

STUDIO APPLICATO

diritto del lavoro

pubblicazioni professionali

FC08

GIULIA MENNITI-IPPOLITO

il licenziamento discriminatorio

**prospettive alla luce
della giurisprudenza europea e recenti
riforme del mercato del lavoro**

EXEO edizioni 

ISBN formato pdf: 978-88-6907-170-6

STUDIO APPLICATO

pubblicazioni professionali

diritto del lavoro

FCQ8

GIULIA MENNITI-IPPOLITO

il licenziamento discriminatorio

**prospettive alla luce
della giurisprudenza europea e recenti
riforme del mercato del lavoro**

EXEO edizioni 

ISBN formato pdf: 978-88-6907-170-6

Il licenziamento discriminatorio è fattispecie dotata di una sua autonomia o dev'essere inserita all'interno della più ampia nozione di licenziamento per motivo illecito determinante? Dalla scelta dell'una o dell'altra impostazione derivano conseguenze non indifferenti anche in termini di effettività della tutela. La giurisprudenza ha fin'ora sposato la tesi favorevole alla sovrapposizione dell'area delle due fattispecie ma l'attuale contesto normativo, sociale ed economico e la dimensione internazionale in cui il nostro ordinamento s'inserisce devono indurre ad una rivalutazione della questione in termini differenti.

Copyright © 2016 Exeo S.r.l.. Tutti i diritti riservati. È consentita la stampa e l'utilizzo in più dispositivi ad esclusivo uso personale della persona fisica acquirente, o del destinatario del prodotto in caso di soggetto acquirente diverso da persona fisica, e comunque mai ad uso commerciale: ogni diversa utilizzazione e diffusione, con qualsiasi mezzo, con qualsiasi scopo e nei confronti di chiunque altro, è vietata senza il consenso scritto dell'editore. Quanto alla riproduzione dei contenuti, sono consentite esclusivamente citazioni di brevi brani in virgolettato a titolo di cronaca, studio, recensione, attività della pubblica amministrazione o professionale, accompagnate dal nome dell'autore, dell'editore, e dal titolo e anno della pubblicazione. Sarà perseguita nelle sedi opportune ogni violazione dei diritti d'autore e di editore. Alle violazioni si applicano le sanzioni previste dagli art. 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della legge 633/1941.

edizione: gennaio 2016

autore: GIULIA MENNITI-IPPOLITO, laureata in Giurisprudenza

materia: diritto del lavoro

tipologia: studio applicato | formato: digitale pdf

codice prodotto: FCD8 | ISBN: 978-88-6907-170-6

editore: Exeo srl CF PI RI 03790770287 REA 337549 ROC 15200 DUNS 339162698 c.s.i.v. € 10.000,00, sede legale piazzetta Modin 12 35129 Padova sede operativa: via Dante Alighieri 6 int. 1 35028 Piove di Sacco PD. Luogo di elaborazione presso la sede operativa.

INTRODUZIONE: IL D.LGS. 23/2015: IL CONTRATTO A TUTELE CRESCENTI E IL MERCATO DEL LAVORO

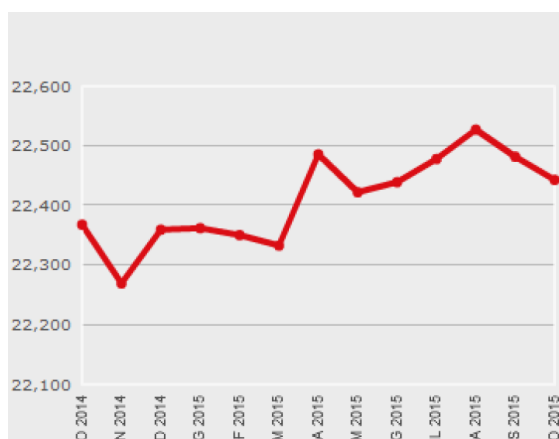
A quasi un anno dall'entrata in vigore del decreto legislativo 23/2015 tentare di fare un bilancio pare inevitabile.

L'occupazione è in aumento, certamente; dati ISTAT e INPS lo confermano¹.

La variazione, comunque calcolata (occupati o unità di lavoro o posizioni lavorative), rispetto all'anno precedente si aggira sulle 200mila unità².

Si tratta d'una crescita concentrata soprattutto nell'ambito del lavoro dipendente che, seppur non ancora tale da rassicurare sui futuri sviluppi nel mercato del lavoro, è certamente apprezzabile.

Occupazione e Disoccupazione - Dati Istat



¹ <http://www.istat.it/it/>

² <http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/12/26/il-2015-delloccupazione/2331952/>



In proposito è necessario però svolgere alcune osservazioni.

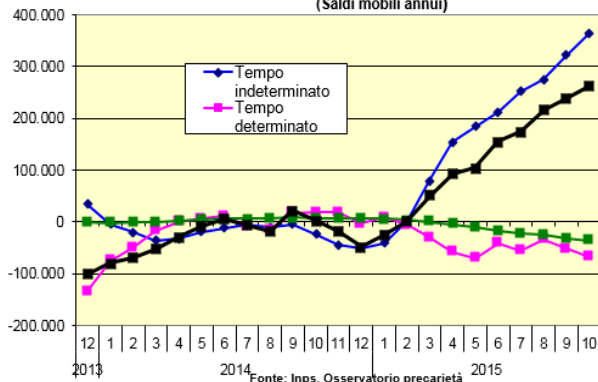
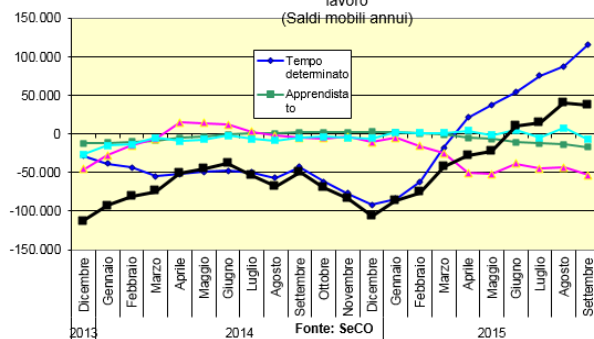
Innanzitutto questo trend considera non solo l'aumento dell'occupazione giovanile ma, anzi, vede necessariamente protagonista anche l'aumento degli occupati ultra cinquantenni come effetto della legge Fornero che, prima della più recente riforma, aveva diminuito il numero di pensionamenti nell'ultimo triennio.

I dati ISTAT, poi, ancora non confermano il maggior utilizzo del contratto a tempo indeterminato rispetto a quello a tempo determinato. Evidenziano invece l'incremento del volume di nuove assunzioni su entrambi i fronti, sebbene la nuova normativa preveda incentivi non indifferenti - che dovrebbero spingere dunque in quella direzione - per quanto concerne il contratto a tempo indeterminato.

Inps e Network SeCo d'altra parte paiono dar atto che quest'inversione di rotta, seppur relativa, del mercato del lavoro, risulta trainata proprio da quest'ultima tipologia contrattuale. Mentre diminuiscono le posizioni di lavoro a termine, così come d'apprendistato³.

³ Su <http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/12/26/il-2015-delloccupazione/2331952/>

<http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/12/26/il-2015-delloccupazione/2331952/>

Grafico 1 - Italia - Variazione tendenziale dei rapporti di lavoro (Saldi mobili annui)**Grafico 2 - Network SeCo. Variazione tendenziale dei rapporti di lavoro (Saldi mobili annui)**

È necessario a questo punto fare un passo indietro.

Il nucleo della recente riforma è il c.d. «contratto a tutele crescenti». Qualche cenno sul punto è d'obbligo.

A dispetto del nome non si tratta affatto d'una nuova tipologia contrattuale, bensì d'un diverso regime sanzionatorio per i casi di licenziamento illegittimo, destinato a sostituire progressivamente – in quanto si applica ai soli lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 – la disciplina previgente in materia, così come risultante dalle plurime modifiche intervenute nel tempo.

La nuova normativa, allo scopo –più sopra accennato– di sbloccare il mercato del lavoro, da troppo tempo immobile, ed anzi in perdita, oltre a prevedere sgravi contributivi notevoli per le assunzioni, mira a limitare le conseguenze negative per il datore di

lavoro in caso di cessazione illegittima del rapporto di lavoro.

Ciò facendo restringe ulteriormente le ipotesi di reintegrazione del lavoratore, individuando nel pagamento di un'indennità risarcitoria la principale sanzione applicabile per il licenziamento illegittimamente irrogato.

È proprio alle modalità di calcolo di tale indennità che fa quindi riferimento l'espressione «tutele crescenti»: il suo ammontare è parametrato all'anzianità di servizio maturata dal dipendente e contenuta entro limiti prefissati. Il costo del licenziamento del lavoratore assunto da tempi brevi è minimo.

La reintegra nel posto di lavoro rimane invece per pochi casi tassativamente previsti. Ed in particolare in ipotesi di nullità del licenziamento perché discriminatorio, perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, di licenziamento intimato in forma orale, per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, o qualora sia insussistente il fatto materiale contestato al lavoratore quando si versi nel campo del licenziamento disciplinare.

Il decreto si occupa anche dei dipendenti dei datori di lavoro che non raggiungono le soglie numeriche richieste per l'applicazione dell'art. 18, introducendo un sistema di tutele che, rispetto a quello applicato ai lavoratori delle imprese di maggiori dimensioni, esclude la reintegrazione nell'ipotesi del licenziamento disciplinare dichiarato illegittimo per insussistenza del fatto materiale e prevede un'indennità risarcitoria dimezzata.

In questo mutato panorama particolare interesse suscita la figura del licenziamento intimato per motivi discriminatori. La formula utilizzata dal legislatore per farvi riferimento e la scomparsa dell'espresso richiamo al motivo illecito, prima posto al suo fianco, paiono senz'altro aver ripercussioni non indifferenti e rendono centrale un dibattito per lungo tempo rimasto ai margini.

L'evolvere del diritto nazionale dunque, e, affianco ad esso, di quello europeo ed internazionale, con cui questo deve necessariamente relazionarsi, fanno del licenziamento discriminatorio argomento d'estrema attualità che dev'essere approfondito sotto il duplice profilo sostanziale e processuale.

Quest'opera si propone dunque, proprio quest'obbiettivo.

Analizzando la normativa e la giurisprudenza europea prima, e la normativa e la giurisprudenza italiana poi, ci si vuole interrogare sulle prospettive applicative delle disposizioni vigenti in materia di licenziamento discriminatorio. Sulla direzione che l'operatore giuridico ed il legislatore stesso potrebbero e dovrebbero intraprendere se tenessero nella giusta considerazione i principi enunciati a livello europeo e dello stesso ordinamento interno per quanto concerne la parità di trattamento e la discriminazione sul lavoro.

SSS

CAPITOLO I

LA DISCRIMINAZIONE SUL LAVORO, ANCHE ALLA LUCE DEL DIRITTO EUROPEO

1. Principio di parità di trattamento e non discriminazione. Inquadramento.

L'art. 3 della nostra Costituzione sancisce uno dei principi cardine del nostro ordinamento, il principio di eguaglianza, enunciato nella sua duplice veste formale e sostanziale.

Accanto ad esso si pongono le disposizioni dell'art. 14 CEDU e dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che vietano in sostanza qualunque forma di discriminazione: i comportamenti discriminatori, tenuti ad ogni livello, costituiscono violazione di un diritto fondamentale proprio di ciascun individuo e rappresentato dalla dignità umana.

Il citato art. 14 espressamente stabilisce che «il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

La Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea invece, divenuta giuridicamente vincolante con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009) all'art. 21 prevede che sia vietata «qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

Inoltre, nell'ambito d'applicazione del Trattato che istituisce la

Comunità europea e del Trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute negli stessi.

In particolare il luogo di lavoro è storicamente teatro di trattamenti differenziati che possono risultare più o meno giustificati. E se certamente non costituiscono atti di discriminazione quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse al sesso, alla razza, all'origine etnica, alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età o all'orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima, sono molteplici i casi in cui non vi sono ragioni di tal genere a fondare il differente trattamento.

La risposta dell'ordinamento e delle parti sociali a ciò si individua nell'apposizione di alcuni limiti ai poteri del datore di lavoro.

Per quanto riguarda il settore occupazionale l'Unione europea ha approcciato la parità sul lavoro focalizzandosi dapprima esclusivamente sulla parità di trattamento tra uomini e donne.

Già se ne faceva menzione (con riguardo ai trattamenti retributivi) nel testo fondante dell'allora Comunità Economica Europea⁴. E negli anni Settanta venivano emanate una serie di Direttive per la promozione e l'attuazione in maniera effettiva della parità tra i sessi sul lavoro.

Progressivamente poi, l'approccio dell'Unione è mutato: dal mero ambire alla parità di trattamento ad un riconoscimento delle differenze, purché queste non siano causa di comportamenti diversi in situazioni analoghe.

E la lotta alla discriminazione sul lavoro si è ampliata, giungendo a considerare altri parametri diversi dal sesso, sulla base dei quali una lavoratrice o un lavoratore possono essere fatti oggetto di disparità di trattamento.

Il principio di parità di trattamento e i divieti di discriminazione

⁴ Art. 119 Trattato di Roma del 1957.

in materia sono dunque entrati prepotentemente nel nostro sistema giuridico per poi trovare estrinsecazione specifica in ambiti differenti.

Gli artt. 15 e 16 dello Statuto dei Lavoratori, così come risultanti dopo plurimi interventi del legislatore, espressamente prescrivono la nullità di qualsiasi patto od atto diretto a discriminare un lavoratore in ragione della sua adesione o mancata adesione ad un sindacato, delle sue idee politiche, della confessione religiosa, di razza, lingua, sesso, handicap, età, orientamento sessuale o convinzioni personali facendo da ciò dipendere la sua occupazione o il suo licenziamento, la sua qualifica o le sue mansioni, i trasferimenti, i provvedimenti disciplinari, o altri eventuali pregiudizi che dovesse per ciò sopportare, anche con riguardo ai trattamenti economici.

A queste disposizioni nel tempo se ne sono affiancate altre; si sono susseguiti interventi normativi che hanno, anche qui, ampliato progressivamente il novero dei fattori di discriminazione tutelati e regolato in maniera più specifica alcune ipotesi.

2. I motivi della discriminazione.

Nel complesso, insomma, il diritto dell'Unione Europea, e con esso anche quello italiano, nel promuovere la parità di trattamento e nel porre il divieto di discriminazione in materia di occupazione e di condizioni di lavoro fanno riferimento a specifiche caratteristiche protette nell'ambito di specifiche aree tematiche. Non viene cioè precluso in termini generici qualsiasi trattamento discriminatorio, sebbene non manchi chi sostiene il contrario.

In particolare le direttive europee e la normativa italiana che le recepisce(ed in alcuni casi le anticipa) vieta la discriminazione fondata su motivi di genere, razza, origine etnica, religione, convinzioni personali, handicap, età e tendenze sessuali.

Sebbene tali ragioni nominate ad una prima occhiata appaiano chiare, nella prassi applicativa è stato evidente come in realtà i loro contorni necessitassero spesso di definizione.

Alcuni concetti esistevano già nel diritto nazionale prima del

recepimento della direttiva n. 78/2000 ma il mutare del contesto socio culturale in cui essi si collocavano ha sollevato questioni di non poco conto.

Altri invece, come l'orientamento sessuale, erano elementi nuovi per gli stati membri e hanno dimostrato di essere materia delicata.

2.1. Discriminazione di genere

Discriminazione di genere è, chiaramente, quella basata sul fatto che una persona sia donna o uomo.

Lo sviluppo delle relative tutele ha nel tempo perseguito un duplice obiettivo: da una parte, sul piano economico, ha contribuito a eliminare fenomeni distorsivi della concorrenza su un mercato progressivamente più integrato; dall'altra a livello politico ha dotato la Comunità prima e l'Unione poi di uno strumento atto a promuovere il progresso sociale e il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro⁵.

Il raggiungimento della parità tra donne e uomini è infatti anche condizione preliminare per la realizzazione degli obiettivi generali di crescita, di occupazione e di coesione sociale dell'Unione europea.

Una più forte partecipazione delle donne al mercato del lavoro offre garanzie della loro indipendenza economica ma soprattutto un contributo fondamentale allo sviluppo economico e alla sostenibilità dei sistemi di protezione sociale. È dunque essenziale proseguire e rafforzare l'integrazione dei due sessi nel settore dell'occupazione e delle politiche sociali, incluso quello della *flexicurity*, e continuare gli sforzi per eliminare gli ostacoli alla piena partecipazione delle donne e degli uomini al mercato del lavoro.

Ma v'è di più. Il principio di parità di trattamento in relazione al sesso è un diritto fondamentale e trova espressione concreta nella posizione centrale che assume nel diritto internazionale. Sul punto i

⁵ Cfr. *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, in http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_IT.pdf, 2011.

24 considerando che introducono la direttiva 2002/73/CE, come pure i 41 della direttiva n. 2006/54/CE forniscono un quadro dettagliato ed esaustivo degli interventi precedenti in materia.

In particolare a norma dell'articolo 6 del trattato dell'Unione europea, l'UE «si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri, e rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario». Ed «il diritto all'eguaglianza dinanzi alla legge ed alla tutela contro la discriminazione per tutti gli individui costituisce un diritto universale riconosciuto dalla dichiarazione universale dei diritti dell'uomo», nonché, tra gli altri, dalla convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna e, ai fini della citata direttiva dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il principio di parità fra uomini e donne è, insomma, pacificamente, un principio fondamentale, anche ai sensi dell'articolo 2 e dell'articolo 3, paragrafo 2, del trattato CE, nonché ai sensi della giurisprudenza della Corte di giustizia. Le menzionate disposizioni del trattato sanciscono la parità fra uomini e donne quale «compito» e «obiettivo» della Comunità e impongono l'obbligo concreto della sua promozione in tutte le sue attività.

In particolare l'articolo 141.3 del trattato affronta in maniera specifica il tema della parità di trattamento e di opportunità per uomini e donne in materia di occupazione e condizioni di lavoro.

Quindi stante l'incompletezza e l'insufficienza del sistema previgente si rendeva necessario un intervento in materia (anche a fronte delle direttive 2000/43 e 2000/78).

Intervento che rispettasse nella definizione della materia e nella sua successiva attuazione, soprattutto, i principi ed i criteri espressamente individuati, anche alla luce delle statuizioni della

Corte di Giustizia⁶.

⁶ V. Considerando introduttivi della Dir. 2002/73:

«(10)La valutazione dei fatti sulla base dei quali si può dedurre che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta è una questione di competenza dell'organo giurisdizionale nazionale o di altro organo competente secondo norme del diritto o della prassi nazionale. Tali norme possono prevedere in particolare che la discriminazione indiretta sia accertata con qualsiasi mezzo, compresa l'evidenza statistica. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia una discriminazione consiste nell'applicazione di norme diverse a situazioni comparabili o nell'applicazione della stessa norma a situazioni diverse.

(11) Le attività professionali che gli Stati membri possono escludere dal campo di applicazione della direttiva 76/207/CEE dovrebbero essere ristrette a quelle che necessitano l'assunzione di una persona di un determinato sesso data la natura delle particolari attività lavorative in questione, purché l'obiettivo ricercato sia legittimo e soggetto al principio di proporzionalità come stabilisce la giurisprudenza della Corte di giustizia.

(12) La Corte di giustizia ha coerentemente riconosciuto la legittimità, per quanto riguarda il principio della parità di trattamento, della protezione della condizione biologica della donna durante e dopo la maternità. Ha inoltre costantemente decretato che qualsiasi trattamento sfavorevole nei confronti della donna in relazione alla gravidanza o alla maternità costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso. [...]

La Corte di giustizia ha riconosciuto la tutela dei diritti delle donne sul piano del lavoro, in particolare per quanto riguarda il loro diritto a riprendere lo stesso lavoro o un lavoro equivalente, con condizioni lavorative non meno favorevoli, nonché di beneficiare di qualsiasi miglioramento delle condizioni di lavoro alle quali avrebbero avuto diritto durante la loro assenza.

(13) [...] gli Stati membri sono incoraggiati a prendere in considerazione la possibilità che i rispettivi ordinamenti giuridici riconoscano ai lavoratori uomini un diritto individuale e non trasferibile al congedo di paternità, pur mantenendo i propri diritti inerenti al lavoro. [...]

(14) Gli Stati membri hanno la facoltà, ai sensi dell'articolo 141, paragrafo 4, del trattato, di mantenere o di adottare

misure che prevedono vantaggi specifici volti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso

sottorappresentato oppure a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali. [...]

(15) Il divieto di discriminazione non dovrebbe pregiudicare il mantenimento o l'adozione di misure volte a prevenire

o compensare gli svantaggi incontrati da un gruppo di persone di uno dei due sessi. Tali misure autorizzano l'esistenza di organizzazioni di persone di tale sesso se il loro principale obiettivo è la promozione di necessità specifiche delle persone stesse e la promozione della parità tra donne e uomini.

(16) Il principio della parità di retribuzione tra gli uomini e le donne è già fermamente stabilito dall'articolo 141 del

2.5. Discriminazione in base all'età

Il divieto di discriminazione in base all'età offre tutela rispetto ad eventuali differenze di trattamento o di godimento dei diritti in ragione dell'età di una persona.

Con una sola eccezione, ormai la legislazione di tutti gli Stati membri vieta la discriminazione fondata sull'età, sebbene prima della direttiva 2000/78/CE la grande maggioranza degli Stati membri precedentemente fosse dotata di norme generali in materia. E la maggior parte delle regole precedenti, che prevedevano distinzioni in base all'età, è ancora in vigore.

Sono ancora pochi gli ordinamenti che hanno effettuato analisi esaustive ed organiche delle rispettive normative in materia, nei quali, quindi, la nuova legislazione dovrebbe avere la precedenza sulle leggi o sui contratti collettivi di natura discriminatoria.

La citata direttiva prevede in realtà, all'art. 6, una sorta di clausola di giustificazione per cui la normativa interna può prevedere ipotesi specifiche in cui la disparità di trattamento non costituisca discriminazione e sia invece consentita in quanto oggettivamente e ragionevolmente giustificata da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e qualora i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano adeguati allo scopo.

La maggior parte degli Stati membri ha approvato disposizioni di natura generale ispirate dal citato art. 6, che può così servire come un parametro di prova rispetto al quale stabilire se le regole esistenti in materia di età siano conformi alla direttiva.

Vi sono però tutt'ora casi in cui i singolo ordinamenti nazionali hanno previsto eccezioni in materia di discriminazione in base all'età più ampie di quelle consentite dalla normativa in esame o, al contrario, casi in cui questa non è stata affatto considerata⁴¹.

⁴¹ Estonia, Irlanda, Ungheria, Polonia, Regno Unito

In ambito europeo numerose sono le controversie venute agli onori della cronaca e sottoposte al vaglio della Corte di Giustizia, la maggior parte delle quali promosse da lavoratori anziani licenziati per il raggiungimento dell'età pensionabile. Ma non solo.

La problematiche attinenti a quest'ambito diventano ancora più interessanti se si pensa al momento politico e sociale in cui ci collochiamo. Da una parte è vivo l'interesse per le politiche d'invecchiamento attivo volte a promuovere il prolungamento della vita lavorativa, ma dall'altra sono pressanti le esigenze dettate dalla disoccupazione giovanile che ha toccato livelli mai visti. In un contesto come quello attuale sembra emergere con maggior urgenza il problema della discriminazione legata all'età.

La prima pronuncia della Corte di Giustizia in materia è quella relativa al caso *Mangold*⁴². Nel caso di specie una legge tedesca consentiva di assumere lavoratori oltre i 52 anni di età in base a una serie di contratti a breve termine, per incoraggiarne il reclutamento da parte dei datori di lavoro. La Corte di Giustizia europea ha ritenuto legittimo l'obiettivo di aumentare l'occupazione dei lavoratori più anziani, ma ha anche stabilito che la misura non rispettava il principio di proporzionalità, in quanto la misura stessa era da ritenersi di portata troppo ampia e l'obiettivo conseguibile in modo meno discriminatorio.

Ma la sentenza *Mangold* solleva in realtà problemi di ben altra natura aprendo scenari tutt'ora irrisolti.

Infatti sebbene all'epoca non fossero ancora scaduti i termini per il recepimento della direttiva secondo la Corte il divieto di discriminazione in base all'età sarebbe entrato nell'ordinamento attraverso l'art. 13 del Trattato CE per cui, quando una normativa nazionale fosse entrata nel campo d'applicazione del diritto comunitario, la stessa Corte, adita in via pregiudiziale, avrebbe dovuto fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari alla valutazione, da parte del giudice statale, della conformità della normativa nazionale a tale principio; sarebbe stato, inoltre, compito

⁴² CG, sentenza 22 novembre 2005, *Mangold*, causa C-144/04.

del giudice statale, investito di una controversia che mettesse in discussione il principio di non discriminazione in base all'età, assicurare una piena tutela, disapplicando all'occorrenza la legislazione nazionale in contrasto con il diritto comunitario.

Quest'impostazione è stata fatta oggetto di diverse critiche, in primo luogo perché così facendo la Corte avrebbe esteso la portata della direttiva, ritenendola efficace prima dello scadere del termine per il recepimento e attribuendole un'efficacia orizzontale, in secondo luogo per avere indotto una situazione di notevole incertezza giuridica.

Proprio a fronte di simili problemi la giurisprudenza successiva pare in effetti, per lungo tempo, averne circoscritto i possibili effetti, senza tuttavia mai richiamare il proprio precedente, decidendo le controversie alla luce di differenti argomentazioni e senza quindi confutare, o condividere espressamente quanto affermato dagli avvocati generali⁴³.

Nel 2010 arriva la sentenza *Kucukdeveci*. La ricorrente nel caso di specie contestava il suo licenziamento dinnanzi al giudice tedesco, sostenendo che la norma nazionale che prevedeva che per il calcolo della durata del termine di preavviso non dovessero esser presi in considerazione i periodi di lavoro svolti prima del compimento del venticinquesimo anno di età, costituiva una misura di discriminazione in base all'età contraria al diritto dell'Unione e che per questo andava disapplicata.

Sulla scorta delle argomentazioni presentate dall'avvocato generale qui la Corte, superando la *Mangold*, afferma a chiare lettere che il principio di non discriminazione in base all'età dettato dalla direttiva 2000/78 costituisce la specificazione di un principio generale dedotto dal diritto dell'Unione. E che dunque è compito del

⁴³ In particolare nelle cause *Chacón Navas* (C-13/05), *Lindorfer* (C-227/04), *Palacios de la Villa* (C-411/05) e *Maruko* (sentenza 17 febbraio 1998, C-249/96) gli avvocati generali hanno diffusamente ricostruito le potenziali conseguenze della sentenza «*Mangold*» nel sistema comunitario, ora criticandone ora puntualizzandone il contenuto.

Cfr. CASSATELLA A., *Tertium datur? Il divieto di discriminazione in base all'età torna al vaglio della Corte Ce.*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 7, p. 731 e ss.

giudice nazionale assicurare la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando, ove necessario, ogni contraria disposizione di legge⁴⁴.

Nella stessa sentenza la Corte ha tra l'altro precisato come il principio di non discriminazione in base all'età sia un principio generale del diritto dell'Unione, in quanto rappresenta un'applicazione specifica del principio generale della parità di trattamento⁴⁵, come trovi la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri⁴⁶ e venga consacrato nell'art. 21, n. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, in virtù dell'art. 6, n. 1, TUE ha lo stesso valore giuridico dei Trattati⁴⁷.

Queste affermazioni aprono, in realtà, lo scenario a problematiche ben più ampie: per la possibilità che l'orientamento delineato nella sentenza possa trovare applicazione in presenza di altre discriminazioni vietate dalla Carta dei diritti fondamentali⁴⁸ e che analoga estensione dell'orientamento sia possibile con riferimento ad altri principi fondamentali che trovano fonte in vari

⁴⁴ In questa medesima pronuncia la Corte chiarisce sia l'origine del principio di non discriminazione in base all'età che la sua evoluzione nel tempo, precisa qual'è il rapporto tra il principio generale e la direttiva 2000/78, delinea come è mutato il rapporto tra interpretazione conforme al diritto dell'Unione.

⁴⁵ Punto 50 della sentenza.

⁴⁶ Punto 20.

⁴⁷ Punto 22.

⁴⁸ Nella causa C-147/08, l'avvocato generale ha sostenuto che «non esiste alcuna giustificazione per applicare il principio della parità di trattamento in maniera meno rigorosa nel caso delle discriminazioni in base all'orientamento sessuale che non in quello delle discriminazioni fondate su altri motivi indicati nell'art. 13 CE» (punto 129).

E nella causa C-22/09 che «conformemente alla sentenza *Kucukdeveci*, poiché l'art. 10 della direttiva 92/85 si limita a concretizzare il principio fondamentale della parità di trattamento tra uomini e donne vietando il licenziamento di una lavoratrice gestante in ragione del suo stato di gravidanza, il giudice nazionale che non disponesse, in base al suo diritto processuale interno, di mezzi sufficienti per disapplicare la disposizione del suo diritto interno che giustificano tale licenziamento trarrebbe siffatto potere dal primato del principio fondamentale».

strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

Tornando alle questioni più strettamente attinenti all'ambito di applicazione del divieto di discriminazione di cui al presente paragrafo grande importanza sul punto riveste anche la causa *Palacios de la Villa*. Qui la Corte di giustizia europea ha ritenuto che le norme in materia di età non necessitassero di una giustificazione esplicita per essere valide, ma che la misura in questione dovesse essere obiettivamente e ragionevolmente giustificata nel contesto del diritto nazionale da uno scopo legittimo concernente la politica dell'occupazione e il mercato del lavoro.

La Corte in questa sede, e parzialmente anche nella *Mangold*, fornisce dunque qualche indicazione per quanto riguarda il tipo di prova di motivazione richiesta: anche se le autorità nazionali hanno largo spazio riguardo alle scelte in materia di politica sociale, è essenziale garantire in ogni singolo caso che la misura sia adatta e proporzionata allo scopo.

Casi interessanti in relazione alla relazione tra età e retribuzione ma soprattutto dell'interazione tra ordinamento «comunitario» e nazionale in materia di discriminazione si sono presentati in relazione alla normativa austriaca in materia, nei casi *Hütter* e *Starjacob*.

In particolare la sentenza *Hütter* del 2009 (C-88/08), ha inciso in maniera importante sulle scelte successive del legislatore nazionale.

Il regime retributivo applicabile ai dipendenti delle ferrovie federali austriache (Österreichische Bundesbahnen, ÖBB) si fondava su un sistema di avanzamento di carriera in base al quale la retribuzione aumentava alla scadenza di periodi determinati nel corso dei quali il lavoratore matura l'anzianità.

La data presa come riferimento per l'avanzamento nel livello di retribuzione è una data fittizia: in base ad essa, veniva individuato l'inquadramento ad un livello di retribuzione e, pertanto, gli scatti retributivi. Tale data era determinata in funzione del giorno effettivo di entrata in servizio e dell'esperienza reputata rilevante: maggiore è l'esperienza, più avanzata è la data e l'inquadramento al livello retributivo elevato. Il problema di questa normativa stava nel

CAPITOLO II

IL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. *La fattispecie. Evoluzione.*

All'interno dell'ampio apparato sanzionatorio previsto per i casi di discriminazione sul lavoro tutela specifica è apprestata al licenziamento discriminatorio. Specifica in quanto lo strumento mediante il quale viene attuata minaccia l'esistenza stessa del rapporto di lavoro, ed impone un intervento *ad hoc*, che dovrebbe garantire la maggior efficienza ed efficacia possibile.

Per prima la l. n. 7/1963 ha sancito il divieto di licenziamento per causa di matrimonio.

L'art. 4 della legge n. 604 del 1966 ha sancito la nullità del licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali, indipendentemente dalla motivazione adottata.

Mediante la citata norma, nella sua formulazione originaria, rimasta sostanzialmente inalterata fino ad oggi, la figura del licenziamento c.d. discriminatorio vede per la prima volta la luce nel nostro ordinamento, sebbene non in maniera esplicita.

Nel tempo poi il contenuto sostanziale ne è stato progressivamente arricchito da una serie di interventi del legislatore.

In primis dall'art. 15 dello Statuto dei Lavoratori che originariamente comminava la nullità di qualsiasi patto od atto diretto a recare pregiudizio al lavoratore, nelle diverse fasi del rapporto, a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero; dopo le modifiche apportate dalla legge di parità del 1977, anche nell'ipotesi di ragioni

di natura politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso. Ed a seguito del recepimento delle direttive comunitarie di seconda generazione del 2003 di handicap, età, orientamento sessuale e convinzioni personali del lavoratore.

L'art. 15 è stato quello che per primo ha introdotto l'espresso riferimento alla discriminazione.

Nel 1971 con la l. n. 1204 è stato espressamente sancito il divieto di licenziamento per causa di maternità.

L'intervento della l. 108/1990 ha poi ulteriormente inciso sulla fattispecie prevedendo che questa comportasse, in tutti i casi, indipendentemente dal numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, le conseguenze previste dall'art. 18 St. Lav.

L'art. 3 della legge in questione nel disporre ciò ha fatto espresso riferimento al «licenziamento determinato da ragioni discriminatorie ai sensi dell'art. 4 della l. 604/1966 e dell'art. 15 della l. 300/70» sollevando una serie di quesiti di cui si tratterà a breve.

La tecnica adottata dal legislatore, anche allora, è stata quella del richiamo ad altre norme.

Lo stesso avverrà per le più recenti riforme che hanno rivoluzionato il mercato del lavoro pur lasciando sostanzialmente invariati i presupposti per l'applicazione delle singole fattispecie di licenziamento e andando piuttosto a toccare il conseguente regime sanzionatorio.

In questo modo la delimitazione dell'ambito applicativo del licenziamento discriminatorio, ora come allora, dev'essere ricavata da un'attenta lettura della normativa, stratificatasi nel corso del tempo.

1.1. Contiguità con il motivo illecito determinante ex art. 1345 c.c.

La nullità del licenziamento e la sanzione ad esso conseguente, secondo un'opinione venutasi a creare già prima del 1966, e che ha trovato positivo riscontro nella dottrina e nella giurisprudenza successive, sarebbero conseguite all'applicazione dell'art. 1345 c.c., che mirava a sanzionare con la nullità il recesso determinato da motivo illecito.

La base civilistica della sanzione comminata sarebbe cioè derivata dalla lettura del licenziamento come negozio unilaterale e dall'applicazione alla fattispecie del combinato disposto degli artt. 1418 co. 2, 1345 e 1324 c.c.: più precisamente «del disposto dell'art. 1345, in tema di rilevanza del motivo illecito e determinante nel contratto, per il tramite del rinvio contenuto nell'art. 1324 che comunica il vizio anche agli atti unilaterali»⁶⁰.

Il ricorso a quest'impostazione permetteva alla giurisprudenza di estendere la nozione di licenziamento discriminatorio, ritenendo l'elencazione di cui all'art. 15 St. Lav. meramente esemplificativa⁶¹ e ricomprendendovi dunque ogni ipotesi di illiceità di cui poteva esser viziato l'atto unilaterale del datore di lavoro. E così anche al caso di ritorsione o rappresaglia rispetto all'esercizio di diritti propri del lavoratore.

La normativa di riferimento in questo contesto non poteva che avere carattere meramente ricognitivo, essendo l'incidenza invalidante del vizio già ricavabile dai principi di diritto comune della nullità per illiceità del motivo determinante.

⁶⁰ BELLOCCHI P., *Il licenziamento discriminatorio*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2013, 4-5.

⁶¹ La giurisprudenza già giudicava illegittimo il *licenziamento* fondato sulle condizioni personali e sociali del lavoratore o causato da motivi di rappresaglia e dichiarava la nullità del recesso in forza del combinato disposto degli artt. 1418, 1345 e 1324 c.c. (Cass., Sez. Lav., 17 agosto 1977, n. 3781, *Giur. It.* I, 1, pag. 2014; Cass., Sez. Lav., 9 luglio 1979 n. 3930, *Foro It.*, I, col. 5333).

Invero non si può dubitare che le specifiche ragioni di discriminazione “nominate” in principio nell’art. 4 (sindacale, politica, religiosa) non esaurissero i possibili motivi di discriminazione, anche alla luce del fatto che l’evoluzione del nostro ordinamento in materia correva in realtà su un binario parallelo rispetto al diritto internazionale, che se nel 1949 con la convenzione OIL n. 98 aveva sancito la nullità dei licenziamenti determinati dall’affiliazione sindacale, nel 1958 e nel 1962 rispettivamente con le convenzioni n. 111 e 117 aveva esteso le sanzioni ad ogni atto discriminatorio fondato su razza, colore, sesso, fede religiosa, opinioni politiche, iscrizione sindacale, appartenenza a gruppi etnici e sociali.

Tanto che altre ragioni di discriminazione sono state in seguito espressamente indicate.

Questo in un ordinamento in cui a monte vi era già l’art. 3 Cost. che sancisce il principio di uguaglianza. Ciò, se non imponeva al datore di lavoro direttamente di agire per la sua realizzazione, certamente avrebbe dovuto, attraverso l’intervento del legislatore, impedirgli di violarlo con un qualsiasi atto di gestione del rapporto di lavoro, tra cui un licenziamento discriminatorio.

Questa impostazione avrebbe dunque dato rilievo preminente ai motivi che muovevano il datore di lavoro nel momento in cui dispone il licenziamento.

Ad ogni modo, l’ingresso dell’art. 3 della l. 108/1990 nel sistema ha posto all’attenzione degli interpreti la questione della coincidenza tra la nozione previgente di licenziamento discriminatorio e quella fornita dalla nuova norma.

Esso pur non contenendo una vera e propria definizione di licenziamento discriminatorio, si avvaleva a tal fine del duplice richiamo all’art. 4 della l. 604/1966, e all’art. 15 Stat. lav., laddove però quest’ultima disposizione aveva praticamente assorbito la prima.

La nozione accolta fino a quel momento comprendeva, come si è visto, non soltanto le ipotesi di cui alle norme citate ma anche le estensioni operate dalla giurisprudenza a tutte le ipotesi di motivo illecito, mentre la nuova normativa pareva limitare l'applicazione della tutela ex art. 18 St. Lav. a ipotesi specifiche, facendo espresso riferimento al «licenziamento discriminatorio».

Tuttavia la risposta, pressoché unanimemente, data da giurisprudenza e dottrina, poi consolidate nel tempo, ha ritenuto che l'art. 3 della legge n. 108 del 1990 trovasse applicazione non solo nelle ipotesi richiamate dall'articolo in questione, bensì in tutte le ipotesi di licenziamento nullo per illiceità del motivo, senza distinzione in ordine alle motivazioni del recesso e alle dimensioni dell'impresa ⁶².

Si era osservato che, avendo la giurisprudenza precedente al 1990 subordinato l'applicazione dell'art. 18 alla presenza di determinati requisiti dimensionali senza far distinzioni in merito ai motivi del recesso, e richiamando la nuova normativa, espressamente, l'abolizione delle barriere dimensionali, si sarebbe dovuto ritenere che l'estensione da essa ipotizzata non operasse una differenziazione sui motivi del licenziamento e utilizzasse invece quell'ampia nozione di licenziamento illecito già delineata. Di conseguenza l'art. 18 si sarebbe dovuto applicare a tutte le ipotesi di licenziamento nullo per illiceità del motivo.

⁶² In questo senso v. tra le altre Cass. 19 marzo 1995, n. 2335, Mass. Giur. Lav., 1996, pag. 381, con nota di M. Del Conte; Cass. 3 aprile 1997, n. 3837, in Mass. Giur. Lav., 1997, pag. 832; Cass. Sez. Lav., 15 marzo 2006, n. 5635, in Guida Dir., 2006, 18, pag. 79; Cass., Sez. Lav., 25 luglio 2008, n. 20500, in Giust. Civ. Mass., 2008, 7-8, pag. 1212; in dottrina ALLEVA P.G., *L'ambito di applicazione della tutela reale contro i licenziamenti*, in *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, a cura di CARINCI F., Napoli, 1991, 43; DE SIMONE G., *Il licenziamento discriminatorio*, in *I licenziamenti. Commentario*, a cura di MAZZOTTA O., Milano, 1999, pag. 359 e segg..

via d'urgenza quindi) e le tutele previste per il licenziamento illegittimamente irrogato.

La normativa speciale in materia di discriminazione permette di dire insomma, che se anche l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, nelle sue molteplici versioni, non esistesse attraverso la tutela specifica fornita da questi strumenti nel momento in cui si accertasse l'irrogazione di un licenziamento discriminatorio, il giudice potrebbe, tra le altre cose, procedere ordinando la reintegra del soggetto discriminato e condannare il datore di lavoro al risarcimento del danno patrimoniale e non. Ed ancor più, potrebbe dare, ove lo ritenesse opportuno, un adeguato rilievo pubblicitario al provvedimento di condanna mediante «la pubblicazione del provvedimento, per una sola volta e a spese del convenuto, su un quotidiano di tiratura nazionale».

2. *L'interazione tra i diversi riti*

Si pone dunque il problema dell'interferenza tra la normativa generale in materia d'impugnazione del licenziamento illegittimo e quella speciale antidiscriminatoria.

Ciò che appare chiaro, anche alla luce delle considerazioni che si faranno più avanti, è come non possa esservi una cesura netta tra i due riti, come non possa esservi e debba spettare al lavoratore la scelta tra l'azione di nullità da discriminazione di cui all'art. 28 del d. lgs. n. 150 del 2011, e l'azione di reintegrazione ordinaria.

Da una parte il procedimento antidiscriminatorio, il cui ambito d'applicazione è volto a contrastare tutte le discriminazioni sul lavoro, indipendentemente dallo strumento con cui queste vengono attuate, è costruito sul presupposto della possibilità per il lavoratore di richiedere in giudizio un accertamento circoscritto al vizio allegato.

Dall'altra le controversie in materia di licenziamento passano di frequente attraverso la contestazione della motivazione addotta nell'irrogarlo. In questi casi il lavoratore agisce, tra l'altro, come titolare del diritto alla giustificazione del licenziamento.

L'ingresso della questione discriminatoria nel processo, ed il suo accertamento, costituisce, in molti casi, oggetto non di una *causa petendi* principale, ma di una domanda di nullità secondaria, subordinata alla fragilità dei fatti soggettivi od oggettivi con cui il licenziamento è stato motivato, forte dei principi che regolano il giudizio in materia di onere della prova¹²³.

Alla base dell'impugnazione in quest'ipotesi vi è quindi anche la contestazione dei motivi addotti: sarà il convenuto a dover dar prova della fondatezza delle ragioni del licenziamento. La mancata assoluzione di quest'onere e, dunque, l'eventuale illegittimità del licenziamento, andrà e ad affiancarsi a quegli elementi di fatto univoci e concordanti forniti dal lavoratore per provare la discriminazione. Questi sarà quindi agevolato dal fatto che non vi siano in giudizio ragioni alternative giustificative del recesso.

Si sottolinea però che l'assenza di una giustificazione non implica la presenza di una discriminazione. Né la presenza di una causa di giustificazione tipica esclude di per sé la discriminazione, che sarà ancor più difficile dimostrare.

Diverso è invece il caso di quelle categorie di lavoratori per cui il licenziamento sia possibile *ad nutum*, per cui mancando una disciplina sostanziale limitativa del recesso, il fattore di discriminazione può emergere già dal primo momento.

2.1. Esclusività del c.d. rito Fornero?

In caso di licenziamento discriminatorio dunque il lavoratore può ricorrere ai riti *ad hoc* predisposti oppure accedere al procedimento in materia di licenziamenti.

Ma la L. n. 92/2012 cambia le carte in tavola e pone un nuovo problema: l'impugnazione dei licenziamenti rientranti nell'ambito della tutela fornita dal novellato art. 18 dello Statuto va fatta con il

¹²³ BELLOCCHI P. , *Il licenziamento discriminatorio*, in Argomenti Dir. Lav., 2013, 4-5, 830.

rito sommario dalla stessa disciplinato¹²⁴. Introduce insomma un nuovo rito, anch'esso speciale, modellato quanto alla struttura bifasica sul disposto dell'art. 28 St. Lav., con riferimento al quale il nuovo art. 18 opera come norma processuale, preordinata all'individuazione delle controversie che vi debbono essere assoggettate.

E tra queste rientra anche l'impugnazione dei licenziamenti nulli in quanto discriminatori dunque.

Parte della giurisprudenza si è a questo punto espressa nel senso della obbligatorietà, o meglio, esclusività, del nuovo modello processuale (sulla base di una interpretazione strettamente letterale del co. 47 dell' art. 1 l. n. 92/2012¹²⁵) sostenendo che la domanda di impugnativa del licenziamento tendente ad ottenere le tutele dell'art. 18 cit. non può che proporsi in conformità alle regole processuali del nuovo rito speciale.

Ma vi è anche chi osserva come tale impostazione non convinca¹²⁶.

La *ratio* del rito speciale è la tutela urgente del lavoratore che impugna il licenziamento come illegittimo ed invoca l'applicazione dell'art. 18. Analoga cognizione sommaria in senso lato si rinviene anche in procedimenti speciali similari: nel procedimento sommario di cognizione (art. 702 *bis*, co. 1, c.p.c.), nel procedimento cautelare uniforme (artt. 609 *bis* ss. c.p.c.), nel procedimento di repressione

¹²⁴ Questo rito è stato classificato dalla dottrina (cfr. LUISO F.P., *Il processo speciale per l'impugnazione del licenziamento*, in Riv. It. Dir. Lav., 2013, I, p. 125) che se n'è occupata come procedimento sommario non cautelare, di natura necessaria avente funzione di anticipazione satisfattiva della pretesa.

¹²⁵ L. 92/2012, art. 1, co. 47: «Le disposizioni dei commi da 48 a 68 si applicano alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro».

¹²⁶ Cfr ad esempio le Linee guida Trib. Firenze in <http://tinyurl.com> che si schierano per la facoltatività del rito Fornero; *contra* invece le Linee guida Trib. Rieti in <http://www.tribunale.rieti.giustizia.it>; Cfr. anche, in termini problematici, DE LUCA M., *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura conforme a Costituzione*, in *Foro it.*, 2013, V, 201.

della condotta antisindacale (art. 28 st. lav.), nel procedimento di repressione della condotta discriminatoria (art. 28 d.lgs. n. 150/2011).

In tutti questi moduli processuali la tutela speciale assicurata dalla celerità e dalla semplificazione del rito differenziato non esclude che chi agisce vi possa preferire e richiedere la tutela ordinaria del giudizio a cognizione piena.

Coerenza e sistematicità da una parte dunque.

E dall'altra l'esigenza di interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto sia del diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.), sia al principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.): «l'impossibilità di accedere subito ad una tutela a cognizione piena ogni qualvolta il vizio del licenziamento non si presti ad emergere solo con "atti di istruzione indispensabili", ma richieda tutti gli "atti di istruzione ammissibili e rilevanti"», nonché «la difettosa coerenza di un rito differenziato, indirizzato a speciale tutela del lavoratore licenziato, che però non lasci quest'ultimo libero di optare per la tutela ordinaria»¹²⁷ li porrebbero a rischio.

Ciò nonostante resta il fatto che la norma in effetti pare chiara sul punto: non è concessa alla parte interessata la facoltà di scelta del rito ordinario del lavoro nelle ipotesi rientranti nel campo d'applicazione del rito *Fornero*. Semmai la domanda che ci si potrebbe porre per attendere alle esigenze di cui sopra è se sia data la possibilità alle parti di scegliere di saltare la prima fase del giudizio per passare alla seconda a cognizione piena¹²⁸.

Ma quello che qui interessa maggiormente analizzare sono le ricadute che tale normativa ha in relazione ai c.d. riti c.d. antidiscriminatori: questa indurrebbe infatti, secondo alcuni, a renderli inapplicabili in caso d'impugnazione di licenziamento discriminatorio, mentre rimarrebbero utilizzabili ove non ricorrano i presupposti del rito *Fornero*.

Le considerazioni da fare sul punto sono molteplici e di varia natura.

¹²⁷ Cfr. AMOROSO G., *Riforma dell'art. 18 St. lav.: prime applicazioni*, 2014.

¹²⁸ Cfr. SORDI P., in *La riforma del lavoro*, Giuffrè 2012 p. 366 e ss.

In primis questa impostazione comporterebbe una differenziazione dei riti a seconda dello strumento mediante il quale la discriminazione viene posta in essere, vanificando in parte l'intento di omogeneità ed uniformità dei mezzi processuali che il legislatore con la L. 150/2011 aveva perseguito a meno d'un anno di distanza.

Ancor più rilevante: il meccanismo di cui al comma 4 dell'art. 28 della citata legge, che parrebbe essere norma eminentemente processuale visto il contesto in cui s'inserisce e che dispone che «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» non opererebbe e l'onere della prova in tutti i casi di licenziamento discriminatorio ricadrebbe interamente sul lavoratore.

Si tratta di un meccanismo di distribuzione dell'onere della prova ben differente da quello normalmente applicabile ed imposto dalla stessa normativa europea che con la Direttiva n. 78 del 2000 espressamente prevede all'art. 10 che gli Stati membri «prendano le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento»¹²⁹.

Bisogna sottolineare che il presupposto da cui si muove nei

¹²⁹ V. anche Art. 40 d.lgs. 198/06: «Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione». E T.U. Immigrazione.