

2017, fascicolo 1

(estratto)

Francesca Marinelli

I licenziamenti ingiustificato, discriminatorio e per motivo illecito:
nozioni e sovrapposizioni

30 ottobre 2017

I licenziamenti ingiustificato, discriminatorio e per motivo illecito: nozioni e sovrapposizioni

Francesca Marinelli

Ricercatore di Diritto del Lavoro

Università degli Studi di Milano

Abstract: *Il presente lavoro si propone di operare un distinguo tra le figure dei licenziamenti ingiustificato, discriminatorio e per motivo illecito, partendo dalle rispettive nozioni legali, per, poi, indagarne le sovrapposizioni. Tale operazione non ha un rilievo solo teorico, ma anche (e soprattutto) pratico, se è vero che le tre fattispecie in parola – anche alla luce delle recenti riforme del diritto del lavoro (in particolare la c.d. Riforma Fornero e il c.d. Jobs Act) – si trovano oggi assoggettate non solo ad un diverso regime sanzionatorio (id est la tutela reintegratoria piena per i licenziamenti discriminatorio e per motivo illecito versus, di regola, la tutela indennitaria per il licenziamento ingiustificato), ma anche probatorio (se è vero che mentre il licenziamento discriminatorio gode del meccanismo di c.d. agevolazione dell'onere della prova previsto dalla normativa antidiscriminatoria ed il licenziamento ingiustificato del regime in base al quale spetta al datore di lavoro l'onere di provare la giusta causa o il giustificato motivo di recesso, il licenziamento per motivo illecito segue, invece, la regola generale sancita dall'art. 2697 c.c. secondo cui «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento»).*

Sommario: 1. Finalità e ragioni dell'indagine. – 2. Le definizioni legali di licenziamento ingiustificato, discriminatorio e per motivo illecito. – 3. La sovrapposizione tra i licenziamenti discriminatorio e per motivo illecito. – 4. Segue. La sovrapposizione con il licenziamento ingiustificato. – 5. Conclusioni: i riflessi sull'onere probatorio.

1. Finalità e ragioni dell'indagine.

L'intento del presente contributo è quello di effettuare un'*actio finium regundorum* tra le fattispecie dei licenziamenti ingiustificato, discriminatorio e per motivo illecito al fine di chiarire, all'indomani della Riforma Fornero¹ e del c.d. Jobs Act², quali siano i rapporti tra le tre figure in parola.

Una indagine di tal fatta pare, a ben vedere, utile non solo dal punto di vista teorico, ma anche in prospettiva pratica, se solo si pone mente al fatto che, a seguito delle recenti riforme appena menzionate, le ipotesi in parola si trovano assoggettate a una differente disciplina sia sanzionatoria (se è vero che al licenziamento ingiustificato, anche se irrogato nelle unità produttive assoggettate al campo di applicazione dell'art. 18 St. lav., non viene più accordata la tutela reintegratoria piena)³, sia probatoria (dal momento che, come si avrà modo di chiarire nel § 5, l'ordinamento sottopone le tre figure in esame a un diverso regime).

2. Le definizioni legali di licenziamento ingiustificato, discriminatorio e per motivo illecito.

L'analisi non può che prendere le mosse dalle definizioni legislative delle fattispecie in esame.

¹ Trattasi, come noto, della l. 28 giugno 2012, n. 92, intitolata: "Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita".

² Pare opportuno rammentare che con tale espressione viene indicato quel processo di riforma del diritto del lavoro delineato dal governo Renzi a cui è stata data attuazione varando la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183. Di rilievo, ai nostri fini, è in particolare il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 contenente proprio "Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183".

³ La l. n. 92 del 2012 ha infatti previsto, al posto dell'unitaria tutela reintegratoria accordata ad ogni patologia (nullità, annullabilità, inefficacia) dell'atto di recesso dal "vecchio" testo dell'art. 18 St. lav., quattro diverse e graduate forme di tutela (la tutela reintegratoria piena; la tutela reintegratoria attenuata; la tutela indennitaria piena; la tutela indennitaria attenuata) destinate ad operare sulla base di distinti presupposti. Per quanto qui rileva, ai sensi del nuovo art. 18 St. lav., la c.d. tutela reintegratoria piena troverà applicazione solo nei casi di licenziamento discriminatorio o per motivo illecito (v. c. 1, 2 e 3). Nel caso del licenziamento ingiustificato, infatti, troverà di regola, applicazione la c.d. tutela indennitaria forte (v. c. 5) e solo in ipotesi particolari la c.d. tutela reintegratoria attenuata (v. c. 4 e 7). Occorre anche rammentare che il d.lgs. n. 23 del 2015, pur mantenendo l'impostazione appena descritta, ha, per i lavoratori assoggettati al proprio ambito di applicazione, diminuito le tutele per il licenziamento ingiustificato (sia diminuendo l'indennità spettante al lavoratore licenziato ingiustificatamente, sia restringendo l'ambito di applicazione della tutela reintegratoria attenuata).

Il quesito appare piuttosto semplice volgendo lo sguardo al licenziamento ingiustificato; la relativa nozione appare infatti ricavabile agilmente interpretando per difetto l'art. 2119 c. 1 c.c.⁴ e l'art. 3 l. n. 604 del 1966⁵ in combinato disposto con l'art. 1 della stessa legge 604⁶. Se le disposizioni in parola qualificano come giustificato il recesso datoriale sorretto da una giusta causa o da un giustificato motivo, è evidente che, *a contrario*, sarà da ritenere ingiustificato il recesso datoriale che sia di ciò privo. Ne segue che, in base all'interpretazione consolidata delle norme in parola⁷, nel nostro ordinamento il licenziamento è da ritenere ingiustificato tutte le volte in cui non sia motivato né da una causa in grado di alterare la fiducia – da intendere in senso oggettivo – del datore di lavoro nell'adempimento della prestazione; né da un notevole inadempimento del lavoratore; né, infine, da una ragione inerente all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro o al regolare funzionamento di essa.

Questione assai più complessa è quella che attiene alla individuazione delle nozioni di licenziamento discriminatorio e per motivo illecito, in ragione della maggiore complessità della loro evoluzione storica. Infatti, diversamente dal licenziamento ingiustificato, che, come visto, è stato ricondotto a sistema dal legislatore con la l. n. 604 del 1966 – e da allora non è stato oggetto di alcuna ulteriore modifica, almeno sotto il profilo della nozione⁸ –, ai licenziamenti per motivo illecito e discriminatorio è toccata sorte ben diversa.

Partendo dal licenziamento per motivo illecito, lo stesso ha subito una evoluzione per così dire “a parabola”⁹: si tratta, infatti, di una figura forgiata all'inizio anni '50 del secolo scorso dalla dottrina; fatta poi assurgere ad ipotesi legalmente nominata dal legislatore con la l. n. 92 del

⁴ «Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto».

⁵ «Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa».

⁶ «Nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato, intercedente con datori di lavoro privati o con enti pubblici, ove la stabilità non sia assicurata da norme di legge, di regolamento e di contratto collettivo o individuale, il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 del Codice civile o per giustificato motivo».

⁷ Cfr. da ultimo lo studio di E. GRAGNOLI, *Il licenziamento, la giusta causa e il giustificato motivo*, in Id. (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. V, Cedam, Padova, 2017, p. 288 e ss.

⁸ Le definizioni di giusta causa e di giustificato motivo, infatti, secondo la totalità degli interpreti non sono state modificate né dalla l. n. 92 del 2012, né dal d.lgs. n. 23 del 2015. La ragione, come sottolineato da una attenta dottrina, va ricercata nel fatto che «un intervento volto a ridisegnare [...] la nozione di] giusta causa [e di] giustificato motivo [...] sarebbe stato probabilmente di scarso impatto sull'opinione pubblica e soprattutto sui mercati, là dove invece la messa in discussione [dell'aspetto sanzionatorio, *id est*] della reintegrazione nel posto di lavoro, con tutto ciò che essa evoca di rigidità nella gestione del rapporto contrattuale, dava – o comunque sembrava dare – garanzia di produrre, almeno nelle aspettative del Governo, effetti ben più tangibili» (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. 5).

⁹ Cfr. sul punto F. MARINELLI, *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito. Contributo allo studio delle fattispecie*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 31 e ss. Sulla figura del licenziamento per motivo illecito si segnala da ultimo lo studio di M. BIASI, *Saggio sul licenziamento per motivo illecito*, Cedam Padova, 2017.

2012¹⁰ e tornata, infine, nell'ombra con il d.lgs. n. 23 del 2015 di attuazione del c.d. Jobs Act¹¹. Nonostante questi “passaggi di stato”, tuttavia, la nozione di licenziamento per motivo illecito è rimasta, a ben guardare, sempre la medesima¹²: con tale espressione si intende, infatti, quel recesso datoriale in cui l'interesse perseguito dal datore di lavoro, in modo determinante ed esclusivo, risulta contrario a norme imperative¹³, all'ordine pubblico o al buon costume¹⁴ o in frode alla legge¹⁵.

Più complessa è la questione relativa al licenziamento discriminatorio. La figura è stata infatti introdotta nel nostro ordinamento, per la prima volta, dall'art. 4 della l. n. 604 del 1966¹⁶ per essere, poi, ribadita dall'art. 15 St. lav.¹⁷ e trovare, infine, esplicita definizione nell'art. 3 della l. n. 108 del 1990 (a norma del quale è tale il 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» (art. 4 l. n. 604 del 1966) o irrogato al lavoratore «a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua

¹⁰ Cfr. l'art. 1 c. 42 l. n. 92 del 2012, laddove nel riscrivere l'art. 18 St. lav., ha previsto la tutela reintegratoria piena anche nel caso di «licenziamento [...] determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile».

¹¹ Come noto, il d.lgs. n. 23 del 2015 – diversamente dalla l. n. 92 del 2012 – accorda nel suo art. 2 la reintegrazione piena solo al «licenziamento discriminatorio a norma dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge». Sebbene questo silenzio della norma, combinato con l'espressione «altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge», sia stato inteso da qualcuno (v. T. TREU, *Jobs act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in *Guid. dir.*, fasc. 3, 2015, p. 14) come volontà del legislatore di eliminare il licenziamento per motivo illecito tra le ipotesi assoggettate alla reintegrazione piena, tale lettura non appare per chi scrive condivisibile. Infatti, se è vero (come si sostiene nella nota successiva) che la figura del licenziamento per motivo illecito delineata dalla Riforma Fornero altro non è che la “traslazione” nel sistema lavoristico di quella tradizionalmente ricavata in via interpretativa dall'art. 1345 c.c.; e se è vero, come correttamente notato da una parte degli interpreti (v. per tutti M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 394) che nel caso dell'art. 1345 c.c., la sanzione della nullità non è virtuale, ma appare chiaramente affermata dall'art. 1418, c. 2 c.c. (laddove la norma statuisce che: «producono nullità del contratto [tra gli altri ...] la illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345»), se ne deve necessariamente dedurre che l'art. 2 del d.lgs. n. 23 del 2015, pur non nominando affatto il licenziamento per motivo illecito, lo ricomprende nell'espressione tutti «gli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge».

¹² Cfr. sul punto ancora F. MARINELLI, *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito*, cit., p. 84 e ss.

¹³ Espressione con cui si ricomprendono quelle norme proibitive poste al vertice della gerarchia dei valori protetti dall'ordinamento giuridico, in quanto collocate a tutela non solo di interessi generali ma, addirittura, dei fondamentali principi giuridici ed etici dell'ordinamento (cfr. sul punto per tutti F. GALGANO, *Art. 1418*, in F. Galgano, F. Peccenini, M. Franzoni, D. Memmo, R. Cavallo Borgia, *Simulazione, nullità del contratto annullabilità del contratto*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1998, p. 127 e s.

¹⁴ La contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume si verifica tutte le volte in cui i privati agiscono andando contro i principi fondamentali dell'ordine sociale che lo Stato ha creato, ossia contro i valori considerati essenziali per il funzionamento della società e, perciò, indispensabili per il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo (G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970, in particolare p. 271).

¹⁵ «La frode alla legge si concretizza in una condotta apparentemente conforme ad una norma (c.d. norma di copertura), che produce un risultato contrario ad un'altra o ad altre norme imperative (c.d. norma(e) oggetto di frode)» (G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2011, p. 40).

¹⁶ La norma recita: «Il licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali è nullo, indipendentemente dalla motivazione adottata».

¹⁷ A norma del quale è nullo «qualsiasi atto o patto diretto a [...] licenziare un lavoratore [...] a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero [...] o [...] a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basat[o] sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali».

partecipazione ad uno sciopero o [...] dirett[o] a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basat[o] sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali» (art. 15 St. lav.)).

Questa ipotesi di licenziamento discriminatorio non esaurisce, tuttavia, la fattispecie. Occorre infatti dare conto del fatto che, soprattutto in virtù dell'appartenenza dell'Italia all'Unione europea¹⁸, ulteriori ipotesi di licenziamento discriminatorio sono implicitamente ricavabili da altre disposizioni¹⁹, quali in particolare: l'art. 43 del d.lgs. n. 286 del 1998 (da cui risulta che è discriminatorio qualsiasi licenziamento che produca l'effetto di discriminare anche indirettamente i lavoratori in ragione della loro appartenenza ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza qualora questi ultimi non costituiscano requisiti essenziali allo svolgimento della attività lavorativa); gli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 215 del 2003 (in base al quale è discriminatorio qualsiasi licenziamento per razza o origine etnica o apparentemente neutro ma in grado di mettere le persone di una determinata razza od origine etnica in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone sempre che non si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima); gli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 216 del 2003 (da cui risulta come discriminatorio qualunque licenziamento irrogato per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale o apparentemente neutro, ma in grado di 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 sempre che non si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima); gli artt. 25 e 26 del d.lgs. n. 198 del 2006 (e, cioè, il licenziamento che produce un effetto pregiudizievole discriminando i lavoratori in ragione del loro sesso, o del loro stato di gravidanza o di maternità o paternità anche adottive o della titolarità o esercizio dei diritti conseguenti a tali stati, o dell'esercizio di una azione volta ad ottenere il rispetto di tale principio di parità di trattamento, o dovuto al rifiuto o alla sottoposizione a molestie o molestie sessuali, nonché tutti quei licenziamenti apparentemente neutri, ma in grado di mettere i

¹⁸ Cfr. per tutti sul punto M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in Ead. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. XIX e ss.

¹⁹ Occorre fare una specifica chiosa per quanto riguarda la l. n. 135 del 1990. Sebbene, infatti, tale legge aggiunga un'ipotesi di licenziamento discriminatorio laddove al suo art. 5, c. 5 afferma che «l'accertata infezione da HIV non può costituire motivo di discriminazione, in particolare [...] per [...] il mantenimento di posti di lavoro», è vero anche che tale fattore discriminatorio può essere completamente sussunto nella nozione di handicap e, dunque, nel d.lgs. n. 216 del 2003 se solo si pone mente al più recente orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE 11 aprile 2013 cause riunite C-335/11 e C-337/11) in base al quale l'espressione «handicap» di cui alla direttiva 2000/78/CE deve essere intesa in maniera così lata da ricomprendere anche qualunque «condizione patologica causata da [...] malattia [...] che [...] comporti una limitazione [...] di lunga durata [...] e] che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori». Dunque di tale ipotesi non si parlerà nel prosieguo.

lavoratori portatori di un fattore di cui sopra in una situazione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori non portatori di tali fattori, salvo che – ancora una volta – si tratti di requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa).

Nonostante la richiamata pluralità di ipotesi possa indurre taluno a ritenere impossibile delineare una nozione unitaria di licenziamento discriminatorio, a chi scrive²⁰ questa operazione di *reductio ad unum* appare, invece, plausibile facendo leva sul fatto che tutte le ipotesi presentano un comune denominatore, in quanto, a ben vedere, costituiscono tutte tipologie di recesso suscettibili di arrecare, indipendentemente dall'*animus* del datore di lavoro²¹, uno svantaggio a uno o più lavoratori portatori di uno o più fattori discriminatori tassativamente individuati dalla legge e inconferenti rispetto all'attività lavorativa da svolgere²².

Una volta definite le tre fattispecie non rimane che verificare se sia o meno possibile che esse possano finire per sovrapporsi l'un l'altra.

3. La sovrapposizione tra i licenziamenti discriminatorio e per motivo illecito.

La questione sulla quale gli addetti ai lavori si interrogano da più tempo riguarda il rapporto tra i licenziamenti discriminatorio e per motivo illecito.

Volendo semplificare un dibattito in realtà per nulla piano, si può dire che la relazione tra le due figure è stata letta dalla maggioranza degli interpreti²³ per quasi cinquant'anni (e cioè fino al varo della Riforma Fornero), come rapporto di *species ad genus* (quando non di vera e propria identità)²⁴.

²⁰ Per una analisi più approfondita si rinvia ancora a F. MARINELLI, *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito*, cit., p. 124 e ss.

²¹ Cfr. sul punto per tutti M.V. BALLESTRERO, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2016, p. 245 che nota come «l'oggettività della nozione non esclude la presenza dell'intento discriminatorio; l'oggettività [infatti] implica soltanto che ai fini di qualificazione in termini di discriminazione non è necessario né che sussista, né che sia provato tale intento».

²² Se è vero, infatti, che né l'art. 4 l. n. 604 del 1966, né l'art. 15 St. lav. prevedono tale eccezione, è vero anche che essa è implicitamente ricavabile dall'art. 3 l. n. 604 del 1966.

²³ Contrario da subito a tale tesi è stato T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Franco Angeli, Milano, 1974 p. 130 e ss., nonché T. TREU, *Art. 1*, in Id. (a cura di), *Legge 9 dicembre 1977, n. 903. Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, p. 795, poi seguito da M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 222. Tale tesi è stata poi seguita dalla giurisprudenza di legittimità nella pronuncia Cass., 13 dicembre 1995, n. 12759, in *Mass. giur. lav.*, 1996, p. 394 e ss.

²⁴ Cfr., negli anni '60/'70, per quanto riguarda la dottrina: C. GRASSETTI, *Lo Statuto dei lavoratori e limiti del potere di recesso del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1967, I, p. 6; G. PERA, *La legislazione italiana sul licenziamento 'individuale'*, in *Riv. dir. intern. e comp. lav.*, 1967, p. 154; G. TRIONI, *Contributo all'esegesi della legge 15 luglio 1966, n. 604*, in *Riv. giur. lav.*, 1967, I, p. 49; G. SUPPIEJ, *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, in AIDLASS (a cura di), *I poteri dell'imprenditore e i limiti*

La l. n. 92 del 2012, avendo fatto assurgere, come detto, il licenziamento per motivo illecito a ipotesi nominata dal legislatore, ha indotto la maggior parte²⁵ degli interpreti a riconsiderare la questione, inducendo a un importante cambio di rotta.

In particolare, dottrina e giurisprudenza²⁶ hanno rilevato, da un lato, l'esistenza di requisiti diversi tra le due figure (se è vero che alla luce di quanto rilevato nel § 2 l'*animus discriminandi* e la sua esclusività appartengono necessariamente solo alla figura del licenziamento per motivo illecito); dall'altro la loro diversa *ratio*²⁷ (se è vero che mentre il licenziamento per motivo illecito – derivando dall'art. 1345 c.c. –, sottopone il recesso datoriale a un controllo motivazionale di conformità all'ordinamento giuridico cui sono tradizionalmente assoggettati, in base alla norma in parola, tutti i negozi giuridici a contenuto patrimoniale, in quanto

derivanti dallo Statuto dei lavoratori, Atti del IV Congresso Nazionale di diritto del lavoro, Saint Vincent 3-6 giugno 1971, Giuffrè, Milano, 1972, p. 45. In giurisprudenza, limitandosi a quella di legittimità: Cass., 17 agosto 1977, n. 3781, in *Dir. lav.*, 1978, II, p. 147; Cass., 9 luglio 1979, n. 3930, in *Dir. lav.*, 1980, II, p. 401.

Negli anni '80, per quanto riguarda la dottrina: L. MONTUSCHI, *Art. 15-16*, in G. Ghezzi, L. Montuschi, G.F. Mancini, U. Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in A. Scialoja e G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile. Libro V del lavoro - Titoli I e II - Supplemento - legge 20 maggio 1970, n. 300*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, II ed., 1981, p. 24 e p. 40 e s. In giurisprudenza, sempre limitandosi a quella di legittimità: Cass., 5 gennaio 1980, n. 28, in *Giur. it.*, 1980, I, c. 1603; Cass., 11 aprile 1980, n. 2314, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 418; Cass., S.U., 29 giugno 1981, n. 4241, in *Dir. lav.*, 1982, II, p. 179 e s.; Cass., 21 gennaio 1987, n. 551, in *Leggi d'Italia banca dati on line*; Cass., 23 giugno 1989, n. 3016, in *Mass. giur. lav.*, 1989, p. 380 e ss.

Negli anni '90 si segnala in dottrina: P. DI STEFANO, *Art. 3 - Licenziamento discriminatorio*, in G. Ferraro (a cura di), *I licenziamenti individuali. Commento alla legge 11 maggio 1990, n. 108*, ESI, Napoli, 1990, in particolare p. 137; M. PAPALEONI, *La fine del libero licenziamento*, Franco Angeli, Milano, 1991, p. 131 e s. In giurisprudenza, sempre limitandosi a quella di legittimità: Cass., 28 luglio 1990, n. 7603, in *Impr.*, 1991, p. 991 e ss.; Cass., 4 febbraio 1997, n. 3837, in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 614 e ss.; Cass., 6 maggio 1999, n. 4543, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2213 e ss.

Nel nuovo millennio si veda, in dottrina: L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 481; G. BOLEGO, *Il licenziamento discriminatorio tra motivo illecito e frode alla legge*, in A. Viscomi (scritti raccolti da), *Diritto del lavoro e società multiculturali*, ES, Napoli, 2011, p. 688. In giurisprudenza, sempre limitandosi alle pronunce di legittimità v.: Cass., 9 luglio 2009, n. 16155, in *Orient. giur. lav.*, 2009, I, p. 776; Cass., 21 dicembre 2010, n. 25858, in *Leggi d'Italia banca dati on line*.

²⁵ Cfr. F. CARINCI, *Ripensando il 'nuovo' articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, p. 320, laddove afferma che «il distinguo fra licenziamento discriminatorio e licenziamento per motivo illecito di cui all'art. 18, co. 1, non sottrae affatto il primo all'art. 1345 c.c. [... ma] serve solo a confermarne l'ampio ambito applicativo».

²⁶ Opta per la differenza tra le due figure in dottrina: M.V. BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 460 e s.; G. DE SIMONE, *Tra il dire e il fare. Obiettivi e tecniche delle politiche per il lavoro femminile nella Riforma Fornero*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 606; M.T. CROTTI, M. MARZANI, *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Giuffrè, Milano, 2012, spec. p. 225; M. BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, I, p. 151 e ss.; M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero aggiornata al d.l. 28 giugno 2013, n. 76 c.d. 'pacchetto lavoro'*, Cacucci, Bari, 2013, p. 32 e s.; P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in P. Sordi, C. Papetti, A. Palladini, G. Mimmo, I. Fedele, L. Di Paola, *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 254 e ss.; E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, p. 94 e ss.; P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 839 e ss.; A. GUARISO, *Licenziamento ritorsivo e licenziamento discriminatorio: utilità di una distinzione*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2013, p. 208 e ss.; V. BAVARO, M. D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *Working Papers CSDLE Massimo D'Antona - IT*, n. 305/2016, p. 9). In giurisprudenza si veda, tra le più recenti: Cass., 5 aprile 2016, n. 6575, pubblicata in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, p. 714 e ss., con note rispettivamente di: M.T. CARINCI, GOTTARDI e TARQUINI, nonché Cass. 9 giugno 2017, n. 14456, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.* con nota di F. MARINELLI.

²⁷ Cfr. sul punto per tutti M. BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, *cit.*, p. 146 e s.

espressione dell'autonomia individuale; le ipotesi di licenziamento discriminatorio sottopongono il recesso datoriale ad un controllo circa i suoi effetti – sconosciuto al nostro ordinamento codicistico –, volto a preservare l'integrità di alcune puntuali caratteristiche dei lavoratori che, se coinvolte *tout court* nel rapporto di lavoro (e, cioè, a prescindere da una valutazione circa la loro inevitabile inclusione nell'obbligazione contrattuale di lavorare), finirebbero necessariamente per minarne la dignità.

Alla luce delle suesposte considerazioni pare plausibile concludere che le due figure in parola sono tra loro diverse; ciò tuttavia non toglie che esse possano, talvolta, coincidere.

Un caso potrebbe essere, ad esempio, quello in cui il proprietario di una ferramenta licenziasse una dipendente solo per le sue idee politiche. In tale ipotesi il licenziamento potrebbe essere considerato discriminatorio, in quanto, alla luce delle notazioni svolte nel § 2, si tratterebbe di un recesso idoneo a creare nei confronti di una lavoratrice, in ragione di un fattore tassativo (quale le opinioni politiche), uno svantaggio pregiudizievole e del tutto ingiustificato (non sembrando plausibile, nel caso di specie, configurare alcuna correlazione tra le idee politiche della lavoratrice e le sue mansioni). Ciò detto, anche qualora le opinioni politiche non fossero ricomprese tra le ragioni discriminatorie, il licenziamento potrebbe, non di meno, essere qualificato per motivo illecito²⁸ se è vero che, nel caso in esame, da un lato, il licenziamento verrebbe irrogato in modo determinante ed esclusivo con l'*animus* di allontanare la lavoratrice dal posto di lavoro per le sue idee politiche e, dall'altro, appare un valore fondante del nostro ordinamento quello per cui la libertà della persona non può, quando non rientrante nella prestazione, essere oggetto di commercio tra gli uomini²⁹.

L'ipotizzabile sovrapposizione tra i licenziamenti discriminatorio e per motivo illecito nulla toglie, tuttavia, alla tesi qui sostenuta secondo la quale le due figure sono tra loro autonome; lo dimostra il fatto che è possibile configurare ipotesi in cui il licenziamento può essere qualificato per motivo illecito, ma non anche come discriminatorio. Potrebbe, ad esempio, configurare tale ipotesi il caso in cui – sempre riprendendo l'esempio sopra formulato – il proprietario della ferramenta licenziasse la dipendente solo per l'improvvisa comparsa sul viso della stessa di una importante *couperose*. Il recesso in parola potrebbe, infatti, risultare contrario ad un valore fondamentale dell'ordinamento giuridico – ossia la dignità sociale di ciascun individuo indipendentemente dalla sua condizione personale qualora non afferente all'oggetto della

²⁸ In questo senso sembrerebbe andare Trib. Ravenna, ord. 18 marzo 2013 in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 1166 e ss., con nota di PONTE, ove nel giudicare sulla illiceità di un licenziamento irrogato ad un lavoratore, formalmente, per avere prelevato dal luogo di lavoro un paio di scarpe antinfortunistiche di scarsissimo valore ma, sostanzialmente, (grazie ad indizi gravi, precisi e concordanti) solo a causa della sua attività sindacale, ha sostenuto «tanto la natura discriminatoria del licenziamento (anche in relazione all'art. 15 dello Statuto che vieta e demolisce qualsiasi atto diretto a pregiudicare un lavoratore a causa della sua attività o affiliazione sindacale); tanto la sua natura illecita in quanto animato dall'unico scopo di nuocere al lavoratore».

²⁹ Cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., p. 213 e s.

prestazione di lavoro –, ma non potrebbe in nessun caso essere etichettato come discriminatorio, non rientrando (*legibus sic stantibus*) l'aspetto fisico tra i fattori discriminatori tassativamente indicati dalla legge.

Così, pare plausibile immaginare casi in cui un licenziamento possa dirsi discriminatorio ma non per motivo illecito; potrebbe configurarlo, ad esempio, l'ipotesi in cui una emittente televisiva, adducendo ragioni inerenti all'organizzazione del lavoro, licenziasse tutti i lavoratori non in grado di utilizzare alcuni strumenti tecnologici e ciò finisse, indirettamente, per colpire tutti i lavoratori più anziani. Tale ipotesi, infatti – qualora fosse provata la mancata attinenza tra l'utilizzo dello strumento in questione e le mansioni da svolgere – potrebbe configurare un licenziamento discriminatorio per discriminazione indiretta *ratione aetatis*, ma, in assenza della prova dell'intento determinante ed esclusivo del datore di lavoro circa la volontà di pregiudicare i lavoratori solo in ragione di un motivo anagrafico, non consentirebbe di configurare un licenziamento per motivo illecito.

Un caso emblematico di sovrapposizione tra il licenziamento discriminatorio e quello per motivo illecito lo configura, ad esempio, il cd. licenziamento ritorsivo, *id est* quel recesso «costituito dall'ingiusta e arbitraria reazione del datore di lavoro a un comportamento legittimo tenuto dal lavoratore colpito [...] o anche da un'altra persona a quest'ultimo legata [...], che attribuisce all'atto stesso il connotato dell'ingiustificata vendetta»³⁰. Se è vero, infatti, che il licenziamento irrogato in via determinate ed esclusiva come ingiusta reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore rientra necessariamente tra i negozi conclusi per motivo illecito *ex art.* 1345 c.c. – posto che la vendetta appare da sempre «il più tipico attentato all'ordine pubblico»³¹ –, è vero anche che, quando la vendetta è legata a fattori discriminatori, in tal caso l'intento (discriminatorio) del datore di lavoro di colpire un modo di essere o di pensare del lavoratore non può che prevalere su quello di dissuaderlo dal far valere in giudizio i propri diritti³².

4. Segue. La sovrapposizione con il licenziamento ingiustificato.

Una volta sciolto il nodo relativo al rapporto tra i licenziamenti discriminatorio e per motivo illecito rimane da chiarire quale sia la relazione tra questi ultimi e il licenziamento ingiustificato.

³⁰ Queste parole, prese a prestito da Cass. 8 agosto 2011, n. 17087, in *Riv. giur. lav.*, 2012, II, 326, con nota di CANNATI, sono quelle con cui tradizionalmente gli addetti ai lavori definiscono il licenziamento ritorsivo.

³¹ Cass., 9 luglio 1979, n. 3930, *cit.*, p. 402.

³² Cfr. sul punto F. MARINELLI, *Ma il licenziamento ritorsivo è discriminatorio o per motivo illecito?*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*

Tale questione si è posta prepotentemente all'attenzione degli addetti ai lavori quando, all'indomani del varo della legge Fornero, qualcuno³³ è arrivato a sostenere la tesi secondo la quale il licenziamento totalmente privo di giusta causa o di giustificato motivo costituisce strutturalmente anche un licenziamento discriminatorio o per motivo illecito (così avallando la teoria – qui non condivisa – circa l'esistenza di un rapporto di *species ad genus* tra le due figure).

Ad avviso di chi scrive, per risolvere il quesito è sostanzialmente necessario porsi due domande: *in primis*, se sia possibile considerare un licenziamento ingiustificato per ciò solo anche come licenziamento discriminatorio o per motivo illecito; *in secundis*, se sia possibile qualificare un licenziamento giustificato, al contempo, anche come licenziamento per motivo illecito o discriminatorio.

Con riguardo alla prima questione, occorre dare conto del fatto che gli interpreti appaiono divisi. Infatti, mentre, come appena detto, una dottrina minoritaria ritiene che qualsiasi ragione giustificativa del licenziamento diversa da quella *lato sensu* tecnico-organizzativa (*id est* diversa dalla giusta causa o dal giustificato motivo) sia, come tale, da considerare discriminatoria o per motivo illecito – in quanto inevitabilmente collegata a caratteristiche della persona del lavoratore non attinenti alla prestazione lavorativa –, vi è un orientamento dominante³⁴ che critica la richiamata teoria, facendo leva, in particolare, sul fatto che, seguendo la strada della identità tra le figure in parola si finirebbe per eliminare, in via interpretativa, la tutela obbligatoria prevista *ad hoc* dalla l. n. 604 del 1966 per il licenziamento ingiustificato irrogato ai lavoratori esclusi dal campo di applicazione dell'art. 18 St. lav.

Ad avviso di chi scrive per sciogliere il descritto nodo interpretativo, *in primis*, occorre valorizzare il diverso ruolo che le figure in parola svolgono nell'ordinamento, ed, in particolare,

³³ Trattasi della tesi di M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e 'flexicurity all'italiana' a confronto*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 553, poi ribadita in M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio o 'per motivo illecito determinante' alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I p. 641 e ss., nonché in M.T. CARINCI, *Il licenziamento nullo perchè discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale*, in M.T. Carinci, A. Tursi (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 45 e ss.

³⁴ Tra coloro che insistono maggiormente sulla eterogeneità delle due figure si veda: M.V. BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity*, cit., p. 453 e s.; G. DE SIMONE, *Tra il dire e il fare*, cit., p. 606; C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 23 e s.; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 547 e s.; G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, cit., p. 54; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in L. NOGLER L., L. CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 828; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 52; C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 1032; M. CORRIAS, *Il licenziamento discriminatorio dopo la l. n. 92 del 2012: fattispecie e tutela*, in *Arg. dir. lav.*, 2013., p. 873 e s.; G. CANNATI, *Profili di incostituzionalità della riforma sui licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 206 e s.; R. DEL PUNTA, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18* in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Franco Angeli, Milano, 2014, p. 28; V. BAVARO, M. D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, cit., p. 6. Questa diversità teleologica tra la figura del licenziamento ingiustificato e quella del licenziamento per motivo illecito/discriminatorio fra l'altro viene sempre più spesso messa in luce dalla giurisprudenza (cfr., tra le pronunce di legittimità, Cass., 26 maggio 2015, n. 10834, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 966, con nota di GRAMANO).

il fatto che mentre la normativa volta a reprimere i licenziamenti discriminatorio e per motivo illecito mira a reprimere atti contrari rispettivamente alla dignità umana o ad altri valori fondamentali dell'ordinamento giuridico, la disciplina volta a reprimere il licenziamento ingiustificato intende, in prima battuta, sanzionare l'esercizio di un diritto potestativo privo dei requisiti richiesti dall'ordinamento³⁵; *in secundis*, pare necessario fare leva sul fatto che sono configurabili licenziamenti ingiustificati, ma leciti; lo sono, ad esempio, tutti quelli in cui il giudice accerti che, pur non essendo configurabile la giusta causa o il giustificato motivo di licenziamento adottati (perché, ad esempio, il fatto contestato non sussiste (non è stato Tizio ma Caio a rubare i beni aziendali) o perché manca il nesso di causalità tra le esigenze tecnico-organizzative addotte dal datore di lavoro e la soppressione del singolo posto di lavoro (poiché, ad esempio, nell'ambito di una ristrutturazione di un supermercato si licenzia il verduraio pur essendo la salumeria il reparto da chiudere), non sia provata la discriminatorietà o il motivo illecito dell'atto di recesso.

Rimane, infine, da chiedersi se sia possibile considerare un recesso giustificato, al contempo, anche come licenziamento per motivo illecito o discriminatorio e, cioè, se sia plausibile che ragioni discriminatorie o per motivo illecito possano contemporaneamente integrare anche una giusta causa o un giustificato motivo di licenziamento.

Sebbene qualcuno³⁶ ritenga configurabile, almeno in astratto, tale ipotesi, ad avviso di chi scrive essa appare giuridicamente implausibile. Per dimostrarlo basta far leva sulla dottrina che si è interrogata sulla causa dell'atto di licenziamento³⁷.

In estrema sintesi³⁸ (il che comporta la necessità di banalizzare uno dei temi più controversi del diritto civile), la tesi in parola sostiene quanto segue: nel nostro ordinamento la causa del licenziamento – intesa (secondo tradizione) come l'«interesse che [l'atto ...] stesso è dirett[o] a

³⁵ Se è vero, infatti, che la Corte costituzionale ha legato il principio di giustificazione del licenziamento agli artt. 4 e 35 Cost. (cfr. per tutte Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 46, in *Foro it.*, 2000, I, p. 699 e ss. con nota di ROMBOLI), laddove parla di «quell'indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 Cost., che ha portato, nel tempo, ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro, secondo garanzie affidate alla discrezionalità del legislatore, non solo quanto alla scelta dei tempi, ma anche dei modi d'attuazione», è vero anche, come detto *supra*, che il legislatore italiano non accorda, sempre e comunque, al licenziamento ingiustificato la sanzione della nullità; il che, *ex art.* 1418 c.c., è emblematico del fatto che l'atto che viola la normativa volta a reprimere il licenziamento ingiustificato è meramente illegale e non illecito (v. sul punto anche P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in L. Nogler, L. Corazza (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, Milano, 2012., p. 805, laddove scrive: «ove il licenziamento sia sostanzialmente giustificato, non è in gioco la lesione di alcun diritto assoluto della persona: la sanzione pecuniaria appare dunque appropriata in relazione alla funzione specifica di responsabilizzare il datore di lavoro circa il rispetto di un procedimento imposto per l'esercizio di una sua prerogativa»).

³⁶ Cfr. P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, *cit.*, p. 836, secondo la quale se «non si dubita che un lavoratore licenziato ingiustificatamente non subisca per ciò solo una discriminazione [...] si tende a negare che un lavoratore licenziato giustificatamente possa, malgrado ciò, subire una discriminazione. L'ipotesi può sembrare prevalentemente di scuola, ma teoricamente deve essere del tutto possibile».

³⁷ Si riprende qui la tesi di M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio o 'per motivo illecito determinante'*, *cit.*, p. 644 e ss.

³⁸ Per una analisi più approfondita si rinvia ancora a F. MARINELLI, *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito*, *cit.*

soddisfare»³⁹ – è, di regola tipica (essendo il licenziamento, in quanto atto unilaterale, tipico per definizione⁴⁰) e consiste nel «l'interesse del datore di lavoro-creditore a non rimanere vincolato a un contratto» in presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di licenziamento⁴¹. Conseguentemente, nel caso concreto, possono verificarsi solo due ipotesi: che il licenziamento abbia causa tipica, *id est* sia giustificato (ed allora sarà sempre legittimo) o che il licenziamento abbia causa atipica (e in quanto tale sarà sempre illegittimo). Se questo è vero, poiché la causa del negozio non può che essere unitaria⁴², risulta chiaro che l'atto di licenziamento non può sottendere, al contempo, due cause diverse: una tipica e l'altra atipica. Da qui l'impossibilità giuridica di configurare un licenziamento giustificato che sia, contemporaneamente, per la stessa ragione, anche discriminatorio o per motivo illecito.

Se si concorda con quanto sopra detto ne deriva che il licenziamento, ad esempio, di una modella per aver perso un occhio in seguito ad un incidente domestico sarà sempre da considerare giustificato – nonostante l'irrogazione del recesso dipenda da un handicap (ossia da una ragione discriminatoria) –, nel caso in cui la perdita dell'occhio oltre a compromettere la vista sfigurasse il viso della modella; di contro, il medesimo recesso dovrà essere considerato discriminatorio qualora la perdita dell'occhio comportasse una mera diminuzione della capacità visiva della lavoratrice, non accompagnata da alterazioni estetiche. Allo stesso modo, come lucidamente rilevato in dottrina, sebbene il licenziamento irrogato, ad esempio, ad un dipendente per avere intrattenuto una relazione sentimentale con la moglie del datore di lavoro potrebbe essere considerato per motivo illecito, l'inevitabile inimicizia personale tra datore e prestatore potrebbe, nondimeno, costituire «per le dimensioni dell'impresa e/o la collocazione particolare del lavoratore nel suo organigramma [...] un fattore oggettivo di rilevante turbativa del normale svolgimento dell'attività aziendale, venendo pertanto a costituire motivo legittimo del licenziamento, in quanto motivo inerente all'economia del rapporto contrattuale»⁴³.

A riprova di tale tesi sovviene, del resto, il fatto che lo stesso legislatore, come visto nel § 2, esclude *a priori* che possa configurarsi un licenziamento discriminatorio tutte le volte in cui l'atto svantaggioso colpisca il lavoratore in ragione del venir meno di una sua caratteristica che, pur

³⁹ Questa è la generalissima definizione di causa data da C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 453, a cui qui ci si atterrà, pur essendo coscienti che «da causa non ha sempre avuto [nel tempo] il medesimo significato e valore» (V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 361).

⁴⁰ Cfr., per tutti, anche per i rinvii alla dottrina civilistica, lo studio di M.T. CARINCI, *op. ult. cit.*, p. 644 e s.

⁴¹ Si riprende qui la tesi di M.T. CARINCI, *op. ult. cit.*, p. 647.

⁴² Sulla unitarietà della nozione di causa cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit. p. 455. Del resto, si parla sempre e comunque di “causa”, seppur mista, e mai di “cause” anche nei contratti in cui concorrono gli elementi di più negozi, questo perché (come ricorda sempre C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 479), nei contratti a causa mista «la fusione o commistione dei singoli elementi causali sta a significare che ciascuno di questi elementi si compenetra con l'altro concorrendo [comunque] a realizzare un interesse unitario sul piano pratico-economico» (corsivo di chi scrive).

⁴³ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni (già diretto da) e P. Schlesinger (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da), Giuffrè, Milano, 2003, vol. III, p. 433. Tale caso è stato realmente giudicato da Pret. Milano, 25 gennaio 1971, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2702 e ss.

rientrando tra i fattori discriminatori, si trovi lecitamente inserita nell'oggetto della prestazione di lavoro quale caratteristica qualitativa della prestazione stessa o in funzione del risultato tipico che la prestazione è destinata a soddisfare.

Occorre, tuttavia, sottolineare come non sia sempre facile individuare quale sia l'interesse (*id est* la causa) sotteso all'atto di licenziamento. Riprendiamo, ad esempio, il caso del proprietario della ferramenta che licenzi una dipendente di religione induista e con acne tardiva, in seguito a ripetuti e ingiustificati gravi ritardi al lavoro⁴⁴. In tale ipotesi occorrerà chiedersi quale sia stato l'interesse che ha guidato l'atto di licenziamento: l'esigenza del datore di lavoro a non rimanere vincolato ad un contratto con una lavoratrice che non può più essere adibita alle mansioni *utiliter* per il venir meno del vincolo fiduciario derivante dal notevole inadempimento o, piuttosto, l'interesse a non rimanere vincolato ad un contratto con una lavoratrice con caratteristiche a lui non congeniali.

Mentre la giurisprudenza maggioritaria⁴⁵ – maldestramente influenzata, come visto, dal principio dell'esclusività del motivo illecito di cui parla l'art. 1345 c.c. – tende, in tal caso, a far prevalere sempre la giustificazione del licenziamento rispetto alla sua illiceità/discriminatorietà, la prevalente dottrina⁴⁶, conscia, da un lato, che «il fatto giustificativo possa essere [...] realizzato ad arte [...] per dare legittimità formale all'atto ritorsivo o discriminatorio»⁴⁷ e, dall'altro, che l'esistenza di una giusta causa o di un giustificato possono essere adottati a “copertura” e, dunque, in frode alla legge⁴⁸, opta invece per la soluzione opposta.

Ad avviso di chi scrive per venire a capo della questione può essere utile valorizzare il dato letterale della legge. Poiché la fattispecie di licenziamento per motivo illecito richiede che

⁴⁴ Un esempio più sfumato e su cui la giurisprudenza è stata realmente chiamata recentemente a giudicare (cfr. Cass. 22 giugno 2016, n. 12898, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2746 e ss) è stato quello di un dipendente pubblico licenziato per avere svolto fuori dall'orario di lavoro attività di prostituzione in siti omosessuali. Se il datore di lavoro sosteneva che il licenziamento fosse stato irrogato per giusta causa, essendo l'attività di prostituzione in quanto tale lesiva dell'immagine dell'ente pubblico, indipendentemente dal suo essere rivolta a clientela omo o etero sessuale, il lavoratore sosteneva, invece, che il licenziamento fosse stato irrogato non per l'attività di prostituzione in sé, ma per il suo essere rivolta al mondo omosessuale e, dunque, in quanto tale, integrasse una discriminazione per orientamento sessuale.

⁴⁵ Per una panoramica della giurisprudenza si rinvia alle note nn. 29 e 30 dello studio di A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., p. 52, *contra v.* tuttavia, da ultimo, Cass., 5 aprile 2016, n. 6575, cit., che ha ritenuto infondato l'assunto addotto dalla parte ricorrente secondo cui «da natura discriminatoria del licenziamento sarebbe esclusa dalla esistenza del motivo economico».

⁴⁶ *Contra* si veda A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., p. 52; P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, cit., p. 265 e s.

⁴⁷ C. ZOLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, p. 667.

⁴⁸ Cfr.: L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i 'principi' costituzionali*, in AIDLASS (a cura di), *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Venezia, 25-26 maggio 2007, Giuffrè, Milano, 2008, p. 610; C. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 51; G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, cit., p. 219 e ss.; P. CHIECO, *La nullità del licenziamento per vizi 'funzionali' alla luce dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2014, p. 342 e ss.

quest'ultimo sia stato esclusivo oltre che determinante nell'economia dell'atto, è chiaro che in tal caso la giustificazione del licenziamento prevarrà sempre sulla sua illiceità⁴⁹.

Diversamente accadrà con riguardo al licenziamento discriminatorio. Infatti l'art. 18 St. lav., laddove riconosce che «qualora nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie [...] trovano applicazione le [relative] tutele», rende ad avviso di chi scrive inequivocabile il fatto che la presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di licenziamento non esclude *ex se* la possibilità per il lavoratore di dimostrare che la causa concreta del recesso sia stata non l'interesse (tipico) tutelato dall'ordinamento, ma quello (atipico) discriminatorio⁵⁰. Ne deriva che il lavoratore potrà sempre essere ammesso a provare che il licenziamento irrogatogli, ad esempio, in presenza di un notevole inadempimento, sia stato in realtà determinato dal suo aspetto o dal suo abbigliamento e, dunque, che l'interesse sotteso all'atto di recesso datoriale non sia in realtà quello (tipico e, in quanto tale, legittimo) di estinguere il rapporto di lavoro con un lavoratore non più utile ma, piuttosto, quello di allontanare un lavoratore sgradito per sue caratteristiche del tutto irrilevanti ai fini dello svolgimento della prestazione lavorativa. Alla luce di quanto detto è chiaro che nei casi considerati nel presente paragrafo «il problema che si profila [...] non è concettuale, ma essenzialmente di prova [...] in quanto] si tratta di provare quale sia stata la ragione determinante (la causa in concreto) di quello specifico atto di recesso»⁵¹.

Occorre tuttavia puntualizzare che quanto appena detto vale senz'altro per il licenziamento discriminatorio sorretto da *animus discriminandi*, ma non può invece valere per l'ipotesi del licenziamento discriminatorio privo di tale animo. Questo perché in tal caso la discriminazione è indipendente dalla volontà del soggetto agente e, dunque, prescinde dall'interesse in concreto sotteso all'atto negoziale.

5. Conclusioni: i riflessi sull'onere probatorio.

Giunti alle conclusioni i risultati della presente indagine sono i seguenti. Il nostro ordinamento, per limitare il potere datoriale di recesso dal rapporto di lavoro, ha congegnato – a partire grosso modo dalla metà del secolo scorso – tre figure: il licenziamento ingiustificato, il licenziamento discriminatorio ed il licenziamento per motivo illecito, tra loro eterogenee non

⁴⁹ Cfr. Cass. 9 giugno 2017, n. 14456, *cit.*

⁵⁰ È la tesi di M. BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, *cit.* p. 163, nonché di P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, *cit.*, p. 836 e s.

⁵¹ M.T. CARINCI, *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale*, *cit.*, p. 41.

solo sotto il profilo nozionistico (come visto nel § 2), ma anche dal punto di vista funzionale, se è vero che, mentre i licenziamenti discriminatorio e per motivo illecito sono figure predisposte dall'ordinamento al fine di tutelare interessi di sicura tutela costituzionale quali, rispettivamente, la dignità umana ed i principi fondanti dell'ordinamento, il principio della giustificazione del licenziamento mira, *in primis*, solo a garantire un controllo di conformità del recesso datoriale al modello astratto delineato dal legislatore cui sono assoggettati, in base all'art. 1418, c. 1 c.c., tutti i negozi giuridici a contenuto patrimoniale regolati da norme imperative.

Dalle considerazioni di cui sopra emerge che, nonostante le incertezze talvolta mostrate dagli addetti ai lavori, non sono giuridicamente configurabili sovrapposizioni tra i licenziamenti discriminatorio e per motivo illecito, da un lato, ed il licenziamento ingiustificato, dall'altro (§ 4), mentre sono possibili, ma del tutto accidentali, le sovrapposizioni tra il licenziamento discriminatorio e quello per motivo illecito (§ 3).

L'importanza di tale *actio finium regundorum* non può essere sottovalutata. Il descritto assetto, infatti, rende non soltanto ragionevole il diverso regime sanzionatorio oggi accordato dal legislatore – come detto in apertura – alle figure in parola, ma permette altresì di chiarire quale sia il regime probatorio spettante a ciascuna. Cosa, quest'ultima, non da poco se è vero che l'ordinamento mentre contempla espressamente per il licenziamento ingiustificato il regime probatorio in base al quale spetta al datore di lavoro l'onere della prova circa la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento⁵², e per il licenziamento discriminatorio il meccanismo di c.d. agevolazione dell'onere della prova, in base al quale quando il lavoratore ricorrente fornisca elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di discriminazioni, spetta al convenuto l'onere di provare la sua insussistenza⁵³, nulla prevede con riguardo al licenziamento per motivo illecito. Nonostante il silenzio del legislatore, ad avviso di chi scrive le differenze sopra rilevate tra il licenziamento discriminatorio e quello per motivo illecito impongono di sostenere, *ex art. 14 disp. prel. c.c.*⁵⁴, che anche laddove le riforme hanno portato ad una omogeneità processuale tra le due figure – sottoponendo entrambe all'applicazione del rito di cui ai commi da 48 a 68 dell'art. 1, l. n. 92 del 2012⁵⁵ – il licenziamento per motivo illecito deve essere assoggettato al regime ordinario di

⁵² Cfr. art. 5 l. n. 604 del 1966.

⁵³ Cfr. sia l'art. 28 del d.lgs. n. 150 del 2011 (che trova applicazione per le controversie ex dd.lggss. nn. 286 del 1998, 215 del 2003 e 216 del 2003), sia l'art. 40 del d.lgs. n. 198 del 2006 che trova invece applicazione in caso di discriminazione legata al genere.

⁵⁴ A norma del quale: «le leggi [...] che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati».

⁵⁵ Cfr. l'art. 1, c. 47, l. n. 92 del 2012. Il d.lgs. n. 23 del 2015 sul punto si è invece discostato dalla Riforma Fornero, laddove all'art. 11 recita: «ai licenziamenti di cui al presente decreto non si applicano le disposizioni dei commi da 48 a 68 dell'articolo 1 della legge 28 giugno 2012, n. 92».

cui all'art. 2697 c.c., secondo il quale «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento».