

SAGGI

Marzia Barbera (*)

IL LICENZIAMENTO ALLA LUCE DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO (**)

SOMMARIO: 1. L'identificazione della fattispecie. I divieti di discriminazione sono i «soldati di Salamina»? — 2. Cos'è discriminazione: verso un'apertura controllata del sistema antidiscriminatorio. — 3. La tesi del licenziamento discriminatorio perché ingiustificato. Critica. — 4. Discriminazione e motivo illecito. Discriminazione e giustificazione. — 5. Accertamento della giustificazione e accertamento della discriminazione. Chi prova che cosa. — 6. Discriminazione e giustificazione tipica. Il problema del licenziamento di rappresaglia o ritorsione e le posizioni della giurisprudenza. — 7. Un caso di falsa interpretazione estensiva dei divieti di discriminazione: i licenziamenti di rappresaglia o ritorsione per motivi sindacali. La rappresaglia o ritorsione come fattispecie tipica di discriminazione. — 8. Un caso di vera interpretazione estensiva: il licenziamento per rappresaglia o ritorsione dovuto a motivi atipici come ipotesi di discriminazione-molestia.

1. — *L'identificazione della fattispecie. I divieti di discriminazione sono i «soldati di Salamina»?* — L'osservazione che, in passato, ha accompagnato costantemente le analisi della legislazione antidiscriminatoria – vale a dire la sua scarsa giustiziabilità e, di conseguenza, la sua sostanziale irrilevanza – può ormai considerarsi un luogo comune nel senso più proprio del termine, vale a dire un'opinione che, «essendo ritenuta una ovvietà, non richiede alcuna prova né ci si attende che sia sottoposta a critica o falsificazione», e che, perciò, «resiste perfino all'evidenza, con cui comunque viene raramente confrontata» (1). Esiste, infatti, un *corpus* consistente di sentenze di giudici di merito, reperibile senza eccessive difficoltà, che fornisce al suddetto luogo comune una forte evidenza contraria (2). Esso costituisce,

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Brescia.

(**) Una versione ridotta di questo scritto è destinata agli studi in memoria di Gianni Garofalo.

(1) Così *Wikipedia*, in una delle voci più ironiche e paradossali di questa straordinaria enciclopedia virtuale: come avverte l'epigrafe, infatti, le stesse definizioni fornite dell'espressione luogo comune «sono luoghi comuni, allorché pretendono di confutarli».

(2) Per una raccolta ragionata di una sessantina di casi v. A. Guariso (a cura di), *Senza distinzioni. Quattro anni di contrasto alle discriminazioni istituzionali nel Nord Italia*, in *Quaderni di Apn*, n. 2, 2012.

insieme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle Direttive degli anni 2000, una forma non più embrionica ma in atto di teoria giurisprudenziale della discriminazione, dalla quale la riflessione dottrinale non può ormai prescindere.

È vero, tuttavia, per quel che riguarda la giurisprudenza nazionale, che i casi decisi hanno riguardato finora, prevalentemente, la discriminazione razziale ed etnica o legata alla nazionalità di stampo istituzionale, vale a dire messa in atto da decisori pubblici (amministrazioni locali, di massima) più che da decisori privati. Ed è vero anche che controversie di questo genere sono arrivate in Cassazione soltanto due volte e per questioni legate al rito e alla giurisdizione, a causa delle caratteristiche che lo speciale procedimento cautelare previsto per queste ipotesi di discriminazione ha avuto fino alla riforma del 2011; caratteristiche che hanno disincentivato le parti a introdurre il giudizio di merito (3). Questo ha contribuito a mantenere le controversie in tema di discriminazione in qualche modo lontane tanto dalle vicende cui i cultori del diritto del lavoro s'interessano maggiormente, quanto dai livelli più alti della giurisdizione.

(3) Si tratta del d.lgs. n. 150/2011, che ha ricondotto alcuni procedimenti speciali dal procedimento sommario di cognizione a uno dei tre modelli processuali previsti dal codice di procedura civile, insieme al rito del lavoro e a quello ordinario. Il rito di cui agli art. 4 dei d.lgs. n. 215 e n. 216, inquadrabile – secondo quanto chiarito dalla Cassazione stessa – nel procedimento cautelare uniforme di cui agli artt. 669-*bis* ss. cod. proc. civ. (si veda, in questo senso, Cass., Ss.Uu., 7 marzo 2008, n. 6172), si concludeva, in fase di opposizione, con un'ordinanza immediatamente esecutiva insuscettibile di passare in giudicato, dovendosi, al fine di ottenere una pronuncia avente effetti di cosa giudicata, istaurare il giudizio di merito; cosa che le parti non erano incentivate a fare per la potenziale moltiplicazione dei procedimenti (primo grado e reclamo cautelari/primo grado e secondo grado di merito). Le cose sono cambiate – come si diceva – con l'entrata in vigore dell'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011, che ha disposto che le controversie in materia di discriminazione per motivi, fra l'altro, di nazionalità di cui all'art. 44 del d.lgs. n. 286/1998, per motivi etnico-razziali di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 215/2003, per motivi di credo religioso o convinzioni personali, età, disabilità (anche extralavorativa *ex* legge n. 67/2006) o orientamento sessuale di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 216/2003, per motivi di genere nell'ambito dell'offerta di beni e servizi di cui all'art. 55-*quinquies* del Codice per le pari opportunità, saranno regolate dal rito sommario di cognizione di cui al Capo III-*bis* del Titolo I del Libro IV cod. proc. civ. (art. 702-*bis*, *ter* e *quater*). Avverso l'ordinanza emanata in primo grado dal giudice monocratico potrà essere presentato ricorso alla Corte d'Appello entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notifica. L'ordinanza della Corte d'Appello potrà essere impugnata dinanzi alla Cassazione. La principale novità, dunque, parrebbe costituita dal fatto che l'ordinanza emessa dal giudice monocratico, se non appellata, passa in giudicato. Restano invece ferme le disposizioni relative al procedimento cautelare regolato dall'art. 38 del Codice di pari opportunità in riferimento alle discriminazioni di genere, destinato a chiudersi ancora con un decreto che non produce gli effetti di cui all'art. 2909 cod. civ.

Le cose sembrano destinate a cambiare rapidamente, sia per la rilevanza assunta da alcune recenti applicazioni del diritto antidiscriminatorio ai rapporti di lavoro interprivati (mi riferisco al caso deciso dal Tribunale e dalla Corte d'Appello di Roma riguardante una discriminazione collettiva per ragioni sindacali) (4), sia per uno degli effetti (voluti) della recente riforma del sistema di sanzioni del licenziamento illegittimo, vale a dire l'improvvisa rarefazione del livello più alto della tutela del posto di lavoro: quella della stabilità reale piena.

Il nuovo testo dell'art. 18 riserva, infatti, ormai solo ai licenziamenti discriminatori, insieme a quelli viziati da altre cause di nullità o da motivo illecito, «la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro» (5).

La tecnica utilizzata dal legislatore è di definire il licenziamento discriminatorio rinviando a un elenco di norme, che a loro volta rinviano ad altre ancora, ma omettendone altre, in particolare quelle che definiscono espressamente come discriminatori i licenziamenti per ritorsione legati a motivi tipici, cosicché anche l'ambito di applicazione della tutela reintegratoria rimane testualmente non definito. Il che non significa, tuttavia, che non sia definibile. Così come, prima della riforma, l'art. 18 rinviava ad altra legge per stabilire quali fossero i licenziamenti invalidi, mentre gli effetti che si producevano in caso d'invalidità discendevano automaticamente dalla legge stessa (6), allo stesso modo la graduazione delle sanzioni attuata dalla riforma non ha causato una ridefinizione delle diverse fattispecie di recesso illegittimo o illecito, poiché non ne ha modificato i profili di disciplina sostanziali (7).

(4) Vd. Tribunale Roma 21 giugno 2012, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, p. 355; Corte d'Appello Roma 19 ottobre 2012, inedita, a quanto consta, reperibile all'indirizzo http://www.asgi.it/public/parser_download/save/corte_appello_roma_19102012.pdf.

(5) Ciò realizza l'estensione della reintegrazione anche al di fuori del campo di applicazione dell'art. 18 (era già così per il licenziamento discriminatorio, ma non per altri casi di nullità). Viene dunque meno quella distinzione tra nullità di diritto speciale e nullità di diritto comune che ha dato luogo a non pochi problemi interpretativi (così M.V. Ballestrero, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 460). Nello stesso senso P. Chieco, *Il licenziamento nullo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, in corso di pubblicazione.

(6) Cfr. M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1980, p. 150.

(7) Si tratta del combinato degli articoli: 15 Stat. lav.; 3, legge n. 108/1990; 5, comma 5, legge n. 135/1990; 43 e 44 del T.U. sull'immigrazione; 2 e 4-bis, d.lgs. n. 215/2003; 2, 4 e 4-bis, d.lgs. n. 216/2003; 2, d.lgs. n. 145/2005; 25, 26, 35, 41-bis e 55-ter, d.lgs. n. 198/2006; 3 e 54, d.lgs. n. 150/2011.

È, dunque, non solo al nuovo testo dell'articolo, ma al coordinamento della serie di norme relative a divieti di discriminazione esistenti nel nostro ordinamento (i quali coprono *qualsiasi discriminazione* messa in atto prima o nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro e dunque anche il licenziamento) che bisogna rivolgere l'attenzione per identificare la fattispecie di licenziamento discriminatorio assistita dal regime della reintegrazione piena; e l'esito di questa operazione conduce al risultato che detta fattispecie include il licenziamento dovuto a motivi politici, religiosi e legati alle convinzioni personali, razziali, di lingua, colore, ascendenza o origine nazionale, provenienza regionale, condizione di straniero, genere, gravidanza, maternità e paternità (anche adottive), matrimonio, condizioni familiari, handicap, affezione da Hiv, età, orientamento sessuale, transessualità, nonché il licenziamento per ritorsione riconducibile ai suddetti motivi (8).

(8) Va ricordato che già con sentenza 22 gennaio 1987, n. 17, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, p. 431, la Corte Costituzionale, richiamandosi alla sentenza n. 204/1982, ha affermato, in riferimento ai licenziamenti discriminatori, che «l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, nell'ambito della disciplina del rapporto di lavoro, non è né speciale né eccezionale ma dotato di forza espansiva che lo rende riferibile e applicabile anche a casi diversi da quelli in esso contemplati e tuttavia a essi però assimilabili sotto il profilo della identità di *ratio*». Ci si è chiesti quanto questo schema interpretativo possa trovare ancora applicazione, e, in proposito, la dottrina (a prescindere dalla posizione, critica o adesiva, assunta sul punto) tende, per lo più, a ritenere in atto un processo di «emarginazione», quando non di «sgretolamento», del principio della reintegrazione (cfr. P. Alleva, *Proposta di emendamenti al d.d.l. sul mercato del lavoro, in particolare in tema di flessibilità in uscita*, in www.dirittisocialiecittadinanza.it, 17 aprile 2012, p. 2; M. Magnani, *Genesi e portata di una riforma del lavoro*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, p. 12; C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 552; P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al Convegno nazionale del Centro studi «Domenico Napoletano» su «Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro», Pescara 11-12 maggio 2012, in <http://www.pietroichino.it>, p. 9; M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 615; A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, p. 437; T. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, 2012, p. 53; vanno, comunque, registrate anche posizioni di segno opposto: di «capacità espansiva della reintegrazione» parla, ad esempio, O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, 2012, p. 12). In realtà, mentre, nonostante il riassorbimento delle ipotesi di reintegrazione derivante da «nullità di diritto comune» nelle previsioni del comma 1 dell'articolo 18, è dubbio che possa ancora parlarsi di «forza espansiva» della norma, il carattere residuale o meno della tutela reale dipenderà in larga parte da come la giurisprudenza ricostruirà le nozioni di «insussistenza» e «manifesta insussistenza» del fatto e dalla sua attitudine

Nei casi, invece, di licenziamento ingiustificato (lungo uno spettro che va dalla manifesta insussistenza del fatto alla mancata indicazione dei motivi, passando per l'insufficiente giustificazione), la sanzione è ora graduata fra un massimo della cd. reintegra debole (annullamento, reintegrazione e indennità risarcitoria) e un minimo della cd. tutela indennitaria debole (indennità pari a sei mensilità di retribuzione).

È un timore tutt'altro che infondato che questa improvvisa fortuna della tutela antidiscriminatoria possa comportare un prezzo alto in termini di tutela complessiva dei diritti in gioco, e anzi del modo stesso di concepirli. Che i divieti di discriminazione diventino i «soldati di Salamina» (9), i difensori ultimi dei diritti assoluti della persona in gioco nelle vicende che pongono fine a un rapporto di lavoro, implica un'inaccettabile riduzione degli altri diritti al rango di meri interessi patrimoniali e implica anche una perdita di senso della funzione propria della tutela antidiscriminatoria, che si situa su un piano di sostegno ma non di sostituzione della tutela assicurata dai diritti fondamentali sostanziali. A tale rango appartiene anche il diritto al lavoro nella sua particolare accezione di diritto a non subire un licenziamento ingiustificato (10), in particolare dopo il suo espresso riconoscimento a opera dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali Ue, che segue quello operato dall'art. 24 della Carta sociale europea e dalla Convenzione Oit n. 158/1982 (11).

ad allontanarsi o meno dalle tipizzazioni di giustificato motivo e giusta causa sedimentatesi in questi anni (si veda in questo senso anche F. Carinci, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore e il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, 15 ottobre 2012, ord.)*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, pp. 907 ss.; A. Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 Stat. lav. Ratio e aporie dei concetti normativi*, *ivi*, 2012, pp. 800 ss.).

(9) «Soldati di Salamina», nel libro di Javier Cercas dal titolo omonimo, sono gli eroi (spesso dimenticati) cui si affidano le sorti ultime delle comunità in pericolo (*Soldati di Salamina*, Guanda, Milano, 2002).

(10) Così Corte Cost. 4 dicembre 2000, n. 541, in *Mass. giur. lav.*, 2001, p. 203, con nota di A. Sbrocca (licenziamento in periodo di prova); Corte Cost. 6 febbraio 2003, n. 41, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 218, con nota di N. Ghirardi (ammissibilità referendum su art. 18); Corte Cost. 10 febbraio 2006, n. 56, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 505 ss., con nota di A. Vallebona (licenziamento docenti fuori ruolo).

(11) Sulla natura di diritto fondamentale del diritto alla sussistenza di una giustificazione del recesso cfr. anche M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 549 ss.; G. Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, *ivi*, 2012, pp. 625 ss.; V. Speciale, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, 2012, p. 9.

Come si ricorderà, una delle ipotesi di cui si è discusso maggiormente nel dibattito che ha preceduto la riforma era quella di lasciare quale filtro dei licenziamenti per motivo economico esclusivamente il loro costo per l'impresa, consentendo al datore di lavoro di licenziare (indennizzandolo) il lavoratore al di fuori da ogni controllo del giudice ove egli avesse valutato che la perdita da attendersi dalla prosecuzione del rapporto superasse l'insieme dei costi, diretti e indiretti, connessi al licenziamento. Il venir meno del sindacato giudiziale sulle scelte economico-organizzative dell'imprenditore avrebbe consentito, secondo questa prospettiva, di escludere dalle vicende relative al recesso economico un soggetto – il giudice – che, per il fatto di non essere competente di gestione aziendale e di non sopportare il costo dei propri errori di valutazione, avrebbe rivestito di fatto, impropriamente, il ruolo di supervisore della correttezza economica dell'operato dell'imprenditore e, proprio per il difetto di competenza specifica, avrebbe adottato giudizi quanto mai aleatori (12).

In realtà, come è stato già osservato, è dubbio che il giudizio sulla ricorrenza del g.m.o. sia stato effettuato in passato dai giudici esclusivamente sulla base di un implicito calcolo di convenienza alla prosecuzione del rapporto di lavoro per il datore di lavoro, essendo influenzato, piuttosto, da altre considerazioni di giustizia più propriamente normativo-prescrittive e indipendenti da considerazioni di sola efficienza, quali l'esigenza di tutelare il reddito vitale e la dignità stessa della persona, messi in forse proprio dal recesso (13).

Ma ciò che, forse, non è stato colto fino in fondo è che quella proposta, che in buona sostanza affidava alla volontà della parte datoriale il mantenimento o meno del vincolo contrattuale, non implicava solo la fine del sindacato giudiziale ma una vera e propria «denormativizzazione» del licenziamento, se è vero che il test decisivo perché si possa parlare dell'esistenza di una norma giuridica è che vi sia «*a rule existing independently of the will of the parties*» (14) e la possibilità che un'agenzia diversa dalle parti (in particolare della parte obbligata) possa aggiudicare una disputa, dando concretezza all'imperatività della norma e assicurando così certezza al diritto. È singolare che nella polemica sull'ampiezza eccessiva che la discrezionalità giudiziale

(12) Cfr. P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 439 ss.

(13) Vd. M. Novella, *Dubbi e osservazioni critiche sul principio di insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore*, nota a Cass. 9 marzo 2004, n. 4790, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, pp. 791 ss.

(14) H. Lauterpacht, *The Function of law in the international community*, Clarendon Press, Oxford, 1933, ripubblicato nel 2000 da The Lawbook Exchange, pp. 419-420.

le avrebbe nel nostro sistema, polemica che ha accompagnato questa riforma (ma anche altre riforme degli anni scorsi) (15), sia rimasto in ombra come altre soluzioni delle controversie, quali quelle che, assegnando alla volontà di una parte la soluzione del caso, implicino un grado sicuramente maggiore di imprevedibilità e arbitrarietà dello stato delle cose finale.

Questa sostanziale «denormativizzazione» del recesso, come si è detto, non ha avuto luogo, ma è certo che il passaggio a un sistema di sanzioni graduate implica anche il passaggio a una graduazione del giudizio di disvalore riservato al recesso privo dei presupposti previsti dalla legge. Se non si può più parlare di «denormativizzazione», si può parlare di aumento dell'incertezza giuridica, di appannamento dei confini fra lecito e illecito: conseguenza, ad esempio, della comparsa di distinzioni come quella fra fatto «insussistente» e «manifestamente insussistente».

Che oggi le ragioni del licenziamento continuino sì a essere apprezzate dal giudice, ma con esiti radicalmente diversi a seconda della natura di tali ragioni, si spiegherebbe con il fatto che, mentre nei casi previsti dai commi 1, 2, 3 e 4 dell'art. 18 (licenziamento discriminatorio, licenziamento disciplinare) sarebbero in gioco diritti fondamentali della persona o la sua onorabilità, nel caso del licenziamento economico sarebbe in gioco «*soltanto* un interesse economico-professionale» (16). Il ritenere che *anche* la perdita ingiustificata del posto di lavoro leda un diritto fondamentale, e che dunque anche in questo caso la tutela debba essere una tutela ispirata alla piena riparazione del diritto leso, sarebbe espressivo di una concezione «proprietaria» del posto di lavoro (17).

Non condivido questo modo di impostare i termini della questione di quali siano i beni in gioco in un licenziamento. L'idea che il licenziamento *ingiustificato* leda di per sé un diritto fondamentale non si pone nella dimensione vetusta, si potrebbe dire quasi premoderna, dei diritti di proprietà (la *job property*), ma in quella, del tutto attuale, dei diritti che attengono all'autonomia della persona. All'interno di quest'orizzonte di riferimento, la perdita ingiustificata del lavoro non pare sufficientemente compensata

(15) Si pensi alle disposizioni dell'art. 30 della legge n. 183/2010, le quali stabiliscono che in caso di applicazione di clausole generali, comprese le norme in tema d'instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri del datore di lavoro, trasferimento di azienda e recesso, «il controllo giudiziale è limitato esclusivamente all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente».

(16) Cfr. P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, cit., p. 11 (il corsivo è di chi scrive).

(17) *Ivi*, p. 12.

da un mero (e talvolta davvero modesto) indennizzo pecuniario, perché il lavoratore o la lavoratrice non stanno perdendo unicamente la loro fonte di reddito, stanno perdendo anche un progetto di autonomia, un disegno di sviluppo della propria personalità e delle proprie capacità sia in ambito individuale che collettivo.

La giurisprudenza della nostra Corte Costituzionale sul carattere costituzionalmente necessitato del solo principio della giustificazione, e non anche di un sistema di garanzie reali di detto principio (18), va dunque profondamente ripensata, anche alla luce dei principi europei di proporzionalità, efficacia e dissuasività delle sanzioni. Peraltro, questi stessi principi richiederebbero di essere coerenti anche nell'adozione della *liability rule*, che si declina secondo scelte che sono sempre di natura collettiva (19). La *liability rule* non solo impone una valutazione (sia pure presuntiva) del valore che un certo bene riveste quanto più possibile vicino al valore reale che esso ha per la persona offesa, ma include anche strumenti come i danni punitivi (di cui non vi è traccia nella riforma), che hanno una funzione che va oltre il ristoro del danno individuale, avendo come scopo anche la riaffermazione dei principi e delle regole dell'ordinamento violate, soprattutto in caso di lesione dei diritti fondamentali.

Questa dimensione *prescrittiva* forte della disciplina legale del licenziamento sembra essersi ritratta alle sole disposizioni che riguardano il licenziamento discriminatorio: l'unico, considerata l'astrattezza delle altre ipotesi di nullità e di motivo illecito, che rinvii espressamente alla tutela dei diritti della persona.

C'è il rischio, allora, che si sia tentati di sostenere che qualsiasi licenziamento arbitrario sia discriminatorio, perché la posta in gioco sarà molto alta, trattandosi della possibilità di accedere o meno alla reintegrazione piena del diritto leso (salvo prova contraria, le «altre ipotesi di nullità» e il motivo illecito sembrano avere una funzione residuale, in qualche caso, come si dirà, foriera di gravi fraintendimenti).

Se questa tendenza a diluire il significato proprio della tutela antidiscriminatoria si affermasse (e vi è già qualche segnale in questo senso), essa perderebbe la sua fisionomia e la sua forza.

La *ratio* della specialità della tutela antidiscriminatoria e, al tempo stesso, della singolare efficacia dei suoi strumenti applicativi, risiede nel particolare disvalore attribuito a disegualianze che nascono da caratteristiche

(18) V. ancora Corte Cost. 6 febbraio 2003, n. 41, cit.

(19) Vd. G. Calabresi, A.D. Melamed, *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral*, in *Harvard law rev.*, 1972, p. 1090.

costituenti l'identità soggettiva della persona e nel riconoscimento del carattere *sistematico* delle forme di discriminazione espressamente menzionate, che rendono tali distinzioni qualitativamente diverse da comportamenti scorretti e da distinzioni arbitrarie, ingiustificate o ingiuste che possono colpire occasionalmente e in modo indistinto *tutti i lavoratori*.

La discriminazione non è assimilabile ad altre ipotesi di arbitrarietà o illiceità della condotta perché consente, per il suo rinvio a dati di tipicità sociale, di fare ragionamenti comparativi di giustizia e, nell'evoluzione più recente della fattispecie discriminatoria, quella discriminazione-molestia, di contrastare comportamenti che siano intimidatori, ostili, degradanti, umilianti, offensivi, per la persona e comunque lesivi della sua dignità.

I divieti di discriminazione hanno, dunque, una capacità diagnostica loro propria, che è ignota ad altre tecniche di controllo dell'esercizio dell'autonomia privata e dei poteri pubblici. L'elenco dei fattori vietati rivela immediatamente l'esistenza di fenomeni storici di stigmatizzazione e di negazione del valore intrinseco della persona umana; rinvia a strutture politiche e sociali diseguali, a una riconoscibile disparità di potere, di capacità di rappresentanza degli interessi di gruppo e di forza di mobilitazione; a situazioni radicate di svantaggio e vulnerabilità sociale. Si tratta di fenomeni di disuguaglianza strutturale, diversi dagli svantaggi sporadici e transitori o dagli arbitri che possono colpire chiunque ed essere il prodotto di circostanze fortuite o di decisioni isolate. Infine, poiché il superamento della discriminazione avviene attraverso il ristabilimento di condizioni di parità nell'accesso o nella conservazione dei beni, dei vantaggi o delle opportunità presi in considerazione, i divieti di discriminazione assolvono anche a una funzione, in senso lato, redistributiva.

Se si considera tutto ciò, è agevole comprendere come, in tutti i casi di discriminazione, il giudice si trovi a esercitare un sindacato diverso dal mero sindacato di legittimità. Quello che abilita il giudice a esercitare un controllo severo delle scelte pubbliche e private, di tipo antimaggioritario, è il carattere *sospetto* che tali scelte assumono quando riguardano gruppi sociali sistematicamente svantaggiati, mettendo in gioco la pari dignità delle persone.

Ed è sempre il carattere strutturale, sistematico delle discriminazioni, la loro tipicità sociale, a legittimare un regime della prova alleggerito e a rendere «verosimile» la prova statistica, a richiedere forme specifiche di rimedi restitutori e inibitori (come i piani di azione positiva e di rimozione delle discriminazioni), a consentire il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale anche in funzione dissuasiva e in assenza di colpa, a istituire forme collettive di legittimazione ad agire.

Tutto ciò costituisce un sottosistema normativo avente caratteri distintivi propri che occorre non forzare, pena, come si è detto, la perdita della sua *ratio*, della sua tenuta sistematica e della sua stessa legittimità. Né vale a smentire la specificità di tale sottosistema una persistente asimmetria di tutela tra i vari fattori di discriminazione, dovuta al diverso campo di applicazione dei divieti e alla diversa ampiezza delle deroghe e delle giustificazioni ammesse. Del sottosistema, il diritto antidiscriminatorio presenta le caratteristiche tipiche, che sono quelle dell'ispirarsi a una finalità unitaria e dell'avvalersi di tecniche normative tendenzialmente simili (20).

2. — *Cos'è discriminazione: verso un'apertura controllata del sistema antidiscriminatorio* — Quanto detto finora non deve essere inteso come un arroccamento in posizioni «originaliste». È difficile non riconoscere che il sistema antidiscriminatorio conosce esso stesso un'evoluzione verso forme d'illecito che rinviano a giudizi di tipo assoluto e un'apertura a forme non espressamente tipizzate di discriminazione.

Mi riferisco, in particolare, alla nozione di discriminazione accolta dalle direttive di nuova generazione, che tende ad andare oltre la struttura tradizionalmente relazionale della tutela antidiscriminatoria, nonché alle disposizioni in tema di eguaglianza e non discriminazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 20-26), che, oltre a sanzionare forme nuove di discriminazione (come quelle basate sulle caratteristiche genetiche) e a richiamare, con il riferimento alle discriminazioni basate sul patrimonio e la nascita, la formula aperta utilizzata dalla nostra Carta costituzionale all'art. 3 (condizioni sociali), apre l'elenco di quelle esplicitamente sanzionate con l'espressione «in particolare», che fa propendere per il carattere non tassativo ma esemplificativo di tale elenco.

È agendo su queste due aperture del sistema che può giungersi a un'estensione in via interpretativa dei divieti tipizzati ad altre ipotesi di uso arbitrario del potere di recesso, a patto che tale apertura sia guidata dal controllo argomentativo.

Penso, soprattutto, al concetto di *discriminazione-molestia*, introdotto dalle direttive europee di nuova generazione in relazione non solo al sesso ma a tutti i fattori vietati e recepito poi in tutti gli ordinamenti nazionali. Secondo il legislatore, le molestie sono da considerarsi discriminazioni, e

(20) Per un'analisi più dettagliata di tali profili si rinvia a M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. XXXI ss.

perciò vietate, quando si sostanziano in un comportamento indesiderato, adottato per uno dei motivi vietati e «avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo». Qui l'attenzione della legge è tutta sull'idoneità dell'atto a ledere il bene protetto, senza la necessità di instaurare un confronto con la situazione di altri soggetti, in quanto ciò che è in gioco è la violazione della dignità umana dei soggetti tutelati.

Allo stesso risultato l'interprete può arrivare sulla base di un uso accorto dell'interpretazione estensiva o analogica, di cui si discuterà nelle pagine finali di quest'articolo. Ci si troverà, nel far questo, a camminare su uno stretto crinale, in cui, da una parte, vi sono bisogni di tutela da atti arbitrari non più pienamente soddisfatti dalla normativa di carattere sostanziale e che la tecnica antidiscriminatoria potrebbe viceversa accogliere; dall'altra parte, esigenze di coerenza sistematica che portano a preservare i confini della fattispecie tipica denominata «discriminazione», affidandone l'ampliamento a un processo interpretativo controllato sotto il profilo funzionale.

3. — *La tesi del licenziamento discriminatorio perché ingiustificato. Critica* — I rischi di una perdita di senso della tutela antidiscriminatoria sono evidenti anche nella discussione insorta intorno alla tesi che suggerisce di considerare come discriminatorio qualsiasi licenziamento ingiustificato. Mi riferisco, in particolare, alla posizione espressa da Maria Teresa Carinci, secondo la quale la discriminazione va ricostruita come ipotesi d'illiceità della causa, intendendo per causa non gli effetti tipici dell'atto, ma «gli interessi concreti che tramite quegli effetti si vogliono soddisfare» (21). Se il licenziamento, che è un atto connotato da una finalità tipica, non persegue gli unici interessi protetti dall'ordinamento (riassumibili nell'esistenza di una causa di giustificazione tipica: g.c. o g.m.), allora dovrà dirsi che il licenziamento ha una causa illecita ed è pertanto discriminatorio. Peraltro, l'Autrice specifica che «nel caso dei negozi unilaterali – com'è l'atto di licenziamento – causa e motivi finiscono per confondersi», con le ulteriori precisazioni che a produrre la nullità dell'atto è necessario che il motivo illecito sia determinante, ma non anche che sia comune e neppure che sia esclusivo (affermazione, quest'ultima, di cui non si comprende bene il senso, posto che, nella prospettazione dell'Autrice, il motivo illecito non può convivere con una finalità tipica perché l'uno implica l'assenza dell'altra) (22) e che i divieti di

(21) Cfr. M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit., p. 555.

(22) Sulla necessità di provare che il motivo illecito, oltre che determinante, sia anche esclusivo, si attesta, invece – come si vedrà –, la giurisprudenza prevalente.

discriminazione – in quanto patologie della causa – rilevano sul piano oggettivo, a prescindere dal motivo soggettivo o psicologico che ha indotto il datore di lavoro a porre in essere l'atto.

Dunque, ingiustificato coinciderebbe con discriminatorio, con due ulteriori corollari: il primo è che le varie ipotesi di licenziamento discriminatorio costituirebbero specificazione della più ampia fattispecie del licenziamento viziato da motivo illecito; il secondo, che la nozione di discriminazione non rinvierebbe più soltanto ai divieti di discriminazione espressi, poiché questi avrebbero assunto «una portata esemplificativa e non tassativa». Più precisamente, la mancanza di una giustificazione tipica non può che collegare il recesso «a caratteristiche, opinioni, scelte della persona del lavoratore prive di attinenza con la prestazione lavorativa». Il che, si sostiene, rispecchierebbe l'evoluzione dell'ordinamento: l'inclusione, accanto ai fattori classici di fattori nuovi, come l'handicap, l'età, l'orientamento sessuale, le convinzioni personali del lavoratore, avrebbe «già dilatato il novero degli interessi vietati fino a ricomprendervi qualunque finalità, oggettivamente perseguita, diversa da quelle positivamente ammesse dall'ordinamento» (23).

La tesi dell'assimilazione del licenziamento ingiustificato al licenziamento discriminatorio non ha trovato finora molti consensi (24). Ciò non toglie che sia una tesi concettualmente attraente, come accade spesso con le tesi costruite su una logica binaria. L'equiparazione «non giustificato» uguale «discriminatorio» sembra essere intuitiva, senza dire che costruisce un'allettante via di fuga verso la stabilità reale sul piano della prassi giudiziaria. Tuttavia è una tesi che non pare possibile accogliere; il rapporto fra *giustificazione e discriminazione non è un rapporto binario*: non ogni licenziamento ingiustificato è, per ciò stesso, discriminatorio e, d'altra parte, non può escludersi neppure che un licenziamento sia discriminatorio solo perché sussiste una giustificazione tipica.

Rare, ma comunque da registrare, le pronunce che richiedono anche che il motivo sia comune alle parti: Cass. 1° febbraio 1988, n. 868, in *Giust. civ.*, 1988, p. 1533.

(23) Cfr. M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit., pp. 554-555.

(24) Fra le opinioni critiche espresse al riguardo, vedi V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, p. 546; O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 11; M.V. Ballestrero, *Declinazioni di flexicurity*, cit., p. 458; T. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, cit., p. 56. 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*, Cedam, Padova, 2013, pp. 21 ss. In senso adesivo, invece, M. Fezzi, *I licenziamenti discriminatori*, in M. Fezzi, F. Scarpelli (a cura di), *Guida alla riforma Fornero*, in *I quaderni di Wikilabour*, I, 2012, p. 102.

L'analisi del rapporto fra giustificazione tipica e discriminazione comporta dunque la necessità di affrontare partitamente due differenti questioni.

La prima riguarda l'asserita coincidenza fra carenza di giustificazione e discriminazione; la seconda riguarda la possibilità che, sussistendo una giustificazione tipica (una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo o oggettivo), possa o meno sussistere al contempo un comportamento discriminatorio. Tentare di dare risposta a questo secondo quesito consente anche di affrontare un altro dei temi al momento più discussi, vale a dire quello dei licenziamenti per rappresaglia, in cui una giustificazione tipica concorre con uno scopo o un effetto ritorsivo.

4. — *Discriminazione e motivo illecito. Discriminazione e giustificazione* — Vorrei partire da una premessa: l'affermazione, risalente nel tempo ma ribadita in questi anni da vari Autori (25), secondo la quale l'atto discriminatorio costituirebbe una specificazione della più ampia fattispecie dell'atto viziato da motivo illecito non corrisponde né alla nozione di discriminazione accolta dal nostro ordinamento (che è, peraltro, una nozione interamente permeata dal diritto europeo), né, guardando al tema che ci occupa, al dato testuale della legge, che, nella nuova versione dell'art. 18, distingue nettamente fra licenziamento discriminatorio e licenziamento dovuto a motivo illecito.

In verità c'è da domandarsi, è vi è chi l'ha fatto, pur senza fornire risposte decisive al riguardo (26), se il motivo illecito di cui all'art. 18, comma 1, configuri una nuova ipotesi di illiceità, diversa da quella tipizzata dall'art. 1345 e in grado di travolgere gli effetti del licenziamento anche a prescindere dal requisito dell'esclusività, vale a dire anche a prescindere dalla concorrenza o meno di altri motivi posti a base della risoluzione del contratto. Si potrebbe arrivare proprio a una simile conclusione ragionando sulla inidoneità della figura tradizionale di motivo illecito a fungere da strumento di controllo degli atti datoriali; atti relativi alla sfera dell'autonomia organizzativa dell'imprenditore.

La questione era stata sollevata con la consueta chiarezza da Tiziano Treu già rispetto ai primi tentativi compiuti dalla dottrina di sistematizzare i divieti espressi di discriminazione introdotti dallo Statuto dei lavorato-

(25) Si veda, ad esempio, P. Bellocchi, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, pp. 157 ss.

(26) Cfr. M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, cit., 2012, p. 616.

ri leggendoli in termini d'ipotesi tipizzate di motivo illecito (27). Le radicali obiezioni mosse dall'Autore a tali tesi riguardavano l'utilizzazione di strumenti considerati inadeguati a realizzare un effettivo controllo delle diverse forme di esercizio del potere economico dell'impresa, soprattutto in riferimento ad atti, come il recesso, che, essendo espressamente disciplinati dalla legge come fonte di effetti predeterminati, erano (e sono) difficilmente riconducibili alla concezione classica dell'autonomia come autoregolamentazione degli interessi.

Tali obiezioni sono riproponibili anche oggi. Continuare a fare riferimento alla figura del motivo illecito anche dopo l'espressa sanzione da parte del legislatore di specifici divieti di discriminazione è stato, da un lato, superfluo e, dall'altro, fuorviante.

È stato superfluo perché il divieto di discriminazione si colloca nell'area dei controlli ai poteri privati a opera dei diritti fondamentali e non delle tecniche di stampo civilistico, con un superamento dei raccordi tradizionali fra norme costituzionali e autonomia dei privati che il rifiuto della *dritt-wirkung* ha reso a lungo necessari (si pensi alla funzione giocata, oltre che dal motivo illecito, dalle clausole generali o dal concetto di abuso del diritto) (28). Da questo punto di vista, l'affermazione dei divieti di discrimina-

(27) Cfr. T. Treu, *Condotta sindacale e atti discriminatori*, F. Angeli, Milano, 1974, pp. 45 ss. Critiche verso l'utilizzo del motivo illecito in riferimento alla tutela antidiscriminatoria anche in M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 218 ss.; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i princìpi costituzionali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 609.

(28) Questo rifiuto permane ancora, nel dibattito sull'efficacia dei diritti fondamentali costituzionali, nella posizione di chi li intende come princìpi che non attribuiscono diritti soggettivi, ma che si collocano in una posizione mediana fra le norme programmatiche e le regole invocabili in giudizio. Si tratterebbe di norme che possono incidere sui rapporti interprivati solo come criteri di interpretazione delle leggi che regolano i rapporti negoziali, senza che sia neppure possibile, secondo le posizioni più rigide, che, per il tramite dell'interpretazione conforme o adeguatrice, si possa arrivare a conferire a tali norme efficacia diretta. La questione è stata riproposta con nuovo vigore a livello europeo, con posizioni molto articolate, a seguito dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali e di una serie di sentenze della Corte di Giustizia che hanno dato applicazione diretta orizzontale al principio di non discriminazione (mi riferisco in particolare al caso *Mangold*, Corte di Giustizia 22 novembre 2005, C-144/04, in *Racc.*, 2005, p. 9981). Oggi il dibattito, come già al tempo di quello sorto intorno al carattere precettivo o programmatico delle disposizioni costituzionali, ha un significato politico più che di teoria o di metodo giuridico (come rivela chiaramente il nesso con la questione della delimitazione dei confini fra competenze sovranazionali e nazionali). Una ricostruzione recente dei termini di tale dibattito in A. Guazzarotti, *Direct effect, dritt-wirkung and principles of EU law: a bottom*

zione in ambito interprivato anticipa quel processo di «costituzionalizzazione» del diritto privato di cui si discute oggi con vigore, soprattutto a livello europeo.

È stato fuorviante perché, anche a non voler intendere il motivo illecito in chiave psicologica, come parte del foro interno individuale (come pure, va ricordato, buona parte della giurisprudenza continua a fare), ma come «interesse concreto» della parte datoriale deviante rispetto allo scopo tipico dell'atto, il controllo di non discriminazione non è diretto ad accertare che i poteri datoriali siano esercitati per realizzare l'interesse (economico) per il quale sono riconosciuti. Una disparità può essere giustificata alla stregua della logica *interna* al potere datoriale, della sua razionalità economica e, tuttavia, costituire una discriminazione. Il limite qui è un limite tipicamente *esterno*, come accade ogni volta che il diritto, ponendo confini all'esercizio di un potere, tutela interessi altri da quelli del titolare del potere stesso.

È per questo che alle operazioni che tendevano (e tendono tutt'ora) a spiegare la funzione dei divieti di discriminazione attraverso concetti come il motivo illecito avrebbe potuto (e può ancora) applicarsi benissimo quanto Mario Napoli ha scritto a proposito delle letture riduzioniste delle trasformazioni radicali subite dal licenziamento attraverso l'introduzione del sistema di stabilità reale: «Non ha senso trovare nella storia la conferma o la smentita di un'interpretazione di una norma nuova, se essa non aiuta a capire la continuità o la diversità tra passato e presente» (29).

Sarebbe, allora, opportuno, quando si parla di discriminazione, abbandonare definitivamente gli schemi concettuali del motivo illecito, perché tali schemi non corrispondono alle finalità del sindacato di non discriminazione e perché, presupponendo un controllo degli atti in chiave di sviamento dalla loro funzione tipica, non sono in grado di fornire una forma di tutela effettiva della posizione del lavoratore laddove il sacrificio di tale posizione sia giustificato alla luce delle ragioni dell'impresa.

Tornando all'alternativa giustificazione/discriminazione, dovrebbe a questo punto risultare chiaro che il richiamo all'interesse dell'impresa (che qualifica sia il licenziamento per giustificato motivo che quello per inadempimento) protegge unicamente nei confronti di discriminazioni che discendono da scelte economicamente irrazionali o da scelte che so-

up perspective, relazione al seminario «*Supremacy and direct effect in a multilevel system of protection of fundamental rights: a reconceptualisation*», Università di Brescia, 18 gennaio 2013, in corso di pubblicazione.

(29) Cfr. M. Napoli, *La stabilità reale*, cit., p. 112.

no solo apparentemente tali, nel caso in cui i motivi addotti siano pretestuosi. Viceversa, la discriminazione si integra perfettamente nel normale, razionale (nel senso di economicamente efficiente) funzionamento dell'organizzazione produttiva e del mercato del lavoro. Ciò spiega perché, secondo uno dei principi sistemici del diritto antidiscriminatorio, fra le eccezioni ammesse al divieto di discriminazione diretta (30) non vi sono quelle relative alle cosiddette «difese di mercato», che corrispondono a cause di giustificazione tipicamente invocabili in casi di licenziamento fondato su un giustificato motivo oggettivo. Allo stesso modo, un atto qualificabile in termini di notevole inadempimento alla luce delle ragioni dell'impresa (si pensi al rifiuto di maneggiare carne di maiale opposto da un lavoratore di religione musulmana che lavori nella cucina di un ristorante) non assurge al rango di giustificazione nell'ambito del giudizio discriminatorio, se la pretesa creditoria del datore di lavoro non si riferisce a una caratteristica *essenziale* per lo svolgimento dell'attività lavorativa. Questa essenzialità, peraltro, andrà valutata anche alla luce dell'impossibilità di altre alternative ragionevolmente percorribili.

Una decisione risalente alla fine degli anni ottanta della nostra Corte Costituzionale e una recente decisione della Corte di Giustizia europea evidenziano in modo chiaro quale sia il peso delle cosiddette difese di mercato nei casi di discriminazione diretta, per i quali, come accade per le molestie, non sono ammesse giustificazioni di sorta, con la sola eccezione dei ca-

(30) A voler essere precisi, vi è una differenza fra eccezioni e giustificazioni. Mentre le prime si pongono come deroghe (tendenzialmente tipiche), come delimitazioni poste *ex ante* all'operare del principio di non discriminazione, le giustificazioni (tendenzialmente atipiche) vengono a porsi *ex post*, nella valutazione in concreto dell'atto o del comportamento. In termini generali, il divieto di discriminazioni non prevede alcuna giustificazione per le molestie; prevede deroghe limitate ed espressamente stabilite in relazione alla discriminazione diretta e una giustificazione generale soltanto con riferimento alla discriminazione indiretta, ove è proprio l'ampliamento della sfera dell'illiceità della condotta a criteri solo indirettamente connessi ai fattori vietati a essere controbilanciato dalla possibilità di allegare l'esistenza di obiettive necessità dell'impresa. Peraltro, nell'ambito dei rapporti di lavoro, salvo che nel caso delle discriminazioni fondate sull'età (e, secondo alcuni, sulla religione), il tipo di eccezioni ammesse riguarda unicamente i «requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa». Non è così nel sistema della Cedu (si v. la dizione dell'art. 14). Va detto però che nella giurisprudenza più recente della Corte di Strasburgo si arriva a sostenere qualcosa di molto vicino a un principio di non ammissibilità di giustificazioni di una differenza di trattamento direttamente basata su motivi razziali [Corte Edu, sentenza 6 aprile 2000, *Thlimmenos c. Grecia* (*Grande Chambre*), n. 34369/97].

si in cui il fattore vietato costituisce un requisito essenziale per lo svolgimento di un'attività lavorativa (cd. *genuine occupational qualification*).

Già in una sentenza del 1987, la Consulta aveva ritenuto che il divieto di discriminazione di sesso sancito dalla legge n. 903/77 non fosse interpretabile nel senso di ammettere che il datore di lavoro, titolare di un istituto di vigilanza, potesse porre a giustificato motivo obiettivo dell'eventuale licenziamento intimato alla lavoratrice i gusti discriminatori della clientela (che aveva detto di preferire l'invio di sole guardie giurate di sesso maschile), anche nel caso in cui ciò avesse comportato l'eventuale risoluzione del contratto stipulato col terzo (31).

A distanza di vent'anni, nel caso *Feryn*, la Corte di Giustizia ha affermato che «le dichiarazioni con cui un datore di lavoro rende pubblicamente noto che, nell'ambito della sua politica di assunzione, non assumerà lavoratori dipendenti aventi una certa origine etnica o razziale possono configurare [...] elementi di fatto idonei a far presumere una politica di assunzione discriminatoria» (32). Da tale presunzione, ha aggiunto la Corte, il datore di lavoro avrebbe potuto liberarsi unicamente «dimostrando che la prassi effettiva di assunzione dell'impresa non corrisponde a tali dichiarazioni», e cioè provando l'effettiva assunzione di operai appartenenti ai gruppi protetti, mentre nessun valore esimente è stato assegnato alla giustificazione fornita dal datore stesso, secondo la quale la sua impresa non poteva reclutare operai installatori «alloctoni» a motivo delle reticenze della clientela a farli accedere alla propria abitazione privata durante i lavori e del danno economico che avrebbe potuto comportare per l'impresa il non conformarsi alle preferenze della clientela.

La ragione per cui, diversamente dal caso delle discriminazioni dirette e delle molestie, in quello delle discriminazioni indirette, una difesa di mercato è, in linea di principio, ammissibile è perché, lo si è appena detto, qui si tratta di soppesare le conseguenze svantaggiose derivanti dell'adozione di criteri che si fondano *indirettamente* sui fattori vietati; criteri che rinviano spesso a condotte e prassi consolidate nel tempo, non riconducibili esclusivamente al datore di lavoro, ma, in senso più ampio, alle regole vigenti nel mercato del lavoro o anche nel contesto sociale più ampio [ad esempio, nel caso *Enderby* (33), tali conseguenze nascevano dall'esistenza di contratti collettivi distinti per figure professionali tipicamente maschili e per figu-

(31) Corte Cost. 22 gennaio 1987, n. 17, cit.

(32) Corte di Giustizia 10 luglio 2008, C-54/07, *Feryn*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, pp. 883 ss., con nota di C. Cominato.

(33) Corte di Giustizia 27 ottobre 1993, C-127/92, *Enderby*, in *Mass. giur. lav.*, 1994, pp. 363 ss., con nota di R. Foglia.

re tipicamente femminili]. Si può dire che è l'allungamento della catena causale ad ampliare lo spazio della giustificazione (34).

Tuttavia, pur ammettendosi, in queste ipotesi, giustificazioni legate alle esigenze economiche dell'impresa, lo *standard* di controllo non si esaurisce nella verifica della loro effettiva sussistenza e del nesso di causalità fra l'atto impugnato e le giustificazioni addotte, ma si spinge fino all'accertamento della necessità o dell'essenzialità di dette esigenze e della proporzionalità dei mezzi impiegati. Come la Corte di Giustizia ha chiarito in *Enderby*, spetta al giudice valutare «se il peso della situazione del mercato sia stato, nella determinazione dell'importo della retribuzione, sufficientemente importante da giustificare obiettivamente, in tutto o in parte, la differenza».

Ciò significa che, come in tutte le ipotesi di bilanciamento che coinvolgono diritti fondamentali, il sindacato giudiziale di un atto di supposta discriminazione è un sindacato di merito, che procede, alla presenza di cause di giustificazione, attraverso complesse operazioni di bilanciamento e include un controllo sulle scelte datoriali che non si arresta sulla soglia delle esigenze tecnico-organizzative dell'impresa, ma arriva invece a soppesare, attraverso il principio di adeguatezza e proporzionalità, se non siano praticabili altre soluzioni che comportino almeno una riduzione del grado di esclusione dei soggetti protetti. È soprattutto in questa fase che emerge la duplice dimensione della tutela antidiscriminatoria, sia quella verticale, che guarda al rapporto contrattuale, sia quella orizzontale, che guarda al profilo relazionale del contratto di lavoro e include la valutazione della posizione del singolo lavoratore o di gruppi di lavoratori in relazione ad altri individui o ad altri gruppi.

5. — *Accertamento della giustificazione e accertamento della discriminazione. Chi prova che cosa* — Come si è visto, l'assenza di una giustificazione non implica la presenza di una discriminazione. Di converso, la presenza di una giustificazione tipica non vale a escludere di per sé una discriminazione (35). Se si ragiona in concreto sul contenuto dell'onere della pro-

(34) Gli effetti della condotta datoriale, dopo le modifiche apportate alla nozione di discriminazione indiretta dalle direttive di nuova generazione (non si parla più di effetti «proporzionalmente più svantaggiosi» ma di «particolare svantaggio»), andranno misurati sulla base di criteri tanto quantitativi (tipicamente, criteri di tipo statistico), quanto qualitativi (non predeterminabili *a priori*).

(35) Per dirla con le parole di Tiziano Treu: «la fattispecie del licenziamento discriminatorio, come degli altri atti discriminatori, è in tutti gli ordinamenti identificata con tratti propri, consistenti non nella mancanza di giustificazioni, bensì nella

va nei casi in cui il lavoratore adduca la sussistenza di un licenziamento discriminatorio o di un licenziamento ingiustificato, questa diversità di fatti costitutivi e impeditivi delle due diverse fattispecie risulterà ancora più chiara.

Se è vero che, in molti casi, la sussistenza di una discriminazione è rivelata, in via presuntiva, già dall'assenza di una giustificazione oggettiva dell'atto (che concorre, si può dire, a formare la presunzione fondante la prova del fatto costitutivo), questo non significa che ciò basti a farla ritenere anche accertata; non significa, cioè, che chi lamenta una discriminazione non debba anche provare tutti gli altri elementi costitutivi della sua pretesa, che variano al variare delle diverse fattispecie di discriminazione (36). Allo stesso modo, il datore di lavoro dovrà provare non tanto che il licenziamento è sorretto da una giusta causa o da un giustificato motivo oggettivo, ma o che la differenza (di trattamento o di effetti) non sussiste o che è dovuta a una delle eccezioni o giustificazioni al divieto di discriminare espressamente previste. Di nuovo, i fatti impeditivi sono diversi.

La difficoltà di costruire un modello ordinato e coerente di ripartizione dell'onere della prova dipende dal fatto che, nel caso del licenziamento discriminatorio, il regime probatorio della discriminazione può venire a combinarsi con il diverso regime probatorio della giustificazione del recesso, ma il mutamento del fatto costitutivo o estintivo del diritto in corso di causa (e, di conseguenza del contenuto del relativo onere della prova) è previsto dallo stesso legislatore ed è, si può dire, una conseguenza necessaria dell'aver separato quello che il vecchio testo dell'art. 18 teneva insieme, vale a dire le conseguenze in termini di sanzioni di tutti i vizi dell'atto di recesso.

Questa variabilità della qualificazione del recesso nel corso della causa e del relativo regime di tutela rende il gioco processuale più incerto, più dinamico, più simile ai rovesciamenti successivi del *burden of proof* nel processo di stampo anglosassone, ma senza la formalizzazione che quei sistemi conoscono delle regole di ripartizione dell'onere probatorio.

contrarietà dell'atto a specifici divieti normativi tassativamente stabiliti (anche se nel tempo allargatisi ad ambiti nuovi» (Cfr. T. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, cit., p. 56). A questo proposito, però, sembra di poter cogliere una contraddizione nella posizione dell'Autore laddove sostiene che, nel caso il lavoratore allegghi in giudizio una natura del licenziamento diversa da quella indicata con il recesso, questi dovrà provare che il motivo discriminatorio costituisce l'*unica* ragione del licenziamento (*op. ult. cit.*, p. 57); il che farebbe supporre che egli ritenga che la presenza di una giustificazione tipica valga a escludere la discriminazione. Sul punto ho espresso da tempo una posizione difforme, sulla quale tornerò più avanti.

(36) Si tratta – pare utile osservarlo – di un accertamento che, per quanto condotto all'interno di un procedimento sommario, porta alla cognizione piena del fatto.

In ogni caso, deve concordarsi con chi sostiene che, in effetti, il datore di lavoro non comunica di voler intimare un «tipo» di licenziamento, ma di voler esercitare la facoltà di recesso riconosciutogli dall'ordinamento in presenza dei presupposti di legittimità previsti dalla legge (37). E sembra anche opportuna la precisazione, fatta da molti Autori, che la scelta della tutela applicabile dipenda non dalla motivazione addotta, ma dall'effettiva ragione posta a base del recesso (38). Ragionare diversamente significherebbe rimettere al datore di lavoro non solo il tipo di tutela applicabile, ma la qualificazione stessa del recesso, i cui presupposti di fatto sono, viceversa, fissati dalla legge e accertati dal giudice.

È la stessa nuova formulazione dell'art. 18, del resto, a prevedere che, «indipendentemente dal motivo addotto dal datore di lavoro» (art. 18, comma 1), il giudice, anche sulla base delle domande formulate dal lavoratore, dovrà procedere all'accertamento in concreto dei vizi del licenziamento e applicare le relative tutele. All'accertamento della natura discriminatoria dell'atto si dovrà procedere non solo nell'ipotesi espressamente menzionata dalla legge con riferimento al licenziamento intimato per g.m.o (art. 18, comma 7, ultimo periodo), ma, come prevede un'altra disposizione dello stesso articolo 18, «indipendentemente dal motivo addotto dal datore di lavoro» (art. 18, comma 1), e dunque anche nelle ipotesi di licenziamento intimato per giustificato motivo soggettivo e giusta causa.

Per il lavoratore, dimostrare che le ragioni dell'atto non sono disciplinari o economiche, ma sono discriminatorie, non significherà che egli debba anche dimostrare l'insussistenza dei fatti posti alla base dell'esercizio del recesso. Ciò significherebbe rovesciare la regola probatoria dell'art. 5 della legge n. 604/66 e, con essa, la regola sostanziale per cui spetta al datore di lavoro giustificare l'esercizio del potere di recesso. E neppure, come si dirà meglio più avanti, significa dover dimostrare che le ragioni discriminatorie siano di natura esclusiva: a ritenere diversamente si ricadrebbe nell'idea che il controllo sull'esercizio del potere di recesso abbia a che fare con la ricerca sul controllo dei motivi soggettivi dell'atto.

Si tratterà, invece, di provare che il licenziamento, formalmente intimato per ragioni di tipo disciplinare o economico, era invece diretto a realiz-

(37) In questo senso, O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 7.

(38) Sul piano fattuale si può, anzi, ipotizzare che egli non abbia convenienza, nei casi dubbi, a indicare da subito i motivi (così V. Speciale, *La riforma dei licenziamenti individuale tra diritto ed economia*, cit., 2012, p. 542), tanto più che la mancata indicazione dei motivi non determina, come in passato, l'inefficacia risolutiva del recesso, ma solo il pagamento di un'indennità risarcitoria.

zare una diversa funzione, uno scopo diverso da quello enunciato. Si dovrà procedere, cioè, alla ricerca della «causa concreta» dell'atto di recesso, che è cosa diversa dalla ricerca di un eventuale motivo illecito e non presuppone neppure, necessariamente, la prova di una frode alla legge.

Posto che la domanda del lavoratore è tesa ad accertare la sussistenza di un licenziamento discriminatorio, l'articolazione dell'onere della prova segue le regole ordinarie dei giudizi di discriminazione.

Nel caso si allegghi una discriminazione diretta o indiretta, si tratterà, attraverso lo speciale meccanismo probatorio previsto dalla legge, di provare un trattamento o un effetto differenziato (anche solo potenziale), la presenza di un fattore vietato, un nesso di causalità sufficiente (ma non esclusivo) fra l'uno e l'altro elemento della fattispecie, all'interno di un giudizio di comparazione anche solo ipotetico.

Nel caso della molestia, si tratterà di provare che l'atto realizza lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo, o comunque lesivo della dignità. Con un'avvertenza: che chiedere la prova *diretta* dell'effettivo criterio di scelta impiegato e del nesso eziologico esistente fra questo e il pregiudizio lamentato equivarrebbe a reintrodurre, sotto altra veste, la richiesta della prova di un intento discriminatorio. Anche se va ricordato che, in relazione ai fatti indizianti, la legge non parla più di «fatti precisi e concordanti» ma di «fatti» *tout court*, un valore particolare avrà, a questo proposito, la prova statistica, le cui potenzialità sono state messe di recente in luce nel caso Fiat (39).

L'uso di dati statistici nei casi di discriminazione non consente solo di agevolare l'onere probatorio della parte ricorrente: esso denota anche l'adesione a una certa visione della discriminazione, centrata sulla sua dimensione di gruppo, e porta a un'obiettivizzazione del giudizio. La prova della natura discriminatoria di un criterio o di una prassi avviene sulla base di una valutazione induttiva, di un'idea empirico-probabilistica della discriminazione che assume che, tanto più alto è l'effetto di esclusione prodotto dalle pratiche datoriali a danno di un gruppo, tanto più probabile è che esso non sia casuale ma dipenda dall'identità collettiva del gruppo stesso. L'interprete è perciò portato a rendere meno soggettivo il giudizio, per giungere a una valutazione obiettiva della probabilità, o se si vuole della verosimiglianza, che un certo trattamento o un certo effetto differenziato costituisca una discriminazione. È per queste ragioni che la legge prevede che alla prova statistica sia possibile ricorrere tanto nei casi di discriminazione

(39) Si v., in questo senso, anche T. Treu, *op. ult. cit.*, p. 57.

collettiva quanto in quelli di discriminazione individuale. Anche in una controversia individuale, infatti, i dati relativi al trattamento generalmente riservato al gruppo di appartenenza del soggetto che lamenta la discriminazione sono in grado di offrire elementi di prova (quanto meno indiretta) circa le ragioni del trattamento sfavorevole riservato al singolo.

L'onere che graverà a questo punto sul datore di lavoro sarà di provare l'insussistenza della discriminazione, e il suo contenuto dipenderà dalla fattispecie discriminatoria di cui si controverte.

Nel caso della molestia, per la quale non è ammessa alcuna giustificazione o eccezione, il convenuto potrà vincere la presunzione della sussistenza *prima facie* di una discriminazione solo provando che i fatti sui quali è fondata induttivamente la molestia non sono sussistenti o che il trattamento non è dovuto a uno dei fattori di distinzione vietati. Nel caso delle discriminazioni dirette, egli, di nuovo, dovrà provare che la differenza di trattamento non sussiste o è dovuta a una caratteristica diversa da quelle vietate, oppure potrà ricorrere alle eccezioni nei limitati casi in cui queste sono ammesse. Nel caso delle discriminazioni indirette, infine, egli dovrà dimostrare o l'insussistenza del «particolare svantaggio» o sia la sussistenza di una necessità obiettiva e legittima, sia l'adeguatezza e proporzionalità dei mezzi impiegati, in termini di essenzialità.

6. — *Discriminazione e giustificazione tipica. Il problema del licenziamento di rappresaglia o ritorsione e le posizioni della giurisprudenza* — Queste conclusioni restano ferme anche nel caso in cui il datore di lavoro non solo adduca ma provi effettivamente la sussistenza di un'ipotesi di giustificazione tipica, vale a dire di un'ipotesi in cui i presupposti di legittimità dell'esercizio del potere di recesso sono preventivamente fissati dallo stesso legislatore. È, infatti, possibile operare una distinzione fra la giustificazione formale addotta (che non significa necessariamente fittizia; significa conforme allo schema legale) dal datore di lavoro e la valutazione in concreto della portata discriminatoria del licenziamento, andando oltre lo schermo della giustificazione, senza che ciò significhi introdurre una contraddizione dell'ordinamento che non può consentire e vietare la stessa cosa (40).

In passato, alla possibilità di disconoscere la liceità di un atto tipico si era pervenuti attribuendo, eccezionalmente, rilevanza esterna al motivo individuale, sulla base del presupposto che i moventi soggettivi potessero piegare la funzione tipica dell'atto a un assetto d'interessi contrario o

(40) Così Cass. 6 giugno 1984, n. 3409, in *Foro it.*, 1984, I, cc. 2779 ss.

divergente da quello voluto dal legislatore. Più di recente, nell'area dei licenziamenti per ritorsione o rappresaglia, la giurisprudenza e parte della dottrina hanno ritenuto di poter superare questa supposta contraddizione costruendo la figura ibrida del licenziamento nullo perché discriminatorio, per effetto della lettura estensiva dei divieti di discriminazione, e perché, contemporaneamente, viziato da motivo illecito.

Si è già detto delle tensioni che provoca la trasposizione nel sistema del diritto antidiscriminatorio delle tecniche civilistiche tradizionali di controllo del cattivo esercizio dell'autonomia privata in rapporti connotati da posizioni di pari potere contrattuale. Anche in questo caso l'inquadramento del licenziamento ritorsivo nella figura del licenziamento discriminatorio (in esito a quella che viene descritta come un'interpretazione estensiva dello stesso) e il contemporaneo ricorso alla figura del motivo illecito si sono rivelati un'operazione tutt'altro che innocua: è sulla base dell'impiego del motivo illecito che, in passato, si è arrivati non solo a sostenere la natura necessariamente intenzionale dell'atto discriminatorio, ma, addirittura, come si è già ricordato, a richiedere che vi fosse comunanza del motivo illecito fra l'autore dell'atto e il suo destinatario (41).

L'impostazione di fondo permane anche dopo l'abbandono di queste tesi tanto radicali da sfiorare l'illogicità. Permane perché, nonostante il riferimento alla fattispecie del licenziamento discriminatorio, resta il requisito del carattere esclusivo della finalità di rappresaglia o ritorsione (cosicché la sussistenza di una giustificazione tipica basta da sola a escludere l'esistenza di una discriminazione) e perché resta un'accezione ancora psicologica dell'illecito (42), sia pure temperata dall'impiego di indici presuntivi, posto che occorre dimostrare la natura non solo arbitraria ma anche «vendicativa» dell'atto (43).

7. — *Un caso di falsa interpretazione estensiva dei divieti di discriminazione: i licenziamenti di rappresaglia o ritorsione per motivi sindacali. La rappresaglia o ritorsione come fattispecie tipica di discriminazione* — Questo «sincretismo» interpretativo ha portato la Cassazione a richiedere, in riferimento a un licenziamento per rappresaglia dovuto a motivi sindacali, non solo, come è legittimo, la prova di un nesso di causalità fra il recesso e il fattore vietato (lo svolgimento di attività sindacale), ma an-

(41) Cfr. Cass. 1° febbraio 1988, n. 868, cit.

(42) Cass. 13 dicembre 2000, n. 15689, in *Notiz. giur. lav.*, 2001, pp. 330 ss.

(43) Così Cass. 18 marzo 2011, n. 6282, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1240.

che la prova di un intento discriminatorio di ritorsione avente «efficacia determinativa esclusiva» (44).

Tale impostazione non è condivisibile: nel caso di un licenziamento per ritorsione di natura sindacale non si tratta di adottare un'interpretazione estensiva dei divieti di discriminazione. Si tratta di adottare un'interpretazione *letterale*, né estensiva né restrittiva: *i licenziamenti di ritorsione per motivi sindacali sono discriminazioni tipiche a tutti gli effetti*, giacché delle discriminazioni presentano tutti gli elementi costitutivi, vale a dire la sussistenza di un trattamento pregiudizievole fondato su uno dei motivi vietati (in questo caso, l'appartenenza sindacale o lo svolgimento di attività sindacale). Nelle forme cd. vendicative o ingiuriose essi assumono, nello specifico, le vesti di una molestia basata su uno dei fattori vietati dall'ordinamento.

Sono ormai numerosi i casi in cui è il legislatore stesso a indicare, espressamente o in via indiretta, le ritorsioni quali specifiche ipotesi di discriminazioni vietate (45) e comunque a stabilire, conformemente a quanto richiede ancora una volta il diritto dell'Unione europea, che la tutela giurisdizionale applicabile per i casi di ritorsione sia *la medesima* applicata per la tutela del diritto a non essere discriminati per uno dei fattori vietati (si vedano art. 4-*bis*, d.lgs. n. 215/2003, e art. 4-*bis*, d.lgs. n. 216/2003; art. 41-*bis*, d.lgs. n. 198/2006).

Per altro, la discriminazione ritorsiva può configurarsi come una specie del genere «discriminazione per associazione», colpendo non solo la persona discriminata, ma qualunque altra persona coinvolta che subisce un pregiudizio per un rapporto di connessione, soggettivo o oggettivo, con uno dei fattori vietati (46).

(44) Cass. 14 luglio 2005, n. 14816, in *Orient. giur. lav.*, 2005, I, p. 541; Cass. 26 maggio 2001, n. 7188, in *Notiz. giur. lav.*, 2001, p. 795.

(45) Si vedano, in particolare, l'art. 4, comma 5, d.lgs. n. 216/2003; art. 4, comma 6, d.lgs. n. 216; artt. 25, comma 2-*bis*, 26, comma 2-*bis* e comma 3, nonché art. 55-*ter* del d.lgs. n. 198/2006; e, in precedenza, art. 4, comma 2-*quater*, legge n. 125/1991; art. 3, d.lgs. n. 151/2001; art. 10, d.lgs. n. 276/2003. In alcune delle norme menzionate, il legislatore stabilisce che il giudice debba tener conto, nella liquidazione del danno, «che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione»; in altre, il divieto di discriminazioni riguarda anche le discriminazioni adottate «in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti»; in altre ancora, le ritorsioni sono menzionate come atti vietati sotto la rubrica «divieto di discriminazione».

(46) Fattispecie «creata» dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nel caso *Coleman* (Corte di Giustizia 17 luglio 2008, C-303/06, *Coleman*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, pp. 1168 ss., con nota di L. Calafà), in cui rileva non il possesso da parte della persona discriminata (in quel caso la lavoratrice madre di disabile, costretta alle dimissioni) del fattore vietato (la disabilità), ma la connessione fra il pregiudizio subito e il fattore in sé considerato. Un esempio di licenziamento ritorsivo per associazione,

Se la ritorsione è una delle forme che può assumere la discriminazione, occorre prendere atto che la nozione odierna di discriminazione non solo esclude qualsiasi riferimento al movente soggettivo dell'atto, ma non richiede neppure che il legame di causalità che lega lo svantaggio sofferto al fattore vietato sia di carattere *esclusivo*.

C'è almeno un elemento testuale che fa pensare che anche il legislatore ritenga possibile una concausalità, una concorrenza fra cause di giustificazione tipiche e funzione discriminatoria concreta dell'atto: è il comma 1 dell'art. 18, nuovo testo, Stat. lav. che reputa nullo il licenziamento discriminatorio «indipendentemente dal motivo formalmente addotto»; formula che riprende il testo del 1966. E vi è anche un altro elemento che denota quanto meno consapevolezza da parte del legislatore del fatto che ogni volta che vi è possibilità di una scelta vi è possibilità anche di una discriminazione. Mi riferisco alla previsione in tema di licenziamenti collettivi che fa divieto al datore di lavoro di porre in mobilità una quota di donne superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata, da leggersi unitamente al divieto di adottare criteri di scelta di natura discriminatoria.

Con ciò non si vuol dire che non si possano adottare provvedimenti che si traducano in uno svantaggio per individui o gruppi che possiedono determinate caratteristiche soggettive; vuol dire piuttosto che *quelle caratteristiche* non possono costituire la base, il fondamento, del trattamento. Anche tali ragioni tipiche, dunque, andranno valutate in una prospettiva di comparazione e, comunque, andrà verificato perché riguardano quelle categorie «sospette» e non altre. Dovrà cioè verificarsi se non assolvano altro che una funzione strumentale rispetto alla funzione finale (discriminatoria e lesiva della dignità) dell'atto.

Riprendo qui, per sommi capi, considerazioni già svolte in passato (47). Si tratta di applicare, in questo caso perché lo richiede la legge, una tecnica di controllo già sperimentata in relazione ad altre ipotesi, come la frode alla legge, in cui si distingue tra valutazione tipica degli interessi e concreto esercizio del potere, fra effetti tipici ed effetti valutabili alla stregua di un parametro di giudizio ulteriore, avendo riguardo al contrasto fra l'assetto di interessi effettivamente determinatosi e una norma proibitiva di tale asset-

per motivi non tipizzati, potrebbe essere quello preso in esame dalla Cassazione nella sentenza 8 agosto 2011, n. 17087, in *Mass. giust. civ.*, 2011, 7-8, n. 1158, con la quale la Corte ha valutato come ritorsivo il licenziamento disciplinare della figlia rispetto alle rivendicazioni del padre, dipendente della medesima impresa, e al successivo contenzioso insorto.

(47) Cfr. M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit., pp. 227 ss.

to, secondo un approccio di tipo consequenzialista che non guarda tanto all'atto quanto alle sue conseguenze, alla situazione concreta creata dall'atto (48). Le situazioni da controllare, dunque, derivano dal combinarsi dell'atto di recesso con variabili circostanze di fatto e con il potere che permane in capo al datore di lavoro di scegliere, differenziare e dunque, eventualmente, di discriminare.

Di nuovo, il licenziamento discriminatorio si pone al di fuori delle ipotesi di atti nulli perché *esclusivamente* dovuti a motivi illeciti: anche la mera concorrenza di una discriminazione basta a integrare gli estremi della fattispecie vietata (49).

La giurisprudenza non è estranea a indagini di questo tipo, soprattutto nei casi di licenziamento collettivo, dove peraltro una scelta discriminatoria fra più posizioni individuali, pur in presenza di obiettive esigenze d'impresa, come si è visto, è presa in considerazione dallo stesso legislatore. Significativa, ad esempio, è una decisione della Corte d'Appello di Torino (50) che, nel ritenere che la comunicazione di cui all'art. 4, comma 9, legge n. 223/91, debba contenere l'indicazione di tutti i lavoratori dipendenti e non dei soli lavoratori collocati in mobilità, spiega così la decisione: «è evidente che, al fine di rendere possibile il giudizio comparativo tra i vari lavoratori, devono necessariamente essere comunicati i dati di tutti i dipendenti, perché solo così si consente, ai lavoratori colpiti dal provvedimento di recesso, il raffronto concreto voluto dalla legge e la comparazione tra la propria posizione e quella dei colleghi mantenuti in servizio». In generale, i giudici chiedono che la scelta fra i lavoratori trovi «giustificazione in fattori obiettivi, la cui esistenza sia provata in concreto dal datore di lavoro e non sottenda intenti elusivi o ragioni discriminatorie» (51).

(48) Diversamente dalle ipotesi di frode alla legge cd. oggettiva nei divieti di discriminazione, l'elusione della legge non è un elemento della fattispecie discriminatoria.

(49) Nello stesso senso, si v. O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 692; V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., p. 549, n. 86. Ritiene che si possa eccepire la natura discriminatoria del licenziamento pur se siano stati accertati una giusta causa o un giustificato motivo (parlando di coesistenza di una causa tipica e di una causa concreta) anche L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento...*, cit., p. 610; in senso conforme, rifacendosi alle posizioni di L. Nogler, C. Zoli *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 51.

(50) Corte d'Appello Torino, 10 febbraio 2009, inedita, a quanto consta.

(51) Cass. 15 febbraio 2001, n. 2188, in *Foro it.*, 2001, I, cc. 1566 ss.; Cass. 3 febbraio 2000, n. 1201, in *Giust. civ.*, 2001, pp. 3067 ss., con nota di L. Venditti; Cass. 14 maggio 1998, n. 4886, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 385, con nota di A. Cagetti; Cass. 13 febbraio 1990, n. 1039, in *q. Riv.*, 1990, II, p. 273; Cass. 16 di-

Ma è possibile effettuare lo stesso tipo di giudizio comparativo, anche di tipo ipotetico, pure in presenza di un licenziamento individuale, mentre nel caso della discriminazione-molestia è lo scopo o l'effetto di ledere la dignità della persona che connota in senso discriminatorio l'atto.

Con ciò non si vuol dire che non si possano adottare provvedimenti che si traducano in uno svantaggio per soggetti che possiedono determinate caratteristiche soggettive. Ciò significherebbe che il datore di lavoro, in presenza di cause di giustificazione tipizzate (g.c., g.m.), dovrebbe esentare i soggetti tutelati dai divieti espressi a preferenza di altri lavoratori di cui condividono le condizioni. Si vuol dire, piuttosto, che *quelle caratteristiche* non possono costituire la base, il fondamento del trattamento. Anche tali ragioni tipiche, dunque, andranno valutate in una prospettiva di comparazione, e comunque andrà verificato perché riguardano uno o più appartenenti alle categorie sospette e non altre. Dovrà cioè verificarsi se non assolvano altro che una funzione strumentale rispetto alla funzione finale (discriminatoria e lesiva della dignità) dell'atto. E tale verifica andrà compiuta alla luce del carattere *sospetto* che assume la presenza di fattori tipici di discriminazione.

È questa la contro obiezione che può essere mossa a una recente pronuncia della Cassazione, nella quale i giudici osservano che «per l'accertamento degli estremi del licenziamento intimato per motivi politici, sindacali o religiosi [...] non è sufficiente la sola appartenenza del lavoratore a un partito politico, a un movimento religioso o a un sindacato, ovvero la sua semplice partecipazione alle correlative attività, dato che su questi elementi, peraltro valutabili in senso indiziario, la legge non fonda alcuna presunzione né assoluta né relativa di licenziamento discriminatorio» (52). La legge, in realtà, è tutt'altro che indifferente rispetto al ricorrere di tali elementi: se essi sono valutabili in senso indiziario secondo meccanismi probatori diversi dalle ordinarie presunzioni è proprio perché, come si è già osservato, l'appartenenza a un gruppo tipicamente soggetto a discriminazioni rende verosimile che lo svantaggio subito sia dovuto all'identità di gruppo più che a caratteristiche individuali.

8. — *Un caso di vera interpretazione estensiva: il licenziamento per rappresaglia o ritorsione dovuto a motivi atipici come ipotesi di discriminazio-*

tembre 1985, n. 6401, in *Mass. giur. lav.*, 1986, pp. 241 ss. Un caso in cui il giudice ha effettuato un controllo di non discriminazione sulla base di un'indagine di tipo oggettivo sulla funzione finale dell'atto è quello deciso da Trib. Voghera 21 settembre 2005, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, pp. 768 ss., con nota di A. Guariso.

(52) Cass. 23 gennaio 2012, n. 854, in *Mass. giust. civ.*, 2012, 1, n. 59.

ne-molestia — Mentre nel caso di discriminazione fondata su motivi espressamente vietati l'esito interpretativo che porta a configurare il licenziamento ritorsivo come discriminatorio è un esito necessario, strettamente vincolato alla nozione legale di discriminazione, che dire degli altri casi di licenziamento ritorsivo ove il fattore di discriminazione non è tipizzato? Si consideri la seguente massima, tratta da una recente sentenza della Corte di Cassazione:

«Non può invero dubitarsi che il licenziamento discriminatorio, sancito dalla legge n. 604 del 1966, art. 4, dalla legge n. 300 del 1970, art. 15, e dalla legge n. 108 del 1990, art. 3, è suscettibile di interpretazione estensiva, sicché l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia, attuati a seguito di comportamenti risultati sgraditi all'imprenditore, che costituisce cioè l'ingiusta e arbitraria reazione, quale unica ragione del provvedimento espulsivo, essenzialmente quindi di natura vendicativa (Cass. 18 marzo 2011, n. 6282). A ciò si è pervenuto sia attraverso un'estensione dell'area dei singoli motivi vietati dalla citata legge n. 604 del 1966, art. 4, sia consentendo la verifica del motivo illecito, che abbia avuto efficacia esclusiva nella determinazione della volontà del recedente (Cass. 3 maggio 1997, n. 3837)» (53).

Dunque, il licenziamento di rappresaglia sarebbe illecito in quanto, in conseguenza dell'interpretazione estensiva della figura del licenziamento discriminatorio, i motivi vietati comprenderebbero anche tale motivo, e perché si verificherebbe la sussistenza di un motivo illecito.

Per valutare la correttezza dell'*iter* argomentativo seguito dai giudici della Corte, mi pare che occorra ragionare sul tipo d'interpretazione cui, in effetti, essi stanno ricorrendo.

Anzitutto bisognerebbe dire che l'interpretazione estensiva di cui si parla riguarda, in realtà, un atto e non i suoi motivi: il licenziamento per rappresaglia non è un motivo: è un atto, valutabile complessivamente anche in termini di condotta.

In secondo luogo, bisognerebbe chiarire se si tratta davvero, come la Corte afferma, di un'interpretazione estensiva, nel qual caso si dovrebbe pervenire a ridurre l'indeterminatezza – la «zona di penombra» – delle norme citate, estendendone il campo di applicazione anche ai casi dubbi, o se, come a me sembra, si tratta più di un'applicazione di tipo analogico, nel qual caso la Corte dovrebbe produrre una norma nuova sulla

(53) Cass. 3 agosto 2011, n. 16925, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 2, II, pp. 362 ss., con nota di C. Pederzoli.

base dell'asserita somiglianza fra le due specie alla luce di una supposta *ratio legis* (54).

Ebbene, né nell'uno né nell'altro caso, il risultato può essere quello di una (dis)torsione del concetto legale di discriminazione.

Nel primo caso – quello dell'interpretazione estensiva –, perché non mi pare vi sia spazio per la creazione di una norma nuova, risultante dalla somma delle fattispecie «licenziamento discriminatorio» più «motivo illecito». L'interpretazione estensiva, infatti, altro non è che è un tipo d'interpretazione in concreto, in cui i giudici applicano ai casi dubbi una norma previamente identificata e dal contenuto espresso.

Gli enunciati normativi indicati dalla Cassazione hanno un contenuto espresso, delineando una fattispecie tipica (la discriminazione per fattori di carattere soggettivo espressi) in cui non vi è traccia dell'ulteriore elemento richiesto dai giudici (il motivo illecito determinante ed esclusivo).

Se invece si ritenesse che la Corte sia ricorsa, in effetti, a un'interpretazione analogica – nella quale l'interprete muove da una lacuna della legge per costruire una norma inespressa, che riconduce la fattispecie non considerata alla norma che include fattispecie sostanzialmente simili –, nuovamente questo non può comportare una riformulazione dei divieti di discriminazione tipizzati.

O la Corte ritiene che i fattori di distinzione inclusi e quelli omessi siano sostanzialmente simili alla luce della *ratio legis*, e allora non si vede perché trattarli diversamente, oppure non li ritiene tali, ma allora non si capisce perché abbia fatto ricorso all'analogia. Né il richiamo alla figura del motivo illecito si salva ricordando che, in altre occasioni, i giudici ricorrono alla combinazione di più norme per riformularne una nuova: motivo illecito e discriminazione sono alternativi, come conferma anche il nuovo testo dell'art 18.

La conclusione potrebbe essere che la Corte forse non si è ancora interrogata a sufficienza su quale sia la *ratio* propria dei divieti di discriminazione, che tuttavia è la condizione alla quale è giustificabile il ricorso sia all'interpretazione estensiva che a quella analogica; operazioni che richiedono di valutare quale sia l'esigenza normativa soddisfatta mediante quella norma, nonché di valutare se il caso incluso e il caso omesso siano ragionevolmente configurabili come casi simili alla luce della *ratio legis*.

(54) Così R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 282 ss., a proposito, rispettivamente, dell'interpretazione estensiva e di quella analogica, che tuttavia conclude che «la sedicente interpretazione estensiva non costituisce vera interpretazione, ma creazione (mascherata) di una norma nuova inespressa».

Se guardiamo alla *ratio* della tutela antidiscriminatoria si può osservare, sinteticamente, come essa rinvii, da un lato, all'appartenenza del soggetto passivo della condotta a un gruppo naturale o sociale svantaggiato (le donne, i neri ecc., le cui caratteristiche si definiscono *in relazione a quelle di altri gruppi che tali non sono*) e, dall'altro, alla protezione della dignità umana e alla tutela della persona da atti emulativi, vendicativi, intimidatori, umilianti, offensivi atti a violarla (posizioni, queste, che *si definiscono in sé e non in relazione ad altri*).

Se è così, l'ipotesi interpretativa a cui lavorare al fine di estendere la nozione di licenziamento discriminatorio ai casi di licenziamento ritorsivo finora esclusi, attraverso un processo interpretativo controllato, che non perda di vista la *ratio* della normativa discriminatoria, è quella di includerlo nella fattispecie della discriminazione-molestia. Gli atti, le condotte, le finalità e gli effetti che essa include sono ragionevolmente configurabili come simili a quelli che si riscontrano nei casi di discriminazione per rappresaglia e ritorsione e non presuppongono necessariamente una comparazione. E simili sono anche alla luce della *ratio legis*, che è quella di colpire provvedimenti che abbiano lo scopo o l'effetto di intimidire, umiliare, offendere, degradare la persona, ledendone la dignità.

Si prospetta così la possibilità di configurare un tipo generale di discriminazione vietata sganciata dalla necessità di un termine di comparazione cui, anche attraverso il collegamento con l'art. 2087 cod. civ., andrebbe ricondotto anche il licenziamento per rappresaglia o ritorsione (55).

(55) Si v., in questo senso, anche L. Nogler, *op. ult. cit.*, p. 611; R. Del Punta, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 219. La valorizzazione del collegamento tra normativa antidiscriminatoria e art. 2087 attraversa tutto il volume di A. Lassandari dedicato al licenziamento discriminatorio (A. Lassandari, *Il licenziamento discriminatorio*, Giappichelli, Torino, 2007).

ABSTRACT

L'articolo esamina la disciplina del licenziamento discriminatorio alla luce delle modifiche apportate recentemente all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, ragionando dapprima sulla tendenza a trasformare la tutela antidiscriminatoria nella sola forma di tutela assoluta del diritto al mantenimento del posto di lavoro. L'articolo si sofferma poi sulla specificità della tutela discriminatoria, in particolare sulla sua funzione di diagnosi di fenomeni di disegualianza sociale. Successivamente, attraverso l'analisi delle differenze fra il giudizio sulla giustificazione del recesso e il giudizio di discriminazione, e del relativo onere della prova, viene evidenziato il diverso test di controllo utilizzato nei due casi. Infine, a partire dalla critica della tesi per cui un licenziamento adottato per giusta causa o giustificato motivo non può essere, al tempo stesso, discriminatorio, l'articolo esamina il caso del licenziamento per rappresaglia. La tesi sostenuta è che il licenziamento ritorsivo dovuto a uno dei fattori vietati debba essere considerato come un'ipotesi tipica di discriminazione, mentre un'interpretazione estensiva, di tipo funzionalista, dei divieti di discriminazione potrebbe ricondurre quello ritorsivo per motivi non nominati a un'ipotesi atipica di discriminazione-molestia.

THE DISMISSAL IN LIGHT OF THE ANTI-DISCRIMINATION LAW

The article examines the discipline of discriminatory dismissal in the light of the changes recently made to art. 18 of the Workers' Statute. The article first reflects on the tendency to turn anti-discrimination protection into the only form of absolute protection of the right to maintain one's job. It then focuses on the specificity of anti-discrimination protection, particularly on its diagnostic role of social inequality. Subsequently, through the analysis of the differences between judicial scrutiny of the reasons for dismissal and that of suspect discrimination, and the respective burden of proof regimes, it highlights the different tests used in the two types of judgments. Finally, starting from a critical analysis of the thesis according to which a dismissal for justified reasons cannot be considered, at the same time, discriminatory, the paper examines the case of retaliatory dismissal. It is argued that a retaliatory dismissal due to one of the prohibited factors must be considered a typical case of discrimination, while a broad, functionalist interpretation of the prohibition of discrimination could allow a retaliatory dismissal grounded on an unnamed factor to be read as an atypical case of harassment.