

Scuola Superiore della Magistratura
I LICENZIAMENTI
Napoli, Castel Capuano - Martedì 7 giugno 2022
- Il licenziamento discriminatorio e nullo -

Lecture dottrinali del licenziamento discriminatorio nella giurisprudenza

di Marco Novella

Università degli Studi di Genova – Dipartimento di giurisprudenza

1. Premesse.

Nel tentativo di rimanere fedele allo specifico argomento che mi è stato affidato, cercherò in questa relazione di illustrare quanta parte del dibattito dottrinale teorico sul tema del licenziamento discriminatorio sia transitato nelle decisioni della giurisprudenza: quali dottrine abbiano avuto successo; quali contrasti siano ancora eventualmente presenti; quale contributo abbia fornito la stessa elaborazione giurisprudenziale all'affinamento delle teorie sul licenziamento discriminatorio.

Ragioni di tempo mi inducono a concentrare l'attenzione esclusivamente su alcuni aspetti delle due questioni principali coinvolte: la nozione di licenziamento discriminatorio e la ripartizione degli oneri probatori. Le due questioni, peraltro, come si può immaginare, sono strettamente intersecate, sicché le soluzioni ricostruttive privilegiate con riferimento alla prima si riverberano inevitabilmente sulla seconda.

Le considerazioni saranno limitate al periodo successivo alla modifica dell'art. 18 Statuto dei lavoratori ad opera della l. n. 92 del 2012, e all'interno di tale arco temporale, alle questioni che ancora oggi determinano, o possono determinare, dubbi sistematici o interpretativi.

La delimitazione temporale non è casuale. Sebbene la figura del licenziamento discriminatorio fin dalla sua introduzione nell'ordinamento italiano¹ sia stata oggetto di interesse e di ampi studi in dottrina, le relative controversie sono arrivate nelle aule giudiziarie in modo significativo solo a partire dall'entrata in vigore dei provvedimenti

¹ La figura legislativa del licenziamento discriminatorio (seppure non esplicitamente qualificata come tale), risale all'art. 4, l. n. 604 del 1966.

normativi che hanno determinato la contrazione dell'area della tutela reintegratoria (la già citata l. 92 del 2012 e poi il d.lgs. n. 23 del 2015). Da quel momento si sono diffusi i ben comprensibili tentativi, più o meno fortunati, di fare emergere il presunto profilo discriminatorio dei licenziamenti, onde potere beneficiare della agognata tutela in forma specifica, altrimenti largamente inattuabile.

2. Rapporto tra licenziamento discriminatorio e licenziamento ingiustificato.

La prima questione teorica, generalissima, meritevole di considerazione, riguarda il rapporto tra la nozione di licenziamento ingiustificato e quella di licenziamento discriminatorio.

La tesi prevalente vuole che la sussistenza di una valida giustificazione del licenziamento non escluda, di per sé, il carattere discriminatorio dello stesso. Quest'ultimo può emergere anche in presenza di una concorrente giustificazione del licenziamento, e indipendentemente da essa.

In altri termini, si riconosce che un licenziamento, pur giustificato ai sensi dell'art. 2119 c.c. o dell'art. 3 della l. n. 604 del 1966, e quindi sorretto da giusta causa o da giustificato motivo, possa essere motivato anche da sottostanti ragioni discriminatorie che, se accertate, conducono alla declaratoria di nullità del licenziamento.

La tesi è sostenuta attraverso argomenti di tipo sistematico, a cui si possono aggiungere argomenti di tipo testuale.

Con riferimento ai primi, l'operazione condotta in dottrina si fonda, in ultima analisi, sulla costruzione di una separazione concettuale tra licenziamento discriminatorio e licenziamento ingiustificato, a cui corrisponde il riconoscimento di una posizione di preminenza e di prevalenza della tutela contro il licenziamento discriminatorio rispetto a quella applicabile in caso di licenziamento meramente ingiustificato.

Il licenziamento discriminatorio realizza un illecito; il licenziamento ingiustificato realizza una fattispecie di mera illegittimità. Il primo infrange limiti esterni al potere di licenziare²: limiti volti alla tutela dell'eguaglianza e ad evitare la realizzazione di pratiche particolarmente riprovevoli e odiose (e non soltanto arbitrarie o pretestuose). Il secondo determina una mera illegittimità conseguente alla violazione di limiti al potere di licenziare di tipo interno o funzionale: limiti cioè destinati al corretto esercizio del potere di recesso riconosciuto al datore di lavoro³. Il differente regime sanzionatorio previsto nelle due ipotesi conferma il diverso grado di gravità ascritto dall'ordinamento alle due fattispecie.

Il che autorizza la costruzione di una priorità assiologica: la realizzazione di un illecito rende sempre e comunque nullo l'atto di recesso anche quando l'atto stesso possa per altro verso trovare una giustificazione nell'ambito della disciplina dei motivi disciplinari o oggettivi di licenziamento.

Tale priorità assiologica si traduce in un priorità anche in prospettiva logica: l'accertamento dell'eventuale discriminatorietà del licenziamento precede, da un punto

² Tanto che talvolta in dottrina si osserva con le caso del licenziamento discriminatorio vi sia totale carenza del potere di licenziare (M.V. BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *LD*, 2012, p. 453.

³ 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, p. 23.

di vista, appunto, logico, la verifica della giustificazione del licenziamento, con la conseguenza che, ove la discriminazione sia accertata, diviene irrilevante verificare la compresenza di un'ulteriore ragione che sorregga il licenziamento sotto il profilo della sua giustificazione.

Gli elementi di tipo testuale che corroborano siffatta ricostruzione si trovano all'interno della disciplina sanzionatoria del licenziamento. All'art. 18, comma 1, l. n. 300 del 1970, come modificato dalla l. n. 92 del 2012 si legge che «il giudice con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio (...) ordina al datore di lavoro (...) la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto (...)». Analoga previsione si trova all'art. 2, comma 1, del d. lgs. 23 del 2015.

Ciò autorizza a ritenere che il motivo discriminatorio possa emergere anche se celato al di sotto di ulteriori giustificazioni addotte, e quindi non impedendo, queste ultime, la configurazione del primo.

Un ulteriore argomento di tipo testuale si rinviene dal confronto con la disciplina del licenziamento per motivo illecito, il quale per condurre alla nullità dell'atto dev'essere unico e determinante: elementi questi che non sono contemplati per il caso del licenziamento discriminatorio.

In sintesi, nella dottrina maggioritaria, si ammette la possibilità di riconoscere il carattere discriminatorio del licenziamento indipendentemente dalla fondatezza della eventuale concorrente giustificazione (soggettiva o oggettiva) adottata dal datore di lavoro⁴.

La tesi contraria, pur sostenuta in dottrina, pare essere minoritaria⁵.

Un argomento portato a sostegno di quest'ultima poggia sulla causa dell'atto di recesso. La causa tipica del negozio (anch'esso tipico) di recesso consiste nell'interesse «del datore di lavoro-creditore a non rimanere vincolato a un contratto»: ogniqualvolta il recesso sia sorretto da giustificazione (soggettiva o oggettiva) esso ha causa tipica e quindi sarebbe sempre e comunque legittimo; all'opposto, solo ove manchi di giustificazione esso potrebbe essere discriminatorio⁶. E ciò in quanto la causa del negozio non può che essere una e una sola⁷.

Come si vede, la tesi è puntellata da un argomento tecnico-giuridico, ma poggia, nella sostanza, sul capovolgimento dei presupposti assiologici e logici propri della tesi precedente: qui la legittimità del licenziamento va valutata anzitutto rispetto alla sua giustificazione. Solo ove manchi una giustificazione, può procedersi all'accertamento dell'eventuale discriminatorietà del licenziamento. Di conseguenza, come meglio si vedrà oltre, la prova della giustificazione portata dal datore metterebbe al sicuro quest'ultimo dall'accertamento del carattere discriminatorio del licenziamento.

⁴ M.V. BALLESTRERO, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, DLRI, 2016, p. 249; M. BARBERA, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, a cura di M. BARBERA, A. GUARISO, Giappichelli, Torino, 2019, p. 70.

⁵ A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 52; P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in L. DI PAOLA (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 265.

⁶ F. MARINELLI, *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 171-172.

⁷ EAD. *op. cit.*, p. 172.

2.1. (segue) L'impostazione della giurisprudenza.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione pare ormai collocarsi in una posizione consonante con la dottrina maggioritaria.

Il percorso argomentativo trova il suo fulcro nella differenza di regime giuridico che intercorre tra licenziamento discriminatorio e licenziamento per motivo illecito. Di recente, Cass. 27 gennaio 2022, n. 2414, ha ribadito che «la prova della unicità e determinatezza del motivo non rileva (...) nel caso di licenziamento discriminatorio, che ben può accompagnarsi ad altro motivo legittimo ed essere comunque nullo». La Corte nega che sia precluso l'accertamento del carattere discriminatorio in ragione dell'esistenza di un concomitante motivo di legittimo recesso datoriale (nel caso, il superamento del periodo di comporto).

La pronuncia non è isolata, appoggiandosi invece ad alcuni significativi precedenti, il primo e più importante dei quali è costituito dalla pronuncia della Corte di Cassazione n. 6675 del 2016⁸. Tale sentenza rappresenta un punto di svolta nella giurisprudenza di legittimità, dal momento che con essa la Corte, dopo un lungo periodo di incertezze, giunge a negare l'equiparazione tra licenziamento discriminatorio e licenziamento ritorsivo, enunciando il principio secondo cui il licenziamento discriminatorio è una fattispecie a sé stante, non sovrapponibile a quello ritorsivo, non essendo la discriminatorietà esclusa dalla sussistenza di un'altra legittima ragione posta a base del recesso.

Tale approdo si ritrova in ulteriori pronunce, talché si può dire che nella giurisprudenza di legittimità l'orientamento si è consolidato⁹ e che i giudici di merito stanno applicando i principi dettati dalla Corte di Cassazione¹⁰.

Vale la pena segnalare che, in alcune motivazioni, pare affiorare esplicitamente quell'esigenza teorica di tenere separata la questione della giustificazione del licenziamento da quella del carattere discriminatorio dello stesso di cui si è fatto cenno in precedenza (*supra* § 2). Vi è consapevolezza della necessità di collocare su piani diversi le due questioni: e ciò è quel che sembrano avere ben presente i giudici quando affermano che «la nullità del licenziamento discriminatorio discende direttamente dalla violazione di specifiche norme di diritto interno ed europeo»¹¹. Affermazione, questa, in sé scontata, ma che se inserita nel discorso in esame contribuisce a ribadire che la nullità del licenziamento deriva dalla violazione di una norma (imperativa) di condotta

⁸ Cass. 5 aprile 2016, n. 6575, in *RIDL*, 2016, II, p. 714 ss., con note di M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio alla luce della disciplina nazionale: nozioni e distinzioni*; D. GOTTARDI, *L'attesa decisione sulla nozione oggettiva di discriminazione, in un caso di annunciata procreazione medicalmente assistita*; E. TARQUINI, *La Corte di Cassazione e il principio di non discriminazione al tempo del diritto del lavoro derogabile*.

⁹ Cass. 9 giugno 2017, n. 14456; Cass. 7 novembre 2018, n. 28453; Cass. 27 settembre 2018, n. 23338.

¹⁰ Per la giurisprudenza di merito conforme, v. Trib. La Spezia 16 dicembre 2020, n.278; Trib. Milano, 27 luglio 2018, n. 2162; Trib. Taranto 23 settembre 2017; Trib. Roma 2 agosto 2017, n. 7160; Trib. Genova, 6 febbraio 2017, cui *adde* le pronunce di cui alla successiva n. 11.

¹¹ Cass. 9 giugno 2017, n.14456; Tra i giudici di merito: Trib. Prato 22 settembre 2021, n.143 che predica la necessità di mantenere «una netta distinzione della discriminazione dall'area dei motivi»; Trib. Mantova 22 settembre 2021, n.126; Trib. Venezia 25 febbraio 2021, n. 139; Trib. Imperia, 27 luglio 2020, n. 80; Trib. Roma 12 marzo 2018, n. 1885; Trib. Civitavecchia 1 marzo 2018, n. 109; Trib. Isernia 13 febbraio 2018, n.53.

che impone di non discriminare, e dunque prescinde dalla giustificazione addotta (che invece è requisito di legittimità dell'atto di recesso).

Nella giurisprudenza di merito, invero, qualche isolata deviazione rispetto alla linea dettata dalla Cassazione pare ancora permanere. E' il caso, recentemente, di una pronuncia del Tribunale Brescia (31 gennaio 2022, n. 44), il quale, in un'occasione di un licenziamento per motivo oggettivo, afferma che il lavoratore è tenuto «a dimostrare che il motivo discriminatorio è stato l'unico a determinare la volontà del datore di lavoro, ossia abbia avuto efficacia esclusiva rispetto ad altri fatti nella determinazione della volontà datoriale»¹².

In qualche altrettanto sporadica circostanza, in verità, pare emergere un orientamento opposto, ma egualmente non allineato ai principi da ultimo espressi dai giudici di legittimità, laddove si continua ad assimilare il licenziamento ritorsivo al licenziamento discriminatorio, non allo scopo di richiedere per il licenziamento discriminatorio l'unicità e l'esclusività del motivo, ma con l'obiettivo di estendere al licenziamento ritorsivo le tutele previste per il licenziamento discriminatorio, ed insieme ad esse, il regime probatorio facilitato (su cui v. *infra* § 4.)¹³

In coerente applicazione della distinzione di principio tra licenziamento discriminatorio e licenziamento ritorsivo si muove invece altra giurisprudenza di merito, secondo la quale «in materia di licenziamento nullo perché ritorsivo, il motivo illecito addotto ex art. 1345 c.c. deve essere determinante, cioè costituire l'unica effettiva ragione di recesso, ed esclusivo, nel senso che il motivo lecito formalmente addotto risulti insussistente nel riscontro giudiziale; ne consegue che la verifica dei fatti allegati dal lavoratore, ai fini all'applicazione della tutela prevista dall'art. 18, comma 1, St. lav. novellato, richiede il previo accertamento della insussistenza della causale posta a fondamento del licenziamento»¹⁴.

3. Il licenziamento discriminatorio configura una discriminazione.

Un secondo aspetto meritevole di attenzione riguarda le conseguenze derivanti dalla piena riconduzione del licenziamento discriminatorio entro la nozione di discriminazione. Ammettere che il licenziamento discriminatorio è una discriminazione ha una portata sistematica notevole: significa accettare di ricostruirne gli elementi costitutivi entro le coordinate teoriche della nozione giuridica di discriminazione.

Tra gli elementi della nozione vi è l'inescusabilità della discriminazione diretta: la discriminazione direttamente fondata su uno dei fattori vietati non ammette giustificazioni, tollerando soltanto eccezioni¹⁵.

Il che, da un lato, conferma che non vi è spazio per l'apprezzamento dalla ragionevolezza della discriminazione alla luce di un bilanciamento con altri interessi

¹² Cui *adde*, se si è bene inteso, Trib. Cassino 4 marzo 2021, n. 202.

¹³ Trib. Prato 22 settembre 2021, n.143.

¹⁴ Trib. Cosenza 3 novembre 2021, n.1 933. V. inoltre Corte appello Brescia 8 settembre 2021, n.204; Trib. Trento 22 luglio 2021, n. 71; Corte appello Bari 11 giugno 2021, n. 1213; Trib. Rovigo 7 maggio 2021, n. 102; Trib., Frosinone 27 aprile 2021, n. 395; Trib. Reggio Calabria 16 marzo 2021, n. 653; Corte appello Ancona 22 novembre 2019, n. 369.

¹⁵ Cass. 5 aprile 2016, n. 6575, *cit.*

protetti dall'ordinamento¹⁶.

Nello stesso tempo, e dall'altro lato, se si accetta di qualificare in tutto e per tutto il licenziamento discriminatorio come "discriminazione" occorre fare i conti con le eventuali eccezioni al divieto.

In linea generale, l'eccezione alla discriminazione diretta è individuata in presenza di un requisito essenziale (ma giustificazioni sono ammesse riguardo all'età e alla fornitura di beni e servizi con riferimento al divieto di discriminazione di genere)¹⁷. Occorre dunque chiedersi in che cosa possano consistere le eccezioni e che cosa si debba intendere per requisito essenziale che consente la deroga.

Per rispondere al quesito occorre compiere una precisazione preliminare. Non si sta trattando qui il caso, già affrontato, della c.d. pluricausalità del licenziamento. Resta fermo che l'accertamento di una condotta discriminatoria è idonea a determinare, di per sé sola, la nullità del licenziamento, indipendentemente da una diversa ragione concorrente.

Il caso che interessa ora affrontare è quello in cui la ragione che porta al licenziamento è fondata su un fattore vietato di discriminazione, ma allo stesso tempo integra un requisito essenziale per lo svolgimento del rapporto di lavoro.

L'ipotesi sembra potersi configurare nel caso del licenziamento nell'ambito di una organizzazione di tendenza, laddove vi sia una coincidenza tra il fattore differenziante posto alla base del licenziamento e la tendenza perseguita dal datore di lavoro¹⁸.

Assai più difficile identificare ulteriori ipotesi al di fuori di quest'ambito. Controverta è infatti la possibilità di riconoscere che una caratteristica del lavoratore connotata da un fattore tra quelli contemplati dalla disciplina discriminatoria costituisca anche un elemento che possa condurre legittimamente al licenziamento per giusta causa o giustificato motivo¹⁹. Tuttavia: il decadimento delle condizioni fisiche o psichiche del lavoratore può integrare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione e portare al licenziamento per motivo oggettivo; il lavoratore potrebbe essere colpito da *handicap* (che in sé è fattore vietato di discriminazione), ma la sua condizione fisica o psichica potrebbe nel contempo essere considerata requisito essenziale per il proseguimento del rapporto di lavoro (al netto dell'assolvimento dell'onere di ricollocamento e dell'adozione di adattamenti ragionevoli).

Sul licenziamento per inidoneità psico-fisica del lavoratore si rinvia alla sessione di approfondimento dedicata in qs. Corso.

¹⁶ M. BARBERA, *La nozione di discriminazione*, in *Legge 10 aprile 1991, n. 125, Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, in *NLCC*, 1994, p. 72 secondo la quale «nei divieti di discriminazione diretta il limite tra interesse dell'impresa e interesse del prestatore si sposta fino ad annullare completamente l'area del primo».

¹⁷ M. BARBERA, S. BORELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 451/2022, p. 67.

¹⁸ V. S. BORELLI, A. GUARISO, L. LAZZERONI, *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in *La tutela antidiscriminatoria*, cit., p. 242. Riconoscono il carattere discriminatorio del licenziamento ancorché realizzatosi nell'ambito di una organizzazione di tendenza (ma senza che si produca la coincidenza tra tendenza e fattore di discriminazione) Cass. 3 ottobre 2016, n. 19695; Cass. 25 luglio 2008, n. 20500. Non ritiene requisito essenziale e determinante l'orientamento sessuale di un insegnante dipendente di una organizzazione di tendenza (scuola cattolica) Corte appello Trento, 7 marzo 2017, n.14 in *RIDL* 2017, II, p. 790.

¹⁹ Qualche esempio si trova in F. MARINELLI, *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito*, cit., p. 172.

Resta da aggiungere qualche ulteriore osservazione sulle conseguenze derivanti dal considerare il licenziamento discriminatorio, in tutto e per tutto, una discriminazione.

In quanto “discriminazione”, la fattispecie “licenziamento discriminatorio” si realizza indipendentemente dall’intento del soggetto agente²⁰, ha carattere comparativo²¹ ed è tale se l’atto datoriale è riconducibile (direttamente o indirettamente) ad uno dei fattori di discriminazione tassativamente previsti²².

Infine, se il licenziamento discriminatorio è discriminazione, non risulta preclusa neppure la possibilità di qualificare come discriminatorio il licenziamento che, pur adottato sulla base di ragioni non discriminatorie, produca effetti di particolare svantaggio nei confronti di soggetti connotati da un certo fattore di rischio. La frontiera del licenziamento indirettamente discriminatorio, oggetto di approfondimenti dottrinali²³, risulta poco esplorata dalla nostra giurisprudenza, anche se ormai si contano alcune pronunce che ne hanno riconosciuto la configurabilità.

Si allude alle pronunce che hanno individuato la discriminazione indiretta nella previsione di un trattamento identico tra lavoratori abili e i disabili che si assentano per malattie collegate alla loro disabilità: la previsione di un periodo di comportamento uguale per tutti, superato il quale scatta la licenziabilità, configurerebbe l’adozione di un criterio apparentemente neutro che tuttavia determina effetti più sfavorevoli nei confronti dei lavoratori disabili²⁴. E in effetti l’art. 2 del d.lgs. 216/2003, in particolare, individua una discriminazione indiretta 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.

Trattandosi di discriminazione indiretta, rimane tuttavia da valutare, da parte del giudice, la giustificabilità della discriminazione stessa: quest’ultimo deve verificare se la disparità di trattamento creatasi tra i lavoratori disabili e i lavoratori non disabili sia oggettivamente giustificata da una finalità legittima, se i mezzi impiegati per il suo

²⁰ M.V. BALLESTRERO, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, DLRI, 2016, 242; A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di «paradigma» del diritto del lavoro?*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, a cura di L. FIORILLO-A. PERULLI, Giappichelli, 2015, 39; P. CHIECO, *La nullità del licenziamento per vizi “funzionali” alla luce dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, DLRI, 2014, p. 338.

²¹ M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 234. Cfr. inoltre, D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie di “seconda generazione”*, DLRI, 2013, p. 423 ss.

²² M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, 238. In giurisprudenza, C. Giust., 18 dicembre 2014, c-354/13, FOA, FI, 2015, IV, 96; C. giust., 18 marzo 2014, c-363/2012, Z.; C. giust., 7 luglio 2011, c-310/2010, Ministerul Justitiei; C. Giust., 11 luglio 2006, n. 13/2005, Chacon Navas, FI, 2006, IV, 641. *Contra* M. BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, RGL, I, p. 148; A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti*, in RIDL., 2015, I, p. 413 ss.; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in RIDL, 2016, I, p. 111 ss.

²³ M. PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, Torino, 2017.

²⁴ Corte appello Genova 21 luglio 2021, n. 211; Trib. Imperia, 27 luglio 2020, n. 80; Trib. Mantova 22 settembre 2021, n. 126. Le pronunce trovano appoggio nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (spec. Corte di Giustizia UE 18.1.2018 - C-270/16; 11 aprile 2013, C-335/11 e C-337/11).

conseguimento siano appropriati e se essi non vadano oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito dal legislatore.

4. La ripartizione degli oneri probatori.

Con riguardo alla ripartizione dei carichi probatori tra ricorrente e convenuto, in dottrina e in giurisprudenza si ritiene che l'agevolazione a favore del ricorrente prevista dal diritto antidiscriminatorio non consista in una completa inversione della prova, alternandosi gli interpreti tra chi preferisce parlare di parziale inversione dell'onere, e chi invece di alleggerimento probatorio²⁵.

In concreto, e in relazione a controversie decise ai sensi dell'art. 40 del d. lgs. n. 198/2006, la giurisprudenza ha ritenuto che il lavoratore debba addurre elementi di fatto idonei a fondare, in termini precisi e concordanti²⁶, ma non necessariamente anche gravi (come invece prevede l'art. 2729 c.c.), la presunzione di discriminazione²⁷. In ciò consisterebbe l'agevolazione.

In altre pronunce, la Cassazione, giudicando alla luce dell'art. 28, d. lgs. n. 150/2011, disposizione in cui nessuno dei criteri *ex art. 2729 c.c.* è richiamato, non ha fatto riferimento ai requisiti della precisione e della concordanza, affermando, più genericamente, che l'onere del lavoratore si arresta «in un punto del ragionamento presuntivo anteriore rispetto alla sua completa realizzazione secondo i canoni di cui all'art. 2729 c.c.»²⁸.

Come precisato recentemente dalla Cassazione²⁹, «gli elementi di fatto non devono avere le caratteristiche contemplate da quest'ultima norma (gravità, precisione e concordanza), ma devono rendere plausibile l'esistenza della discriminazione, lasciando comunque un margine di incertezza in ordine alla sussistenza dei fatti costitutivi della fattispecie discriminatoria. Il rischio della permanenza dell'incertezza in ordine al fatto costitutivo della domanda grava sul convenuto il quale, una volta che l'attore abbia assolto l'onere di provare circostanze di fatto da cui poter desumere *prima facie* l'esistenza della discriminazione, ha l'onere di provare l'insussistenza di quest'ultima».

Nella sentenza n. 1 del 2020³⁰, la Cassazione sottolinea come al raggiungimento della prova semipiena «si sposta sul convenuto (resistente) il rischio della mancata controprova dell'insussistenza del nesso di causalità tra la disparità ed il fattore (in

²⁵ Cfr. sulla questione A. VALLEBONA, *Inversione dell'onere della prova nel diritto del lavoro*, in *RDProc.* 1992, p. 809 ss.; G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 54.

²⁶ Secondo Cass. 5 giugno 2013, n. 14206, il requisito della precisione impone che i fatti noti da cui muove il ragionamento probabilistico non siano vaghi, ma ben determinati nella loro realtà storica; il requisito della concordanza postula invece che la prova sia fondata su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto.

²⁷ Cass. 5 giugno 2013, n. 14206; Cass. 12 ottobre 2018, n. 25543. Il requisito della gravità attiene alla idoneità dei fatti ad esaurire ogni possibile significato, rendendo incompatibile ogni diversa conclusione.

²⁸ Cass. 27 settembre 2018, n. 23338; Trib. Trani, 10 marzo 2021, n. 402; Corte appello Catania 17 gennaio 2020, n. 11; App. Roma 12 marzo 2018, n. 111. La formula era stata adoperata già da App. Trento (7 marzo 2017, n.14, in *RIDL*, 2017, II, 790, con nota di R. SANTONI RUGIU), che peraltro aderisce alla tesi secondo cui gli elementi di fatto debbono essere precisi, concordanti, ma non necessariamente gravi.

²⁹ Cass. sez. III, 28 marzo 2022, n. 9870.

³⁰ Cass. 2 gennaio 2020, n.1.

aggiunta al rischio delle mancata prova della sussistenza di fatti impeditivi, come da regime ordinario). Se quest'ultimo onere non è assolto, la regola di giudizio applicabile determinerà l'accoglimento del ricorso, benché gli elementi di fatto dedotti dal ricorrente lascino un margine di incertezza circa la sussistenza di tutti i fatti costitutivi della fattispecie discriminatoria». Ciò consente alla Corte di ritenere che, nel regime speciale applicabile nei giudizi antidiscriminatori, si configuri un'inversione, seppure parziale, dell'onere probatorio.

Il “punto” che determina lo spostamento dell'onere sulla controparte è raggiunto quando l'attore dimostri tre elementi: la sussistenza del fattore di rischio; il trattamento meno favorevole del lavoratore rispetto ad altri soggetti comparabili non portatori del fattore di rischio; una “correlazione significativa” tra il fattore di rischio e il trattamento meno favorevole, tale da rendere “plausibile” la discriminazione³¹.

Il primo elemento, la sussistenza del fattore di rischio, implica che la ragione alla base del licenziamento impugnato sia tra quelle ricomprese nell'elenco, tassativo, dei fattori vietati di discriminazione.

Non è necessario che il fattore connoti il lavoratore licenziato: quel che rileva è che il fattore vietato sia il motivo del trattamento discriminatorio, e che l'effetto deteriore sia subito dal lavoratore³². Così, è discriminatorio, ad esempio, il licenziamento di un lavoratore non disabile in ragione dello stato di disabilità del figlio.

Il secondo elemento, il “trattamento meno favorevole”, non pare presentare soverchie difficoltà probatorie. Nel caso del licenziamento discriminatorio l'effetto pregiudizievole è di immediata evidenza, essendo costituito dal licenziamento stesso³³. Inoltre, all'atto pratico, l'apertura alla comparazione ipotetica svuota di significato la prova della comparazione, restando essa assorbita nella prova del nesso tra licenziamento e fattore vietato³⁴.

Il terzo elemento da provare è la sussistenza di una “correlazione significativa”, fondata su elementi presuntivi, tra il fattore di rischio e il trattamento meno favorevole (nel nostro caso, il licenziamento) tale da potere ritenere “plausibile” la discriminazione. Al ricorrente non è richiesto di provare la sussistenza di un nesso esclusivo tra motivo discriminatorio e licenziamento. La presunzione risulta fondata anche se gli elementi di fatto sono compatibili con una spiegazione differente rispetto alla realizzazione di una discriminazione: in ciò consiste l'agevolazione probatoria.

Una volta che siano portati dal lavoratore i predetti elementi di fatto, spetta al convenuto escludere il carattere discriminatorio del licenziamento provando, anche mediante presunzioni *ex art. 2729 c.c.*, la ricorrenza di elementi idonei a escludere la natura discriminatoria dell'atto datoriale³⁵. La prova gravante sul datore è negativa e

³¹ Tra le molte, Cass. 27 settembre 2018, n. 23338; Trib. Cassino 7 luglio 2021, n. 647; Trib. Modena 1 dicembre 2020, n.433; Corte appello Roma 15 maggio 2020, n. 1081; Corte appello Catanzaro 5 dicembre 2019, n. 1537; Corte appello Milano 18 marzo 2019, n. 636. Cfr. inoltre Trib. Milano 3 aprile 2018 e 19 dicembre 2017 in cui la “correlazione” è espressa in termini di “compatibilità” del trattamento meno favorevole con il fattore di rischio.

³² C. Giust., 17 luglio 2008, c-303/06, *Coleman*; C. Giust., 1° aprile 2008, c-267/06 *Maruko*, FI, 2008, IV, 345.

³³ M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, 242.

³⁴ M. PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 165.

³⁵ Cass. 27 settembre 2018, n. 23338; Trib. Cassino 7 luglio 2021, n. 647; Trib. Modena 1 dicembre 2020, n. 433; Corte appello Roma 15 maggio 2020, n. 1081; Corte appello Catanzaro 5 dicembre 2019, n. 1537; Corte appello Milano 18 marzo 2019, n. 636. Nella giurisprudenza della Corte di

quindi di non facile assolvimento. Poiché, come è noto, la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto non è possibile, la relativa prova può essere data o mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, o mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo³⁶. Piuttosto semplice sarebbe la prova dell'assenza di discriminazione ove si ammettesse che il fatto positivo contrario sufficiente a escludere la discriminazione potesse consistere nella sussistenza di una valida giustificazione del licenziamento.

Tuttavia, l'orientamento maggioritario in dottrina e in giurisprudenza, come si è detto, ammette che il carattere discriminatorio del licenziamento possa emergere anche in presenza di una concorrente giustificazione dello stesso, e indipendentemente da essa. Al datore di lavoro non resta quindi che provare l'assenza di discriminazione portando elementi che per precisione, gravità e concordanza di significato depongano a favore dell'esclusività del nesso tra elementi di fatto e legittima giustificazione del recesso³⁷. Occorre ammettere che immaginare quali possano essere, in concreto, tali elementi non è esercizio semplice, non potendo essi consistere nella mera sussistenza di una alternativa, valida, giustificazione del recesso. Quel che è richiesto probabilmente attiene alla dimostrazione, anche per presunzioni, che il fatto (discriminazione) non è avvenuto e quindi che il fattore di rischio non sussista, o che – pur sussistendo – non sia correlato alla decisione presa.

In realtà, se è vero che un licenziamento ingiustificato non è necessariamente un licenziamento discriminatorio³⁸, e che dunque un licenziamento ingiustificato potrebbe non essere determinato da ragioni discriminatorie, si potrebbe intravedere per datore di lavoro la possibilità di dimostrare tramite elementi di fatto la sussistenza di un nesso esclusivo con una giustificazione del licenziamento insufficiente a integrare la giusta causa o il giustificato motivo, ma – cionondimeno – non discriminatoria³⁹.

Ad ogni modo, è indubbio che la controprova gravante sul datore sia tutt'altro che facile⁴⁰.

Ma anche la considerazione degli esiti delle vicende emergenti dalle pronunce edite in materia di licenziamento discriminatorio ci restituiscono la percezione che la prova, seppure “alleggerita” della discriminazione non sia frequentemente raggiunta.

Limitando l'osservazione alle più recenti pronunce disponibili, il carattere discriminatorio del licenziamento viene molto frequentemente escluso per l'inidoneità degli elementi portati dal lavoratore a fondare la presunzione di discriminazione.

Giustizia UE, C. Giust. 21 luglio 2011, c-104/10, *Kelly*; C. Giust. 19 ottobre 2017, c-531/15, *Otero Ramos*.

³⁶ *Ex multis*, Cass. 1° febbraio 2018, n. 2527; Cass. 13 giugno 2013, n. 14854; Cass. 9 giugno 2008, n. 15162; Cass. 11 gennaio 2007, n. 384; Cass. 14 luglio 2000, n. 9385.

³⁷ M.V. BALLESTRERO, *Artt. 2118-2119*, in O. CAGNASSO, A. VALLEBONA, *Dell'impresa e del lavoro*, in E. GABRIELLI (diretto da) *Commentario al codice civile*, Utet, Milano, 2013, 75; P. TULLINI, *La decisione del giudice tra allegazioni e onere della prova. Questioni aperte dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, LD, 2014, 441; M. PERUZZI, *op. cit.*, p. 175.

³⁸ Ma in dottrina v. invece, per la tesi contraria, M. T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e “flexicurity” all'italiana a confronto*, in DLRI, 2012, p. 641 ss.

³⁹ Un approfondimento di tali tematiche si trova in M. PERUZZI, *op. cit.*, p. 176 ss. In giurisprudenza, alcuni spunti si ricavano da Trib. Cagliari 6 luglio 2020, n. 511.

⁴⁰ Talvolta, in nome della “inescusabilità” della discriminazione diretta si arriva a ritenere che il datore possa provare l'inesistenza della discriminazione solo dimostrando la sussistenza di una eccezione, cioè di una causa di esclusione del divieto (R. SANLORENZO, *Il licenziamento discriminatorio e l'evoluzione della giurisprudenza*, in *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, a cura di O. BONARDI, Ediesse. Roma, 2017, 43).

Ad esempio, nel caso deciso da Trib. Cassino 7 luglio 2021, n. 647, il lavoratore era riuscito a provare il c.d. fattore di rischio, ossia la propria attività di sindacalista, svolta anche attraverso una contrapposizione aspra con il datore di lavoro, ma non la correlazione causale tra l'impegno sindacale profuso, ossia il fattore di rischio, e il provvedimento espulsivo.

Nel caso deciso da Trib. Venezia 25 febbraio 2021, n. 139 la parte attrice, benché nelle conclusioni del ricorso richiamasse il licenziamento discriminatorio, non aveva allegato il preteso motivo di discriminazione, ma soltanto presunte vessazioni che avrebbero potuto rilevare, al limite, ai fini della eventuale ritorsività del licenziamento.

Nel caso deciso da Trib. Modena 1 dicembre 2020, n. 433, la parte ricorrente non solo non aveva fornito elementi precisi e concordanti, idonei a fondare la presunzione di licenziamento discriminatorio basato sul fattore protetto "genere", ma non aveva allegato null'altro oltre a tale aspetto, sicché l'onere probatorio doveva ritenersi non assolto.

Nel caso deciso da Corte appello Roma 15 maggio 2020, n. 1081, la ricorrente si era limitata a dedurre di essere stata licenziata per la sua appartenenza alla categoria dei cassaintegrati, ma tale appartenenza non rappresenta un fattore vietato di discriminazione.

Nel caso deciso da Corte appello Catanzaro 5 dicembre 2019, n. 1537, il carattere discriminatorio del licenziamento era stato escluso per la mancata prova del trattamento meno favorevole, in ragione della mancanza di un *tertium comparationis*, ma in realtà mancava la prova dello stesso fattore di rischio.

Ulteriori analoghi esiti possono osservarsi in vicende precedentemente decise⁴¹.

Si è consapevoli che quelli riportati solo dati impressionistici che poco ci dicono in realtà delle reali spiegazioni del fenomeno. Si potrebbe ipotizzare che la prova della discriminazione, per quanto agevolata, sia tuttora intrinsecamente difficile; oppure si potrebbe prosaicamente ritenere che molte delle domande volte all'accertamento del carattere discriminatorio del licenziamento siano quasi "rituali", dei meri tentativi dal fondamento improbabile indotti da una disciplina del licenziamento ingiustificato che ha ridotto in modo sensibile l'applicazione della tutela reale.

Se così fosse, l'uscita dai libri dottrinali e la conseguente entrata nelle aule giudiziarie del licenziamento discriminatorio parrebbe un fenomeno assai più formale che sostanziale e assai più limitato, in concreto, di quanto potrebbe apparire dall'osservazione distratta delle banche dati giurisprudenziali che ormai riportano un numero significativo di pronunce in merito.

In ogni caso, il limitato riconoscimento in giudizio del licenziamento discriminatorio, a meno che non lo si voglia leggere come una testimonianza di relazioni lavorative generalmente rispettose del principio di uguaglianza, obbliga tutti gli operatori giuridici coinvolti ad una riflessione in merito alla necessità di affinare l'approfondimento della struttura teorica dell'istituto e degli strumenti probatori riconosciuti dall'ordinamento.

⁴¹ Cfr. ad es. App. L'Aquila 9 novembre 2017, n. 614 (nel caso la lavoratrice aveva addotto quale motivo della discriminazione il fatto di essere una lavoratrice madre e la contiguità cronologica tra la nascita dei tre figli e le vicende lavorative successive); Trib. Milano 3 aprile 2018; Trib. Bologna 6 marzo 2018. Diverso invece è stato l'esito della controversia decisa da Trib. Milano, 19 dicembre 2017 che ha ravvisato una discriminazione fondata su nazionalità e lingua.