico non superiore al 60% del PIL, e dal Patto fiscale europeo che ha obbligato gli Stati membri aderenti a inserire nelle proprie costituzioni l'obbligo di pareggio di bilancio».

Secondo quanto riportato dal CNEL nell'ultimo *Rapporto sul mercato del lavoro 2013-2014*, 2014, in www.cnel.it, 42 «se si passa a esaminare le tendenze del mercato del lavoro, si coglie subito come, in linea con la stagnazione dell'economia, il ciclo alla domanda di lavoro non sia ancora ripartito. L'occupazione ha continuato a contrarsi ancora, nel corso della seconda metà del 2013, sia pure a un ritmo meno marcato rispetto ai trimestri precedenti, e si è poi stabilizzata nella prima parte del 2014, anche se in termini di unità di lavoro la tendenza è stata ancora flettente. [...] Il protrarsi della fase di flessione dell'occupazione ha scoraggiato l'ingresso nel mercato del lavoro tant'è che, nel corso del 2013 e nella prima parte del 2014 le forze di lavoro sono rimaste sostanzialmente stabili. La caduta dell'occupazione si è tradotta pressoché integralmente in un aumento del numero di disoccupati nel corso del 2013. Nella prima parte del 2014, con

l'arresto dalla contrazione dei livelli occupazionali, anche il numero di disoccupati si è stabilizzato».

In tale scenario vi è però, attesi i citati vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea, «l'impossibilità di ricorrere al *deficit* pubblico come strumento di impulso espansivo dell'economia a sostegno della domanda aggregata, unitamente ad un debito pubblico destinato a coprire il disavanzo del fabbisogno finanziario statale già oltre la soglia massima fissata dalla UE (anche qui, sebbene in misure differenti, con riguardo alla maggior parte dei paesi europei), impedisce l'attuazione di politiche di crescita e di investimenti in settori in crisi o strategici per i singoli Stati e condiziona le politiche pubbliche nazionali, non escluse quelle di tipo sociale», si veda A. PIZZOFRERATO, *op. cit.*, 54.

Orbene, come si evince anche dall'ultima nota ISTAT sul punto, aggiornata a luglio 2015, nonostante l'economia italiana abbia ripreso flebilmente a crescere, in parte influenzata dal rallentamento del commercio internazionale «ai segnali positivi provenienti dall'industria manifatturiera e dalla domanda interna, si contrappongono i risultati negativi delle costruzioni e la mancata ripresa dell'occupazione. L'evoluzione dei prezzi rimane caratterizzata da una generale moderazione. La riduzione della produttività e del contributo del capitale per ora lavorata potranno costituire degli ostacoli alla ripresa».

Occorre, peraltro, considerare in tale scenario che il mercato del lavoro non è equiparabile agli altri tipi di mercato, come riconosciuto da autorevoli economisti a partire, in particolare, dalle teorie di M. KEYNES, *Prospettive economiche per i nostri nipoti*, in Esortazioni e profezie, Il Saggiatore, 1968; in senso conforme A. LINDBECK, D.J. SNOWER, *The Insider-Outsider Theory of Employment and Unemployment*, The MIT Press, 1988, 19-20; O.W.PHELPS, *Introduction to Labor Economics*, IV ed. Mc Graw-Hill, 1967, 515 ss. e per una ricognizione critica delle principali teorie economiche del mercato del lavoro, secondo un approccio metodologico, di apertura cognitiva del diritto del lavoro nei confronti dell'economia del lavoro, si veda la ricostruzione di R. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del*

diritto del lavoro, in *GDLRI*, 2001, n. 89, 1 ss.; per un approfondimento sulla necessaria comunicazione tra diritto ed economia, espressione della *law and economics* - cui versante economico è l'analisi economica del diritto, mentre «l'uso giuridico dell'analisi economica, consiste nell'utilizzazione dei risultati delle indagini dell'economista da parte del giurista per lo svolgimento del suo compito peculiare, cioè per l'interpretazione e l'applicazione della norma» - si veda invece il maggiore esponente italiano della corrente P. ICHINO e si rinvia tra i suoi vari scritti a *Il dialogo tra economia e diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2001, n. 1, 165-201, che prende avvio dalle considerazioni sul punto di R. H. COASE, *The Firm, the Market and the Law*, 1988, trad. it. in *Impresa, mercato e diritto*, il Mulino, 1995, 72, il quale indica «le interrelazioni tra il sistema economico e il sistema legale sono estremamente complesse e molti degli effetti causati dal cambiamento nel diritto sul funzionamento del sistema economico [...] ci sono ancora nascosti».

Tra l'altro è un mercato del lavoro radicalmente mutato come si evince dalle sintetiche ricostruzioni delineate da B. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 265; G. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile*, in *RIDL*, 2015, n. 1.

In quest'ottica di analisi del mercato del lavoro a 360°, in cui economia e diritto, non possono necessariamente non trovare delle forme di dialogo, per l'efficienza e la migliore allocazione delle risorse del mercato stesso, occorre evidenziare, che parte degli economisti riconducono, in particolare, i problemi della disoccupazione all'insufficiente tasso di flessibilità in uscita G. BERTOLA, *Europe's unemployment problems*, nel sito www.iue.it, 2006.

Secondo quanto affermato dalle teorie economiche neoliberali, una regolamentazione rigida del mercato del lavoro porterebbe necessariamente portare delle conseguenze negative sul livello di disoccupazione, in particolare con riferimento ai gruppi più vulnerabili e all'occupazione giovanile, si veda O. BLANCHARD, J. TIROLE (a cura

di), *Profili di riforma dei regimi di protezione del lavoro*, in RIDL, 2004, 161-211; si legga in merito anche lo studio dell'ILO, S.CAZES, A.NESPOROVA (a cura di), *Flexicurity a relevant approach in Central and Eastern Europe*, 2006, in cui viene tendenzialmente riconosciuto un rapporto direttamente proporzionale tra livelli troppo elevati di tutela contro licenziamenti e disoccupazione, ma viene specificato che non vi sono evidenze empiriche sul punto; diversamente secondo l'impostazione keynesiana, la flessibilità in uscita disincentiverebbe l'innovazione e la crescita dimensionale delle imprese in quanto, se l'imprenditore può ottenere la riduzione dei costi comprimendo agevolmente quello del lavoro, sarà poco stimolato a investire nella ricerca di soluzioni avanzate in grado di sostenere la concorrenza, si veda la ricostruzione di G.FORGES DAVANZATI, *Squilibri territoriali e dualismo: un'interpretazione postkeynesiana dei differenziali salariali in Europa*, in P. LEON, R. REALFONZO (a cura di), *L'economia della precarietà*, Manifestolibri, 2008, 78-80; a conclusioni più estreme giunge R. A. EPSTEIN, *In defense of a contract at will*, *University of Chicago Law Review*, 1984, n. 51, 947 ss.; ID., *Mercati sotto assedio. Cartelli, politiche e benessere sociale*, IBL libri, 2009, tra i massimi teorici della tesi dell'*employment at will*, la quale esalta il principio di libertà contrattuale e, in termini macroeconomici, la capacità auto-regolativa del mercato. Secondo tale orientamento occorre l'assenza totale di limitazioni al potere di licenziare per garantire l'efficienza del mercato del lavoro, poiché da una parte motiverebbe i lavoratori ad aumentare la propria produttività, spinti dal timore di perdere il lavoro, e dall'altra garantirebbe all'impresa un alto tasso di flessibilità e adattabilità ai mutamenti del mercato e, più in generale, consentirebbe di ridurre al minimo i costi amministrativi, in modo da evitare eventuali riduzioni dei salari per ottenere maggiore profitto.

La mancata perfezione del mercato del lavoro, in quanto non è in grado di massimizzare al contempo profitto delle imprese e benessere dei lavoratori e delle lavoratrici, a causa degli squilibri e delle asimmetrie informative tra i protagonisti dello stesso, determina la necessità che siano previsti dei regimi di protezione dell'impiego (RPI).

Per un'analisi delle correlazioni tra gli RPI e gli effetti di tali normative sul mercato del lavoro, con *focus* in particolare sul caso italiano, si veda T. BOERI, P. GARIBALDI (a cura di), *Implicazioni teoriche e indicazioni delle riforme in atto in Italia*, Il Sole 24 ore, 2002. Tra l'altro è un mercato del lavoro profondamente mutato negli ultimi trent'anni, per una sintetica panoramica delle sue evoluzioni si veda G. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile*, in *RIDL*, 2015, n. 1, 62 ss.

In virtù del contesto delineato, le istituzioni europee hanno cominciato a insistere affinché l'Italia intervenisse con delle riforme strutturali del mercato del lavoro, in quanto è acclarato per le stesse «il nesso tra funzionamento del mercato del lavoro, flessibilità nella gestione dei rapporti di lavoro, decentramento contrattuale, abolizione dei minimi stipendiali su base nazionale, e miglioramento dei dati economici e di bilancio», si veda A. PIZZO FERRATO, *Il percorso di riforme del diritto del lavoro nell'attuale contesto economico*, cit., 54.

Sulle sollecitazioni europee in merito a un intervento specifico del Legislatore italiano sul tema della flessibilità in uscita, il riferimento è d'obbligo alla nota lettera del 5 agosto 2011, inviata al Primo Ministro Italiano, dall'allora Presidente in carica della Banca Centrale Europea, Jean - Claude Trichet, sul punto si vedano A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del Lavoro*, *csd.le.lex.unict.it*, n. 132, 2011, 7 ss.; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *RIDL*, 1, 521 ss. La comunicazione esprime un'opinione che la BCE sosteneva da tempo, e fatta propria anche da altre grandi istituzioni economiche (OCSE, Fondo Monetario Internazionale, Banca d'Italia, Commissione Europea), per indicazioni su queste tesi e sugli atti ufficiali in cui esse sono espresse V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, cit., 525 ss.; P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali*, Relazione al Convegno del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano", Pescara, 11 maggio 2012, in *www.pietroichino.it*, 2012, 5; G. ORLANDINI, *La tutela contro*

il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea, in *DLRI*, 2012, 619, nt. 18; M. T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *GDLRI*, 2012, 536 ss. La richiesta non riguardava la mera e semplice riduzione della rigidità in uscita, a cominciare dalla "reintegra", ma una politica del lavoro riecheggiante la *flexicurity* alla danese, costituita da un'accoppiata inscindibile tra flessibilità nel rapporto (in entrata e in uscita) e sicurezza nel mercato del lavoro (garanzia del reddito e assistenza nella ricerca di una nuova occupazione), sul punto F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *LG*, 2012, 529 ss.

Per una ricostruzione della nozione di *flexicurity*, si veda S. VARVA, *Il licenziamento economico*, 2015, 162; T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *GDLRI*, 2013, 597. Sulla nuova Strategia europea per l'occupazione improntata sulla *flexsecurity*, si veda S. SCIARRA, *Is Flexicurity a European Policy?*, in A. VICTORINS MINNE, I. FORLAG (a cura di), *Skrifeter till*, 2009, 447; M. DE VOIS, *European flexicurity and globalization: a critical perspective*, in *The International Journal of comparative labour law and industrial relations*, 2009, n. 25, 209.

Una *flexicurity*, questa, realizzata secondo una duplice variante. Spuria, la prima, la *flexicurity at the margin*, sperimentata nella realtà mediterranea, attraverso la creazione di una flessibilità "periferica", caratterizzata da una moltiplicazione della tipologia contrattuale "atipica" a tempo determinato, destinata a convivere con quella "tipica" a tempo indeterminato, mantenuta "vincolata" nella disciplina del recesso datoriale. Genuina, la seconda: la *flexicurity* applicata nella realtà nord-europea, con il dar vita a una flessibilità "centrale", per il tramite di una riduzione della tipologia "atipica" e di una generalizzazione di quella "tipica", resa più o meno "libera" nella regolamentazione del licenziamento, si veda F. CARINCI, *"Provaci ancora, Sam": ripartendo dall'art. 18 dello Statuto*, in *www.csdle.unict.it*, 2012, n. 140, 13 ss..

Sul modello rappresentato dalla *flexicurity* danese, al fine di comprenderne i capisaldi, si legga T.M. ANDERSEN, M. SVARER, *Flexicurity – Labour market performance in Denmark*, in CESifo Economic Studies, n. 53, 3/2007, 389 ss; mentre in generale sulla regolamentazione del lavoro in Danimarca, V. O. HASSELBALCH, *Labour law in Denmark*, Kluwer Law International, Netherlands, 2010. Cauto in ordine all'esportazione del modello danese A. RICCOBONO, *Il dibattito su flessibilità e rimodulazione delle tutele. La modernizzazione del diritto del lavoro tra crisi economica e possibili percorsi di riforma*, in G. LOY (a cura di), *Diritto del lavoro e crisi economica. Misure contro l'emergenza ed evoluzione legislativa in Italia, Spagna e Francia*, Ediesse, 2011, 179 ss. Su alcune criticità del modello danese si legga B. AMOROSO, *Luci ed ombre del modello danese*, in *Dir. Lav. dei mercati*, 2010, 227 ss.; mentre in riferimento agli effetti della crisi su questo modello si veda H. JORGENSEN, *Danish flexicurity in crisis or just Stress-tested by the crisis? Friedrich Ebert Stiftung*, in *www.library.fes.de*, 2011, 1 ss.

Tuttavia, la correlazione tra “rigidità” delle regole in tema di licenziamenti e tassi di occupazione o disoccupazione è stata contestata di recente anche nell'Ocse che, come visto, figurava tra i principali sostenitori. Si veda OECD, *Employment Outlook*, 2014, Paris in cui viene indicato che complessivamente le analisi teoriche non forniscono una risposta ben delineata relativamente agli effetti della legislazione in materia di licenziamenti sui livelli complessivi di occupazione o disoccupazione.

Tra gli studi teorici, che negano la correlazione tra la “protezione” garantita dalla disciplina in materia di lavoro (licenziamenti inclusi) e i livelli di disoccupazione, si veda R. ARTONI, M. D'ANTONI, M. DEL CONTE, S. LIEBMAN, *Employment Protection Systems and Welfare State Models: A Comparative Study*. In: *Legal Studies Research Paper Series*, Research paper, n. 6, 2011, 3 ss.; A. STIRATI, *La flessibilità del mercato del lavoro e il mito del conflitto tra generazioni*, in P. LEON, R. REALFONZO (a cura di), *L'economia della precarietà*, Manifestolibri, Roma, 2008; E. REYNERI, *Lavoro e lavori*

nel contesto italiano, in A. PERULLI (a cura di), *Il futuro del lavoro*, Halley, Matelica, 2007; L. GALLINO, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, 2007; V. PERAGINE, E. FABRIZI, M. RAITANO (a cura di), *Flessibilità e lavoro: maggiori restrizioni in entrata versus minori vincoli in uscita*, P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92, cap. II, Introduzione* (a cui si rimanda per ulteriori indicazioni bibliografiche) che analizza in modo accurato gli esiti cui perviene la ricerca del DIPARTIMENTO DEL TESORO, FONDAZIONE G. BRADOLINI, *Tresury-Dinamic microsimulation model, Innovation datasets and Model for Improving Welfare Policies*, Roma, 2012, 8 nella quale si rileva che non vi sono evidenze empiriche di un *turnover* superiore nelle imprese soggette alla tutela obbligatoria ex art. 8 della L. n. 604/1966, dove il licenziamento illegittimo è sanzionato solo con una modesta indennità risarcitoria e nelle quali è occupata la maggioranza dei lavoratori italiani.

La mancanza di nesso causale nel rapporto tra disciplina dei licenziamenti e capacità di attrarre investimenti esteri, trova sostegno anche nella considerazione che nei rapporti, elaborati da grandi istituzioni internazionali, che si richiamano al pensiero economico ortodosso, collocano nei primi posti delle graduatorie in tema di competitività paesi considerati molto rigidi nella disciplina dei licenziamenti, mentre l'Italia è ben lontana da queste realtà economiche, per ragioni assai diverse dalle regole giuridiche, si vedano sul punto i *The Global Competitiveness Report 2011/2012* e *2010/2011*, reperibili sul sito del *World Economic Forum*, che mostrano come le *restrictive labour regulations* non sono, per l'Italia, tra i «fattori critici» di competitività più importanti (al contrario di altri, quali l'inefficienza burocratica, il livello di tassazione, l'accesso al credito e così via). Nel *Country Profile Highlights* del Rapporto 2011/2012 si sottolinea inoltre la rigidità del mercato del lavoro tedesco, dove «una mancanza di flessibilità nei livelli salariali e l'alto costo del licenziamento non costituiscono un ostacolo alla creazione di occupazione».

Analoghe considerazioni possono trarsi dal Rapporto della

WORLD BANK, IFC, *Doing Business*, che dal 2011 la disciplina in materia di licenziamenti non è più considerata ai fini del *ranking* e quando è stata utilizzata (2010), vi sono paesi come Finlandia, Germania o Francia con un tasso di rigidità in tema di licenziamenti identico o simile a quello italiano, ma con una posizione in classifica nettamente migliore del nostro paese, collocato solo al 78° posto,

Nella dottrina giuslavorista sempre sulla tesi che contesta la correlazione tra riduzione delle tutele contro il licenziamento e incremento quantitativo dell'occupazione si vedano, tra gli altri, S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2015, n. 246, 5; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *RGL*, 2014, I, pp. 344 (parte prima) e 447 (parte seconda); L. NOGLER, *La nuova disciplina La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *DLRI*, 2007, 666; R. DEL PUNTA, *Economic challenge to labour law*, in A. LYON - CAEN, A. PERULLI (a cura di), *Valutare il diritto del lavoro. Evaluer le droit du travail. Evaluate labour law*, Cedam, 2010, 87; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, 2013, n. 190.

2. Strategie aziendali e modelli organizzativi emergenti

Il contesto socio-culturale è, quindi, un aspetto imprescindibile per un'analisi effettiva del diritto del lavoro "vivente" (sulle interrelazioni tra sviluppo del diritto del lavoro e quadro macroeconomico generale si veda, da ultimo, T. TREU, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, in *DRI*, 2013, 597 ss.). A fronte di un modello, che è risultato fallimentare, attesa la grave congiuntura economica ancora in corso, si registrano delle nuove tendenze delle strategie aziendali nell'era dei mercati globali.

Un indice delle stesse è, ad esempio, che il fenomeno delle delocalizzazioni sta iniziando, in parte, a subire un declino. Si manifestano spiragli di inversione di tendenza, a favore del cosiddetto

reshoring della produzione. Evidenza che trova conferma nelle considerazioni del CNEL nell'ultimo *Rapporto sul mercato del lavoro 2013-2014*, in www.cnel.it, 2014, 161 «il tema delle delocalizzazioni produttive, che era stato al centro del dibattito degli anni duemila, ha fatto posto da alcuni anni ad una nuova tendenza, legata all'avvio di un flusso di investimenti di ritorno, ovvero la scelta da parte delle imprese di riportare nel paese di origine una parte delle attività delocalizzate in precedenza verso i paesi emergenti», continua ID., *Rapporto sul mercato del lavoro 2013-2014*, cit, evidenziando che «sebbene la dimensione quantitativa del fenomeno del *reshoring* sia attualmente modesta in termini di impatto sul totale dell'economia, il tema sta acquisendo un rilievo crescente, e potrebbe essere al centro delle strategie delle aziende manifatturiere nei prossimi anni. Si tratta difatti di una tendenza avviata da pochi anni, ma in rapida accelerazione».

Aspetto interessante, in questo senso, è la circostanza che tale processo abbia avuto il suo picco proprio in concomitanza con l'inizio della crisi, visto che l'80% dei ritorni, si è avuto dal 2008 in poi. Secondo i dati emersi dalla ricerca dell'Uni-CLUB *MoRe Back-reshoring*, in Italia, nel 2013 ci siano stati ben 11 casi di rilocalizzazioni, tanto da renderlo il paese Europeo con i tassi più elevati in questo senso; in ordine all'evidenze empiriche si veda anche L. FRATOCCHI, P. BARBIERI, C. DI MAURO, G. NASSIMBENI, M. VIGNOLI, *Manufacturing Back-reshoring. An Exploratory Approach for Hypotheses Development*, 2013, che segnalano un certo numero di casi di ritorno degli investimenti in settori come l'abbigliamento e le calzature, oppure i mobili; si veda per un approfondimento sul punto anche R. CAPOTOSTI, *Etica e responsabilità per il governo delle imprese*, Giappichelli, 2013.

Fra le motivazioni specifiche che inducono le imprese ad adottare strategie di *reshoring*, «vi è la riduzione delle convenienze relative in termini di costi, ma contano anche problemi relativi alla mancanza di capitale umano adeguato oppure a difficoltà incontrate nella gestione del ciclo produttivo nel paese dove si è delocalizzato (gestione della logistica, problemi nell'approvvigionamento di prodotti

intermedi)», CNEL, *op. cit.*, 167.

Inoltre, come comprovato da recenti studi, tra i vari, da ultimo, WELFARE COMPANY, *Il futuro del welfare aziendale*, 2015, in tempo di crisi, apparentemente in controtendenza, si è registrato un aumento degli interventi in tema di welfare aziendale e conciliazione vita-lavoro; si veda sul punto E. MASSAGLI, R. ZUCARO (resp. scientifici), *Indagine per nuovi modelli di conciliazione vita-lavoro*, ricerca condotta dalla Fondazione ADAPT, nell'ambito del progetto WelfareNet, finanziato dalla Regione Veneto nell'ambito del Fondo Sociale Europeo, 2015; G. URBISAGLIA, *Il welfare aziendale al tempo della crisi: La rete di imprese «Giunca»*, WP Astril, 2015, n. 16. Per approfondimenti su cosa sia e come si configura il cosiddetto "secondo Welfare" si legga F. MAINO, M. FERRERA (a cura di), *Primo Rapporto sul secondo welfare in Italia*, in www.secondowelfare.it, 2013.

Questi fenomeni inducono a riflettere su un elemento fondamentale: la centralità dell'uomo anche nel processo economico si afferma particolarmente proprio in tempi di crisi. Infatti, «l'utilizzo di competenze qualificate nel processo produttivo rappresenta uno dei maggiori fattori di competitività nei paesi avanzati. Una dinamica sostenuta del capitale umano sostiene il processo innovativo, inserendo nella produzione le nuove competenze generate dal sistema di istruzione e di formazione. In Italia l'utilizzo del capitale umano come elemento in grado di sostenere la competitività del sistema produttivo ha subito nell'ultimo decennio un rallentamento vistoso, visibile sia negli alti tassi di disoccupazione giovanile, sia nella scarsa capacità delle imprese di remunerare adeguatamente le competenze dei giovani usciti dai percorsi di istruzione e formazione. Una recente indagine ISFOL, condotta nel 2012 su una coorte di dottori di ricerca italiani F.BERGAMANTE, T.CANAL, V. GUALTIERI (a cura di), *Non sempre mobili. Indagine sulla mobilità geografica dei dottori di ricerca*, Isfol, I Libri del Fondo sociale europeo, 2014, ha rivelato che i giovani in possesso di dottorato, trasferitisi all'estero per motivi di lavoro, percepiscono una retribuzione superiore del 50% rispetto ai colleghi rimasti in Italia. Tale elemento suggerisce di focalizzare l'attenzione,

oltre che «sulla qualità del capitale umano prodotto dal sistema scolastico e universitario, anche sulla capacità del sistema produttivo nell'assorbire in misura sufficiente competenze che all'estero sono maggiormente remunerate», si veda CNEL, *op. cit.*, 250

3. Il potere di licenziamento del datore di lavoro: fondamenti e limiti

Come indicato da E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in AIDLASS - *Atti del VI Congresso di diritto del lavoro*, Giuffrè, 1979, 23 il potere di licenziamento costituisce «il massimo potenziale di dominio dell'imprenditore sull'organizzazione del lavoro».

Le prime discipline limitative dello stesso cominciano ad affermarsi in Europa – con, come si è visto, diversi gradi di rigidità – solo a partire dal 1965, in quanto prima di tale fase, compatibilmente con il sistema di diritto comune dei contratti, il datore di lavoro aveva una libera facoltà di recesso, per approfondimenti sul punto si veda M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, FrancoAngeli, 2014, 290.

Si legge, infatti, nelle raccomandazioni dell'ILO n. 119 del 1963 che, nel rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, ogni lavoratore ha diritto di mantenere il proprio posto di lavoro, salvo «esista un motivo valido, legato all'attitudine o alla condotta del lavoratore, o fondato sulle necessità di funzionamento dell'impresa»; mentre la definizione nell'art. 4 della Convenzione ILO n. 158 del 1982 è ricalcata, quasi pedissequamente, nella lett. a) dell'art. 24 della Carta Sociale Europea nella versione riveduta del 1996, dove si legge testualmente che «per assicurare l'effettivo esercizio del diritto a una tutela in caso di licenziamento, le Parti si impegnano a riconoscere: a. il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio»; di recente in argomento G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento*

ingiustificato nell'ordinamento dell'unione europea, in *DLRI*, 2012, 619 ss.

La garanzia del diritto dei lavoratori a essere licenziati solo a fronte di giustificato motivo è, poi, espressamente sancita all'art. 30, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in virtù del quale «ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali». Il citato principio costituisce, pertanto, l'unico limite alla discrezionalità del Legislatore ordinario, in quanto nell'ordinamento giuridico italiano, non vi è all'interno della Costituzione norma che imponga espressamente una necessaria giustificazione ai fini della legittimità dei licenziamenti.

Nel contesto italiano la giurisprudenza costituzionale e la dottrina maggioritaria sul punto, segnalano che l'art. 41 Cost. sulla libertà di iniziativa economica, pur attribuendo al Legislatore ordinario un ampio potere d'intervento normativo, non prefigura la libertà economica come gerarchicamente inferiore ai principi di tutela del lavoro, che vengono richiamati dal medesimo art. 41, comma 2, Cost., si veda P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella costituzione italiana*, Cedam, 1972, 176 ss. La non arbitrarietà della normativa viene, poi, verificata dalla giurisprudenza costituzionale attraverso il controllo di ragionevolezza, con il quale avviene il bilanciamento tra diritti, valori e poteri di vario segno alla luce delle singole situazioni concrete L. DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in O. MAZZOTTA, *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Giappichelli, 2008, 41; M. NAPOLI, *Flessibilità e tutela contro i licenziamenti*, in *Questioni di diritto del lavoro (1992 – 1996)*, Giappichelli, 1996, 281 e ss. Per una ricostruzione dei poteri del datore di lavoro, in particolare, in relazione al controllo giudiziale sugli stessi, con un evidenziazione dell'accentuata tendenza degli ultimi anni nel limitare la discrezionalità del giudice, con conseguente maggiore libertà dell'imprenditore, si veda A. PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *RIDL*,

2015, n. 1, 83 ss.; sulla tesi secondo cui quando il giudice del lavoro è chiamato a pronunciare la norma di diritto, la sua attività interpretativa non è certamente immune da giudizi di valore o più in generale da valutazioni soggettive che tengono conto non solo degli enunciati normativi, ma del contesto socio-economico e culturale nel quale la norma, pur rimanendo immutata, si trova ad operare, si veda G. SANTORO PASSARELLI *Autonomia privata individuale e norma inderogabile*, in *RIDL*, 2015, n. 1, 62.

Il Legislatore, pertanto, nell' esercizio della discrezionalità di cui è dotato, può quindi individuare, attraverso la ponderazione dei valori e interessi contrapposti, la reazione dell'ordinamento alla lesione di una situazione soggettiva. Tale bilanciamento, che confluisce in una determinata scelta legislativa, non è quindi immutabile nel tempo, assumendo una sorta di matrice costituzionale, e su di esso è indubbio che influiscano, in misura più o meno prevalente, le condizioni economiche e sociali, che si registrano non solo a livello nazionale, ma anche sovranazionale, in particolare nel quadro europeo.

L'applicazione ultra-quarantennale dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori ha consolidato la convinzione, di stampo più ideologico che tecnico-giuridico, che la reintegra fosse l'unico rimedio consentito dal nostro sistema giuridico, in caso di illegittimità di un licenziamento. Questa configurazione si è radicata a tal punto da far coincidere il rapporto di lavoro a tempo indeterminato essenzialmente con le garanzie reali applicabili in caso di licenziamento ingiustificato; nonostante tale conclusione manifesti palesemente il suo carattere fuorviante laddove per le aziende, al di sotto dei 15 dipendenti - tra l'altro non di certo la minoranza del tessuto produttivo italiano - la tutela applicabile è invece esclusivamente di tipo obbligatorio.

«Ad ogni buon conto ciò che pare ineludibile è che nella sua formulazione originaria l'art. 18, rappresentava un equo temperamento di interessi nel rapporto di lavoro e soprattutto aveva un effetto di deterrenza verso altre violazioni di diritti connessi al rapporto di lavoro» F. AIELLO, *Alcune questioni in tema di licenziamento per motivi disciplinari*, in *GDLRI*, 382; P. ALLEVA,

Lavoro: l'ora della verità, in www.dirittisocialiecittadinanza.org, 2012.

4. La nuova flessibilità in uscita delineata dal Legislatore dalla Riforma Fornero al *Jobs Act*

Evidenziato il contesto e i confini di un intervento sul potere di recesso, si passa a esaminare come il Legislatore, in prima risposta alla critica situazione di stallo economico e alle sollecitazioni provenienti dalle istituzioni europee, sia intervenuto con la legge n. 92 del 2012, meglio nota come Riforma Fornero, dal nome della Ministra a cui ne si deve l'emanazione; riforma che, come indica L. NOGLER, *Crescita economica e riforma della disciplina dei rapporti di lavoro*, in *MGL*, 2012, n. 2, 450ss «ruota attorno a tre linee guida: attenuazione della flessibilità in entrata, accentuazione della flessibilità in uscita, ancoraggio degli ammortizzatori sociali alle crisi reversibili d'impresa e revisione delle politiche attive del lavoro».

La Riforma Fornero si è posta precisi obiettivi economici individuati nella volontà di «incrementare l'occupazione», M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, 2012, 445; ridurre il dualismo nel mercato del lavoro tra *insider* e *outsiders*, P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, cit., 3, M. L. GALANTINO, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in G. PELLECANI (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, 231; attrarre gli investimenti esteri P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, cit., 5; migliorare la «qualità» dei contratti di lavoro, A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzonatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in *RIDL*, 2012, n. 1, 416-417; adeguare il sistema italiano ai modelli di *flexicurity* europei, T. TREU, *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, 2012, 23, G. PELLACANI, *Gli obiettivi della*

riforma e le caratteristiche generali dell'impianto normativo, in G. PELLACANI (a cura di), *op. cit.*, 3. Obiettivi tra l'altro dichiarati dall'allora stesso premier.

V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law economics e giurisprudenza (parte I)*, in *RGL*, 2014, n. 3, 2346-347 evidenzia che essendo le ragioni addotte a sostegno della riforma, tutte di carattere economico «profili più specificatamente propri del diritto del lavoro, come, ad esempio, la tutela del lavoratore dinanzi all'esercizio di un potere unilaterale, che incide su aspetti personali molto importanti, sono completamente trascurati. Si tratta, infatti, dell'ennesima riprova della completa subordinazione del diritto del lavoro alle (presunte) esigenze dell'economia».

In tale scenario, quindi, la riforma dei licenziamenti costituisce «uno dei due estremi entro cui avrebbe dovuto dipanarsi l'intervento atto a traghettare il Paese da un equilibrio c.d. "mediterraneo" a uno più evoluto, caratterizzato da una maggiore fluidità e dinamicità del mercato», sul punto si veda M.T. CROTTI, M. MARZANI, *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, 2012, 236-243.

Per un primo commento alla riforma dei licenziamenti operata dalla legge n. 92 del 2012, si legga E. BARRACCO, *La riforma del lavoro*, inserto in *DPL*, 2012, 31; F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Presentazione. La "Riforma Fornero" (L. n. 92/2012)*, in *Commentario alla "Riforma Fornero"*, Supplemento a *DPL*, 2012, 33 (l'articolo è edito anche in *LG*, 2012, 10); C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, n. 3, 547.

L'intervento riformatore in materia di licenziamenti ha segnato l'avvio del processo verso un cambio di regime da quello centrato sulla *property rule* a quello fondato sulla *liability rule*, secondo P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali*, in L. NOGLER, L. CORRAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, FrancoAngeli, 2012, 792ss.; per approfondire il significato di *property*, *liability* e *inalienability rules*,

nel senso fatto proprio dall'autore, occorre fare riferimento all'accezione con cui questi termini sono utilizzati nella teoria generale proposta da G. CALABRESI, A. DOUGLAS MELAMED, *Property rules, liability rules and inalienability. A view of the Cathedral*, *Harvard Law Review*, 1972, 1089-1128.

Per un'analisi invece delle novità più importanti, introdotte dalla riforma in materia di licenziamenti, con un'evidenziazione delle criticità, si veda M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, 2012; M. MAGNANI, *La riforma del mercato del lavoro*, intervento al seminario "La riforma del mercato del lavoro", Università di Roma tre, 13 aprile 2012, 221 ss; M. MARRAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*, in *ADL*, 2012, n. 3; M. MEUCCI, *La nuova disciplina dei licenziamenti: una legge malfatta*, in *www.altalex.it*, 11 luglio 2012; M. MISCIONE, *Il diritto del lavoro nella "riforma Monti-Fornero" ma soprattutto «art. 18»*, in *LG*, 2012, n. 4, 329; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, 2012, n. 3, n. I, 549; F. LISO, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, *www.csdle.unict.it*, 2012; M. PAPALEONI, *Prime considerazioni critiche sul progetto di riforma del mercato del lavoro: "Mons tremuit, et mus parietur"*, in *www.csdle.unict.it*, 2012, ; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012; G. ZILIO GRANDI, *La riforma dei licenziamenti: opportunità perse e risultati ottenibili...la parola al Giudice*, in P. RAUSEI - M. TIRABOSCHI (a cura di), in *Lavoro: una riforma a metà del guado*, ADAPT Labour studies e-book series, 2012, n. 1, 167.

Decisamente a favore invece, di un'opera di manutenzione dell'art. 18, è B. CARUSO, *Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, in *WP CSDELE "Massimo D'Antona"*, *www.csdle.unict.it*, 2012, n. 140.

La scelta di far dipendere il nuovo e variegato apparato sanzionatorio dalle diverse ragioni del licenziamento è stata valutata positivamente da A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del*

licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori, in *RIDL*, 2012, 18, ma è stata per lo più oggetto di forti critiche fondate sul rischio che il datore di lavoro possa in tal modo scegliere il terreno e le armi della contesa, optando per la motivazione a sé più conveniente, quella cioè per la quale, in caso di illegittimità, sia prevista la sanzione meno gravosa, così C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corriere giuridico*, 2012, n. 6, 3. Analogamente P.G. ALLEVA, *Punti critici della riforma del mercato del lavoro in tema di flessibilità in entrata e in uscita*, in www.dirittisocialiecittadinanza.org, 3 ss. ; come ben evidenziato da A. PIZZOFERRATO, *Il percorso di riforme del diritto del lavoro nell'attuale contesto economico*, cit., 60 «le nuove regole hanno mostrato, fin da subito, un difetto di stabilità. Sono state perciò accompagnate dall'approvazione del decreto legge n. 134 del 2012, contenente altre misure di supporto alle imprese, nonché ad una lunga serie di circolari e note ministeriali esplicative, e di fatto correttive, dei contenuti della riforma».

Sul rapporto tra flessibilità in entrata e in uscita, sotteso alla riforma, si veda G. CAZZOLA, *Le modifiche del Parlamento alla Legge Fornero sul lavoro con riferimento alle norme sulla c.d. Flessibilità in entrata*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), cit., 33, 8 ss., che ritiene la legge vittima di uno «squilibrio genetico, dipendente da un'inadeguata modifica della disciplina del licenziamento».

Secondo altra dottrina, strada maestra – sebbene di complessa percorrenza - per risolvere i problemi legati all'occupazione, sarebbe stata quella volta all'intervento non sull'apparato sanzionatorio, costituito dall'art. 18, ma sulle causali che legittimano il licenziamento oppure sulla valutazione delle prove che gravano sul datore di lavoro tenuto a dimostrare tali causali, sul punto A. MARESCA, *op. cit.*, 415 – 421; tra gli altri, secondo M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, *WP CSDELE "Massimo D'Antona"*, www.csdle.unict.it, 2012, n. 164, 3 «la matrice compromissoria della

recente riforma del mercato del lavoro e, in particolar modo, per quanto attiene alla tutela reale contro i licenziamenti, risente dello stato dei rapporti di forza tra portatori degli interessi in contrasto»; sulla matrice compromissoria con le sue palesi ricadute, anche T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *DLRI*, 2013, n. 1; P. ICHINO, *Nuova disciplina dei licenziamenti: property e liability rule*, in *DPL*, 2012, 1545 ss.; S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *ADL*, 2012, 535; O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in *WP CSDELE "Massimo D'Antona"*, www.csdle.unict.it, 2012, n. 159.

Come rileva C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, in *DRI*, 2012, n. 4, 1029, «il Legislatore nello riscrivere la previsione dell'art. 18 Stat. Lav. ha di fatto circoscritto quattro macro-aree di riferimento nelle quali risultano disciplinati, rispettivamente i casi di nullità, le conseguenze del licenziamento illegittimo sorretto da una causale soggettiva, le conseguenze del licenziamento illegittimo giustificato da motivi oggettivi, e le violazioni delle regole formali e procedurali, mentre sotto il profilo prettamente sanzionatorio si individuano quattro regimi: due ipotesi di tutela reale (una "forte", sostanzialmente identica al passato, e una "debole", poiché accompagnata da un risarcimento ridotto) e due ipotesi di tutela obbligatoria (una "forte", da dodici a ventiquattro mensilità, e una debole, da sei a dodici mensilità)».

F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, cit., 531 rileva però che la particolare situazione in cui si trovava l'Italia nel novembre 2011 ha imposto una sorta di «commissariamento, del nostro paese e, dopo la lettera della BCE, la riforma dei licenziamenti era inevitabile, anche se erano sicuramente percorribili strade diverse».

A parte queste considerazioni, è comunque lecito dubitare che gli obiettivi perseguiti dalla riforma (superamento del dualismo *insiders/outsiders*, maggiore propensione all'assunzione con contratti stabili, riduzione della precarietà) saranno raggiunti ed è comunque

«difficile sostenere che la riforma darà un contributo importante allo sviluppo economico e alla creazione di posti di lavoro», sul punto C. DELL'ARINGA, *La riforma del lavoro: aspetti economici*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), op. cit., 2012, 42. Senza dimenticare che il mutamento nella disciplina dei licenziamenti dovrebbe essere considerato in una dimensione non solo economica, ma in una prospettiva più ampia, connessa agli interessi giuridici e alla stessa «agibilità» di diritti fondamentali del lavoratore, si veda V. SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, WP CSDELE "Massimo D'Antona", www.csdle.unict.it, 2012, n. 165, 8.

Proseguendo, quindi, nel percorso di riforma il Legislatore, dopo la parentesi determinata dal d. L. n. 76 del 2013, il cosiddetto Pacchetto lavoro, convertito in legge n. 99 del 2013, nel quale ha essenzialmente previsto tre interventi di promozione dell'occupazione, che si sostanziano in incentivi, è tornato ad operare con una riforma campale, sulla «scorta della rinnovata diffidenza delle istituzioni UE verso l'efficacia delle misure di riforma intraprese dall'Italia», si veda R. PESSI, *Le riforme del lavoro nel 2014: ideologie, postideologie, valori*, in *MGL*, 2014, 11, 722 ss.

Si ha, quindi, l'adozione di quegli atti normativi che costituiscono gli ambiti di sviluppo del cosiddetto *Jobs Act*, la legge delega n. 183 del 2014. La citata normativa è volta a realizzare, mediante il sistema dei decreti delegati, una novella riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e le politiche attive, oltre che il riordino della disciplina dei rapporti di lavoro con l'introduzione del contratto a tutele crescenti, dell'attività ispettiva e della conciliazione delle esigenze di cura, vita e lavoro. Per un quadro generale sulla legge delega, si veda F. CARINCI, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in *ADL*, 2015, n. 1, 1ss. Ad avviso di P. ICHINO, *La riforma del lavoro in Italia. Una nuova cultura delle relazioni industriali*, in *RIDL*, 2015, n. 2, 206 con tale riforma «il diritto del lavoro italiano ha compiuto una svolta di rilievo probabilmente superiore a quella compiuta a fine maggio del 1970 con

l'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori», in quanto «ne cambia il proprio paradigma fondamentale: non soltanto sostituisce drasticamente la *property rule*, che ha costituito fino ad allora la chiave di volta del sistema, la reintegrazione nel posto di lavoro, con una *liability rule*, cioè con la regola che limita la responsabilità contrattuale dell'imprenditore a un indennizzo di entità allineata rispetto agli standard prevalenti in Europa; ma manifesta anche, in modo inequivoco, l'intendimento di garantire la certezza per l'impresa dell'entità del costo di separazione così predeterminato, riducendo al minimo possibile l'alea dell'esito del giudizio e con questa l'entità del contenzioso giudiziale, oggi in Italia patologicamente dilatato», un giudizio enfatico, che va anche ricondotto alla considerazione, che P. ICHINO di questa riforma è stato il relatore. In senso diametralmente opposto L. MARTUCCI, *La commedia degli inganni: l'itinerario regressivo della legge sul lavoro*, in QRS, 2015, che ha parlato a questo proposito di un ritorno del diritto del lavoro agli anni '50, se non addirittura all'Ottocento.

«Il pacchetto di riforme è finalizzato, nelle intenzioni dei proponenti, non solo a ridurre i costi e ad aumentare la flessibilità del lavoro per favorire il rilancio produttivo, ma anche a superare la forte segmentazione del mercato del lavoro italiano e il suo lacerante dualismo tra *insider* e *outsider*, fra lavoratori subordinati e lavoratori autonomi, fra dipendenti a tempo pieno e indeterminato e dipendenti atipici con impegni temporanei e precari, fra lavoratori di medio-grandi imprese [...] e lavoratori di piccole imprese » in quanto «non vi è dubbio che si tratti dei due principali mali del nostro sistema, incapace, da un lato di far transitare nel breve o medio periodo i lavoratori precari nell'alveo della stabilità, dall'altro di stemperare l'alterità, prevedendo discipline progressive e incremental» A. PIZZOFRERATO, *op. cit.*, 63.

Si interviene, quindi, ulteriormente sulla flessibilità in uscita, con un'ulteriore apertura veicolata attraverso un contratto a tempo indeterminato che di nuovo ha solo il nome, “a tutele crescenti” e una diversa disciplina dei licenziamenti fortemente incentivato con sgravi contributivi della durata di un triennio.

Per un'analisi comparata - in quanto guardando ad altri sistemi giuridici è possibile verificare in anticipo «l'esito applicativo delle tecniche regolatorie in via di progettazione», atteso tra l'altro la comparazione è «l'unica "prova di laboratorio" di cui disponga il giurista», si veda M. BIAGI, *F. Mancini: un giurista progettuale*, John Hopkins University, 2001 - relativamente, nello specifico a quello che ha costituito il modello d'ispirazione per gli interventi in materia di licenziamento, costituito dalla disciplina tedesca si consenta il rinvio a R. ZUCARO (a cura di), *I licenziamenti in Italia e Germania*, cit., 39 ss.; ID., *La normativa sui licenziamenti nel diritto tedesco: un primo bilancio del più recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale*, in *WP CSDELE "Massimo D'Antona"*, www.csdle.unict.it, 2012, n. 96, 14-15; S. GRIVET FEA, *I Licenziamenti in Germania*, in M. PEDRAZZOLI, *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, FrancoAngeli, 2014, 93-122; P. BALDASSARRE, *La tutela contro il licenziamento nell'ordinamento tedesco*, 2001, n. 2-3, 19-214. Un'analisi accurata delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali in materia, si trova R. SANTAGATA, *Il recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui licenziamenti nel diritto tedesco*, in *DLM*, 2012, 1, 101-141.

Una comparazione tra la normativa sui licenziamenti tedesca e la disciplina italiana in materia di licenziamenti ex L. n. 92 del 2012, si trova in L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *DLRI*, 2012, n. 136, 661-691, dalla cui analisi emerge che la disciplina italiana, a differenza di quella tedesca, è stata impostata in modo sanzionatorio: per procedere a un licenziamento per inadempimento il datore di lavoro continua a dover seguire una disciplina molto più complessa di quella tedesca e la scelta tra reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro oppure riconoscergli un'indennità risarcitoria non dipende dalla persistente possibilità di collaborazione tra le parti, bensì dal tipo di vizio che caratterizza l'ingiustificatezza del licenziamento illegittimo.

CAPITOLO II

Il licenziamento nella Riforma Fornero

Parte I

Il Licenziamento discriminatorio

1. Quadro di riferimento normativo e dottrinale

Per una ricostruzione giuridica del licenziamento discriminatorio, si veda P. BELLOCCHI, *Divieti di discriminazione, interventi di contrasto e sanzioni specifiche contro gli atti discriminatori*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, 2009, 545; F. SAVINO, *La tutela contro i licenziamenti discriminatori: un percorso accidentato*, in M.V. BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Giappichelli, 2007, 81 ss.; M. BARBERA, (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007; mentre per una trattazione di tale tipologia di licenziamento, a partire dal funzionamento dei divieti di discriminazione, si legga A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi, tutele*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Cedam, 2010, vol. 56; G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione*, Giappichelli, 2001, 105; un'analisi del licenziamento discriminatorio tra disciplina speciale (art. 4, L. 604/66, art. 15, L. 300/70 e art. 3, L. 108/90) e funzionamento dei principi generali del diritto comune, in tema di illiceità del negozio, «che si affiancano e si intersecano con la tutela speciale» è operata da L. CORAZZA, *Licenziamento discriminatorio*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, n. III, *Diritto del lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Commentario*, Utet, 1998, 349.

«Il licenziamento discriminatorio è un “istituto combinato” che nasce dalla intersezione tra divieti di discriminazione e recesso del

datore di lavoro, intersezione che consente di misurare la diversa incidenza del diritto dell'Unione Europea in materia» per L. CALAFÀ, *La legge n.92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, in www.magistraturademocratica.it, 117.

Una sintesi rivisitata delle teorie elaborate in anni e contesti diversi, è indicata M. BARBERA, *La tutela antidiscriminatoria al tempo dello Statuto e ai tempi nostri*, in *DLM*, 2010, 723, la quale evidenzia la chiara rilevanza attribuita *ex post* alla crescente incidenza del diritto dell'Unione europea, come dimostra la stessa riscoperta del valore sistematico di una pronuncia della Corte di giustizia del lontano 1983 largamente sottovalutata da tutta la dottrina dell'epoca (causa 163/82 Commissione CE c. Repubblica Italiana); come sottolinea M. DE LUCA, *La «parità di trattamento» tra lavoratori e lavoratrici nell'ordinamento italiano: prime osservazioni su una sentenza «assolutoria»*, in *FI*, 1984, n. IV, 119, «l'indice della sottovalutazione del tema è misurabile dalla unicità dei contributi ad essa dedicati»

In merito agli equivoci argomentativi sui quali si fonda la giurisprudenza nazionale in questa materia e «sulla stessa genetica difficoltà di ricostruire l'assetto delle regole esistenti», si veda A. LASSANDARI, *Il licenziamento discriminatorio*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, III, in M. BESSONE (diretto da), *Il Diritto del Lavoro. Trattato di Diritto Privato*, Giappichielli, 2007, 163 ss.; L. CALAFÀ, *Il recesso, i diritti al rientro e il lavoro notturno dei genitori-lavoratori*, in L. LENTI (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, 2° ed., 2012, Giuffrè, 1011; in precedenza, F. GUARRIELLO (a cura di), *Modello antidiscriminatorio e licenziamento dei genitori-lavoratori*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *DLRI*, 2003, 499.

Passando alla rimodulazione dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori operata dalla Riforma Fornero, per F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *DRI*, 2012, n. 2, 29 «ad uno sguardo rapido il licenziamento di cui ai primi tre commi del nuovo art. 18 sembra essere in continuità con il passato, eccezion fatta per una riconduzione sotto la sua copertura di fattispecie che prima non

lo erano per l'opinione dominante, come il licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni; oppure lo erano per una certa giurisprudenza, come il licenziamento determinato da motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 c.c. cui ora viene aggiunto, come norma di chiusura, il licenziamento riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge».

Secondo G. DE SIMONE, *Il lavoro femminile nella riforma Fornero*, *op. cit.*, 603, «la riscrittura del disposto appare “perniciosa”, anche se non modifica la nozione e il regime del licenziamento discriminatorio».

Sulla evidenziazione della costante svalutazione sistematica del diritto antidiscriminatorio si veda M. BARBERA, *La sfida dell'eguaglianza*, in *RGL*, 2000, I, 245 e, più di recente, M. BARBERA, *La tutela antidiscriminatoria al tempo dello Statuto e ai tempi nostri*, *cit.* mentre un recente esempio di svalutazione della sistematica del diritto antidiscriminatorio è la teoria elaborata da M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, *op. cit.*, 4 secondo cui 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.

In antitesi alla posizione della Carinci, si veda tra i vari G. DE SIMONE, *op. cit.*, 606, il quale, esponente di una dottrina particolarmente sensibile al diritto antidiscriminatorio, afferma che «se ogni licenziamento illegittimo fosse discriminatorio, nessun licenziamento sarebbe mai qualificato come tale»; M. BARBERA, *Il licenziamento discriminatorio alla luce dell'ordinamento dell'Ue e delle sue ricadute sull'ordinamento nazionale*, intervento alla Tavola Rotonda “Discriminazione e licenziamento dopo la legge n. 92/2012:

profili sostanziali e processuali”, 5 dicembre 2012, 5, secondo cui «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».

Si vedano, altresì, sempre in senso critico C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, cit., 21ss; V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, cit., 331ss.; L. CALAFÀ, *Sul licenziamento discriminatorio*, cit., 118 secondo cui non a caso l’elaborazione della Carinci fa propria una rinnovata rilevanza attribuita alla concezione soggettiva della discriminazione che appare una sorta di prezzo teorico pagato proprio alla sua diluizione e all’affermazione della portata «esemplificativa e non tassativa» delle discriminazioni previste e sarebbe questo l’aspetto di tale tesi più in contrasto alla concezione oggettiva delle discriminazioni nel diritto dell’Unione europea.

1.1 La ricostruzione e l’interpretazione dei fattori di discriminazione

Il Legislatore per individuare la fattispecie del licenziamento discriminatorio rinvia all’art. 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, il quale prevede ulteriori rimandi: all’art. 4 della legge 15 luglio 1966, e all’art. 15 St. lav., modificato da ultimo dall’art. 4, comma 1, del D.Lgs 9 settembre 2003, n. 216, che ha aggiunto i seguenti fattori di discriminazione: handicap, età, orientamento sessuale e convinzioni personali.

Oggetto di un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale è il carattere tassativo o meno dell’elenco normativo dei fattori di discriminazione. Secondo M. V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *LD*, 2004, 511 «ne sarebbe indubbia la tassatività, poiché non tutte le diseguaglianze/disparità fattuali costituiscono discriminazione in senso

giuridico: il diritto qualifica come illecita una diseguaglianza nel momento in cui la vieta».

La tesi del carattere esemplificativo - si veda tra gli altri G. DE SIMONE, *Il Licenziamento discriminatorio*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *I licenziamenti, Commentario*, Milano, 1999; L. CORAZZA, *op. cit.*, 349 - particolarmente rafforzatasi nel tempo, trae uno dei suoi fondamenti nella necessità di interpretare la norma alla luce dell'ordinamento UE, il quale all'art. 21 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000 (la quale ha acquisito, a partire dall'entrata in vigore nel 2009 del Trattato di Lisbona, lo stesso valore giuridico dei Trattati), relativo al principio di non discriminazione, contiene un'elencazione espressamente non tassativa, si veda in questi termini M. T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit., 23. In giurisprudenza, peraltro, si è consolidato l'orientamento secondo cui l'elenco delle ragioni discriminatorie di cui all'art. 3 della L. n. 103/1990 è suscettibile di interpretazione estensiva, sino a ricomprendere anche ipotesi non espressamente previste dalla legge, tra le quali, ad esempio, quella del licenziamento ritorsivo (*ex plurimis* Cass. 8 agosto 2011, n. 17087; Cass., 3 agosto 2011, n. 16925; Cass., 18 marzo 2011, n. 6282; Cass., 3 maggio 1997, n. 3837).

Ad ogni modo l'aspetto, che forse oggi appare più problematico, attiene all'esatta determinazione dei confini dei fattori di discriminazione. Infatti, singole ipotesi di discriminazione hanno un contenuto estremamente ampio, come nel caso delle «convinzioni personali»; in merito occorre rilevare che la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria ritengono che rientrino in questa categoria anche le opinioni sindacali e politiche si veda M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto discriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2012, 43ss.; S. BORRELLI, *Esiste un principio di non discriminazione per ragioni sindacali nel diritto dell'Unione Europea?*, in S. BORRELLI, A. GUAZZAROTTI, S. LORENZON (a cura di), *I diritti dei lavoratori nella carte europee dei diritti fondamentali*, Jovene, 2012, 63 ss.; A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni*,

interessi, tutele, 2010, Cedam, 110 ss.; di tesi contraria è invece A. VALLEBONA, *Le discriminazioni per convinzioni personali comprendono anche quelle per affiliazione sindacale: un'altra inammissibile stortura a favore della Fiorm-CGIL*, in *MGL*, 2012, 622 ss.. La questione non è di poco conto in quanto da tale riconduzione dipende la possibilità di accesso alla normativa antidiscriminatoria disposta, in attuazione delle direttiva, dal d.lgs. n. 216 del 2003 e dall'art. 28 del d.lgs. n. 150 del 2011.

Altri fattori hanno invece confini ancora poco definiti: come accade per i nuovi fattori di discriminazione l'età oppure l'handicap che recentemente ha consentito, tramite un suo paragone con la malattia di lunga durata, di far ritenere discriminatorio il licenziamento di un dirigente, intimato per motivi connessi allo stato di malattia di lunga durata, si veda Tribunale di Milano, ordinanza del 11 febbraio 2013, in R. ZUCARO, M. FERRARESI (a cura di), *I licenziamenti a un anno dalla Riforma Fornero*, Bollettino Speciale ADAPT, n. 21, 2013.

Ulteriore problema, cui la nuova disciplina non ha posto rimedio, è quello relativo alla necessità o meno della sussistenza di un specifico intento discriminatorio da parte del datore di lavoro. Un dibattito interpretativo di non poco conto. In dottrina è prevalso l'orientamento a favore della rilevanza meramente obiettiva degli atti discriminatori. Si è sostenuto che l'atto lesivo del principio di parità di trattamento sia connotato da una «oggettiva idoneità a discriminare», si veda tra i vari A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi, tutele*, in A. LASSANDARI, F. GALGANO (a cura di), *Trattato di Diritto Commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Cedam, 2010, 55, il quale richiama la tesi già espressa da T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, FrancoAngeli, 1974, 120 ss; E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *GDLRI*, 1979, 348, M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto discriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, cit., con la conseguenza che l'applicazione della sanzione prescinde dall'intento discriminatorio del datore di lavoro.

Importante contributo a tale tesi è dato dall'evoluzione del

diritto antidiscriminatorio, anche a livello comunitario, il quale ha teso a evidenziare il carattere assoluto di tale diritto, la cui tutela, pertanto, dovrebbe attivarsi indipendentemente dalla condizione psicologica sussistente in capo a chi ha posto in essere la discriminazione.

Per C. ALESSI, *Commento all'art. 3*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. D'ANTONA (a cura di), *Disciplina dei licenziamenti individuali*, in *NLCC*, 1991, 196. «di converso, la giurisprudenza ha continuato a subordinare l'accertamento della discriminazione alla prova dell'intento discriminatorio, inteso come profilo psicologico dell'atto datoriale»; in giurisprudenza, Cass., 1 febbraio 1988, n. 868, in *GC*, 1988, I, 1533, nt. Mammone; Cass. 19 marzo 1996, n. 2335, in *MGL*, 1996, 381, nt. Del Conte; Cass., 26 maggio 2001, n. 7188, in *OGI*, I, 489; Cass., 25 maggio 2004, n. 10047, in *MGC*, 2004, 5; Cass., 14 luglio 2005, n. 14816, in *GC*, 2006, 2215. E' evidente che la rilettura del licenziamento discriminatorio *ex art. 18 St. Lav.*, in virtù dell'evoluzione normativa comunitaria, determinerebbe un rilevante sgravio dell'onere probatorio posto in capo al lavoratore, chiamato a provare il solo fatto materiale della differenziazione, a prescindere da ogni indagine sullo scopo perseguito dal datore di lavoro. Un gravoso carico probatorio che risulta, infatti, solo in parte alleggerito dalla prova presuntiva.

Alla luce delle novelle graduate tutele è evidente, quindi, una conseguenza che si è in parte accennata. Mentre prima non vi era alcun vantaggio a percorrere la più impervia strada della prova delle ragioni o degli effetti discriminatori del licenziamento, atteso che l'onere di dimostrare la giusta causa o del giustificato motivo grava invece sul datore di lavoro (*ex art. 5 L. n. 604/66*), oggi, il permanere della reintegratoria piena, solo per casi specifici, determina un'indubbia spinta a introdurre in via principale l'impugnazione per discriminazione e in via subordinata le altre domande la cui tutela è "depotenziata". La conseguenza è un rinnovato interesse per un'ipotesi di licenziamento rimasta sino a oggi un po' ai margini e, in tale ottica, si può già sottolineare il profilarsi di un aumento della casistica giurisprudenziale, per un approfondimento la rassegna ragionata a cura di M. FERRARESI,

L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la Riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza, in *DRI*, n. 2, 2013, 338 ss., secondo cui potranno presumibilmente connettersi nuovi e imprevedibili sviluppi. Atteso che estensione e portata dei divieti di discriminazione sono gli elementi da cui discende il trattamento differenziato previsto dal legislatore, l'interprete deve operare, nell'attuale contesto, un'attività alquanto delicata. In questo ambito, pertanto, di intersezione tra licenziamento e discriminazione, la visione domestica e/o quella proiettata alla valorizzazione del diritto dell'Unione europea manifestano tutta la loro concreta rilevanza.

La prima giurisprudenza di merito, sviluppata a seguito della Riforma Fornero, uniformandosi all'orientamento dottrinale maggioritario ha nuovamente chiarito che i citati divieti, non compongono una categoria aperta, per una rassegna giurisprudenziale sul punto, si veda M. BIASI, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazioni giurisprudenziali: un bilancio provvisorio*, *WP CSDELE "Massimo D'Antona"*, www.csdle.unict.it, 2013, 181, 9-22; M. Ferraresi, *L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la Riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *DRI*, 2013, 2, 349-351; M. CORTI, *La tendenza espansiva della nuova reintegrazione riflessioni su alcune pronunce: ex art. 18, comma 1, dello Statuto dei lavoratori*, in *DRI*, 2013, 4, 1038-1048; F. MARINELLI, *L'anno zero della giurisprudenza di merito sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento: le prime ordinanze post Fornero*, 4, 2013, 1027-1037.

Sul licenziamento discriminatorio, in quanto fondato sull'orientamento sindacale, si legga L. CALAFÀ, *La discriminazione fondata sull'orientamento sindacale e il folklore giuridico dell'Unione Europea. Il diritto antidiscriminatorio preso sul serio*, giugno 2012, www.magistraturademocratica.it; L. CALAFÀ, *La discriminazione per orientamento sindacale: prima nota a Corte d'Appello Roma 19 Ottobre 2012*, dicembre 2012, www.cgiL.it; E. TARQUINI, *La discriminazione per motivi sindacali e l'onere della prova del datore di lavoro: nota a Corte d'Appello Roma 19.10.2012*, in

www.magistraturademocratica.it, 2012.

Per una recente rassegna della giurisprudenza in materia di discriminazioni per età, si rinvia a M. PERUZZI, *Ritorno a Mangold nell'epoca del Trattato di Lisbona*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, II, p. 139; sul caso Coleman, L. CALAFÀ, *Disabilità, discriminazione e molestia "associata": il caso Coleman e l'estensione elastica del campo soggettivo di applicazione della dir. 2000/78*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, 1169.

Tra l'altro come messo in luce da autorevole dottrina, la tecnica redazionale prescelta dal legislatore non aiuta l'interprete alla corretta identificazione del campo di applicazione oggettivo della discriminazione vietata, la cui esistenza rende il recesso del datore di lavoro inficiato da nullità rilevante ex art. 18, comma 1. Si veda L. CALAFÀ, *Sul licenziamento discriminatorio*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, www.magistraturademocratica.it, 2012, 125.

2. Il motivo illecito determinante

La Riforma Fornero ha incluso nel campo di applicazione della tutela reintegratoria piena il licenziamento determinato da motivo illecito determinante, ai sensi dell'art. 1345 del Codice Civile, si veda per una trattazione in generale E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, 85.

Ad avviso di A. GUARISO, *Il licenziamento discriminatorio*, in *DLRI*, 2014, n. 142, 351-361 «la giurisprudenza ha teso alla creazione di un'unica categoria, il "licenziamento ritorsivo", in cui si fondono le nozioni di "discriminazione" e di "motivo illecito determinante" (comprendente sia motivi "ritorsivi" tipizzati sia quelli non tipizzati). Pertanto l'articolo 1345 c.c. (accanto alla normativa antidiscriminatoria) ha trovato in questa categoria una applicazione generalizzata, a prescindere dal fatto che il motivo discriminatorio fosse o meno tipizzato; parte della dottrina ha messo in discussione questa impostazione perché determinerebbe una serie di distorsioni

interpretative rispetto all'evoluzione della teoria della discriminazione».

Secondo M.T. CROTTI, M. MARZANI, *op. cit.*, 223 ss. «la novella dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, però, sembra dare un ulteriore elemento all'orientamento dottrinale sopra indicato. Se è riconosciuta la necessità di tutela del licenziamento per motivo illecito (quindi, anche nei casi di licenziamento ritorsivo non tipizzati), allo stesso tempo sembra riconosciuta la differenza concettuale fra questa ipotesi e quella del licenziamento discriminatorio».

Alcuni autori ritengono che l'aver considerato distintamente il licenziamento discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108 e, il licenziamento determinato da motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 c.c. avrebbe comportato un effetto ben preciso: quello, cioè, di recuperare all'interno dell'art. 18, co. 1-3, Stat. Lav. il licenziamento discriminatorio nel senso e rilievo riconosciutogli nel filone legislativo anti-discriminatorio, sottraendolo al licenziamento per motivo illecito, dove sarebbe rimasto fino ad oggi imprigionato secondo l'indirizzo giurisprudenziale dominante, si veda in tal senso A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *RIDL*, 2012, I, 662ss.; M. T. CROTTI, M. MARZANI, *op. cit.*, 223 ss.

L'esplicito distinguo operato nell'art. 18, co. 1, St. Lav. fra licenziamento discriminatorio e licenziamento determinato da motivo illecito dovrebbe confermare quanto già sostenuto dalla dottrina maggioritaria, ossia un assoggettamento del primo licenziamento al regime di cui all'indirizzo normativo ricalcato sul diritto comunitario avverso atti e comportamenti contrari alla parità di trattamento in ragione delle ipotesi discriminatorie tipiche ivi previste; ed eventualmente di un mantenimento del secondo sotto il regime di cui all'art. 1345 Cod. Civ. in relazione a ipotesi discriminatorie atipiche o non discriminatorie, ma ugualmente illecite, sul punto si legga G. BOLEGO, *Il licenziamento discriminatorio tra motivo illecito e frode alla legge*, in A. VISCOMI (scritti raccolti da), *Diritto del lavoro e società multi-culturale*, Editoriale Scientifica, 2011, 679 ss.; L. CORAZZA, *op. cit.*, 350 ss; G. DE SIMONE, *Tra il dire e il fare*.

Obbiettivi e tecniche delle politiche per il lavoro femminile nella riforma Fornero, in *LD*, 2012, 589; L. CALAFA', *Sul licenziamento discriminatorio*, cit., 114ss.; P. CHIECO, *Il licenziamento nullo*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2012, 277ss.; E. TARQUINI, *I licenziamenti discriminatori*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *op. cit.*, 253 ss.; M. T. CROTTI, M. MARZANI, *op. cit.*, 221 ss. Sull'indirizzo giurisprudenziale maturato con riguardo al licenziamento ritorsivo assoggettato all'art. 1345 c.c., si veda da ultimo C. PEDERZOLI, *Licenziamento pretestuoso e motivo illecito. Una incerta linea di confine*, in *RIDL*, 2012, n. 2, 362 ss.

L'orientamento che si sta manifestando nella giurisprudenza di merito *post* Riforma Fornero, non sembra discostarsi dall'interpretazione datane dalla Corte Cassazione, ritenendo che lo stesso si configuri: «quando il motivo ritorsivo, come tale illecito, sia stato l'unico determinante dello stesso» e ribadendo altresì che l'onere della prova, gravante sul lavoratore, che deduce ciò in giudizio, è «sostanzialmente fondat[o] sulla utilizzazione di presunzioni, tra le quali presenta un ruolo non secondario, anche la dimostrazione dell'inesistenza del diverso motivo addotto a giustificazione del licenziamento o di alcun motivo ragionevole», tra le altre Trib. di Milano, ord. 20 novembre 2012, est. Casella, consultabile in www.olympus.it, Trib. di Roma, ord. 18 luglio 2013, cit.

Con particolare riferimento a un caso di licenziamento intimato per motivo illecito, si è deciso che la fattispecie sussiste senz'altro quando si tratti di un «licenziamento per ritorsione, diretta o indiretta», e in particolare che ciò si verifica «quando il motivo ritorsivo, come tale illecito, sia stato l'unico determinante dello stesso, ai sensi del combinato disposto dell'art. 1418 c.c., comma 2, artt. 1345 e 1324 c.c.», si veda Trib. di Novara, ord. 13 settembre 2013, in *Bollettino ADAPT*, 2014, n.15.

3. La distinzione tra le tipologie di licenziamento cui si applica il regime di reintegratoria piena

L'estensione della sanzione, conseguente ai casi di licenziamento discriminatorio, ha riguardato anche altre ipotesi di nullità del recesso, elencate nel nuovo art. 18, comma 1, dello Statuto dei lavoratori, ovvero i licenziamenti intimati in concomitanza di matrimonio o in violazione dei divieti di licenziamento previsti dalle disposizioni a tutela della maternità o della paternità, nonché i recessi rientranti nella categoria "aperta" – se non sfuggente – degli altri casi di nullità previsti dalla legge, per una efficace sintesi dei medesimi, si veda S. LIEBMAN, *Il recesso individuale dal rapporto di lavoro*, in M. PERSIANI, S. LIEBMAN et al., *Fondamenti di diritto del lavoro*, Cedam, 2013 e quelli disposti oralmente.

Secondo M. V. BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *LD*, 2012, 441 ss. «è opportuno verificare se l'intervento del Legislatore del 2012 determini conseguenze sulla stessa distinzione dogmatica tra licenziamento discriminatorio e altre tipologie di licenziamenti "speciali" inserite nel disposto».

L. CALAFÀ, *Sul licenziamento discriminatorio*, cit., 123 ritiene, ad esempio, che il licenziamento legato alla genitorialità vada ricondotto alle discriminazioni per sesso, all'interno del diritto antidiscriminatorio di matrice europea.

A ogni modo, la tecnica redazionale prescelta dal Legislatore non è, però, di certo chiarificatrice per l'interprete nell'identificazione del campo di applicazione oggettivo della discriminazione vietata, la cui esistenza rende il recesso del datore di lavoro inficiato da nullità rilevante *ex art. 18* dello Statuto dei lavoratori, come conferma l'analisi delle prime ordinanze emesse sul punto, pare porsi un problema nella distinzione tra licenziamento discriminatorio e altre tipologie *ex art. 18* dello Statuto dei lavoratori, si veda il Tribunale di Bologna del 19 novembre 2012, ord. 19 novembre 2012, est. Coco, consultabile in R. CARAGNANO, R. ZUCARO (a cura di), *I licenziamenti dopo la L. n. 92/2012*, *Bollettino Speciale ADAPT*, 2013, n. 2, Trib. di Torino, ord.

29 marzo 2013, est. Buzzano, consultabile in M. FERRARESI, R. ZUCARO (a cura di), *op. cit.*, Trib. di Milano, ord. 10 aprile 2013, consultabile in R. CARAGNANO, G. SALTA (a cura di), *Lavoro: un anno di legge Fornero*, Bollettino Speciale ADAPT, 2013, n. 19. Per un commento sulle stesse si veda M. CORTI, *La tendenza espansiva della nuova reintegrazione: riflessioni su alcune pronunce ex art. 18*, comma 1, dello Statuto dei lavoratori, in *DRI*, 2013, n. 4, 1047.

Secondo F. CARINCI, *Ripensando il nuovo art. 18*, cit., 311-322 andrebbe valorizzato il tradizionale collegamento nelle disposizioni nazionali in materia tra la determinazione o volontà del datore di lavoro di espellere un centro lavoratore e la sua caratteristica “speciale” o tipica; Trib. di Milano, ord. 11 marzo 2013, est. Scarzella si veda M. BIASI, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona.IT*, 2013, n. 181, op. cit., 20; Trib. di Modena, ord. 14 giugno 2013, est. Vaccari, consultabile in *Bollettino ADAPT*, 2013, n. 25.

In ordine alle sovrapposizioni tra licenziamento discriminatorio e ritorsivo in caso di tutele legate alla maternità si vedano le considerazioni di D. SCHIUMA, nella nota all’ordinanza del Tribunale di Catanzaro, 9 dicembre 2014, in *RIDL*, 2015, n. 2, 419 ss.

Parte II

Il licenziamento disciplinare

1.L'architrave e l'affermazione di una categoria di recesso complessa

Il licenziamento disciplinare come nozione autonoma, dapprima affermata attraverso l'elaborazione giurisprudenziale (si veda sul punto la ricostruzione di R. DEL PUNTA, *Il licenziamento disciplinare*, in *DRI*, 1996, n. 1, 143ss.; e per una rassegna di giurisprudenza S. BELLOMO, *Il licenziamento disciplinare al vaglio delle Sezioni Unite*, in *ADL*, 1995, 153) è stata ora recepita a livello normativo attraverso l'art. 1, comma 41, legge n. 92/2012.

Come indicato, infatti, da G. AMOROSO, *Il licenziamento disciplinare*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, UTET, 2014, 1314-1315, la citata disposizione «prevedendo che il licenziamento intimato all'esito del procedimento disciplinare di cui all'art. 7 legge n. 300/1970 produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento medesimo è stato avviato, presuppone appunto la fattispecie del licenziamento disciplinare». A ogni buon conto però «si tratta pur sempre di una fattispecie (non già ulteriore e distinta, ma) che rientra in quella del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, ex artt. 1 e 3, legge n. 604/1966 e 2019 cc.; ossia il licenziamento assume la connotazione di “disciplinare” ogni qual volta si fonda su un addebito o una colpa o una negligenza del lavoratore, ma è pur sempre un licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo», in G. AMOROSO, *op. cit.*, 1315; R. DE LUCA TAMAJO, *Tra le righe del d.lgs. n. 276/2003 (e del decreto correttivo n. 251/2004): tendenze ed ideologie*, in *RIDL*, 2004, I, 524.

Per una ricostruzione della nozione di giusta causa si veda, F. SANTORO PASSARELLI, *voce Giusta causa*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. VII, Torino, 1961, 1109 ss. La dottrina e la giurisprudenza hanno poi

reformato la definizione di giusta causa a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 604/1966, la quale ha definito la causale del giustificato motivo soggettivo del licenziamento, e osservato che la stessa giusta causa si distinguerebbe dal giustificato motivo soggettivo soltanto sotto il profilo quantitativo, si veda S. SANGIORGI, voce *Giusta causa*, in Enc. dir., vol. XIX, Milano, 1970, 539.

In ordine alla nozione di giusta causa, con riferimento ai limiti posti dalla legge al controllo dei giudici e alla riconducibilità della stessa alla categoria delle c.d. clausole generali con implicazioni sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello prettamente processuale, si veda D. GAROFALO, *Licenziamento per giusta causa: il sindacato giudiziale tra contratto collettivo e clausole generali*, in *LG*, 2014, n. 4, 370-370.

2. Le fattispecie dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori post Riforma Fornero

«La riforma non muta le nozioni sostanziali di giusta causa e giustificato motivo soggettivo previste dall'art. 2119 c. c. e dall'art. 3 della L. n. 604/1966, tuttavia prevede una graduazione delle sanzioni in ragione della gravità dei fatti alla base del licenziamento, che indirettamente influenza anche le causali del recesso», secondo C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., 552-553.

Ad avviso di A. MARESCA, *op. cit.*, 435 ss., l'art. 18 St. Lav. imporrebbe oggi una duplice distinta valutazione: l'esistenza o meno del «fatto materiale», privo di qualsiasi connotato soggettivo (e quindi inteso come azione materiale o evento concreto) e la sua «qualificazione come giusta causa o giustificato motivo oggettivo». In senso conforme a questa tesi, si vedano M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. Lav.*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, Ipsoa, 2012, 29 ss; M. FERRARESI, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. MAGNANI – M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 264; A. TOPO, *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, F.

CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *op. cit.*, 69-70; M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, 2012, 450; M. MARRAZZA, *op. cit.*, 623 ss.; M. L. GALATINO, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012*, n. 92, Giuffrè, 243; T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *WP CSDELE "Massimo D'Antona"*, www.csdle.unict.it, 2012, n. 155, 51ss. In senso difforme V. SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori* in *WP CSDELE "Massimo D'Antona"*, www.csdle.unict.it, n. 165, 30-42.

In ordine alla giusta causa e al giustificato motivo soggettivo si è sottolineata l'estrema difficoltà di distinguere all'interno del "fatto" gli elementi essenziali da quelli secondari, si veda sul punto F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, cit., 546-547; F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012). Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, in *ADL*, n. 5, 3.

Secondo M. L. GALATINO, *op. cit.*, Giuffrè, 241 «ciò anche in considerazione della circostanza che il fatto può essere più di uno ed è comunque collegato ad elementi valutativi». Mentre per M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, cit., 565 «è necessario non dimenticare che le varie componenti strutturali della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo altro non sono che angoli visuali che permettono al giudice il controllo di un fenomeno concettualmente unitario e, dunque, non scomponibile al suo interno».

2.1 L'esegesi della «insussistenza del fatto»

In ordine al licenziamento disciplinare, uno dei nodi critici per gli interpreti, attiene al concetto della «insussistenza del fatto contestato» (art. 18, comma 4, dello Statuto dei Lavoratori). Per A.

MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in RIDL, n. 1, 435 ss. il «fatto insussistente dovrebbe essere considerato nella sua componente materiale privo di qualsiasi connotato soggettivo (e, quindi, inteso come azione materiale o evento concreto)»; in senso conforme M. BARBIERI, D. DALFINO (a cura di), *Il licenziamento individuale*, Cacucci, 2013, 39; parzialmente conforme P. ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la Riforma Monti-Fornero*, WP CSDLE Massimo D'Antona, 2012, n. 160, 20, in quanto ammette la possibilità di graduare la mancanza di vizi ai fini della sanzione da applicare. Per alcuni, tale tesi avrebbe come effetto immediato quello di rendere la reintegrazione, una sanzione del tutto eccezionale e si poneva, quindi, nell'evidente obiettivo di politica del diritto di «marginalizzare» la reintegra, sul punto M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero (legge n. 92/2012 e legge n. 134/2012)*, Ipsoa, 2012, 54; M. TREMOLADA, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa*, in C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, 120 ss.; M. FERRARESI, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012*, n. 92, Giuffrè, 2012, 264; A. TOPO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge 92 del 2012*, Cedam, 2012, 69 – 70; M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, 2012, 450; M. MARRAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*, in ADL, 2012, 623 ss.; M. L. GALATINO, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in G. PELLICANI (a cura di), *Riforma del lavoro, Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, 2012, 243; T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, WP CSDELE “Massimo D'Antona”, 2012, n. 155, 51 ss.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Giappichelli, 2012, 57 (peraltro con la precisazione che se il

fatto fosse stato pretestuoso o di scarso rilievo la reintegra sarebbe stata ugualmente applicata pur in presenza della sua sussistenza ed in applicazione dei principi in tema di frode alla legge); M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *ADL*, 2013, 6 ss.

Per altri la critica si è basata su argomenti legati all'interpretazione letterale e sistematica della legge, tra cui V. SPEZIALE, *Il licenziamento disciplinare*, in *DLRI*, 2014, 142, 363-380.

Quindi, secondo questa parte della dottrina, il «fatto» deve essere inteso come «fatto giuridico», comprensivo dell'elemento oggettivo e soggettivo (dolo, colpa, intensità dell'elemento intenzionale ecc.), F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2013, 496; O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 st. lav.*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, 2013, 248; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 Stat. Lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, 793 ss.; L. ZOPPOLI, *Flex-insecurity. La Riforma Fornero (L. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, *ESI*, 2012, 136; M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. BARBIERI, D. DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, 2013, 31 ss.; R. GALARDI, *Il licenziamento disciplinare*, M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *op. cit.*, 291 ss.

Tra questi autori, alcuni hanno oltretutto sottolineato che il «fatto» deve essere inteso come «inadempimento contrattuale», si veda sul punto R. DEL PUNTA, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 21; V. NUZZO, *La norma oltre la legge. Causali e forma del licenziamento nell'interpretazione del giudice*, Satura Editrice S.r.l., 2012, 63-64; R. ROMEI, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, in *RIDL*, II, 2012, 1080; G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *ADL*, 2013,

233; P.SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 30 del 1970*, in L. DI PAOLA (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Giuffrè, 2013, 282-283; P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in RIDL, I, 2013, 160.

C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge 92 del 2012*, Cedam, 2013, 32 ss. propone una «mediazione» tra le due tesi (fatto materiale/giuridico). Tuttavia l'autore ritiene che il «fatto contestato» vada definito come «comportamento» che includa «una soglia minima di antigiuridicità oggettiva». Il che significa tornare al «fatto giuridico».

A due anni dall'entrata in vigore della riforma, la prima giurisprudenza di merito si è prevalentemente orientata nell'utilizzare la nozione di «fatto giuridico».

Tra le pronunce si segnalano: Tribunale di Ravenna, 18 marzo 2013, in *Bollettino ADAPT*, n. 17, 2013; Tribunale di Bologna 15 ottobre 2012, in *DRI*, 2012, n. 4, 1133, con nota di A. TURSI, *Il nuovo articolo 18 post-riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile?*; in RIDL, 2012, II, 1049 ss., con note di M. T. CARINCI, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art.18 St. lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, di R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, di R. ROMEI, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*; in MGL, 2012, 954, con nota di A. VALLEBONA, *Fatto e qualificazione del fatto: una distinzione elementare indigesta*; e in LG, 2012, 1190, con nota di M. CONGEDUTI, *Prime (dis)applicazioni della Riforma Fornero*, e di L. FAILLA, *Prime applicazioni giurisprudenziali del nuovo art. 18 St. lav.*; Tribunale di Bologna, 25 settembre 2012, in R. ZUCARO, M. FERRARESI (a cura di), *op. cit.*; Tribunale di Taranto, ord. 3 giugno 2013, citata in R. RIVERSO, *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, in WP CSDLE “Massimo

D'Antona".IT, n.177/13; si veda in senso conforme Tribunale di Palmi, ord. 24 aprile 2013, citata in R. RIVERSO, *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, in *WP CSDLE – "Massimo D'Antona".IT-* n.177/13; Tribunale di Trento, ord. 29 gennaio 2013, in M. FERRARESI, R. ZUCARO, cit.

Il Trib. di Roma, ord. 13 febbraio 2014, 15626, in *Bollettino ADAT*, 2014, n. 15 ha statuito che per la legittimità del licenziamento "in tronco" occorre (e trattasi di "necessarietà") la «prova dell'elemento psicologico del licenziamento per giusta causa»; e che sul piano probatorio, se all'integrazione dei fatti giuridicamente legittimanti il licenziamento è necessario il dolo, «l'onere datoriale di provare la sussistenza dei fatti si estende alla prova del dolo»; con la conseguenza che, ai fini della legittimità del licenziamento, «la prova della sussistenza del fatto nella sua materialità è insufficiente»; a ciò aggiungendosi che «la nozione di fatto valevole ai fini della scelta della sanzione [...] lungi dal valere quale fatto meramente "materiale", non può che comprendere tutto il fatto nella pienezza dei suoi elementi costitutivi – sia l'elemento oggettivo sia l'elemento soggettivo»; e che pertanto in mancanza della prova del dolo, in caso di licenziamento per giusta causa, «si versa in un'ipotesi di insussistenza del fatto contestato».

Da ultimo è intervenuta una prima pronuncia della Corte di Cassazione sul punto, la sentenza del 6 novembre 2014, n. 236669, affermando che la verifica giudiziaria circa la sussistenza o meno del fatto posto alla base del licenziamento debba essere svolta senza margini per valutazioni discrezionali, in relazione all'esistenza o meno del fatto che deve intendersi come materiale, si vedano le note di R. DEL PUNTA, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, in *RIDL*, II, 32; M. BUCONI, *L'insussistenza del fatto contestato e il giudizio di proporzionalità nel licenziamento disciplinare*, in *LG*, 2015, 2, 156-165; A. VALLEBONA, *Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto (nota a Cass. civ. Sez. lav., 6 novembre 2014, n. 23669)*, in *MGL*, 2014, 12, 875.; L. FIORILLO, *Licenziamento disciplinare e tutela reale: la*

rilevanza del fatto materiale, in *GI*, 2014, n. 12, 2789.

2.2 Le tipizzazioni dei contratti collettivi

Come previsto da P. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *ADL*, 2013, 13 «il nodo interpretativo più problematico - anche per i suoi effetti sul contenzioso - del nuovo sistema di regimi sanzionatori in ipotesi di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo oggettivo ha riguardato più che la questione dell'esatta configurazione del fatto, la sussunzione dello stesso all'interno delle declaratorie della contrattazione collettiva o dei codici disciplinari».

Sul punto è, tra l'altro, espressamente intervenuto l'art. 30, 3° comma, della legge n. 183/2010, il quale ha disposto che il giudice nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento debba tener conto delle tipizzazioni della giusta causa e del giustificato motivo presenti nei contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi o nei contratti individuali certificati avanti ad una delle commissioni previste dalla legge. Ad avviso di attenta dottrina, dal tenore della norma è però evidente che non sia stata modificata, di fatto, la facoltà del giudice di valutare i fatti addotti alla base di un licenziamento, si veda sul punto G. PROIA, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, Giuffrè, 2011.

«L'ampiezza e l'astrattezza delle formule utilizzate nei contratti collettivi e codici disciplinari, hanno costretto gli interpreti a interrogarsi sulle conseguenze della mancata menzione della condotta contestata al lavoratore da parte del contratto collettivo o del codice disciplinare applicato», sul punto C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo*, in *DRI*, 2012, 4, 1040.

Alcuni autori hanno ritenuto che in tali ipotesi spetti al lavoratore solo la tutela indennitaria forte, si vedano in merito le considerazioni di M. MARAZZA, *op. cit.*, 624; M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. Lav.*, cit., 55; P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in *Id.* (a cura di), *La riforma*

del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero, Giuffr , 2013, 294.

Diversamente secondo altra dottrina il Giudice ha la possibilit  di integrare o correggere le disposizioni collettive anche ai fini della scelta della sanzione, si veda R. DEL PUNTA, *La flessibilit  in uscita. Licenziamenti individuali*, in AA.VV., *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2013*, Istituto della Enciclopedia, Roma, 2013, 355, 361; tra questi autori, la maggior parte ritiene che l'integrazione o correzione possa avvenire mediante il ricorso al criterio di proporzionalit  ex art. 2106 Cod. Civ., sul punto M. PERSIANI, *op.cit.*, 14; F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, cit., 1118; ID., *Ripensando il "nuovo" art. 18*, cit., 328, con la precisazione, per , che, nel giudizio rispetto alla sanzione, il fatto "da incasellare" debba essere comunque "scorporato dal contesto del rapporto"; O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 St. Lav.*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *op. cit.*, 2013, 249; P. TULLINI, *Flessibilit  in uscita: la nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in AGI, *Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro competizione versus garanzie? Diritto del lavoro e crescita economica in ambito italiano ed europeo*, Giappichelli, 2012, 163; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto e economia*, in RIDL, 2012, I, 555; G. CANNATI, *Profili d'incostituzionalit  della riforma sui licenziamenti*, in RIDL, 2013, I, 210-213; V. PAOLILLO, *La riforma del mercato del lavoro. Problematiche e criticit  della nuova normativa sui licenziamenti*, in RGL, 2013, 2, 451-467; contra, R. PENNUTO, *L'insussistenza del fatto nel licenziamento disciplinare dopo la Legge Fornero*, in LG, 2013, 457, secondo cui la valutazione della proporzionalit  del licenziamento ex art. 2016 c.c. riguarderebbe unicamente la "prima fase" del giudizio e, dunque, non la seconda, relativa alla scelta della sanzione.

3. La violazione delle procedure ex art. 7 dello Statuto dei lavoratori

I vizi procedurali, eccettuata la mancanza di forma scritta dell'atto di recesso, vengono "puniti" con la misura indennitaria minima, pur risultando solo in apparenza meno gravi, dal momento che si possono risolvere in una lesione del diritto di difesa del lavoratore in grado di incidere sulle sue concrete possibilità di contestare in giudizio la carenza di giustificazione del recesso, sul punto V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento*, cit., 544; G. CANNATI, *op.cit.*, 203; L. ZOPPOLI, *op.cit.*, 144.

Sulla possibile assenza dell'interesse datoriale all'accertamento dell'inadempimento da parte del lavoratore e sul conseguente "uso strumentale del potere disciplinare", in ipotesi di mancata contestazione dell'addebito, A.L. TERZI, , *La disciplina dei licenziamenti disciplinari*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n.92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, cit., 111.

P. SORDI, *op.cit.*, 325; V. PAOLILLO, *op.cit.*, 470-472 ritengono che in una simile prospettiva, si debba distinguere tra una motivazione carente in senso assoluto e una che, incompleta o frammentaria, risulti pur sempre in grado di far comprendere al lavoratore, per poi eventualmente contestarle in giudizio, le ragioni del licenziamento.

Fortemente controversa l'ipotesi di un licenziamento disciplinare intimato in assenza di preventiva contestazione dell'addebito. La dottrina maggioritaria sostiene che tale mancanza debba condurre all'accertamento della *insussistenza del fatto contestato* di cui all'art. 18, comma 4 dello St. Lav., si veda F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18*, cit., 309; C. COLOSIMO, *op.cit.*, 1035, A. PALLADINI, *La nuova disciplina*, cit., 675, anche nel caso di motivazione del recesso del tutto carente; similmente, G. CANNATI, *op.cit.*, 204; altri autori hanno rilevato come il nuovo regime sanzionatorio preveda un'apposita sanzione per la "violazione" (e, dunque, anche per l'omissione) della procedura di contestazione disciplinare, e che quindi eventuali carenze di quest'ultima non possano condurre *ipso facto* all'applicazione di un rimedio che presuppone

l'accertamento in sede processuale della “*insussistenza*” della mancanza imputata al lavoratore, si veda M. TREMOLADA, *op. cit.*, 57.

Parte III

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo

1.L'inquadramento giuridico della fattispecie

In virtù della distinzione introdotta dalla Legge n. 64 del 1966, il licenziamento individuale non sorretto da una causa di tipo soggettivo, deve poggiare su una o più ragioni di carattere oggettivo, ossia deve essere giustificato da circostanze di tipo tecnico, organizzativo e produttivo. Le causali di tale tipologia di licenziamento sono contenute in una disposizione, l'art. 3 della Legge del 15 luglio 1966, n. 604, riconducibile alla figura definita come "norma generale", vale a dire una norma completa a contenuto variabile, che viene "riempita" di significato dall'elaborazione giurisprudenziale, che rinvia, caso per caso, «a modelli comportamentali e a stregue di valutazioni obiettivamente vigenti nell'ambiente sociale in cui opera», secondo L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, 9, il quale, come esempio di norma generale ossia una «tecnica di conformazione della fattispecie legale», che descrive una «generalità di casi definiti mediante una categoria riassuntiva», indica proprio l'art. 3 della Legge n. 604/1966, che «lascia al giudice un margine di discrezionalità, e così ammette un certo spazio di oscillazione della decisione; ma si tratta di una discrezionalità di fatto, non di una discrezionalità produttiva o integrativa di norme». In senso conforme L. DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in *LD*, 2007, 466 secondo cui la lettura in termini di norma generale permette di censurare pronunce ove «soprattutto nel giudizio di merito, si riversino, magari senza consapevolezza, altre ragioni, da quelle a carattere ambientale [...] alla compassione sociale, alla vera e propria passione». Per L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati*, cit., 670, l'ordinamento giuslavoristico italiano «nell'imporre il controllo della giustificazione del licenziamento, ricorre a formule (non clausole) elastiche»; conferenti le posizioni di M. T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro*, cit. 104; C. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni*

organizzative, cit., 39; A. DI MAJO, *Limiti ai poteri privati*, 346; O. MAZZOTTA, *Poteri del datore di lavoro, certificazione e controllo del giudice. Note introduttive*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Il diritto del lavoro dopo il "Collegato"*, JurisMaster, 2010, 6; P. TULLINI, *Flessibilità in uscita: la nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in AA.VV., *Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro. Competizione "versus" garanzie? Diritto del lavoro e crescita economica in ambito italiano e europeo*, Atti del convegno AGI, 2013, 115; M.T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, L. 183/2010*, 2011, WP CSDLE Massimo D'Antona, 2011, n. 114, 6 ss; S.VARVA, *Sindacato giudiziale e motivo oggettivo di licenziamento*, GDLRI, 2011, n. 131, 449; P. ALBI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento fra clausole generali, norme generali e principi fondamentali*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Ragioni del licenziamento*, 2008, 63.

Il dibattito però è aperto, in quanto altra dottrina riconduce il motivo oggettivo nel novero delle clausole generali - ossia quel precetto che consente al giudice di decidere non ricorrendo a «un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta», ma facendo riferimento a uno standard sociale secondo la definizione di L.MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 7ss., si veda sul punto P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, 2004, 517; F. Liso, *Leggendo il rapporto "Au-delà de l'emploi. Transformation du travail et devenir du droit au travail in Europe*, in ADL, 2001, 571.

Sminuisce invece la rilevanza della distinzione tra le diverse figure di nozioni a contenuto variabile, S.RODOTÀ, *Il tempo della clausole generali*, in RCDP, 1987, 709.

Per un esame invece delle opportunità e limiti del ricorso alla tecnica della norma generale con specifico riferimento alla tematica dei licenziamenti economici, si legga C.FALERI, *L'adattamento efficiente della norma ai mutamenti del mercato del lavoro: il caso dei licenziamenti per ragioni economiche*, in RIDL, 2011, I, 291.

Innanzitutto una problematica inerisce alla natura del limite al potere datoriale di recesso. Secondo una prima ricostruzione esso sarebbe interno, riconducibile variamente alla funzionalizzazione dell'interesse comune dell'impresa, all'utilità sociale, si vedano U. NATOLI, *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1955, 53 ss.; L. MICCO, *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, Giappichelli, 1966, 83 ss. al perseguimento di un fine meritevole di tutela secondo i principi dell'ordinamento giuridico o a un interesse legittimo, si veda L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, 1967; in senso critico a tale lettura, tra i vari M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in G. MAZZONI, L. RIVA SANSEVERINO (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, vol. II, Cedam, 1971, 599 ss., L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento dei "principi" costituzionali*, in *GDLRI*, 2007, 619 ss.; C. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *ADL*, 2008, 43 distingue le letture più risalenti da quelle di «coloro che recentemente hanno di nuovo parlato di limiti interni [che] lo hanno fatto in una prospettiva assai diversa [da quella funzionalistica] riferendosi a vincoli deducibili dalla natura e dalle ragioni per cui è stato riconosciuto un determinato potere [e perciò] sembra più opportuno parlare dei limiti "estrinseci", ovvero di limiti che implicano semplicemente un controllo sulla correttezza del comportamento all'assetto degli interessi la cui scelta aziendale è finalizzata, riconosciuti dall'ordinamento come meritevoli di tutela».

Sono, infatti, riconducibili a tale teoria anche quelle che incentrano il controllo giudiziale sul profilo della causa o del motivo, si veda A. CESSARI, *Concezione "causale" del controllo*, in A. CESSARI, R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *Dal Garantismo al controllo*, Giuffrè, 1987, 105 ss., P. FREGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1985, 249 ss. nonché la più recente tesi secondo cui il limite al licenziamento economico andrebbe individuato in una specifica applicazione dell'abuso del diritto, si veda M. T. CARINCI, *Il*

giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato: ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) come limite a poteri e libertà del datore di lavoro, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXXVI, Cedam, 2005, 115 ss.

La dottrina maggioritaria ritiene invece che il limite sia di tipo esterno, ossia un interesse concorrente, un elemento di contenimento del potere derivante dall'esigenza di tutela dell'altrui diritto. Nello specifico l'interesse del lavoratore alla prosecuzione del rapporto, ma anche la tutela della sua dignità e libertà, si vedano L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit. 617; M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, 1980, 16; C. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative*, cit., 38; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, Giappichelli, 1994, 143; M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., 1; F. SCARPELLI, *Iniziativa economica, autonomia privata, sindacato giudiziario: dall'art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, in LD, 1996, 15.

Sui confini delle ipotesi giustificative del recesso di cui all'art. 3 della legge n. 604/66 si veda R.SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, in G.NICOLINI (a cura di), *Manuale di diritto del lavoro*, 1996, 497; O.MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, in A.VALENTI (a cura di), *Le ragioni del licenziamento per motivi economici in tempo di crisi. Il "regolare funzionamento" dell'organizzazione del lavoro: ipotesi di ricerca*, 2012; S.VARVA, *Sindacato giudiziale e motivo oggettivo di licenziamento*, cit.; L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, cit.; S. CAIROLI, *Il licenziamento per motivi economici*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, 2014, 1349; M.PERA, *Relazione*, in AA.VV., *I licenziamenti nell'interesse delle imprese. Atti delle giornate di studio AIDLASS di Firenze*, 1968, Milano, 15, che

distingue tra ragioni inerenti la sfera del creditore-datore di lavoro e le ragioni connesse alla qualità della persona del debitore-lavoratore.

1.1 Lo scarso rendimento

In ordine all'inquadramento giuridico del licenziamento per scarso rendimento si sono affermate diverse posizioni dottrinali.

Innanzitutto per rendimento si intende «il risultato utile dell'attività posta in essere, in una unità di tempo, dal prestatore di lavoro subordinato», si veda sul punto A. ZAMBELLI, *Guida pratica ai licenziamenti e sanzioni disciplinari*, 4° edizione, 2012, 119. Secondo la dottrina maggioritaria, lo stesso andrebbe configurato come licenziamento per giustificato motivo soggettivo. Ad avviso di M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, 1980, 184 «lo scarso rendimento altro non è che la figura opposta alla prestazione esattamente eseguita sulla base del criterio obiettivo di diligenza»; nel licenziamento per scarso rendimento del lavoratore, il datore di lavoro, gravato dall'onere della prova, non può limitarsi a provare solo il mancato raggiungimento del risultato atteso o l'oggettiva sua esigibilità, ma deve anche dimostrare che la causa di esso derivi da colpevole e negligente inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore nell'espletamento della sua normale prestazione, si veda in sul punto A. PERULLI, *Obbligazione di lavoro, negligenza e rendimento*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, 2007, 603 ss.; L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi costituzionali»*, in *DLRI*, 2008, 627.

Diversamente altra dottrina ha ritenuto applicabile alla fattispecie in commento la nozione di giustificato motivo oggettivo. Secondo tale lettura, essendo il rendimento inefficiente in grado di incidere sull'attività produttiva e sul regolare funzionamento dell'organizzazione aziendale, permetterebbe di far rientrare lo scarso rendimento nell'ambito appunto del giustificato motivo oggettivo, sul punto si legga P. ICHINO, *Sulla nozione di giustificato motivo di licenziamento*, in *RIDL*, 2002, n. 1, 473 ss. secondo cui «se il difetto

incolpevole del rendimento supera la soglia di tollerabilità, il giudice qualificherà la fattispecie in termini di inadempimento oggettivo sopravvenuto della prestazione».

La tesi di una natura anfibia dello scarso rendimento, ossia che lo stesso abbia una doppia natura, in quanto uno stesso fatto può essere valutato sia come inadempimento, che come fattore di disfunzione organizzativa, ha trovato accoglimento, sebbene non proprio in termini chiari, nella giurisprudenza più recente, si veda in merito R. DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, in *DLRI*, 1998, n. 80, 714; L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Editoriale Scientifica, 2009, 208 ss.; P. ICHINO, *Sullo scarso rendimento come fattispecie anfibia, suscettibile di costituire al tempo stesso giustificato motivo oggettivo e soggettivo di licenziamento*, nota a Cass. 5 marzo 2003, n. 3250, *RIDL*, 2003, II, p. 694 ss.

Persistono, comunque difficoltà interpretative le quali «se in un'ottica garantistica certamente costituiscono un baluardo per la tutela del diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, rappresentano per altri un farraginoso ostacolo alla disponibilità datoriale a una gestione più fluida e autonoma (purché mai arbitraria) dell'organizzazione aziendale», si veda A. AVONDOLA, *Lo scarso rendimento: una nuova frontiera del licenziamento per giustificato motivo oggettivo?*, in *RIDL*, 2015, n. 1, 127.

2. Il novello quadro normativo

Come accennato nei paragrafi precedenti, la Legge n. 92 del 2012 interviene anche in questo caso esclusivamente sui profili sanzionatori. Nello specifico la novella legislativa ha operato un adeguamento delle sanzioni volte a colpire il licenziamento ingiustificato, introducendo un regime *ad hoc* anche per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo operato nelle imprese che impiegano più di 15 dipendenti, che si articola in due diverse tipologie di conseguenze sanzionatorie, che sommate al licenziamento

per giustificato motivo oggettivo adottato nelle imprese fino a 15 dipendenti diventano tre.

Pertanto un intervento riformatore che insiste sul ruolo del giudice e sulla sua discrezionalità, confinandola e ampliandola allo stesso tempo, finisce inevitabilmente per incidere in via implicita sulla norma stessa che il giudice è chiamato a applicare, si veda tra i vari F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” art. 18, op. cit.*. Come, tra l’altro, osservato da O. MAZZOTTA, *Variazioni su poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, in *DLRI*, 1989, 593, è infatti tuttora condivisibile l’opinione che avverte come il problema di fondo di tutte le nozioni giuridiche “a contenuto variabile” è proprio che il rinvio a valori esterni presupponga «un comune modo di “sentire” e valutare le situazioni variabili, così da offrire al giudice un ragionevole metro di riferimento. Sennonchè una “comunione” o consonanza di vedute è assai difficilmente ipotizzabile su di un terreno come quello lavoristico, scandito da forti tensioni sociali».

Secondo U. GARGIULO, *Il licenziamento “economico” alla luce del novellato art. 18*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, 2014, n. 203, 5 l’esame delle conseguenze scaturenti dalla dichiarazione di illegittimità del licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo hanno particolare rilevanza atteso che «nel bilanciamento costi-benefici che ogni imprenditore è chiamato ad operare, l’analisi dei rischi collegati alla dichiarazione giudiziale di illegittimità di un recesso per ragioni economiche potrebbe portare a privilegiare questa via d’uscita dal rapporto anche quando il datore dovrebbe ricorrere a motivazioni diverse, raffrontando le sanzioni in esame con quelle previste nelle altre ipotesi di illegittimità».

V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law economics e giurisprudenza*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT*, 2013, n. 190, 35 ritiene invece, in virtù dell’analisi dei primi provvedimenti della giurisprudenza, che «le poche ordinanze disponibili sembrerebbero dire che questo effetto moltiplicatore del giustificato motivo oggettivo in verità non si è verificato. Probabilmente la combinazione tra i due elementi – tentativo

obbligatorio di conciliazione e interpretazioni dottrinarie che hanno fornito una lettura meno permissiva della nuova disciplina – può spiegare l'esiguità del contenzioso sino ad oggi esistente».

Secondo F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” art. 18*, cit., 335, l'intervento del Legislatore, oltre che determinare una “svalutazione del *repêchage*”, «rimette in discussione la stessa interpretazione giurisprudenziale delle “ragioni” di licenziamento sì da restituirle depurate da limitazioni radicate in quella stessa politica della difesa ad ogni costo della singola occupazione».

Il grado d'infondatezza della ragione del recesso rileva, invero, sulla permanenza del vincolo contrattuale soltanto nell'ipotesi estrema di una carenza assoluta, mentre nella maggior parte dei casi incide solo sull'ammontare dell'indennità, senza inficiare in alcun modo l'efficacia risolutiva. In questa ipotesi, pertanto, l'imprenditore è in grado di valutare anticipatamente gli oneri connessi al licenziamento, mettendo in conto l'esborso massimo di ventiquattro mensilità quale costo limite dell'operazione. Il Legislatore sembra aver fatto propria la posizione di chi, aderendo a teorie di *law and economics*, che giustificano la soppressione del posto di lavoro, ma anche la sostituzione del lavoratore, in base a (mere) valutazioni di costo-opportunità, concetto, come accennato, richiamato da Pietro Ichino in numerosi scritti, si veda P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996; id., *Il contratto di lavoro*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, *Trattato di diritto civile e comparato*, Giuffrè, 2003, 441 ss.; id., *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in L. NOGLER, L. CORRAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, FrancoAngeli, 2012. Sul tema si veda anche M. NOVELLA, *I concetti di costo contabile, di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione giuseconomica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in RIDL, 2007, II, 990. A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in ADL, 2012, I, 790, ritiene però che «non sia stata accolta questa ipotesi che è finalizzata alla completa “sterilizzazione” dell'ufficio del Giudice».

Per C. CESTER, *La metamorfosi della tutela reale*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *op. cit.*, 32, la disciplina del comma 7, del resto, è coerente con il complessivo ordito normativo, nel quale «l'indennità risarcitoria rappresenta la regola, mentre la reintegrazione è destinata ad entrare in funzione in via residuale, in quanto il nuovo art. 18 attribuisce prevalenza alla prima rispetto alla seconda». Ciò può indurre a un uso, come definito da alcuni più "disinvolto" del ricorso al motivo oggettivo come causale giustificativa dei licenziamenti individuali, anche quando la "reale" motivazione sia un'altra secondo U. GARGIULO, *Il licenziamento "economico" alla luce del novellato articolo 18*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, 2014, n. 203, 8.

3. La «manifesta insussistenza del fatto»: i nodi interpretativi alla luce della casistica giurisprudenziale

L'art. 3 della L. n. 604/1966 non definisce il giustificato motivo oggettivo attraverso il riferimento a un fatto individuato nei suoi elementi materiali tipici, tassativi o anche solo identificabili, né separa il fatto dagli altri estremi. C. PONTERIO, *Il licenziamento per motivi economici*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, 2012, 145 ss. ha definito tale esito una «problematica asimmetria tra la disposizione sostanziale e quella sanzionatoria, impossibilità di sovrapporre la seconda alla prima».

Partendo dalla nozione *ex art.* 3 della legge n. 604/66, il fatto è l'intera «ragione inerente all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa», ossia, una molteplicità di fatti non sempre preventivamente individuabili; in tale prospettiva, uno solo di essi, pertanto, può essere rappresentato dalla «perdita di utilità di una determinata prestazione lavorativa, che si riveli non più rispondente all'interesse dell'imprenditore per modifiche introdotte nella produzione, nell'organizzazione e nelle tecnologie impiegate», si veda sul punto L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero*, cit., 13.

Quanto alla «manifesta insussistenza del fatto» è stata, a più voci, sottolineata l'ambiguità dell'aggettivo, che rinvierebbe a un dato della percezione di per sé soggettiva, si veda sul punto F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 37. e, quindi, potenzialmente arbitraria, ad avviso G.VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *RIDL*, I, 2012, 647.

Per quanto attiene agli orientamenti giurisprudenziali manifestatisi sinora, in riferimento alla «manifesta insussistenza del fatto», è stato deciso ad esempio che esso dipenda dalla circostanza che il fatto «non si sia verificato nella realtà» e non (come anche ipotizzato) dalla violazione dell'obbligo di *repêchage*: il che può verificarsi qualora si sia adottato a motivo di licenziamento la «chiusura di un esercizio commerciale che continua ad operare», si veda Trib. di Roma, ord. 13 febbraio 2014, cit. o la soppressione di mansioni che invece siano state svolte senza soluzione di continuità da altro lavoratore (che pure abbia iniziato un'attività di collaborazione formalmente autonoma ma sostanzialmente subordinata) al pari della collaborazione che svolgeva fino ad allora la persona licenziata, si veda Trib. di Roma, ord. 19 marzo 2014, in *Boll. ADAPT*, 2014, n. 29. In senso analogo si vedano anche Trib. di Milano, ord. 20 novembre 2012, Trib. di Roma, ord. 8 agosto 2013, Trib. di Varese, ord. 4 settembre 2013; Trib. di Genova, ord. 14 dicembre 2013.

Nell'ordinanza del Trib. di Reggio Calabria, 3 giugno 2013, in *Boll. ADAPT*, 2014, n.15 si è deciso che la manifesta insussistenza del fatto economico adottato dal datore di lavoro si colleghi all'«inescusabilità» della condotta datoriale, ai fini della quale «possono valorizzarsi» alcuni «elementi sintomatici della consapevolezza *ex ante* del datore dell'illegittimità dell'irrogato licenziamento».

Inoltre, si sono affermati più orientamenti in dottrina e giurisprudenza, in ordine alla rilevanza o meno da attribuirsi dell'ausiliare “può” di cui art. 18, comma 5, L. n. 300/1970, relativo all'alternativa tra la scelta della tutela reintegratoria attenuata e di

quella indennitaria forte, a seguito di accertata illegittimità del licenziamento.

C'è chi ha ritenuto la previsione legislativa più che altro frutto di «carezza di tecnica normativa», che reale volontà del Legislatore di consegnare al giudice un simile potere, del tutto privo di vincoli ancorati a parametri oggettivi, sul punto si veda R.PESSI, *I licenziamenti per motivi economici*, in *RIDL*, 2013, 771; V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013; in senso conforme, coloro che hanno ritenuto che l'uso del verbo "può" non avesse altro significato oltre a quello di rinviare «ad una certa discrezionalità valutativa» implicita nella verifica della manifesta insussistenza del fatto, senza introdurre, invece, alcun margine di discrezionalità in relazione alla sanzione applicabile al caso concreto, si vedano G.AMOROSO, *La riforma della tutela reale per i licenziamenti illegittimi*, 2013, 28; M. BARBIERI, D. DALFINO (a cura di), *Il licenziamento individuale*, Cacucci, 2013, 41; G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *GDLRI*, 2014, n. 2, 421 secondo cui il maggiore argomento contrario a un'interpretazione che renda il verbo "può" fonte di scelta per il giudice si ricava dalla circostanza che l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori non prevede una sanzione alternativa per il licenziamento quando sia accertata la manifesta insussistenza del fatto»; G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *ADL*, 2013, 238; secondo M. V. BALLESTRERO, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Una rilettura della giurisprudenza della Cassazione alla luce della riforma dell'art. 18 st. lav.*, in *LD*, 2013, 573, invece, l'indicazione fornita dal Legislatore sarebbe nel senso di ordinare la reintegrazione «solo nei casi di più grave e evidente violazione delle regole di giustificazione»; ad avviso di P.TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *RIDL*, 2013, n. 1, 147 ss; M.BIASI, cit., 37 all'uso del verbo "può", il Legislatore pare piuttosto aver affidato il compito di sottolineare come,

nel nuovo apparato sanzionatorio, la reintegra costituisce un'ipotesi "limite", quasi ad introdurre un segnale di avviso per il giudice che si accinge ad utilizzare uno strumento che dovrebbe essere divenuto nel caso di specie eccezionale.

In senso contrario c'è chi invece ritiene che l'interprete deve, pur sempre evitare, in linea di principio, una *interpretatio abrogans*, e che quindi la "sfumatura alla tedesca" del comma 7 non vada affatto svalutata, si veda sul punto A. MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., 442.

In giurisprudenza si sono affermati invece due orientamenti: secondo un primo l'alternativa risponde a «un potere che la norma non si preoccupa di orientare, per l'esercizio del quale deve trovarsi solido ed oggettivo parametro nell'ambito dei principi dettati dall'ordinamento», si veda Trib. Reggio Calabria, 3 giugno 2013, cit., Trib. Latina, 19 gennaio 2013, cit.; secondo un altro «una volta accertata la manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento, il giudice dovrà comunque disporre la reintegrazione», si veda Trib. di Roma, 19 marzo 2014, cit.

4.L'obbligo di *repêchage* e gli orientamenti emergenti

La mancata prova di aver assolto l'obbligo di *repêchage* darebbe luogo alla sola tutela indennitaria, secondo una prima giurisprudenza, si veda *ex multis* il Trib. di Milano, ord. 28 novembre 2012, in *Bollettino ADAPT*, 2013, n. 1; per un commento all'ordinanza si rinvia a G. SANTORO PASSARELLI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e ambito della tutela risarcitoria*, in *DRI*, 2013, n. 1; A. VELTRI, *L'obbligo di repêchage nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo alla luce della Riforma Fornero*, in R. ZUCARO (a cura di), *Il licenziamento per motivi "economici"*, cit..

Il Tribunale, quindi, ha mostrato di aderire all'orientamento dottrinale minoritario espresso da C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., 27; G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *ADL*, 2013, 236; S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla*

stabilità, Cedam, 2012, 240 riconduce il *repêchage* a un controllo di proporzionalità che pone al di fuori della valutazione del motivo oggettivo; M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *ADL*, 2013, 18, nt 48, ritiene che sia contrario alla logica considerare l'obbligo di ricollocamento un presupposto di legittimità, in quanto necessariamente successivo all'accertamento dell'esigenza di un giustificato motivo oggettivo; M. TATARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in www.bollettinoadapt.it, 2013; C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, in *DRI*, 2012, 1048; T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, cit., 40; A. TOPO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, 167; dall'altra parte entra però in rotta di collisione con l'orientamento dottrinale a oggi maggioritario che considera invece l'obbligo di *repêchage* un elemento del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, si vedano M. DEL CONTE, *Giustificato motivo oggettivo, repêchage e tutela indennitaria*, in *Orient. Giur. Lav.* 2012, 856 ss.; M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity all'italiana*, in *GDLRI*, 2012, 527, ritiene che la modifica organizzativa effettiva, il nesso causale fra modifica organizzativa e mansioni del lavoratore e il cosiddetto *repêchage* – altro non sono che angoli visuali da cui riguardare l'unitario e indivisibile interesse tecnico organizzativo del datore a modificare l'organizzazione esistente; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*, in *ADL*, 2012, 628; F. SCARPELLI, *Il licenziamento individuale per motivi economici*, in M. FEZZI-F. SCARPELLI, *Guida alla Riforma Fornero*, in wikilabour.it, 88; A. VALLEBONA, *La tutela reale nel licenziamento per motivo oggettivo e per motivo illecito*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, 41, il quale riconduce l'obbligo di ricollocamento al "fatto"; L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (L. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 138; V. SPEZIALE, *Il licenziamento*

per giusta causa e giustificato motivo, in P. CHIECO, (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, 345; P. ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA cit., 275 definisce l'obbligo di ricollocamento la cartina al tornasole della razionalità della scelta datoriale; M. FERRARESI, *L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *DRI*, 2013, 348; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Ratio e aporie del concetto normativo*, in *ADL*, 2012, 800 ritiene che «il *repêchage* possa dirsi, per diritto vivente, un attributo normativo sostanziale nella definizione di giustificato motivo oggettivo e rimane coessenziale nella valutazione della manifesta insussistenza»; dubitativo circa la tesi secondo cui il mancato soddisfacimento dell'obbligo di ricollocamento sia sintomatico di una manifesta insussistenza del motivo addotto, è F. CARINICI, *Il licenziamento inefficace per la Riforma Fornero*, in *LG*, 2012, 872 secondo cui «non è da escludersi che la giurisprudenza possa tener conto dell'obbligo di *repêchage* per valutare l'esistenza del giustificato motivo oggettivo, non anche della manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento»; singolare, invece, la posizione espressa da S. LIEBMAN, E. GRAMANO, *La nuova disciplina delle tutele in caso di licenziamento illegittimo: il licenziamento per ragioni oggettive*, in M. PERSIANI, S. LIEBMAN (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Trattato breve*, Utet, 2013, 364, che da una parte accetta la tesi che nesso di causalità e *repêchage* non siano stati che parametri utilizzati dalla giurisprudenza per verificare il nesso funzionale tra iniziativa organizzativa e singolo recesso, mentre dall'altra ritiene che laddove il datore di lavoro non abbia fornito la prova di essersi adoperato a sufficienza per individuare una posizione nella propria organizzazione aziendale presso cui adibire il lavoratore interessato, si possa parlare di un'ipotesi in cui il giustificato motivo oggettivo è insussistente, mancando di uno degli elementi che

concorrono a definirne l'integrazione, ma non "manifestamente insussistente".

5. Il tentativo obbligatorio e preventivo di conciliazione

La Riforma Fornero ha introdotto il tentativo obbligatorio e preventivo di conciliazione dinanzi alle Direzioni Territoriali del lavoro preventivo, solo qualora il datore di lavoro intenda procedere a intimare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, per un inquadramento del tema si veda D. BORGHESI, *Un tentativo di conciliazione obbligatorio e preventivo*, 2014, 2, 448-452; mentre per approfondimenti sull'evoluzione del ruolo delle Direzioni territoriali del lavoro si rinvia a E. MASSI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Come si evolve il ruolo delle Direzioni Territoriali del Lavoro*, in *The World of Il Consulente*, 3 dicembre 2012.

Le criticità interpretative sin da subito emerse hanno comportato l'intervento dell'esecutivo con alcuni chiarimenti interpretativi. Nello specifico, il Ministero del lavoro e delle Politiche sociali si è espresso, a distanza di qualche mese dall'entrata in vigore della Riforma, al fine di precisare - dapprima con la Circolare del 16 gennaio 2013, n. 3 e poi con il *Vademecum* del 22 aprile 2013 - quali datori di lavoro e licenziamenti siano soggetti alla conciliazione, nonché le modalità pratiche di apertura, svolgimento e conclusione della procedura, per un commento sulla stessa G. BUBOLA, *Il tentativo di conciliazione: i primi chiarimenti operativi del Ministero*, in *DRI*, 2013, 1, 214-219.

Non tutte le questioni sono però definitivamente chiarite e sono sorti contrasti giurisprudenziali. Infatti, da un lato, nonostante il nuovo art. 18 Stat. Lav. e la Circolare n. 3/2013 qualifichino espressamente il licenziamento per inidoneità fisica o psichica come licenziamento per giustificato motivo oggettivo, esso è stato escluso dalla procedura conciliativa dall'ordinanza del Trib. di Taranto 16 gennaio 2013 con nota di F. MARINELLI, *op. cit.*; dall'altro, sebbene sia la circolare n. 3/2013, sia il *Vademecum* del 22 aprile 2013 esentino espressamente il licenziamento per superamento del periodo di comportamento *ex art.* 2110 c.c. dalla procedura conciliativa, all'interno del Tribunale di Milano è

sorto un contrasto giurisprudenziale sul punto (v. Trib. di Milano, ord. 5 marzo 2013, *contra* Trib. di Milano, ord. 22 marzo 2013 in M. FERRARESI, R. ZUCARO, (a cura di), *Licenziamenti. un anno dopo la Riforma Fornero*, *Bollettino Speciale ADAPT*, 2013, n. 21, creando non pochi problemi a livello pratico.

Sintomatico di tali criticità interpretative, il fatto che la materia *de quo* è stata nuovamente oggetto di intervento legislativo tramite l'art. 7 del Decreto Legge 28 giugno 2013, n. 76 il quale ha integrato il c. 6 dell'art. 7 della L. n. 604/1966 con la specificazione delle tipologie di licenziamento escluse dalla procedura.

Con l'occasione il Governo ha inoltre cercato di “blindare” la fase conciliativa statuendo che la mancata presentazione di una o di entrambe le parti al tentativo di conciliazione sia valutata dal giudice ai sensi dell'art. 116 Cod. Proc. Civ. Per un'analisi circa la *ratio* e l'opportunità dell'art. 7 del d.L. n. 76/2013, si veda M. TUTTOBENE, *Licenziamenti per motivo oggettivo: fugati alcuni dubbi interpretativi, ma resa più gravosa la procedura di conciliazione preventiva*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, e della coesione sociale*, ADAPT Labour studies e-book series, 2013, n. 10, 254 e ss.

Parte IV

Brevi cenni sul nuovo quadro processuale

1. Il rito sommario

Per un quadro generale sul nuovo rito, in materia di licenziamenti individuali, nelle fattispecie *ex art. 18 Stat. Lav.*, si veda M. DE LUCA, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, 2013, n. 173; C. CONSOLO, D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *CG*, 2012, 730 ss.; P. CURZIO, *Il Nuovo rito per i licenziamenti*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, 2012, n. 158; D. DALFINO, *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella legge 28 giugno 2012, n. 92)*, in *Giusto processo Civile*, 2012; L. DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in *WP CSDELE “Massimo D’Antona”*, www.csdle.unict.it, 2012, n. 152; L. DE ANGELIS, *Licenziamenti, progetto Fornero e tormento del processo*, intervento al XVII Congresso Nazionale AIDLASS “Il rapporto di lavoro al tempo della crisi”, Pisa, 7-9 giugno 2012, www.csdele.lex.unict.it.

Diversamente dalla novella disciplina sostanziale, le nuove disposizioni processuali hanno suscitato, tra gli interpreti, giudizi quasi totalmente negativi. Tale posizione emerge chiaramente dagli esiti cui perviene Commissione Ministeriale, istituita con D.M. 28 giugno-4 luglio 2013, per elaborare proposte di interventi in materia di processo civile e mediazione, che sono stati espressi nella relazione del 3 dicembre 2013, trasmessa dal Presidente, il Prof. Romano Vaccarella, al Ministro Cancellieri, in cui si legge testualmente: «la Commissione non ha mancato di dedicare la sua attenzione anche ai più rilevanti problemi concernenti il funzionamento del processo civile, come disciplinato da leggi speciali e, pur astenendosi dal formulare precise proposte, non ha potuto non rilevare all’unanimità, e sottoporre alla Sua attenzione, che un settore delicatissimo del contenzioso civile - quello

relativo ai giudizi di impugnazione dei licenziamenti - è oggi soggetto ad una disciplina (del tutto impropriamente definita come il “rito Fornero”) che, lungi dall’assicurare la pronta ed effettiva tutela alla quale mirava, ha creato e crea gravissimi problemi applicativi: sicché la Commissione ritiene doveroso sottolineare che, in difetto di urgentissimi quanto radicali interventi, l’abrogazione totale di tale “rito”, con la sola conservazione di una corsia privilegiata per la sollecita trattazione di queste cause, è di gran lunga preferibile».

A suffragio degli esiti dei lavori della Commissione Vaccarella, quanto espresso dagli operatori del diritto con la proposta di abolizione del nuovo rito a cura dell’AGI, Avvocati Giuslavoristi Italiani, contenuta nella nota del 7 gennaio 2014, inviata dall’AGI (Avvocati Giuslavoristi Italiani) al Ministro della Giustizia in cui si legge: «tra i difensori di entrambe le parti delle controversie, il consenso è pressoché unanime sulla necessità di abrogazione, in quanto qualsiasi ipotesi ermeneutica, se riesce a risolvere uno dei molti problemi posti dalla disciplina, finisce per crearne altri».

Dal canto suo, nel primo triennio di applicazione della riforma Fornero, gli arresti giurisprudenziali intervenuti a dirimere le plurime questioni emerse in sede di applicazione della nuova disciplina, lungi dal fornire una risposta univoca hanno riprodotto la varietà di opinioni espresse dai commentatori, confermando le perplessità emerse nel dibattito dottrinale, si veda sul punto G. B. Panizza, *Rito Fornero: gli orientamenti giurisprudenziali sulle principali questioni processuali a due anni dalla L. 28 giugno 2012, n. 92*, in *DRI*, n. 3, 2014; per un primo bilancio giurisprudenziale dall’entrata in vigore della L. n. 92/2012, si legga M. FERRARESI, *L’articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *DRI*, 2013, n. 2, 338 ss.

Stante il chiaro ed espresso riferimento della legge alle controversie relative all’impugnativa di licenziamenti, la giurisprudenza si è in netta prevalenza indirizzata a ritenere indispensabile, ai fini dell’accesso al nuovo rito sommario, la presenza di un atto di recesso e, dunque, di un provvedimento con il quale il

datore di lavoro manifesti la volontà di interrompere un rapporto ancora in corso di svolgimento, si veda Trib. di Roma, ord. 21 febbraio 2013, in *GM*, 2013, 5, 1091; Trib. di Milano, ord. 6 giugno 2013, in *RIDL*, 2013, II, 869 ss.

1.1 Il nodo della obbligatorietà

Controverso è il carattere facoltativo od obbligatorio del nuovo rito: chi ne ritiene la facoltatività rispetto al ricorso *ex art.* 414 c.p.c. argomenta – sul piano sistematico – l’esperibilità di altro procedimento sommario come quello *ex art.* 28 Stat. lav. anche nelle forme di cui all’art. 414 c.p.c., si veda G. VERDE, *Note sul processo nelle controversie in seguito ai licenziamenti regolati dall’art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in *RDP*, 2013, 201 ss. le linee guida della sezione lavoro del Tribunale di Firenze 17 ottobre 2012 in R. CARAGNANO, G. SALTA, *Lavoro: un anno di legge Fornero*, Bollettino ADAPT, 2013, n. 19, secondo l’orientamento giurisprudenziale prevalente (*ex plurimis*, Cass. 3 maggio 2003, n. 6723) e – sul piano pratico – l’onerosità di introdurre procedimenti distinti nei frequenti casi di contestuali ulteriori domande (ad esempio per differenze retributive), stante il disposto dell’articolo 1, comma 48, legge n. 92/2012, secondo cui «con il ricorso non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47 del presente articolo, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi».

Chi al contrario ne sostiene l’obbligatorietà fa leva sull’incisivo dato letterale del comma 48 («la domanda avente ad oggetto l’impugnativa del licenziamento di cui al comma 47 si propone [...]») e sull’interesse dell’ordinamento a un rapido accertamento delle controversie in questa materia, si veda sul punto F.P. LUISO, R. TISCINI, A. VALLEBONA, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Giappichelli, 2013; M. DE LUCA, *Procedimento specifico per i licenziamenti nella recente riforma del mercato del lavoro (L. n. 92 del 2012): note minime*, in *FI*, 2012, V, 347 ss; P. CURZIO, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, a cura di P. CHIECO; L. DE ANGELIS,

Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni, in WP CSDELE “Massimo D’Antona”, www.csdle.unict.it, 2012, n. 152, ;Tribunale di Terni, ord. 10 dicembre 2012, in M. FERRARESI, R. ZUCARO (a cura di), *Licenziamenti. un anno dopo la Riforma Fornero*, cit.; Trib. di Perugia, ord. 9 novembre 2012, cit.; Trib. di Bari, ord. 26 novembre 2012, in MGL, 2013, 85; si veda anche Trib. di Monza, ord. 22 ottobre 2012, in R. ZUCARO (a cura di), *Il licenziamento per motivi “economici”*, cit..

E’ peraltro emerso un orientamento, che si potrebbe definire intermedio rispetto agli altri due descritti, secondo cui si può omettere la sola fase sommaria – accedendo direttamente a quella di cognizione piena ai sensi dei commi 51 ss. dell’articolo 1 – su concorde volontà delle parti, dovendosi ritenere che la celerità dell’accertamento non soddisfi un interesse pubblico, bensì un interesse delle sole parti processuali, si vedano Trib. di Piacenza, ord. 16 gennaio 2013 (per un commento si legga R. ZUCARO, *La fase sommaria: commento all’ordinanza del Tribunale di Piacenza del 16 gennaio 2013*, in *Bollettino ADAPT*, 2013, n. 8; Trib. di Roma, ord. 28 novembre 2012, in *RIDL*, 2012, II, 1118 ss.; in senso difforme L. DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in *DLRI*, 2012, 700 -701).

La giurisprudenza si è orientata, in via assolutamente maggioritaria, nel considerare il procedimento disciplinato dall’art. 1, commi 48 e ss., della L. n. 92/2012 indisponibile per la parte che voglia impugnare un licenziamento rientrante nell’area della c.d. stabilità reale. Sulla scorta del dato letterale della normativa, nonché della stessa *ratio*, acceleratoria, della riforma, le pronunce hanno infatti, in netta prevalenza, negato la possibilità per la parte che invochi l’applicazione dell’art. 18 Stat. lav. di avvalersi delle forme “ordinarie”, instaurando il giudizio ai sensi dell’art. 414 c.p.c. in questo senso, tra gli altri, Trib. di Terni, ord. 10 dicembre 2012; Trib. di Perugia, ord. 8 novembre 2012; Trib. di Bari, ord. 26 novembre 2012, in MGL, 2013, 85; linee-guida Trib. di Monza, ord. 30 ottobre 2012.

Non sono mancate, peraltro, decisioni di segno opposto. In questo senso, oltre all'opzione a favore della facoltatività del nuovo rito speciale formulata dalle linee-guida del Tribunale di Firenze 17 ottobre 2012, in la tesi della non obbligatorietà del procedimento introdotto dalla L. n. 92/2012 è stata più di recente avallata dal Trib. di Napoli, 25 settembre 2013, in *NGL*, 2014, 2, 262 ss. muovendo da una lettura, a suo dire, costituzionalmente orientata del dettato normativo.

2. I rapporti tra fase sommaria e fase di opposizione: giudice competente e operatività delle preclusioni

Quanto all'eventuale giudizio di opposizione, vi è chi ritiene che debba essere decisa da magistrato diverso da quello della fase sommaria, si vedano sul punto le linee guida del Tribunale di Venezia, 12 dicembre 2012, in *RIDL*, 2012, II, 1115; le linee guida della sezione lavoro del Tribunale di Firenze 17 ottobre 2012, cit.; in dottrina, G. VERDE, *Le novità processuali in materia di licenziamento*, relazione al convegno *Il licenziamento individuale nel prisma del nuovo art. 18 St. lav.: fattispecie, tutele, processo*, Università degli Studi di Milano, 5 aprile 2013, § 6, in *www.unimi.it*; e chi, facendo leva sulla diversità dei regimi probatori delle due fasi, che possono condurre alla formazione di convincimenti diversi, ritiene che possa assegnarsi anche al medesimo giudice Trib. Piacenza, ord. 12 novembre 2012, in *LG*, 2013, 158, con commento di M. CONGEDUTI; linee guida dell'ufficio del lavoro, Tribunale di Monza 30 ottobre 2012, cit.

Affatto chiaro è il regime delle decadenze e delle preclusioni nella fase sommaria: mentre in dottrina si è rilevata l'assenza di disposizioni in tal senso, sul punto A. BOLLANI, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. TIRABOSCHI, M. MAGNANI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, 2012, 320, secondo cui «ciò dovrebbe far propendere per l'esclusione di una loro evenienza», le linee guida della sezione lavoro del Trib. di Firenze, 17 ottobre 2012, ritengono che si decada dalla allegazione dei fatti costitutivi, modificativi, impeditivi, estintivi di diritti fatti valere in giudizio se non dedotti tempestivamente negli atti

introduttivi delle parti. Ferma la possibilità della semplice contestazione dei fatti anche contestualmente alla costituzione tardiva; secondo le linee guida del Trib. di Venezia 12 dicembre 2012, cit., 1117, il termine di decadenza è costituito dalla prima udienza; Trib. di Bologna, ord. 25 settembre 2012 ritiene che in caso di intempestiva costituzione il convenuto decada dalle eccezioni non rilevabili d'ufficio e dalle istanze istruttorie.

«L'escussione dei testi si considera consentita» secondo il Trib. di Terni 10 dicembre 2012, cit. «seppure preferibilmente in apposita udienza»; si vedano in senso conforme le Linee guida dell'ufficio del lavoro, Trib. di Monza, ord. 30 ottobre 2012, cit.; le linee guida della sezione lavoro del Trib. di Firenze, ord. 17 ottobre 2012, cit.; le linee guida del Trib. Venezia, ord. 12 dicembre 2012, cit., 1117.

La mancata osservanza del termine a difesa del convenuto di 25 giorni prima dell'udienza, ai fini della notificazione del ricorso e del decreto giudiziale, comporta secondo Trib. di Padova, ord. 6 febbraio 2013, in *Boll. ADAPT*, 2013, n. 14 l'improcedibilità, senza possibilità per il giudice di concedere termine per la rinnovazione della notificazione *Contra*, per la possibilità della rimessione in termini, C. ROMEO, *Le controversie nella Legge Fornero tra specialità e ambito di competenza*, in *LG*, 2013, 230.

Quanto all'esperibilità del ricorso *ex* articolo 700 c.p.c., pur a fronte dell'introduzione di un nuovo rito celere, v'è chi ne sostiene la improponibilità, si vedano linee guida dell'ufficio del lavoro, Tribunale di Monza, 30 ottobre 2012, in R. ZUCARO (a cura di), *Il licenziamento per motivi "economici"*, *Bollettino Speciale ADAPT*, 2013, n. 8; Tribunale di Bologna, 25 settembre 2012, in M. FERRARESI, R. ZUCARO, (a cura di), *Licenziamenti: un anno dopo la Riforma Fornero*, cit. chi la ammette in astratto, ma rileva la necessità di un più rigoroso accertamento della sussistenza del *periculum in mora* alla luce dell'esistenza di apposito e rapido strumento processuale, pervenendo così a respingere il ricorso si veda Tribunale di Perugia, 9 novembre 2012, in M. FERRARESI, R. ZUCARO, (a cura di), *Licenziamenti. un anno dopo la Riforma Fornero*, cit.; Trib. di Bari, ord. 17 ottobre 2012, in R.

ZUCARO (a cura di), *Il licenziamento per motivi "economici"*, cit.; *periculum* ritenuto invece sussistente in concreto da Tribunale Ravenna, 18 marzo 2013, in *Boll. ADAPT*, 2013, n. 17.

Dirimente sui contrasti qui esposti è stata la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 18 settembre 2014, n. 19674, in *www.cassazione.it*, secondo cui la fase sommaria costituisce: «rito speciale finalizzato all'accelerazione dei tempi del processo, nonché della stessa proposizione dell'impugnativa avendo il legislatore voluto che la questione della reintegrazione – e più in generale dell'impugnativa del licenziamento per l'accesso alle tutele di cui all'art. 18 cit. – sia subito portata innanzi al giudice e decisa in tempi rapidi. Il carattere peculiare di questo nuovo rito sta nell'articolazione del giudizio di primo grado in due fasi: una fase a cognizione semplificata (o sommaria) e l'altra, definita di opposizione, a cognizione piena. La prima fase è caratterizzata dalla mancanza di formalità: non c'è – rispetto al rito ordinario (quello delle controversie di lavoro) – il rigido meccanismo delle decadenze e delle preclusioni di cui agli artt. 414 e 416 cod. proc. civ.; l'istruttoria, essendo limitata agli atti di istruzione indispensabili, è semplificata o sommaria quale quella così qualificata nel procedimento di cui all'art. 702 bis cod. proc. civ. e ss.. La seconda fase è invece introdotta con un atto di opposizione proposto con ricorso contenente i requisiti di cui all'art. 414 cod. proc. civ., opposizione che non è una *revisio prioris instantiae*, ma una prosecuzione del giudizio di primo grado, ricondotto in linea di massima al modello ordinario, con cognizione piena a mezzo di tutti gli atti di istruzione ammissibili e rilevanti».

Sono intervenute da ultimo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 18 settembre 2014, n. 19674, in *www.cortedicassazione.it*, in senso conforme Corte di Cassazione, Sez. Lav., 17 febbraio 2015, n. 3136, in *Boll. ADAPT*, 2015, n. 12, concludendo che la fase successiva a quella sommaria non ha carattere impugnatorio, ma è una prosecuzione della prima.

CAPITOLO TERZO

Il definitivo cambio di sistema. Il licenziamento nel Jobs Act.

1. Dal modello reintegratorio a quello indennitario. Il licenziamento nelle tutele crescenti

Sebbene la Riforma Fornero abbia cercato di arginare la reintegra in caso di accertata illegittimità giudiziale del licenziamento, il sistema affermatosi, a un triennio di applicazione della medesima, è ancora “reintegratorio centrico”, oltre a manifestare non poche problematiche interpretative che, di fatto, complicano gli esiti giurisprudenziali, incidendo sui tempi del contenzioso (come comprovato anche dall’analisi empirica contenuta nel terzo capitolo), per una sintesi sul punto si veda R. PESSI, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del Jobs Act*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *Jobs Act e licenziamenti*, 2015, 1 ss.

Si interviene, quindi, nuovamente in materia, però non attraverso una “rimodulazione compromissoria” dell’art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, ma con una disciplina a sé stante, da applicarsi ai contratti a tempo indeterminato, stipulati dopo l’entrata in vigore della stessa. Il riferimento è al D. Lgs. n. 23 del 2015, che ha attuato la delega sul punto, contenuta nella L. n. 183 del 2014, il cosiddetto *Jobs Act*. Il nuovo sistema viene introdotto attraverso la previsione di un presunto novello contratto a tempo indeterminato, denominato a tutele crescenti, che in realtà si differenzia da quello ordinario solo per la disciplina dei licenziamenti.

In riferimento al passaggio dall’intervento d’ingegneria manipolativa sull’art. 18 dello Statuto dei Lavoratori all’allora costituendo nuovo sistema sanzionatorio in materia di licenziamenti, si veda A. TURSI, *L’art. 18 e il contratto a tutele crescenti*, in *DRI*, 2014, n. 4, 923 ss. che parte proprio dal punto d’intersezione tra il *Jobs Act* e l’art. 18 e analizza in modo critico una riforma dello stesso, che passi attraverso il contratto a tutele crescenti.

Per un primo inquadramento della nuova disciplina, nella fase del passaggio dalla legge delega al decreto legislativo, si vedano altresì

M. MAGNANI, *Il formante contrattuale: dal riordino dei “tipi” al contratto a tutele crescenti (ovvero del tentativo di ridare rinnovata centralità al lavoro subordinato a tempo indeterminato)*, in M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, *Collective Volumes*, 2014, n. 3, 20; F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (‘a sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, ADAPT Labour studies, 2014, n. 37, 65 ss.; M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 2015, n. 251, 31 il quale parla di annuncio trasferimento della tutela contro il licenziamento dal rapporto al mercato di lavoro.

Da più parti si è ritenuto, che ci sia stato un eccesso di delega, sia dal punto di vista soggettivo (rapporti di lavoro coinvolti) che oggettivo (fattispecie di licenziamento considerate), in merito si vedano le considerazioni di S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 2014, n. 3, 16; G. MIMMO, *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.com*, 24 aprile 2015, 11; A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *RIDL*, 2015, n. 2, 11; in senso parzialmente difforme M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, cit., che però ritiene aperta la questione per quanto attiene all’onere probatorio in caso di licenziamento disciplinare; d’avviso parzialmente difforme, in particolare, per quanto attiene ai licenziamenti collettivi, A. TOPO, *Le sanzioni per i licenziamenti collettivi secondo il Jobs Act*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all’indomani del D.*

Lgs. n. 23/2015, ADAPT Labour studies, 2015, n. 46, 196 ss.

Tuttavia anche qualora il meno favorevole regime di tutela contro i licenziamenti illegittimi, introdotto dal D.Lgs. n. 23/2015, si ritenesse totalmente coerente con i principi direttivi della delega, laddove (art. 1) ne limita l'applicazione ai lavoratori assunti a decorrere dalla data di entrata in vigore della stessa legge delegata, possono essere comunque avanzati dubbi circa la relativa legittimità costituzionale, in riferimento al principio di uguaglianza *ex* art. 3 della Costituzione, anche sotto il profilo della ragionevolezza, si veda sul punto S. GIUBBONI, *Il contratto a tutele crescenti e la Costituzione*, in *Eticaeconomia*, 2015, 18; L. MARIUCCI, *Renzi e l'itinerario regressivo della legge sul lavoro*, in *DL*, 2015, n. 1, 13 ss.; in senso contrario, vedi C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento illegittimo*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*, 21 ss. il quale ritiene che «l'incostituzionalità è esclusa trattandosi di una ragionevole differenziazione di situazioni diverse tra gli occupati che hanno il posto e i disoccupati che non lo hanno»; M. MISCIONE, *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, in *DPL online*, 2015, n. 4, 12; G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*, 63. Mentre per P. ICHINO, *La riforma del lavoro*, cit., 211 «se da un giorno all'altro la protezione dell'articolo 18 venisse rimossa per tutti i rapporti di lavoro, vecchi e nuovi insieme: il rischio sarebbe che il giorno dopo scattasse il licenziamento di tutte le persone il cui rapporto di lavoro presenti un bilancio in perdita più o meno rilevante [...]. A questa improvvisa intensificazione dei licenziamenti il sistema non sarebbe in grado di far fronte, sul piano economico, con un corrispondente aumento della spesa per i nuovi trattamenti di disoccupazione; e sul piano operativo, con i nuovi strumenti di servizio nel mercato del lavoro che la riforma prevede, in particolare con il contratto di ricollocazione che comporta la cooperazione tra servizio pubblico e agenzie specializzate nell'assistenza intensiva a chi ha perso il lavoro».

Sullo spostamento d'asse rispetto alla Riforma Fornero, con

l'affermazione della reintegra quale eccezione, in caso di licenziamento ingiustificato, si veda A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, cit., 3 il quale evidenzia come «l'indirizzo di politica legislativa attuato abbia le proprie radici nelle elaborazioni giuridiche di teorie economiche, e secondo questa specifica concezione del diritto la compensazione monetaria assurge a regola generale che sostituisce il principio dell'esecuzione in forma specifica».

Secondo M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del D. Lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *op. cit.*, 3 «il sistema delle tutele crescenti non sostituisce i preesistenti rispettivi regimi sanzionatori dei licenziamenti illegittimi, che continuano a concorrere con esso; tuttavia, la circostanza che la distinzione tra i lavoratori che continuano a essere regolati da tali regimi e quelli soggetti alle nuove disposizioni dipenda dal fatto che le assunzioni siano avvenute prima della data di entrata in vigore del decreto (7 marzo 2015), o invece da quella data in poi, comporta che i detti regimi sono destinati, salvo le eccezioni che si vedranno, ad essere sostituiti da quello previsto dal decreto, a causa della futura progressiva estinzione dei rapporti da essi regolati». Quindi, «le norme che disciplinano questi rapporti hanno carattere recessivo e, in un certo senso, sono assimilabili, per quanto attiene alla funzione svolta, a quelle di diritto transitorio; in senso conforme, parlando però, nello specifico, di art. 18 dello Statuto dei lavoratori come norma a “esaurimento” » sul punto G. PROIA, *il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*, 62 ss. il quale stima che questa applicazione a “esaurimento” avrà luogo per un periodo ultra-quarantennale; F. CARINCI, *Jobs Act, Atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, ADAPT Labour studies, n. 37, 2015, 18, che parla di progressivo svuotamento della norma statutaria.

Secondo A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*, 100 «il

Legislatore, con le ultime riforme in materia di mercato del lavoro ha intrapreso una lunga e difficile marcia verso la certezza del diritto. Infatti, a partire dal legge n. 183/2010, il cosiddetto Collegato Lavoro, a seguire con la Riforma Fornero, tranne i casi di licenziamento discriminatorio, nullo o orale e i tre casi di ingiustificatezza qualificata, ha previsto una tutela indennitaria prevedibile per i licenziamenti ingiustificati, mentre con il D. L. n. 23/2015 ha ridotto a un solo caso l'ingiustificatezza qualificata con tutela reale, mentre per il resto, tranne le ipotesi di licenziamento nullo o orale, si applica la tutela indennitaria, e anche quest'ultima è stata resa più certa applicandosi il criterio delle tutele crescenti proporzionate all'anzianità di servizio del lavoratore».

A ogni buon conto, però, come ben rilevato da R. PESSI, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del jobs act*, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*, 2, «essendo una riforma che riguarda solo i nuovi assunti, essa assumerà una sua prima effettività al concludersi dell'attuale decennio e si concretizzerà in modo significativo in quello successivo, quando l'uscita degli *insider*, avrà determinato un riequilibrio del mercato del lavoro nel rapporto con gli *outsider*; non prima quindi, ma solo allora i decreti legislativi generati dal *Jobs Act*, avranno rimodulato i poteri nell'ambito del rapporto di lavoro nelle imprese con più di quindici dipendenti con effetti ad oggi non prevedibili, forse migliorativi (recupero di produttività, minori abusi nell'esercizio dei diritti, ecc.) o forse peggiorativi (eccessi nell'utilizzo arbitrario del potere direttivo, lesioni della dignità della persona), ed avranno rivitalizzato la mobilità nel mercato del lavoro, anche qui con effetti ad oggi non valutabili sulle dinamiche occupazionali, ora immaginate in crescita, ma comunque condizionate dagli andamenti dei cicli economici».

In generale sulla tutela reintegratoria, che da regola diviene eccezione, si vedano V. BRINO, *La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme*, in L. FIORILLO, PERULLI A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi – Decreti legislativi 4 marzo 2015*, n. 22 e 23, Giappichelli, 2015, 84; L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore*

in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 128; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit., 4; A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI, *op. cit.*, 30-31; F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetto di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, cit., 11; C. Pisani, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*, 24.

Sul cambiamento di sistema, che si sostanzia nel passaggio dal vecchio regime basato sul *job property* al nuovo ispirato alla *flexsecurity*, si legga P. ICHINO, *Il lavoro ritrovato*, Mondadori, 2015.

Secondo V. RICCHEZZA, *Il decreto legislativo n. 23/2015: ambito di operatività e licenziamento per giusta causa*, in *DRI*, 2015, n. 4, 23 «all’indomani della riforma introdotta dal d.lgs. 23/2015 alcuni principi emergono in maniera chiara e inequivoca: il depotenzionamento del ruolo del giudice, non più interprete dei fatti e garante dei contrapposti valori ma mero esecutore di un dato normativo *prima facie* inequivoco; concentrazione e apparente semplificazione del regime delle tutele che, in realtà, sono moltiplicate perché, come detto in apertura, ci troviamo in presenza di un regime differenziato a seconda della data di assunzione; il definitivo superamento del regime di tutele differenziate e l’adozione della reintegra come eccezione; la scelta di ancorare l’indennizzo da corrispondere nei casi di illegittimità del licenziamento alla anzianità di servizio (unico aspetto crescente della tutela)».

2. Profili di continuità e discontinuità rispetto alla Riforma Fornero

M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, cit., 10 mette in evidenza, che «il D. Lgs. n. 23/2015 prosegue sulla strada tracciata dalla L. n. 92/2012 dell’inversione della precedente tendenza di rafforzamento

della tutela in caso di licenziamenti, mentre significative innovazioni attengono alla tecnica legislativa e alla tipologia delle fonti»; anche per G. PROIA, *op. cit.*, 58 «la nuova disciplina si muove nel solco tracciato dalla rimodulazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, ma se ne differenzia per tre aspetti fondamentali, sintetizzabili nella riduzione, tentando di renderle anche più chiare, delle ipotesi in cui è applicabile la tutela reale; nella determinazione dell'indennità solo in riferimento all'anzianità di servizio, eliminando totalmente qualsivoglia discrezionalità del giudice sul punto; nella unificazione tendenziale del regime di tutela tra lavoratori delle grandi e delle piccole imprese e nell'estensione dello stesso anche alle organizzazioni di tendenza».

Per F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del D. Lgs. n. 23/2015*, ADAPT Labour studies, 2015, n. 46, 76 «sussiste una continuità di *ratio* tra la Riforma Fornero e la legge delega - così come tradotta nel decreto legislativo relativo al contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti e nello schema del decreto legislativo recante il testo organico delle tipologie contrattuali - data dalla stabilizzazione dei rapporti esistenti ancor prima che la produzione di nuovi rapporti»; in senso conforme M. MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", Collective Volumes, 2015, n. 256, 2-3 il decreto attuativo segue la strada della modifica o del perfezionamento della legge Fornero a poco più di due anni dalla sua applicazione, sul presupposto che essa, frutto di un evidente compromesso politico, non abbia dato gli esiti sperati, in termini non solo di certezza, ma neppure di equità; a sua volta, però, ritiene che neppure la legge-delega e il decreto attuativo sono esenti da quel compromesso politico; anche secondo R. PESSI, *op. cit.* 5 «la suggestione alla base del *Jobs Act* è utilizzare la nuova riforma per emendare quella passata, laddove la stessa non ha prodotto gli effetti voluti in ragione della resistenza giurisprudenziale alle modifiche dei meccanismi sanzionatori, resa possibile dalla tecnica normativa utilizzata in passato, idonea a consentire la confusione e/o

sovrapposizione fra fatto giuridico e fatto materiale». Pertanto, a suo avviso, i decreti attuativi del *Jobs Act* avrebbero l'ulteriore funzione di indicare alla magistratura quale sia (o almeno quale debba essere), la *ratio* sulla cui base debba essere letta e applicata la riforma del 2012.

Secondo P. ICHINO, *La riforma del lavoro in Italia*, cit., 208 l'effetto che ne scaturisce è «non più protezione dal mercato del lavoro, ma protezione nel mercato del lavoro: con un sistema di sostegno del reddito universale, allineato anche questo ai migliori standard europei, e con un assetto profondamente rinnovato dei servizi per l'impiego».

3. Il *trait d'union* di sistema: il licenziamento discriminatorio

Per una ricostruzione giuridica del licenziamento discriminatorio alla luce degli interventi apportati dal *Jobs Act* e un raffronto puntuale con l'art. 18, commi 1, 2, e 3 si veda E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo, nel passaggio dall'art. 18 St. Lav. all'art. 2, d. lgs n. 23/2015*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *op. cit.*, 48 ss.

V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2015, n. 259, 21 evidenzia che «il D. Lgs. n. 23/2015 fa riferimento alle fattispecie dell'art. 15 dello Statuto dei Lavoratori, disposizione, che però non riguarda tutte le ipotesi discriminatorie introdotte dalla legislazione anche europea»; per esempio secondo M. MARRAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, in *ADL*, 2015, n. 2, 312 non include il fattore di discriminazione per «origine etnica»

Torna dunque nuovamente, e in modo preponderante, il dibattito sulla tassatività o meno dei fattori di discriminazione. In particolare, la tesi della tassatività, oltre all'ancoraggio dottrinale, e di parte della giurisprudenza nazionale (per avere un'idea sulle stesse, si veda all'interno di questa *Literature review* il capitolo II, Sezione I), è stata recentemente espressa dalla Corte di Giustizia, nella sentenza del 18 dicembre 2014, *Fag og Arbejde (FOA) c. Kommuners Ledsforening (KL)*, causa C 354/2013, per un commento sulla stessa si legga C. MUSELLA, *I licenziamenti discriminatori e nulli*, in G. FERRARO (a cura

di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, quad. ADL, 2015, n. 14, 13 ss.

Tesi suggestiva quella espressa da G. PROSPERETTI, *L'elemento della malafede del datore nella nuova disciplina dei licenziamenti*, in RIDL, 2015, n. 1, 241 ss. che individua una generale *ratio* antidiscriminatoria nella tutela di tutte le fattispecie di licenziamento, secondo cui qualora il fatto risulti inesistente è la sottostante malafede del datore di lavoro e il suo intento discriminatorio ad essere sanzionato con la reintegrazione.

Sul licenziamento riconducibile ad altri casi di nullità, si vedano le considerazioni di M. TIRABOSCHI, G. GAMBERINI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo il Jobs Act*, in GL, il Sole 24 ore, 2015, n. 18, IX-X.

Valorizzano invece l'inciso «espressamente» come indicativo di una volontà da parte del legislatore di porre un possibile argine agli sconfinamenti giurisprudenziali che avevano trasformato l'art. 18, primo comma, dello Statuto dei lavoratori, in «una sorta di buco nero dotato di enorme forza attrattiva teorica e pratica» F. CARINCI, *Il licenziamento economico individuale nel contesto dell'art. 18 St.*, in S. BRUSATI, E. GRAGNOLI (a cura di), *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Quaderni Arg. Dir. Lav.*, 2014, n. 12, 91. in senso contrario, svalutando quindi di fatto il significato dell'avverbio “espressamente” M. MARRAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio dallo schema al decreto*, Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, 2015, n. 236, 4, il quale sostiene che l'utilizzo di tale avverbio, non autorizza ad affermare che la sanzione prevista dall'art. 2 sia applicabile solo ai casi in cui la legge preveda espressamente il regime di nullità; S. GIUBBONI, *op. cit.*, 7, piuttosto che enfatizzare le suggestioni letterali dell'art. 2, preferisce porre l'accento sul valore della coerenza del sistema, nel quale opera, appunto anche in riferimento all'art. 2, «il principio generale che ricollega la conseguenza della nullità alla violazione di ogni norma imperativa dell'ordinamento civilistico»; più radicali le posizioni di F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei*

licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, in G. Ferraro (a cura di), *op. cit.*, 121, e E. BARRACO, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in *LG*, 2015, n. 2, 125, secondo cui il nuovo inciso comunque mette «non poco in crisi i casi di nullità virtuale».

3.1 Il licenziamento per disabilità fisica o psichica

Le fattispecie «in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli artt. 4, comma 4, e 10, comma 3, della L. n. 68/1999» vengono equiparate per quanto attiene al regime sanzionatorio alle ipotesi di licenziamenti nulli e discriminatori.

Tale spostamento sebbene venga ritenuto apprezzabile, sia rispetto a quanto originariamente previsto nello schema di decreto, sia rispetto all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, desta alcuni dubbi sulla coerenza “di sistema” secondo E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo, nel passaggio dall'art. 18 St. Lav. all'art. 2, d. lgs n. 23/2015*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *op. cit.*, 69; in senso conforme S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit., 8 ss.; secondo invece C. MUSELLA, *I licenziamenti discriminatori e nulli*, *op. cit.*, 65 «il richiamo al licenziamento del disabile nel contesto dell'art. 2, appare superfluo, tenuto conto di quanto stabilito dalle direttive antidiscriminatorie, e considerato l'importante sistema di tutele previsto per i disabili, anche a livello di convenzioni internazionali»; S. GIUBBONI, *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità della mansione dopo la legge Fornero e il Jobs Act*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 2015, n. 259.

Ad avviso di C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*, 16 ss. «il Legislatore delegato ha travalicato i limiti della delega in quanto ha esteso a una ipotesi di difetto della giustificazione oggettiva del licenziamento le stesse conseguenze della nullità per violazione dei divieti di discriminazione»;

in senso contrario S. GIUBBONI, *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità della mansione dopo la legge Fornero e il Jobs Act*, cit., 16.

Per poter fornire una risposta positiva all'interrogativo circa la corrispondenza tra le fattispecie di licenziamento richiamate dal quarto comma attraverso il duplice rinvio alla L. n. 68/1999 e l'ipotesi di licenziamento discriminatorio per il fattore "disabilità" secondo F. SCARPELLI, *Un primo commento alla nuova disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato: cambia profondamente il quadro delle tutele*, in *Newsletter di Wikilabour*, 20 febbraio 2015, occorre accogliere un'interpretazione ampia del concetto di disabilità, comprensivo di qualunque forma di non idoneità alle mansioni assegnate al prestatore; in senso conforme E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo, nel passaggio dall'art. 18 St. Lav. all'art. 2, d. lgs n. 23/2015*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *op. cit.*, 48 ss.

Si rafforza ulteriormente l'orientamento già presente in dottrina, secondo il quale, a fronte dell'inevitabile ulteriore lievitazione dei ricorsi per licenziamenti discriminatori o nulli, in quanto oggi ancora più appetibili rispetto al passato, dato il *gap* enormemente aumentato fra reintegra e indennità risarcitoria, la giurisprudenza potrebbe essere più disponibile a prenderli in considerazione, con una maggiore apertura al diritto comunitario anti-discriminatorio, nell'ambito dello stesso procedimento *ex art.* 414 Cod.Proc. Civ., con conseguente rilievo delle discriminazioni in base alla loro portata oggettiva e conseguente alleggerimento dell'onere probatorio a carico del lavoratore. Sul punto si vedano C. MUSELLA, *I licenziamenti discriminatori e nulli*, *op. cit.*, 13 ss.; G. A. RECCHIA, *Il licenziamento nullo ed inefficace*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act*, Cacucci, 2015, 87 ss..

4. Il licenziamento disciplinare: nodi e criticità

Sull'iter evolutivo del licenziamento disciplinare, nel passaggio dalla modifica dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori al D. Lgs. n. 23/2015, si veda F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, in F.

CARINCI, C. CESTER (a cura di), *op. cit.*, 73 ss. «secondo cui, dopo il *Jobs Act*, la reintegra in tale fattispecie diviene un'eccezione al limite dell'impraticabile».

In riferimento all'interpretazione del fatto materiale contestato, la cui insussistenza, provata direttamente in giudizio - rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento - costituisce l'unica ipotesi di reintegra, in caso di licenziamento disciplinare ingiustificato, si vedano R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato*, in *ADL*, 2015, n. 1, 280 secondo cui «il fatto deve presentare un sia pur minimo rilievo disciplinare, altrimenti sarebbe impedito in radice l'esercizio di un potere punitivo»; M. MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, cit. 5 ss. secondo la quale «se non si intende il fatto materiale contestato non solo come comportamento imputabile, ma anche quale disciplinarmente rilevante le conseguenze potrebbero essere aberranti»; in senso conforme, si leggano anche V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2014, n. 233, 31; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, cit., 325.

In ordine al nodo della sproporzione del licenziamento, alla luce dei nuovi limiti per il sindacato del giudice, si vedano le considerazioni di M. TIRABOSCHI, G. GAMBERINI (a cura di), *op. cit.*, XIII ss.

5. Il licenziamento economico e la scomparsa della reintegra

Per un inquadramento del tema, con un'analisi puntuale della novità consistente nell'eliminazione della sanzione reintegratoria nell'ipotesi di licenziamento cosiddetto economico, si veda C. CESTER, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *op. cit.*, 94 ss. il quale evidenzia altresì, come proprio «a partire dalla radicale esclusione della tutela reintegratoria per tali tipi di licenziamenti, si riaprono, seppure con qualche dubbio e

magari con qualche spigolosità in più rispetto a quanto discusso a proposito della L. n. 92/2012: una questione di costituzionalità e una di compatibilità con la disciplina comunitaria e internazionale».

Sulla flessibilizzazione del licenziamento economico, quale istituto centrale di una riforma ispirata alla *flexicurity*, si legga S. VARVA, *Il licenziamento economico*, Giappichelli, 2015, 159.

Particolarmente critico sull'abolizione del tentativo obbligatorio di conciliazione preventivo, di cui all'art. 7 della L. n. 604/66, così come riformato dalla L. n. 92/2012, è D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in *Judicium.it*, 2015, il quale evidenzia che non è chiarissimo il motivo, che sta alla base dell'abrogazione.

6. Problemi di coerenza sistematica: brevi cenni alle novità in materia di licenziamenti collettivi

Nonostante il parere contrario espresso, concordemente, dalle commissioni parlamentari competenti, il nuovo regime sanzionatorio è stato esteso anche ai licenziamenti collettivi.

Per un esame dell'intervento in materia di licenziamenti collettivi, si veda la ricostruzione di A. TOPO, *Le sanzioni per i licenziamenti collettivi secondo il Jobs Act*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *op. cit.*, 193 ss. la quale mette subito in evidenza «come sarebbe riduttivo pensare che il *Jobs Act* interferisca con le riduzioni del personale solo nel definire un nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo, in quanto l'altro ambito di intervento della riforma influisce sul regime delle ristrutturazioni aziendali, che comportano una significativa riduzione dell'organico, ossia quella introdotta con il D. Lgs. n. 81/2015, sulla possibilità di modificare le mansioni in senso peggiorativo in ragione di un processo di riorganizzazione aziendale, a prescindere però – e in ciò sta la novità – dalla mediazione e, soprattutto, dall'accordo con le organizzazioni sindacali».

Sulla coerenza tra i due interventi si veda M. TIRABOSCHI, *Prima lettura del d. lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, ADAPT University press, 2015, n. 45, 22.

A ritenere aderente ai principi e criteri direttivi della legge delega l'estensione dell'intervento riformatore anche ai licenziamenti collettivi, in quanto rientranti nella nozione di licenziamenti economici, M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2015, n. 251, 16 ss.; P. ICHINO, *Il lavoro ritrovato*, Mondadori, 2015, 102-103; per un'analisi approfondita dell'ambito di applicazione del licenziamento economico si rinvia a C. CESTER, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *op. cit.*, 101 ss.; M. MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, *op. cit.*, 9 secondo cui «semmai la disposizione può generare maggiori problemi nella gestione delle procedure di riduzione del personale, poiché alcuni lavoratori, nel caso di violazione dei criteri di scelta, godono dell'art. 18 St. lav. e altri no»; in senso contrario S. GIUBBONI, *Profili di costituzionalità del contratto a tutele crescenti*, *op. cit.* 16 il quale prospetta una violazione dell'art. 3 della Costituzione.

Sulla conformità all'oggetto della delega dell'intervento sui licenziamenti collettivi, al di là del fatto che rientrino o meno nella definizione di licenziamenti economici, si veda G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, Cedam, 2015, 99; in senso conforme A. TOPO, *Le sanzioni per i licenziamenti collettivi secondo il Jobs Act*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *op. cit.*, 197; in senso contrario M.V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *LD*, 2015, n.1, 39 ss.

Permangono comunque dei problemi di coerenza sistematica, atteso che i licenziamenti collettivi nel nostro ordinamento risultano costantemente esclusi dal campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti individuali, secondo quanto osservato da M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge*

delega e legge delegata, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 2015, n. 251, 28.

7. Gli “argini” al contenzioso

Tra gli obiettivi, che il Legislatore si è posto con la riforma della disciplina dei licenziamenti contenuta nel *Jobs Act* c’è, come visto, quello di contenere e restringere fortemente il ricorso giurisdizionale. Strumenti a ciò espressamente preposti sono la revoca, in riferimento alla quale sostanzialmente si mantiene quanto introdotto dalla L. n. 92 del 2012 e la nuova offerta di conciliazione, sul punto si veda A. GARILLI, *op. cit.*, 8 ss.

7.1 L’offerta di conciliazione: il novello binario alternativo al ricorso giurisdizionale

L’art. 6 del D. Lgs. n. 23/2015 introduce un’innovativa forma di conciliazione nel panorama dell’ordinamento italiano. Essa è relativa a una potenziale controversia avente a oggetto l’impugnativa di un recesso da un contratto a tempo indeterminato, stipulato dopo l’entrata in vigore del citato decreto, sul punto si veda la ricostruzione dell’istituto di F. AMENDOLA, *L’offerta di conciliazione*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *op. cit.*, 162 ss.; A. GARILLI, *op. cit.*, 8 ss. il quale rileva i possibili profili di costituzionalità dell’introduzione di tale istituto rispetto a quanto previsto nella legge delega; di diverso avviso M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tutele crescenti e sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi*, in *LG*, 2015, n. 6, 33 secondo il quale, seppur non imposto dalla delega, non sembra tuttavia discostarsene; F. PASQUINI, *Jobs Act e conciliazione: pochi, maledetti e subito... ma non per tutti*, in F. Carinci, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 81 ss.

Sulla nota 27 maggio 2015, prot. n. 2788, con la quale il Ministero del lavoro ha dettato le indicazioni operative per l’adempimento del nuovo obbligo di comunicazione introdotto dall’art. 6 del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, in merito alla offerta di conciliazione per i lavoratori subordinati assunti a tempo indeterminato con contratto

a tutele crescenti, si veda P. RAUSEI, *La comunicazione obbligatoria sull'offerta di conciliazione per i licenziati a tutele crescenti*, in *DRI*, 2015, n. 3 (anticipazione in *bollettinoadapt.it*, 2015).

Per una comparazione tra l'offerta di conciliazione italiana e l'istituto tedesco, che ne ha costituito fonte d'ispirazione, si veda A. GARILLI, *op. cit.*, 9.

8. Profili processuali: la duplicità dei riti

Come esaminato nel secondo capitolo, il rito in materia di licenziamenti, introdotto dalla L. n. 92/2012, ha sollevato non poche problematiche che, di fatto, ne hanno determinato la richiesta di abrogazione da più parti.

Secondo parte della dottrina «alla base della scelta del Legislatore di non applicare il rito introdotto dalla Fornero non vi sarebbero solo ragioni di rigetto generalizzate, ma anche un fondamento sistematico», si veda sul punto A. MARESCA, *Intervento a I decreti attuativi del Jobs Act: il contratto di lavoro a tutele crescenti*, intervento al Seminario organizzato da Unioncamere, Freccia Rossa, Universitas mercatorum, 15 gennaio 2015; in senso parzialmente conforme L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2015, n. 250, 3 ss. il quale ritiene che «la ragione sistematica non sia scevra da contraddizioni»; in senso difforme D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, *op. cit.*, 5 secondo cui «per le cause aventi a oggetto la reintegra andrebbe comunque creata una corsia preferenziale».

Per un'analisi accurata del sistema processuale e delle difficoltà prefiguratosi in tema di licenziamenti, si veda L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, *cit.*, 15 ss. il quale definisce lo scenario determinatosi in materia come una «“babele dei processuale” per la presenza di più riti in relazione ad un medesima materia»; in senso conforme C. ROMEO, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del Jobs Act*, in *ADL*, 2015, n. 2, 305 ss.

9. Il ruolo della contrattazione individuale e collettiva nel doppio regime in materia di licenziamenti

La riforma in materia di licenziamenti non ha determinato una abrogazione del precedente regime delineato dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, facendo parlare di un progressivo superamento dello stesso, che rimane quindi in vigore, sul punto si veda M. TIRABOSCHI, *L'art. 18 come benefit? A proposito del caso Novartis e dell'applicazione in via pattizia del regime di stabilità reale del contratto di lavoro*, in *DRI*, 2015, n. 2, 459 ss.; in senso conforme M. LAI (a cura di), *Per un'interpretazione sindacale del contratto a tempo indeterminato "a tutele crescenti"*, Centro Studi CISL, 2015; di avviso contrario G. FALASCA, *Tutele crescenti, nodo staffetta*, il Sole 24 ore, 17 marzo 2015, che parla invece di abrogazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

La tecnica legislativa utilizzata di non abrogazione dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori determina che l'autonomia individuale e collettiva dispongano di diverse soluzioni per conseguire l'obiettivo della non applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori sul punto e per una rassegna delle stesse, si veda M. LAI, *Contratto a tempo indeterminato a tutele (indennizzi) crescenti e ruolo della contrattazione collettiva*, cit.; M. TIRABOSCHI, *L'art. 18 come benefit? A proposito del caso Novartis e dell'applicazione in via pattizia del regime di stabilità reale del contratto di lavoro*, cit.; come osservato da R. DE LUCA TAMAJO, *Considerazioni generali sul decreto attuativo in tema di contratto a tutele crescenti*, in F. TOFFOLETTO, R. DE LUCA TAMAJO, A. BOTTINI, S. DE SANTIS, M. T. SALIMBENI (a cura di), *Le novità del Job Act*, Iuris Laboris Italy Global HR Lawyers, 2015, 14 l'effettività della nuova trama normativa dovrà misurarsi anche con spinte garantistiche della contrattazione collettiva e con le dinamiche e convenienze negoziali degli accordi individuali.

Secondo A. TURSI, *Jobs Act: l'altra faccia delle "tutele crescenti"*, in *Ipsos Quotidiano*, 21 marzo 2015, non si tratterebbe di rendere applicabile l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, in quanto l'autonomia negoziale privata non ha il potere di rendere applicabile

una norma di legge inapplicabile, ma semplicemente di prevedere pattiziamente una tutela ricalcata in tutto o in parte su quella dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori.

L'applicazione della norma statutaria ai nuovi assunti tramite via pattizia non dovrebbe tra l'altro determinare problematiche in sede di eventuale contenzioso secondo R. DE LUCA TAMAJO, nell'intervista rilasciata a V. CONTE, *Novartis offre l'art. 18 come benefit*, in Repubblica, 27 marzo 2015; di avviso contrario G. FALASCA, *Non è vero che l'articolo 18 è sempre migliorativo: piccole notazioni per evitare spiacevoli sorprese*, in Lavoro & Impresa, 28 marzo 2015.

BIBLIOGRAFIA

M. ACIERNO, *Cosa cambia nei procedimenti riguardanti gli stranieri dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2011?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4, 2011, 27 ss.

M. AGLIATA, *La Corte di giustizia torna a pronunciarsi sulle nozioni di "handicap" e "soluzioni ragionevoli" ai sensi della direttiva 2000/78/CE*, in *DRI*, 2014, n. 1, 263 ss.

C. ALESSI, *Commento all'art. 3*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. D'ANTONA (a cura di), *Disciplina dei licenziamenti individuali*, in *NLCC*, 1991, 192 ss.

F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero: un'analisi ragionata)*, www.magistraturademocratica.it.

M. AMBROSINI, G. BALLARINO, *Risorsa anziani e politiche d'impresa: un patto da riscrivere*, in S. MOLINA (a cura di), *Le politiche aziendali per l'anzianato del lavoro in Italia*, Angeli, 2000, 19.

G. AMOROSO, *sub art. 3 l. n. 108/1990*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, Giuffrè, 2009.

O. M. ARNARDOTTIR, *Equality and non-discrimination under the european convention on human rights*, The Hague, Kluwer law international, 2003.

M. V. BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *LD*, 2012, 441 ss.

M.V. BALLESTRERO, *L'estinzione del rapporto*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, Utet, 2009, 1867 ss.

M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *LD*, 2004, n. 3-4, 501 ss.

M. BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, 2013, in *RGL*, n. 1, 139 ss.

M. BARBERA, *Il licenziamento discriminatorio alla luce dell'ordinamento dell'Ue e delle sue ricadute sull'ordinamento nazionale*, intervento alla Tavola Rotonda "Discriminazione e licenziamento dopo la legge n. 92/2012: profili sostanziali e processuali", 5 dicembre 2012.

M. BARBERA, *La tutela antidiscriminatoria al tempo dello Statuto e ai tempi nostri*, in *DLM*, 2010, n. 3, 723 ss.

M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto discriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2010.

M. BARBERA, *L'effetto trasversale del principio di non discriminazione*, in *RGL*, 2008, n. 4, 469 ss.

M. BARBERA, *Regole del mercato del lavoro e tutela antidiscriminatoria. Introduzione. L'effetto trasversale del principio di non discriminazione*, 2008, n. 4, 469 ss.

M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007.

M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, n. 25, 2003, 399 ss.

M. BARBERA, *L'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada*, in *RGL*, 2002, n. 4, 805 ss.

M. BARBERA, *La sfida dell'eguaglianza*, in *RGL*, 2000, n. 2, 245 ss.

M. BARBIERI, D. DALFINO (a cura di), *Il licenziamento individuale*, Cacucci, 2013.

P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio nullo e orale*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, 1298 ss.

P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, in *ADL*, 2013, n. 4-5, 830 ss.

P. BELLOCCHI, *Divieti di discriminazione, interventi di contrasto e sanzioni specifiche contro gli atti discriminatori*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, 2009, 545 ss.

M. BIASI, *Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema "a tutele crescenti?"*, WP ADAPT, 2015, n. 183.

M. BIASI, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT", 2013, n. 181.

G. BOLEGO, *Il licenziamento discriminatorio tra motivo illecito e frode alla legge*, in A. VISCOMI (scritti raccolti da), *Diritto del lavoro e società multi-culturale*, Editoriale Scientifica, 2011, 679 ss.

G. BOLEGO, *Il licenziamento discriminatorio tra motivo illecito e frode alla legge*, in A. VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro e società multi-culturale*, Editoriale Scientifica, 2011, 679 ss..

G. BOLEGO, *Nozioni di discriminazione e tutela delle differenze nel rapporto di lavoro*, in A. VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale Scientifica, 2011, 551 ss.

S. BORRELLI, A. GUAZZAROTTI, S. LORENZON (a cura di), *I diritti dei lavoratori nella carte europee dei diritti fondamentali*, Jovene, 2012.

V. BRINO, *La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, 2015, 83 ss.

S. BRUSATI, E. GRAGNOLI (a cura di), *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Quaderni Arg. Dir. Lav.*, 2014, n. 12.

L. CALAFÀ, *Il recesso, i diritti al rientro e il lavoro notturno dei genitori-lavoratori*, in L. LENTI (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, 2° ed., 2012, Giuffrè, 1011 ss.

L. CALAFÀ, *La discriminazione per orientamento sindacale: prima nota a Corte d'Appello Roma 19 Ottobre 2012*, dicembre 2012, www.cgil.it.

L. CALAFÀ, *La discriminazione fondata sull'orientamento sindacale e il folklore giuridico dell'Unione Europea. Il diritto antidiscriminatorio preso sul serio*, www.magistraturademocratica.it, 2012.

L. CALAFÀ, D. GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, 2009.

L. CALAFÀ, *Disabilità, discriminazione e molestia "associata": il caso Coleman e l'estensione elastica del campo soggettivo di applicazione della dir. 2000/78*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, n. 4, 1169 ss.

L. CALAFÀ, *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso mangold e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro*, in *RGL*, 2006, 205 ss.

L. CALAFÀ, *Discriminazioni e molestie: il recepimento italiano della direttiva 2002/73*, in *Studium iuris*, n. 7-8, 2006, 841 ss.

L.CALAFÀ, *Le direttive antidiscriminatorie di “nuova generazione”: il recepimento italiano*, in *Studium Iuris*, 2004, n. 7-8, 873 ss.

L.CALAFÀ, *Modello antidiscriminatorio e licenziamento dei genitori-lavoratori*, in *GDLRI*, n. 99-100, 2003, 499 ss.

L. CALAFÀ, D. GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, 2009.

C. CALMIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale: atti del Seminario di Perugia del 18 marzo 2005*, 2006, Giappichelli, 502 ss.

R. CARAGNANO, G. SALTA (a cura di), *Lavoro: un anno di legge Fornero*, Bollettino Speciale ADAPT, 2013, n. 19.

R. CARAGNANO, R. ZUCARO (a cura di), *I licenziamenti dopo la L. n. 92/2012*, BolL. Speciale ADAPT, 2013, n. 2.

F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, ADAPT Labour Studies ebook series, 2015, n. 46, 48.

F. CARINCI, *Jobs Act, Atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, ADAPT Labour studies, n. 37, 2015, 18.

F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, ADAPT Labour studies, 2015, n. 20.

F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentario agli schemi di decreto*

legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità, ADAPT University Press, 2015.

F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 2013, n. 172.

F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in LG, n. 5, 2012, 529 ss.

F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, IPSOA, 2012

M. T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity “all’italiana” a confronto*, in GDLRI, 2012.

B. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 2015, n. 265.

B. CARUSO, *Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull’art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, in WP CSDELE “Massimo D’Antona”, www.csdle.unict.it, 2012, n. 140.

P. CHIECO, *Il licenziamento nullo*, in id. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, 284.

C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l’opportunità di un approccio sostanzialista*, in DRI, 2012, n. 4.

L. CORAZZA, *Licenziamento discriminatorio*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione*

e tutela dei diritti, n. III, *Diritto del lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Commentario*, Utet, 1998, 349 ss.

M. CORTI, *La tendenza espansiva della nuova reintegrazione riflessioni su alcune pronunce: ex art. 18, comma 1, dello Statuto dei lavoratori*, in *DRI*, 2013, n. 4, 1038 ss.

M.T. CROTTI, M. MARZANI, *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI, *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012, 221 ss.

C. CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WP CSDLE* “Massimo D’Antona”, 2015, n. 273.

C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, n. 3, 547 ss.

M. DE LUCA, *La «parità di trattamento» tra lavoratori e lavoratrici nell’ordinamento italiano: prime osservazioni su una sentenza «assolutoria»*, in *FI*, 1984, n. 4.

G. DE SIMONE, *Tra il dire e il fare. Obbiettivi e tecniche delle politiche per il lavoro femminile nella riforma Fornero*, in *LD*, 2012, 589 ss.

G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione*, Giappichelli, 2001.

G. DE SIMONE, *Il Licenziamento discriminatorio*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *I licenziamenti*, *Commentario*, Milano, 1999, 539 ss.

E. ELLIS, *EU anti-discrimination law*, Oxford University Press, 2005.

C. FAVILLI, M. P. MONACO (a cura di), *Materiali per lo studio del diritto antidiscriminatorio*, Firenze University Press, 2008.

M. FERRARESI, *L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la Riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *DRI*, 2013, n. 2, 338 ss.

M. FERRARESI, R. ZUCARO (a cura di), *I licenziamenti a un anno dalla Riforma Fornero*, *Boll. Speciale ADAPT*, 2013, n. 21.

FRA, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, 2010.

S. FREDMAN, *Discrimination law*, Oxford University Press, 2002.

L. GAETA, *La tutela contro le discriminazioni*, Giappichelli, 2013.

M. L. GALANTINO, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012*, n. 92, Giuffrè, 231 ss.

E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015.

E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *GDLRI*, 1979, 348 ss.

D. GOTTARDI, *Dalle discriminazione di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in *GDLRI*, 2003, n. 25, 447 ss.

S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 246.

A. GUARISO, *Il licenziamento discriminatorio*, in *DLRI*, 2014, n. 142, 351 ss.

A.GUARISO, *Il codice delle pari opportunità dopo il recepimento della dir. 2006/54: profili processuali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2010, n. 3, 577 ss.

F.GUARRIELLO (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *DLRI*, 2003, 499 ss.

D. IARUSSI, *La tutela antidiscriminatoria ex art. 28 D. Lgs. n. 150/2011 nella dialettica sindacale*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2014, nn. 1-2, 63 ss.

P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali*, Relazione al Convegno del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro “Domenico Napoletano”, Pescara, 11 maggio 2012, in www.pietroichino.it, 2012.

D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie ‘di seconda generazione*, in *GDLRI*, 2003, n. 99-110, 423 ss.

A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi, tutele*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia*, Cedam, 2010, n. 56.

A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi, tutele*, 2010, Cedam.

A.LASSANDARI, *Il licenziamento discriminatorio*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, III, in M. BESSONE (diretto da), *Il Diritto del Lavoro. Trattato di Diritto Privato*, Giappichielli, 2007, 163 ss.

S. LIEBMAN, *Il recesso individuale dal rapporto di lavoro*, in M. PERSIANI, S. LIEBMAN et al., *Fondamenti di diritto del lavoro*, Cedam, 2013.

A. MANNA, *Art. 4 – Area di non applicazione*, in G. FERRARO, *I licenziamenti. Commento alla legge 11 maggio 1990 n. 108*, Giuffrè, 1990, 159;.

F. MARINELLI, *L'anno zero della giurisprudenza di merito sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento: le prime ordinanze post Fornero*, 4, 2013, 1027-1037.

M. MARRAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio dallo schema al decreto*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2015, n. 236, 4.

L. MARTUCCI, *La commedia degli inganni: l’itinerario regressivo della legge sul lavoro*, in *QRS*, 2015.

O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in *WP CSDELE “Massimo D’Antona”*, www.csdle.unict.it, 2012, n. 159.

G. MIMMO, *Appunti su uno schema di Decreto Legislativo (attuazione della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183)*, in www.agi.it, 2015, 15.

C. MUSELLA, *I licenziamenti discriminatori e nulli*, *op. cit.*, 13 ss.

A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *RIDL*, 2012, I, 662 ss.

E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, 85.

C. PEDERZOLI, *Licenziamento pretestuoso e motivo illecito. Una incerta linea di confine*, in *RIDL*, 2012, n. 2, 362 ss.

M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, FrancoAngeli, 2014, 290.

M. PERA, *Relazione*, in AA.VV., *I licenziamenti nell'interesse delle imprese. Atti delle giornate di studio AIDLASS di Firenze*, 1968.

A. PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *RIDL*, 2015, n. 1.

R. M. PEREZ ANAYAZ, *L'obesità come causa di licenziamento: la prospettiva comunitaria*, in *DRI*, 2015, n. 3, 678.

A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e naspi*, Giappichelli, 2015, 41.

M. PERSIANI, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 1991, I, 6.

R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *Jobs Act e licenziamenti*, Giappichelli, 2015.

M. PERUZZI, *Ritorno a Mangold nell'epoca del Trattato di Lisbona*, in *RGL*, 2011, n. 2, 139 ss.

M. PERUZZI, *Sul licenziamento "discriminatorio" della lavoratrice madre*, in *RGL*, 2008, n. 4, 833 ss.

G. PROSPERETTI, *L'elemento della malafede del datore di lavoro nella nuova disciplina dei licenziamenti*, in *RIDL*, 2015, n. 2, 249.

A. PICCININI, *Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*, in A. ALLAMPRESE, I. CORRAINI, L. FASSINA (a cura di), *Rapporto di lavoro e ammortizzatori sociali dopo la L. n. 92/2012*, Ediesse, 2012.

A. PIZZOFEERATO, *Il percorso di riforme del diritto del lavoro nell'attuale contesto economico*, in *ADL*, 2015, n. 1.

R. SANTAGATA DE CASTRO, R. SANTUCCI (a cura di), *Discriminazione e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina* (parte II), in *ADL*, n. 4-5, 2015, 820.

R. SANTAGATA DE CASTRO, R. SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina*, in *ADL*, 2015, n. 3, 534.

F. SAVINO, *La tutela contro i licenziamenti discriminatori: un percorso accidentato*, in M.V. BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Giappichelli, 2007, 81 ss.

S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere*, Cedam, 2014.

D. SCHIUMA, Nota all'ordinanza del Tribunale di Catanzaro, 9 dicembre 2014, in *RIDL*, 2015, n. 2, 419 ss.

V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".it, 2015, n. 259.

V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law economics e giurisprudenza (parte I)*, in *RGL*, 2014, n. 3, 447 ss.

V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", 2013.

E. TARQUINI, *La discriminazione per motivi sindacali e l'onere della prova del datore di lavoro: nota a Corte d'Appello Roma 19.10.2012*, in www.magistraturademocratica.it.

E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e le tutele giudiziali*, Giuffrè, 2015.

E. TARQUINI, *Le discriminazioni di genere in giudizio: un caso di scuola*, nota alla sentenza della Corte d'appello di Torino, in www.questionegiustizia.it, 2013.

E. TARQUINI, *I licenziamenti discriminatori*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, 2013, 253 ss.

M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, 2012,

T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *DLRI*, 2013, n.1, 1 ss.

T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, FrancoAngeli, 1974, 120 ss.

UNAR, *Rapporto 2014*, in www.unar.it.

UNAR, *Rapporto 2013*, in www.unar.it.

A. VALLEBONA, *Le discriminazioni per convinzioni personali comprendono anche quelle per affiliazione sindacale: un'altra inammissibile stortura a favore della Fiorm-CGIL*, in *MGL*, 2012, 622 ss.

G. ZILIO GRANDI, *La riforma dei licenziamenti: opportunità perse e risultati ottenibili...la parola al Giudice*, in P. RAUSEI - M. TIRABOSCHI (a cura di), in *Lavoro: una riforma a metà del guado*, ADAPT Labour studies e-book series, 2012, 165.