



Poste Italiane S.p.a. • Sped. in A.P. • D.L. 353/2003 conv. in L. 46/2004, art. 1, c. 1 • Aut. C/RM/AUT. 21/2015



# LAVORO E PREVIDENZA OGGI

anno XLV • maggio-giugno 2018

5-6



## Lavoro e Previdenza Oggi

Pubblicazione mensile fondata nel 1974

### Direttore

Marco Pavesi  
e-mail: mpavesi@lpo.it

### Direttore Responsabile

Ariela Riva

### Coordinatore Redazionale

Arturo Di Mario  
e-mail: redazione@lpo.it

### Responsabile abbonamenti

Lea Volpini  
e-mail: abbonamenti@lpo.it

### Editore

Iuridica Edizioni Distribuzioni S.r.l.  
Via Boezio 2/A - 00192 Roma  
Web: www.lpo.it  
e-mail: direzione@lpo.it

### Composizione

EffeVu Service - Bari

### Stampa e legatura

Press Up - Roma

### Copyright

© Iuridica Edizioni Distribuzioni S.r.l. - Roma

### Registrazioni

Trib. di Milano n. 26 del 25/01/1974  
Trib. di Roma n. 578 del 31/10/2002  
R.O.C. 18453/2009

### Abbonamenti

Italia € 197,00  
Estero € 264,00  
Telematico (pdf) € 156,00  
Numero singolo € 30,00

### ISSN 0390-251X

Codice privacy: la Casa Editrice garantisce l'utilizzo dei dati personali degli abbonati limitatamente alla comunicazione delle proprie iniziative editoriali

# LAVORO

# E

# PREVIDENZA

# OGGI

*Pubblicazione periodica ad elevato valore culturale  
Ministero dei beni culturali e ambientali*

*L'abbonamento decorre dal 1° gennaio al 31 dicembre di ogni anno; nel caso di abbonamenti sottoscritti in corso d'anno l'abbonato riceve gli arretrati già pubblicati. In mancanza di regolare disdetta entro la fine dell'anno, ovvero dopo l'invio del fascicolo n. 2 dell'anno successivo ed in perdurante assenza di disdetta, l'abbonamento si intende tacitamente rinnovato per un anno*

## Comitato scientifico

NICOLA DE MARINIS  
*Consigliere della Corte di Cassazione*

VINCENZO FERRARI  
*Ordinario di Diritto privato  
Università della Calabria*

GIUSEPPE FERRARO  
*Ordinario di Diritto del lavoro  
Università di Napoli Federico II*

LUIGI FIORILLO  
*Ordinario di Diritto del lavoro  
Università di Napoli Federico II*

FIGIELLA LUNARDON  
*Ordinario di Diritto del lavoro  
Università di Torino*

DOMENICO MEZZACAPO  
*Associato di Diritto del lavoro  
Università di Roma La Sapienza*

PAOLO MORMILE  
*Giudice della Sez. Lavoro – Tribunale di Roma*

PASQUALE PASSALACQUA  
*Associato di Diritto del lavoro  
Università di Cassino e del Lazio Meridionale*

MATTIA PERSIANI  
*Professore Emerito di Diritto del lavoro  
Università di Roma La Sapienza*

ROBERTO PESSI  
*Ordinario di Diritto del lavoro  
Università LUISS Guido Carli*

IOLANDA PICCININI  
*Ordinario di Diritto del lavoro  
Università LUMSA di Roma*

ANTONIO PILEGGI  
*Ordinario di Diritto del lavoro  
Università di Roma Tor Vergata*

GIAMPIERO PROIA  
*Ordinario di Diritto del lavoro  
Università di Roma Tre*

GIULIO PROSPERETTI  
*Ordinario di Diritto del lavoro  
Università di Roma Tor Vergata*

PIERO SANDULLI  
*Associato di Diritto processuale civile  
Università di Teramo*

GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI  
*Emerito di Diritto del lavoro  
Università di Roma La Sapienza*

PAOLO SORDI  
*Presidente del Tribunale di Frosinone*

## Comitato direttivo

PASQUALE PASSALACQUA - IOLANDA PICCININI - ANTONIO PILEGGI - PAOLO SORDI

## Direzione e Redazione

*Direttore*  
MARCO PAVESI

*Direttore responsabile*  
ARIELA RIVA

*Direzione scientifica*  
ANTONIO PILEGGI  
MASSIMO VICECONTE

*Coordinamento scientifico*  
DOMENICO MEZZACAPO

*Redattore capo*  
ARTURO DI MARIO

*Coordinamento editoriale*  
FABRIZIO FERRARO  
F. SAVERIO GIORDANO  
FRANCESCO MARASCO

## Collaboratori redazionali

FLAVIO BARASCHI

MARIA LAVINIA BUCONI

DARIO CALDERARA

DARIO CONTE

STEFANO DAL MASO

GIOVANNA DE NARDO

CHIARA DE SANTIS

RAFFAELE DEL GAUDIO

MICHELE DIANA

ANTONIO FEDERICI

FABRIZIO FERRARO

GIORGIO FRONTINI

MARIA ANTONIA GARZIA

FRANCESCA GIACOMINI

F. SAVERIO GIORDANO

CHIARA MAGGI

FRANCESCO MARASCO

MATTIA MINUTO

ROSALINDA MONTESARCHIO

FLAVIO V. PONTE

ANTONIO PRETEROTI

MARIANNA RUSSO

MICHELANGELO SALVAGNI

ENRICO M. TERENCEZIO

SERGIO TESTA

---

# S O M M A R I O

I contenuti del presente fascicolo sono disponibili anche sul sito [www.lpo.it](http://www.lpo.it)

## ARTICOLI E DOTTRINA

- TERESA CARROCCIO  
VINCENZO SALVAGGIO  
**Brevi osservazioni sul divieto di discriminazione tra lavoratori a tempo determinato ed indeterminato: riflessi applicativi in materia di permessi retribuiti per motivi di studio nel pubblico impiego** ..... 245
- DONATELLA CASARI  
**E-mail, sms, whatsapp: le nuove frontiere del recesso datoriale** ..... 257
- MASSIMO CORRIAS  
**Osservazioni sulla insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore nel giustificato motivo oggettivo di licenziamento a partire da alcuni recenti casi giurisprudenziali** ..... 271
- MICHELANGELO SALVAGNI  
**Licenziamenti discriminatori e ritorsivi: evoluzione della giurisprudenza e ripartizione dell'onere della prova** ..... 287

## GIURISPRUDENZA

- Prescrizione quinquennale per i contributi dovuti dal datore di lavoro in caso di collocazione in mobilità dei dipendenti**  
*Nota a Corte di Cassazione, Sez. Lav., sentenza 12 gennaio 2018, n. 672*  
*Pres. D'Antonio - Est. Riversono*  
*Nota di Maria Teresa Capellupo* ..... 315
- Sull'obbligo di iscrizione e contribuzione alla gestione separata Inps degli ingegneri esercenti attività libero professionale iscritti all'albo ma esclusi da tutela previdenziale Inarcassa**  
*Nota a Corte di Cassazione, Sez. Lav., sentenza 18 dicembre 2017, n. 30344*  
*Pres. D'Antonio - Est. Cavallaro*  
*Nota di Dario Conte* ..... 322
- Dubbi sulla soluzione "alternativa" proposta dalla Cassazione a SS. UU. rispetto al contrasto giurisprudenziale esistente sui vizi formali del procedimento disciplinare. Con particolare riferimento alla contestazione tardiva dell'addebito**

## Sommario

---

*Nota a Corte di Cassazione, Sez. Un., sentenza 27 dicembre 2017, n. 30985*  
*Pres. Canzio – Est. Berrino*  
*Nota di Michele Diana* ..... 335

### **Ancora sul danno differenziale e sulla competenza funzionale del giudice del lavoro tra *iure hereditatis* e *iure proprio***

*Nota a Corte di Cassazione, Sez. Lav., sentenza 22 dicembre 2017, n. 30857*  
*Est. Garri e Tribunale di Frosinone, Sez. Lav., sentenza 22 maggio 2017, n. 7*  
*Est. Lisi*  
*Nota di Gianluigi Gaeta* ..... 345

### **Videosorveglianza occulta: tra diritto di riservatezza e legittimità del licenziamento**

*Nota a Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, sentenza 9 gennaio 2018, n. 1874/13 e n. 8567/13, López Ribalda e altri v. Spagna*  
*Nota di Emanuela Guarella*..... 355

Michelangelo Salvagni\*

## Licenziamenti discriminatori e ritorsivi: evoluzione della giurisprudenza e ripartizione dell'onere della prova

SOMMARIO:

1. Considerazioni preliminari - 2. Questioni interpretative sui licenziamenti disciplinari e per giustificato motivo oggettivo dopo la Legge Fornero: l'insussistenza del fatto, la rilevanza giuridica e la manifesta insussistenza - 3. La tutela reintegratoria quale fattispecie residuale: la fuga in avanti delle domande giudiziali di accertamento di licenziamenti discriminatori e ritorsivi - 4. La fattispecie discriminatoria, riferimenti normativi e tutele sanzionatorie in caso di licenziamento - 5. Norme di riferimento sul licenziamento ritorsivo. Cenni - 5.1 Le novità introdotte dal D.Lgs. n. 23/2015 in tema di licenziamento nullo ai fini della reintegrazione. Cosa si intende per «altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge» - 6. Orientamenti giurisprudenziali in tema di licenziamento discriminatorio e ritorsivo: l'interpretazione estensiva e la sovrapposizione delle due fattispecie - 6.1. Casi concreti esaminati dalla giurisprudenza di merito e di legittimità - 7. Il nuovo orientamento della Corte di Cassazione che differenzia le due diverse ipotesi di licenziamento discriminatorio e ritorsivo: le sentenze n. 6575 del 5 aprile 2016 e n. 14456 del 9 giugno 2017 - 8. La ripartizione dell'onere della prova tra discriminazione e ritorsività nell'interpretazione della Cassazione - 9. La giurisprudenza di merito dopo il *Jobs Act*: la distinzione tra licenziamenti discriminatori e ritorsivi - 10. Conclusioni.

### 1. Considerazioni preliminari

Le recenti riforme del mercato del lavoro (c.d. legge Fornero e *Jobs Act*) stanno riportando in primo piano le fattispecie del licenziamento discriminatorio e ritorsivo anche se, alla luce degli orientamenti della giurisprudenza che nel tempo si sono sviluppati, non è facile per il lavoratore che agisce in giudizio dimostrare di esserne stato vittima.

Uno dei maggiori ostacoli all'effettiva repressione degli atti discriminatori e ritorsivi consiste nella difficoltà di provare l'esistenza degli stessi, anche in ragione del fatto che la giurisprudenza, per un lungo periodo di tempo, ha sovrapposto in maniera promiscua le due fattispecie ritenendo identico, per en-

\* Avvocato in Roma.

trambe, l'elemento soggettivo datoriale (ossia l'intenzionalità) da dimostrare in giudizio ai fini della configurazione della condotta ritorsiva o discriminatoria<sup>1</sup>

Tuttavia, con la sentenza del 5 aprile 2016, n. 6575<sup>2</sup>, la Cassazione ha mutato il proprio indirizzo interpretativo discostandosi dal precedente orientamento giurisprudenziale, affermando che le due ipotesi di licenziamento ritorsivo e discriminatorio sono differenti e non sovrapponibili, con notevoli ricadute anche sul tema della ripartizione dell'onere della prova (di cui si dirà meglio nel prosieguo).

Per quanto attiene alle normative di riferimento in tema di licenziamento che danno ingresso alla tutela reintegratoria, si evidenzia che la L. n. 92 del 2012 ha modificato l'art. 18 St. Lav. incidendo sulla disciplina dei licenziamenti disciplinari e su quelli per motivi economici/organizzativi lasciando, tuttavia, sostanzialmente immutata la disciplina dei licenziamenti discriminatori. La risoluzione del rapporto di lavoro (instaurato prima del contratto a tutele crescenti ex D.Lgs. n. 23 del 2015) fondata su motivi disciplinari o economici/organizzativi, se ritenuta illegittima, in alcuni casi può essere sanzionata con il solo indennizzo economico. Invece, l'accertamento del licenziamento discriminatorio o ritorsivo continua a prevedere, sotto il profilo delle tutele, la più cogente ed efficace sanzione della reintegrazione del lavoratore in azienda.

La sanzione della reintegrazione è prevista anche nell'art. 2, D.Lgs. n. 23 del 2015 ma, a differenza del regime previgente, si applica solo ad alcune ipotesi tipiche e, attualmente, residuali, venendo espressamente esclusa dal legislatore per i c.d. licenziamenti per motivi economici/organizzativi (giustificati di ottenere tale tutela alla luce delle novità legislative introdotte sia dalla legge Fornero sia dal *Jobs Act*, spesso propone domande tese all'accertamento del recesso ritorsivo o discriminatorio. Richieste, queste, che, in caso di accoglimento, pur nella loro oggettiva maggiore difficoltà in tema di onere della prova, possono garantire all'istante l'agognata reintegrazione. Tale percorso – ove vi siano i necessari presupposti per intraprenderlo – risulta indubbiamente più arduo e, ciò nonostante, è ritenuto più sicuro rispetto alla “strada ordinaria”. Infatti, il timore che attanaglia chi agisce in giudizio è che la vicenda sottesa alla risoluzione del proprio rapporto di lavoro, per come “formalmente” rappresentata dal datore di lavoro, non riesca a superare, per i rap-

---

<sup>1</sup> *Ex multis*, v. Cass. 3 agosto 2011, n. 16925, in *Il Foro it.*, Rep. 2011, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1290, nonché in in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 362, con nota di C. PEDERZOLI e Cass. 18 marzo 2011, n. 6282, in *Il Foro it.*, Rep. 2011, voce cit., n. 1240.

<sup>2</sup> In *Labor*, 2016, 269, con nota di R. GALARDI; in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 729, con nota di D. GOTTARDI; in *Riv. giur. lav.*, 2016, II, 469, con nota di S. SCARPONI; in *Mass. giur. lav.*, 2017, 142, con nota di S. CAPONETTI; in *Arg. dir. lav.*, 2016, 1221, con nota di E. PASQUALETTO; in *Il Foro it.*, 2016, I, 1687, con nota di richiami di A.M. PERRINO.

porti che ricadono ancora sotto la legge Fornero, il vaglio dell'accertamento relativo alla manifesta insussistenza del fatto posto alla base del recesso (in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo) o all'insussistenza del fatto contestato (in caso di licenziamento disciplinare), ovvero, per i rapporti a cui si applica il D.Lgs. n. 23 del 2015, quello dell'insussistenza del fatto materiale (sempre nei licenziamenti disciplinari).

## 2. Questioni interpretative sui licenziamenti disciplinari e per giustificato motivo oggettivo dopo la Legge Fornero: l'insussistenza del fatto, la rilevanza giuridica e la manifesta insussistenza

Nonostante il tema del presente lavoro attenga più propriamente alla fattispecie di licenziamento discriminatorio e ritorsivo, per completezza d'indagine, pare opportuno fare un breve cenno alle questioni interpretative che si sono sviluppate in dottrina e giurisprudenza all'indomani della entrata in vigore della c.d. Legge Fornero e sottese alle varie ipotesi di illegittimità del recesso, sia nel caso di licenziamenti disciplinari sia in quelli per motivi economici organizzativi.

Al riguardo, per quanto concerne i licenziamenti per giusta causa, si osserva che la ormai nota sentenza di Cassazione del 6 novembre 2014, n. 23669<sup>3</sup>, sembra aver messo un punto definitivo al dibattito, registratosi sia in dottrina sia in giurisprudenza, sulla qualificazione delle due fattispecie del fatto materiale e di quello giuridico<sup>4</sup> ai fini della determinazione di quale fos-

<sup>3</sup> Pubblicata, rispettivamente, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 874, nonché in *Il Foro it.*, 2014, I, 3418, con nota di M. DE LUCA. In dottrina, sulle differenze tra fatto materiale e fatto giuridico si segnalano, tra i tanti commentatori: R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, n. 2, II, 1049 e ss.; F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, Ord. 15.10.2012)*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 4-5, 773; M. BARBIERI, *La nuova disciplina sostanziale del licenziamento individuale: prime risposte giurisprudenziali*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 3, 334 e ss.; A. PICCININI, *Licenziamento disciplinare: il fatto materiale tra legge Fornero e Jobs Act*, in *Lav. giur.*, 2016, n. 4, 339 e ss.

<sup>4</sup> Tra gli interpreti che si sono occupati del licenziamento disciplinare a seguito della L. n. 92/2012, v. R. DE LUCA TAMAJO – O. MAZZOTTA (2013), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2013, 25 e ss.; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in <http://www.bollettinoadapt.it/> del 25.09.2012; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, n. 3, I, 622 e ss.; A. PALLADINI, *La nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, n. 4, II,



se, tra queste, quella volta ad integrare i requisiti necessari per l'applicazione della tutela reintegratoria. In tal senso, la citata sentenza di Cassazione del 2014 ha affermato che la “*reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto*”.

Tale impostazione ermeneutica è stata recepita dal legislatore nella formulazione dell'art. 2, D.Lgs. n. 23/2015 che, nel solco di tale soluzione, ha espressamente stabilito che, ai fini della legittimità del recesso disciplinare, deve essere considerato il solo fatto materiale, senza che si debba procedere alla valutazione della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento contestato.

Sempre in tema di licenziamenti per giusta causa, appare ormai consolidata anche l'interpretazione riguardante la cosiddetta rilevanza giuridica del fatto, la cui mancanza equivale alla insussistenza della condotta; tesi, questa, prospettata per la prima volta dal Tribunale di Bologna con ordinanza 15 ottobre 2012<sup>5</sup>. Tale assunto è stato confermato da una recente giurisprudenza che ha espresso un indirizzo più “garantista” e sicuramente meno “formalista” con riferimento alla interpretazione della tematica della “*sussistenza/insussistenza del fatto materiale*”, ritenendo che sia necessario un accertamento maggiormente “qualificato” rispetto alla sola esistenza della condotta materiale oggetto di sanzione. In altre parole, se le circostanze addebitate non hanno rilevanza giuridica si verte in ipotesi di inadempimento “non notevole”, idoneo a consentire la reintegrazione nel posto di lavoro. E' il caso affrontato dalla Suprema Corte che, con la sentenza del 13 ottobre 2015, n. 20540, ha reputato i fatti addebitati insussistenti perché ritenuti contrari unicamente alle “*regole della compostezza e degli usi mondani*” e, pertanto, “*giuridicamente non rilevanti*”<sup>6</sup>.

---

653 e ss.; R. RIVERSO, *I licenziamenti disciplinari tra Jobs Act e riforma Fornero. (Basta poco di fatto materiale e la reintegra va giù)*, in *Quest. giust.*, 2015, 4 e ss.; P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della Legge n. 300 del 1970*, in L. DI PAOLA (a cura di), *La riforma del lavoro, op. cit.*, 290 e ss.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012, 57; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 552 e ss..

<sup>5</sup> Pubblicata in *Riv. giur. lav.*, 2012, n. 4, II, 271, con nota di F. FABBRI, *Alcune considerazioni sulla insussistenza del fatto addebitato e sulle incongruenze del nuovo art. 18 Stat. lav.*, n. 2, I, 761 e ss..

<sup>6</sup> Cfr. Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540, in *Il Foro it.*, 2015, I, 3830, con nota di V. FERRARI; in *Mass. giur. lav.*, 2015, 850, con nota di A. VALLEBONA; in *Dir. prat. lav.*, 2015, 2704, con nota di S. SERVIDIO; in *Dir. rel. ind.*, 2015, 1128 (m), con nota di R. PELUSI; in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 102, con nota di O. MAZZOTTA; in *Guida al lav.*, 2017, fasc. 41, 15 (m), con nota di C. SCOGNAMIGLIO; in *Riv. giur. lav.*, 2016, n. 1, II, 31, con nota di A. FEDERICI.

In seguito, tale tematica è stata affrontata anche dalla sentenza della Cassazione del 20 settembre 2016, n. 18418,<sup>7</sup> la quale ha confermato il sopra menzionato indirizzo di legittimità del 2015 in ordine alla questione, ritenuta dirimente ai fini dell'applicabilità della tutela reintegratoria, della valutazione della rilevanza giuridica della condotta del lavoratore al fine di determinare quali siano i requisiti che integrano la sussistenza o meno del fatto. Tale decisione ha statuito in merito che *“l'assenza di illiceità di un fatto materiale pur sussistente, deve essere ricondotto all'ipotesi, che prevede la reintegra nel posto di lavoro, dell'insussistenza del fatto contestato, mentre la minore o maggiore gravità (o lievità) del fatto contestato e ritenuto sussistente, implicando un giudizio di proporzionalità, non consente l'applicazione della tutela c.d. reale”*.

Inoltre, quanto alla manifesta insussistenza del fatto menzionata dal 4° comma del novellato art. 18 St. Lav. in ipotesi di licenziamento per giustificato oggettivo, molteplici sono state le tematiche sollevate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, anche e soprattutto in ordine alla qualificazione dell'avverbio *“manifestamente”*, la cui rilevanza è stata diversamente declinata ai fini dell'applicabilità delle diverse conseguenze sanzionatorie previste dalla norma: la reintegrazione, in caso di accertamento della manifesta insussistenza delle ragioni poste alla base del recesso e il solo indennizzo economico, nel caso di insussistenza ritenuta non manifesta<sup>8</sup>.

Una questione ulteriore ha poi investito la fattispecie dell'obbligo di *repêchage*<sup>9</sup> che, qualora disatteso dal datore di lavoro, oltre a determinare la il-

---

<sup>7</sup> In *Riv. giur. lav.*, 2017, II, 51, con nota di M. SALVAGNI, *L'irrelevanza giuridica del fatto equivale alla insussistenza della condotta*.

<sup>8</sup> Sul tema, cfr. M.T. CARINCI, *Fatto «materiale» e fatto «giuridico» nella nuova articolazione delle tutele ex art. 18 statuto dei lavoratori*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1326 il quale ha rilevato che il *«fatto»* in oggetto debba ritenersi declinato sotto il profilo giuridico e non materiale che, in quanto tale, o sussiste o non sussiste, dovendosi escludere la rilevanza pure attribuita da altri autori all'aggettivo *«manifesta»* menzionato nel testo normativo.

<sup>9</sup> Per un approfondimento della tematica dell'obbligo di *repêchage*, da ultimo, in senso cronologico, cfr. M. SALVAGNI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'obbligo di repêchage anche in mansioni inferiori nell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale prima e dopo il Jobs Act*, in *Lavoro e prev. oggi*, 2017, 5-6, 228 e ss.; nonché M. SALVAGNI, *Il repêchage in mansioni inferiori dopo il Jobs Act: obbligo o facoltà?*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 4, II, 577; G. CALVELLINI, *Obbligo di repêchage: vecchi e nuovi problemi all'esame della Cassazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 2, II, 245; S. CIUCCIOVINO, *Giustificato motivo di licenziamento e repêchage dopo il Jobs Act*, in *Mass. giur. lav.*, 2016, 43; M. FALSONE, *Sul c.d. obbligo di repêchage e la dequalificazione contrattata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 1, II, 73. M. FERRARESI, *L'obbligo di repêchage tra riforme della disciplina dei licenziamenti e*

legittimità del licenziamento, rileva anche ai fini dell'individuazione delle relative conseguenze sanzionatorie e, in particolare, della sanzione reintegratoria: in tal senso, alcuni recenti orientamenti di merito e di legittimità<sup>10</sup> sembrano avallare la tesi dottrinale del *repêchage* quale elemento costitutivo del recesso intimato per giustificato motivo oggettivo.

### **3. La tutela reintegratoria quale fattispecie residuale: la fuga in avanti delle domande giudiziali di accertamento di licenziamenti discriminatori e ritorsivi**

Quanto sin qui premesso risulta utile a far comprendere quali siano le difficoltà oggettive insite nell'accertamento dei "fatti" che comportano la sanzione della reintegrazione; e ciò proprio in considerazione della circostanza per cui le nuove disposizioni dettate dalla c.d. Legge Fornero, prima, e dal *Jobs Act*, oggi, inducono una parte della dottrina a ritenere che la reintegrazione possa essere considerata un'ipotesi ormai residuale, proprio in ragione del restringimento del relativo ambito applicativo<sup>11</sup>. Infatti alcuni autori, con riferimento alla nuova disciplina prevista dal D.Lgs. n. 23 del 2015 in materia di licenziamenti, hanno affermato che "*rispetto alla regola precedente, ciò che è cambiato è il presupposto della reintegrazione che non è più la mera e generale illegittimità quanto la nullità*"<sup>12</sup>.

Proprio a causa delle difficoltà oggettive, come sopra evidenziate, insite nell'accertamento della illegittimità del recesso che comporta la sanzione della reintegrazione, accade spesso che le parti che agiscono in giudizio siano portate a ricercare più opzioni giudiziali, ossia l'accertamento del recesso ritorsivo o discriminatorio, che possano così garantire la reintegrazione mediante un

---

*recenti pronunce di legittimità, in Variazioni su Temi Diritto del Lavoro, Torino, 2016, 4, 856; N. FRASCA, Giustificato motivo oggettivo e "repêchage": quando il datore procede a nuove assunzioni dopo il licenziamento, in Riv. it. dir. lav., 2014, 2, II, 231.*

<sup>10</sup> In merito si veda, rispettivamente, Corte di Appello di Roma del 1 febbraio 2018, in [www.eclegal.it](http://www.eclegal.it), con nota di G. AMMASSARI, *L'oggetto del giudizio di impugnazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo nel c.d. rito Fornero* e Cass. 2 maggio 2018, n. 10435, in [www.wikilabour.it](http://www.wikilabour.it), 7 maggio 2018.

<sup>11</sup> In tal senso, sulla tesi della reintegrazione come eccezione e della tutela indennitaria come regola a seguito dell'entrata in vigore del *Jobs Act*, v. M.T. CARINCI, *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale*, in M.T. CARINCI, A. TURSI, (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Torino, 2015, 27 e ss.

<sup>12</sup> V. BAVARO – M. D'ONGHIA, *Profili costituzionali del licenziamento nullo*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT., 305, 2016, 3.

percorso indubbiamente più difficile, ma che potrebbe assicurare tale tutela. Evento, questo, previsto dalla dottrina che, già all'indomani della c.d. riforma Fornero e del novellato art. 18, L. n. 300/1970, aveva affermato che vi sarebbe stata "una corsa alla discriminazione nel licenziamento in sede processuale, in quanto unica porta di accesso alla tutela reintegratoria piena"<sup>13</sup>.

Va tuttavia evidenziato che, a quanto consta, pur essendo aumentato nelle aule dei Tribunali il contenzioso relativo ai casi di licenziamento discriminatorio o ritorsivo, il riconoscimento giudiziale di tali fattispecie è raro, stante anche l'oggettiva difficoltà della loro dimostrazione. Ciò anche in considerazione del fatto che le lettere di licenziamento giammai citano elementi che possano integrare per *tabulas* una discriminazione o una ritorsione esplicita. Le ragioni del recesso "formalmente" sono sempre economiche o organizzative (giustificato motivo oggettivo) o disciplinari. Tuttavia, accade spesso che i motivi del licenziamento vengano indicati in maniera tale da rappresentare un vero e proprio "schermo" alla reale situazione fattuale che ha determinato l'allontanamento del prestatore di lavoro. Quest'ultimo deve così superare tale finzione con un vero e proprio percorso ad ostacoli teso a fare emergere la verità sostanziale.

Infatti, la possibilità di ottenere la reintegrazione mediante una domanda giudiziale volta all'accertamento di un licenziamento discriminatorio o ritorsivo risulta estremamente rischiosa dal punto di vista probatorio, proprio perché molte delle circostanze utili alla valutazione di entrambe le fattispecie sono "custodite" all'interno dell'azienda; pertanto, non è facile dimostrare tali presupposti, in quanto, non solo il lavoratore non è in possesso della documentazione che dovrebbe provare il cosiddetto intento ritorsivo o discriminatorio ma, soprattutto, è difficile riuscire ad ottenere in giudizio dichiarazioni testimoniali in tal senso da altri lavoratori presenti in azienda per il ragionevole *metus* a cui sono sottoposti i medesimi ove continuino a lavorare in quella stessa società.

A questo proposito si parla di *probatio diabolica* in quanto è lo stesso ambiente lavorativo che difficilmente permette al dipendente di provare la discriminazione o la ritorsione. È proprio in ragione di tali oggettive problematiche insite nell'onere della prova che, spesso, le domande di accertamento di licenziamento discriminatorio o ritorsivo non sono accolte o, addirittura, neanche proposte, anche a causa della consapevolezza della difficoltà di superare

---

<sup>13</sup> M. BIASI, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, n. 4-5, 1244. Sul punto si veda anche P. CHIECO, *La nullità del licenziamento per vizi "funzionali" alla luce dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 331, nonché A. GUARISO, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 351 e ss.

quella “copertura” di (formale) legittimità rappresentata nei motivi di licenziamento dal datore di lavoro.

#### **4. La fattispecie discriminatoria, riferimenti normativi e tutele sanzionatorie in caso di licenziamento**

Nel tempo, la giurisprudenza ha manifestato una sempre maggiore attenzione nei confronti delle fattispecie ritorsive e discriminatorie, consentendo, ai fini del superamento del difficile onere della prova, l'applicazione delle presunzioni semplici *ex art. 2729 c.c.* la cui validità probatoria in giudizio è tuttavia condizionata dal fatto che le stesse siano, come richiesto della norma, gravi, precise e concordanti; in sostanza, una *reductio ad unum* di tre requisiti di non facile dimostrazione complessiva.

In aiuto degli interpreti sovengono alcune specifiche normative intervenute a “codificare” i presupposti della discriminazione. Tale fattispecie, nel solco della disposizione antidiscriminatoria per eccellenza che è rappresentata dal principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, si configura ogni volta che un soggetto venga trattato in modo più svantaggiato rispetto ad altri in determinate situazioni. Ai fini della dimostrazione di un evento discriminatorio, occorre utilizzare un criterio di tipo comparativo, oppure è necessario provare che un soggetto subisca un provvedimento (negativo) in ragione di certe caratteristiche che la legge intende, invece, proteggere. In tema di discriminazione l'elenco delle ipotesi che qualificano la medesima non potrà mai essere tassativo. La legge, in ogni caso, enuclea varie tipologie di discriminazioni vietate, tra le quali figurano: quelle di genere, quelle basate sull'età, sull'orientamento sessuale, sulla disabilità, sulla religione, sulla razza, quelle di tipo politico e sindacale, *etc.* La classificazione delle normative che tutelano il lavoratore dagli atti discriminatori è vasto e, solo per citare alcune fonti, si richiamano: l'art. 44., D.Lgs. n. 286/1998 (che disciplina la discriminazione diretta o indiretta per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi); l'art. 4, D.Lgs. n. 215/2003 (che disciplina la discriminazione diretta o indiretta per razza o origine etnica); l'art. 4, D.Lgs. n. 216/2003 (che disciplina la discriminazione diretta o indiretta per religione, convinzioni personali, *handicap*, età o orientamento sessuale); l'art. 3, L. n. 67/2006 (che disciplina la discriminazione diretta o indiretta per disabilità); l'art. 55 *quinquies*, D.Lgs. n. 198/2006 (che disciplina la discriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso nell'accesso ai beni e servizi e loro fornitura), nonché, da ultimo, l'art 28, D.Lgs. n. 150/2011<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Si segnalano altri opportuni riferimenti normativi sulla discriminazione: L. n. 903/1977; L. n. 125/1991; D.Lgs. n. 198/2006 (Codice delle pari opportunità); D.

Tuttavia, occorre evidenziare che una prima impostazione sistematica ed unitaria del fenomeno discriminatorio trova la propria fonte principale nel D.Lgs. n. 216/2003 il quale, di derivazione comunitaria, ha determinato l'introduzione nel nostro ordinamento delle nozioni di discriminazione diretta<sup>15</sup> e di quella indiretta<sup>16</sup>. E ancora, tra le condotte discriminatorie rientrano, per espressa previsione di legge, sia le molestie, intese come quei comportamenti indesiderati aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo (art. 2, 3° c., D.Lgs. n. 216/2003), sia le eventuali istruzioni (ovvero gli ordini) discriminatorie impartite dal datore di lavoro (art. 2, 4° c., D.Lgs. n. 216/2003).

Inoltre, il regime sanzionatorio degli atti discriminatori trova una specifica disciplina nell'art. 15, L. n. 300/1970, ove è stabilito che è nullo qualsiasi patto o atto diretto a subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte o a licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale, ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero.

Tuttavia, la disposizione che meglio delinea il regime probatorio teso alla dimostrazione degli atti aventi natura discriminatoria è sicuramente l'art. 28, punto 4, D.Lgs. n. 150/2011 che, rubricato "*regime di prova attenuata tipico del diritto antidiscriminatorio*", stabilisce: "*quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al*

---

Lgs. n. 286/1998 (Testo Unico in materia di immigrazione); D.Lgs. n. 215/2003 in attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento fra persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; D.Lgs. n. 216/2003 in attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro; D.Lgs. n. 5/2010 in attuazione della direttiva 2006/54/CE relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego; L. n. 92/2012, recante *Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*.

<sup>15</sup> La discriminazione diretta è disciplinata dall'art. 2, 1° c., lett. a), D.Lgs. n. 216/2003) e si configura «quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga».

<sup>16</sup> La discriminazione indiretta è disciplinata dall'art. 2, 1° c., lett. b), D.Lgs. n. 216/2003) e si configura «quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone».

*convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata".*

Inoltre, il nostro ordinamento, con l'art. 4, L. n. 604/1966, l'art. 3, L. n. 108/1990 e l'art. 15, St. Lav., sanziona espressamente il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie, ossia quello intimato per ragioni di credo politico o di fede religiosa, per l'appartenenza ad un sindacato o per la partecipazione all'attività sindacale (tra cui è compresa la partecipazione del lavoratore ad uno sciopero), nonché da ragioni razziali, di lingua o di sesso, di *handicap*, di età o basate sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali del dipendente.

Sempre in tema di discriminazione, l'art. 18, comma 1, L. n. 300/1970 prevede espressamente che *"il giudice, con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento ex art. 3, L. n. 108/1990 perché discriminatorio, ovvero perché intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'art. 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna di cui al D.Lgs. n. 198/2006, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'art. 54, commi 1, 6, 7 e 9 del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità di cui al D.Lgs. n. 151/2001 e successive modificazioni, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, 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"*.

Pertanto, in caso di licenziamento discriminatorio, il lavoratore ha diritto alle tutele previste dalla legge e, in particolare, a quelle indicate dai primi tre commi dell'art. 18, L. n. 300/1970, come modificati dalla L. n. 92/2012, se si tratta di lavoratore assunto prima del 7 marzo 2015, nonché alle tutele indicate dall'art. 2, D.Lgs. n. 23/2015, se l'assunzione è avvenuta a decorrere dal 7 marzo 2015. Tali norme, peraltro, hanno un contenuto identico: infatti, sia la nuova che la vecchia disciplina, prevedono che il lavoratore cui sia stato comminato un licenziamento discriminatorio ha diritto alla c.d. tutela reintegratoria piena, in forza della quale il datore di lavoro è obbligato a reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro, oltre che a corrispondere a quest'ultimo un'indennità risarcitoria nella misura della retribuzione maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione.

## 5. Norme di riferimento sul licenziamento ritorsivo. Cenni

La riforma dell'articolo 18, L. n. 300/1970 ad opera della c.d. riforma Fornero ha stabilito una espressa disciplina legislativa circa le conseguenze del licenziamento per motivo di ritorsione, prevedendo la reintegrazione piena nel caso di licenziamento *"determinato da un motivo illecito determinan-*



*te ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile*" (art. 18, comma 1, St. Lav.), così equiparando tale fattispecie ad un caso di nullità.

La giurisprudenza, però, ancor prima di tale espressa previsione normativa, era giunta ad analoga conclusione affermando che il licenziamento ritorsivo dovesse ritenersi nullo quando il motivo (e come tale illecito) fosse stato l'unico determinante ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1418, c. 2°, 1345 e 1324 c.c.. Sul punto, come si dirà meglio nelle pagine seguenti, la Cassazione aveva elaborato una interpretazione di tipo estensivo delle norme da ultimo citate, applicando anche al recesso ritorsivo la disciplina prevista per quello discriminatorio, vietato ai sensi dell'art. 4, L. n. 604/1966, dell'art. 15, L. n. 300/1970, nonché dell'art. articolo 3, L. n. 108/1990. Proprio sulla base di tali norme anti-discriminazione, la giurisprudenza, quindi, estendeva le tutele ripristinatorie e risarcitorie di cui all'art. 18 St. Lav. anche alla fattispecie del licenziamento ritorsivo, pur in mancanza di una espressa previsione normativa, in tal senso, nella Legge n. 300 del 1970.

La sanzione della reintegrazione in caso di licenziamento ritorsivo è stata invece espressamente codificata proprio dalla riforma Fornero con la quale è stata testualmente prevista, al comma 1 dell'art. 18, L. n. 300 del 1970, la nullità del licenziamento nel caso in cui il recesso sia riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 c.c.. In tale ipotesi, il giudice deve ordinare 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. Di contro, invece, la formulazione del nuovo art. 2, D.Lgs. n. 23/2015 in tema di sanzione reintegratoria in caso di licenziamento nullo è diversa, in quanto stabilisce che il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio a norma dell'art. 15 St. Lav. e successive modificazioni, ovvero poiché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto. In sostanza, la nuova disposizione stabilita dal *Jobs Act* non fa più espresso riferimento al motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 c.c. e ciò ha creato, sin da subito, alcuni dubbi interpretativi sui casi di nullità che possono integrare l'applicazione della reintegrazione.

### **5.1. Le novità introdotte dal D.Lgs. n. 23/2015 in tema di licenziamento nullo ai fini della reintegrazione. Cosa si intende per «altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge»**

Come evidenziato nelle pagine precedenti, le modifiche intervenute con la c.d. riforma Fornero hanno prodotto un notevole incremento di domande



giudiziali e relative pronunce giurisprudenziali in tema di licenziamento discriminatorio o ritorsivo, quale conseguenza del sopra rilevato restringimento delle ipotesi normative che prevedono la tutela reintegratoria.

Per quanto riguarda il tema oggetto di commento, oggi la reintegrazione nel posto di lavoro per i lavoratori assunti a tempo indeterminato dopo il 7 marzo 2015 è prevista dall'art. 2, D.Lgs. n. 23 del 2015 che stabilisce tale sanzione nel caso del licenziamento «*discriminatorio a norma dell'art. 15 della Legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni*». E' stato eliminato, invece, l'elenco delle ipotesi di licenziamento nullo presenti nel testo dell'art. 18 St. Lav., poiché l'unico ulteriore riferimento per l'applicazione della tutela reintegratoria è quello degli «*altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge*».

L'opera di sintetizzazione compiuta dall'art. 2, D.Lgs. n. 23 del 2015 pone alcune rilevanti questioni che meritano più d'una osservazione, anche perché la formulazione delle nuove disposizioni ha ingenerato non pochi dubbi interpretativi sugli effetti della relativa disciplina<sup>17</sup>.

Nel testo in questione vi è la formula «*agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge*», mentre l'art. 18 St. Lav., dopo l'indicazione dei licenziamenti per causa matrimonio, della lavoratrice gestante o con figlio minore di un anno e del padre che usufruisca dei congedi parentali, prevede la reintegrazione anche negli «*altri casi di nullità previsti dalla legge*» o quando il recesso è «*determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile*».

A questo punto, occorre comprendere cosa è mutato nella nuova disciplina del D.Lgs. n. 23 del 2015 rispetto al precedente testo dell'art. 18, St. Lav.: cosa aggiunge o cosa toglie l'avverbio «*espressamente*»?

Da un lato, si potrebbe ritenere tale formulazione alla stregua di una mera espressione linguistica, senza, quindi, attribuire ad essa alcun peso; dall'altro però, in ossequio alle intenzioni del legislatore, tale avverbio potrebbe leggersi come il mezzo attraverso cui il legislatore ha inteso restringere il campo di applicazione della reintegrazione nel posto di lavoro rispetto ai casi di nullità previsti dall'art. 18 St. Lav.

Confrontando le due norme, si nota un ulteriore profilo di diversità: infatti, nel testo dell'art. 2 del D.Lgs. n. 23 del 2015 viene eliminato il riferimento al licenziamento per motivo illecito determinante di cui all'art. 1345 c.c. Tale espunzione potrebbe trovare la sua motivazione nel fatto che l'art. 1345 c.c. rientra nei casi di nullità espressamente previsti dalla legge ai sensi del secondo comma dell'art. 1418 c.c.; pertanto, in questo modo la fattispecie del recesso ritorsivo diviene «*espressamente prevista*», come richiesto dalla norma.

---

<sup>17</sup> Cfr. sul punto F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema della legge n. 23/2015*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".it, n. 252.

Al riguardo, la dottrina ha sostenuto che la *ratio* della riforma del *Jobs Act* è quella di limitare il più possibile l'applicazione della tutela reale come si evince “*chiaramente dalla relazione che ha accompagnato lo schema di decreto: la finalità perseguita è quella di “riservare la tutela reintegratoria per il lavoratore licenziato oralmente e per ragioni discriminatorie (e per insussistenza del fatto materiale nei licenziamenti disciplinari)”*<sup>18</sup>. Secondo alcuni autori, che propongono una interpretazione riduttiva della nuova norma, rientrerebbero nella tutela reintegratoria solo le nullità di carattere generale e testuale – ossia quelle previste dagli artt. 1345, 1343, 1344 c.c., per le quali l'art. 1418, 2° comma, c.c. sancisce testualmente la nullità – e non anche quelle cosiddette virtuali di cui al primo comma dell'art. 1418 c.c.<sup>19</sup>.

A parere di chi scrive, tuttavia, l'art. 2, D.Lgs. n. 23 del 2015 non può interpretarsi al punto di ricondurre in via esclusiva la reintegrazione ai soli casi tipici “*identificati*” dalla legge, in quanto ciò appare in contrasto con i principi di diritto comune in tema di nullità. Un ragionamento di tal genere vedrebbe concretizzarsi una compressione dei diritti del lavoratore sulla base del presupposto per cui, non potendosi considerare il fatto illecito di natura civilistica quale ipotesi tipica di nullità, secondo la formulazione testuale dell'art. 2, D.Lgs. n. 23/2015, la eventuale realizzazione di tale fattispecie non consentirebbe la tutela reintegratoria.

Sul punto, risultano invece convincenti e condivisibili le argomentazioni di una parte della dottrina secondo cui la “*nullità del licenziamento comporta sempre la reintegrazione di diritto speciale, anche quando tale rimedio non sia esplicitato*”, affermazione, questa, rafforzata da un altro assunto dirimente, ossia che il presupposto della nullità è da “*ricercare non tanto in una non ben definita “espressa previsione di legge” quanto nella illiceità del licenziamento che deriva dalla violazione di norme imperative. Il nesso da indagare, quindi, attiene al rapporto fra “nullità” e “norma imperativa”*<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> M. RUSSO, *Prime osservazioni sul licenziamento discriminatorio e nullo nel Jobs Act*, in *Lavoro e prev. oggi*, 2015, n. 3-4, 141.

<sup>19</sup> In tal senso, M.T. CARINCI, *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione delle disposizioni di legge o in forma orale*, in M.T. CARINCI, A. TURSI, (a cura di), *op. cit.*, 29 e ss., nonché v. anche E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel “passaggio” dall'art. 18 Stat. Lav. all'art. 2 D.Lgs. n. 23/2015*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di) *Il licenziamento all'indomani del D.Lgs. n. 23/2015 (contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, in *ADAPT, Labour Studies*, e-Book, n. 46, 48 e ss.

<sup>20</sup> V. BAVARO – M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 3. Sul punto, si veda anche M.V. BALLESTRERO, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentale della reintegrazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, 231 e ss., nonché C. MUSELLA, *I licenziamenti discriminatori e nulli*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto a “tutele crescenti”* in *Quad. arg. dir. lav.*, 2015, n. 14, 13 e ss.

## 6. Orientamenti giurisprudenziali in tema di licenziamento discriminatorio e ritorsivo: l'interpretazione estensiva e la sovrapposizione delle due fattispecie

La Corte di Cassazione, fino alla già citata decisione del 5 aprile 2016, n. 6575, con orientamento consolidato, ha stabilito un principio che si ritiene opportuno riportare nella sua interezza ai fini di far comprendere come siano state interpretate dalla giurisprudenza – e, allo stesso tempo, sovrapposte – le due fattispecie del licenziamento ritorsivo e discriminatorio, ove il primo veniva ricondotto o “assimilato” al secondo ai fini dell’applicazione della tutela reintegratoria.<sup>21</sup> Afferma in merito un indirizzo di legittimità del 2015, che sul punto richiama espressamente altre pronunce: “... a) il licenziamento per ritorsione, diretta o indiretta – assimilabile a quello discriminatorio, vietato dagli artt. 4 della legge n. 604 del 1966, 15 della legge n. 300/1970 e 3 della legge n. 108 del 1990 – inteso come l’ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore, con conseguente nullità del recesso sussiste quando il motivo ritorsivo sia stato l’unico determinante e sempre che il lavoratore ne abbia fornito prova, anche con presunzioni (ex multis, Cass. n. 17087 del 8.8.2011); b) il divieto di licenziamento discriminatorio – sancito dalla L. n. 604 del 1966, art. 4, dalla L. n. 300 del 1970, art. 15, e dalla L. 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, che costituisce cioè l’ingiusta e arbitraria reazione, quale unica ragione del provvedimento espulsivo, essenzialmente quindi di natura vendicativa, essendo necessario, in tali casi, dimostrare, anche per presunzioni, che il recesso sia stato motivato esclusivamente dall’intento ritorsivo (Cass. 18 marzo 2011, n. 6282, in senso conforme: Cass. 27 febbraio 2015, n. 3986)”<sup>22</sup>.

Al riguardo, occorre evidenziare che il licenziamento per motivo di ritorsione viene intimato dal datore di lavoro in conseguenza di comportamenti allo stesso sgraditi posti in essere dal lavoratore, ossia un licenziamento che si potrebbe definire vendicativo. Le ipotesi di licenziamento individuale sono tipiche: esso può essere giustificato da motivi economici o organizzativi (licenziamen-

---

<sup>21</sup> Sulla assimilazione dei licenziamenti discriminatori a quelli ritorsivi in una interpretazione giurisprudenziale che ritiene sovrapponibili le due fattispecie, v., tra le tante: Cass. 27 febbraio 2015, n. 3986, in *Il Foro it.*, Rep. 2015, voce cit., n. 1100; Cass., 14 marzo 2013, n. 6501, *id.*, 2013, 5, I, 1455 e in *Mass. giur. lav.*, 2013, 864, con nota di L. PERINA; Cass. 8 agosto 2011, n. 17087, cit.; nonché altre pronunce di legittimità cui si darà conto nel prosieguo del commento.

<sup>22</sup> Cass. 3 dicembre 2015, n. 24648, in *Riv. giur. lav.*, 2016, 2, II, 177, con nota di A. GAMBARELLA, *Configurabilità del carattere ritorsivo nel licenziamento ingiustificato*.

to per giustificato motivo oggettivo), o da motivi disciplinari (licenziamento per giusta causa o soggettivo per notevole inadempimento), o dal superamento del periodo di comporto previsto dai c.c.n.l. (nei casi di malattia o infortunio).

Il licenziamento ritorsivo, quindi, formalmente rivestirà le sembianze di un licenziamento «tipico», ma, nella sostanza, le motivazioni apparentemente sottese a quest'ultimo andranno di volta in volta a mascherare i reali intenti che hanno portato all'estromissione del lavoratore. Infatti, il licenziamento ritorsivo è sempre riconducibile alla volontà del datore di lavoro di liberarsi di un lavoratore divenuto scomodo in azienda.

Con riferimento al motivo ritorsivo, l'orientamento giurisprudenziale tradizionale<sup>23</sup> affermava che la nullità prevista dall'art. 1345 c.c. dovesse intendersi in senso estensivo, ovvero quale sanzione del sistema per ogni condotta datoriale che rappresentasse una illecita reazione in funzione vendicativa nei confronti del lavoratore che avesse a sua volta esercitato un diritto o comunque tenuto una condotta lecita. In tal senso, emblematica è una decisione della Suprema Corte del 2009 che, nel sovrapporre le due ipotesi di licenziamento discriminatorio e ritorsivo, “estende” i presupposti normativi delle varie ipotesi di licenziamento discriminatorio ritenendo che le disposizioni che lo identificano “*costituiscono specificazione della più ampia fattispecie del licenziamento viziato da motivo illecito*”. Il licenziamento per ritorsione implicherebbe “*una illecita discriminazione, intesa in senso lato, del lavoratore licenziato rispetto agli altri dipendenti*”<sup>24</sup>. Secondo tale prospettazione di legittimità, si configurerebbe una “*interpretazione estensiva*” dell'area di tutela del licenziamento discriminatorio che andrebbe intesa in una accezione più ampia, che attiene ai motivi di recesso che “*integrano il perseguimento di finalità contrarie all'ordine pubblico, al buon costume o ad altri scopi espressamente proibiti dalla legge*”.

Al riguardo, si è evidenziato come sia stato “*dominante per più di mezzo secolo l'orientamento della giurisprudenza, condiviso da parte della dottrina,*

<sup>23</sup> Cfr. Cass. 27 febbraio 2015, n. 3986, cit.; Cass. 8 agosto 2011, n. 17087, cit.; Cass. 18 marzo 2011, n. 6282, cit.

<sup>24</sup> In tal senso, cfr. Cass. 9 luglio 2009, n. 16155, in *Riv. giur. lav.*, 2010, II, 59, con nota di E. GRAGNOLI, *La nozione di licenziamento ritorsivo e le possibili motivazioni del recesso*; Cass. 14 luglio 2005, n. 15816, in *Orient. giur. lav.*, 2005, I, 541 e in *Giust. civ.*, 2006, I, 221, che, nel confermare la sovrapposizione delle due fattispecie, afferma che “*per affermare il carattere ritorsivo e quindi la nullità del provvedimento espulsivo, in quanto fondato su motivo illecito, occorre specificatamente dimostrare, con onere a carico del lavoratore, che l'intento discriminatorio e di rappresaglia per l'attività svolta abbia avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di lavoro, anche rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso*”.

*secondo cui la fattispecie discriminatoria debba essere ricondotta*” al motivo illecito ex art. 1345 c.c.<sup>25</sup>.

In altri termini, negli anni la Corte di Cassazione ha ricondotto alla medesima nullità casistiche di licenziamenti che non sempre ricadevano nella previsione testuale di atti nulli secondo le norme interne (art. 5, L. n. 604/1966; art. 3, L. n. 108/1990; art. 15, L. n. 300/1970). Infatti, le decisioni della magistratura del lavoro, per sanzionare e riconoscere le condotte ritorsive, hanno spesso utilizzato la forza espansiva e precettiva delle disposizioni relative alla discriminazione, senza tuttavia considerare autonomamente tale ultima fattispecie, la quale necessitava sempre di essere messa in relazione o ricondotta, come sopra evidenziato, al motivo illecito.

Troviamo, infatti, molteplici esempi del predetto indirizzo giurisprudenziale, teso ad estendere i divieti espressamente codificati dalla legge relativi al licenziamento discriminatorio ai recessi di tipo ritorsivo, ove la *ratio* sottesa alle sentenze è sempre quella di sanzionare condotte datoriali che esprimevano la volontà ritorsiva nei confronti dei lavoratori nei casi in cui, ad esempio: i prestatori avessero violato direttive aziendali; chiesto il pagamento del lavoro straordinario o differenze retributive arretrate; introdotto un precedente giudizio contro lo stesso datore; rifiutato proposte di proseguire il rapporto mutandone il titolo giuridico; fossero parenti di altri dipendenti che avevano avanzato pretese contro il datore<sup>26</sup>; comportamenti, questi, che avevano creato, in un certo senso, “*malumore*” nel datore di lavoro e il cosiddetto *animus vindicandi o nocendi*<sup>27</sup>.

### **6.1. Casi concreti esaminati dalla giurisprudenza di merito e di legittimità**

Per completezza di analisi, pare opportuno richiamare alcuni orientamenti significativi della giurisprudenza che, nel tempo, hanno caratterizzato, alme-

---

<sup>25</sup> A. LASSANDARI, *Considerazioni sul licenziamento discriminatorio*, in *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, op. cit., 193.

<sup>26</sup> In tal senso cfr., rispettivamente, Cass. 27 febbraio 2015, n. 3986, cit.; Cass. 3 agosto 2011, n. 16925, cit.; Cass. 18 marzo 2011, n. 6282, cit.; Cass. 9 luglio 2009, n. 16155, cit.; Cass. 8 agosto 2011, n. 17087, cit.

<sup>27</sup> In merito, si veda anche Cass. 6 giugno 2013, n. 14319, in *Riv. giur. lav.*, 2013, n. 4, II, 633 ss, con nota di R. D'AMORE, *Licenziamento ritorsivo: necessità di provare le decisività e l'esclusività dell'animus vindicandi*. Sul punto, si veda anche Cass. 14 marzo 2013, n. 6501, cit.

<sup>28</sup> In *Arg. dir. lav.*, 2015, 966, con nota di E. GRAMANO.

no sino alla citata sentenza della Suprema Corte del 5 aprile 2016, le due fattispecie dei licenziamenti ritorsivi e discriminatori.

Con riferimento alla c.d. tecnica della sovrapposizione delle due fattispecie, si richiama un precedente di legittimità del 26 maggio 2015, n. 10834<sup>28</sup>, riguardante la vicenda di un lavoratore licenziato a seguito di una serie di contestazioni disciplinari. La Suprema Corte, nel caso di specie, ha confermato le motivazioni della Corte di Appello che aveva ritenuto il recesso nullo in ragione della condotta datoriale che, tuttavia, veniva qualificata come discriminatoria.

In merito, si segnala anche la sentenza n. 3547 del 7 marzo 2012<sup>29</sup>, ove la Cassazione ha affermato che il licenziamento del dirigente può essere considerato arbitrario solo quando si dimostra pretestuoso e quindi non corrispondente alla realtà. Secondo la tesi prospettata dal lavoratore nella vicenda processuale, la soppressione della propria area di responsabilità non rientrava in precise scelte organizzative ma era dettata da intenti ritorsivi o discriminatori. Tuttavia, a parere della Suprema Corte, se il licenziamento è collegato a un effettivo processo di riorganizzazione del settore aziendale e la motivazione risulta lecita e obiettivamente verificabile, ciò esclude l'arbitrarietà del provvedimento espulsivo.

Invece, con sentenza n. 2958 del 27 febbraio 2012<sup>30</sup>, la Suprema Corte ha ritenuto ritorsivo il licenziamento di un direttore provinciale di una confederazione e consigliere di amministrazione di una società controllata dalla stessa confederazione. Il lavoratore sosteneva di essere stato licenziato per volontà del presidente in conseguenza del proprio rifiuto di sottoscrivere il bilancio aziendale e di aver espresso un fermo rifiuto sul distacco di alcuni dipendenti della federazione presso la società controllata, poiché si sarebbe potuta ravvisare l'ipotesi di somministrazione di manodopera vietata. I giudici di legittimità hanno confermato la pronuncia di merito, ritenendo che l'assunto difensivo del prestatore fosse adeguatamente motivato. Infatti, da un lato, sussistevano indici di ritorsione nei confronti del dipendente, dall'altro, era mancato un riscontro fattuale del motivo economico posto alla base del licenziamento per riduzione dei costi ingenti legati alla posizione lavorativa del direttore.

Anche nella sentenza del 18 marzo 2011, n. 6282, cit., la Cassazione ha ritenuto la natura ritorsiva del licenziamento. Al centro della vicenda, un lavoratore che aveva promosso un'azione legale nei confronti dell'azienda, pubblicando un articolo su un quotidiano locale. L'impresa procedeva al licenziamento disciplinare con la motivazione che il dipendente aveva assunto una

<sup>29</sup> In *Il Foro it.*, Rep. 2012, voce cit., n. 1307.

<sup>30</sup> *Id.*, Rep. 2012, voce cit., n. 1266.

posizione rigida e polemica nei confronti della società. I giudici della Cassazione hanno affermato che la normativa sul licenziamento discriminatorio è stata negli anni applicata a fattispecie che, pur non direttamente corrispondenti alle singole ipotesi espressamente regolate dalla legge, sono determinate in via esclusiva da motivo illecito, di ritorsione o rappresaglia, e costituiscono, quindi, un'ingiusta e arbitraria reazione, di natura essenzialmente «vendicativa». Anche in questo caso, però, i giudici hanno precisato che spetta al dipendente provare le proprie ragioni.

I giudici di legittimità poi, con la pronuncia del 3 agosto 2011, n. 16925, cit., hanno ribadito che il compito del magistrato è quello di valutare la reale sussistenza delle ragioni poste alla base della soluzione adottata e verificare «l'effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo operato. Così, nel vagliare le motivazioni, il giudice potrà interpretare estensivamente i motivi vietati dall'articolo 4 della legge 604/1966, dall'articolo 15 della legge 300/1970 e dall'articolo 3 della legge 108/1990, comprendendo anche il licenziamento per «ritorsione o rappresaglia».

Si richiama, inoltre, il già citato arresto della Suprema Corte con la sentenza del 9 luglio 2009, n. 16155,<sup>31</sup> secondo cui l'area del licenziamento discriminatorio altrimenti simulato non si limita alle sole motivazioni di tipo economico, ma si estende anche a ipotesi di «ritorsione o rappresaglia», come reazione ingiusta e arbitraria del datore a comportamenti non graditi. È quanto accaduto a un lavoratore che, chiedendo al proprio datore il pagamento degli straordinari e dei permessi retribuiti, si vedeva recapitare la lettera di licenziamento per riorganizzazione del magazzino imposta dalla crisi che aveva fatto diminuire gli ordini.

Esempi di licenziamento ritorsivo si trovano poi anche nella giurisprudenza di merito; *in primis*, si segnala un arresto del Tribunale di Frosinone, ord. n. 1687 del 9 dicembre 2014, est. Lisi<sup>32</sup>, ove la fattispecie in questione ha riguardato il caso di un lavoratore, il quale, dopo aver ottenuto una sentenza di conversione del rapporto di lavoro a termine in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, aveva ricevuto contestualmente dal datore di lavoro sia la comunicazione del ripristino del rapporto di lavoro sia quella di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Il recesso era stato motivato dall'impossibilità di dare esecuzione alla sentenza in ragione dell'assenza di postazioni di lavoro libere anche di livello inferiore ove utilmente collocarlo. Sul punto il Tribunale, anche attraverso la fattispecie delle presunzioni *ex art. 2729 c.c.*, ha ritenuto che il licenziamento fosse nullo perché «determinato da motivo ille-

---

<sup>31</sup> *Id.*, Rep. 2010, voce cit., n. 1420; anche in *Orient. giur. lav.*, 2009, I, 776; nonché in *Riv. giur. lav.*, 2010, II, 59.

<sup>32</sup> Pubblicata su [www.csdnroma.it](http://www.csdnroma.it), 13 maggio 2015, con nota di A. FEDERICI.



*cito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c., consistente nella volontà di eludere gli effetti della precedente sentenza resa tra le stesse parti dal Giudice del Lavoro del Tribunale di Frosinone, con la quale era stata disposta la conversione da tempo determinato a tempo indeterminato del rapporto di lavoro già in essere tra l'attore e la convenuta ed era stato ordinato al datore di lavoro di ripristinare il rapporto e di riammettere in servizio il prestatore».* In questo caso, è stata ritenuta chiara la giuridica irrilevanza del presunto giustificato motivo oggettivo.

Si segnala in merito, sempre con riferimento alla ipotesi di licenziamento ritorsivo, una decisione del Tribunale di Roma, ord. n. 38662 del 13 luglio 2015, est. Vincenzi<sup>33</sup>, ove il giudice ha dichiarato la nullità di un licenziamento che era stato irrogato per un giustificato motivo oggettivo risultato invece insussistente. Il giudice capitolino, quindi, una volta verificata la manifesta insussistenza delle ragioni poste alla base del recesso, in particolare l'inesistenza della soppressione del posto di lavoro in precedenza ricoperto dal prestatore, ha dichiarato nullo l'atto espulsivo ritenendolo ritorsivo e assimilabile a quello discriminatorio.

In ultimo, a conferma della parziale sovrapposizione delle due fattispecie da parte della giurisprudenza, si segnala la statuizione del Tribunale di Venezia del 16 luglio 2013<sup>34</sup>, secondo cui grava sul lavoratore l'onere della prova dell'esistenza di un motivo discriminatorio di licenziamento e del suo carattere determinante rispetto all'intimazione dell'atto di recesso; a tal fine, è possibile fare ricorso anche a presunzioni, tra cui l'inesistenza del diverso motivo adottato dal datore di lavoro a giustificazione del licenziamento.

## **7. Il nuovo orientamento della Corte di Cassazione che differenzia le due diverse ipotesi di licenziamento discriminatorio e ritorsivo: Le sentenze n. 6575 del 5 aprile 2016 e n. 14456 del 9 giugno 2017**

Si è evidenziato nelle pagine precedenti come la giurisprudenza, nell'affrontare le ipotesi del licenziamento ritorsivo e discriminatorio, ha spesso sovrapposto le due fattispecie al contrario della dottrina che, invece, aveva già sottolineato la differenza tra i due istituti<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Pubblicata su *Riv. giur. lav. News*, 2, 2016, 21, a cura di M. SALVAGNI.

<sup>34</sup> In *Il Foro it.*, Rep. 2013, voce cit., n. 956.

<sup>35</sup> In dottrina, per una completa disamina delle differenze tra licenziamento discriminatorio e ritorsivo alla luce del D.Lgs. n. 23/2015, v. E. PASQUALETTO, *op. cit.*, 48 e ss. Invece, con riferimento al recesso discriminatorio dopo la riforma Fornero e



La Corte di Cassazione, tuttavia, con sentenza n. 6575 del 5 aprile 2016, cit., si è pronunciata con riferimento ad un licenziamento discriminatorio ponendo le basi per la definitiva distinzione di tale fattispecie da quella del recesso di tipo ritorsivo. In particolare, la Suprema Corte si è discostata espressamente dal precedente orientamento di legittimità, proponendo così un nuovo indirizzo in tema di licenziamento discriminatorio che si fonda anche sull'applicazione della normativa sovranazionale.

Ai fini del presente elaborato, pare opportuno analizzare la vicenda che ha determinato tale nuovo orientamento. La fattispecie posta all'attenzione della Suprema Corte riguardava una lavoratrice dipendente di uno studio legale la quale veniva licenziata per giustificato motivo oggettivo per avere preannunciato al datore l'intenzione di sottoporsi all'estero alla procedura di fecondazione in vitro, con inevitabili conseguenti assenze dal lavoro. La motivazione scritta del licenziamento si riferiva alle ricadute negative delle assenze programmate per tali motivi sanitari sulla funzionalità dello studio legale presso il quale era addetta la lavoratrice. Il punto controverso è rappresentato dalla stessa difesa datoriale, secondo la quale mancava un intento ritorsivo e il dichiarato motivo economico del recesso avrebbe dovuto escludere ogni intento discriminatorio, impedendo di qualificare il recesso come nullo per motivo illecito determinante. La Corte di Cassazione, nel proprio ragionamento decisorio, prende posizione sui rapporti esistenti fra licenziamento discriminatorio e ritorsivo; e ciò non soltanto individuando, con estremo rigore sistematico, le diverse nozioni integranti le due fattispecie, ma risolvendo altresì la questione della ripartizione e dell'oggetto dell'onere probatorio, fondamentale nella prassi applicativa in materia discriminatoria. La Corte, pertanto, prende le distanze da quello che definisce un vero e proprio "equivoco" insito nel precedente orientamento che assimilava il licenziamento discriminatorio a quello ritorsivo.

Quindi, per la prima volta in sede di legittimità, e a differenza di quanto sostenuto dalla elaborazione dottrinale che, invece, già si era "progressivamente adeguata all'evoluzione della normativa e interpretativa della Unione europea"<sup>36</sup> differenziando le due fattispecie della ritorsività e della discriminazione, il diritto antidiscriminatorio è stato riportato dalla Suprema Corte

---

prima del D.Lgs. n. 23/2015, si veda: P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge 300 del 1970*, in L. DI PAOLA (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, op. cit., 254 e ss., nonché P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, n. 4-5, I, 842 e ss.; si veda in ogni caso: M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio alla luce della disciplina nazionale: nozioni e distinzioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 273.

<sup>36</sup> A. LASSANDARI, op. cit., 194.

alle proprie radici eurounitarie, evidenziandone la natura oggettiva e le relative ricadute applicative, fra cui quella fondamentale sull'onere della prova, nonché sulla valutazione del concorrente motivo illecito. A parere della dottrina, tale arresto “è una decisione molto rilevante che prova come il crescente ricorso al diritto antidiscriminatorio nella pratica giudiziaria ponga la giurisprudenza nazionale di fronte alla necessità di confrontarsi criticamente con i suoi orientamenti consolidati”<sup>37</sup>.

Conseguentemente, secondo quanto stabilito nelle motivazioni della sentenza del 5 aprile 2016, il licenziamento discriminatorio, diversamente da quello determinato dal motivo illecito di cui all'art. 1345 c.c., opera obiettivamente, ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento deteriore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta ed a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro. Va perciò distinta l'ipotesi del licenziamento discriminatorio – che è nullo indipendentemente dalla motivazione adottata, anche se non vi è alcuna intenzione ritorsiva da parte del datore di lavoro – dalla diversa fattispecie del licenziamento ritorsivo, per il quale, invece, è necessaria la prova del motivo illecito unico e determinante.

In particolare, la novità della pronuncia consiste proprio nell'aver superato la tradizionale sovrapposizione delle due figure del licenziamento, ritenendo improprio che fino a quel momento la giurisprudenza avesse finito per esigere in entrambi i casi che il licenziamento risultasse, non solo privo di giustificazione, ma anche fondato su un motivo illecito, unico e determinante, ponendo quindi il relativo onere della prova a carico del lavoratore.

Recentemente, la Suprema Corte, con sentenza del 9 giugno 2017, n. 14456<sup>38</sup>, ha avuto modo di consolidare il nuovo orientamento circa la differenza esistente tra licenziamento discriminatorio e licenziamento ritorsivo, affermando che “appare utile rammentare che mentre la nullità derivante dal divieto di discriminazione discende direttamente dalla violazione di specifiche norme di diritto interno ed europeo (...) e dunque prescindendo dalla motivazione adottata .. la condotta discriminatoria determina di per sé solo la nullità del licenziamento, nel caso del licenziamento ritorsivo l'elemento qualificante è dato dall'illiceità del motivo unico e determinante del recesso”.

Per completezza d'informazione, va richiamata anche un'altra importante decisione della Corte di Cassazione del 15 novembre 2016, n. 23286, in materia di molestie sessuali e discriminazione, che enuncia importanti principi in tema di prove statistiche ai fini della dimostrazione in giudizio della natu-

<sup>37</sup> E. TARQUINI, *Il principio di non discriminazione in giudizio: la giurisprudenza nazionale tra tutele di diritto comune e fonti sovranazionali*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, op. cit., 55.

<sup>38</sup> In *Il Foro it.*, Rep. 2017, voce *Lavoro e previdenza* (controversie), n. 61.

ra discriminatoria del licenziamento, in realtà riconducibile al rifiuto della dipendente di essere sottoposta alle molestie sessuali<sup>39</sup>.

### **8. La ripartizione dell'onere della prova tra discriminazione e ritorsività nell'interpretazione della Cassazione**

Come anticipato, le sentenze di Cassazione n. 6575 del 5 aprile 2016 e n. 14456 del 9 giugno 2017, sono di rilevante importanza anche sotto l'ulteriore profilo della differente ripartizione degli oneri probatori a seconda che si deduca un licenziamento discriminatorio, ovvero ritorsivo. Sul punto, in particolare, le citate sentenze affermano che, nel caso in cui il lavoratore “*esercita la azione a tutela della discriminazione può limitarsi a fornire elementi di fatto (...) che siano idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti o comportamenti discriminatori. Spetta invece al convenuto l'onere della prova sulla insussistenza della discriminazione che opera obiettivamente, in ragione del mero rilievo del trattamento deteriore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta, ed a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro. Nel licenziamento ritorsivo, al contrario, non solo il licenziamento deve essere ingiustificato ma è necessario anche che il motivo che si assume essere illecito sia stato l'unico determinante (per un'accurata ricostruzione cfr. Cass. 05/04/2016 n. 6575 ed ivi ampi riferimenti di giurisprudenza)*”.

Pertanto, secondo la nuova interpretazione di legittimità, in ipotesi di recesso discriminatorio, è a carico del datore di lavoro sia la prova della giusta causa o del giustificato motivo del licenziamento *ex art. 5, L. n. 604/1966* sia la prova dell'assenza della discriminazione.

Con riguardo, invece al licenziamento per motivo illecito, la Cassazione osserva che l'art. 1345 c.c., ai fini della nullità del negozio, richiede che la volontà dell'agente (ovvero del datore di lavoro) sia stata determinata in via esclusiva da un intento *contra legem*. Il negozio riferibile a tale fattispecie, quindi, è quello rispetto al quale la volontà datoriale, perseguendo scopi anti-giuridici, si pone come abnorme reazione alla condotta del lavoratore, legandosi i due momenti per un rapporto di causalità esclusivo e decisivo.

Tuttavia, secondo quanto affermato dalla Suprema Corte nel 2016, nel caso in cui il datore di lavoro dimostri la sussistenza di una giusta causa o di

---

<sup>39</sup> In *Riv. giur. lav.*, 2017, II, 438 con nota di R. TERZI e in *Dir. merc. lav.*, 2017, 353, con nota di L. VENDITTI. Si evidenzia che la sentenza di Cassazione prende le mosse da C. App. Firenze, 11 luglio 2013, pubblicata in *Riv. giur. lav.*, 2014, 4, II, 624, con nota di D. IZZI, *Molestie sessuali e danni non patrimoniali con funzione dissuasiva*.

un giustificato motivo di recesso, ciò negherà *tout court* l'esistenza di un motivo illecito determinante secondo i requisiti richiesti dalla legge. Infatti, la prova fornita dal datore di lavoro in ordine alla sussistenza della ragione posta alla base del recesso contraddirà *in nuce* il cosiddetto tratto distintivo della esclusività richiesta dalla fattispecie astratta di riferimento (ossia la rappresaglia).

Nell'ambito della ritorsione, il lavoratore dovrà pertanto dimostrare non solo l'infondatezza dei motivi di licenziamento, ma anche l'illiceità della reazione datoriale, nonché la riferibilità e consequenzialità di tale reazione al comportamento invece lecito posto in essere dallo stesso. In tal caso, l'onere della prova ricade, per intero, sul lavoratore il quale dovrà dimostrare gli elementi oggettivi e soggettivi della condotta datoriale, in sé arbitraria ed improntata ad intento di rappresaglia. Tale prova, pertanto, secondo l'indirizzo prevalente della giurisprudenza, potrà essere fornita anche mediante l'istituto delle presunzioni semplici *ex art. 2729 c.c.* e, quindi, attraverso indizi gravi, precisi e concordanti<sup>40</sup>. La dottrina in merito non ha mancato di rimarcare come, in tema di prova presuntiva, "*la precisione e concordanza degli indizi/elementi di fatto non è sufficiente*" in quanto tali circostanze possono essere messe in correlazione anche con altri fatti che non necessariamente provano la ritorsione; conseguentemente, ciò che qualifica la fattispecie ritorsiva rispetto agli indizi richiesti dall'art. 2729 c.c. "*è la gravità che marca la valutazione della prova del fatto ignoto*"<sup>41</sup>.

Per quanto attiene, invece, alla discriminazione, sempre a parere della citata decisione del 2016, il prestatore che lamenti di essere stato licenziato per motivi di età, genere, orientamento sessuale, *handicap*, convinzioni religiose e personali, razza o origine etnica, ha l'onere di dimostrare l'esistenza a suo danno di un trattamento deteriore rispetto a quello che, astrattamente, sarebbe stato riservato a un terzo soggetto privo dello stesso fattore di protezione, rispetto al quale operare il giudizio di comparazione. La dimostrazione è agevolata per legge (art. 4, L. n. 125/1991, poi art. 28, D.Lgs. n. 150/2011) proprio in considerazione della sua estrema difficoltà. Il lavoratore che esercita l'azione anti-discriminatoria può limitarsi a fornire elementi di fatto, desunti anche da dati di tipo statistico (relativi ad assunzioni, regimi retributivi, assegnazioni di mansioni e qualifiche, trasferimenti, la progressione di carriera e licenziamenti) tali da fondare, in termini gravi, precisi e concordanti, la presunzione di esistenza di oggettive condotte discriminatorie.

Peraltro, in caso della dedotta discriminazione, potrà essere di aiuto a chi agisce in giudizio quanto stabilito dal già citato punto 4 dell'art. 28, D.Lgs. n.

<sup>40</sup> Cfr., Cass., 8 agosto 2011, n. 17087, cit.

<sup>41</sup> A. L. TERZI, *Il licenziamento ritorsivo e motivo illecito*, in *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, op. cit., 258.

150/2011, in forza del quale “*quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione*”. Sarà, tuttavia, a carico del lavoratore l'onere di dimostrare il c.d. fattore di rischio e allegare i dati di fatto significativi della disparità di trattamento, *ex art. 28 cit.* Una volta, poi, che il lavoratore abbia fornito tale prova (c.d. prova statistica), spetterà al datore di lavoro l'onere di dimostrare l'insussistenza oggettiva della discriminazione. Sarà, quindi, irrilevante sostenere la mancanza di un intento discriminatorio, dovendo, piuttosto, il datore dimostrare che, nei fatti, il trattamento riservato al lavoratore ha una causa lecita (alternativa a quella discriminatoria presunta), ovvero non è diverso da quello che astrattamente sarebbe stato riservato a un terzo soggetto e privo dello stesso fattore di protezione, rispetto al quale va operato il giudizio di comparazione.

### **9. La giurisprudenza di merito dopo il *Jobs Act*: la distinzione tra licenziamenti discriminatori e ritorsivi**

Le prime due decisioni di merito dopo il *Jobs Act* sul tema della non sovrapposibilità delle due fattispecie dei licenziamenti discriminatori e ritorsivi sono del Tribunale di Roma.

La prima pronuncia è l'ordinanza resa dal Tribunale di Roma in data 4 aprile 2016, est. Marrocco<sup>42</sup>, secondo cui il licenziamento discriminatorio si può ritenere dimostrato se dagli elementi di causa pervenga la sussistenza del c.d. fattore rischio e del dato oggettivo che dia conto del fatto che il lavoratore, proprio a causa delle sue condizioni e delle sue scelte, sia stato trattato in maniera differente rispetto a come è stato o sarebbe stato trattato un altro soggetto in analoga situazione; ciò a prescindere dalla motivazione addotta e dall'intenzione di chi ha adottato il provvedimento discriminatorio. Il recesso per motivo illecito *ex art. 1345 c.c.*, invece, sempre a parere del giudice capitolino, ricorre ove la condotta datoriale sia stata determinata esclusivamente da un intento *contra legem* e, quindi, nel caso in cui vi sia stata da parte di quest'ultimo una reazione abnorme rispetto ad una condotta lecita del prestatore. Tale ordinanza del Tribunale di Roma del 4 aprile 2016, a quanto consta, è stato il primo provvedimento emesso dai giudici di merito in materia licenziamento in relazione ad un rapporto di lavoro a tempo indeterminato instaurato dopo l'entrata in vigore del *Jobs Act*.

---

<sup>42</sup> In *Lavoro e prev. oggi*, 2016, 9-10, 574, con nota di M. SALVAGNI, *Jobs Act e licenziamento disciplinare: alla ricerca della reintegrazione tentando la strada del recesso ritorsivo o discriminatorio*.

Il secondo provvedimento è costituito dalla sentenza del 24 giugno 2016, sempre del Tribunale di Roma<sup>43</sup>, che suscita particolare interesse poiché tratta sempre un licenziamento relativo ad un rapporto di lavoro instaurato con contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti ex D.Lgs. n. 23/2015, qualificandolo come ritorsivo. Il *thema decidendum* riguardava un dipendente che era stato licenziato in ragione di una serie di contestazioni e sanzioni disciplinari. La singolarità di tale decisione risiede nel fatto che il licenziamento ritorsivo non solo è stato differenziato da quello discriminatorio ma, soprattutto, è stato ricondotto al motivo illecito e determinante, ai sensi dell'art. 1418, c. 2, c.c. e degli artt. 1345 e 1324 c.c., riportando quindi tale fattispecie agli altri «casi di nullità espressamente previsti dalla legge», con conseguente applicazione della tutela reintegratoria. E ciò nonostante la accertata condotta datoriale non rientrasse “strettamente” in una delle ipotesi tipiche di nullità come stabilite dal legislatore (come ad esempio il licenziamento della lavoratrice durante la gravidanza oppure fino ad un anno del bambino). Secondo il Tribunale di Roma, le circostanze, così come rappresentate in giudizio, complessivamente considerate anche nella loro consequenzialità causale, comprovavano, inequivocabilmente, come la scelta datoriale che aveva determinato il recesso risultasse “connotata dal chiaro e unico intento ritorsivo, quale risposta all'impugnativa delle precedenti sanzioni”.

Sul tema, si segnala anche una sentenza del Tribunale di Milano del 24 gennaio 2017, est. Perillo (inedita), ove è stata accertata la natura ritorsiva del recesso intimato a un lavoratore che, assunto dopo il 7 marzo 2015 (e quindi in regime di *Jobs Act*), aveva precedentemente convenuto in giudizio il proprio datore di lavoro al fine di far dichiarare l'illegittimità di un provvedimento di trasferimento. In particolare, l'azienda, una volta ricevuta la notifica del ricorso, aveva sì provveduto a revocare il trasferimento ma, a distanza di soli 11 giorni, aveva intimato il licenziamento basandolo su una motivazione generica, senza neanche una previa contestazione disciplinare. In merito, il giudice meneghino ha ritenuto che il licenziamento, in ragione della genericità degli addebiti e della cronologia degli eventi, dovesse ritenersi nullo in quanto avente natura ritorsiva, giacché era emersa, anche *per tabulas*, la volontà della società di allontanare il lavoratore dal contesto lavorativo esclusivamente in ragione dell'azione giudiziaria introdotta dal ricorrente avverso il trasferimento. Anche il Tribunale di Milano ha, quindi, reintegrato il lavoratore ai sensi dell'art. 2 del D.Lgs. n. 23/2015, ritenendo che il licenziamento ritorsivo rientrasse nelle ipotesi di nullità<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> In *Riv. giur. lav.*, 2016, 4, II, 528, con nota di M. SALVAGNI, *Nel contratto a tutele crescenti il licenziamento ritorsivo rientra tra i casi di nullità suscettibili di reintegrazione*.

<sup>44</sup> In senso conforme, cfr. Tribunale di Roma, ord. del 20 aprile 2018, est. Orrù, inedita, la quale ha dichiarato la nullità del licenziamento che, intimato a seguito della

In proposito, si richiama un provvedimento della Corte d'appello di Milano, del 28 agosto 2017, est. Casella (inedita), la quale, in tema di licenziamenti discriminatori comminati a seguito dell'entrata in vigore del *Jobs Act*, ha vagliato la validità di un recesso intimato a seguito dello svolgimento di un'assemblea sindacale convocata dal lavoratore medesimo (in quanto membro di una Organizzazione Sindacale) al fine di denunciare il peggioramento delle condizioni retributive dopo un cambio appalto. Orbene, nonostante il licenziamento fosse stato formalmente intimato con l'obiettivo di migliorare i profitti (asseritamente) diminuiti, la Corte d'Appello meneghina ha ritenuto che il licenziamento fosse nullo in quanto discriminatorio, poiché posto in violazione dell'art. 15, L. n. 300/1970, norma applicabile al caso di specie a prescindere dalle ragioni economiche poste a base del recesso che, peraltro, risultavano indimostrate<sup>45</sup>.

In ultimo, pare opportuno richiamare una pronuncia che, resa dal giudice del lavoro di Roma, consente di apprezzare il diverso atteggiarsi degli oneri probatori nel licenziamento discriminatorio e di analizzare, nel dettaglio, una fattispecie concreta suscettibile di confluire in tale ipotesi.

In particolare, il Tribunale di Roma, con sentenza dell'8 maggio 2018 – est. Orrù (inedita, a quanto consta), ha dichiarato la nullità del recesso (solo formalmente) intimato alla lavoratrice per giustificato motivo oggettivo, rappresentato dalla sopravvenuta inidoneità permanente alla mansione cui la stessa era stata adibita, nonché dall'impossibilità di ricollocare la dipendente in mansioni, finanche inferiori; sul punto, il Tribunale, dopo aver premesso che “*esiste una diversità ontologica tra la inidoneità sopravvenuta del lavoratore alle mansioni, la quale ricorre quando il lavoratore non possa continuare a svolgere le mansioni di assegnazione senza porre in pericolo la propria salute, e la inutilità sopravvenuta della prestazione, la quale, diversamente, presuppone la idoneità fisica del lavoratore ed è fondata, piuttosto, sul suo rendimento*”, ha disatteso le difese articolate dall'azienda, la quale aveva dedotto che le mansioni cui, invero, la lavoratrice avrebbe potuto continuare ad essere adibita avevano

---

reintegrazione giudiziale del lavoratore disposta a seguito dell'impugnazione del recesso comminatogli precedentemente, doveva ritenersi motivato dall'intento ritorsivo unico e determinante.

<sup>45</sup> In merito, si veda anche C. App. Roma del 09 ottobre 2012, est. Orrù, in *D&L*, 2012, 3, 685, con nota di A. GUARISO, *Pronuncia antidiscriminatoria, autonomia privata e ripristino della parità*, in tema di discriminazione conseguente all'affiliazione sindacale ove sono stati considerati gli elementi di fatto di carattere statistico che indicavano una condizione di svantaggio per un gruppo di lavoratori ed è stato stabilito che era onere della prova del datore di lavoro dimostrare che la legittimità della propria condotta con scelte effettuate con criteri oggettivi e senza discriminazione.



una valenza residuale e del tutto irrilevante per l'attività produttiva dell'azienda. Il giudice del lavoro ha escluso che il licenziamento fosse in alcun modo giustificato dalla inidoneità fisica della ricorrente allo svolgimento delle proprie mansioni, ritenendo la natura discriminatoria dello stesso, giacché imputabile allo *status* di disabilità della lavoratrice. Secondo l'assunto del giudice capitolino, il recesso è stato disposto in violazione del principio di parità di trattamento dei lavoratori portatori di *handicap* che, sancito dal D.Lgs. n. 216/2003, avrebbe imposto al datore di lavoro l'obbligo di adeguare attrezzature, ritmi di lavoro e distribuzione delle mansioni nell'ambito della propria organizzazione di impresa<sup>46</sup>. Ciò al fine di consentire alla lavoratrice la prosecuzione dell'attività lavorativa in condizioni di uguaglianza con gli altri dipendenti e senza che, a tal fine, rilevasse in alcun modo “*l'esistenza o la prova di un soggettivo intento della società di discriminare la ricorrente*”<sup>47</sup>.

## 10. Conclusioni

In conclusione, si può affermare che i recenti orientamenti giurisprudenziali, sia di merito sia di legittimità, trattano con particolare attenzione le fattispecie dei licenziamenti ritorsivi e discriminatori. Ciò anche in ragione di una maggiore consapevolezza da parte della magistratura del lavoro che le nuove riforme del mercato del lavoro hanno prestato il fianco ad una tutela reintegratoria a “maglie strette”, sempre più residuale e marginale.

La nuova interpretazione della giurisprudenza sulla non sovrapposibilità tra le due diverse fattispecie dei recessi ritorsivi e discriminatori risulta particolarmente innovativa con riferimento sia alla ritrovata dignità dei profili anti-discriminazione (che rinvergono la loro cogenza nel nostro ordinamento anche nelle norme sovranazionali), sia alla differente ripartizione dell'onere della prova e della natura oggettiva della discriminazione; quest'ultima fattispecie viene ora finalmente scollegata dalla dimostrazione in giudizio, da parte del lavoratore, dell'elemento intenzionale o soggettivo posto in essere dal datore di lavoro nel realizzare la condotta discriminatoria.

<sup>46</sup> Sul punto, si veda S. GIUBBONI, *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero ed il Jobs Act*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, n. 261.

<sup>47</sup> In senso conforme, cfr. Trib. Roma 12 marzo 2018 – est. Buonassisi, inedita, la quale, dopo aver escluso la riconducibilità delle eccessive assenze della lavoratrice alla fattispecie dello scarso rendimento formalmente posto a fondamento del recesso intimato dall'azienda, ha ritenuto la discriminatorietà dello stesso in assenza della prova relativa alla volontà illecita del datore di lavoro, necessaria per la diversa fattispecie del licenziamento ritorsivo.



Il cosiddetto diritto vivente risulta, così, all'avanguardia su alcune tematiche di rilevante interesse giuridico dimostrando, ancora una volta, di sapere individuare soluzioni appropriate rispetto ad alcune novità legislative che appaiono, ormai troppo spesso, rivolte soprattutto alla limitazione del controllo giudiziale entro "paletti" preordinati (come, ad esempio, la cosiddetta reintegrazione residuale). Normative queste che, tuttavia, scontano il rischio di non essere al passo con l'evoluzione della normativa comunitaria, o addirittura internazionale, in materia di tutela del lavoratore da illecite condotte datoriali aventi natura discriminatoria o ritorsiva.

In chiusura, si può affermare che le due fattispecie della discriminazione e della ritorsione rappresentano, in un certo senso, "l'ultimo baluardo" di "un sistema di garanzie giuridiche che perde sempre più peso rispetto agli imperativi dell'economia" e che, quindi, possono costituire "l'estremo argine di protezione verso una possibile rimercificazione del lavoro"<sup>48</sup>, in quanto, negli ultimi anni, abbiamo assistito ad una evoluzione normativa segnata dall'abbandono "del sistema universalistico della tutela reintegratoria per ogni ipotesi di illegittimità/nullità/inefficacia del licenziamento", operata, appunto, dapprima con la L. n. 92/2012 e, poi, con il D.Lgs. n. 23/2015<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Così F. GUARRIELLO, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *Dir. rel. ind...*, 2003, 347.

<sup>49</sup> In tal senso, v. R. SANLORENZO, *Il licenziamento discriminatorio e l'evoluzione della giurisprudenza*, in *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, op. cit., 35.