

**Tavola rotonda su "Discriminazione e licenziamento dopo la legge 92/2012: profili sostanziali e processuali**

**LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO**

Intervento dell'Avv. Enzo Morrìco

Per prima cosa ringrazio tutti i promotori di questa tavola rotonda ed in particolare la Rivista Giuridica del Lavoro per avermi invitato a questo interessantissimo convegno di particolare attualità per il tema trattato.

Il perché il mio particolare ringraziamento vada alla Rivista Giuridica di Lavoro lo si può principalmente cogliere nel fatto che per me è pò un ritorno al passato in quanto ricordo, giovane laureato nella metà degli anni '70, che frequentavo la redazione della rivista insieme a tanti giovani dell'epoca sotto la severa guida di quel castigamatti rappresentato dal burbero, ma dal cuore d'oro, Avv. Francesco Fabbri che spero di vedere, sempre giovanissimo nell'animo e nel fisico, nell'aula.

Ho avuto modo di sentire, ed ovviamente apprezzare, tutti gli approfonditi interventi che precedono il mio e le varie argomentazioni giuridiche che sono state proposte con riguardo ad un tema che potremmo definire antico, ma che sicuramente con la introduzione della l. 92/2012 e segnatamente con le modifiche apportate all'art. 18 s.l. ad opera dell'art. 1 comma 42 dell'indicata legge, ha preso un vigore insolito e forse inaspettato giustificato -con ragionevole certezza- da quello che probabilmente condiziona la tecnica "giudiziaria".

Mi permetto di evidenziare, anche se dall'aspetto tutti se ne sono potuto accorgere, che sono oramai un avvocato non tanto anziano, ma a tutti gli effetti oramai vecchio che svolge la propria professione da pochissimo meno di quarant'anni e nella mia oramai lunga e -mi sia permesso di evidenziare- intensa attività professionale e l'innumerabile numero di cause che ho trattato, posso confermare che quelle aventi ad oggetto la discriminazione si possono contare nell'ordine di massimo due palmi di mano.

Tutti gli scritti, i convegni che si sono succeduti in quest'anno -che con il passare del tempo hanno avuto un crescendo Wagneriano- sono sicuramente forieri di un cambiamento importante non solo e non tanto nell'ambito dottrinario (e solo per questo si dovrebbe ringraziare il Ministro Fornero per aver dato l'occasione o l'opportunità per dare nuovo impulso a teorie e dibattiti che oramai si stavano appiattendosi su temi più volte affrontati), ma anche e soprattutto in quello giudiziario per delle evidenti -almeno per me- considerazioni che mi avvio a svolgere.

Merita innanzi tutto rilevare che prima della modifica dell'art. 18 S.L. ad opera della l. 92/2012, la primissima formulazione dell'art. 18 (quella contestuale alle altre disposizioni contenute nella L. 300/70) così come la seconda versione dell'art. 18 (quella novellata dalla l. 108/90) al primo comma prevedevano i casi di illegittimità del

licenziamento distinguendoli in tre categorie in ordine agli effetti: quelli nulli, quelli annullabili e quelli inefficaci.

Dove per nulli -nella primissima formulazione- si intendevano solamente quelli posti in essere in violazione dei divieti contenuti nell'art. 4 l. 604/66 (e la limitazione posta faceva intendere -e così è sempre stata interpretata- che non venisse estesa anche alle altre ipotesi di discriminazione e la applicabilità della norma era limitata a quella più in generale prevista dal successivo art. 35 della l. 300/70), mentre nella seconda formulazione (ad opera della L. 108/90) la nullità è stata estesa alle ipotesi di violazione dei divieti contenuti nell'art. 3 l. 108/90 -che a sua volta richiamava sempre l'art. 4 l. 604/66- all'art. 15 L. 300/70, le cui casistiche previste e costituenti discriminazione, secondo il legislatore del 1970, erano state in parte ampliate dall'art. 13 L. 9.12.1977 n. 903 ed in parte venivano da lì a poco ampliate dall'art. 4 del D.Lgs 9.7.2003 n. 216 (nel senso che alla primigenia formulazione veniva all'ultimo comma aggiunta la seguente frase ..... *razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali*).

Tale excursus, mi scuso perché quanto sinora indicato è nella pacifica conoscenza della più che avvertita e competente platea alla quale mi rivolgo, può sembrare superflua, ma per me -forse erroneamente- è di particolare importanza per sviluppare quanto andrò indicando.

Dalla formulazione delle norme appena indicate, contenute nelle due versioni della stessa disposizione, si ricava immediatamente che la ricorribilità dell'unica sanzione prevista nella disposizione in esame -e cioè la reintegrazione- era possibile solamente allorché si era in presenza di un licenziamento dichiarato nullo in quanto disposto in violazione ai divieti posti dall'Ordinamento nelle richiamate disposizioni e solo per quelle.

Ciò non voleva però dire che non vi fossero, o potessero esserci, altre ipotesi di licenziamenti dichiarati nulli (si pensi a quelli licenziamenti irrogati a causa di matrimonio o alla maternità ecc.), ma comportavano delle conseguenze del tutto differenti, nel senso che avevano la tutela apprestata dal diritto comune in tema di nullità ai sensi degli artt. 1418 c.c. con l'effetto della rimozione dell'atto nullo in quanto tale ed il pagamento delle retribuzioni maturate (v. Cass. 16.2.2007 n. 3620 e numerosissime altre) però non dal licenziamento, ma da quando il lavoratore poneva a disposizione le proprie energie psico-fisiche con l'offerta formulata ai sensi dell'art. 1206 c.c. (con l'unica eccezione del licenziamento "ritorsivo" nei confronti del quale la giurisprudenza ha riconnesso l'applicabilità dell'art. 18 S.L. (v. Cass. 8.8.2011 n. 17087).

Credo che siamo tutti d'accordo nell'affermare che la ultima formulazione prevista nel primo comma dell'attuale e vigente art. 18 S.L. non abbia modificato i casi di nullità, che pertanto rimangono esattamente quelli preesistenti, ma ha ivi previsto la specificazione e l'accorpamento delle ipotesi dei licenziamenti nulli ai fini della individuazione della sanzione applicabile; infatti, come è stranoto, dall'unica prevista nelle vecchie formulazioni della disposizione in esame e riguardante "*la reintegrazione nel posto di lavoro*" (tanto era la rubrica dell'articolo nelle due versioni precedenti) ne ha

proposte ben quattro (dovendo pertanto modificare la rubrica della disposizione in "*Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*").

A questo punto, volendo proseguire per piccoli passi verso quella che è la meta che mi sono prefisso, credo che ci si debba interrogare sul **perché** e poi sul **come** il legislatore abbia effettuato le scelte racchiuse nella nuova formulazione dell'art. 18 S.L.

Con riguardo al **perché** il legislatore si sia determinato a modificare il regime sanzionatorio riformulando il testo della disposizione in esame, si possono enucleare -tra tutte quelle che sono state date- tre diverse interpretazioni: a) da un lato chi ritiene che sia un modo di pareggiare il conto con la flessibilità in entrata -"spalmando" la flessibilità su tutto il rapporto di lavoro- con anche la flessibilità in uscita e ritenendo peraltro, così facendo, di esaltare o comunque favorire il contratto a tempo indeterminato e limitando quindi il ricorso ai contratti c.d. flessibili sia di natura provvisoria a carattere subordinato (contratti a tempo determinato) che autonomo (a progetto). In tale maniera, il contratto subordinato a tempo indeterminato sarebbe utilizzato molto di più rispetto a quello determinato; b) dall'altro chi ritiene che sia servito per riequilibrare le due posizioni tra loro in perenne conflitto (lavoratori e datori di lavoro): i primi non possono che sostenere il vecchio art. 18 S.L., dove l'effettività dei diritti dei lavoratori viene garantita solo con la reintegrazione in caso di licenziamento; i secondi, che considerano inadeguata (perché troppo punitiva) la sanzione prevista tra l'altro perché priverebbe il datore di lavoro del fondamentale diritto di libertà di selezionare i suoi collaboratori dopo la scadenza del periodo di prova. Dal contemperamento delle due indicate esigenze scaturisce -seppur nel vasto ambito della più complessa riforma del mercato del lavoro- la riformulazione dell'art. 18; c) in ultimo, chi ancora ritiene che la modifica dell'art. 18 S.L. sia stata principalmente la esecuzione di quanto specificatamente indicato nella lettera segreta, che segreta nei fatti non è stata, inviata in data 5.8.2011 dall'allora Presidente della Banca Centrale Europea Trichet e controfirmata da Draghi (che da lì a poco tempo dopo avrebbe preso il posto del primo) nella quale venivano ritenute essenziali, nella situazione di crisi e per ristabilire la fiducia degli investitori (anche esteri) le specificate misure che -ricordo a tutti noi- prevedeva al punto 1) l'esigenza di riformare il sistema della contrattazione collettiva -e da lì a pochi giorni dopo è stata introdotta la regolamentazione prevista dall'art. 8 l. 14.9.2011 n.148 (i c.d. contratti di prossimità)-, nonché una accurata revisione delle norme che regolano la assunzione ed il licenziamento dei dipendenti, stabilendo un sistema di assicurazione della disoccupazione etc. e non è affatto un caso che a meno di dieci mesi (il primo disegno di legge è di soli sei mesi) sia stata approvata la legge sul mercato del lavoro.

Per voler quindi passare al **come** il legislatore abbia tentato di raggiungere il proprio scopo rappresentato dal perché, non v'è dubbio -quale che sia tra quelle indicati, o eventuali altre ragioni, i motivi di riforma dell'art. 18 S.L.-, che sia incontrovertibile, a tema di smentita -che perverso credo che nessuno possa mettere in dubbio-, che il legislatore del 2012 abbia voluto da un lato **attenuare** il regime sanzionatorio già previsto nella vecchia formulazione (passando, replico, dall'una sanzione a quattro sanzioni in caso di declaratori di illegittimità del licenziamento), dall'altro **individuare** le ipotesi in cui è applicabile ogni sanzione.

Credo che avendo ben chiaro questo "postulato" le risposte poi vengono da sole e sicuramente confliggono con molte teorie, pur apprezzabili anche per lo sforzo argomentativo che sono alla base delle stesse, che ho letto in alcuni saggi o sentito in alcuni convegni che cercano di ricondurre tutti i casi di licenziamento non tanto e non solo nell'alveo delle previsioni contenute nel 1<sup>a</sup> comma dell'art. 18 quanto nel concetto del licenziamento discriminatorio nel non esplicitato, ma altrettanto ovvio presupposto di forzare la norma per consentire ad ogni licenziamento dichiarato invalido da un lato la tutela reintegratoria e risarcitoria (con ciò lasciando del tutto immutata la situazione ante riforma Fornero), dall'altro la possibilità di avvalersi del particolare regime delle prove introdotte in materia.

Ed allora adottando i criteri previsti per l'interpretazione della norma giuridica, così come previsto dall'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale (secondo il quale "*non si può attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*") si dovrà avere come principale criterio per l'interpretazione la volontà del legislatore che, ad onta di tutte le possibili soluzioni che possono essere date per far permanere l'unica tutela e sanzione in precedenza prevista, ha previsto da un lato l'attenuazione della tutela e dall'altro la specialità della sanzione con riguardo alla reintegrazione (nel senso che la reintegrazione potrà avvenire solamente in determinati specificati casi).

Del resto la volontà del legislatore, reso financo palese dalle parole, è altresì evincibile, a tema di smentita, dall'art. 1 (titolato, tra l'altro, *... "disciplina in tema di flessibilità in uscita ...."*) comma 1 della L. 92/2012 dove viene indicato che "*La presente legge dispone misure e interventi intesi a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico in grado di contribuire .....per proseguira al punto c) nella maniera che segue "ridistribuendo in modo più equo le tutele dell'impiego, da un lato .....; dall'altro adequando contestualmente alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento con previsione altresì di un procedimento giudiziario specifico per accelerare la definizione delle relative controversie;" (il sottolineato è mio).*

Quanto indicato dovrebbe bastare a far intendere che l'intenzione, resa palese, del legislatore era quindi -replicasi- quella di attenuare il pregresso regime sanzionatorio, mentre il fatto di aver individuato la sanzione della reintegrazione come quella residuale rispetto al pagamento dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva (e quindi individuare la specialità della stessa) è pacificamente desumibile dalla formulazione del primo comma e dall'"*incipit*" del quinto comma.

Penso che adesso debba spiegarmi meglio per far compiutamente intendere la mia posizione.

Per arrivare a sostenere, contrariamente a quella parte dei commentatori secondo i quali i casi di nullità derivanti da discriminazione previsti nel primo comma dell'art. 1 sono esemplificativi e non tassativi o ancor peggio che ogni invalidità del licenziamento per varie ragioni siano riconducibili alla nullità per discriminazione e quindi come conseguenza alla reintegrazione nel posto di lavoro ed alla conseguente

condanna di cui al secondo comma a titolo risarcitorio, si deve esaminare il dato testuale dei due commi appena riferiti.

Il legislatore, volendo semplificare -pur mantenendo sempre le finalità che si era prefisso- e tenendo conto sia delle pregresse formulazioni che degli insegnamenti della giurisprudenza (significative sono le aggiunte contenute nel 2<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup> comma in materia di risarcimento del danno) ha individuato tutti i casi di nullità ricavabili nel nostro ordinamento e ha voluto dare una tutela unitaria -rappresentata per l'appunto dalla reintegrazione- peraltro estendendola a tutti i datori di lavoro indipendentemente dal dato dimensionale ed ampliandola anche nei confronti dei dirigenti.

A ben vedere con questo comma il legislatore è andato contro tendenza rispetto al principio ispiratore della modifica della disposizione in esame.

Ma certo, la tipizzazione e/o tassatività delle nullità non dovrebbero creare troppi fastidi per il raggiungimento dei fini che tutelano i diritti dei lavoratori (se non per il regime delle prove come dirò tra breve); infatti, alle ipotesi specificatamente elencate e riguardanti la discriminazione - che però la specifica indicazione delle norme ivi riportate dovrebbe in radice escludere l'ampliamento operato da parte dei commentatori della legge- si aggiungono norme di ampio respiro quale quelle riportate in materia di fatto illecito e dagli altri casi di nullità previsti dalla legge.

Per cui discutere in ordine al fatto che la violazione dei divieti indicati nei decreti gemelli del 2003 e precisamente i nn. 215 e 216 comporti la nullità per discriminazione (come in effetti è) o la nullità per violazione di una norma imperativa di legge, credo non sia in verità necessario, data la equiparazione delle conseguenze volute dal legislatore del 2012 (sempre tenendo fuori il regime in materia di onere della prova nel processo).

A meno che non si sostenga, come affermato da alcuni Colleghi, che la eventuale violazione dei suddetti divieti provochi la nullità di diritto comune che non comporta per tale effetto la reintegrazione; ma allora è tutta un'altra situazione e credo che una simile interpretazione -del pari dell'altra che vede come discriminatorio ogni licenziamento adottato- sia palesemente infondata.

I sostenitori di questa seconda teoria la caldeggiano probabilmente fondando la loro propria tesi sul fatto che le conseguenze in caso di atti discriminatori (tra cui il licenziamento) comporti le tutele previste dall'art. 28 D.lgs. 150/2011 (ovverosia la condanna al risarcimento del danno anche non patrimoniale e l'ordine di cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando ogni provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti: il che equivarrebbe a dire che si potrebbe avere una tutela maggiore di quella apprestata dall'art. 18 S.L in quanto oltre alla reintegrazione ed al pagamento del risarcimento dei danni previsti dal 2<sup>a</sup> comma dell'indicata disposizione, il Giudice potrebbe riconoscere anche un risarcimento non patrimoniale oltre a tutte le statuizioni che in quel momento gli dovessero venire in mente per rimuovere gli effetti del licenziamento (come, ad esempio, una condanna pecuniaria per ogni giorno di ritardo in caso di mancata esecuzione del provvedimento di reintegra).

Per proseguire nella confutazione di talune tesi, merita evidenziarne un'altra secondo la quale il legislatore avrebbe, in materia di nullità per motivo illecito, creato una nuova figura che si discosta da quella civilistica.

I sostenitori di tale teoria, invero, fondano la loro tesi sul presupposto che a differenza di quanto previsto nel regime civilistico in base al quale un contratto (per quanto ci riguarda un atto giusta estensione operata dalla giurisprudenza) per considerarsi illecito nei motivi che lo hanno spinto a concluderlo (nel nostro caso ad adottarlo) deve avere le seguenti caratteristiche: deve essere comune alle parti (non necessario evidentemente allorché si tratti di atti unilaterali come nel licenziamento), deve essere determinante e deve essere unico; il legislatore del 2012 ha previsto solamente che per riconnettersi la nullità al motivo illecito questo debba essere determinante e non anche unico.

Tale, infatti, è la forma utilizzata dal legislatore e quindi (quando fa comodo) si dovrebbe prediligere -rendendola in sostanza unica- l'interpretazione della legge secondo la quale questa deve avvenire *"dal significato proprio delle parole (dimenticando però l'ulteriore aggiunta secondo la quale deve avvenire "secondo la connessione di esse")*.

Sicuramente la formulazione utilizzata dal legislatore è palesemente infelice (*""determinato"" da un motivo illecito ""determinante"" ai sensi dell'art. 1345 c.c."*), ma oramai siamo abituati all'insipienza dello stesso (reso ancor più grave dal fatto che è espressione di un Governo che si reputa "tecnico") e si deve rilevare che tutta la legge è costellata da imprecisioni.

In ogni caso, per confutare la teoria indicata basterebbe rilevare che il legislatore ha fatto espresso richiamo all'art. 1345 c.c. che, per l'appunto, prescrive la sussistenza dei suddetti requisiti che devono congiuntamente essere presenti per l'applicabilità della norma.

A tacere del fatto che diversamente si avrebbe una impressionante dilatazione in ordine alla applicabilità della fattispecie che urterebbe con l'intenzione prefissasi dal legislatore del 2012 di limitare la tutela reintegratoria a ben determinati e specificati casi.

Ultimo profilo che mi sento di dover rilevare, a confutazione di altra tesi che pure è stata avanzata da alcuni commentatori della legge in esame, riguarda l'inclusione nell'ambito dei casi di nullità previsti dalla legge -la cui ricorrenza fa apprestare la tutela reintegratoria-, di tutte le norme imperative esistenti in materia lavoristica.

Posto che in materia di diritto del lavoro non riesco invero ad individuare norme che non siano inderogabili (dal ché riempire il "calderone" rappresentato dalla espressione in esame, sarebbe pressoché impossibile facendo rientrare in esso TUTTO il possibile o il verificarsi dell'esperienza umana in materia), far rientrare -come alcuni sostengono- anche quanto disciplinato dall'art. 2106 c.c. -che richiama il concetto di proporzionalità-, mi pare in verità eccessivo.

Partendo dal presupposto che il legislatore non è intervenuto nella modifica della qualificazione giuridica in ordine alle causali di invalidità del licenziamento che rimangono inalterate (almeno con riguardo alla nullità ed alla annullabilità, ma non alla inefficacia avendo aggiunto un altro caso per cui si potrebbe verificare la inefficacia del licenziamento in luogo di quelle previste prima della modifica del 18 S.L.), rimane pacificamente accertato che la insussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo (sia esso soggettivo che oggettivo) comporta la annullabilità del licenziamento.

Non solo, ma con riguardo al licenziamento disciplinare il legislatore ne ha accresciuto, con l'ultima formulazione dell'art. 18 S.L., la ricorrenza (ciò è incontrovertibilmente desunto dalla chiara lettera usata dal legislatore nella formulazione dell'art. 18 S.L. dove addirittura è stato, nell'ultima versione, esaltata la qualificazione disciplinare del licenziamento irrogato per giusta causa o giustificato motivo soggettivo).

Orbene è pacifico che elemento costitutivo ai fini delle legittimità di una (qualsivoglia) sanzione disciplinare sia la proporzionalità tra mancanza contestata e provvedimento irrogato.

Ciò ovviamente vale anche per il licenziamento disciplinare, per modo che la insussistenza del requisito della proporzionalità rende il licenziamento disciplinare invalido.

Orbene dalle formulazioni tutte, nessuna esclusa, che il legislatore ha dato nel tempo nell'art. 18 S.L. che hanno sempre previsto che la invalidità riconnessa alla insussistenza dei requisiti legittimanti il licenziamento disciplinare comporti la annullabilità dello stesso, non si vede come sia possibile -con tutte le dovizie di ragionamento e seducenti argomentazioni- riuscire a scardinare tale incontrovertibile previsione.

Non vedo infatti come questa volta gli stessi commentatori che si attengono al dato testuale per legittimare, come abbiamo visto, la ricorrenza del motivo illecito solo nell'ipotesi del motivo illecito determinante, possano poi omettere di considerare da un lato, che i casi di nullità legittimanti la reintegrazione sono solo quelli espressamente voluti dalla legge, e dall'altro e soprattutto, che la legge qualifica la invalidità conseguente la insussistenza del requisito di proporzionalità come annullabilità.

Lo stesso ragionamento si potrebbe seguire in materia di ingiustificatezza del licenziamento a confutazione delle tesi che vorrebbero riconnettere la applicabilità delle tutele previste dai primi due commi dell'art. 18 S.L. nuovo testo, laddove il licenziamento dovesse essere immotivato, ma il tempo è traditore e non posso sul punto che riportarmi alle considerazioni appena svolte.

Concludo con una brevissima disamina delle norme processuali -e quindi il rito applicabili in materia di licenziamento discriminatorio.

Come è noto in materia di licenziamento discriminatorio ante riforma Fornero il lavoratore poteva giudizialmente impugnarlo o nelle normali forme previste dagli artt.

414 e seg.ti c.p.c. o, nelle ipotesi disciplinate (cioè tutte) con la procedura prevista dagli artt. 702 bis e seg.ti c.p.c. richiamata dall'art. 28 D.lgs 150/2011 (c'è addirittura chi sostiene che l'unica procedura esperibile fosse quest'ultima).

Con l'introduzione della disciplina del rito speciale ai sensi dell'art. 1 commi da 47 e seg.ti l. 92/2012, ci si chiede se il lavoratore possa ugualmente scegliere tra questo rito o quello richiamato dall'art. 28 D.lgs 150/2011.

La risposta è di non facile soluzione e per la verità l'ho affrontata in seno alla Tavola Rotonda che si è tenuta il 26 e 27 ottobre scorso ad Ancona durante il Congresso annuale di AGI (Avvocati Giuslavoristi Italiani) Nazionale di cui mi onoro di fare parte.

Per dare una compiuta risposta, occorre dare soluzione a diversi interrogativi che però, data la ristrettezza del tempo, mi limito a quelli più importanti: innanzi tutto se il nuovo rito introdotto dalla L. 92/2011 sia esclusivo o meno.

Il chiaro dato testuale contenuto nell'art 1 comma 48 della l.92/2012, dovrebbe far propendere per la esclusività del rito laddove si impugni un licenziamento rientrante nelle ipotesi previste dall'art. 18 S.L. (nuovo testo).

Infatti il legislatore ha previsto che: "*La domanda avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento di cui al comma 47 si propone (il sottolineato è mio) con ricorso al tribunale in funzione di giudice del lavoro*".

Con tale espressione, ben diversa ad esempio da quella utilizzata nell'art 702 bis c.p.c. ove è previsto che: "*la domanda può (il sottolineato è sempre mio) essere proposta con ricorso al tribunale competente*", il legislatore quindi ha previsto una tutela sommaria autonoma necessaria ( e quindi non lasciata la scelta al ricorrente tra varie soluzioni, come quella di proporre la domanda ai sensi dell'art 414 c.p.c.) non dissimile da quelle previste ad es. nell'art 28 S.L., nei procedimenti possessori o di affrancamento dell'enfiteusi. Ne consegue quindi la necessarietà del rito e non la mera possibilità di scelta tra il rito c.d. Fornero e quello previsto o dalla l. 533/73 ovvero da quello introdotto dall'art. 28 D.lgs 150/2011.

Dalla necessaria premessa si ricava che ogni tipo di licenziamento al quale si applichi la tutela di cui all'art. 18 S.L. (elementi, questi due, indefettibili perché si possa - anzi, secondo me, si debba- utilizzare il nuovo rito speciale giusta previsione contenuta all'art. 1 comma 47 l. 92/2012 che appunto prescrive che le "*le disposizioni dei commi da 48 a 68 si applicano alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300 .....*" (il sottolineato è mio), debba essere impugnato giudizialmente seguendo il nuovo rito speciale poc'anzi richiamato.

Senza contare poi che si è in presenza di una norma speciale rappresentata dal nuovo rito introdotto dalla l. 92/2012 (che si applica nei limiti ivi previsti), rispetto a quella generale prevista dall'art. 28 D.lgs 150/2011 (che viceversa si applica in qualsiasi controversia in materia di discriminazione) che dovrebbe ulteriormente far indurre nella indicazione fornita.



Sono perfettamente a conoscenza che quanto sto indicando è soggetto a critiche da parte anche -di parte- della Magistratura (si pensi alle regole poste dal Presidente del Tribunale di Firenze che -in accordo con tutti i Magistrati della sezione- ha dato un indirizzo nettamente opposto a quello da me indicato e sposato), ma non ho tempo di approfondire ulteriormente questo aspetto che però ho affrontato funditus in seno della richiamata tavola rotonda e rimando pertanto alla mia relazione scritta per un eventuale maggiore approfondimento (il mio scritto si può trovare sul sito regionale di AGI Lazio sotto l'Osservatorio Legge Fornero nella parte dedicata, per quanto mi riguarda, "pomposamente" alla "dottrina").

Altro problema da affrontare, in uno con quello appena indicato, riguarda il regime delle prove ed in particolare su chi incomba l'onere probatorio in ipotesi di licenziamento illegittimo perché intimato in violazione ai divieti posti in materia di discriminazione (specialmente una volta indicato che il rito applicabile è quello speciale e non quello richiamato dall'art. 28 D.lgs. 150/2011 che oltre alla procedura da seguire stabilisce le regole in materia di prove).

Dalla premessa effettuata ritengo si possa ampiamente legittimare la tesi in base alla quale applicandosi il nuovo rito, si debbano poi seguire le regole ivi previste che sicuramente non ricomprendono quelle indicate nel 4<sup>a</sup> comma dell'art. 28 D.lgs. 150/2011.

Senza contare che l'art. 28 citato, inapplicabile per quanto detto, fissa specificatamente quando, in che misura e con quale modalità possa (rectius: all'epoca: debba) essere promosso -ritenendosi peraltro che protegga solamente le forme di tutela specificate e quindi tipizzate-; dal che se ne potrebbe dedurre che la inapplicabilità del rito dovrebbe far caducare tutto l'impianto ivi previsto anche in materia di prove e dei relativi oneri probatori.

Altra teoria, ovviamente opposta, prevede che quale che sia il rito, comunque il regime probatorio deve rimanere quello previsto dalla citata disposizione anche perché la stessa altro non è che la riproposizione di quella già indicata nell'art. 4 dei D.lgs. 215 e 216 c.p.c..

Nonostante le contrarie tesi, mi sentirei di ritenere -salvo un più meditato approfondimento- che nonostante la esclusività del rito da seguire, il regime in materia di prove e del relativo onere probatorio rimanga quello fissato dalla disposizione più volte richiamata (art. 28 D.lgs. 150/2011).

Naturalmente quanto sinora indicato è valevole solamente per i licenziamenti discriminatori, dal che ne consegue che tutti i licenziamenti esclusi da tale ambito (e quindi quelli ritorsivi o derivanti da motivo illecito, o comunque nulli per violazione di norme imperative di legge) con le precisazioni sopra svolte, debbano seguire il regime normale in materia di onere della prova previsto dall'art. 2697 c.c. (non ci si scandalizzi se non richiamo l'art. 5 della l. 604/66, perché come correttamente ebbe a dire il Prof. Pera, tale ultima disposizione non ha affatto invertito l'onere probatorio, ma ha esaltato il concetto previsto nel primo comma dell'art. 2697 c.c. in materia di "elementi costitutivi del diritto").

Problema a parte riguarda il significato da attribuire *ai dati di carattere statistico*, che secondo me non può prescindere (la parola stessa lo dice) dal risultato matematico dei dati forniti e che quindi devono riguardare la prova della verità di quanto offerto dal lavoratore e non soltanto della verosimiglianza di quanto asserito (del resto il legislatore ha già introdotto questo concetto in materia di licenziamenti collettivi), per poi dopo ribaltare sul datore di lavoro la prova della non discriminazione o delle ragioni legittimanti la eventuale discriminazione.

Non credo, ed anzi reputo fuorviante all'oggetto del presente convegno, sia utile affrontare l'ultimo problema che è di particolare attualità data l'ordinanza emessa in data 21.6.2012 nella nota causa promossa dalla FIOM nei confronti della FIP e successiva sentenza emessa dalla Corte di Appello di Roma del 19 ottobre 2012 (resa con una tempestività non solo incredibile, ma totalmente inusuale) e che riguarda il significato da attribuire alle "convinzioni personali" tutelate non solo dal D.lgs 216/03, ma anche dall'art 15 S.L..

E' chiaro che in quelle riportate cause si è dovuto parlare del significato da riconnettere alla espressione indicata dal legislatore, ma solamente a fronte dell'eccezione svolta dalla difesa della Società convenuta nella prima fase e dalla stessa ripetuta in qualità di appellante nella fase di gravame, poiché è stato sostenuto la inammissibilità del rito promosso dalla OO.SS.; inammissibilità che per le ragioni svolte dovrebbero essere superate dalla vincolatività del nuovo rito introdotto dalla l. 92/2012 sopra specificatamente indicati.

Se viceversa si dovesse continuare a sostenere la ammissibilità del ricorso all'art. 28 D.lgs. 150/2011 e per esso all'art 702 bis del c.p.c. per motivi di discriminazione per motivi politici o di affiliazione sindacale, rimarrebbero valide le opposte tesi che per motivi di tempo rinvio ad altro momento.

Nello scusarmi se sono stato prolisso e soprattutto se ho riferito argomentazioni in maniera superficiale, ringrazio tutti per l'attenzione prestatami.