

Licenziamento discriminatorio. Riflessioni alla luce della Riforma Fornero.

di Rosita Zucaro

A seguito della Riforma in materia di flessibilità in uscita, nel generale depotenziamento della sanzione reintegratoria, una tutela ne risulta, comunque, rafforzata, quella contro i più “odiosi” tra i licenziamenti: i discriminatori.

Infatti la tutela reale piena è riservata - a prescindere dai requisiti dimensionali del datore di lavoro - ai casi in cui il licenziamento venga dichiarato dal giudice o nullo (se discriminatorio o fondato su motivo illecito determinante *ex art.* 1345 Cod. Civ. o irrogato in periodi di irrecidibilità, o negli altri casi di nullità previsti dalla legge), oppure inefficace perché intimato in forma orale.

Il regime sanzionatorio applicato si sostanzia in: 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.

La descritta tutela trova applicazione ogniquale volta il licenziamento risulti effettivamente determinato da motivi discriminatori, indipendentemente dalla motivazione formalmente adottata dal datore di lavoro. Atteso ciò, si traggono due corollari. Il primo: non può essere la giustificazione presentata dal datore di lavoro ad incardinare in modo vincolante l’indagine del giudice verso l’accertamento del difetto che inficia il licenziamento. Ciò ha una notevole importanza quando alla base del recesso ci sia una ragione discriminatoria, poiché è evidente che il datore che licenzia, con tale intendimento, difficilmente lo esplicita, cercando piuttosto di celarlo dietro un’altra motivazione. Il giudice, pertanto, al di là delle giustificazioni addotte, deve ricercare (ovviamente nei limiti dei suoi poteri istruttori, e quindi a condizione che vi sia una domanda, o almeno un’allegazione, del lavoratore in tal senso) la vera ragione alla base del licenziamento, applicando la relativa tutela. Il secondo: un indubbio carattere attrattivo soprattutto sul piano pratico (si veda A. TURSI, *Il nuovo art. 18 dello Statuto dei Lavoratori: una riforma da metabolizzare culturalmente, prima che da interpretare*, in R. ZUCARO e M. FERRARESI a cura di, *I licenziamenti a un anno dalla Riforma Fornero*, Bollettino Speciale ADAPT 2013, n. 21), ma anche dottrinale (si ricorda, in questo senso, l’originale tesi di M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity “all’italiana” a confronto*, in *GDLRI*, 2012, 4, 554-555 volta a considerare come discriminatorio qualsiasi licenziamento ingiustificato, in quanto di per sé illecito; tesi però da più parti criticata), il cui esito è una generale tendenza ad ampliare il novero delle ipotesi di licenziamento fondato su 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, ed 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. Non si dimentichino poi le ulteriori ipotesi di licenziamento discriminatorio riconducibili «agli altri casi di nullità previsti dalla legge» (ex art. 18 co. St. Lav.), come lo stato di sieropositività (ex art. 5 della legge 5 giugno 1990, n. 135).

Oggetto di un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale è il carattere tassativo o meno dell'elenco normativo dei fattori di discriminazione. Secondo parte della dottrina 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 (M. V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *LD*, 2004, 511).

La tesi del carattere esemplificativo, particolarmente rafforzata nel tempo, trae invece uno dei suoi fondamenti nella necessità di interpretare la norma alla luce dell'ordinamento dell'Unione Europea, 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. 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 buon conto è un dibattito la cui importanza si è di certo affievolita, per effetto delle diverse integrazioni via via apportate dal Legislatore, le quali hanno determinato la ricomprensione nel novero della discriminazione di tutte quelle concretamente conosciute. Inoltre, dopo la Riforma Fornero, è una *querelle* interpretativa ulteriormente destituita di attrattiva in quanto, secondo una parte della dottrina, l'interpretazione favorevole alla tassatività non comporta in realtà la creazione di particolari vuoti di tutela e ciò poiché è possibile, per i fattori non tipizzati, fare riferimento all'art. 1345 Cod. Civ., ossia alla presenza di un motivo illecito determinate, che oggi gode espressamente della tutela reale rafforzata.

La questione circa la esaustività o meno dell'elenco potrebbe però rivestire un rinnovato interesse da un punto di vista diverso, cioè quello dell'incidenza sulle due nozioni di licenziamento discriminatorio e di licenziamento determinato da motivo illecito, del requisito del carattere di esclusività del fattore vietato. E' infatti generalmente condivisa l'opinione secondo cui il recesso fondato su motivo illecito, per potersi definire nullo, non deve poggiarsi su altra giustificazione, differente, appunto, dalla finalità illecita. Non altrettanto pacifica la questione per i licenziamenti discriminatori, dove dall'esegesi della legge sembra trarsi la necessità del solo carattere "determinante". Se si ammettesse che il recesso possa avere natura discriminatoria, anche nel caso in cui la differenziazione vietata si affiancasse e si sovrapponesse ad una legittima giustificazione del provvedimento datoriale, ne deriverebbe una ulteriore convenienza ad allargare la nozione di discriminazione vietata oltre i limiti risultanti da una lettura "chiusa" della normativa anti-discriminatoria.

Ad ogni modo l'aspetto che forse oggi appare più problematico attiene all'esatta determinazione della nozione di "discriminazione". Infatti singole ipotesi di discriminazione hanno un contenuto estremamente ampio, come nel caso delle «convinzioni personali»; oppure hanno confini ancora poco definiti: come accade per i nuovi fattori di discriminazione, a partire da quello passato molto velocemente da «fattore emergente» a fattore largamente emerso, l'età (per avere un quadro circa l'attualità del fattore di discriminazione per età si veda H. HEJNY e R. ZUCARO, *La staffetta giovani-anziani e la discriminazione per età*, in *Boll. Speciale ADAPT*, 2013, n. 14); 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 (cfr. Tribunale di Milano, ordinanza del 11 febbraio 2013, in R. ZUCARO e M. FERRARESI a cura di, *I licenziamenti a un anno dalla Riforma Fornero*, cit.). Il rischio è che

un'estensione eccessiva di tali fattispecie possa contrastare e, nei fatti, inficiare il sistema di tutele graduate introdotto con la Riforma Fornero e, con esso, la *ratio* ad essa sottesa.

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 A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi, tutele*, in *Tratt G*, Cedam, 2010, 55, il quale richiama la tesi già espressa da T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, F. Angeli, 1974, 120 ss; E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *GDLRI*, 1979, 348), 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 ad 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. Di converso, la giurisprudenza ha continuato a subordinare l'accertamento della discriminazione alla prova dell'intento discriminatorio, inteso come «profilo psicologico dell'atto» datoriale (così 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. 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). L'orientamento giurisprudenziale sembra doversi ricondurre anche alla persistente difficoltà di separare i due concetti di discriminazione e di motivo illecito (che oggi però può essere ritenuta questione superata attesa la distinzione attuata dalla Riforma che li elenca separatamente); oltre che dalla circostanza che la casistica giurisprudenziale è dominata dai licenziamenti a scopo ritorsivo, mentre rare sono le altre fattispecie di licenziamento discriminatorio (per approfondimenti sul punto, si veda M. T. CROTTI e M. MARZANI, *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, in M. MAGNANI e M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, 2012, 226).

E' evidente che la rilettura del licenziamento discriminatorio *ex art. 18 St. Lav.*, alla luce 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 graduate tutele introdotte dal Legislatore 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 ad 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 ad oggi un po' ai margini e, in tale ottica, si può già sottolineare il profilarsi di un aumento della casistica giurisprudenziale (si veda, 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*, 2013, n. 2 e riportata in estratto in M. FERRARESI e R. ZUCARO (a cura di), *I licenziamenti ...*, cit.), cui potranno presumibilmente connettersi nuovi e imprevedibili sviluppi.

Rosita Zucaro

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