TUTELA LAVORISTICA *VERSUS* TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA

Di Antonio PILEGGI

Abstract

La tutela del/la lavoratore/trice nei trent'anni dal congresso di Gubbio si è spostata dal diritto del lavoro (che, con riferimento al *fattore protetto subordinazione*, investe entrambi i profili della debolezza contrattuale e dell'implicazione della persona nel rapporto di lavoro) al diritto antidiscriminatorio in ambito lavorativo che non protegge il/la lavoratore/lavoratrice come contraente debole, ma combatte una disparità di trattamento (anche potenziale) rispetto a lavoratori comparabili, a tutela dell'identità della persona appartenente a gruppi storicamente svantaggiati o discriminata per specifici motivi, quale che sia la natura giuridica del rapporto nel quale la persona è implicata.

La sistematica riduzione delle tutele giuslavoristiche, anche "per garantire alle imprese la flessibilità necessaria per adattarsi rapidamente ai cambiamenti del contesto economico", fatta sempre salva la tutela antidiscriminatoria (sulla cui residualità il legislatore incautamente aveva confidato, anche per via del forzato ancoraggio al motivo illecito), è stata compensata dal sin troppo pedissequo recepimento delle direttive eurounitarie.

Si sono così sovrapposte e confuse tecniche di tutela del tutto diverse. Ad esempio, i divieti di licenziamento in chiave protettiva (della lavoratrice per maternità o per causa di matrimonio, dei lavoratori sospesi di cui all'art. 2110 c.c.) ed i divieti di discriminazione inerenti ai fattori implicati (genere ed *handicap*).

Sovrapposizione regolatoria in anni segnati dalla *contaminazione* del diritto del lavoro con valori *altri* (efficienza del datore di lavoro pubblico, crescita del mercato) e dall'obiettivo prioritario della deflazione del contenzioso giuslavoristico, perseguito mediante un'impressionante serie di misure, sostanziali e processuali, che hanno profondamente inciso sull'*habitus,* sulla *forma mentis* del giudice del lavoro e sull'effettività delle tutele giuslavoristiche.

Si è così innescata una reazione a scoppio ritardato, consistente nell'utilizzare la tecnica di tutela antidiscriminatoria come coadiuvante/surrogato delle tutele giuslavoristiche, una volta affrancato l'*effetto* discriminatorio dal motivo illecito e *scoperta* la potenzialità della prova agevolata delle discriminazioni (a fronte della prova sovente *aggravata* delle violazioni del diritto del lavoro in funzione dissuasiva). Il concetto di discriminazione indiretta, poi, scardina l'uniformità della norma inderogabile e, con la complicità degli obblighi di trasparenza e della clausola generale degli accomodamenti ragionevoli, rende sindacabili le disposizioni e le decisioni, anche organizzative, che non tengano conto della situazione o delle esigenze dei lavoratori *fattoriali.*

Di qui la tendenza espansiva dei fattori protetti (convinzioni personali, molestie) anche *auto-applicativi* (le discriminazioni/ritorsioni per aver esercitato il diritto alla parità o diritti *minimi* di derivazione europea) e, di conseguenza, della tutela antidiscriminatoria in funzione compensativa.

A farne le spese, in una situazione di perdurante crisi della giustizia del lavoro, chi è protetto *solo* dal fattore *subordinazione*.

§ 1 - Diritto del lavoro e diritto antidiscriminatorio in ambito lavorativo

1 – Da Gubbio a Messina

2 – La marginalità del diritto antidiscriminatorio rispetto al diritto del lavoro ai tempi di Gubbio

3 – Il *de profundis* del principio di parità di trattamento e del controllo di ragionevolezza ai tempi di Gubbio

§ 2 - Divieti di licenziamento e diritto antidiscriminatorio

1 – La tutela *madre*

1.1 – L'utilizzo del diritto antidiscriminatorio in funzione riduttiva della tutela di diritto interno

1.2 – La decorrenza dei termini di decadenza durante il periodo di divieto di licenziamento

1.3 – L'utilizzo del diritto antidiscriminatorio in funzione estensiva dei divieti di licenziamento agli uomini

2 – La tutela *padre*: il divieto di licenziamento del lavoratore padre che si assume le responsabilità genitoriali

3 – La gravidanza emancipata dal sesso come fattore (autonomamente) protetto

3.1 – Divagazioni a partire da un caso di discriminazione collettiva di lavoratrici in gravidanza nell'accesso al lavoro: la funzione ontologicamente antidiscriminatoria dell'art. 2112 c.c.

3.2 – Il diritto antidiscriminatorio arriva dove non arriva l'art. 2112 c.c.

§ 3 – Discriminazioni: il lungo viaggio verso l'effettività della tutela

1 – Discriminazione o rappresaglia?

2 – La *prima volta* della tutela antidiscriminatoria

3 – Le azioni contro le discriminazioni

4 – Effettività delle tutele antidiscriminatorie e crisi della giustizia del lavoro

5 – I cinque anni che cambiarono il diritto del lavoro

§ 4 - Il licenziamento discriminatorio

1 – I primi cinquant'anni del licenziamento discriminatorio (1966-2016)

2 – L'assimilazione del motivo illecito al motivo discriminatorio "a fini di bene" (la *tendenza espansiva* dell'art. 18)

3 – La *nociva* assimilazione del motivo discriminatorio al motivo illecito

4 – La *discriminazione* tra repressione collettiva e repressione individuale delle discriminazioni sindacali

5 – La reintegrazione come sanzione dei licenziamenti *imperdonabili*: alle origini di un'idea covata per un decennio

6 – L'accostamento *malizioso* tra motivo discriminatorio e motivo illecito *determinato* e *determinante* nel *nuovo* art. 18

7 – L'estremizzazione dell'idea di punire solo i più cattivi nel Jobs Act

8 – Le discese ardite e le risalite

9 – Da carta della disperazione a jolly

10 – La nuova dimensione del licenziamento discriminatorio

10.1 – La prova *agevolata* che *agevola* il datore: il licenziamento del molestatore/discriminatore

10.2 – Licenziamento discriminatorio e difese di mercato

10.3 – La tendenza espansiva dei fattori protetti: il fattore *convinzioni personali*

§ 5 – Le ritorsioni discriminatorie e le discriminazioni ritorsive

1 – La discriminazione tra licenziamento discriminatorio e licenziamento ritorsivo

2 – La ritorsione/discriminazione

3 – Conciliazione vita professionale e privata e ritorsioni discriminatorie

4 – *Whistleblowing* e prova agevolata della "conseguente" ritorsione
5 – Trasparenza e mezzi di tutela contro le ritorsioni
§ 6 - Trasparenza e controllo di ragionevolezza anti-discriminatoria ed anti-ritorsiva: la rivincita del principio di parità di trattamento
1 – Le Sezioni Unite del 1996 ed il diritto (tuttora) vivente
2 – L'impercettibile spia che può diventare un allarme. Il peggioramento del quadro sintomatologico
3 – Principio di trasparenza e controllo di ragionevolezza: la trasparenza retributiva ed i mezzi di tutela e la prova *doppiamente agevolata*
§ 7 - La (iper)effettività della tutela del disabile
1 – Le tutele giuslavoristiche legate al fattore *handicap*
2 – I quattro distinti nuclei di tutela giuslavoristica interna legati al fattore *handicap* unificati dal diritto antidiscriminatorio
3 – I licenziamenti *impossibili* (?) tra tutele giuslavoristiche e diritto antidiscriminatorio
3.1 – Fattispecie europea di *handicap* ed accomodamenti ragionevoli
3.2 – Accomodamenti ragionevoli e licenziamento per inidoneità sopravvenuta
3.3 – Accomodamenti ragionevoli e licenziamento per superamento del periodo di comporto
3.4 – Accomodamenti ragionevoli per chi assista un disabile o abbia "esigenze di cura personale o familiare"
3.5 – Ritorsione/discriminatoria da esercizio dei diritti (del disabile e del *caregiver*)
§ 8 - Effettività delle tutele antidiscriminatorie e qualificazione del rapporto di lavoro: la protezione ha bisogno della subordinazione, la discriminazione no
1 – La nozione europea di lavoratore da Gubbio a Messina
2 – Complicazione delle questioni qualificatorie ed (in)effettività delle tutele antidiscriminatorie
3 – Il divieto di atti discriminatori per i ciclofattorini autonomi delle piattaforme digitali
4 – Le tutele antidiscriminatorie *oltre* la *subordinazione*
4.1 – I diritti previsti dalle direttive di ultima generazione
4.2 – Le direttive di armonizzazione parziale
4.3 – La tutela dai licenziamenti collettivi *oltre* la subordinazione nazionale
4.4 – Direttive a tutela di diritti primari
5 – Il diritto a non essere discriminati come diritto assoluto di tutti i lavoratori avente diretta efficacia orizzontale

§ 1 - Diritto del lavoro e diritto antidiscriminatorio in ambito lavorativo

1 – Da Gubbio a Messina

Come anche questo Congresso dimostra, il diritto antidiscriminatorio si è preso la scena. Spingendo il diritto del lavoro dietro le quinte.

Sei relatori c'erano stati soltanto nelle grandi occasioni. "*Nel cinquantenario dalla nascita dell'Associazione*"[1]. Alla "*svolta del secolo*" erano stati quattro[2].

Giusto trent'anni fa, sul tema di oggi, "*Lavoro e discriminazione*", ne erano bastati tre[3].

E già allora qualcuno aveva notato che quel tema "incide su materie molto diverse le quali avrebbero potuto formare oggetto di tre convegni e di altrettante relazioni" ed era "difficile sottrarsi ad una sensazione di eterogeneità e persino frammentarietà dei temi trattati"[4].

Dopo trent'anni, nemmeno sei relatori basteranno a dare conto di ciò che è oggi il diritto antidiscriminatorio *in ambito lavorativo*. Ed anche stavolta sarà difficile sottrarsi a quella *sensazione.*

1.1 - *Oggi se non hai un fattore protetto non sei nessuno*: è questa la prima *cosa* che istintivamente mi è balenata per la mente quando Giampiero Proia mi ha chiesto se volessi parlare di discriminazioni nell'AIDLASS di quest'anno. E mi è ritornata in mente quando Domenico Garofalo mi ha chiesto se fossi rimasto *folgorato* da qualche idea. Ed allora ho seguito l'istinto.

Notavo da un po' che, nel cercare affannosamente una via per una tutela che non riuscivo a scorgere, mi trovassi sempre più spesso a dover chiedere a quella lavoratrice, a quel lavoratore, se, per caso, fossero portatori di un fattore protetto. Scusi lei è *fattoriale*?

O di doverlo chiedere al datore.

Siamo sicuri sia a-fattoriale? Età, sesso, orientamento sessuale, salute, convinzioni personali? Ha la 104? È un *caregiver*, un *whistleblower*, un RSPP, un RPCT? Ha chiesto per caso la transizione verso forme di lavoro più prevedibili, sicure e stabili? O ha fatto prima a farvi causa?

Per capire se valesse la pena andare avanti, nel primo caso.

O quali rischi si corressero, nel secondo.

Una volta era importante capire se ci fosse l'*eighteen factor*. Se fosse applicabile l'art. 18.

Oggi se c'è un *fattore di discriminazione.*

Il diritto antidiscriminatorio sembra essere spesso l'unica via per una tutela.

E, per giunta, per una tutela in grado di andare *oltre* la subordinazione *autarchica*. E persino oltre la subordinazione *eurounitaria*. Perché, se quello lavorativo è solo un *ambito* di tutela della persona umana, la subordinazione conta poco, se non nulla[5].

Più del *contratto*, conta il *contatto*.

---

[1] *Nel cinquantenario dalla nascita dell'Associazione*, Atti delle giornate di studio, Bologna 16-17.5. 2013, Milano, 2014, Relatori Romagnoli, Treu, Carinci, Persiani, Ghera e De Luca Tamajo.

[2] *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, Atti del XII Congresso nazionale di diritto del lavoro, Ferrara 11-12-13.5.2000, Milano, 2002. Relatori Mengoni, Persiani, Romagnoli, Treu.

[3] PESSI, BALLESTRERO e ROMAGNOLI (le cui relazioni richiameremo), in Atti del XI Congresso nazionale di diritto del lavoro, Gubbio 3-5.6.1994, Milano,1995.

[4] GHERA, *Intervento*, p. 246

[5] CGUE 12.1.2023, C-356/21, J. K./TP S.A., p. 43 e 54, con riferimento a discriminazione per orientamento sessuale: "Pertanto, la direttiva 2000/78 non rappresenta un atto di diritto derivato dell'Unione come quelli, fondati segnatamente sull'articolo 153, paragrafo 2, TFUE, che concernono solo la tutela dei lavoratori quale parte più debole di un rapporto di lavoro, ma è volta a eliminare, per ragioni di interesse sociale e pubblico, tutti gli ostacoli fondati su motivi discriminatori all'accesso ai mezzi di sostentamento e alla capacità di contribuire alla società attraverso il lavoro, a prescindere dalla forma giuridica in virtù della quale esso è fornito".

1.2 - Dall'inizio del nuovo millennio, o giù di lì, le leggi che riguardano la nostra materia mi sembrano essere approssimativamente di due tipi: leggi *regressive* rivolte al passato; leggi *recettive* rivolte al futuro.

Le prime sono quelle di riforma al ribasso del diritto del lavoro *nazionale.* A fin di bene, s'intende, in una *prospettiva di crescita*, perché non ce lo potevamo più permettere e ce lo chiedeva l'Europa; perché dovevamo garantire "ai datori di lavoro la flessibilità necessaria per adattarsi rapidamente ai cambiamenti del contesto economico"[6], ed è piuttosto il diritto del lavoro a doversi rendere compatibile con la libertà d'impresa riconosciuta dall'art. 16 della Carta[7].

Le seconde sono quelle che "assicurano il periodico adeguamento dell'ordinamento nazionale all'ordinamento dell'Unione europea"[8].

Mi sembra di vedere come un nesso, una sorta di effetto sostitutivo, un gioco di compensazioni.

Le clausole di non regresso riguardano le singole direttive.

E così l'attuazione complessiva del diritto dell'Unione sembra avere *costituito* una valida giustificazione per realizzare un regresso del livello generale di tutela dei lavoratori negli ambiti del diritto del lavoro (ed i profili di disciplina) non armonizzati.

Fermi i minimi di tutela *eurounitari* ed il principio di non discriminazione quale fondamento del diritto dell'Unione[9].

Il diritto del lavoro, s'è detto, grazie anche a questo effetto sostitutivo di tutele vecchie e superate con tutele nuove e moderne, "non è affatto in crisi" [10].

1.3 - Se non fosse, però, che l'effettività delle tutele, anche di quelle antidiscriminatorie, dipende dal giudice del lavoro.

Ai tempi di Gubbio il processo del lavoro era affidato a giudici la cui "tensione ideale" non era ancora del tutto "*calata"*[11].

---

[6] É una sorta di *mantra.* Si veda ad es. il principio n. 5 del Pilastro Europeo dei diritti sociali proclamato a Göteborg il 17 novembre 2017 richiamato, da ultimo, nel *considerando* 2 della direttiva 2019/1152 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea e nel *considerando* 3 della proposta di direttiva sul "miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali".

[7] Detto così in effetti sembra forte, ma cfr. GIUBBONI, *Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, in *Costituzionalimo.it*, 3, 216 con riferimento all'orientamento espresso da CGUE 21.12.2016, C-201/15 *AGET Iraklis* ("uno Stato membro non può, in particolare, adottare un provvedimento nazionale che, seppur atto a garantire ad un livello rafforzato la protezione dei diritti dei lavoratori contro i licenziamenti collettivi, abbia, nondimeno, la conseguenza di privare gli articoli da 2 a 4 della direttiva 98/59 del loro effetto utile" e se "risultasse, in pratica, esclusa per il datore di lavoro qualsiasi possibilità effettiva di procedere a licenziamenti collettivi siffatti", p. 37 e 38), anticipato da un quartetto di sentenze "(cause C-438/05, Viking; C-341/05, Laval; C-346/06, Rüffert; C-319/06, Commissione c. Lussemburgo)", a proposito della "fortissima carica de-regolativa che una recente corrente giurisprudenziale tende ad attribuire oggi all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel nome della libertà d'impresa" e comporta un "rovesciamento del rapporto tra regole di mercato e diritto del lavoro".

[8] Sulla base della l. 234/2012 che all'art. 32, c, 1, lett. c) prevede che "gli atti di recepimento di direttive dell'Unione europea non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse...".

[9] E mi sembra anche sia stato preso molto sul serio il principio di equivalenza: nel senso che per la violazione di un diritto che abbia fondamento nell'ordinamento comunitario (ad esempio i diritti minimi del decreto trasparenza) sia prevista una tutela non solo *non inferiore*, ma persino *superiore* a quella approntata dall'ordinamento per violazioni di analoghi diritti di natura interna.

[10] Cfr. PROIA, *Origine, evoluzione e funzioni della trasparenza nei rapporti di lavoro,* p. 17: "la trasparenza, come altri diritti di nuova generazione, come quelli che derivano, in particolare, dal rafforzamento dei divieti di discriminazione e dei principi di parità di trattamento, sono l'espressione più chiara del progresso della tutela della dignità del lavoro, andando indirettamente a compensare i regressi che invece hanno riguardato alcune delle forme più tradizionali di tutela economico-normativa".

[11] PROTO PISANI, *Il processo del lavoro a diciotto anni dalla sua riforma*, *Foro it.*, 1992, V° p. 81 e ss.

Ma in questi trent'anni è proprio il giudice del lavoro ad essere molto cambiato, rispetto alla *fattispecie astratta* immaginata dai *padri costituenti* del processo del lavoro[12].

Indotto a cambiare dal legiferatore compulsivo di inizio secondo millennio che, sul piano processuale, ha scoraggiato in tutti i modi, se non proprio *boicottato*, il processo del lavoro e, su quello sostanziale, reso irriconoscibile *quel* diritto del lavoro che in *quel* processo del lavoro *quel* giudice del lavoro avrebbe dovuto attuare, *tifando* senza mezzi termini per il rigetto del ricorso e raccomandandosi per la condanna alle spese.

Saranno disponibili, oggi, i giudici del lavoro, ad assecondare "l'uso strategico del diritto" antidiscriminatorio per il progresso della società[13], con la stessa *tensione ideale* mostrata negli anni dell'adolescenza del processo del lavoro, smarrita negli anni della maturità?

Notava amaramente Paolo Sordi che, è stato "un ben triste compleanno" il 50° appena *festeggiato* dal *nuovo* processo del lavoro, riflettendo sulla "evidente disponibilità" e "l'atteggiamento di favore" dei giudici del lavoro per la trattazione scritta, disposta spesso di *default* persino per quella *prima* udienza[14] concepita in origine per essere possibilmente anche l'*ultima*[15] (e che, non a caso, era "udienza di discussione").

La *persona* del lavoratore implicata nel rapporto di lavoro sparisce nel processo costruito per tutelarla.

Quella persona "in carne ed ossa"[16] che era inconcepibile non fosse presente alla prima udienza. Che fosse il nome di una pratica o un numero di ruolo di un fascicolo da smaltire al più presto.

1.4 - Cambia qualcosa se la persona del lavoratore chiede al giudice del lavoro tutela da una discriminazione? La sensibilità antidiscriminatoria arriverà dove magari non arriva più quella giuslavoristica? E se così fosse, sarebbe giusto *discriminare* tra intriganti cause *valoriali* con onere probatorio *attenuato* e *solite* cause *rognose* con onere probatorio *accentuato* dal giudice in funzione deflattiva del contenzioso[17]?

---

[12] Un giudice che "acquisti una sempre più concreta specializzazione e, anche se togato, diventi sempre più sensibile ai problemi che interessano il mondo del lavoro" così dalla Relazione LOSPINOSO SEVERINI, seduta delle Commissioni riunite Giustizia e Lavoro della Camera del 18 giugno 1979 (V° legislatura).

[13] Osserva BARBERA, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT 451/2022, p. 75, dai cui scritti in materia non può prescindersi, che "anche in Italia si è sviluppato negli ultimi decenni un uso strategico del diritto da parte di associazioni e istituzioni pubbliche che hanno, fra le loro finalità, quella di contrastare le discriminazioni e che si avvalgono di giuristi dotati di un know how sofisticato e determinati a impiegare tutte le opportunità offerte dal sistema giudico al servizio di una visione politica progressista". Esempi di lite strategica si hanno però soprattutto al di fuori dell'ambito lavorativo, come si evince a colpo d'occhio dalla banca dati di ASGI nella sezione giurisprudenza.

[14] I problemi di compatibilità con i termini della costituzione del convenuto, rispetto alla data della prima udienza a trattazione scritta, sono *superati* dalle varie prassi giudiziarie, ed anche la compatibilità con la lettura del dispositivo in udienza può essere risolto in due parole ("Il provvedimento depositato entro il giorno successivo alla scadenza del termine si considera letto in udienza"), da inserire in un futuro quinto comma dell'art. 127-ter c.p.c. previsto nello schema di decreto legislativo correttivo al D.lgs. 149/2022. Cfr. l'ordinanza interlocutoria (Cass. 3.5.2025, n. 11898) con cui la questione è stata rimessa alle Sezioni Unite.

[15] SORDI, https://giustiziacivile.com/lavoro/approfondimenti/difesa-del-processo-del-lavoro-perche-la-trattazione-scritta-e-incompatibile, *contra* CARBONE, https://www.questionegiustizia.it/articolo/udienza-cartolare

[16] D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in DLRI, 1991, 3, p. 458.

[17] Pensiamo alle tanto *vituperate* e *defatiganti* cause di superiore inquadramento o, peggio ancora, di *mobbing* (che già introdurre a tale titolo è tatticamente un suicidio), sovente definite senza istruttoria per asserita carenza di allegazioni (magari enfatizzata ai fini della conciliazione), sul presupposto, quanto alle cause di mobbing, che non ne integri gli estremi la conflittualità sul lavoro stressogena, in assenza di strategia persecutoria; come se non esistesse un *certo* art. 2087: ciò che ha costretto la Suprema Corte a reagire con una "pioggia di annullamenti" tra gennaio e febbraio 2024. Si veda per tutti DE MARINIS, *Rischio psichico e sicurezza del lavoro nel diritto vivente*, in ambientediritto.it. Per una ricognizione delle pronunce si rimanda al link Addio al mobbing, arriva lo stress da conflittualità lavorativa. (avvocatotambasco.it).

Come sempre, è il decreto di fissazione dell'udienza la prima cosa che si va a leggere; e non per la data dell'udienza. Ed il *dato di carattere statistico* non sempre incoraggia[18].

Più avanti parleremo di sentenze intrise di *tensione ideale* e di cultura giuridica antidiscriminatoria. Piccoli trattati di diritto antidiscriminatorio, s'è detto.

Ma quante? Ed in cause promosse da chi?

Le persone lese dalla discriminazione *non* individuabili in modo diretto ed immediato sono quelle più *presenti* nei processi antidiscriminatori[19]. Rappresentate da organizzazioni sindacali, associazioni ed organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, consigliere di parità. La tutela antidiscriminatoria della persona umana è più *spersonalizzata* di quella giuslavoristica.

Questo non per dire che, se non c'è un lavoratore, il processo serve *solo* ad affermare esemplarmente un'ideale astratto di tutela antidiscriminatoria e di progresso della società.

Anzi. Nel provvedimento che accerti una discriminazione collettiva anche solo potenziale la legge *mette* tutto ciò che rende effettiva la tutela antidiscriminatoria con effetti potenzialmente *erga omnes*, ivi compreso, al fine di impedire la ripetizione delle discriminazioni, l'ordine di adozione di un piano di rimozione delle stesse; o di pubblicazione del provvedimento su un quotidiano a tiratura nazionale.

Da solo, ammesso mai che, con l'aria che tira, trovi il coraggio di partire, il lavoratore tenderebbe a fermarsi al primo cenno di conciliazione, per nulla attratto dalla prospettiva di un processo multilivello complicato da doppie pregiudiziali.

1.5 – Qualche nuovo *filone* di contenzioso il diritto antidiscriminatorio sembra però averlo effettivamente innescato.

Anche se nella "Nota di iscrizione a ruolo o di accompagnamento" delle controversie in materia di lavoro la voce "discriminazione" nemmeno c'è. Eppure, ce ne sono oltre un centinaio.

Ad esempio, sul fattore *handicap* si è formata come una *faglia* nello scontro tra due *placche*: la norma inderogabile di diritto interno nel proteggere tutti senza guardare in faccia nessuno finisce potenzialmente per essere sempre indirettamene discriminatoria, entrando in frizione con la *placca* antidiscriminatoria di derivazione europea.

Anche se il livello di tutela della norma inderogabile fosse *tarato* sul bisogno di protezione del lavoratore più svantaggiato. Perché per il diritto antidiscriminatorio non conta l'adeguatezza della protezione, ma l'assenza di discriminazione. Il datore è *debitore* di parità, non di tutele[20]. E tra lavoratori più che la *solidarietà* conta la *comparabilità*.

Nel diritto antidiscriminatorio il lavoratore *a-fattoriale* degrada a *tertium comparationis*.

Ed allora anche la norma inderogabile *deve* accorgersi delle differenze legate a fattori protetti e tenerne conto. Deve realizzare l'uguaglianza sostanziale nella dimensione orizzontale.

Con il rischio, ove *se ne accorga* (o sia dichiarata nulla e debba essere riscritta), che riservi ai soli lavoratori svantaggiati il livello massimo di protezione prima patrimonio di tutti.

E a proposito del fattore handicap (e non solo) nel diritto antidiscriminatorio c'è la clausola generale degli *accomodamenti ragionevoli*. Nel diritto del lavoro no.

Un tema che ho ritenuto meritasse un capitolo a parte (l'ultimo).

---

[18] A proposito di *lite strategica* la scelta del rito può servire anche a scegliere il foro competente (se quello di domicilio del discriminato o quello del luogo in cui si è verificata la condotta) come probabilmente è successo nelle azioni collettive promosse contro discriminazioni sindacali. Si intuisce, talora, che un iscritto possa avere operato come *agente provocatore.*

[19] O addirittura non individuabili in senso assoluto come nei casi *Feryn* (CGCE 10.7.2008, C-54/07) ed N.H. (CGUE 23.4.2020, C-507/18).

[20] Sulla relazione stretta fra le due dimensioni dell'eguaglianza, quella verticale che tende al riequilibrio della relazione di potere tra datore di lavoro e lavoratore e quella orizzontale che guarda ad un'equa distribuzione fra i lavoratori di reddito, risorse, benefici e sacrifici", cfr. BARBERA-BORELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT. 451/2022, p. 5

2 – La marginalità del diritto antidiscriminatorio rispetto al diritto del lavoro ai tempi di Gubbio

2.1 - In quel convegno di trent'anni fa *discriminazione* non era ancora una parola-chiave nel diritto del lavoro.

Gubbio era *prima* di Amsterdam, di Nizza e di Lisbona.

Non c'era ancora il "*nuovo diritto antidiscriminatorio*"[21]; non c'erano ancora le "*direttive di seconda generazione*"[22].

All'epoca i fattori protetti dal diritto comunitario, in funzione della libera circolazione[23], erano soltanto due: la nazionalità ed il sesso.

La relazione di Pessi su "*Lavoro e discriminazione femminile*" si era concentrata sull'ordinamento interno e, nella seconda parte, sulle "norme funzionali", e, pertanto, sulla legge 125/1991[24].

La Ballestrero, nel parlare "lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza", aveva trovato comunque il modo di riflettere sulle discriminazioni indirette per ragioni di sesso.

Il *nostro* art. 4, l. 125/1991 ne aveva per la prima volta positivizzato la definizione (un *primato* del diritto interno), e la Corte costituzionale aveva dichiarato incostituzionale il requisito indirettamente discriminatorio della statura minima indifferenziata per l'accesso alle carriere direttive e di concetto del servizio antincendio previsto da una legge della Provincia autonoma di Trento (Corte cost. 163/1993). Ma nella legge risuonavano concetti espressi dalla Corte di Giustizia, a sua volta tributaria della dottrina nordamericana del *disparate impact*.

2.2 - La legge 125/1991, pur se percepita come una "*realtà virtuale*"[25], portava già in sé tutti i caratteri del diritto antidiscriminatorio:

- nel vietare qualsiasi "effetto pregiudizievole" a prescindere dall'intento[26];
- nel definire la nozione di discriminazione indiretta che, ora, può derivare anche da atti, apparentemente neutri, "di natura organizzativa o incidenti sull'orario di lavoro" [27], con effetti ancora tutti da calcolare.
- nel rendere più facile la prova della discriminazione, anche sulla base di presunzioni basate su dati statistici;
- nel prevedere una tutela processuale per discriminazioni collettive in *incertas personas*[28].

I principi fondanti della tutela antidiscriminatoria che ne garantiscono l'effettività.

---

[21] BARBERA, *Introduzione. L'effetto trasversale del principio di non discriminazione*, in *RGL*, 4, 2008, 469, ed in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007.

[22] DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta ed indiretta*, in *La Riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità,* a cura di BARBERA, in *NLCC,* 2003, 719.

[23] Ma già CGCE 8.4.1976, C- 43/75, *Defrenne* aveva precisato che il principio della parità retributiva non persegue il solo "scopo economico" di combattere il dumping sociale, in funzione della libera circolazione ma persegue, ai sensi dell'art. 119 del Trattato, lo "scopo sociale", di "garantire il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei", e, almeno in caso di discriminazione diretta, "può essere applicato direttamente e può quindi attribuire ai singoli dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare", anche nei rapporti contrattuali tra privati, indipendentemente dal recepimento della direttiva n. 75/117, che "non osta all'efficacia diretta dell'art. 119".

[24] La relazione muove dalla riflessione "sullo stato di una legislazione protettiva, che nata con la originaria funzione di protezione di un gruppo socialmente debole, ha finito per svolgerne una attributiva di privilegi con effetti, peraltro, del tutto negativi su soggetti cd. privilegiati, sia in chiave occupazionale, che di opportunità di carriera".

[25] BARBERA, *Intervento*, p. 207.

[26] Per BORGONGELLI, *Intervento*, p. 179 "la prevalenza dell'efficienza sull'eguaglianza è insita nel concetto di discriminazione indiretta" e "rappresenta una dichiarazione di prevalenza dell'interesse dell'impresa".

[27] Art. 4, c. 2; ed ora art. 25, c. 2, D.lgs. 198/2002 come integrato dall'art. 2, l. 162/2021. Il primo riferimento alla discriminazione indiretta, a quanto consta, è nella sentenza *Defrenne*. A livello comunitario è stata la direttiva 97/80/CE, riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso, a definirla per la prima volta (art. 2, § 2).

[28] Art. 4, c 6; il c.10 lasciava fermo il procedimento di repressione della discriminazione sessuale, modellato sull'art. 28, l. 300/1970, di cui all'art. 15, l. 903/1977. Ora art. 37, D.lgs. 198/2006

Era il 1991.

Ci sarebbero voluti decenni, però, perché potessimo vedere quelle tecniche di tutela applicate dai giudici del lavoro.

Eppure, quelle tecniche di tutela erano lì a portata di mano, pronte per l'uso. E con il D.lgs. 216/2003 estese a tutti i fattori di rischio. Una *realtà virtuale* anche questa.

2.3 - C'erano però altre tracce della incipiente *comunitarizzazione* del diritto del lavoro. Al di là delle discriminazioni.

AIDLASS aveva mancato l'appuntamento con la legge (223/1991) di attuazione della direttiva 75/129/CEE, dedicando *prematuramente* ai licenziamenti collettivi il convegno di Roma del 1990[29].

Informazione e consultazione ci sembravano, allora, tutele minori ed irrisorie, quasi innocue, di chi non ne ha altre e deve accontentarsi. Eppure, lo Stato italiano aveva subito non una, ma due condanne, per la mancata previsione di una procedura davanti ad un'autorità amministrativa e per l'efficacia settoriale degli accordi interconfederali che disciplinavano la materia "esclusa dall'ambito di applicazione della presente legge" (art. 11, l. 604/1966). Ma anche dopo saremmo stati colti in fallo per via dell'ambito di applicazione non esteso ai dirigenti ed ai datori non imprenditori e ci saremmo dovuti adeguare.

Ma era la combinazione, la sommatoria, di quelle tutele procedurali con l'obbligo *sostanziale*, tutto *nostro*, di rispettare i criteri di scelta e, soprattutto, con la tutela reintegratoria per tutte le violazioni (di procedura e di criteri di scelta) a rendere incomparabilmente più forte la tutela interna rispetto a quella minima cui armonizzarsi.

Quando poi dalla tutela reintegratoria sarebbero stati esclusi gli orfani dell'art. 18, la Corte di giustizia avrebbe chiarito come non fossero fatti suoi[30].

2.4- Il "*dialogo fra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale del lavoro"* era iniziato già da tempo. AIDLASS vi aveva dedicato il convegno di Pavia del 1992[31].

Ed era iniziato il dialogo tra le Corti, ad esempio a proposito della questione dei lettori di lingue straniere nelle università, cui a Gubbio si fece cenno perché d'ora in avanti si tenesse conto della dimensione sovranazionale dei problemi.

Non era, infatti, che un primo assaggio dell'impatto della normativa antidiscriminatoria sul diritto interno, di cui, d'ora in avanti, si sarebbe dovuto tenere conto[32]: le sentenze della Corte di giustizia sulla discriminatorietà di entrambi i termini imposti ai lettori di lingue straniere (assunti con contratti annuali e per un massimo di cinque anni) avrebbero additato la strada che sarebbe stata percorsa in futuro per tentare, senza successo, di scardinare la norma anti-conversione del pubblico impiego appena *privatizzato*, sul ben diverso fondamento giuridico, stavolta, di una direttiva destinata a spopolare negli anni a venire (la 99/70/CE), che a Gubbio non c'era ancora.

3 - Il *de profundis* del principio di parità di trattamento e del controllo di ragionevolezza ai tempi di Gubbio

---

[29] Ricordo le fatiche notturne del mio Maestro culminate nella relazione su "*Licenziamenti collettivi: parallelismo e convergenza delle tutele*".

[30] CGUE 17.3.2021 C-652/219, perché "le disposizioni della Carta si applicano, ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della medesima, agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione" (p. 34) e criteri di scelta e regimi di tutela non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 98/78/CE.

[31] Relatori SANTONI, SCIARRA, FOGLIA, FORLATI PICCHIO.

[32] Lo aveva osservato nel proprio intervento SUPPIEJ alludendo a CGCE 30.5.1989 C-33/88 (lettori dell'Università di Venezia); CGCE 2.8.1993 C-259/91 C-331/91 e C-332/91 (gli stessi lettori della causa precedente ed altri lettori dell'Università di Parma) ed alla questione relativa a lettori extracomunitari che sarebbe stata poi dichiarata irrilevante dalla Corte costituzionale (249/1995) in quanto la sentenza della Corte di giustizia era applicabile anche a loro. Difensore in quel giudizio era l'Avv. Massimo D'Antona.

3.1 - Ma al centro della scena di quel convegno c'era ancora il *nostro* diritto del lavoro; che si preparava "ad entrare nel XXI secolo affaticato dal peso dei vecchi problemi che il secolo XX non ha saputo risolvere", come ci ricordava Romagnoli.
Un *problema,* però, era stato già risolto: nel 1993 le Sezioni Unite avevano interrotto bruscamente quello che Pessi a Gubbio aveva chiamato "un sofferto viaggio verso l'utopia della parità": utopia che nel 1989 sembrava quasi realtà[33].
E meno male, commentava Romagnoli: è vero che il cittadino non deve essere discriminato e non deve esserlo nemmeno quando diventa produttore, ma non dimentichiamoci che "c'è di mezzo un contratto di lavoro da eseguire"[34].
Ed aggiungeva: "trasferita nell'ambito del rapporto di lavoro, la regola di parità finirebbe per istituzionalizzare il ruolo di supplenza del giudice-giustiziere dispensatore di una tutela paternalistica «decisamente in controtendenza» rispetto alla domanda di autodeterminazione che il diritto del lavoro ha cominciato a soddisfare accettando quella che D'Antona definisce la sfida delle differenze".
Anche se, nel convegno AIDLASS del 1991, nel porre la "sfida delle differenze", D'Antona aveva piuttosto messo in guardia dal rischio dell'elusione delle tutele: "non costituisce una strategia all'altezza della sfida il ritorno alla libertà di contratto, neppure nelle forme temperate della valorizzazione interpretativa del consenso". Ed ancora: "il recupero del principio consensualistico elude il problema basilare dell'equilibrio tra libertà e uguaglianza: propugna la libertà individuale di scegliere la differenza (quanto al se, al come e al quanto lavorare) ma trascura l'esigenza di mantenere intatte le condizioni di uguaglianza (sostanziale) che rendono la scelta significativa per l'individuo".
Su quel "recupero", non sempre disinteressato, aleggiava poi lo spettro dell'elusione: "avrebbe senso vietare alle parti di derogare consensualmente alle tutele del lavoro subordinato, e poi lasciarle libere di ottenere lo stesso risultato scegliendo la forma legale del rapporto di lavoro che intendono instaurare". E poi, ammoniva D'Antona, "restituire al lavoratore quote di libertà contrattuale può essere pericoloso, se non sono continuamente prodotte e controllate le condizioni di uguaglianza sostanziale nella negoziazione".
La "restituzione" di quelle "quote" sarebbe effettivamente molto servita negli anni successivi per abbattere il rischio-causa, ed il controllo delle condizioni di uguaglianza sostanziale nelle negoziazioni affidato, anche in costanza di rapporto, a sindacalisti e consulenti del lavoro (*giuslavoristi di prossimità*) non infrequentemente percepiti come *il gatto e la volpe*.
Ad ogni modo, in quegli anni, a ricordare allo stesso legislatore la *tassatività* (*indisponibilità*) del tipo aveva provveduto la Corte costituzionale (n. 121/1993 e 114/1994), prendendo così una "direzione opposta" a quella verso cui, secondo Romagnoli, sarebbe dovuto andare il diritto del lavoro: "per lavare le sue colpe questo settore dell'ordinamento giuridico dovrebbe estromettere dall'universo ormai ipertrofico del lavoro dipendente sia le figure sociali che gli sono state sempre state estranee sia quelle che lo sono diventate poco a poco".
Eppure, il principio di uguaglianza avrebbe potuto realizzare "una sorta di sintesi fra le due più tradizionali direttrici di limitazione dei poteri imprenditoriali: la fattispecie di

[33] *Relazione*, pp. 3 e 4 che riteneva coincidesse con la "lunga marcia di avvicinamento-identificazione con il rapporto di pubblico impiego", definito come "oasi sicura in cui ritrovare, oltre al valore della stabilità «assoluta» quello della parità «assoluta»".
[34] PERULLI, *Intervento*, p. 173 si era appellato a Betti ed a Mengoni per criticare l'affermazione delle S.U. del 1993 secondo cui i principi di correttezza e buona fede non creano obbligazioni autonome in capo al datore, e citato Amartia Sen per ricordare che tra libertà ed eguaglianza non vi è contrasto. E dopo qualche anno che il "de profundis giurisprudenziale (del principio di parità di trattamento) aveva trascinato con sé in un giudizio di disvalore lo stesso ruolo delle clausole generali di correttezza e buona fede", in *La buona fede nel rapporto di lavoro*, in *RGL*, 2002, p. 11.

giustificazione e la fattispecie di non discriminazione"[35]. Ed arrivare dove le norme inderogabili di protezione non sarebbero mai arrivate, obbligando "il datore ad esplicitare le ragioni dei suoi atti, spingendolo ad adottare un ben riconoscibile codice di comportamento, che gli consenta di giustificare le proprie decisioni", agendo "anche nelle aree vuote di diritti espressi arrivando a proteggere…anche da comportamenti assolutamente discrezionali nella misura in cui questi diano luogo a disparità ingiustificate"[36].

E niente. Ci si sarebbe dovuti *accontentare* del diritto diseguale; delle norme inderogabili e dei divieti di discriminazione, allora tassativi. Con qualche premonizione: "non c'è dubbio che la tutela antidiscriminatoria debba continuare a rappresentare un «punto di forza» di un diritto del lavoro che tende ad «indebolirsi» se non proprio a disarticolarsi"[37].

E così effettivamente sarebbe stato, grazie alla *tendenza espansiva* dei fattori protetti.

In una misura che allora non sarebbe stato possibile immaginare.

3.2 - Ma sul diritto del lavoro, sulla norma inderogabile e sui divieti di discriminazione, premevano, come sempre, del resto, le ragioni del progresso e del cambiamento tecnologico, la necessità di "fronteggiare i devastanti effetti d'una inarrestabile incertezza occupazionale".

E poi "il lavoro dipendente non è più quello di un volta" e "ci si deve fare carico dell'esigenza di togliere dall'emarginazione disoccupati, inoccupati, giovani sbandati…".
E così "presto o tardi, ad ogni modo, si dovrà riscrivere lo statuto del lavoro senza aggettivi"; "si dovrà elaborare una carta dei diritti del lavoro frantumato, intermittente, occasionale, perduto o non trovato"; "si dovrà decongestionare, secondo l'esperienza cara a Marcello Pedrazzoli, la «fattispecie della subordinazione», per andare oltre la subordinazione" e "sdrammatizzare la drastica alternativa tra lavoro subordinato e lavoro autonomo"[38].

D'accordo, "l'omologazione normativa" è servita "per attenuare la diseguaglianza sostanziale tra l'imprenditore ed i suoi dipendenti", ma "per tornare a realizzare l'eguaglianza non solo dei, ma anche tra i, lavoratori, il diritto del lavoro deve paradossalmente valorizzarne le differenze"[39].
Di qui il salace commento di Suppiej: "Però qualche spunto della relazione, per la verità, lo trovo un po' troppo liberista per i miei gusti".
Che con l'aristocratica ironia che solo i meno giovani ricordano diceva di sentirsi più a suo agio con la "controrelazione" di Luciano Ventura: "Penso anch'io, come Ventura, che l'evoluzione della società non consenta, quanto meno a tutt'oggi (poi non so se domani le cose potranno andare diversamente) di non tenere conto della specificità delle esigenze di tutela del lavoro subordinato". Di quella "profonda differenza" descritta nell'edizione di mezzo secolo prima delle "Nozioni di diritto del lavoro" di Francesco Santoro Passarelli: "Insomma, la posizione di subordinazione dà luogo a uno stato di inferiorità che non c'è quando si svolge un'altra attività lavorativa e che ha esigenze di tutela specifiche, esigenze di garantismo che non penso debbano essere superate".

---

[35] DEL PUNTA, *Intervento*, p. 217 che segnalava anche la tendenza "a spostare il baricentro del sistema sulla protezione antidiscriminatoria additabile come fronte di resistenza, cioè come barriera, sostanziale rigida che il diritto del lavoro deve difendere ad ogni costo, sottraendola anche al gioco delle disponibilità collettive e magari intendendola come parte di un nucleo protettivo fondamentale volto alla difesa di ben primari del cittadino-lavoratore"

[36] BARBERA, *Intervento* p. 211.

[37] DEL PUNTA, *Intervento*, p. 216

[38] Di noi relatori di oggi era intervenuto con trent'anni di meno il solo VOZA (p. 199) per esprimere "l'impressione "che si voglia liquidare un modello – quello della fattispecie unitaria della subordinazione, consegnatoci dall'elaborazione barassiana e recepito nell'art. 2094 c.c. – affermandone, con troppa sicurezza, l'inessenzialità e soprattutto l'inadeguatezza a rispondere ai bisogni di oggi, alle nuove sfide del diritto e del mercato del lavoro", richiamando l'intervento di Ventura.

[39] Tutte le frasi virgolettate sono tratte dalla relazione di ROMAGNOLI che rispecchiano perfettamente i fermenti di quei tempi.

3.3 - Oggi come allora il diritto del lavoro è alle prese con le ragioni dell'economia e degli economisti. I giuslavoristi, dovrebbero starli a sentire di più: lavoratori già di per sé poco "appetibili" (ad esempio, "marocchini", "lavoratori di una fabbrica calabrese", "disoccupati di lungo periodo", "invalidi", "meno efficienti") sono resi ancor meno "appetibili" dalle norme inderogabili e dai divieti di discriminazione che, a ben vedere, finiscono per tutelare i lavoratori più "appetibili" ("italiani", "lavoratori di una fabbrica milanese", "occupati in cerca di un posto migliore", "sani", "più efficienti")[40]. Se i primi fossero lasciati liberi di accettare un trattamento inferiore e di farsi discriminare si renderebbero *appetibili* quanto i secondi e non rischierebbero la disoccupazione. La concorrenza al ribasso come misura antidiscriminatoria. La ricetta di *labour law and economics.*

"Ed un discorso non diverso vale per i divieti di discriminazioni in senso stretto". Non solo per calabresi e simili.

In due parole: chi si accontenta gode. Una teoria economica di immediata percezione contro la quale, però, ci sembrava, fosse nato il diritto del lavoro. Non proprio nel solco dell'art. 3, comma 2.

Ed invece no. Erano piuttosto i dubbi degli economisti "ad alimentare un pesante dubbio di costituzionalità dell'intero sistema di tutele inderogabili".

Ed effettivamente le ragioni dell'economia avrebbero presto preso il sopravvento.

[40] ICHINO, *Spunti critici sui costi della tutela antidiscriminatoria,* comunicazione al Congresso di Gubbio, p. 315. Stessi concetti, a proposito del fattore handicap, in *Neutralizzare l'handicap. Modelli e idee per un'iniziativa regionale di sostegno agli handicappati nel mercato del lavor*o", ICHINO e VIOLI (a cura di), Angeli, 1989, nel proporre, in alternativa al modello vincolistico, "misure volte ad aumentare il più possibile la produttività del portatore di handicap e/o ridurne il costo per il datore di lavoro in proporzione alla minore produttività in modo da renderlo competitivo nel libero mercato".

§ 2 - Divieti di licenziamento e diritto antidiscriminatorio

Cerco ora di spiegare cosa intendo. La distinzione: diritto del lavoro e diritto antidiscriminatorio in ambito lavorativo. Descrittiva, di mero comodo, persino arbitraria. Forse solo un gioco di parole, ma che mi servirà come *pensiero* conduttore del discorso che mi accingo a fare.

Fattore di protezione, nel diritto del lavoro, è l'essere il lavoratore *subordinato*.

Fattore di rischio il non esserlo o il non riuscire a dimostrare di esserlo.

Condizione di svantaggio (per dirla sempre in lessico antidiscriminatorio) la "debolezza contrattuale" del lavoratore subordinato. *Debolezza contrattuale* ed *implicazione della persona del lavoratore nel lavoro prestato ad altri*[41]. Due facce della stessa medaglia[42].

"Implicazione della persona" densa di *implicazioni*.[43] Già in applicazione dei principi costituzionali. Pur in mancanza di un apparato di tutele antidiscriminatorie, che investisse *anche* l'ambito lavorativo.

Non si immaginava, un tempo, che l'implicazione della persona (purché ulteriormente svantaggiata rispetto ad un *normale* lavoratore subordinato) potesse prendere il sopravvento, *affrancarsi* dalla debolezza contrattuale[44] ed *esondare* persino dagli argini della subordinazione.

Nel diritto del lavoro i lavoratori sono *discriminati ex lege* innanzitutto in base al criterio selettivo della subordinazione, che li rende "meritevoli indubbiamente di una tutela maggiore rispetto a quella dei lavoratori autonomi, ancorché parasubordinati"[45].

Nel diritto del lavoro, per così dire, non antidiscriminatorio, la *subordinazione*, non la *discriminazione*, è la chiave di accesso alle tutele: la fattispecie di imputazione, l'ambito di applicazione, delle stesse.

Comprese le tutele ulteriori e maggiori che la legge riconosce non a tutti i lavoratori subordinati, ma solo a quelli portatori di un fattore di protezione *particolare*, perché versanti in una situazione di maggiore inferiorità e vulnerabilità che li espone al rischio di essere sfruttati di più o, addirittura, emarginati.

Tutele *ulteriori* che non è detto siano applicabili a tutti i lavoratori subordinati portatori di quel medesimo fattore di protezione particolare. E, a maggior ragione, e certamente, non applicabili ai lavoratori *non* subordinati.

---

[41] F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro,* Napoli, 1948, p. 9-10.

[42] Cfr. MAGNANI, *Diritto del lavoro e diritto civile tra norme imperative e autonomia contrattuale. One size fits all* in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 475/: "…anche se spesso vengono confuse, le ragioni dell'inderogabilità delle norme giuslavoristiche sono due: una "soggettiva", legata allo squilibrio del potere contrattuale; l'altra "oggettiva", legata alla rilevanza dei beni e degli interessi coinvolti nel rapporto (ad esempio la tutela della salute e della sicurezza del lavoratore) che non sono negoziabili. Ciò giustifica il ripensamento del vero e proprio paradigma del diritto del lavoro – la sua inderogabilità – e la tendenza a distinguere le norme che devono rimanere inderogabili, perché poste a presidio della persona del lavoratore, e quelle poste a tutela del contraente debole, che possono invece essere derogate là dove venga meno l'asimmetria di potere contrattuale, magari anche grazie alla contrattazione collettiva".

[43] Non doveva però essere posta a fondamento della "tesi predominante", "secondo la quale il contratto di lavoro è contrassegnato dall'*intuitus personae* e dalla fiducia" e tale da inficiare la conclusione secondo cui "si deve escludere che il particolare rilievo della persona del prestatore possa estrarre il rapporto di lavoro dall'ambito dei rapporti patrimoniali per inserirlo nel novero di quelli personali". Fermo restando ciò "la rilevanza giuridica della persona del prestatore di lavoro si può cogliere sotto due distinti profili: da un lato in relazione agli effetti che l'ordinamento collega ad un particolare presupposto di fatto, attraverso una penetrante normativa di tutela; dall'altro, in riferimento alla saliente considerazione che il sistema dedica al lavoro come espressione fondamentale della personalità, con la conseguente istituzione di un complesso di garanzie volte a favorirne le possibilità di sviluppo". così all'esito dell'indagine SMURAGLIA, *La* persona del prestatore nel rapporto di lavoro, Milano, 1967, p. 411-412.

[44] Da ultimo, CGUE 12.1.2023, C-356/21, J. K./TP S.A., p. 43, già citata.

[45] Frase che estraiamo dalla motivazione di Cass. 2.9.2015 n. 17433 solo perché ci accingiamo a citarla, ma che potremmo prendere da ogni dove.

E così il diritto del lavoro non vieta il licenziamento della lavoratrice madre addetta ai servizi domestici e familiari nel periodo di interdizione[46]; così come non vieta il licenziamento della lavoratrice madre parasubordinata.

Nel primo caso, per espressa eccezione di legge[47] scampata a tre incidenti di costituzionalità[48]. Eccezione riproposta nelle leggi successive[49]. Salvo il diverso divieto di licenziamento in costanza di sospensione di cui all'art. 2110 c.c.[50].

Nel secondo caso, per essere quella tutela (divieto di licenziamento) riservata alle lavoratrici madri subordinate la cui posizione non è comparabile a quella delle lavoratrici madri autonome[51] o anche parasubordinate (ad esempio, assunte con contratto di agenzia).

Ciò che non escludeva, in entrambi i casi, la possibilità di provare che la gravidanza sia stata il motivo unico e determinante del licenziamento. Ma il motivo illecito era, allora, la carta, disperata, di chi non ne aveva altre da giocare.

Ecco, come diremo nel penultimo capitolo, forse oggi il diritto antidiscriminatorio può dare di più: in termini sia di prova che di estensione della tutela oltre l'ambito della subordinazione.

1 – La tutela *madre*

L'esempio ci introduce al tema centrale delle tecniche di tutela dei lavoratori subordinati (ulteriormente) svantaggiati in quello che abbiamo chiamato diritto del lavoro *non* antidiscriminatorio.

E partiamo allora dal primo fattore di rischio e/o protezione storicamente tutelato dal diritto del lavoro. La tutela *madre*.

Per tutelare le lavoratrici madri e/o nubende/spose non v'era stato bisogno di scomodare la parola *discriminazione*. Che, non a caso, non compariva mai, in assoluto, nelle leggi del 50 e

[46] Art. 3, l. 860/1950; art. 1, c. 3, l. 1204/1971: "Alle lavoratrici addette ai servizi domestici e familiari si applicano le norme del presente titolo di cui agli articoli 4, 5, 6, 8 e 9" e, dunque, non l'art. 2, sul divieto di licenziamento. Art. 62, c. 3, D.lgs. 151/2001 che non richiama l'art. 54. Del resto, l'art. 2240 c.c., sul rapporto di lavoro domestico, non rinvia alla disciplina prevista per i lavoratori subordinati, in quanto compatibili con la specialità del rapporto (come invece fa l'art. 2239 c.c. per i rapporti non inerenti all'esercizio dell'impresa), ma prevede che il rapporto sia regolato dalle disposizioni di questo capo.

[47] Cass. 2.9.2015, n. 17433

[48] Corte cost. 13 febbraio 1974, n. 27; 15 gennaio 1976, n. 9; 7 marzo 1994, n. 86

[49] Art. 35, c. 9, D.lgs.198/2006

[50] Cass. 22.6.1998, n. 6199 che ha confermato (correggendone ed integrandone la motivazione) la sentenza d'appello resa all'esito del giudizio nel quale era stata sollevata la questione di costituzionalità ritenuta infondata da Corte cost. 86/1994 sopra citata. Il licenziamento era stato ritenuto comunque nullo (nonostante non fosse applicabile il divieto di cui all'art. 2, l. 1204/1971) perché intimato "durante il periodo di astensione obbligatoria dal lavoro per maternità previsto (anche per le collaboratrici domestiche) dall'art.3 della Convenzione n.103 dell'OIL". La Suprema Corte ha ritenuto applicabile l'art. 2110 c.c. (cui non fa rinvio l'art. 2239 c.c.) non essendone più sostenibile l'inapplicabilità "nel nuovo ordinamento costituzionale, rispetto a valori preminenti come quelli garantiti dagli artt.31 e 37 della Costituzione", ed in contrasto "con gli impegni internazionali assunti dall'Italia" con la ratifica della convenzione OIL n. 103 (recepita con l. 864/1970) e con la Carta sociale europea (ratificata con l. 929/1965). Si applica dunque l'art. 2110 c.c. (che prevede la sospensione del rapporto anche in caso di gravidanza e puerperio oltre che in caso di malattia ed infortunio) con automatico divieto di licenziamento nei cinque mesi di astensione obbligatoria (mentre continua a *non* applicarsi il divieto di licenziamento di ventuno mesi previsto per la lavoratrice madre).

[51] Cass. 26.5.2004 n. 10179 (recesso da rapporto di agenzia con lavoratrice in stato di gravidanza): "è esclusa l'estensione in favore delle lavoratrici autonome del divieto di risoluzione del rapporto di lavoro operante per le lavoratrici subordinate"; dalla stessa giurisprudenza costituzionale emerge "il principio della non comparabilità tra le posizioni del lavoratore subordinato e del lavoratore autonomo", nonché "quello della legittimità della mancata estensione del divieto di cui si tratta a particolari categorie di lavoratrici subordinate, quali le addette ai servizi domestici". Nemmeno l'ordinamento comunitario, "che pure ha imposto l'estensione del principio della parità di trattamento e della tutela antidiscriminatoria a tutti i lavoratori, compresi quelli autonomi, contiene precetti che impongano agli Stati membri di vietare il recesso dal rapporto in essere con lavoratrici madri, neanche con riferimento alle lavoratrici subordinate".

del 71 (tutela delle lavoratrici madri) e nella legge del 63 (divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio).
Compare soltanto nel 2001 (tutela e sostegno di maternità e paternità), ma non a proposito del divieto di licenziamento della lavoratrice madre, disciplinato a parte (art. 54), e non inserito nella norma sul "divieto di discriminazione" (art.3).
Quella parola (*discriminazione*), infatti, aveva poco a che vedere con la tecnica di tutela adottata per proteggere le lavoratrici madri e/o spose, *discriminate*[52]*,* rispetto agli uomini. *Discriminate* (se si vuole usare la parola) non per ragioni di genere, o legate alla particolare condizione esistenziale di madre e sposa, ma per i riflessi negativi di quella condizione sulla prestazione lavorativa[53]. Quei due divieti, accomunati da una "*identità di* ratio"**,** sono infatti "essenzialmente rivolti ad evitare che il datore di lavoro sia indotto a risolvere il rapporto in considerazione dei costi e delle disfunzioni conseguenti alle assenze per l'eventuale maternità"[54].
Una tecnica di tutela giuslavoristica (divieto assoluto di licenziamento) più efficace della tecnica di tutela propria del diritto antidiscriminatorio (prova agevolata della discriminazione)[55].
Solo nel 2006 quel divieto sarebbe stato inserito *inopinatamente* tra i divieti di discriminazione dal Codice delle pari opportunità (art. 35). La confusione provocata da una siffatta equivoca collocazione ha, così, incoraggiato opposte speculazioni interpretative.

- Vuoi per estendere la suddetta tutela (asseritamente antidiscriminatoria) ai lavoratori padri e/o sposi;

- Vuoi, al contrario, per negarla alle stesse lavoratrici ove il datore di lavoro avesse provato l'insussistenza del motivo discriminatorio (del tutto irrilevante nella logica di quella tecnica di tutela).

1.1 - L'utilizzo del diritto antidiscriminatorio in funzione riduttiva della tutela di diritto interno

Iniziamo proprio da questa seconda ipotesi.

[52] *Relazione della commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori in Italia*, Vol. IX, *Controversie individuali di lavoro*, § 22, p. 82: "questa prassi costituisce uno degli aspetti discriminatori ancora esistenti tra lavoro maschile e femminile… La donna non deve essere posta nell'alternativa di dover scegliere tra il lavoro e il matrimonio; deve essa stessa liberamente decidere se gli impegni della vita le consentano, o meno, la prosecuzione dell'attività lavorativa".
[53] Notava Corte cost. 5.3.1969, n. 27 come "la prassi dei licenziamenti delle donne in caso di matrimonio aveva assunto dimensioni ancora più gravi a seguito dell'entrata in vigore della legge 26 agosto 1950, n. 860, sulla tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri a causa dei disagi ed oneri che questa aveva imposto agli imprenditori*"*.
[54] Così Cass. 10.12.2018, n. 31824, nell'escludere che la *ratio* della tutela fosse quella della parità di genere, invocata da lavoratori di sesso maschile padri e sposi che avevano ottenuto dai giudici di merito l'estensione del divieto in loro favore con il conseguente accertamento della nullità del licenziamento.
[55] La Direttiva 92/85/CEE ("…misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento"), decima direttiva particolare ai sensi dell'art.16, § 1, Direttiva 89/391/CEE ("misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro"), prevede all'art. 10 un "divieto di licenziamento" ma solo "nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità", con mero obbligo di "fornire per iscritto giustificati motivi per licenziamento" e generica previsione di "misure necessarie per proteggere le lavoratrici contro le conseguenze di un licenziamento che… è illegittimo" (ma non necessariamente nullo).

Un licenziamento vietato in assoluto (salvo non ricorrano tre ipotesi tassative per licenziare, poi diventate quattro[56]) non è un licenziamento intimato per un motivo discriminatorio che la lavoratrice debba provare, pur agevolata da una presunzione[57].
Considerato discriminatorio il licenziamento[58], si sarebbe potuta dare rilevanza alla prova della mancanza di un nesso tra il licenziamento e la condizione della lavoratrice, perché l'imprenditore ne era all'oscuro; perché il licenziamento non era *mirato* sulla persona della lavoratrice madre/sposa, ma era collettivo; perché deciso in epoca non sospetta, perché (previo processo alle intenzioni) la lavoratrice si sarebbe potuta rendere non licenziabile (è il momento di sposarsi aspettare un anno e poi fare un figlio). Un matrimonio di interesse alla stabilità del rapporto.
Sempre nella logica antidiscriminatoria, si sarebbero potute considerare non tassative le quattro ipotesi di licenziamento consentito: in particolare, la cessazione dell'attività dell'azienda cui la lavoratrice è addetta, da estendersi alla cessazione dell'attività di un reparto, di un ramo autonomo, di un gruppo compatto di lavoratori.
Proprio la tassatività delle tre ipotesi (più quella aggiunta dal giudice delle leggi), ed il non averne previsto una quarta (quella del licenziamento collettivo) nella logica del divieto assoluto di licenziamento, aveva innescato, oltre mezzo secolo fa, la questione della "violazione del principio di eguaglianza e della libertà di iniziativa economica che discenderebbe dalla circostanza che la limitazione della facoltà di prova contraria ai tre tassativi casi innanzi indicati rende assoluta in ogni altra ipotesi la presunzione stabilita nel terzo comma".
La legge, si temeva allora, "offre un inammissibile strumento per impedire od escludere un licenziamento giustificato da causa diversa dal matrimonio, potendo accadere che la lavoratrice richieda le pubblicazioni solo allo scopo di paralizzare un minacciato licenziamento"[59].

Ma anche al giorno d'oggi una rimeditazione/rivisitazione/ricostruzione in chiave antidiscriminatoria, della tecnica di tutela, porterebbe a ritenere che nella ricorrenza di quelle tre (non poi così tassative) ipotesi "nel doveroso bilanciamento di interessi di rilevanza costituzionale, sulla tutela della lavoratrice in un momento di passaggio esistenziale particolarmente importante... il legislatore ha ritenuto prevalente la tutela della libertà d'impresa (art. 41 Cost.), consentendo la riemersione dell'ordinario potere di licenziamento". Impedendo magari matrimoni e gravidanze di interesse: "a ritenere diversamente, si favorirebbe

[56] Corte cost. 31.5.1996, n. 172 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, c. 3, l. 1204/1971 nella parte in cui non prevede l'inapplicabilità del divieto di licenziamento nel caso di recesso per esito negativo della prova, pur precisando che l'esonero della prova vale solo se il datore di lavoro ignorasse lo stato di gravidanza. In caso contrario, il datore ha l'obbligo di motivare il mancato superamento della prova, come nel caso dell'assunto obbligatoriamente con patto di prova.
[57] L'art. 18, c. 1, l. 300/1970 distingue dal licenziamento discriminatorio il licenziamento intimato in concomitanza del matrimonio che assimila al licenziamento della lavoratrice madre. Ed inoltre né l'art. 15, l. 300/1970, né l'art. 4, l. 604/1966, né l'art. 3 l. 108/1990 inseriscono tra i licenziamenti discriminatori (che tali sono se il lavoratore prova la discriminazione) quelli vietati (che lo sono in assoluto, a prescindere dalla prova della discriminazione) e cioè il licenziamento a causa di matrimonio o quello della lavoratrice madre.
[58] Così come ha fatto App. Venezia 7.6.2021 n. 409 (poi annullata da Cass. 16.4.2024, n. 10286), proponendo una "rivisitazione del rapporto regola-deroga" di cui all'art. 35, D.lgs. 198/2006. Ciò renderebbe "possibile rimeditare l'orientamento giurisprudenziale che interpreta l'ipotesi della «cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta» come riferita alla sola cessazione dell'intera attività del datore di lavoro" ed inoltre di dare rilevanza al momento in cui è maturata la decisione di ridurre il personale persino nel caso in cui le pubblicazioni di matrimonio abbiano preceduto la comunicazione di avvio della procedura di licenziamento collettivo (che, comunque, esprime una "intenzione", e non una decisione, di licenziamento).
[59] Ad esempio, dopo la comunicazione di avvio di una procedura di licenziamento collettivo o dopo la contestazione disciplinare, specie nel pubblico impiego: cfr. Cass. 19.4.2018, n. 9736. Ricordiamo le modifiche dell'art. 4, c. 2, D.lgs. 2003/115 all'art. 54, c. 4, D.lgs.151/2001 (che ha aggiunto al comma la previsione secondo cui è stato "La lavoratrice non può altresì essere collocata in mobilità a seguito di licenziamento collettivo ai sensi della L. 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, salva l'ipotesi di collocamento in mobilità a seguito della cessazione dell'attività dell'azienda di cui al comma 3, lett. b)".

un utilizzo distorto/abusivo della tutela in esame per impedire/ritardare l'esercizio da parte del datore di lavoro di una legittima ed ordinaria sua prerogativa"[60].
Fatto sta che la Corte costituzionale aveva chiarito già sin dal 1969 che scopo della tutela della lavoratrice, esposta ad una "incombente minaccia del licenziamento", non fosse solo quello di reprimere *ex post* un licenziamento odioso, ma anche quello, promozionale, di "sollevare la donna dal dilemma di dover sacrificare il posto di lavoro per salvaguardare la propria libertà di dar vita ad una nuova famiglia o, viceversa, di dover rinunziare a questo suo fondamentale diritto per evitare la disoccupazione".
E che il *congegno* escogitato, la tecnica di tutela funzionale allo scopo, consistesse in ciò che la norma "preclude al datore di lavoro (al di fuori dei casi tassativamente previsti) la possibilità di provare che il licenziamento non è stato disposto a causa di matrimonio, rende assoluta la presunzione stabilita nel terzo comma e, in definitiva, pone un divieto temporaneo di licenziamento per qualsiasi causa che non rientri fra quelle elencate nell'ultimo comma" ed "esonera la lavoratrice dal difficilissimo onere di provare che il matrimonio e la promessa di matrimonio è stato l'unico motivo del recesso del datore di lavoro".
Esonero totale, non mera agevolazione probatoria. L'onere è tutto in capo al datore, che deve provare non l'insussistenza del motivo discriminatorio, ma *solo* la ricorrenza di una delle tre tassative ipotesi di licenziamento non vietato. Quelle e solo quelle.
Chiamata di nuovo nel 1993, dopo l'introduzione della disciplina dei licenziamenti collettivi, la Corte costituzionale avrebbe ribadito, quanto alla tecnica di tutela, che la legge ha "ridotto tassativamente la facoltà di prova contraria ai tre casi indicati"[61].
Con la conseguenza che nel periodo vietato "la lavoratrice non solo non può essere colpita da un licenziamento individuale motivato da una causa diversa da quelle elencate nell'ultimo comma dell'art. 1, ma non può nemmeno essere assoggettata alle procedure di «messa in mobilità» o di licenziamento collettivo per riduzione del personale"[62].
Che è quanto la Cassazione ha dovuto ora ribadire, annullando la sentenza di merito che aveva utilizzato la tecnica di tutela antidiscriminatoria per *salvare* un licenziamento in concomitanza con il matrimonio che la tecnica di tutela incentrata sul divieto di licenziamento non avrebbe mai consentito di *salvare*[63].

Sollevare la lavoratrice da un *dilemma.* Proteggerla da un "grave turbamento".

Se questa è la *ratio* comune*,* della tecnica di tutela delle lavoratrici spose e/o madri, il licenziamento deve essere nullo, non temporaneamente inefficace, così come era espressamente previsto, però, solo per la lavoratrice licenziata "per causa di matrimonio"[64].

---

[60] Così ancora la sentenza d'appello di Venezia annullata nelle more della stesura della presente relazione.
[61] Corte cost. n. 46/1993: la legge non ha "semplicemente il valore di provvedimento repressivo di un'ipotesi di licenziamento (individuale) illecito particolarmente grave per l'offesa arrecata a un diritto fondamentale della lavoratrice, ma anche il valore positivo di provvedimento promozionale del matrimonio e della famiglia legittima, fondato quindi non solo sugli artt.2, 4, 35, 37 e 41, secondo comma, Cost., ma anche sugli artt. 29 e 31 Cost."
[62] Si legge in motivazione che "sotto la veste impropria di una presunzione di illiceità del motivo non superabile se non nei tre casi richiamati nell'ultimo comma dell'art. 1, la legge innova sostanzialmente garantendo alla lavoratrice, nel periodo indicato, la stabilità del posto di lavoro correlata alla sospensione del potere di recesso in capo al datore".
[63] Cass. 16.4.2024 n. 10286 che ha dovuto ribadire i seguenti principi di diritto: "1. La presunzione relativa di collegamento fra licenziamento e matrimonio opera anche in presenza di un licenziamento collettivo. 2. Le tre ipotesi previste dal co. 5^ dell'art. 35 d.lgs. n. 198/2006 non esprimono una regola generale, bensì costituiscono eccezioni alla regola generale rappresentata dal divieto di licenziamento a causa di matrimonio e pertanto non sono suscettibili di interpretazione estensiva né tantomeno di applicazione analogica. 3. La cessazione dell'attività aziendale, quale eccezione al divieto di licenziamento a causa di matrimonio, non sussiste qualora sia cessato solo un reparto aziendale, per quanto autonomo".
[64] La tesi della nullità era stata sostenuta da PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, *Cap. terzo,* in *Nuovo Trattato di diritto del lavoro,* RIVA SANSEVERINO-MAZZONI (diretto da), Padova, 1971, Vol. II, p 651 e ss., con riferimento sia al divieto dell'art. 2110 c.c. sia ai divieti relativi a gravidanza, puerperio e matrimonio (che prescindono dalla sospensione del rapporto).

Ma non anche per la lavoratrice madre, esposta così al "grave turbamento" di dover convivere, oltre che con il figlio, con un licenziamento destinato a produrre effetto il giorno del suo primo compleanno. Ciò perché non si trattava di un caso di nullità *espressamente* previsto dalla legge[65].

Di qui, la dichiarata incostituzionalità di una norma che, comminando la nullità, serve "non soltanto alla conservazione dell'impiego, ma anche ad evitare che nel relativo periodo di tempo intervengano, in relazione al rapporto di lavoro, comportamenti che possano turbare ingiustificatamente la condizione della donna ed alterare il suo equilibrio psico-fisico, con serie ripercussioni sulla gestazione o, successivamente, sullo sviluppo del bambino".

Così impedendo "che possano, dalla maternità e dagli impegni connessi alla cura del bambino, derivare conseguenze negative e discriminatorie"[66].

1.2 - La decorrenza dei termini di decadenza durante il periodo di divieto di licenziamento

Sollevare la lavoratrice da un "dilemma". Proteggerla da un "grave turbamento".

Ed invece la lavoratrice, se licenziata, in quel periodo di interdizione deve pensare alla sua causa di licenziamento, altrimenti decade. Facendo i conti, i termini possono ben decorrere interamente durante il periodo protetto (ventuno mesi per la lavoratrice madre).

Quei licenziamenti (della lavoratrice madre e per causa di matrimonio) non erano soggetti ad impugnazione per pacifica giurisprudenza[67], prima che il furore deflattivo della legge-manifesto del *giuslavorismo di prossimità* (la l. 183/2010 che ha inaugurato il quinquennio *terribile* del diritto del lavoro), all'apice della "lunga stagione del giuslavorismo liberista"[68], rendesse applicabili le disposizioni dell'art. 6, l. 604/1966 "anche a tutti i casi di invalidità del licenziamento" (art. 32, c. 2).

Eppure, la Corte costituzionale aveva detto che il licenziamento non dovesse essere recepito in alcun modo dall'ordinamento ed essere considerato "totalmente improduttivo di effetti" (per questo nullo e non temporaneamente inefficace), così da non "turbare ingiustificatamente la condizione della donna ed alterare il suo equilibrio psico-fisico, con serie ripercussioni sulla gestazione o, successivamente, sullo sviluppo del bambino".

Ed invece il licenziamento produce l'effetto di costringere la lavoratrice a seguire, insieme, la prole e la causa.

1.3 - L'utilizzo del diritto antidiscriminatorio in funzione estensiva dei divieti di licenziamento agli uomini

---

[65] Questa l'interpretazione avallata da Cass. S.U. 21.8.1990, n. 8535: "la protezione della maternità è realizzata dalla conservazione del posto di lavoro nello spazio temporale sopra indicato mentre la nullità sarebbe eccedente rispetto alla ratio della legge".

[66] Corte cost. 8.2.1991 n. 61. Era incostituzionale fosse "temporaneamente inefficace" il licenziamento della lavoratrice madre, e non "*nullo*" così come "è disposto per l'ipotesi, per certi aspetti analoga, del licenziamento per causa di matrimonio, di cui alla legge 9 gennaio 1963, n. 7, che peraltro è anche funzionalmente connessa alle concrete esigenze di tutela della maternità, come mise in rilievo questa Corte con la sentenza n. 27 del 1969".

[67] Cass. 30.5.1997, n. 4809: "la disposizione di cui al citato art. 6 legge n. 604 del 1966 è da considerarsi di carattere eccezionale e non è perciò applicabile, neanche in via analogica, ad ipotesi di nullità del licenziamento che non rientrino nella previsione della citata legge n. 604 del 1966. È pertanto da escludersi che il suddetto termine di sessanta giorni per l'impugnativa sia applicabile ai licenziamenti previsti dall'art. 1 legge n. 7 del 1963 (sul divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio) e dall'art. 2 legge n. 1204 del 1971 (sulla tutela delle lavoratrici madri)"; ma già Cass. 14.7.1984, n. 4144.

[68] MARIUCCI, *Giuslavorismo e sindacati nell'epoca del tramonto del neoliberismo,* in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 407/2020. Il *giuslavorismo di prossimità* esprime la fase *hard* della stagione del giuslavorismo liberale nella quale "le norme del diritto del lavoro devono essere puramente e semplicemente subordinate alle esigenze del mercato e persino agli immediati ed atomistici bisogni dell'impresa". Avrei però i miei dubbi che sia al tramonto considerato che i protagonisti della stagione del *giuslavorismo di prossimità* hanno espresso l'attuale Ministro del Lavoro.

1.3.1 - Un licenziamento vietato in assoluto (salvo che non ricorrano tre ipotesi tassative) per ragioni di tutela riferibili unicamente alla donna lavoratrice, non è un licenziamento discriminatorio vietato per violazione del principio di parità di genere. Ed allora ad essere vietato è *solo* il licenziamento della lavoratrice. Non anche quello del lavoratore in posizione *comparabile* perché padre/nubendo/marito.

Prima dell'avvento del diritto antidiscriminatorio il principio di parità di trattamento funzionava a senso unico: le donne devono essere uguali (agli uomini) ma gli uomini non devono essere uguali (alle donne)[69]. Lo avevano ribadito le Sezioni Unite del 1993 e del 1996, nel riaffermare l'insistenza di un generale principio di parità di trattamento. Del resto, a cosa mai servirebbe l'art. 37 Cost. (e l'art. 15 dello Statuto) se esistesse un principio generale di parità di trattamento?

E così non erano vietate "discriminazioni alla rovescia". Se, ad esempio, per uso negoziale si fosse riconosciuta un'indennità *8 marzo* alle sole donne[70].

Ma anche in casi meno particolari, la parità retributiva imposta dall'art. 37 Cost., si diceva, "non è estensibile - in via di inversione - in favore degli uomini le cui prestazioni siano retribuite in misura inferiore a quella delle donne, essendo riferito a soggetti considerati dai costituenti in via esclusiva".

Con l'art. 37 "si è inteso riscattare la donna dal residuo stato di inferiorità sociale e giuridica che aveva rispetto all'uomo, facendole acquistare il diritto, costituzionalmente garantito, alla parità giuridica con l'uomo ed, in ispecie per la lavoratrice, alla parità giuridica con il lavoratore"[71].

La parità in funzione della protezione.

1.3.2 - Ed anche la Corte costituzionale ha sempre parificato la donna all'uomo, e non viceversa[72]. Ed ha rimosso discriminazioni in danno della donna che, in precedenza, aveva ritenuto di giustificare con l'adempimento dell'essenziale funzione familiare della donna.

Ad esempio, quanto alla minore durata del regime di stabilità del rapporto (o età lavorativa) in quanto legata alla minore età pensionabile[73]: illegittima la prima, legittima la seconda.

---

[69] BALLESTRERO, *Ma gli uomini non devono essere uguali? RDL* 1986, II, di commento critico a Cass. 5.3.1986, n. 1444, che aveva ritenuto legittimo il rimborso delle rette di frequenza di asili nido e scuole materne alle sole donne, salvo che il padre non avesse provato di trovarsi "nella necessità di affidare la prole alla cura di terzi, al pari delle lavoratrici": "l'errore della Cassazione…sta nel configurare il rimborso… come «diritto della madre» da estendere eventualmente anche al padre". Una "configurazione" non solo priva di base normativa ma "basata su un pregiudizio: il pregiudizio appunto che la cura dei figli sia responsabilità primaria e essenziale della madre, e che di conseguenza solo il lavoro delle donne debba esserne condizionato. Il pregiudizio svaluta il ruolo del padre, perpetuando il privilegio della sua «immunità» da responsabilità familiari. Un privilegio che talora può costare una manciata di soldi".

[70] Cass. 19.1.1985 n. 173 le erogazioni in questione in quanto aventi fonte in un uso negoziale si erano inserite nel contratto individuale, insensibili ad eventuali modificazioni delle pattuizioni collettive.

65 Ma già Cass. 28.3.1980 n. 2054 e Cass. 3.4.1980 n. 2198 muovendo dall'assunto che "l'art 37, comma primo, cost. è diretto a tutelare la donna lavoratrice e non già il lavoro dell'uomo" e resistendo a tutte le sollecitazioni di fonte sovranazionale richiamate in motivazione.

[72] Corte cost. 4.5.1960 n. 30 aveva ritenuto che non fosse incostituzionale prevedere un trattamento maggiore per il portiere capo famiglia, perché ne beneficava anche la donna, se capo famiglia, non essendo maturi all'epoca i tempi per *ragionare* in termini di discriminazione indiretta.

[73] Corte cost. 18.6.1986 n. 137 ha accolto la questione sollevata sull'art. 11, l. 604/1966 (già ritenuta infondata da Corte cost. n. 123/69 e n. 137/69) sul presupposto che "l'avvento di nuove tecnologie e metodi di produzione e di riforme intervenute nel campo del diritto del lavoro" avesse "reso il lavoro femminile meno usurante e più sicuro"; e considerando come anche l'ordinamento comunitario si fosse venuto evolvendo nel senso di una sempre più incisiva applicazione del principio di parità fra uomo e donna, in particolare con l'emanazione delle direttive 75/117 e 76/207, interpretata, quest'ultima, come idonea ad impedire la possibilità di licenziamento della donna, per la sola ragione del compimento dell'età pensionabile, eventualmente fissata con riferimento ad un limite meno elevato di quello stabilito per l'uomo. Sono seguite Corte cost. 20.12.1988 n. 1106 (sulla disciplina di ristrutturazione della

Quando, però, sono stati chiamati a verificare (addirittura a *disapplicare*, come ritenuto in base ad un "equivoco di fondo") la normativa interna (ancora ispirata da motivi di protezione della donna) - ed in particolare il divieto di lavoro notturno delle donne, salvo deroga stabilita dalla contrattazione collettiva (art. 5, l. 903/1977) - alla luce del principio *bidirezionale* di parità tra i sessi di cui alla direttiva n. 76/207 (che all'art. 5 prescrive addirittura il riesame della normativa in questione, dando per scontato che i motivi di protezione non giustifichino più disparità in favore delle donne), i giudici, anche costituzionali, si sono mostrati piuttosto riluttanti a farlo, dovendo negare una protezione alle donne[74] per una parità un po' ottusa con gli uomini che nemmeno agli uomini interessava.

Quel divieto sopravvissuto alla direttiva che avrebbe dovuto farlo fuori è stato ora mantenuto solo per le donne in gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino (art. 53, D.lgs. 151/2001), in conformità alla direttiva che pure lo prevede.

2.3.3 – Ma è dal matrimonio combinato tra nuova normativa antidiscriminatoria di derivazione eurounitaria e vecchie tutele giuslavoristiche che è partorita l'idea della reversibilità della tutela paritaria, anche nella direzione uomo-donna.

Divieti funzionali alla tutela della (sola) donna lavoratrice sono stati letti in chiave antidiscriminatoria, con pretesa di adeguamento dei divieti nazionali al femminile al principio della parità di genere che "implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso" e, dunque, l'estensione al genere escluso, quello maschile, degli stessi diritti.

Una pretesa cui non sono rimasti affatto insensibili quei giudici di merito che avevano ritenuto di dover estendere il divieto di licenziamento *in concomitanza* col matrimonio ai lavoratori maschi, perché *ratio* della norma sarebbe quella "di arginare ogni discriminazione connessa alla scelta, tanto della lavoratrice quanto del lavoratore, di sposarsi e formare una famiglia, con i diritti (e i doveri) che ne discendono"[75].

Ma la Suprema Corte ha spento i bollenti spiriti eurounitari, perché "Alla luce dei principi costituzionali e di diritto dell'Unione nessuna discriminazione può ravvisarsi nell'esclusione dei lavoratori di sesso maschile" dal divieto di licenziamento in concomitanza con il matrimonio,

---

flotta pubblica che fissava a 50 per le donne ed a 55 per gli uomini l'età di pensionamento anticipato obbligatorio del personale in esubero); Corte cost. 27.4.1998, n. 498 (sull'art. 4, l. 903/1997); Corte cost. 20.6.2002 n. 256 (interpretativa di rigetto, per l'apparente disparità conseguente all'elevazione dell'età pensionabile di cui all'art. 1 D.lgs. 503/1992); Corte cost. 29.10.2009 n. 275 (sull'art. 30, D.lgs. 198/2006 modellato sul già incostituzionale art. 4, l. 903/1997). Sia consentito un rinvio a PILEGGI, *Età pensionabile ed estinzione del rapporto di lavoro,* Aracne, 1997. Da ultimo, si veda la nota questione, cui non sono estraneo, della norma transitoria che, stante l'abbassamento e l'unificazione dell'età pensionabile dei tersicorei a 45 anni, consentiva loro di esercitare l'opzione per restare in servizio fino alla loro *vecchia* e *diversa* età pensionabile (47 anni per donne 52 per gli uomini): questione che la Cassazione (17.5.2018, n. 12108), previo rinvio pregiudiziale, ha risolto con la disapplicazione diretta della norma, ritenuta discriminatoria da CGUE 7.2.2018 C-142/17 e C-143/17, senza sollevare anche questione di legittimità costituzionale, e così (consapevolmente) disattendendo il famoso *obiter dictum* sulla *doppia pregiudiziale* di Corte cost. n. 269/2017. Su questo specifico profilo della sentenza cfr. PICCONE, *Il principio di non discriminazione nell'incrocio fra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di cassazione, LDE,* 2/2018 nonché VALERIA PICCONE ARCHIVI - DIRITTI COMPARATI

[74] Nel caso deciso da Cass. 20.11.1997 n. 11571, est. Foglia, era stata la lavoratrice (difesa da Cossu e Cester) a dedurre a fondamento della giusta causa di dimissioni la violazione dell'art. 5, l. 903/1977, per essere stata adibita a lavoro notturno. Detta adibizione era stata ritenuta legittima dai giudici di appello che avevano disapplicato il divieto per contrasto con la direttiva, avente, a loro dire, diretta efficacia orizzontale, come (sarebbe stato) precisato da CGCE 25.7.1991 C-345/89, *Stoeckel* (che però concerneva gli effetti penali della violazione del divieto, la potestà punitiva dello Stato, e dunque aveva efficacia verticale nei confronti dello Stato). La Suprema Corte ha annullato la sentenza ritenendo legittimo il divieto "positivamente scrutinato dalla Corte costituzionale che ne aveva colto piuttosto la valenza protettiva in favore del lavoro delle donne - come pienamente coerente, oltre che agli impegni internazionali assunti dal nostro Paese, anche ai principi dettati dall'art. 37 della Costituzione (sent. 1º luglio 1987, n. 246)". Gli impegni internazionali erano stati assunti con la ratifica della Convenzione OIL n. 89/1948, denunciata nel 1992.

[75] Trib. Vicenza 24.5.2016 che ha richiamato l'obbligo di interpretazione conforme della normativa nazionale al diritto comunitario; nello stesso senso Trib. Napoli 15.12.2016, n. 49285.

"non essendo ravvisabili rispetto ad essi le medesime esigenze di protezione di genere, prime tra tutte quelle correlate alla maternità ed al puerperio, cioè alle funzioni biologiche proprie della donna"[76].
E del resto, lo dice proprio la Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea (art. 23, c. 2) che "il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevengano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato". E la Carta dice pure che "Al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha il diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla *maternità* e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio" (art. 33, c.2).
Dal ché la Cassazione ha tratto argomento per ritenere riservato alla lavoratrice il divieto di licenziamento in concomitanza col matrimonio, storicamente e logicamente collegato alle tutele della sola lavoratrice madre.

2 – La tutela *padre*: il divieto di licenziamento del lavoratore padre che si assume le responsabilità genitoriali

La "discriminazione è nella società", diceva Pessi già a Gubbio, e allora serve "la creatività e la fantasia di prospettare soluzioni nuove ed articolate che puntino anzitutto a ridisegnare il ruolo dell'uomo, in termini di obblighi e responsabilità, nella famiglia come marito e come padre"[77].
Perché le donne rischiano di rimanere "intrappolate in un ruolo familiare prefissato" se le tutele aggiuntive loro riservate postulano, confermano e rinsaldano quel ruolo, nutrendo il "pregiudizio che la cura dei figli sia responsabilità ed essenziale della madre"[78].
Ed allora anche il lavoratore *padre* deve assumersi, per legge, se non per vocazione, le proprie responsabilità nei confronti dei figli e della madre.
Ed i congedi non possono essere solo alternativi, ma devono essere anche autonomi; non solo facoltativi, ma anche obbligatori, "considerando"[79] che *"*le politiche in materia di equilibrio tra attività professionale e vita familiare dovrebbero contribuire al conseguimento della parità di genere promuovendo la partecipazione delle donne al mercato del lavoro e l'equa ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne, e colmando il divario di reddito e retributivo di genere"; "considerando" che anche ai padri (o "secondo genitore equivalente") deve essere riconosciuto (in aggiunta ai congedi parentali) un congedo di paternità obbligatorio: "per incoraggiare una più equa ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne, nonché per consentire un'instaurazione precoce del legame tra padre e figlio, è opportuno introdurre un diritto al congedo di paternità per i padri o, laddove e nella misura in cui riconosciuto dal diritto nazionale, per un secondo genitore equivalente".

Ma, a quel punto, anche il padre responsabilizzato potrebbe subire ritorsioni se esercitasse il diritto ai congedi. Ecco allora che la direttiva prevede per lui una protezione incentrata sulla tecnica di tutela antidiscriminatoria: facoltà di chiedere i motivi del licenziamento, da comunicare per iscritto; onero probatorio agevolato (se il lavoratore presenta "fatti in base ai quali si può presumere che vi sia stato un licenziamento di tal genere, incomba al datore di lavoro dimostrare che il licenziamento è stato basato su motivi diversi" (art. 12 della Direttiva)[80].

---

[76] Così Cass. 10.12.2018 n. 31824; Cass. 7.6.2019 n. 15515; Cass. 12.11.2018 n. 28926; Cass. 26.10.2022 n. 31632.
[77] Che poi aggiungeva che dovesse aversi il "coraggio di ridiscutere gli strumenti di tutela anche nell'ambito del rapporto di lavoro, per un verso, osando esplorare ipotesi di intervento autoritativo come le «quote», per l'altro, prospettando disponibilità a rinunce e/o redistribuzioni di tutela tra i sessi", Relazione, p. 75.
[78] Cui faceva riferimento la Prof.ssa Ballestrero nel commento del 1986 richiamato in nota 63.
[79] "Considerando" tratti dalla direttiva 2019/1158 relativa "all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza".
[80] Cfr. ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D'ONGHIA, *Per una trasposizione responsabile della direttiva n. 2019/1158, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, RGL,* 1, 2022, 111.

Fin qui, in fondo, nulla di strano. Si tratta della tipica tecnica di tutela antidiscriminatoria.

Sennonché, nell'attuare la Direttiva (D.lgs. 105/2022), il legislatore italiano ha voluto *strafare*, estendendo al lavoratore padre la stessa tecnica di tutela (giuslavoristica e non antidiscriminatoria) della lavoratrice madre e che in precedenza operava soltanto in caso di "congedo di paternità" (definito ora "alternativo") in caso di "morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono o di affidamento esclusivo al padre" (art. 28, D.lgs. 151/2001)[81].

E così ha ora previsto (art. 54, c. 7, D.lgs. 151/2001 come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. r) D.lgs.105/2022) che anche "in caso di fruizione" del congedo di paternità "obbligatorio" (art. 27-bis), "il divieto di licenziamento si applica anche al padre lavoratore per la durata del congedo stesso e si estende fino al compimento di un anno di età del bambino".

Il licenziamento intimato in violazione del divieto è nullo salvo che non ricorrano le tre tassative ipotesi previste dalla legge. Anche in caso di licenziamento collettivo l'avere esercitato il diritto al congedo obbligatorio garantisce totale immunità.

La *ratio* del divieto non è paritaria (rispetto alla madre), ma antiritorsiva ed incentivante rispetto all'esercizio del diritto al congedo di paternità obbligatorio, riconosciuto più che a vantaggio del padre, cioè "per consentire un'instaurazione precoce del legame tra padre e figlio", a vantaggio della madre, "per incoraggiare una più equa ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne"[82].

Il divieto di licenziamento della lavoratrice *madre* nato nel 1950 è diventato, nel 2022, un divieto di coppia. Madre e padre. Con un'unica differenza. Ed è che, a quanto risulta dal tenore letterale della norma, per il padre il divieto di licenziamento non opera automaticamente "in connessione oggettiva con lo stato di gravidanza" (come per la madre), ma dalla effettiva fruizione del congedo (che dunque deve essere chiesto) e fino al compimento di un anno di età del bambino.

Dieci giorni di congedo di paternità obbligatoria valgono un anno di stabilità (pressocché) assoluta. Indipendentemente dall'uso del congedo. Anche se *genitorialmente irresponsabile, maschilista* e *patriarcale*.

A meno di non ritenere assurdamente che, così come nel caso dei permessi ex art. 33, l. n. 104 del 92, l'imprenditore, scettico sull'autenticità della insospettata vocazione genitoriale del proprio dipendente, possa disporre controlli sull'avere davvero, quel padre, speso quei dieci giorni di congedo obbligatorio, non per giocare a padel o a calcetto, ma per condividere con la madre le responsabilità genitoriali.

Una simile tutela di conio giuslavoristico (il divieto di licenziamento concepito per impedire comportamenti che possono "turbare ingiustificatamente la condizione della donna ed alterare il suo equilibrio psico-fisico, con serie ripercussioni sulla gestazione o, successivamente, sullo sviluppo del bambino") appare allora davvero sovrabbondante rispetto allo scopo meramente

[81] Era stato introdotto in via sperimentale dall'art. 4 c. 24 l. 92/2012 "al fine di sostenere la genitorialità, promuovendo la cultura di maggiore condivisione dei compiti di cura dei figli all'interno della coppia per favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro in via sperimentale per gli anni 2013-2015" ma per "un periodo di un giorno" (c'era allora la direttiva 2010/18/UE), poi via via esteso fino ai dieci giorni attuali, ma senza che vi fosse agganciato il divieto assoluto di licenziamento ora introdotto.

[82] Perché, come si legge nei considerando della direttiva, "uno dei principali fattori che contribuiscono alla sottorappresentanza delle donne sul mercato del lavoro è la difficoltà di conciliare l'attività professionale con gli impegni familiari. Quando hanno figli, le donne sono propense a dedicare più tempo all'adempimento di responsabilità di assistenza non retribuite"; perché "lo squilibrio nella concezione delle politiche a favore dell'equilibrio tra attività professionale e vita familiare tra donne e uomini rafforza gli stereotipi e le differenze di genere nell'ambito del lavoro e dell'assistenza".

redistributivo degli oneri assistenziali, di lotta agli stereotipi, di responsabilizzazione del padre e di affrancamento della madre[83].
Il privilegio della "immunità" da responsabilità familiari poteva talvolta costare all'uomo "una manciata di soldi"[84]. Rinunciare a quel privilegio (fruendo di un congedo obbligatorio) non solo non costa nulla (l'indennità è pari al 100% della retribuzione), ma vale almeno un anno di stabilità assoluta.

3 – La gravidanza emancipata dal sesso come fattore (autonomamente) protetto

Non era direttamente ed autonomamente vietata la discriminazione fondata sulla gravidanza: era vietata in quanto (ontologicamente) fondata sul sesso - "anche se attuata attraverso il riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza" (art. 1, l. 903/77). Perché ad essere in stato di gravidanza, non può che essere una donna[85].
Anche "per quanto riguarda l'accesso al lavoro" è una discriminazione fondata sul sesso quella "attuata attraverso il riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza"[86].
Ma ora "lo stato di gravidanza" è stato *scorporato* dal "sesso" come fattore protetto[87].
E c'è un certo affollamento di fattori protetti. La discriminazione non è più solo "in ragione del sesso", ma anche "dell'età *anagrafica*" (non di quella che ognuno si sente addosso), delle "esigenze di cura personale o familiare, dello stato di gravidanza nonché di maternità o paternità".
Costituisce discriminazione diretta anche "ogni trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro" che abbia effetti svantaggiosi sui lavoratori fattoriali.
L'inciso "compresi quelli di natura organizzativa o incidenti sull'orario di lavoro", è stato aggiunto, con sintassi forzata, anche nella definizione di discriminazione indiretta: quando "una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri" ("compresi quelli" di cui sopra) metta o possa mettere i lavoratori *fattoriali* in una posizione di particolare svantaggio rispetto agli altri. Anche se testualmente si considerano solo "i lavoratori di un determinato sesso".

---

[83] Altra cosa è estendere i diritti di cui al D.lgs. 151/2001 alle coppie dello stesso sesso anche ordinando all'INPS di modificare il sistema informatico di ricezione delle domande amministrative, "rendendo possibile alle coppie che risultino genitori dai registri dello stato civile di inserire i loro codici fiscali e ogni altro dato rilevante, a prescindere dal loro sesso", come ha fatto Trib. Bergamo 25.1.2024 (non ancora decisa in appello) su ricorso promosso da *Rete Lenford - Avvocatura per i diritti LGBTI+APS.* L'ordinanza ex art. 702 bis c.p.c. si aggancia, senza citarla, ad App. Milano n. 453/2021 che ha riconosciuto i congedi per il "padre lavoratore" *ex* art. 32 c. 1 lett. b) nonché il congedo per la malattia del figlio *ex* 47 D.lgs. 151/2011 in un caso di omogenitorialità attestato dai registri di stato civile, che il datore di lavoro pubblico riteneva *contra legem,* stante il non consentito ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte di una coppia omosessuale). Si vedano in Wikilabour https://www.wikilabour.it/.../uploads/2024/02/20240125_… · PDF file (bing.com) e Bollettino Adapt https://www.bollettinoadapt.it/.../uploads/2021/05/20210… · PDF file (bing.com)
[84] BALLESTRERO *cit.* a proposito degli uomini che avevano vanamente chiesto di essere parificati alle donne quanto al rimborso delle spese per asilo nido o scuola materna.
[85] CGCE, 14.7.1994, Webb, C-32/93 "osta al licenziamento di una lavoratrice assunta a tempo indeterminato al fine di sostituire, in un primo tempo, un'altra dipendente durante il congedo di maternità di quest'ultima e che non sia in grado di assicurare tale sostituzione trovandosi anch'essa incinta poco dopo la sua assunzione". Cass. 26.2.2021, n. 5476 con riferimento al mancato rinnovo del contratto a termine ad una lavoratrice in stato di gravidanza: "il rifiuto di assumere o il licenziamento di una donna incinta per il suo stato di gravidanza o maternità costituiscono una discriminazione diretta fondata sul sesso che non può essere giustificata da alcun interesse, compreso quello economico del datore di lavoro".
[86] Art. 27, c. 1, D.lgs. 198/2006. CGUE 8.11.1990, C-177/88, *Dekker*, p. 12: "A questo proposito si deve osservare che un rifiuto d'assunzione per motivo di gravidanza può opporsi solo alle donne e rappresenta quindi una discriminazione diretta a motivo del sesso. Orbene, un rifiuto di assunzione dovuto alle conseguenze finanziarie di un'assenza per causa di gravidanza deve esser considerato fondato essenzialmente sull'elemento della gravidanza. Siffatta discriminazione non può giustificarsi con il danno finanziario subito dal datore di lavoro, in caso di assunzione di una donna incinta, durante tutto il periodo d'assenza per maternità".
[87] Art. 25, c. 2-bis D.lgs. 198/200 modificato dall'art. 2, c. 1, l. 162/2021.

L'esercizio del potere organizzativo è sottoposto allora ad un controllo antidiscriminatorio. Ad esempio, sugli *accomodamenti ragionevoli* che sarebbero stato possibile adottare per non mettere in difficoltà un lavoratore *fattoriale*, ad esempio per venire incontro alle "esigenze di cura personale o familiare" concepite come nuovo fattore di protezione.
Un controllo (anche nel merito delle scelte che sono state fatte e di quelle diverse che potevano essere fatte e che potrebbero essere fatte per rimuovere l'effetto pregiudizievole) che i giudici già fanno, come diremo.
Ma allora le "valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro" non sono così insindacabili come pretenderebbe l'arcigno art. 30, l. 183/2010.
La discriminazione può annidarsi nell'organizzazione. Ed allora l'organizzazione può essere messa in discussione. Ed un controllo di ragionevolezza sulle disposizioni organizzative diventa possibile. Anche se contenute in accordi sindacali. Punto su cui torneremo nel parlare di parità di trattamento e controllo di ragionevolezza, oggi.

3.1 – Divagazioni a partire da un caso di discriminazione collettiva di lavoratrici in gravidanza nell'accesso al lavoro: la funzione ontologicamente antidiscriminatoria dell'art. 2112 c.c.

Lo stato di gravidanza è ora un fattore di discriminazione autonomo, sganciato dal fattore sesso che, esteso al genere, e sessualmente neutro, non lo rispecchiava più.

Il problema è che "per quanto riguarda l'accesso al lavoro, in forma subordinata, autonoma o in qualsiasi altra forma" non è una discriminazione facile da *stanare*, anche ricorrendo al dato statistico.

Dovrebbe potersi confrontare un *prima* con un *dopo* rispetto al momento della (mancata) assunzione. Ad esempio, perché c'è stato già un contratto che però non è stato rinnovato[88].

Un siffatto confronto tra un prima ed un dopo è possibile anche quando si legittima un'operazione imprenditoriale a rischio elusione di fondamentali tutele quale è quella che consente di licenziare tutti e riassumere una parte.

E, dunque, di riassumere discriminando. Ciò che non sarebbe possibile se il rapporto continuasse ai sensi dell'art. 2112 c.c.

Non sempre è stata colta la funzione ontologicamente e preventivamente antidiscriminatoria dell'art. 2112 c.c. (nella prospettiva dell'interesse a passare). O forse è stata colta più spesso nel caso del trasferimento del ramo d'azienda (nella prospettiva dell'interesse a *non* passare).
Per ogni fine c'è un nuovo inizio, recita uno spot. È un sogno proibito quello di rinascere vergini. Di liberarsi dalla zavorra del passato, dagli errori, dalle delusioni. Di ricominciare *da tre*.
Di licenziare senza licenziare e soprattutto senza alcun criterio (di scelta). Un peccato non provarci, specie se si pensa di avere le spalle coperte.
Non a caso i due più noti ed eclatanti casi di discriminazione collettiva nell'accesso al lavoro, statisticamente accertata, riguardano proprio trasferimenti d'azienda o di parte d'azienda affrancati dal giogo dell'art. 2112 c.c.
L'affrancamento può essere reso possibile perché lo stabilimento è stato rinnovato al tal punto da sembrare pari al nuovo, così come nuovi si devono sentire, per spirito di appartenenza, i lavoratori da riassumere[89].

[88] Cass. 26.2.2021 n. 5476: "il mancato rinnovo di un contratto a termine ad una lavoratrice che si trovava in stato di gravidanza ben può integrare una discriminazione basata sul sesso".
[89] Nel notissimo caso FIAT si leggeva nel ricorso in appello la seguente giustificazione della discriminazione: "per il contesto in cui l'attività lavorativa viene espletata la convinzione personale attinente all'accettazione delle regole contenute nel contratto di Pomigliano e nel CCSL concordato con FIP costituisce un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa".

Nel caso più recente l'affrancamento dall'art. 2112 è stato reso possibile grazie ad una *discontinuità economica* accertata, sulla carta ed *ex ante*, da una decisione della Commissione europea al (solo) fine di escludere che il cessionario subentrasse nell'obbligo di restituire gli aiuti di stato dati al cedente; grazie al trasferimento di un *asset* e non di un ramo; grazie alla asserita natura *liquidatoria* di una procedura all'esito della quale quell'*asset* è stato venduto per un euro.
Un armamentario elusivo che solo tre giudici del lavoro hanno visto. Ma altri trentacinque no. Un segno dei tempi.
Se poi le nuove assunzioni, da parte di Società totalmente partecipata dallo Stato, possono avvenire, sulla base della legge che ne prevede la costituzione, al di fuori di qualsiasi principio di trasparenza, pubblicità e imparzialità, allora tutto è possibile[90].
Nessuna regola per *licenziare*; nessuna regola per assumere.

3.2 – Il diritto antidiscriminatorio arriva dove non arriva l'art. 2112 c.c.

L'art. 2112 ha dunque una funzione ontologicamente antidiscriminatoria e paritaria. Se il giudice lo applicasse sarebbero impedite *ex* ante, e rimosse *ex post,* tutte le eventuali discriminazioni nell'accesso al lavoro rimaste sommerse. E sarebbe garantita la parità di trattamento.
Altrimenti non resta che la tutela antidiscriminatoria in senso proprio. Solo per chi, però, può far valere un fattore protetto.
Applicata in quei due casi di cui si diceva.

3.2.1 - Nel primo caso, fattore protetto era una specifica appartenenza sindacale.
Una su dieci milioni la possibilità statistica che non fosse assunto nemmeno un iscritto a *quel* sindacato, come accertato all'esito del primo procedimento giudiziario promosso ai sensi dell'art. 28 (non della legge 300/70, ma) del D.lgs. 150/2011 dal Tribunale di Roma con uno storico decreto[91].
La prima volta, a quanto consta.
Perché fosse possibile legittimare processualmente il sindacato, il giudice ha espanso il fattore *convinzioni personali* perché comprendesse anche quelle insite in un'appartenenza sindacale. Se per *convenienza* o *convinzione*, poco importa.
Quel giudice avrebbe fatto giurisprudenza, legittimando un doppio percorso di tutela giudiziaria per le discriminazioni sindacali[92].

---

[90] L'art. 79, c. 5, d.l. n. 18/2020, ha previsto che alla società costituita per l'esercizio dell'attività d'impresa nel settore del trasporto aereo di persone e merci interamente controllata dal MEF non si applicasse, però, il D.lgs. 175/2016 (ovvio si pensasse all'art. 19, c. 2). Cons. Stato 25.1.2023 n. 7753 ha però ordinato ad ITA, di consegnare, in accoglimento di istanza di accesso civico e di accesso documentale, tutti gli atti e documenti relativi ai procedimenti per il reclutamento del proprio personale indicanti gli specifici criteri seguiti e le modalità di assunzione adottate, trattandosi di società a controllo pubblico costituita per svolgere attività di pubblico interesse, tenuta agli obblighi di trasparenza di cui al D.lgs. 33/2013 (artt. 16, 17 e 19) ed al diritto di accesso di cui all'art. 22 l. 241/199l.

[91] Decreto Trib. Roma 21.6.2012 (Baroncini), confermato da ordinanza App. Roma 19.10.2012. Cass. 11.3.2014 n. 5581 ha poi accolto l'eccezione di inammissibilità del ricorso per sopravvenuta carenza dell'interesse ad agire.

[92] Cass. S.U. 21.7.2021, n. 20818 nella nota causa promossa dalla FILT CGIL ai sensi dell'art. 28, D.lgs. 150/2011 contro un'eclatante condotta antisindacale di Ryanair. Si rinvia al punto 6 della motivazione (ben 8 pagine di motivazione su questo solo punto) ove si menziona il precedente di Cass. 2.1.2020 n. 1 nella causa promossa, stavolta ai sensi dell'art. 28 l. 300/1970, da SLAI COBAS contro FCA in relazione al trasferimento collettivo di 316 lavoratori (il 6%) di cui 77 tra iscritti al suddetto sindacato o affetti da patologie invalidanti (17 su 21 sindacalisti trasferiti: l'80% del totale). E questo il primo precedente di legittimità ad aver ritenuto che l'elenco di cui all'art. 21 della Carta "non è esauriente, ma costituisce solo un tentativo di esemplificazione espresso dalla formula «in particolare»*"* e che la direttiva "tutelando le convinzioni personali avverso le discriminazioni, abbia dato ingresso nell'ordinamento comunitario al formale riconoscimento (seppure nel solo ambito della regolazione dei rapporti di lavoro) della libertà ideologica…". In quel giudizio, dunque, non era in questione la legittimazione del sindacato ad agire ai sensi dell'art. 28, D.lgs. 150/2011, ma se operasse l'agevolazione probatoria (ma di

Da quel momento il sindacato ha alternato all'art. 28 classico (quello statutario) l'art. 28, D.lgs. 150/2011 facendo valere il fattore *convinzioni personali,* benché la Corte di giustizia mostri di pensarla diversamente sul punto[93].
Da allora il sindacato agente avrebbe usato alternativamente i due 28 con riferimento anche alla stessa condotta antisindacale/discriminatoria: come nel caso della mancata prosecuzione della collaborazione con ciclofattorini che si fossero rifiutati di sottoscrivere un nuovo contratto di collaborazione regolato da contratto collettivo stipulato da sindacato di comodo[94].
Ma quale che sia il rito prescelto, se un fattore è protetto opera l'agevolazione probatoria, cristallizzata ormai in una massima[95].
E, peraltro, anche con l'altro 28 (quello di trent'anni prima) se è represso l'effetto, e non l'intento antisindacale, il dato statistico è di per sé idoneo a dimostrare quell'effetto.

3.2.2 -Nel secondo caso, fattore protetto era lo stato di gravidanza (svelato dall'essere in astensione per maternità le assistenti di volo che si erano candidate per essere riassunte).
Ed il dato statistico (art. 28, c. 4, D.lgs. n. 150/2011; art. 40 D.lgs. 198/2006) anche questa volta è stato decisivo ("Se dunque ogni trenta donne in età fertile si verifica una nascita nell'arco dell'anno, alle 412 assistenti di volo sinora assunte avrebbe dovuto far riscontro un'incidenza di 13,7 donne in gravidanza"; ed anche applicando una riduzione sino al 50% "perché il personale assunto comprende anche donne ultracinquantenni e l'arco di tempo considerato è inferiore ai dodici mesi comunque almeno 6 o 7 donne in gravidanza avrebbero dovuto essere assunte"), così come accertato in uno dei rari procedimenti *ex* art. 38 D.lgs. 198/2006, con ineccepibile decreto[96], persino misurato nel limitare gli effetti dell'accertata discriminazione ad un risarcimento che non solo "vale a ristorare le ricorrenti dal danno subito per la perdita di chance ma esprime anche una valenza dissuasiva perché elide il vantaggio che la società resistente ha inteso assicurarsi evitando l'assunzione di assistenti di volo in gravidanza, per le quali la presenza sul luogo di lavoro sarebbe stata sospesa per la durata del tempo a cui la condanna viene commisurata".
Quel decreto sarebbe stato annullato in sede di opposizione[97], ma poi confermato in appello, con l'aggiunta della tutela reintegratoria (selezione ed assunzione delle lavoratrici discriminate) cui non è di ostacolo l'artt. 41 Cost. "poiché la tutela invocata in questa sede in base al d.lgs. n. 198/2006 non opera sul piano delle obbligazioni derivanti dalle norme che regolano il rapporto

---

parziale inversione dell'onere probatorio parla la sentenza) prevista per il giudizio antidiscriminatorio dall'art. 10, § 1, della Direttiva 2000/78/CE e dall'art. 4, c. 4, D.lgs. 216/2003.
[93] CGUE C-344/20, L.F., p. da 26 a 28 nel noto caso del velo islamico, ha affermato, però che "i termini «religione» e «convinzioni personali» vanno trattati come due facce «dello stesso e unico motivo di discriminazione»" che non comprende "né le convinzioni politiche o sindacali né le convinzioni o le preferenze artistiche, sportive, estetiche o di altro tipo".
[94] Trib. Palermo 12.4.2012 in causa proposta su mandato di un ciclofattorino contro Social Food S.r.l. (28, D.lgs. 150/2011); Trib. Firenze 24.11.2021 n. 781 (in sede di opposizione) e Trib. Bologna 30.6.2021 in cause promosse ai sensi dell'art. 28, l. 300/1970. Esempio di lite strategica promossa sempre dagli stessi sindacati.
[95] Questa: "Il lavoratore deve provare il fattore di rischio, il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe e non portatori del fattore di rischio, deducendo una correlazione significativa fra questi elementi che rende plausibile la discriminazione; il datore di lavoro deve dedurre e provare circostanze inequivoche, idonee a escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria del trattamento, in quanto dimostrative di una scelta che sarebbe stata operata con i medesimi parametri nei confronti di qualsiasi lavoratore privo del fattore di rischio, che si fosse trovato nella stessa posizione".
[96] Trib. Roma 23.2.2022 Sentenza (osservatoriodiscriminazioni.org)
[97] Trib. Roma 23.1.2023 n. 573 ha dato rilevanza alle dedotte "*ragioni di natura tecnico-organizzativa*"; alla possibilità di "*ripresentate la propria candidatura*" ed al fatto che "*la società non risultava a conoscenza dello stato di gravidanza*".

di lavoro, ma si muove nel diverso ambito rispondente all'esigenza di eliminare gli effetti pregiudizievoli dipendenti da prassi atti o comportamenti discriminatori"[98].
Il tutto in un giudizio esclusivamente antidiscriminatorio che dava per pacifica la non applicabilità dell'art. 2112 c.c.
Quello stesso giudice romano, seguito da un giudice milanese e poi da un altro giudice romano[99], non si è lasciato travolgere dalla fortissima corrente giurisprudenziale in senso contrario, e in un successivo giudizio *ex* art. 414 c.p.c., ha rimosso anche l'armamentario che aveva reso possibili le discriminazioni delle lavoratrici in gravidanza nell'accesso al lavoro, applicando l'art. 2112 come argomenti che tutti i numerosissimi precedenti avevano superato [100].
Non c'è due senza tre, e così, alla terza sentenza lo Stato azionista ha reagito repentinamente al "*cambio di giurisprudenza*" interpretando autenticamente l'art. 56 c. 3-bis del D.lgs. 270/1999 con riferimento al singolo caso e disponendo del tipo eurounitario "trasferimento d'azienda"[101].
Come si diceva, per potersi permettere certe discriminazioni bisogna avere le spalle coperte[102].

[98] App. Roma 6.2.2024 n. 475 Sull'obbligo risarcitorio in capo a ITA Airways.
[99] Trib. Roma 26.7.2023 n. 6205 (Cottatellucci); Trib. Milano12.12.2023 n. 2783 (Atanasio); Trib. Roma13.9.2023 n. 7767 (Mormile). Le prime due sentenze hanno ritenuto applicabile l'art. 2112 c.c., la terza (che in motivazione dà atto della sopravvenuta interpretazione autentica dell'art. 56 c. 3-bis D.lgs. 270/1999) ha ritenuto che "nonostante da un punto di vista «naturalistico» un trasferimento di ramo d'azienda si sia verificato ontologicamente tra le parti, purtuttavia, l'art. 2112 c.c. non può dispiegare i propri effetti tipici stante l'operatività dell'art. 56 D. Lgs. n. 270/1999", ha però ritenuto che dalla disposizione in questione derivasse un obbligo di assunzione *ex novo* dei lavoratori già addetti al ramo.
[100] All'ultima udienza era stata prodotta una lettera degli avvocati impegnati nel negoziato con Lufthansa da cui si evinceva che il buon fine dello stesso era sottoposto alla condizione "che non si verifichi un cambio di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme applicabili in merito al contenzioso lavoristico attivato da alcuni dipendenti Alitalia afferenti al ramo aviation per vedersi riconosciuto il passaggio automatico del rapporto di lavoro in capo ad ITA, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2112 c.c.". Questa la motivazione sul punto: "sarà sufficiente qui ribadire che questo giudice ha inteso attenersi esclusivamente ai precetti costituzionali di cui all'art. 101 e all'art. 111 comma 6".
[101] L'art. 56 c. 3-bis D.lgs. 270/1999 "si interpreta nel senso che si intendono in ogni caso operazioni effettuate in vista della liquidazione dei beni del cedente che non costituiscono trasferimento d'azienda, di ramo o parti dell'azienda agli effetti previsti dall'articolo 2112 del codice civile le cessioni poste in essere in attuazione del programma di cui all'articolo 27, comma 2, lettera a) e b-bis) del medesimo decreto legislativo, qualora siano effettuate sulla base delle decisioni della Commissione europea che escludano la continuità economica fra cedente e cessionario".
[102] Per quanto la terza sentenza (Trib. Roma, Mormile) avesse accertato il diritto all'assunzione ex novo in base all'art. 56 c. 3-bis D.lgs. 270/1999 e non per rimuovere le discriminazioni nelle assunzioni, nella motivazione si dà atto della domanda (rigettata) con la quale si chiedeva fossero accertate "le discriminazioni subite nell'accesso al lavoro e commesse da ITA S.p.A., con riferimento alle persone di genere femminile, ai diversamente abili o ai caregiver di persona disabile e beneficiari della L.n.104/1992, nonché alle persone di età prossima alla pensione". Domanda proposta sul presupposto che la tutela antidiscriminatoria potesse arrivare dove non arrivata l'art. 2112 c.c. (ed in effetti così era stato nel caso delle lavoratrici in gravidanza di cui alle note 97 e 98).

§ 3 – Discriminazioni: il lungo viaggio verso l'effettività della tutela

Bandita la tutela paritaria, dalle Sezioni Unite del 1996, non restava che la tutela antidiscriminatoria. Non certo, allora, la tutela-chiave del diritto del lavoro. E di sicuro non certo quella più a portata di mano. Percepita, anzi, come la tutela dei casi limite. Residuale. La carta della disperazione. Per un motivo illecito tutto da provare. All'epoca senza sconti. L'ultima spiaggia dei non tutelati o dei sotto tutelati. Per chi, ormai licenziato, non ha più nulla da perdere o altre carte da giocare.

Quella affidata al motivo discriminatorio finiva per essere soprattutto una controversia di accesso alla tutela reale. Per i lavoratori cui non si applicasse l'art. 18. Una delle tante controversie di accesso, la prima delle quali è quella per l'accertamento del fattore protetto *subordinazione*.

Un motivo, quello discriminatorio, che non aveva alcun bisogno impellente di provare chi, essendo già pacificamente *dentro* la tutela reale, confidava, piuttosto, nel mancato assolvimento dell'onere probatorio altrui.

Certo, non era, e non è, il licenziamento l'unico *atto discriminatorio*. Il lavoratore può essere discriminato anche "nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari", o altrimenti *pregiudicato*. E le tutele, in tal caso, non sono selettive, come nel caso del licenziamento. Non dipendono da requisiti dimensionali o di altro genere.

Ma in quei casi la posta in gioco non è il posto di lavoro.

E quegli atti possono essere impugnati anche se non discriminatori, se immotivati o compiuti in violazione dei limiti formali e sostanziali previsti dalla legge. Anche un lavoratore instabile può impugnarli senza dover provare un eventuale motivo discriminatorio. Senza che cambi il risultato. Ma la mancanza di stabilità incide comunque sull'effettività della tutela antidiscriminatoria in costanza di rapporto. Se persino la tutela creditoria (il farsi pagare) è a rischio, come postula il principio di non decorrenza della prescrizione cui siamo tornati dopo mezzo secolo.

Cosicché, è al momento del licenziamento che si rinvia la resa dei conti.

1 – Discriminazione o rappresaglia?

1.1. Prima del 1970 il lemma *discriminazione* non era mai stato usato dal legislatore del lavoro italiano[103]. Ed anche la Costituzione gli aveva preferito la parola *distinzione.*

Più consono alla logica giuslavoristica di protezione dallo sfruttamento lavorativo era il concetto di parità di trattamento a tutela di lavoratori a maggior rischio di sfruttamento: minori e donne. A maggior ragione se in gravidanza, puerperio, matrimonio.

La logica protettiva, più che antidiscriminatoria, emerge dalle relazioni della Commissione parlamentare di inchiesta sulle condizioni dei lavoratori in Italia[104]. A proposito dell'art. 119 del Trattato CEE, si era osservato che "la formulazione «per uno stesso lavoro» è limitata e restrittiva in rapporto al contenuto dell'art. 37 della Costituzione e della Convezione n. 100"[105]. Sarebbe stata la direttiva 75/117/CEE ad aggiungere "per un lavoro di uguale valore".

---

[103] Se si esclude la legge di ratifica della Convenzione OIL n. 111 del 25.6.1958 concernente la discriminazione in materia di impiego e di professione. Non concerne l'ambito lavorativo l'abrogazione delle disposizioni che assoggettavano ad un trattamento discriminatorio in confronto dei combattenti e reduci dell'Esercito Italiano quelli residenti nelle zone mistilingue che avessero conservato o riacquistato la cittadinanza italiana (l. 364/1958).

[104] Costituita con deliberazioni della Camera dei Deputati del 28.1.1955 e del Senato della Repubblica del 3.3.1955, Commissione d'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori (senato.it).

[105] Interessante la parte sulla evoluzione delle retribuzioni femminili, articolata in tre periodi (pag. 277-295).

La parità di trattamento retributivo era stata riconosciuta solo sulla carta negli accordi interconfederali del 45 e del 46[106], ma la giurisprudenza aveva saputo reagire con l'applicazione diretta dell'art. 37 Cost.[107].

La commissione parlamentare aveva riferito dei casi di discriminazione politica o sindacale, ad esempio, in occasione di sospensioni del lavoro o del ricorso al lavoro straordinario, utilizzato come "uno strumento di paternalistica concessione, di discriminazione tra gli stessi lavoratori e, talvolta, anche di pressione e di rappresaglia sul piano sindacale o addirittura politico"; o nel riconoscimento delle qualifiche: "È proprio attraverso il gioco delle qualifiche e dei passaggi di categoria che si manifestano le discriminazioni ed i favoritismi". Ad esempio, "l'automatismo livellatore introdotto nelle fabbriche dalle macchine moderne costringe molti a ricorrere a vie traverse; e, cioè, ai favori di esponenti di alcune correnti sindacali o politiche, particolarmente ben viste dalle direzioni aziendali". Mentre, per converso, l'appartenenza a correnti sindacali o politiche meno gradite, precludeva le promozioni e gli avanzamenti, condizionati da prove (il cd. capolavoro) o esami non imparziali. La discriminazione era concepita principalmente come rappresaglia, come reazione ad un contropotere sindacale da estirpare nella logica di stroncare rivendicazioni, proteste ed azioni sindacali. In una logica giuslavoristica. Non antidiscriminatoria.

1.2 - Nel periodo tra il 1° gennaio 1948 ed il 7 agosto 1966 gli sforzi della dottrina ispirata ai valori costituzionali per una tutela dal licenziamento immotivato o, quantomeno, di rappresaglia, erano stati tanto inani quanto vani. La giurisprudenza del tempo riteneva del tutto irrilevante il motivo, per quanto illecito: il licenziamento in sé (come atto) poteva assumere carattere illecito solo se intimato con modalità tali da renderlo ingiurioso e, cioè, lesivo della personalità morale del dipendente[108], dovendo il lavoratore "fornire le prove sia della ingiuriosità, sia delle conseguenze dannose che si ricolleghino, con rapporto di causalità, al carattere offensivo del licenziamento"[109].

Il motivo discriminatorio di licenziamento, irrilevante nel momento in cui era stato intimato, dal 1° gennaio 1948 al 7 agosto 1966, avrebbe assunto rilevanza *postuma* ad anni, se non decenni, di distanza, grazie alle "norme in favore dei lavoratori dipendenti il cui rapporto di lavoro sia stato risolto per motivi politici e sindacali", ma anche di "fede religiosa", per i quali era prevista "a tutti gli effetti di legge la ricostruzione del rapporto assicurativo obbligatorio per l'invalidità e la vecchiaia di cui erano titolari alla data della risoluzione del rapporto di lavoro, per il periodo intercorrente tra tale data e quella in cui conseguano o abbiano conseguito i requisiti di età e di contribuzione per il diritto alla pensione di vecchiaia", mediante accredito dei contributi a carico delle gestioni interessate (l. 36/1974): benefici riconosciuti

[106] Sulle "differenze in meno in rapporto alle retribuzioni del lavoro maschile" previste dai suddetti accordi interconfederali si osservava (p. 260-261), che "mentre per le paghe-basi le distanze retributive tra uomo e donna vengono fissate al 30%, si inserisce una norma nella quale si dice testualmente: « qualora le donne vengano destinate a compiere lavori che tradizionalmente sono compiuti da maestranze maschili, a parità di condizioni di lavoro e di rendimento qualitativo e quantitativo, sarà corrisposta la paga contrattuale prevista per l'uomo»".

[107] Volume VII, Tomo III, 268-269, ove si cita Trib. Milano 9.12.1955: "La disposizione di un contratto collettivo di lavoro che limiti la applicazione di tale principio (pari lavoro-pari retribuzione), in relazione alla maggiore o minore importanza delle mansioni svolte dalla donna, è nulla; e, ai sensi dell'art. 1419 Codice Civile, viene sostituita di diritto dalla norma inderogabile della Costituzione".

[108] Cass. 10.8.1966, n. 2189; Cass. 30.10.1961, n. 2488.

[109] Cass. 17.5.1971, n. 1451; Cass. 12.8.1969, n. 2975, incensurabile l'accertamento che non fossero "dovuti a colpa del datore di lavoro la diffusione, nell'ambiente sociale, della notizia dei fatti posti a base del recesso ed il pregiudizio, in conseguenza subito dal dipendente licenziato"; Cass. 22.2.1966, n. 557 che ha ritenuto ingiurioso il licenziamento quando "le modalità concomitanti od immediatamente successive che siano tali da imprimere particolari aspetti suscettibili di interpretazione sfavorevole al soggetto passivo del recesso"; Cass. 5.6.1963, n.1500 con la precisazione che l'ingiuriosità "non risiede nella contestazione di un fatto lesivo dell'onore e del decoro del lavoratore" che integri giusta causa, "ma nella forma in cui il recesso viene intimato e nella pubblicità che venga eventualmente data al provvedimento". Cass. 25.5.1962, n. 1218.

anche a risoluzione "motivata da dimissioni volontarie, quando sia accertato che non siano dovute a libera determinazione, ma debbano essere attribuite alle ragioni di cui all'articolo 1".

2 – La *prima volta* della tutela antidiscriminatoria

Torniamo alla *prima volta* di quel lemma.

La tutela contro le sole discriminazioni sindacali di cui al primo comma, estesa dal secondo comma ("si applicano altresì)" agli "atti diretti a fini di discriminazione politica o religiosa" e poi (art. 13, l. 903/1977) "di discriminazione razziale, di lingua o di sesso", e poi ancora (art. 4, c. 1, D.lgs. 2162003) di "handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali", ed infine (art. 1, c. 2, l. 238/2021) "di nazionalità", non doveva, però, ritenersi limitata a quegli specifici fattori di rischio.

Quella tipizzazione (originariamente riferita al fattore sindacale, politico, religioso) non escludeva, già allora, la rilevanza di altri motivi atipici. Lo Statuto "non ha fatto che esplicitare, o portare alla luce, alcune possibili, e certo le più comuni, manifestazioni esteriori, d'un comportamento comunque qualificabile come illecito, perché teso a limitare o comprimere l'esercizio di diritti fondamentali". Diversamente si sarebbe introdotta "nella legge stessa, e nei suoi rapporti con la carta costituzionale, una gravissima contraddizione".

Ed "ovviamente", si diceva, "gli atti del datore di lavoro volti a conculcare la libertà e dignità del lavoratore sotto i profili e con gli strumenti considerati dalla norma in esame, avrebbero già potuto essere colpiti da nullità, prima dell'entrata in vigore dello statuto, ai sensi del diritto comune, e precisamente dagli art. 1343, 1345, e 1418, in relazione all'art. 1324 cod. civ."[110].

Tassatività o no di quei motivi, di una cosa non si dubitava: che pur sempre di *motivi* dovesse trattarsi. E così "a differenza della violazione degli obblighi di correttezza e di buona fede (artt. 1175 e 1375 cod. civ.) che può aver luogo anche per sola colpa, l'atto discriminatorio, di cui l'art. 15 della legge n. 300 del 1970 sancisce la nullità, è, invece, qualificato da tipici motivi illeciti (il cui accertamento esige una rigorosa indagine anche sotto il profilo psicologico e la cui prova dev'essere fornita dal soggetto che ne allega l'esistenza), e cioè dall'*intento* del datore di lavoro di *nuocere* ad altri lavoratori a causa del loro atteggiamento sindacale, politico, religioso ecc."[111]. *Intento di nuocere*. *Esclusivo*, per giunta.

Ciò che vale anche per la discriminazione per motivi di sesso: deve trattarsi "di una differenziazione «ingiusta», cioè determinata, secondo l'*animus* del datore di lavoro, esclusivamente dalla considerazione dell'appartenenza all'uno o all'altro sesso e non sorretta da alcuna condizione obiettiva idonea a giustificarla"[112].

3 – Le azioni contro le discriminazioni

3.1 - L'art. 15 dello Statuto non aveva previsto una specifica azione contro quegli atti discriminatori che pure vietava. C'era, comunque, l'art. 28 per la repressione di qualunque condotta antisindacale, anche discriminatoria.

Sull'art. 28 era stata modellata l'azione dell'art. 15, l. 903/1977 per la parità tra uomini e donne "su ricorso del lavoratore o per sua delega delle organizzazioni sindacali", per la "cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti". La "tutela giudiziaria" davanti al "tribunale in funzione di giudice del lavoro del luogo ove è avvenuto il comportamento denunziato" è ora contenuta nel capo III, D.lgs. 198/2006, anche "a tutela di più soggetti" ed

---

[110] GHEZZI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna, 1972, p. 218 (nota 6), cita la Convenzione OIL 111/1958 in materia di discriminazioni nell'impiego e nelle professioni ratificata con l. 405/1963.

[111] Cass. 1°.2.1988, n. 868, che poi così prosegue: "la fattispecie di cui all'art. 15, lett. b), dello statuto dei lavoratori, se può essere realizzata attraverso qualsiasi comportamento (atto giuridico o condotta materiale) del datore di lavoro, esige che tale comportamento sia in diretto rapporto con le dette ragioni di carattere sindacale, politico o religioso, con la conseguenza che, ove tale diretto rapporto non sia dimostrato o sia addirittura da escludere, un determinato comportamento del datore di lavoro (nella specie, in tema di trasferimenti) può dar luogo solo alla violazione (fonte di obbligo risarcitorio) dei doveri di correttezza e buona fede anzidetti, senza essere anche discriminatorio e, in quanto tale, colpito da nullità". Nello stesso senso, Cass. 3.3.1978, n. 1066.

[112] È la già citata sentenza Cass. 5.3.1986, n. 1444 sulla discriminazione alla rovescia (nota 65).

"anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto le lavoratrici o i lavoratori lesi dalle discriminazioni" (art. 37).
Diversa era invece la "azione civile contro la discriminazione" di cui all'art. 44, D.lgs. 286/1998 (Testo unico sull'immigrazione e la condizione dello straniero), proposta, anche personalmente, davanti al pretore del luogo di domicilio dell'istante, "quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi"; costruita, in origine, come procedimento d'urgenza (con *periculum in re ipsa*) cui ora si applica l'art. 28 D.lgs. 150/2011. Ed a questo rito sono state ricondotte tutte le controversie antidiscriminatorie, anche quelle nuove[113], ad eccezione di quelle rimaste nel codice delle pari opportunità, dove tuttora giacciono.
Due riti: un 28 (D.lgs. 150/2011) ed un 38 (D.lgs. 198/2006). E tante complicazioni. Ad es. "orientamento sessuale" nel primo rito; "sesso" nel secondo. In ambito lavorativo, perché sesso (genere) nell'accesso a beni e servizi va a finire nel 28. E se la discriminazione fosse multipla ed intersezionale?[114] E poi c'è anche l'art. 414 c.p.c. e, per dodici anni, il rito Fornero per l'atto discriminatorio *licenziamento*. E poi c'è la questione della scelta del rito e quella della competenza territoriale[115]. Le complicazioni non giovano all'effettività delle tutele. E stimolano i peggiori istinti (ad iniziare da quello a risolvere il giudizio in termini di rito).
E se per scrupolo uno prova a coprire tutto (proponendo, ad esempio, un ricorso ex art. 28 D.lgs. 150/2011 e comunque ex art. 414) provoca comunque nel giudice una crisi di *rigetto*. Nel vero senso della parola.

3.2 - La legge di riforma del processo del lavoro nel prevedere una *tutela processuale differenziata* per le cause di lavoro non aveva avvertito alcuna necessità di una tutela processuale *ulteriormente* differenziata contro le discriminazioni.
Il processo del lavoro, così come concepito dai suoi *padri costituenti*, affidato a un giudice forgiato su quel processo, sarebbe stato (e sarebbe ancora) in grado di assicurare piena tutela anche contro le discriminazioni[116]. Immediatezza, concentrazione, oralità, interrogatorio libero delle parti, poteri istruttori d'ufficio del giudice, principio della ricerca della verità materiale e della vicinanza della prova. Con effetto *naturale* di alleggerimento dell'onere probatorio del lavoratore in quel processo a lui dedicato.

Ad ogni modo, con riferimento a tutti "gli atti e i comportamenti" discriminatori di cui all'art. 2, D.lgs. 216/2003 (coincidenti con quelli dell'art. 15 Statuto[117]) l'art. 4 c. 2 avrebbe previsto una specifica tutela giurisdizionale (nelle forme dell'art. 44 D.lgs. 286/1998), tipicamente antidiscriminatoria, incentrata sull'agevolazione probatoria (art. 4, c. 4) e sugli specifici contenuti del provvedimento di accoglimento (art. 4, c. 5).

Ma in origine era un'agevolazione un po' per modo di dire, in quanto fondata sull'art. 2729 c.c. con tutti e tre gli aggettivi al loro posto. E così, aperta una procedura di infrazione,

[113] Mi riferisco all'art. 2 bis, l. 104/1992 (Divieto di discriminazione) inserito dal D.lgs. 105/2022 [art. 3 c. l. a) per i lavoratori *vittimizzati* per aver usufruito dei benefici ivi previsti in relazione alla condizione di disabilità propria o di coloro ai quali viene prestata assistenza e cura.
[114] Sono le domande che si pone anche chi si destreggia bene. Cfr. GUARISO e MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, in *La tutela antidiscriminatoria*, BARBERA e GUARISO (a cura di), Torino, 2019, 449.
[115] Cfr. Cass. 14.2.2017 n. 3936 in accoglimento del ricorso per regolamento di competenza proposto da dipendente pubblico che aveva agito ex art. 28 D.lgs. 150/2011 nel foro del proprio domicilio anziché in quello dell'ufficio cui era addetto ex art. 413, c. 5, c.p.c.
[116] "Certo tutto dipende dal giudice che dirige il procedimento, dal numero non troppo elevato di controversie da trattare, e conseguentemente, dalla conoscenza preventiva che il giudice ha dei singoli procedimenti. Se concorrono queste condizioni, il rito è congegnato in modo tale che «rendere giustizia» in tempi rapidi ed effettivi sia una concreta possibilità", così C. MUSELLA, *Un cinquantenne pieno di risorse, LDE,* 1, 2022.
[117] L'art. 4, c. 1, D.lgs. 216/2003 ha infatti aggiunto all'art. 15, c 2, l. 300/1970 i fattori handicap, età, orientamento sessuale, convinzioni personali, ma nello scambio non s'è *preso* i fattori *sindacale* e *politico* che i giudici avrebbero poi fatto rientrare nel fattore *convinzioni personali*.

almeno un aggettivo è caduto ("gravi"), ed è caduto anche il rinvio all'articolo del codice (per effetto del d.l. 58/2008).

Come previsto ora dall'art. 4, c. 2, D.lgs. 216/2003 i giudizi civili avverso le discriminazioni di cui all'art. 2 sono regolati dall'art. 28, D.lgs. 150/2011[118]. L'agevolazione probatoria è *finita* nel comma 4[119] ed i contenuti del provvedimento di accoglimento nei commi 5, 6 e 7. Le controversie sono ora regolate dal rito semplificato di cognizione (libro II, Capo III- quater, artt. 281 decies, undecies, duodecies, terdecies c.p.c.)[120] e non più dal rito sommario di cognizione (artt. 702-bis, 702-ter, e 702-quater c.p.c.). L'appello si propone nelle forme ordinarie: l'applicazione del rito semplificato è limitata al giudizio di primo grado.
Se è il licenziamento ad essere discriminatorio l'art. 441quater c.p.c.[121] ha infine previsto che scelta una via (rito lavoro o rito speciale antidiscriminatorio) è precluso il ricorso all'altra.

3.3 -Tanti strumenti processuali, quando (forse), con un po' di buona volontà, ne sarebbe bastato uno solo. Ed infatti non erano affatto frequenti i giudizi promossi con rito antidiscriminatorio. E non che i giudici mostrassero entusiasmo di fronte al *nuovo che avanza.*
L'ho già detto: le complicazioni processuali possono essere pericolose.
Ad esempio, se si è svolto davanti al giudice del lavoro un giudizio *ex* art. 28, D.lgs. 150/2011 è con citazione o con ricorso, rispettivamente da notificare e depositare entro il termine di scadenza (per fortuna ora di sei mesi e non di trenta giorni), che dovrà proporsi l'appello? Dipende, più che dal diritto (che non dà una risposta[122]), dall'atteggiamento del giudice: se voglia, o no, affrontare la questione anti-discriminatoria[123] oppure preferisca chiudere il giudizio in termini di processo, in chiave deflativa[124].
E "qui tocchiamo il formalismo nella sua vera e ultima radice, che è l'uomo", diceva Satta[125].

---

[118] Così come quelle di cui all'44 D.lgs. 286 del 1998; all'art. 4 D.lgs. 215/2003, all'art. 3 l. 67(2006, all'art. 55-quinquies D.lgs. 198/2006 (art. 28, c. 1, D.lgs. 150/2011),

[119] Che però aggiunge che "i dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata".

[120] Art. 3, c. 21 e 48, D.lgs.149/2022.

[121] Introdotto dall'art. 35, c. 1, D.lgs. 149/2022

[122] L'art. 702-quater c.p.c. non prevedeva espressamente quale fosse la forma dell'atto da utilizzarsi ("L'ordinanza emessa ai sensi del sesto comma dell'articolo 702 ter produce gli effetti di cui all'articolo 2909 del codice civile se non è appellata entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione").

[123] Come nel caso di App. Napoli 3.1.2022 n. 3883 che ha ritenuto l'appello correttamente proposto nella forma del ricorso depositato nei trenta giorni: "Lo speciale rito ex art. 28, D.Lgs. n. 150 del 2011, nell'ambito delle materie riservate alla competenza ed alla giurisdizione del giudice del lavoro, implica l'adozione concorrente anche delle forme introduttive e processuali tipiche del rito speciale del lavoro. La forma del reclamo ex art. 702-quater c.p.c., avverso l'ordinanza emessa dal giudice del lavoro ex art. 28 cit. e di cui all'art. 702-ter, deve dunque avere la corrispondente forma del ricorso, in applicazione anche del principio di ultrattività del rito impegnato in primo grado (cfr. Cass. sent. n. 19666/2019, n. 608/2019 e Cass. Civile, Sez. 1, sent. n. 10927/2016)". Esattamente l'opposto di quanto ritenuto da App. Roma 1°.4.2021 n. 1367 che ha sollevato d'ufficio la questione così da dichiarare inammissibile l'appello, benché il ricorso fosse stato proposto anche ex art. 414 c.p.c. in relazione a domanda di accertamento dell'abuso nella reiterazione di contratto a termine (legata alla domanda discriminatoria) con richiesta di rinvio pregiudiziale stante la mancata previsione di limiti, nel diritto interno, agli abusi nei confronti dei dirigenti. Tutte questioni svanite nella decisione di mero rito.

[124] Secondo Cass. 6.11.2023 n. 30843 l'appello deve essere introdotto con citazione perché "la specialità del rito di cui all'art. 28, co.1, e 702-bis, ss. non ammette dunque deviazioni ed una volta introdotta la causa nelle forme antidiscriminatorie non si possono trasporre regole impugnatorie del processo del lavoro, al fine di calibrare le forme a seconda dell'ambito sostanziale entro cui si manifesta la discriminazione, ciò non essendo previsto dalle norme e potendo comportare gravi ed ingiustificate incertezze applicative". Soluzione che nel caso, però, *salvava* l'appello. Invece App. Venezia 21.5.2019, n. 60 ed App. Trieste 10.8.2017, n. 261 hanno dichiarato inammissibili gli appelli sulla base di tesi opposte: l'appello andava notificato e non solo depositato (Venezia) l'appello andava depositato e non solo notificato (Trieste). Entrambe si trovano in www.asgi.it.

[125] *Prefazione* alla quinta edizione del *Manuale di diritto processuale civile*, 1956, p. XVII: se "in sostanza, il formalismo non è altro che una manifestazione di paura: paura del giudizio, della grande opzione tra i due interessi

Quest'ultimo rilievo rende indispensabile una parentesi.
Se è di effettività delle tutele che dobbiamo parlare.

4 - Effettività delle tutele antidiscriminatorie e crisi della giustizia del lavoro

4.1 - L'effettività delle tutele, anche di quelle antidiscriminatorie, è nelle mani del giudice del lavoro. Ma la giustizia del lavoro era già in crisi ai tempi di Gubbio[126]. Alle prese con l'entità e serialità del *nuovo* contenzioso innescato dalle privatizzazioni[127]. Il 30 giugno 1998, poi, sarebbero state devolute al giudice del lavoro le controversie dei dipendenti da pubbliche amministrazioni[128].

La serialità spersonalizza il contenzioso, vi si smarrisce e dissolve la persona del lavoratore implicata nel rapporto di lavoro; e, magari, ad apparire debole è piuttosto chi subisce l'attacco seriale; che non è solo il datore di lavoro, ma anche il giudice. Solidali nel subirlo. E nel difendersene. Se non altro per istinto di sopravvivenza.

Ma non è stato soltanto il timor panico del contenzioso seriale ad aver prodotto la mutazione genetica del giudice del lavoro.

Ma anche la crisi di identità giuslavoristica cagionatagli dal doversi fare carico massicciamente di interessi *altri;* dal dover applicare un diritto nell'interesse della pubblica amministrazione (art. 1, D.lgs.165/2001)[129], che è in gran parte (non *vero* diritto del lavoro, ma) diritto dell'organizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni[130].

É "la pubblica amministrazione datrice di lavoro il vero soggetto debole che la privatizzazione mira a tutelare, cosicché è parso persino inopportuno che le controversie promosse contro di essa venissero affidate ad un giudice ritenuto tradizionalmente orientato in favore del lavoratore"[131]. Contenimento dei costi, efficienza, flessibilità: queste le parole d'ordine.

Non è un caso che non siano state estese ai pubblici dipendenti le tutele più *contensiogene*, ed in particolare la misura della conversione per l'abuso delle "*forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale*" (art. 36, c. 2, D.lgs.165/2001), la promozione automatica in caso di *mansionismo* (art. 52, c. 5). Ciò che ha reso assai meno devastante del temuto l'impatto del contenzioso, anche per l'evidente propensione dei giudici alla estrema prudenza (per non dire al rigetto) a scopo deflativo del contenzioso.

E non è un caso che è a partire delle controversie dei dipendenti pubblici che sia stata accentuata la funzione nomofilattica della Cassazione, in funzione contenitiva ed estintiva dei filoni di

---

in contrasto", all'uomo si chiede di non "evadere" nel formalismo, di non "risolvere il giudizio in termini di processo".

[126] Sempre LOSPINOSO SEVERINI relatore per la maggioranza nella seduta di sabato 28.7.1973 alla proposta di legge modificata dal Senato 379-B, "dalle lungaggini temporali crescenti, all'aumento dei costi, all'inadeguatezza dei giudici e dei mezzi processuali".

[127] La prima ondata di contenzioso, dovuta alla privatizzazione dell'Azienda autonoma ferrovie dello stato nel 1985 cui sarebbero seguite quella dell'Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni e dell'Azienda nazionale autonoma delle strade, trasformate in enti pubblici economici nel 1993 e nel 1994.

[128] Per questo l'art. 11, c. 4, lett. g, l. 59/1997 delegava il Governo a *"*prevedere misure organizzative e processuali anche di carattere generale atte a prevenire disfunzioni dovute al sovraccarico del contenzioso*",* nonché "procedure stragiudiziali di conciliazione e arbitrato". Fu allora che venne reso obbligatorio il tentativo di conciliazione dall'art. 31 D.lgs. 80/1998.

[129] FRENI: *Impiego pubblico e diritto comune del lavoro,* in *DL.,* 1978, I, 318: a meno di non ritenere che "la presenza dinanzi allo stesso giudice della P.A. dalla stessa parte degli altri datori di lavoro rafforzerà la posizione di questi ultimi e metterà in crisi l'ideologia della «giustizia del lavoro», che non si troverà più a dover scegliere tra due interessi, quello dell'operatore economico (nella logica del profitto) e quello del lavoratore (nella logica promozionale di classe), dei quali, quest'ultimo ha una valenza costituzionale superiore, ma a dover fare i conti con l'interesse pubblico, comunque sotteso a quello dell'Amministratore in giudizio".

[130] Si pensi alla disciplina degli incarichi dirigenziali, ed al relativo contenzioso, che attiene al rapporto d'ufficio non a quello di servizio, contenuta nel Titolo II Capo II, intitolato "Organizzazione". La parola organizzazione è ripetuta per 33 volte nel D.lgs. 165/2001.

[131] Cfr. G. GAROFALO, *Il trasferimento di giurisdizione nel lavoro pubblico,* in *LPA* 1999, 3–4, 450 nel sintetizzare l'opinione politica espressa nella risoluzione del CSM in *FI* 1996, III, 56 ss.

contenzioso[132]. Oggi il giudice di merito, con riferimento a qualsiasi controversia (pubblica o privata) può sottrarsi a quello che Satta chiamava il "dramma del giudizio" con il "rinvio pregiudiziale" dell'art. 363-bis c.p.c.[133] se la questione è nuova, difficile, seriale,

4.2 - Com'è stato possibile illudersi che la imponente diga eretta dalla legge, e strenuamente difesa dai giudici, potesse essere spazzata via dalle clausole 4 (divieti di discriminazione) e 5 (misure di prevenzione degli abusi) dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE? Davvero un'utopia.

Qui conta la flessibilità (citata dieci volte nella direttiva). È quello, per così dire, *l'effetto utile* da non vanificare. E che la misura antiabusiva della conversione vanificherebbe.

Purché non se ne abusi, la *discriminazione* negoziale tra lavoratori standard e lavoratori non standard non è vietata. Anzi. Ma non deve essere, quella discriminazione *buona*, ragione di una discriminazione *cattiva* ed ulteriore nei confronti con un lavoratore standard comparabile. É come se avere un contratto o rapporto non standard fosse un fattore di protezione *sui generis*.

La diga anti-conversione eretta nel pubblico impiego non ha minimamente ceduto.

Né davanti alla Corte costituzionale. Né davanti alla Corte di Giustizia, coinvolta ad oltranza, spesso dagli stessi giudici più tenaci o *tignosi*.

Per la prima, *osta* alla conversione l'art. 97, c. 3, Cost., che rende obbligata, prima ancora che giustificata, la scelta per la tutela risarcitoria[134]. Tra i "casi fatti salvi dalla legge" non rientra, evidentemente, la conversione quale misura antiabusiva.

Per la seconda[135], non osta alla citata clausola 5 una normativa nazionale che non sanzioni con la conversione il ricorso abusivo ad una successione di contratti a termine[136]; discrimini lavoratori pubblici e privati (prevedendo solo per i secondi la sanzione della conversione); non riconosca ai dipendenti pubblici un'indennità che compensi la mancata conversione; risarcisca il *danno comunitario* nei termini indicati dalle Sezioni Unite della Cassazione[137]. Se poi l'amministrazione stabilizzi il precario nemmeno il danno comunitario deve risarcire[138].

---

[132] Art. 68, c. 5, D.lgs. 29/1993 nel testo introdotto dall'art. 29, D.lgs. 80/1998, ora art. 63, c. 5, D.lgs. 165/2001 ed art. 68bis, D.lgs. 29/1993, introdotto dall'art. 30, D.lgs. 80/1998, ora art. 64, D.lgs.165/2001. Ma del *pacchetto* fanno parte l'accordo di "interpretazione autentica del contratto collettivo" con effetto sulle controversie individuali in corso senza il consenso delle parti interessate (essendo stato abrogato, dall'art. 43, c. 1, D.lgs. 80/1998, il c. 2 dell'art. 53, D.lgs. 29/1993, ora art. 49, D.lgs. 165/2001) e la pubblicazione dei contratti collettivi e accordi nazionali nella Gazzetta ufficiale (art. 44, c. 6, D.lgs. 80/1998, ora art. 47, c. 8, D.lgs. 165/2001).

[133] Inserito dall'art. 3, c. 27 D.lgs. 149/2022.

[134] Corte cost. 27.3.2003, n. 89

[135] CGUE 7.3.2018, C-494/16 *Santoro*. Ma risuonano altri cognomi ormai familiari. Ad esempio, Carratù e Papalia, cfr. il commento di un fighter Lavoro a tempo determinato (europeanrights.eu).

[136] CGCE 4.7.2006 C-212/04, *Adeneler* p. 91: "l'accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato"; CGCE 7.9.2006 C-53/04 *Marrosu-Sardino*, p. 48: "la clausola 5 dell'accordo quadro non osta, in quanto tale, a che uno stato membro riservi un destino differente al ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione a seconda che tali contratti siano stati conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato o con un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico". Sempre Trib. Genova ha poi sollevato nuovamente rinvio pregiudiziale sul presupposto che il D.lgs. 368/2001 non avesse abrogato il D.lgs. 165/2001 dando luogo a CGCE 7.9.2006 C-180 *Vassallo.*

[137] Cass. S.U. 15.3.2016 n. 5072 e Cass. S.U. 22.2.2023 n. 5542.

[138] Cass. 2.2.2021, n. 2338: "Nel settore scolastico, l'immissione in ruolo, realizzata in forza del piano straordinario di assunzioni di cui alla l. n. 107 del 2015 o secondo il sistema di avanzamento disciplinato dalle previgenti regole di reclutamento, rappresenta una delle misure alternative idonee a sanzionare e cancellare l'illecito comunitario, realizzatosi mediante la illegittima reiterazione da parte della P.A. datrice di lavoro di contratti di lavoro a tempo determinato su posti in organico di diritto; detta immissione in ruolo è stata riconosciuta quale misura idonea ed adeguata anche dalla Corte di Giustizia nella sentenza 8 maggio 2019, causa C-494/17, atteso che l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, recepito nella Direttiva 1999/70/CE, non impone agli Stati membri di prevedere un diritto al risarcimento del danno che si aggiunga alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato".

Ed anche le più celebrate sentenze sul precariato scolastico (la sentenza *Mascolo*, tra tutte) non lo hanno sconfitto, ma la hanno solo reso più costoso (danno comunitario, scatti di anzianità, ricostruzione della carriera, ferie, carta del docente e simili). Creando contenziosi seriali, gestiti da associazioni, magari mediante moduli e formulari.

4.3- In funzione deflativa del contenzioso è successo l'esatto contrario.

A partire dal 2008 il divieto di conversione è esondato sul versante del lavoro privato nell'area limitrofa delle società partecipate.

L'art. 36, c. 5, è un potente strumento deflativo del contenzioso. Che, però, non operava per gli abusi contrattuali delle società partecipate.

Per ragioni di "efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche" e di "razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica", ma soprattutto per stroncare la *piaga* delle assunzioni *clientelari*, e porre un argine al contenzioso derivante dalla precarietà dei rapporti (sovente avviati in forme "flessibili") il legislatore, sin dal 2008, ha vietato il reclutamento senza concorso nelle società a controllo pubblico (ora, art. 19, c. 2, D.lgs. 175/2016). Ma è stata la Suprema Corte, pur in assenza di rinvio all'art. 36, c. 5, ad estrapolare interpretativamente, dalla regola del concorso, una super norma anticonversione, in grado di resistere alle norme, preesistenti e sopravvenute, pur applicabili alle società a controllo pubblico, che sanzionerebbero invece gli abusi contrattuali con la conversione senza fare alcuna eccezione per dette Società.

Ma stavolta la *discriminazione* rispetto agli altri dipendenti privati non è giustificata dall'art. 97 Cost., non applicabile alle società a controllo pubbliche. Gli argomenti di Corte cost. n. 89 del 2003 non vanno bene. Ne serviranno di altri.

Perlomeno, la Suprema Corte ha resistito alla fortissima tentazione di estendere la norma anticonversione anche all'esercizio delle mansioni superiori, cui si applica l'art. 2103 c.c. e non l'art.52, D.lgs. 165/2001[139].

5 - I cinque anni che cambiarono il diritto del lavoro

5.1 - La tendenza a preferire interpretazioni *deflazionisticamente* orientate, specie per scongiurare filoni di contenzioso, è soltanto uno dei tanti profili di quella "fuga dalla giustizia della Repubblica fondata sul lavoro", organizzata dal legislatore in questo inizio millennio[140].

È come se nelle aule giudiziarie praticamente deserte vigessero ancora le norme sul distanziamento sociale. Per combattere un immaginario contenzioso pandemico.

Una *fuga* che ha fortemente inciso sull'effettività delle tutele, ivi comprese quelle antidiscriminatorie.

Per quanto ad ogni arretramento il legislatore abbia esibito plateale intransigenza contro le discriminazioni, confermandone l'assoluto divieto (come se avesse potuto disporne!).

Sull'effettività delle tutele hanno inciso i cinque anni *terribili* del diritto del lavoro.

Nel 2010 sono stati minati due pilastri della tutela giuslavoristica – l'indisponibilità dei diritti e l'accessibilità ed effettività della tutela - per fare saltare i collegamenti con il giudice del lavoro, incauto maneggiatore di norme inderogabili a precetto generico[141], sollecitato senza mezzi termini a non ingerirsi in valutazioni che non gli competono, ove qualche causa, non preclusa da una auspicabile conciliazione e/o decadenza, dovesse malauguratamente capitargli (art.30 l. 183/2010).

---

[139] Cass. 1°.12.2022 n. 35421.Per un approfondimento sul punto si consenta il rinvio a PILEGGI, Assunzioni "difficili" e licenziamenti "facili" nelle società a controllo pubblico – Lpo

[140] Prendo a prestito la frase tratta dalla Relazione LOSPINOSO SEVERINI alla originaria proposta di legge C379 di riforma del processo del lavoro presentata il 5.7.1972, riferita all'esigenza di arginare la fuga dalla giustizia del lavoro che ora, invece, è lo stesso legislatore ad organizzare.

[141] Cfr. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro*: *la legge n. 183 del 2010*, in Bollettino ADAPT: "sono proprio le norme a precetto generico a veicolare quella esiziale incertezza inevitabilmente derivante dall'apprezzamento discrezionale del singolo magistrato". L'incertezza alimenta il confitto ed "il conflitto è diabolico, perché disordina e divide. Va accettato solo quando è inevitabile".

La volontà del lavoratore (quella che il diritto del lavoro ha sempre considerato con scetticismo, *puntando* dritto sul rapporto e *saltando* il contratto) serve eccome; anzi è indispensabile per evitare che il rapporto di lavoro finisca nel peggiore di modi: davanti ad un giudice. Purché, s'intende, assiduamente *assistita* dalla *culla* alla *bara* del rapporto, che, non a caso, sarebbe meglio cessasse con un *tombale.* Magari preceduto da *tombali* intermedi. Ad ogni rinnovo di un contratto precario o di sospetta qualificazione e/o imputazione. Meglio conciliazioni seriali che cause seriali[142].

Volontà assistita, in libertà vigilata, in funzione dissuasiva (certificazione) ed abdicativa (concilazione), o dissuasiva ed abdicativa insieme (chi certifica concilia pure). Anche perché la certificazione può essere *postuma* (art. 31 c.17). Ed allora se le cose sono andate per come dovevano andare, perché non conciliare? E può essere in *contumacia*, senza che sia richiesta la presenza dei lavoratori da dissuadere, com'è per gli appalti e per i distacchi nell'ambito dei contratti di rete a rischio intermediazione[143].

E comunque è da chi la certificazione l'ha fatta che deve passare, per tentare la conciliazione, chi vorrebbe farla *saltare* (art.31 c.2).

Servono allora *prestatori di assistenza* (*caregiver*) che affranchino dalla loro innata condizione di debolezza contrattuale i portatori sani del fattore protetto *subordinazione.*

Sindacalisti e/o consulenti del lavoro. E già perché a prestare assistenza, certificare, conciliare, sono pienamente legittimati anche i consulenti del lavoro.

Davvero un segno dei tempi[144].

E per i diritti nascenti dalla violazione del diritto antidiscriminatorio (ad esempio, risarcimento del danno non patrimoniale o comunitario) non è prevista alcuna eccezione.

5.2 – Nel 2010 è stata inaugurata anche la stagione giuslavoristica del *decadentismo*.

Nell'intero universo del diritto dei contratti il lavoratore subordinato è in assoluto il contraente (debole) più assoggettato a termini di decadenza nell'esercizio dei diritti derivanti dalle norme inderogabili. E, simmetricamente, il datore di lavoro è il contraente (forte) in assoluto più protetto dai propri inadempimenti, illeciti, abusi.

---

[142] Ma anche i datori già da tempo erano (e sono) spinti a conciliare sotto minaccia di ispezione: cfr. "conciliazione monocratica" di cui all'art. 11 D.lgs. c. 5 D.lgs. 124/2004.

[143] Si certifica infatti anche il contratto come contratto di rete di cui all'art. 3, c. 4ter e ss. d.l. 5/2009, avente i requisiti richiesti dall'art. 30, c. 4-ter, prima parte, d.lgs. n. 276/2003 per il distacco del personale. Cfr. App. Torino 9.6.2022 n. 203 che, in controversia proposta avverso avviso di addebito INPS per il pagamento di contributi e sanzioni a carico di società utilizzatrice aderente a contratto di rete d'impresa certificato da un ente bilaterale, ha accertato l'intermediazione perché la Società distaccante "ha oggetto sociale con attività quanto mai disparato e non è dato comprendere quale fosse la reale attività posta in essere nel periodo di causa"; "non disponeva di alcun personale qualificato, e l'operazione di distacco è stata realizzata tramite un precedente fittizio passaggio delle lavoratrici"; ha svolto "le fraudolenti funzioni di collettore di manodopera in favore di più imprese il cui unico scopo era quello di rifornirsi di manodopera".

[144] Come altrove ho scritto, nessuno pare essersi scandalizzato quando, con un comma infilato nella finanziaria per il 2006 si è consentito di istituire commissioni di certificazione persino "presso gli ordini provinciali dei consulenti del lavoro" di cui alla l. 12/1979 cioè, presso coloro che, a norma dell'art. 1 di quella stessa legge, curano "tutti gli adempimenti in materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale dei lavoratori dipendenti, quando non sono curati dal datore di lavoro, direttamente od a mezzo di propri dipendenti". Ma fintantoché si trattava di certificazione *mezza pena*: contro la certificazione sono esperibili i rimedi. Ma il punto è che nessuno si è scandalizzato nemmeno quando, nel 2010, si è previsto che "presso le sedi di certificazione", anche se formate solo da consulenti del lavoro, e senza che sia prevista alcuna diversa assistenza, "può, altresì, essere esperito il tentativo di conciliazione di cui all'articolo 410 del codice di procedura civile" (art. 30 c. 13). E contro la conciliazione c'è poco da fare.

Il solo art. 32 l. 183/2010 gli mette disposizione fino a 21 eccezioni di decadenza (sette per tre). Ed un'eccezione di decadenza, infatti, non manca quasi mai, ed è sempre la base per una conciliazione al ribasso che il giudice, non a caso, sollecita[145].
Se l'atto è discriminatorio (non solo il licenziamento, ma il trasferimento, l'inclusione in un ramo d'azienda ceduto, il mancato rinnovo di un contratto a termine e simili) non cambia nulla. Decadenza vince su discriminazione. Ed anzi, l'art. 32 ci ha proprio tenuto ad estendere la decadenza ad ogni caso di invalidità del licenziamento.

5.3 - La questione s'è posta con riferimento alla pur accertata condotta discriminatoria dell'INPS consistente nel non computare nell'indennità di maternità il 50% dell'indennità di volo.
Il diritto alla riliquidazione del trattamento di maternità si estingue per decorrenza del termine di prescrizione annuale anche se la lavoratrice ha esercitato non l'azione per il riconoscimento del diritto alla prestazione previdenziale, ma l'azione *ex* art. 36 D.lgs. 198/2006, "lamenta(ndo) l'applicazione ai suoi danni di un trattamento economico, connesso al suo stato di gravidanza, oggettivamente discriminatorio, all'uopo esperendo un'azione non sottoposta a termini decadenziali o prescrizionali" (così come avevano ritenuto i giudici di merito). Ma la rimozione della discriminazione comporta la "riliquidazione del trattamento di maternità". Il bene della vita sempre quello è, e la domanda "non può che soggiacere alle medesime regole che valgono per l'azione di adempimento di detta prestazione previdenziale".
La mancanza di un *tertium comparationis* si risolve "comparando la posizione di chi rivendica l'adempimento di trattamenti previdenziali analoghi, seppure con contenuto e funzione parzialmente diversi, ma sottoposti ad altrettanti e precisi regimi prescrizionali e decadenziali (v., per esempio, l'indennità di malattia)"[146]. Tutti uguali: discriminati e *non*.

5.4 - Nella torrida estate del 2011 una terza mina su un altro pilastro fondamentale del diritto del lavoro.
Nel mirino, stavolta, non i diritti indisponibili (resi assai meno indisponibili e assai più *decadenti* nel 2010), ma, a monte, la norma inderogabile: con "contratto di prossimità" sarebbe stato possibile derogare con effetto *erga omnes* alla legge ed al contratto collettivo nazionale in una serie di "materie inerenti all'organizzazione del lavoro e della produzione" con riferimento, tra l'altro, alle *"*conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio". Con ovvio riferimento all'art. 18 che proprio le conseguenze del recesso regola.
Su tutte quelle materie (impianti audiovisivi, mansioni, contratti a termine, appalti, collaborazioni, licenziamenti), sarebbe poi intervenuto direttamente il legislatore *scavalcando* gli accordi di prossimità. Che da allora - relegati nella clandestinità, e sostituiti dal legislatore nell'opera di smantellamento delle tutele già delegatagli - si aggirano nascosti tra le macerie del diritto del lavoro come cecchini pronti a sparare alle tutele residue[147]. Colpendo ed

[145] Si può decadere perché, impugnato il licenziamento (anche discriminatorio) nei confronti del cedente che lo ha intimato il tentativo di conciliazione è stato promosso nei confronti del solo cessionario nel frattempo subentrato; o perché il tentativo di conciliazione è stato promosso dal datore in relazione a differenze economiche subito dopo l'impugnazione del licenziamento; o perché all'esito del procedimento ex art. 7, l. 604/1966 (chiuso con verbale di mancato accordo e di conferma dell'intenzione di licenziamento) non è stato comunicato quel licenziamento previsto dal comma 6. È come aggirarsi in una giungla piena di trappole.
[146] Cass. 20.9.2021, n. 25400 che richiama in motivazione la propria giurisprudenza "(v. Cass. nr. 12443 del 2020, in motiv. §§ 5 e ss.; seguita, tra le altre, da Cass. nr. 12503 del 2020, §§ 30 e ss., e Cass. nr. 15352 del 2020, in motiv., §§ 23 e ss)" sul termine di prescrizione quinquennale (e non decennale) applicato ai dipendenti assunti a termine che chiedevano di beneficiare dei trattamenti derivanti dalla medesima progressione economica dei lavoratori comparabili assunti a tempo indeterminato, sulla base della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla Direttiva 1999/70/CE.
[147] Sulla necessità che ricorrano tutti i requisiti previsti, stante l'eccezionalità degli effetti *erga omnes*, cfr. Cass. 2.10.2023 n. 27764. L'art. 8 d.l. 138/2011 è sopravvissuto a due incidenti di costituzionalità essendo stata dichiarata

affondando persino il diritto al preavviso di licenziamento, negato ai pensionabili di anzianità recalcitranti all'esodo incentivato, come ritenuto da una (non nota) sentenza di legittimità[148] che, a parte la discriminazione per età[149], non ha considerato che il diritto al preavviso "integra la nozione di ordine pubblico internazionale ai fini del diritto internazionale privato, quale "principio fondamentale della tutela del lavoratore avverso comportamenti arbitrari del datore di lavoro"[150].
Ma era ancora niente. Nel 2015 sarebbe stata prevista la derogabilità assistita dell'art. 2103 (c. 6), abbinata alla soppressione del principio di equivalenza sostanziale delle mansioni[151].
Ma, soprattutto, accordi (per così dire) di *prossimità* (settoriale) all'ennesima potenza, capaci di derogare (non a singole norme inderogabili) ma all'intero apparato del diritto del lavoro, con riferimento a collaborazioni *intensamente* parasubordinate indistinguibili da quelle *attenuatamente* subordinate.
Delle due leggi sulle conseguenze del licenziamento del 2012 e del 2015 parleremo a proposito del licenziamento discriminatorio. In mezzo quel decreto-Poletti che sembra voler suggerire ai datori di lavoro che non conviene un unico contratto a termine di trentasei mesi (troppa stabilità e tranquillità); meglio sfruttare le cinque proroghe messe a disposizione dal legislatore/consulente, per regalare al lavoratore sei momenti di autentica *suspense.*
Talora sembra davvero che le norme di quegli anni fossero funzionali "persino agli immediati ed atomistici bisogni dell'impresa", come diceva Mariucci[152]. Come se davvero fossero state suggerite da qualche *giuslavorista di prossimità*. Da consulente aziendale a consulente ministeriale.

5.5 – Non posso qui parlare di *degiurisdizionalizzazione,* di condanna alle spese imposta *ex lege* e, magari, *esemplare*, di contributo unificato e raddoppiato per chi va avanti nel processo (di cui dare atto nelle sentenze) in funzione puramente deflativa del contenzioso[153].
L'art. 47 della Carta prevede che "ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice" e tutte le direttive prevedono mezzi di ricorso e di tutela. Ma è significativo che molte delle azioni antidiscriminatorie più note siano state promosse, magari contro discriminazioni *potenziali*, dalle consigliere di parità, da organizzazioni sindacali, da associazioni rappresentative degli interessi lesi o *accreditate*.

---

inammissibile la questione (per la non spiegata riconducibilità dell'accordo scrutinato all'art. 8 citato) da Corte cost. 28.3.2023 n. 52 e vertendo il primo incidente sul (non fondato) profilo della violazione dell'117, c. 3, Cost. (Corte cost. 4.10.2012 n. 221).

[148] Può annidarsi persino in una dichiarazione aziendale tra le premesse di un accordo sindacale per il licenziamento collettivo scaglionato di tutti coloro che avessero raggiunto entro una certa data futura i requisiti per la pensione di anzianità, come nel caso deciso da Cass. 9.11.2016 n. 22789 (ai lavoratori che non avessero aderito all'esodo non sarebbe stata pagata l'indennità sostitutiva del preavviso così da "incentivarli" ad aderire).

[149] CGUE 19.4.2016, C- 441/14 *Dansk Industri* relativa ad indennità di licenziamento di 3 mensilità prevista dalla legge danese ma non riconosciuta a chi alla cessazione del rapporto fosse titolare di pensione di vecchiaia.

[150] Cass. 19.7.2007, n. 16017.

[151] Il principio di equivalenza sostanziale *giustificava* il non dovere, il datore, *giustificare* una modifica delle mansioni che non comunque non poteva ledere la professionalità del lavoratore. Venuto meno quel principio non è stata comunque prevista alcuna giustificazione che, però, dovrà essere data se colpisce un lavoratore *fattoriale*.

[152] Lo richiama G. FONTANA, *Il problema dell'uguaglianza e il diritto del lavoro flessibile,* in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 398/2019 nel chiudere con un auspicio: "Ora l'autodifesa della società dopo gli anni del dominio del mercato chiama in causa il diritto del lavoro, che può riconquistare la sua perduta centralità dopo la lunga stagione dello «smarrimento» e dello «spaesamento»", così da tornare ad essere "l'alleato di sempre dell'eguaglianza".

[153] Solo per completezza di un discorso che qui non possiamo approfondire cfr. RELAZIONE (lavorodirittieuropa.it)

Quasi mai da singoli lavoratori[154], salvo che non intercettino un filone sicuro tracciato da precedenti affidabili e non incrocino studi o associazioni con specifico *know how* che possano rendere appetibile l'indigesto ricorso al giudice grazie ad economie di scala.

[154] "…i quali sfiduciati, stanchi, fiaccati nella loro capacità di resistenza, sono molto spesso costretti a subire ricatti, accettando umilianti transazioni" così LOSPINOSO SEVERINI, nella relazione di maggioranza nella seduta del 28.7.1973 alla proposta di legge modificata dal Senato 379-B a proposito di quella "fuga dalla giustizia della Repubblica fondata sul lavoro", diventata misura di politica del diritto realizzata dal legislatore.

§ 4 - Il licenziamento discriminatorio

1 – I primi cinquant'anni del licenziamento discriminatorio (1966-2016)

Curioso notare che nemmeno nell'originario art. 18 si parlasse esplicitamente di licenziamento *discriminatorio,* nella terza ipotesi di illegittimità del licenziamento ivi prevista, quando il giudice "ne dichiara la nullità a norma della legge stessa", cioè a norma dell'art. 4, l 604/1966, che, ugualmente, non parlava di licenziamento discriminatorio, ma di "licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali". *Determinato da ragioni* legate non all'*essere*, ma allo *scegliere chi voler essere*. In lessico antidiscriminatorio, fattori di rischio soggettivi. Un licenziamento che, più appropriatamente, avremmo potuto considerare *di rappresaglia.*

L'art. 4, l. 604/1966 sarebbe stato inaspettatamente novellato soltanto dopo oltre mezzo secolo, con l'aggiunta istigatrice dell'ipotesi del licenziamento (non "determinato da ragioni", ma) "conseguente all'esercizio di un diritto ovvero alla segnalazione, alla denuncia all'autorità giudiziaria o contabile o alla divulgazione pubblica effettuate ai sensi del decreto legislativo attuativo della direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019" (aggiunto dall'art. 24, c. 3, D.lgs. 24/2023): ipotesi di licenziamento ritorsivo, più che discriminatorio, preceduta da un diverso participio passato, non *determinato* ma *conseguente.*

Gravido di *conseguenze*. Di cui parleremo nel prossimo capitolo.

Ad ogni modo, che quelle dell'art. 4 fossero "ragioni discriminatorie" (considerati anche i "fini di discriminazione razziale, di lingua o di sesso" che l'art. 13, l. 903/1977 avrebbe inserito nell'ultimo comma dell'art. 15, in aggiunta ai "fini di discriminazione politica o religiosa*"*) sarebbe stato esplicitato dall'art. 3, l. 108/1990, che avrebbe reso applicabili al "licenziamento determinato da ragioni discriminatorie ai sensi dell'articolo 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604 e dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300", oltre che dell'art. 15 dello Statuto, "le conseguenze previste" dall'art. 18 "quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro"[155].

Espandendo così la tutela reale di diritto speciale di cui all'art. 18, oltre l'ambito di applicazione dimensionale suo proprio: primo esempio della tendenza espansiva *legale* dell'art. 18.

2 – L'assimilazione del motivo illecito al motivo discriminatorio a fin di bene (la *tendenza espansiva* dell'art. 18)

In nessuna delle disposizioni citate (art. 6, l. 604/1996; art. 18 e 15 l. 300 /1970; art. 4, l. 108/1990) erano richiamati, accanto al licenziamento discriminatorio, i licenziamenti nulli, per motivo illecito, vietati (della lavoratrice madre e per causa di matrimonio).

E così ai licenziamenti non discriminatori era applicabile la cd. tutela reale di diritto comune, non quella speciale dell'art. 18[156], né era applicabile il termine di decadenza di cui all'art. 6, l. 604/1966[157].

Sarebbe stata la giurisprudenza a fare di tutta l'erba (cattiva) un fascio.

Si leggeva in un *obiter dictum* che il divieto di licenziamento discriminatorio "è suscettibile di interpretazione estensiva sicché l'area dei singoli motivi vietati (il cui onere probatorio grava sul lavoratore) comprende anche il licenziamento per ritorsione, ossia intimato a seguito di comportamenti risultati sgraditi al datore di lavoro (quali asserite iniziative giudiziarie intraprese dal lavoratore)"[158].

---

[155] Sono stati necessari tre articoli per farne uno: l'art. 3, l. 108/1990 crea un *combinato disposto* tra l'art. 4, l. 604/1966 e l'art. 15 Statuto. Nell'art. 4 ci sono alcuni fattori di rischio; nell'art. 15 anche gli altri.

[156] Cass. 7.2.1998, n. 1312 con riferimento alla lavoratrice madre.

[157] Cass. 14.7.1984, n. 4144.

[158] Cass. 3.3.1997, n. 3837.

Quell'orientamento si sarebbe subito consolidato[159], "stante la forza espansiva" dell'art. 18, già manifestatasi, ad esempio, con riferimento al licenziamento disciplinare intimato senza l'osservanza delle garanzie difensive dell'art. 7 Statuto, espressione di principi di civiltà giuridica.

3 – La *nociva* assimilazione del motivo discriminatorio al motivo illecito

Se il motivo illecito aveva tutto da guadagnare dall'assimilazione al motivo discriminatorio, quest'ultimo aveva più di qualcosa da perdere dall'assimilazione inversa.

I due principali ed originari fattori di rischio dell'art. 15, l. 300/1970 e dell'art. 3 l. 108/1990 (quello sindacale e quello politico) non erano compresi nella Direttiva 78/2000 e nel D.lgs. 116/2003, pur se *annidati* (come più tardi si sarebbe scoperto) tra le *convinzioni personali*.

E, così, quei fattori di rischio sono stati a lungo *discriminati* rispetto agli altri: niente regime probatorio agevolato; niente rilevanza oggettiva della discriminazione; niente autosufficienza del motivo discriminatorio. Sarebbe bastata la concorrenza di un altro motivo, anche debole, a privare di qualsiasi rilevanza il motivo discriminatorio.

Non era mai stato messo in dubbio con riferimento a sindacalista "che per affermare il carattere ritorsivo e quindi la nullità del provvedimento espulsivo, in quanto fondato su un motivo illecito, occorre specificamente dimostrare, con onere a carico del lavoratore, che l'intento discriminatorio e di rappresaglia per l'attività svolta abbia avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di lavoro, anche rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso; in particolare, ai fini dell'accertamento dell'intento ritorsivo del licenziamento, non è sufficiente la deduzione dell'appartenenza del lavoratore ad un sindacato, o la sua partecipazione attiva ad attività sindacali, ma è necessaria la prova della sussistenza di un rapporto di causalità tra tali circostanze e l'asserito intento di rappresaglia, dovendo, in mancanza, escludersi la finalità ritorsiva del licenziamento"[160].

4 - La *discriminazione* tra repressione collettiva e repressione individuale delle discriminazioni sindacali

Davvero strano ove si consideri come per la repressione della condotta antisindacale si ritenesse non necessario "uno specifico intento lesivo da parte del datore di lavoro" essendo sufficiente la lesione oggettiva degli interessi collettivi, anche in ipotesi di ritorsione per motivi sindacali "ad esempio, nel caso di licenziamento o di trasferimento di un lavoratore a causa del suo impegno sindacale"[161]: condotta plurioffensiva che era stata quasi subito inclusa tra quelle impugnabili con l'azione di cui all'art. 28[162].

L'opposta tesi "basata sull'importanza paradigmatica dell'art. 2043 c.c. non tiene conto del fatto che in tal modo una gran parte degli illeciti civili sarebbe del tutto priva di sanzione: in realtà quando l'illecito può continuare o ripetersi nel futuro, l'unica reazione efficace è costituita solo dall'azione inibitoria", che è diretta non alla condanna del convenuto al risarcimento del danno che ha causato, ma ad un ordine inibitorio della continuazione della condotta illecita (art. 2599 c.c.) o di cessazione del fatto lesivo (artt. 7 e 10 c.c.).

Ed allora se l'azione ha natura inibitoria è irrilevante l'elemento psicologico del datore di lavoro e ciò che il giudice deve accertare è l'obiettiva idoneità della condotta denunciata a produrre il risultato che la legge intende impedire. La sussistenza dell'intento non è necessaria ("perché un

---

[159] Cass. 6.5.1999, n. 4543; Cass. 20.11.2000, n. 14982; Cass. 18.3.2011, n. 6282; Cass. 27.2.2015, n. 3986; Cass. 5.12.2015, n. 24649.

[160] Cass. 14.7.2005 n. 14816; Cass. 15.11.2000, n. 14753; Cass. 12.11.1998 n. 11457 che con riferimento a collocamento in CIGS ha ritenuto che "l'esclusione della discriminatorietà della scelta datoriale non si pone in contraddizione con l'affermazione dell'illegittimità della stessa per non avere il datore di lavoro fornito la prova della sua conformità ai criteri concordati"; Cass. 6.7.1988, n. 4445.

[161] Cass. S.U. 12.6.1997 n. 5295.

[162] Ricorda COSSU, *Cinquanta anni di esperienza del processo del lavoro*, *Il processo del lavoro compie 50 anni*, *RGL*, Q 7/2023, 88 del cambio di giurisprudenza sulla condotta plurioffensiva reprimibile ex art. 28 St.

errore di valutazione del datore di lavoro che non si è reso conto della portata causale della *sua* condotta non fa venir meno l'esigenza di una tutela della libertà sindacale e della inibizione dell'attività oggettivamente lesiva di tale libertà") e non è sufficiente ("in quanto l'intento del datore di lavoro non può far considerare antisindacale un'attività che non appare obiettivamente diretta a limitare la libertà sindacale").
Principi significativamente affermati in un caso di discriminazione indiretta (si sarebbe detto in lessico antidiscriminatorio), cioè di applicazione (apparentemente neutra) dei criteri di scelta di cui all'art. 5 l. 223/1991: i giudici di merito avevano invece ritenuto irrilevante che la gran parte dei lavoratori licenziati fosse sindacalizzata, stante la mancata prova dell'intento discriminatorio.
Se però fosse stato il lavoratore licenziato a dedurre in quello stesso caso la discriminazione sindacale, avvalendosi magari del dato statistico, il ricorso ex art. 414 c.p.c. sarebbe stato rigettato e nemmeno la prova dell'intento discriminatorio lo avrebbe salvato, stante la concorrenza del motivo (insindacabile) di avvio della procedura di licenziamento collettivo e l'applicazione di criteri di scelta apparentemente neutri.

Una contraddizione mai rilevata, a quanto consta.

5 – La reintegrazione come sanzione dei licenziamenti *imperdonabili*: alle origini di un'idea covata per un decennio

Risale al 2002 l'idea di introdurre "a fini di sostegno e incentivazione della occupazione regolare e delle assunzioni a tempo indeterminato … disposizioni relative alle conseguenze sanzionatorie a carico del datore di lavoro in caso di licenziamento ingiustificato… in deroga all'articolo 18…, prevedendo in alternativa il risarcimento alla reintegrazione"[163].
La deroga doveva essere collegata alla "identificazione delle ragioni oggettive connesse a misure di riemersione, stabilizzazione dei rapporti di lavoro sulla base di trasformazioni da tempo determinato a tempo indeterminato, politiche di incoraggiamento della crescita dimensionale delle imprese…".
Ciò sul presupposto, dato evidentemente per scontato, che fosse soprattutto il "timore" di subire la "reintegrazione nel posto di lavoro", e dunque la "situazione psicologica" delle imprese minacciate dall'art. 18 - simmetrica alla "situazione psicologica" dei lavoratori non protetti dall'art. 18 (a voler mutuare espressioni tratte da Corte cost. 63/1966) - ad indurle a ricorrere a forme di lavoro *eighteen free* (lavoro nero, irregolare, non subordinato, a termine, alle dipendenze di impresa minore, o di un intermediario, o di una società solo fraudolentemente distinta da altra o altre, e via eludendo)[164].
Ma, già allora, ci si teneva a mettere bene in chiaro che erano confermati "i divieti attualmente vigenti in materia di licenziamento discriminatorio…, licenziamento della lavoratrice in concomitanza con il suo matrimonio… e licenziamento in caso di malattia o maternità… *"*.
Esattamente la stessa, identica, idea che, dopo dieci anni di incubazione, avrebbe condotto ad *evirare*, prima, ed a *sterilizzare*, dopo, l'art. 18.
Per la stessa, identica, ragione enunciata nel 2002: "il governo ritiene che alla nozione di sicurezza data dall'inamovibilità del singolo rispetto al proprio posto di lavoro occorra

[163] Così l'*incipit* dell'art. 10 del D.d.L. n. 848 (embrione della futura L. n. 20 del 2003), stralciato il 13 giugno 2002 su pressione delle organizzazioni sindacali che il 23 marzo 2002 avevano organizzato un grande manifestazione a Roma a difesa dei diritti e dell'art. 18 e contro il terrorismo (il 19 marzo 2002 era stato assassinato Marco Biagi).
[164] La deriva allora agli albori cui aveva reagito NAPOLI, *Elogio della stabilità*, in *QDLRI,* 26, 2002, p. 12: "Occorre evitare la visione restrittiva e intrisa da logica di aggiramento, secondo la quale l'articolazione tipologica dei rapporti di lavoro va spiegata come misura reattiva alla eccessiva rigidità della disciplina dei licenziamenti".

sostituire un concetto di sicurezza conferito dalla possibilità di scelta effettiva nel mercato del lavoro"[165].
E come nel 2002 *reintegrazione* fa rima con *discriminazione et similia*.

6 – L'accostamento *malizioso* tra motivo discriminatorio e motivo illecito *determinato* e *determinante* nel *nuovo* art. 18

Dunque, prima del 2012 solo il licenziamento discriminatorio era *testualmente* dentro l'art. 18. Per via del cordone ombelicale con l'art. 4 l. 604/1966 che solo dopo 42 anni sarebbe stato reciso.
Gli altri licenziamenti nulli, pur *testualmente* fuori, erano idealmente *dentro*, per la tendenza espansiva, o la forza d'attrazione, dell'art. 18. Esercitata nel bene, ma non nel male.
Non quanto all'onere di impugnare a pena di decadenza di cui all'art. 6 l. 604/1966.
Avrebbe *rimediato* l'art. 32, l. 183/2010 estendendo il trattamento peggiorativo (l'onere di impugnare) *"*a tutti i casi di invalidità del licenziamento". Uguaglianza al ribasso proprio lì dove il licenziamento dà il peggio di sé.
Nel *nuovo* art. 18, invertendo l'ordine, si parte dal licenziamento che fa più impressione: quello di cui il giudice dichiara la nullità "perché discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108". E quello di cui al richiamato art. 3 è un "licenziamento *determinato da* ragioni discriminatorie" ai sensi dell'art. 4, l. 604/1966 e 15, l. 300/1970.
Anche nell'art. 2, c. 1, D.lgs. 23/2015 (l'equivalente per i nuovi assunti) si parte dal licenziamento nullo "perché discriminatorio a norma dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e successive modificazioni". E l'art. 15 parla di "atti o patti *diretti a fini* di discriminazione". *Determinato da* e *diretto a fini* di discriminazione.
Ed allora, per completare l'opera, doveva essere omesso ogni riferimento al D.lgs. 216/2003, di recepimento della Direttiva 2000/78/CE, che pure prevede il divieto di discriminare (art. 2) esteso alle "*condizioni di licenziamento*" (art. 3, c. 1, lett. b), ma ha il *difetto* di vietare non solo lo scopo, ma anche l'effetto discriminatorio, e di agevolare la prova della discriminazione. Così come l'art. 40, D.lgs. 198/2006 (e già l'art. 4, c. 6, l. 125/1991) a proposito della discriminazione per ragioni di sesso.
Proprio ciò che non si voleva[166].
Solo rinvii al diritto interno allora; nessuno al diritto antidiscriminatorio di derivazione europea[167].
Strano per una riforma che va nella "direzione giusta per armonizzare l'ordinamento italiano rispetto al resto d'Europa e contribuire a superare la chiusura del Paese agli investimenti stranieri".
Più importante, per attrarli, ridurre al massimo il rischio della reintegrazione.
Nel *nuovo* art. 18 quello discriminatorio è solo il *primo* dei licenziamenti nulli "indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro" nei quali ci si imbatte. Lo seguono, *infilati* nello stesso primo comma, il licenziamento "in concomitanza di matrimonio*"*, quello della lavoratrice in gravidanza o puerperio ed infine il licenziamento "riconducibile ad altri casi di nullità previsti

[165] Così nella Relazione di accompagnamento al citato D.d.L. n. 848 che si proponeva di "realizzare obiettivi di speciale importanza nell'ambito del disegno riformatore del mercato del lavoro in Italia contenuto nel «Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità» (ottobre2001)".
[166] Ed infatti coglie perfettamente l'intenzione, F. CARINCI, *L'articolo 18 dopo la legge n. 92 del 2012. Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, GDLRI Numero 2/XXIII – 2013, Milano: "Ora né l'itinerario pregresso né il testo attuale di questo comma 1 legittimano a ritenere che il legislatore abbia voluto mutuare dalla legislazione anti-discriminatoria non solo le «ragioni», intese come causali tipiche di illiceità, ma anche le fattispecie e soprattutto le discipline processuali relative agli oneri probatori".
[167] Nemmeno l'art. 1, c. 48, l. 92/2012 richiamava, anche solo per coordinarvisi, con riferimento al licenziamento discriminatorio, l'art. 28, c. 4, D.lgs. 150/2011.

dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile". *Determinato* e *determinante*.
Un participio passato ed un aggettivo, per rendere ancora più chiaro il concetto. Ma non esiste un "motivo illecito determinante" ai sensi dell'art. 1345 c.c. Esiste un "motivo illecito". *Determinante* è un messaggio per il giudice: il licenziamento è nullo *solo* se *determinato* da motivo illecito *determinante*; ed è nullo solo se *determinato* da motivo discriminatorio *determinante*. L'accostamento/riconduzione al motivo illecito, consente di recuperare anche l'avverbio *esclusivamente* nel testo dell'art. 1345 c.c.
Del resto, i giudici già esigevano la prova del motivo discriminatorio determinante ed esclusivo. Avrebbero dovuto *solo* continuare a farlo, incoraggiarti e legittimati dal nuovo art. 18, nella temperie deflativa del contenzioso in atto.
Una prova *diabolica* per licenziamenti *diabolici*.
L'assembramento di licenziamenti nulli in un unico comma ha un senso. Non tanto quello di dare l'idea, a colpo d'occhio, che i casi di tutela reintegratoria non sono poi così residuali, ma, piuttosto che la reintegrazione è una *punizione*. Meritata "quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro". Non certo una novità[168].
Ed è la stessa *punizione* per i licenziamenti del tutto pretestuosi, *quasi* illeciti ma non nulli. Che per questo non era stato possibile spostare nel primo comma. Anche se stavolta il lavoratore *paga* quella *punizione* con uno *sconto* sul risarcimento, senza un minimo, ma con un massimo.
L'idea è dunque quella della reintegrazione *punitiva*. Per licenziamenti *patologici*. Intenzionalmente patologici. Marchiati da uno specifico *animus nocendi.*
Licenziamenti puniti perché ledono la dignità della persona umana implicata nel rapporto.
Concepiti come eccezioni alla regola che vale "nelle altre ipotesi".
In quelle *altre ipotesi*, la persona *implicata* nel rapporto sparisce.
Rimane solo il lavoratore *implicato nell'impresa*.
Qui è solo un gioco di convenienze. L'errore è *perdonabile*. Ed allora, come prima cosa il giudice, nel nome della legge, "dichiara risolto il rapporto con effetto dalla data del licenziamento"[169]. Chiarito ciò, condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità che è ancora "risarcitoria" ed è ancora da lui "determinata" tra un minimo ed un massimo che tiene conto, tra l'altro, del "comportamento e delle condizioni delle parti".

7 – L'estremizzazione dell'idea di punire solo i più cattivi nel Jobs Act

L'idea di rendere sempre più residuali i casi reintegrazione punitiva rispetto a tutti agli altri sarebbe stata condotta alle estreme conseguenze, dopo appena tre anni, dalla legge (D.lgs. 23/2015) che ha condannato l'art. 18 alla lunga agonia che lo dovrebbe portare alla morte se non succede prima qualcosa al carnefice.
Un'idea affidata a tre avverbi e ad un aggettivo.
Espressamente, riferito ai casi di nullità previsti (*espressamente*, appunto) dalla legge, separati dagli altri casi espunti dalla tutela reintegratoria (sdoppiamento di regime per nullità testuali e virtuali).
Esclusivamente, riferito alle "ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento".

---

[168] Già prevista dall'art. 3 l. 108/1990. Lo ignorava la Ministra dell'epoca, che "ha aperto una conferenza stampa affermando, e poi ribadendo, che la riforma avrebbe esteso anche ai dipendenti delle piccole imprese la reintegrazione per i licenziamenti basati su motivo discriminatorio o illecito", come aveva notato MAGRINI, Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18) Il professor Sergio Magrini ... (bing.com)

[169] Mai il giudice aveva avvertito l'esigenza di dichiarare risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento tutte le volte che ha accertato l'illegittimità del licenziamento ai sensi dell'art. 8 l. 604/1966. Ora è la legge ad imporgli di dichiarare qualcosa che si evince dalla legge stessa. Ci permettiamo di rinviare a PILEGGI, *L'art. 18, oggi, LPO*, 2020, https://www.lpo.it/wp-content/uploads/2020/12/A.-Pileggi-Lart.-18-oggi.pdf

Direttamente riferito alla prova (non presuntiva) che il lavoratore deve dare se vuole essere reintegrato.
Materiale, riferito al fatto che il lavoratore deve *direttamente* provare.
In tutti gli altri casi, il giudice, al solito, deve "dichiara(re) risolto il rapporto con effetto dalla data del licenziamento*"*. Messo bene in chiaro ciò, deve condannare, stavolta, il datore a pagare un'indennità crescente con l'anzianità, senza esprimere giudizi e scompaginare i conti. Indennità senza aggettivi, essendo stato tolto quello che c'è nell'art. 18 ("risarcitoria").
Qui l'errore non solo è *perdonabile*. Ma forse nemmeno c'è. Se mai è stato un semplice errore di valutazione o del tentativo di risparmiare qualcosa.

Quella di licenziare ingiustificatamente il lavoratore è una scelta aziendale, non un abuso, comportante un costo fisso (di separazione), secondo un listino prezzi dipendente dall'annata e dall'invecchiamento. Con tanto di sconto del 50% se il datore, entro il termine di impugnativa del licenziamento, si precipiti ad offrire la metà del prezzo (pochi, maledetti, detassati e subito). Se è disposto a pagare quel prezzo un motivo ci sarà (non si fida, non gli serve). In ogni caso, saranno fatti suoi. Il licenziamento è tautologicamente "giustificato" dal costo che è disposto a pagare[170]. Purché lo sappia prima. Così si regola. Un costo che non deve nemmeno sopportare se riesce provare un motivo *altro* rispetto alla mera disponibilità a sostenerlo.
E la stessa logica squisitamente aziendalistica è sottesa all'unica ipotesi di reintegrazione punitiva (art. 3, c.), oltre a quella del "licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale" (art. 2, c.1): se residua anche solo un minimo sospetto; se il lavoratore non prova oltre ogni *ragionevole dubbio* che lui non c'entra, non c'era, è stato un altro, non ne sapeva nulla, è vittima di un complotto; è un incompreso; se la vicenda non si chiude con un abbraccio tra le lacrime, la reintegrazione sarebbe comunque impedita per una sorta di "conversione" del motivo disciplinare in un motivo oggettivo comunque meritevole di tutela (sia pure a pagamento). Quel sospetto non fugato, quel "ragionevole dubbio" con la sfiducia che ne consegue, integra ragione di incompatibilità ambientale, di ingestibilità del rapporto; è un tarlo che rende il lavoratore un *indesiderabile*. Oggettivamente, si intende. Ed il datore si limita a pagare il prezzo del non essere riuscito a provare la fondatezza del proprio *ragionevole dubbio*[171]. Lo stesso prezzo che avrebbe pagato se avesse intimato un licenziamento per giustificato motivo oggettivo del tutto pretestuoso.
Anche un licenziamento disciplinare del tutto sproporzionato è, del resto, *oggettivamente* giustificato dalla (soggettiva) perdita di fiducia nei confronti di chi, comunque, non ha rigato dritto ed "ha in qualche modo contribuito al guastarsi del rapporto di collaborazione". Una scelta gestionale che il giudice, anche stavolta, è chiamato a condividere "dichiarando risolto il rapporto alla data del licenziamento.
E proprio vero. "Con la legge Fornero del 2012 e il Jobs Act del 2015 si è sgonfiata l'enorme ipertrofia del contenzioso giudiziale in materia di lavoro che aveva costituito per decenni un'anomalia italiana rispetto agli altri Paesi della UE": ben possiamo presentare a Bruxelles questa come una riforma strutturale molto incisiva", ed "ora le parti si accordano molto più

[170] Cfr. BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, p. 144 dubita "che il giudizio sulla ricorrenza del g.m.o. sia stato effettuato in passato dai giudici esclusivamente sulla base di un implicito calcolo di convenienza alla prosecuzione del rapporto di lavoro per il datore di lavoro, essendo influenzato, piuttosto, da altre considerazioni di giustizia più propriamente normativo-prescrittive e indipendenti da considerazioni di sola efficienza, quali l'esigenza di tutelare il reddito vitale e la dignità stessa della persona, messi in forse proprio dal recesso".
[171] Se l'abbiamo ben capita è la tesi argomentata in diversi editoriali ed articoli facilmente reperibili sul sito del Prof. Ichino: "la reintegrazione non può essere disposta quando il lavoratore viene assolto per insufficienza di prove" perché non si può "reintegrare in azienda una persona della quale, in presenza di indizi di colpevolezza, non è provata l'innocenza e nella quale dunque l'impresa non può più riporre il proprio pieno affidamento".

facilmente senza bisogno dell'intervento del giudice". Nell'ultimo decennio la tendenza alla "diminuzione del flusso del contenzioso" si è consolidata[172].
Abbiamo fatto bene i "compiti a casa", ma non è finita: l'Europa ci chiede ora di ridurre del 90% le cause pendenti entro il 2026 per non perdere i fondi del PNRR.

8 – Le discese ardite e le risalite

Senza la reintegrazione, però, il giudice del lavoro rischia l'estinzione. E la *tutela processuale differenziata*, di esserlo del tutto inutilmente.
La reintegrazione è, del resto, la madre di tutte le tutele. Ovvio che le tutele figlie ne soffrirebbero. Oggi, come prima del 1966, nei rapporti privati la prescrizione non decorre mai in costanza di rapporto. Ma anche quando cessa il rapporto, e passa la paura, se è solo questione di soldi non vale la pena fare causa. Lo ipotizzava già l'art. 5, l. 108/1990.
E così, toccato il fondo nel quinquennio terribile[173], è scattato come una sorta di istinto di sopravvivenza nel "ceto dei giuslavoristi".
Le due leggi dei miracoli hanno però collezionato insieme cinque dichiarazioni di incostituzionalità. Quando si dice l'ingratitudine.
Due hanno investito i superstiti dell'art. 18 che il giudice deve (e non "può") reintegrare quando accerti la "insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo", anche se non "manifesta".
Tre hanno investito gli assunti a tutele (non più) crescenti per i quali la misura dell'indennità deve dipendere da un giudizio, non da una moltiplicazione, e che devono essere reintegrati anche se il licenziamento è riconducibile agli altri casi di nullità previsti dalla legge, anche se non "espressamente"[174].
Per il regime differenziato della violazione dei criteri di scelta tra vecchi e nuovi assunti non c'è stato niente da fare: né davanti alla Corte costituzionale; né davanti alla Corte di Giustizia.

La Cassazione ha fatto il resto *cassando* l'aggettivo *materiale* sia là dove era stato immaginato (art. 18 c. 4) sia là dove era stato proprio scritto (art. 3 c. 2 Dlgs. 23/2015); rendendo parametriche le tipizzazioni di illecito disciplinare dei contratti collettivi; riconducendo il repêchage alle cause *reintegrabili*.

9 – Da carta della disperazione a jolly

Ma ecco la svolta.
Quella che sembrava la carta della disperazione è diventata la migliore da giocare. Purché, però, sia estratta dal mazzo. "Chiamare in causa il diritto comunitario non serve a nulla", aveva detto Carinci.
Perché era evidente non fosse assolutamente ciò che voleva il *nuovo* art. 18. Che aveva concepito quello discriminatorio come una sorta di motivo illecito speciale, per motivi illeciti tipizzati. Piazzato in *pole position* per esibire il volto buono di leggi (perché non fossero) percepite come cattive: inflessibili contro le discriminazioni; sin troppo flessibili negli altri casi

[172] Pietro Ichino | IL CROLLO DEL CONTENZIOSO IN MATERIA DI … (bing.com)
[173] Il disegno è efficacemente sintetizzato da ICHINO: "si può comunque presumere che la tendenza alla riduzione del flusso delle controversie abbia avuto inizio prima del 2012, per effetto di alcune norme tendenti a una deflazione del contenzioso: per esempio la legge n. 183 del 2010, c.d. «collegato-lavoro», ha molto probabilmente dato un contributo rilevante alla riduzione del contenzioso in materia di contratto a tempo determinato e di licenziamento, riducendo i termini per l'impugnazione, determinando un risarcimento-standard per il caso di nullità del termine apposto al contratto e in qualche misura riducendo anche lo spazio della possibile impugnazione delle clausole contrattuali. È però altrettanto plausibile che un contributo determinante a consolidare la tendenza alla riduzione delle cause su queste materie sia stato dato dalla legge Fornero del giugno 2012 e dai decreti attuativi del Jobs Act del 2015, secondo quanto il legislatore si è consapevolmente proposto".
[174] Corte cost. 22.2.2024, n. 22 di accoglimento di questione sollevata dalla cassazione (la nullità derivava dall'essere stato il licenziamento di un autoferrontranviere adottato dal datore e non dal consiglio di disciplina) per essere stato inserito nell'art. 2, c. 1, D.lgs. 23/2015 in difetto di delega quell'avverbio che integra il "salvo che la legge disponga diversamente" di cui all'art. 1418 c.c.

sia pure in una "prospettiva di crescita" o per "tutele crescenti". Una volta cresciuti avremmo capito che era a fin di bene.
Ma il diritto antidiscriminatorio è un'altra cosa, un "sottosistema", quasi un corpo estraneo, ed era bene rimanesse al suo posto. Non doveva interferire più di tanto con il diritto del lavoro, con la pretesa di sostituirlo. Del resto, non era quasi mai successo: le controversie in tema di discriminazione erano rimaste "in qualche modo lontane tanto dalle vicende cui i cultori del diritto del lavoro si interessano maggiormente, quanto dai livelli più alti della giurisdizione".
Ed anche per i cultori del diritto antidiscriminatorio, quel *sottosistema*, non doveva contaminarsi, annacquarsi, perdere senso ed identità. Non doveva essere percepito come un *asino* che pretenda di sostituirsi ad un *cavallo*[175].
Non ha che fare, quel sottosistema, con la debolezza contrattuale del lavoratore subordinato nella dimensione verticale del rapporto di lavoro. Ha a che fare con la tutela della persona esposta a discriminazioni nella dimensione orizzontale del rapporto con terzi comparabili.
Né è giusto che il diritto del lavoro smetta di tutelare efficacemente il lavoratore nella dimensione verticale con l'imprenditore, ne riduca i diritti "al rango di meri interessi patrimoniali", perché tanto ci sono i divieti di discriminazione: "difensori ultimi dei diritti assoluti della persona in gioco nelle vicende che pongono fine a un rapporto di lavoro" ("i soldati di Salamina").
Come si diceva all'inizio: se non hai un fattore di rischio non sei nessuno.
E "c'è il rischio, allora, che si sia tentati di sostenere che qualsiasi licenziamento arbitrario sia discriminatorio, perché la posta in gioco sarà molto alta, trattandosi della possibilità di accedere o meno alla reintegrazione piena del diritto leso" [176].
Tanto è vero che ciò che ieri si imputava alle cause di mobbing (serialità e natura speculativa) si imputa oggi alle cause di impugnativa di licenziamenti discriminatori intimati dopo il 2012, con formula di stile. Confidando sullo scetticismo del giudice nella temperie deflazionistica del contenzioso tuttora in atto, e nella diabolicità della prova del motivo discriminatorio azzerata, fino all'altro ieri, da una mera *difesa di mercato,* dalla prova di una concorrente ragione economica o, quanto al licenziamento disciplinare, dalla prova di un qualche concorrente motivo disciplinare anche irrisorio

10 – La nuova dimensione del licenziamento discriminatorio

Ma ora non è più così.
C'è voluto del tempo ma alla fine ci si è accorti che "il principio di parità di trattamento senza distinzione di religione, di convinzioni personali, di handicap, di età, di nazionalità e di orientamento sessuale" si applica a tutte le persone "ed è suscettibile di tutela giurisdizionale" "con specifico riferimento" anche all'area "occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le *condizioni del licenziamento*" (art. 3, c. 1, D.lgs. 216/2003).
Ed allora è stato concepito *in vitro* una sorta di *combinato disposto* gravido di conseguenze.
Dall'art. 18, c. 1, e dall'art. 2, c. 1, D.lgs. 23/2015 il licenziamento prende la reintegrazione senza sconti sul risarcimento.
Dal D.lgs. 216/2003, con annessi e connessi (Direttive e sentenze della Corte di Giustizia), tutto il resto.

---

[175] Cfr. BARBERA, *Il cavallo e l'asino. Ovvero dalla tecnica della norma inderogabile alla tecnica antidiscriminatoria* in BONARDI (a cura di) *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile,* Roma, 2017.
[176] Così BARBERA*, Il licenziamento* cit. nel chiarire come "la *ratio* della specialità della tutela antidiscriminatoria e, al tempo stesso della singolare efficacia dei suoi strumenti applicativi, risiede nel particolare disvalore attribuito a diseguaglianze che nascono da caratteristiche costituenti l'identità soggettiva della persona e nel riconoscimento del carattere *sistematico* delle forme di discriminazione espressamente menzionate, che rendono tali distinzioni qualitativamente diverse da comportamenti scorretti e da distinzioni arbitrarie, ingiustificate o ingiuste che possono colpire occasionalmente e in modo indistinto *tutti i lavoratori*".

La data di fecondazione di quel *combinato disposto* è stata individuata nel 4 aprile 2016: data di pubblicazione di una sentenza n. 6575/2016 della Cassazione in fattispecie di licenziamento discriminatorio intimato a lavoratrice che aveva manifestato il proposito di sottoporsi a pratiche di inseminazione artificiale all'estero[177].
Da allora:
- non rileva la concorrenza di un motivo economico o disciplinare[178], in conformità, del resto, alle direttive[179];
- la nullità del licenziamento discriminatorio non *passa* più dall'art. 1345 c.c., ma è l'effetto diretto della violazione di specifiche norme di diritto interno ed europeo; la discriminazione opera obiettivamente;
- l'onere della prova è agevolato come (vanamente già) previsto già dal 1991 (l. 125, art. 4, c. 6) e poi dal 2003 per tutti i fattori (l. 216, art. 4 c. 4).
Dal 4 aprile 2016 la prova della discriminazione non è più *diabolica*.

Ciò vale anche per le molestie sessuali: "un'esegesi conforme alla normativa euro-unitaria come interpretata dalla Corte di Giustizia impone di ritenere estesa l'equiparazione delle molestie sessuali alle discriminazioni di genere anche in ordine alla ripartizione dell'onere probatorio".

Certo qui non è facile trovare un *tertium comparationis* se non nel "*non* avere i lavoratori maschi patito molestie sessuali"[180].

Basta dimostrare il trattamento differenziato o svantaggioso riservato alle lavoratrici (ad esempio, il licenziamento per scadere dell'apprendistato o la mancata proroga del contratto a termine[181]) ed è sul datore di lavoro che si ribalta l'onere di provare che non c'è stata discriminazione[182].

E questo vale ovviamente per tutti i licenziamenti discriminatori, compreso quello intimato per discriminazione sindacale[183].

Ma anche in casi assai sospetti non è detto che l'agevolazione probatoria garantisca sempre il risultato, anche quando l'accertamento di merito (confermato in sede di legittimità,

---

[177] TARQUINI, *Il licenziamento discriminatorio, "soggetto inatteso": alcune riflessioni sul principio paritario e la disciplina limitativa del recesso datoriale, LDE,* 2, 2023. Nella motivazione della sentenza n. 6575/2016 viene citata CCCE 26.2.2008 C 506/06 che ha ritenuto discriminatorio il licenziamento comunicato alla lavoratrice prima dell'impianto nell'utero degli ovuli fecondati *in vitro* ove sia dimostrato che detto licenziamento è stato essenzialmente determinato dalla peculiare condizione in cui ella versava o dalla sua futura maternità.
[178] Ovvero "il riflesso negativo delle future assenze sulla organizzazione dello studio professionale - già esternato nella comunicazione di licenziamento" né la "concorrenza delle ulteriori ragioni, anche di natura disciplinare, indicate nella lettera di comunicazione dei motivi".
[179] E, peraltro, "la normativa nazionale ove interpretata nel senso di consentire una discriminazione diretta fondata sul sesso per la concorrenza di un'altra finalità, pur legittima (nella specie il dedotto motivo economico) sarebbe contraria alla direttiva" (n. 76/207 poi confluita nella direttiva n. 54/2006).
[180] Ciò sulla base della "prova statistica fornita dall'Ufficio della Consigliera di Parità della Regione Toscana, costituita da un serrato *turn over* tra le giovani dipendenti assunte dall'odierno ricorrente, che dopo un breve periodo di lavoro si dimettevano senza apparente ragione*"*. Così Cass. 15.11.2016 n. 23286 che cita in motivazione la famosa sentenza 7.7.2008, C-303/06, *Coleman*, relativa a molestie nei confronti di *caregiver*.
[181] Cass. 26.2.2021 n. 5476, che ha cassato la sentenza d'appello in relazione a domanda con cui una lavoratrice aveva dedotto la sussistenza di una discriminazione per averne il datore di lavoro negato, non procedendo alla proroga di un contratto a termine, il mantenimento in servizio a causa del suo stato di gravidanza, e invece concesso il rinnovo di contratti a termine a tutti i colleghi che si trovavano nelle sue stesse condizioni contrattuali".
[182] Cass. 3.2.2023 n. 3361 che ha annullato una sentenza capace di ritenere "elemento neutro ai fini della discriminazione il recesso intimato al termine del periodo di apprendistato, senza valutare che la ricorrente era portatrice di un fattore di rischio, avendo condotto a termine due gravidanze durante l'apprendistato, e che tale elemento considerato congiuntamente al dato statistico - il cui esame evidenziava che tutti gli altri apprendisti, circa duecento, erano stati assunti - imponeva al datore di lavoro di provare l'assenza di discriminazione".
[183] Cass. 27.1.2023 n. 2606, che ha ritenuto discriminatorio, a monte, l'accertamento investivo disposto unicamente mei confronti di un sindacalista in causa con il datore.

previa correzione di motivazione), si fosse basato sulla concezione del motivo discriminatorio come motivo illecito[184].

10.1 – La prova *agevolata* che *agevola* il datore: il licenziamento del molestatore/discriminatore

La prova non è più *diabolica*, s'è detto.

Ma non è più *diabolica* per chi?

Solo per la persona molestata che agisca con azione antidiscriminatoria contro il datore; o anche per il datore nei cui confronti agisca il molestatore licenziato per giusta causa a seguito della segnalazione della persona molestata? É agevolata anche la prova della giusta causa di licenziamento, da riferirsi al fatto in sé della molestia, oggettivamente rilevante?

Così sembra: l'accertamento del fatto è incensurabile in sede di legittimità, ma la valutazione nel senso ipotizzato giuridicamente corretta[185]: in applicazione dell'art. 26, c. 1 e 2 D.lgs. 198/2006 e della Convenzione OIL 190/2019 ratificata dalla l. 4/2021 sull'eliminazione della violenza e delle molestie sul luogo di lavoro[186].

10.2 – Licenziamento discriminatorio e difese di mercato

La discriminazione è vietata in sé, non perché integri motivo illecito. Per questo è irrilevante che concorra un motivo economico (che renderebbe non determinante ed esclusivo il motivo discriminatorio).

È vietato l'effetto discriminatorio, non lo scopo.

Ciò non vale solo per il licenziamento, ma per ogni patto o atto discriminatorio.

Ciò detto, in base al (solo) diritto antidiscriminatorio, quel motivo economico concorrente ha comunque una qualche rilevanza? La discriminazione può essere giustificata da una ragione economica, da una *difesa di mercato*? E questa ragione economica può essere sindacata dal giudice?

Nel diritto del lavoro ("nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165"), una norma-manifesto ci ha tenuto a dirci (ciò che i giudici non avevano bisogno di sentirsi rinfacciare e cioè) che "il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente".

Dunque, le valutazioni tecniche, organizzative e produttive alla base di una disposizione, di un criterio o di una prassi non sono sindacabili dal giudice nel merito.

Non basta che una disposizione, un criterio, una prassi apparentemente neutri, ma indirettamente discriminatori, siano "oggettivamente giustificati da una finalità legittima"; occorre anche che i "mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari".

---

[184] Cass. 27 settembre 2018 n. 23338

[185] Cass. 31.7.2023 n. 23295 in relazione a comportamento (di addetto ad autogrill) "denunciato in due diverse occasioni dalla lavoratrice alla direzione aziendale, consistito in allusioni verbali e fisiche a sfondo sessuale, comunque indesiderato e oggettivamente idoneo a ledere e violare la dignità della collega di lavoro", che per la Corte territoriale costituiva giusta causa "a nulla rilevando che fosse assente la volontà offensiva e che in generale il clima dei rapporti tra tutti i colleghi fosse spesso scherzoso e goliardico". Il ricorrente si era doluto "della valutazione di oggettiva idoneità del comportamento addebitato a ledere la dignità" che la Cassazione ha confermato per essersi il giudice di merito mosso "nella cornice di definizione di molestie come consegnata dall'art. 26 del d.lvo n. 198/2006" ritenendo "che il carattere comunque indesiderato della condotta", integrasse la "nozione di molestia… fondata sulla oggettività del comportamento tenuto e dell'effetto prodotto, con assenza di rilievo della effettiva volontà di recare una offesa".

[186] Citata ampiamente in motivazione da Cass. 14.12.2023 n. 35066 secondo cui "la banca datrice ha tratto un particolare e giustificato allarme dallo «stampo dei contegni del proprio dipendente, che rendendosi oltre modo petulante e per giunta violento in pregiudizio di altre due dipendenti, aveva mostrato di essere immune da limiti e discipline – una connotazione assai grave per colui che esprimeva il ruolo di *team leader* – nella gestione dei rapporti extraprofessionali coi colleghi anche nei rapporti di svago»" (citazione tratta dalla sentenza di merito).

Il controllo del giudice è esteso dunque alla *appropriatezza* e *necessarietà* dei mezzi impiegati per il conseguimento di una *finalità legittima* e, dunque, inevitabilmente, al merito delle "valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono" (non più insindacabilmente) al datore di lavoro o al committente (l'art. 30, l. 183/2010 non aveva fatto i conti con il diritto antidiscriminatorio).
Se poi il fattore protetto è l'handicap il datore deve anche adottare "soluzioni ragionevoli" o "accomodamenti ragionevoli*"* per i disabili che non comportino un "onere finanziario eccessivo".
Il controllo del giudice investe la ragionevolezza delle soluzioni e degli accomodamenti, l'appropriatezza e necessarietà dei mezzi impiegati, la finalità perseguita (*legittima* non tanto nel senso di conforme alla legge, quanto meritevole di tutela nel bilanciamento con il diritto a non essere discriminati).
Quel controllo giudiziale di merito che il diritto del lavoro vieta, il diritto antidiscriminatorio consente. Siamo fuori dalle "materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165" (richiamate nell'*incipit* dell'art. 30 l. 183/2000).
Se poi la discriminazione è diretta[187], non c'è *difesa di mercato* che tenga[188].

Ed allora le *difese di mercato* rilevano esclusivamente con riferimento alle discriminazioni indirette se superino il controllo di appropriatezza, necessarietà e ragionevolezza delle soluzioni in relazione a finalità legittime.

10.3 - La tendenza espansiva dei fattori protetti: il fattore *convinzioni personali*

E così i giudici hanno iniziato a maneggiare le tecniche di tutela del diritto antidiscriminatorio nella più tipica e giuslavoristica delle cause, quella di impugnativa del licenziamento.
La causa ha ad oggetto la tutela del posto di lavoro nella dimensione verticale del rapporto (sempre più diseguale) con l'imprenditore (che è la dimensione del diritto del lavoro); più che la lotta alle discriminazioni sistemiche che colpiscono gruppi storicamente svantaggiati in determinati ambiti (nella dimensione orizzontale del raffronto con terzi comparabili).
E consente al lavoratore discriminato di avere dal giudice il *bene della vita* che il suo *tertium comparationis,* lavoratore subordinato senza (altri) aggettivi, non avrebbe potuto avere se fosse stato lui ad essere licenziato: la reintegrazione nel posto di lavoro.
Ed allora non essere un *semplice* lavoratore subordinato (non poter contare *solo* sul fattore protetto *subordinazione*) significa avere maggiori tutele nella dimensione verticale del rapporto diseguale con l'imprenditore. Il rapporto *diseguale* con l'imprenditore è meno *diseguale* per il lavoratore *discriminabile*. Essere *discriminabili* può fare la differenza.

Così non poteva proprio essere, diceva Carinci: "basterebbe al lavoratore far valere una ragione discriminatoria – che, anche a considerare l'elencazione legislativa tassativa, appare ormai dilatabile a piacere, per esservi state ricomprese le «convinzioni personali» – e supportarla con elementi di fatto quali quelli sopra previsti; basterebbe questo, per costringere il datore a provare non l'esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, ma l'inesistenza di una discriminazione considerata e valutata tale in base alla sua mera ricaduta

[187] Art. 4, c. 1, direttiva 2000/78 e 2000/43: gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a una qualunque dei motivi di cui all'articolo 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato.
[188] CGUE 10.7.2008, C-54/07 *Feryn* relativa a datore di lavoro (installatore di infissi presso clienti che preferivano installatori autoctoni) che aveva dichiarato che non avrebbe assunto lavoratori di una determinata origine etnica o razziale e sul quale per questo gravava l'onere di provare che la prassi effettiva di assunzioni ne smentiva la dichiarazione.

oggettiva in termini di una disparità di trattamento, accertabile secondo la regola del tertium comparationis anche tramite una prova statistica"[189].

L'ipotesi paradossale è poi diventata realtà nel 2016.

Ed il fattore *convinzioni personali* si è dimostrato, effettivamente, il più *espansivo*.

Già, come detto, la Cassazione aveva ricondotto l'affiliazione sindacale nel fattore "convinzioni personali"[190], considerando che l'elenco dei possibili motivi di discriminazione contenuti nell'art. 21 della Carta "non è esauriente, ma costituisce solo un tentativo di esemplificazione espresso dalla formula «in particolare»". E, del resto, quell'elenco comprende anche "le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura".

Una lettura che induce a domandarsi, ad esempio, se si possa essere discriminati per ragioni di credo calcistico: se, a parità di punteggio, la scelta di un *laziale* o di uno *juventino* possa ritenersi discriminatoria.

Muovendo da quel precedente di legittimità[191] la Corte d'Appello di Napoli ha ritenuto che nel suddetto fattore "può essere ricompresa anche la discriminazione fondata sulla libertà di scelta contrattuale rivendicata dal soggetto che intenda proteggere il suo diritto all'iniziativa giudiziaria"[192]. Anche perché è discriminatorio anche il "trattamento sfavorevole da parte del datore di lavoro, quale reazione a un reclamo interno all'impresa o a un'azione legale volta a ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento" (art. 11, Direttiva 2000/78, Protezione delle vittime)[193].

Il fattore *credo* negoziale è quello di ogni lavoratore a non essere sfruttato o costretto a subire soprusi e si lega al fattore "condizione personale e sociale" propria del lavoratore subordinato. Quando si esprime in un atto, in una rivendicazione, in un rifiuto, in una vertenza quel credo provoca una reazione (un trattamento differenziale) rispetto a chi non lo esprima.

Se opporsi *convintamente* alla sottoscrizione di un verbale di conciliazione, e subire per ciò stesso un trattamento sfavorevole, fosse considerato discriminatorio, si aprirebbe un mondo. La gestione *consulentizzata* del rapporto di lavoro, da parte di *giuslavoristi di prossimità*, passa per continue forzature della libertà (*vigilata*) di scelta contrattuale.

Quello ipotizzato sarebbe un fattore di rischio dalle potenzialità contensiogene dirompenti (se non fosse per lo stato della giustizia del lavoro) considerata la serialità di conciliazioni *tombali* imposte ciclicamente come condizione per la prosecuzione, o il rinnovo, di rapporti falsamente autonomi, precari, e/o imputati ad intermediari, magari certificati ed assoggettati ad uno dei tanti accordi di settore concepiti per scongiurare l'estensione della disciplina del lavoro

---

[189] CARINCI, *Ripensando* cit., p. 319: "Se si ritenesse che attraverso il recupero all'interno dell'articolo 18, comma 1, di quella «nullità» del licenziamento discriminatorio, già ricondotta sotto la copertura sanzionatoria del vecchio articolo 18 in forza dell'articolo 3, legge n. 108/1990, gli sia ora applicabile l'intero filone legislativo varato anti-discriminatorio; ne seguirebbe non solo un mero rovesciamento dell'indirizzo giurisprudenziale consolidato, ma con esso un vero e proprio stravolgimento del testo statutario".

[190] Ma si veda la già citata CGUE 13.10.2022, C-344/2020, L.F. sulla regola interna di un'impresa privata che vieta sul luogo di lavoro qualsiasi manifestazione delle convinzioni religiose, filosofiche o politiche (considerata discriminazione indiretta come potenzialmente giustificata da una finalità legittima realizzata con mezzi appropriati e necessari) secondo cui (p. 22) "ai fini dell'applicazione della direttiva 2000/78, i termini «religione» e «convinzioni personali» vanno trattati come due facce «dello stesso e unico motivo di discriminazione»" come già ritenuto CGUE 15.7.2021, WABE e MH Müller Handel, C-804/18 e C-341/19.Per un esame di tutta la problematica cfr. COSIO IL DIVIETO DEL VELO ISLAMICO NEI LUOGHI PUBBLICI. LA SENTENZA DELLA GRANDE SEZIONE | IUS UE E INTERNAZIONALE (GIUFFREFL.IT)

[191] Cass. 2.1.2020 n. l. La Corte d'appello non aveva potuto tener conto di Cass. S.U. 21.7.2021, n. 20819 secondo cui "l'esercizio dei diritti riconducibili alla libertà sindacale è una delle possibili declinazioni delle "convinzioni personali", richiamate dagli artt. 1 e 4 D.lgs. 216/2003, che possono costituire fattore di discriminazione".

[192] La discriminazione era consistita nella mancata assunzione di tersicorei (utilizzati in passato con numerosissimi contratti a termine impugnati stragiudizialmente) che si erano rifiutati di sottoscrivere un verbale di conciliazione tombale.

[193] App. Napoli 3.1.2022 n. 3883 con nota critica di M.C. CATAUDELLA È la sentenza che, in punto di rito, ha salvato l'appello proposto con ricorso depositato (ma non notificato) nei 30 giorni.

subordinato a rapporti *intensamente parasubordinati* indistinguibili da quelli *attenuatamente subordinati* di cui dicevamo.

Ed è un segno dei tempi che queste prassi gestionali di massa, indubbiamente deflazionistiche del contenzioso, abbiano potuto imperversare indisturbate, se non incoraggiate, perché alla fine è il risultato (la conciliazione) ciò che conta (anche quella che il giudice sollecita con maggior vigore perché c'è da superare quell'eccepita conciliazione stragiudiziale, quell'eccepita decadenza). E che solo *forzando* il diritto antidiscriminatorio sia possibile una tutela.

Quel diritto antidiscriminatorio che, in quei medesimi casi, ti esonera pure dal dover chiedere, come mezzo al fine, l'accertamento della natura subordinata del rapporto, posto che si può agire anche da parasubordinati: il "*campo di applicazione*" del principio di parità di trattamento "attiene alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo", e quel riferimento non può non valere anche per ciò che attiene "all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione".

Della questione qualificatoria il diritto antidiscriminatorio può anche prescindere purché esista un lavoratore discriminabile.

Gli ultimi due rilievi ci conducono alle ultime riflessioni:

- sull'espansione dei fattori protetti, sulle intersezioni tra discriminazione e ritorsione, sul carattere sempre più sintomatico di ogni violazione ingiustificata del principio di parità di trattamento;
- sull'espansione dell'anima giuslavoristica del diritto antidiscriminatorio oltre la subordinazione.

§ 5 – Le ritorsioni discriminatorie e le discriminazioni ritorsive

1 – La discriminazione tra licenziamento discriminatorio e licenziamento ritorsivo

Chiarito l'equivoco che "nasce dalla assimilazione del licenziamento discriminatorio al licenziamento ritorsivo" (a fin di bene, cioè) "allo scopo di estendere al licenziamento ritorsivo le tutele previste per il licenziamento discriminatorio", la Cassazione ha affrancato la discriminazione dal motivo illecito, abbandonando la ritorsione al proprio destino nell'art. 1345 (Cass. 2016/6575). L'effetto è lo stesso (reintegrazione), ma è tutto il resto che cambia, ad iniziare dall'onere probatorio.

E così "L'allegazione del carattere ritorsivo del licenziamento impugnato comporta a carico del lavoratore l'onere di dimostrare l'illiceità del motivo unico e determinante del recesso", mentre "la prova della unicità e determinatezza del motivo non rileva, invece, nel caso di licenziamento discriminatorio, che ben può accompagnarsi ad altro motivo legittimo ed essere comunque nullo"[194].

Il motivo illecito ritorsivo non può accompagnarsi ad un altro motivo. Anche se si tratta di un *motivetto*. Purché non si tratti proprio di un pretesto. Che però il lavoratore non deve dare.

Cambia molto "se il licenziamento è intervenuto per un errato (ma lecito) giudizio prognostico datoriale di non proseguibilità del rapporto, oppure per cogliere una (illecita) occasione di liberarsi di un dipendente indesiderato"[195].

Il mero difetto di proporzionalità non rende automaticamente ritorsivo il licenziamento, salvo che il motivo addotto "risulti meramente formale o apparente o sia, comunque, tale, per le concrete circostanze di fatto o per la modestissima rilevanza disciplinare, da degradare i a semplice pretesto per l'intimazione del licenziamento, sì che questo risulti non solo sproporzionato ma volutamente punitivo"[196].

Dunque, è ancora così: il motivo ritorsivo "attiene alla sfera dell'elemento psicologico o alla finalità dell'atto datoriale". Il motivo discriminatorio no. Ed anzi è irrilevante.

2 - La ritorsione/discriminazione

Ma le cose potrebbero cambiare ancora.

Già sono vietate, naturalmente, le ritorsioni/discriminazioni nei confronti dei portatori di fattori di rischio, che facciano valere il diritto alla parità di trattamento o siano vittima di molestie, per ragioni di sesso o genere (art. 26 c. 3 e 41-bis D.lgs. 198/2006), di religione, convinzioni personali, disabilità, età, nazionalità, orientamento sessuale (art. 4-bis D.lgs. 216/2003), di razza o di origine etnica (art. 4-bis D.lgs. 215/2003).

Le misure di protezione solo quelle già viste per le discriminazioni.

Agevolazione probatoria (art. 40 D.lgs. 198/2006 e art. 28, c. 4, D.lgs. 150/2011), risarcimento del danno effettivo e dissuasivo (art. 28, c. 6., D.lgs. 150/2011), pubblicazione del provvedimento di condanna (art. 28 c. 7 D.lgs. 150/2011).

---

[194] Cass. 7.11.2018, n. 28453; Cass. 19.12.2023 n. 35480 (la ritorsione, stante l'ineffettività della ragione organizzativa addotta, era stata presunta stante «il gravissimo conflitto societario tra i dirigenti licenziati e i soci di maggioranza, il dichiarato risentimento di quest'ultimi verso soci di minoranza». Si legge in motivazione che "occorre che l'intento ritorsivo datoriale abbia avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà di recedere dal rapporto di lavoro, anche rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso... dovendosi escludere la necessità di procedere ad un giudizio di comparazione fra le diverse ragioni causative del recesso, ossia quelle riconducibili ad una ritorsione e quelle connesse, oggettivamente, ad altri fattori idonei a giustificare il licenziamento"; Cass. 3 agosto 2023, n. 23702.

[195] Cass. 19.12.2023 n. 35480

[196] Cass. 9.1.2024 n. 741 nell'annullare sentenza della Corte d'Appello di Venezia che aveva dato rilevanza alla situazione di esasperata conflittualità contro un dipendente (illegittimamente trasferito e reintegrato giudizialmente (che, effettivamente, sembrava essere stato licenziato con un pretesto e previa provocazione (cui evidentemente non doveva cedere).

L'ambito di queste ritorsioni/discriminatorie è solo approssimativamente delimitato dai fattori di rischio perché è riferito ad ogni comportamento pregiudizievole quale "reazione ad una *qualsiasi* attività diretta ad ottenere la *parità di trattamento*".

E s'è detto pure della potenzialità di una discriminazione diversa da tutte, perché esente da comparazione: la molestia, integrata da qualsiasi comportamento che sia lesivo della dignità della persona e potenzialmente idoneo a creare o incrementare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo, pur se legata ai "motivi" discriminatori. Non però nella Convenzione OIL 190/2019 da noi ratificata[197].

Già il fattore *convinzioni personali* si presta a fare da anello di congiunzione tra discriminazione e ritorsione (con seguente alla loro espressione), ed a fungere da *grimaldello*. Magari con qualche forzatura.

Nell'esprimere una *convinzione personale* inerente alle condizioni del rapporto di lavoro (ad esempio, nel rivendicare, pur infondatamente, la parità con altri lavoratori aventi un superiore inquadramento, ma svolgenti le stesse mansioni[198]), il lavoratore si espone ad un rischio.

Ed in quanto "vittima" ha diritto alla protezione "dal licenziamento o dal trattamento sfavorevole da parte del datore di lavoro, quale reazione a un reclamo interno all'impresa o a un'azione legale volta a ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento".

3 - Conciliazione vita professionale e privata e ritorsioni discriminatorie

Le ritorsioni sono assimilate alle discriminazioni anche al fine di "migliorare la conciliazione tra attività lavorativa e vita privata per i genitori e i prestatori di assistenza, al fine di conseguire la condivisione delle responsabilità di cura tra uomini e donne e la parità di genere in ambito lavorativo e familiare" (D.lgs. 105/2022).

Si tratta delle ritorsioni/discriminazioni nei confronti:

- della "lavoratrice o (del) lavoratore che richiede di fruire del lavoro agile" e che "non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro" (art. 18 c. 3-bis D.lgs. 81/2017);
- della lavoratrice o del lavoratore *caregiver* che chieda la trasformazione del contratto da tempo piena a tempo parziale e (che) "non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro" e "qualunque misura adottata in violazione del precedente periodo è da considerarsi ritorsiva o discriminatoria e, pertanto, nulla" (art. 8, c. 5-bis D.lgs. 81/2015);
- "dei lavoratori che chiedono o usufruiscono dei benefici di cui agli artt. 33 l. 104/1992, 33 e 42 D.lgs. 151/2001, 18, c. 3 bis D.lgs. 81/2017, 8 D.lgs. 81/2015 in relazione alla condizione di disabilità propria o di coloro ai quali viene prestata assistenza e cura" (art. 2-bis, l. 104/1992).

4 – *Whistleblowing* e prova agevolata della "conseguente" ritorsione

4.1 - Ma è proprio il diritto europeo, per come pedissequamente recepito, ad alimentare una certa sovrapposizione, per non dire confusione, tra ritorsione e discriminazione.

Già l'abbiamo anticipato: per la prima volta dopo sessant'anni, l'art. 4, l. 604/1966 è stato modificato con l'aggiunta di un *pezzo* relativo al licenziamento ritorsivo: perché tale è il licenziamento "conseguente all'esercizio di un diritto ovvero alla segnalazione, alla denuncia all'autorità giudiziaria o contabile o alla divulgazione pubblica effettuate ai sensi del decreto

[197] Art. 1: lett. a): "l'espressione «violenza e molestie» nel mondo del lavoro indica un insieme di pratiche e di comportamenti inaccettabili, o la minaccia di porli in essere, sia in un'unica occasione, sia ripetutamente, che si prefiggano, causino o possano comportare un danno fisico, psicologico, sessuale o economico, e include la violenza e le molestie di genere".

[198] Essendo ben noto che la comparazione con altri dipendenti cui determinate mansioni siano state in precedenza affidate è del tutto irrilevante, stante l'inesistenza del principio di parità di trattamento, ai fini del superiore inquadramento che può unicamente basarsi sulla comparazione con le declaratorie dei contratti collettivi (tra le tante, Cass. 19.7.20007, n. 16015).

legislativo attuativo della direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019"[199].
Un caso di nullità *espressamente* previsto dalla legge, per quanto quell'avverbio sia *caduto* dall'art. 2, c. 1, D.lgs. 23/2015.

Il participio presente che introduce il pezzo aggiunto all'art. 4, l. 604/1966 (c*onseguente*): incorpora l'inversione/agevolazione dell'onere della prova: spetta al datore di lavoro provare che il licenziamento non è *conseguente* all'esercizio di un diritto e via dicendo.
Del resto, la stessa l. 24/2023 prevede che "l'onere di provare che tali condotte o atti sono motivati da ragioni estranee alla segnalazione, alla divulgazione pubblica o alla denuncia è a carico di colui che li ha posti in essere" (art. 17, c. 2); elenca "talune fattispecie che... costituiscono ritorsioni", prendendosi ben quindici lettere dell'alfabeto (art. 17, c. 4); e che il danno che le persone protette dimostrino di aver subito si presume "conseguenza" della ritorsione (art. 17, c. 3).
Misure di protezione talmente efficaci che magari si è tentati di segnalare (magari perdendo l'anonimato) per ottenere una sorta di immunità rispetto a provvedimenti attesi da far presumere ritorsivi. Come l'esperienza insegna.

4.2 - Si ma la protezione è conseguenza dell'esercizio di un qualunque diritto derivante dal rapporto di lavoro o di un diritto legato alla disciplina del whistleblowing?
Quel *pezzo* è stato aggiunto all'art. 4, l. 604/1966 dalla legge sul *whistleblowing* (art. 24).
Davvero strano che quella fondamentale legge del lavoro sia stata modificata da una legge che non si occupa affatto di migliorare la condizione dei lavoratori. In attuazione di una direttiva che persegue interessi *altri*. La prevenzione di illeciti e violazioni. La persona che lavora "è spesso la prima persona a venire a conoscenza di minacce o pregiudizi al pubblico interesse sorti in tale ambito". E la legge protegge le persone che segnalano illeciti di cui vengano a conoscenza "nell'ambito del proprio contesto lavorativo" (art. 3), tra cui (non solo lavoratori subordinati, ma) lavoratori autonomi, volontari, liberi professionisti, azionisti e via dicendo.
Quel *contesto* è solo un osservatorio privilegiato. E quella persona, a rischio *vittimizzazione*, deve essere incoraggiata prima, tutelata dopo. Ecco, appunto. Incoraggiamento e tutela di derivazione comunitaria. Per il perseguimento di interessi *altri*. Che nulla hanno a che vedere con il diritto del lavoro.
Quella legge, del resto, non si applica "alle contestazioni, rivendicazioni o richieste legate ad un interesse di carattere personale della persona segnalante... che attengono esclusivamente ai propri rapporti individuali di lavoro" (art. 1, c. 2, lett. a). E se riguardassero rapporti individuali di colleghi?
Ad ogni modo il *pezzo* aggiunto all'art. 4, l. 604/1966 non si riferisce al licenziamento *conseguente* all'esercizio di *propri* diritti derivanti dal rapporto di lavoro: che è nullo sì, ma solo se il lavoratore provi il motivo illecito ritorsivo[200]. Non dovrebbe operare, cioè, in questo caso l'inversione dell'onere della prova *conseguente* all'uso del participio presente *conseguente.*
E non dovrebbero essere state cancellate "con un tratto di penna", tutte le differenze tra il licenziamento discriminatorio e quello ritorsivo, a decorrere dal 15 luglio 2023.
Ed allora dovrebbe essere ancora così: prova diabolica se il lavoratore segnala inadempimenti ed illeciti nel proprio interesse; prova agevolata se segnala illeciti nell'interesse della comunità.

---

[200] Per questo non condivido la tesi di TAMBASCO, *Eppur si muove: il nuovo sistema dei licenziamenti ritorsivi*: "nello specifico, la disposizione contenuta nell'art. 24, terzo comma d.lgs. 24/2023 (in vigore dal 15 luglio 2023, annulla con un tratto di penna le differenze sussistenti tra il licenziamento discriminatorio e quello ritorsivo, estendendo anche al licenziamento «conseguente all'esercizio di un diritto» (ovverossia alla maggior parte dei recessi di natura ritorsiva) la tutela prevista dalla legislazione antidiscriminatoria (cfr. art. 28 d.lgs. 150/2011) in termini di onere probatorio (attenuato) e di risarcimento del danno (dissuasivo) , escludendo quindi la più rigorosa disciplina codicistica prevista dall'art. 1345 c.c."

Uso il condizionale perché "misure di protezione", e "divieti di ritorsione" sono previsti non solo per il *whistleblower.* Ma in una congerie di altri casi. Sempre in attuazione di Direttive.
La tecnica di tutela è sempre la stessa: si presume la ritorsione, si presume il danno.
Ma allora tutti questi casi sono eccezioni (alla regola del motivo ritorsivo come motivo illecito) o sono casi di applicazione di una nuova regola?
Ed è possibile *discriminare* tra licenziamento ritorsivo e licenziamento ritorsivo, a seconda che la ritorsione riguardi l'esercizio di diritti derivanti dalle norme inderogabili interne o l'esercizio di diritti di derivazione europea?

5 – Trasparenza e mezzi di tutela contro le ritorsioni

Le "misure di tutela" del D.lgs. 104/2002 (cd. Decreto trasparenza, in attuazione della Direttiva 2019/1151) vanno addirittura oltre.
Lasciamo stare l'inutile art. 12 ("Meccanismi di risoluzione rapida e diritto di ricorso"), utile solo a suggerire che è meglio non rivolgersi al giudice per una "risoluzione rapida"[201], evitando di esercitare quel "diritto di ricorso" che le direttive prevedono[202].
Misure di tutela massime sono invece previste per l'esercizio di diritti minimi: quello ad essere informati sulle condizioni di lavoro (diritto talmente minimo da essere stato a lungo relegato nella dimensione della *pratica*, più che del *diritto*, del lavoro); quelli relativi alle condizioni di lavoro di cui al Capo III (tra cui si segnala, per *minimalismo*, il diritto a chiedere "la transizione a forme di lavoro più prevedibili, sicure e stabili": perché domandare è lecito, purché senza esagerare).
Nei confronti dei lavoratori o anche dei loro rappresentanti "che abbiano presentato un reclamo al datore di lavoro o che abbiano promosso un procedimento, anche non giudiziario, al fine di garantire il rispetto dei diritti di cui al presente decreto" (e di cui al D.lgs.152/1997) ai "comportamenti di carattere ritorsivo" la legge assimila quelli che "comunque determinano effetti sfavorevoli". Ciò non solo ai fini dell'applicazione della prevista sanzione amministrativa, ma anche e soprattutto ai fini della nullità dell'atto: "ferma ogni conseguenza prevista dalla legge derivante dall'invalidità dell'atto".
Non è che si presuma la ritorsività e basta. No. Stando alla lettera della legge, si vieta qualsiasi atto che "comunque determini effetti sfavorevoli".
Nella scala dei valori, siamo allo stesso livello del divieto di licenziamento della lavoratrice madre. Esteso, non a caso, al padre che eserciti il diritto al congedo obbligatorio in attuazione di una direttiva partorita lo stesso giorno (Direttiva 2019/1152 sulla *conciliazione tra vita privata e vita professionale*).

Si capisce però come così non possa essere per via della contraddizione con l'articolo successivo, sulla (specifica) "protezione contro il licenziamento o contro il recesso del committente e onere della prova" (che però riguarda anche "i trattamenti pregiudizievoli").
Dopo aver ripetuto che "sono vietati il licenziamento e i trattamenti pregiudizievoli del lavoratore conseguenti all'esercizio dei diritti" di cui sopra (comma 1), ed avere previsto che "i lavoratori estromessi dal rapporto o comunque destinatari di misure equivalenti al

[201] GAROFALO, *La trasparenza nel settore privato. Genesi-ambito- tecniche della tutela,* in *LPO,* 2024: "La norma, come già detto assolutamente ridondante in quanto riconosce al lavoratore facoltà già previste nel nostro ordinamento, ha un valore più di principio in quanto riafferma la scelta dell'ordinamento di puntare sulle ADR onde non appesantire la giustizia togata, pur se il carico di quest'ultima si è notevolmente ridimensionato, con le aule dei Tribunali praticamente deserte, per talune scelte fatte dal legislatore chiaramente finalizzate a scoraggiare il ricorso alla giustizia del lavoro (contributo unificato, raddoppiato per il soccombente nel II e III grado di giudizio, condanne alle spese "esemplari", restringimento dei margini di proponibilità del gravame, specie in cassazione, «concorrenza» degli strumenti affidati all'ITL, ed altro)".
[202] Ad es. art. 16 Direttiva 2019/1152/UE: "Gli Stati membri provvedono affinché i lavoratori, compresi coloro il cui rapporto di lavoro è cessato, abbiano accesso a un meccanismo di risoluzione delle controversie efficace e imparziale e beneficino di un diritto di ricorso in caso di violazioni dei loro diritti derivanti dalla presente direttiva"

licenziamento adottate nei loro confronti dal datore di lavoro o dal committente possono fare espressa richiesta dei motivi delle misure adottate" che il datore di lavoro o committente li "fornisce, per iscritto, entro sette giorni" (comma 2) la legge regola l'onere della prova in termini che non ci sembrano particolarmente agevolati (comma 3).

Fatta salva la regola dell'art. 5 l. 604 del 1966, se il lavoratore fa ricorso per i motivi di cui al comma 1 (licenziamento e trattamenti pregiudizievoli del lavoratore conseguenti all'esercizio dei diritti minimi) "incombe sul datore di lavoro o sul committente l'onere di provare che i motivi addotti a fondamento del licenziamento o degli altri provvedimenti equivalenti adottati a carico del lavoratore non siano riconducibili a quelli di cui al comma 1".

Può assolverlo limitandosi a provare, come comunque sarebbe tenuto a fare, la sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, che rende non "riconducibili i motivi a quelli di cui al comma 1" (esercizio dei diritti minimi)?

Certo, se si è messo mano all'onere della prova, è stato per agevolare il lavoratore, ed allora il motivo non riconducibile all'esercizio dei diritti minimi, non può essere *uno qualunque*.

Una cosa è certa. Conviene esercitare i diritti minimi non tanto per quel minimo che danno (informazioni, chiarezza e poco altro), ma per la protezione massima che deriva dal loro esercizio: invalidità, prova agevolata.

Ciò che vale soprattutto per chi non ha altro: per i lavoratori parasubordinati, tra cui, incomprensibilmente, non sono compresi "i rapporti di agenzia e rappresentanza commerciale", ma sono *scioccamente* compresi i rapporti di collaborazione organizzata dal committente[203].

Esercitare anche provocatoriamente o strumentalmente quei diritti finisce per rendere causale un recesso altrimenti del tutto libero.

Quello che però non si comprende è perché l'esercizio di un diritto derivante da norme inderogabili di diritto interno dovrebbe essere protetto meno rispetto all'esercizio di un diritto minimo di derivazione eurounitaria. Perché mai le ritorsioni dovrebbero essere *discriminate* in base all'origine del diritto esercitato. Se è un diritto a marchio UE oppure no.

[203] Non sembra avere capito il legislatore che l'esclusione degli agenti di commercio dall'applicazione delle norme antielusive (lavoro a progetto, lavoro eterorganizzato) non ha nulla a che vedere con il riconoscimento dei diritti minimi del decreto trasparenza (l'agente di commercio non ha diritto alla trasparenza?) e che è assurdo applicare il decreto trasparenza ai rapporti di cui all'art. 2, c. 1, D.lgs. 81/201 che o sono assoggettati alla disciplina del lavoro subordinato o (se ricorre un'eccezione) rientrano nell'art. 409 n. 3 c.p.c. Mai e poi mai a qualcuno verrebbe in mente di informare i propri collaboratori in veste di committente di prestazioni eterorganizzate.

§ 6 - Trasparenza e controllo di ragionevolezza anti-discriminatoria ed anti-ritorsiva: la rivincita del principio di parità di trattamento

1 – Le Sezioni Unite del 1996 ed il diritto (tuttora) vivente

1.1 - Torniamo al principio di parità di trattamento ed al controllo di ragionevolezza. Perché dai tempi di Gubbio il *diritto vivente* non è cambiato. Ma ora deve fare i conti con gli sviluppi inattesi del diritto antidiscriminatorio.

Le Sezioni Unite del 93 avevano escluso categoricamente che i lavoratori potessero brandire in giudizio quel principio di parità di trattamento il cui spirito era stato evocato nella dirompente sentenza interpretativa di rigetto del 9 marzo 1989[204]. Ed avevano spento l'incendio che il giudice delle leggi aveva appiccato e fomentato[205]. Il *diritto vissuto* prima di quel 9 marzo doveva tornare ad essere *diritto vivente*[206].

Altrimenti a *morire* soffocato sarebbe stato il processo del lavoro assaltato da due eserciti di agguerriti ricorrenti: quello dei dipendenti pubblici *privatizzati*; quello dei dipendenti privati *penalizzati.*

Ma non era bastato, il fuoco covava sotto la cenere: "decisioni dissenzienti dichiarano espressamente di condividere le argomentazioni contenute nelle sentenze di queste Sezioni Unite, ma si allontanano da esse per ragioni diverse e comunque nella soluzione concreta del problema". Che è poi quella di ritenere che il giudice possa/debba comunque sottoporre ad un controllo di ragionevolezza, giustificatezza, opportunità, conformità a correttezza e buona fede, l'atto di autonomia individuale o collettiva da cui derivi una disparità di trattamento.

Ciò che aveva indotto di nuovo le Sezioni Unite ad intervenire ancor più energicamente nel 1996, così da mettere una *sentenza tombale*[207] sulla questione, che facesse definitivamente giustizia del principio di parità di trattamento (negato a parole, ma) riproposto sotto mentite spoglie da quelle quattro "decisioni dissenzienti"[208], *silurate* una per una.

---

[204] Era giusto sognare: "Proprio in virtù del precetto costituzionale di cui all'art. 41 della Costituzione, il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento, e in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana". Ed ancora: "è demandato al giudice l'accertamento e il controllo dell'inquadramento dei lavoratori nelle categorie e nei livelli retributivi in base alle mansioni effettivamente svolte, con osservanza della regolamentazione apprestata sia dalla legge, sia dalla contrattazione collettiva ed aziendale, e con il rispetto dei richiamati precetti costituzionali e dei principi posti in via generale dall'ordinamento giuridico vigente, ispirato, come si è detto, anche ai principi contenuti nelle convenzioni e negli atti internazionali regolarmente ratificati. Il giudice deve provvedere alle necessarie verifiche ed ha il potere di correggere eventuali errori, più o meno volontari, perché il lavoratore riceva l'inquadramento che gli spetta nella categoria o nel livello cui ha diritto…sono tollerabili e possibili disparità e differenziazioni di trattamento, sempre che siano giustificate e comunque ragionevoli".

[205] Cass. 9.2.1990 n. 947, Cass. 8.5.1991 n. 5590, Cass. 26.1.1991 n. 791, Cass. 8.1.1992 n. 878, Cass. 8.7.1992 n. 8330; ed avendo di contro altre decisioni negato l'esistenza di un siffatto principio: Cass. 6.11.1990 n. 10648, Cass. 17.7.1990 n. 7300, Cass. 18.9.1991 n. 9695, Cass. 28.1.1992 n. 886.

[206] Cass. S.U. 29.5.1993 da 6030 a 6034 e Cass. 1°.10.1993 n. 9804.

[207] Cass. S.U. 17.5.1996 n. 4570. La sentenza annullata aveva ritenuto che "la mancata deduzione da parte dell'impresa di qualsiasi giustificazione delle scelte imprenditoriali, per le quali negli anni in esame era stato erogato il trattamento incentivante soltanto ad alcuni dei dipendenti, dimostrava il carattere discriminatorio di tale comportamento, non ispirato a criteri di correttezza e buona fede, e quindi lesiva delle dignità degli altri lavoratori, che negli stessi anni si erano venuti a trovare nell'identica situazione dei dipendenti avvantaggiati".

[208] Cass. 29.3.1994 n. 3024 e 17.2.1994 n. 1530 (redatte dallo stesso estensore) e Cass. 4.11.1985 n. 11515 in un caso in cui un dipendente delle ferrovie in servizio a Genova chiedeva che venisse dichiarata la nullità del CCNL di categoria, nella parte in cui assicurava ai soli ferrovieri in servizio a Roma il godimento della festività 29 giugno e chiedeva il pagamento del trattamento economico dovuto per il lavoro da lui prestato nello stesso giorno a Genova o in subordine la corresponsione di detto trattamento prestato nel giorno del 24 giugno, festa di S. Giovanni, patrono della città di Genova. Anche al di fuori delle discriminazioni "nominate" il trattamento deteriore riservato ai singoli o a minoranze senza un'adeguata giustificazione rappresentava per ciò stesso una

E, soprattutto, arginasse e stroncasse un alluvionale filone di contenzioso.
Questi i punti fermi recepiti da tutta la giurisprudenza successiva fino ai giorni nostri.

- "Non è possibile individuare allo stato attuale della disciplina giuridica positiva un principio che imponga la parità di trattamento nei rapporti interprivati" e "non esiste un diritto soggettivo alla parità di trattamento".

- Il datore di lavoro *non* "deve sottostare all'obbligo di uguale trattamento dei dipendenti secondo un parametro di ragionevolezza, che si palesa contraddittorio con la sua libertà di valutazione e decisione e apre la strada ad un inammissibile potere del giudice di esercitare il suo controllo di opportunità sul contenuto delle determinazioni adottate dai privati".

- Gli art. 36 Cost. e 2077 c.c. impongono, rispettivamente, il minimo retributivo costituzionale e trattamenti minimi inderogabili, non trattamenti uguali. Ed "Ai sensi dell'art. 41 Cost., soltanto la legge e non anche il giudice può imporre limiti all'autonomia privata per la realizzazione di interessi socialmente rilevanti".

- Un generale principio di parità trattamento "non poteva poi trovare fondamento neanche nelle disposizioni dell'art. 37 Cost. perché dette disposizioni avevano la peculiare *ratio* di tutelare specifiche categorie di lavoratori tradizionalmente deboli nel mondo del lavoro", tanto vero che si era ritenuto legittimo che la contrattazione collettiva fissasse per gli uomini una retribuzione inferiore a quella percepita dalle donne. La logica non è paritaria o antidiscriminatoria, ma squisitamente giuslavoristica, cioè protettiva rispetto ad una condizione di particolare debolezza di lavoratori (lavoratrici, minori) particolarmente svantaggiati o esposti a sfruttamento. La parità non è il fine, ma lo strumento[209].

- A maggior ragione "l'autonomia collettiva si sottrae ad ogni valutazione di ragionevolezza"[210], o "intervento manipolativo da parte del giudice" che "significherebbe abilitare il giudice a sostituirsi alle parti sociali e consentirgli, sulla base di personali valutazioni, di rompere l'equilibrio, che dette parti avevano raggiunto con le scelte compiute".

- Si possono allora *discriminare* i lavoratori (anche se suona male), purché non in base ad un motivo vietato che, per ciò stesso, è illecito[211]. Ad essere vietate sono soltanto le

---

discriminazione non consentita, perché i principi propri del diritto del lavoro non possono permettere l'arbitrio o il capriccio. Dall'insieme dei suddetti divieti specifici di discriminazione emergeva un principio generale secondo il quale non è consentito riservare a taluni lavoratori trattamenti ingiustificatamente non conformi ai complessivi assetti organizzativi adottati dall'imprenditore per la gestione dei rapporti di lavoro nell'azienda, sicché, riflettendosi tali scelte gestionali in senso modificativo sul contenuto del singolo contratto individuale di lavoro, non può escludersi che quest'ultimo, interpretato secondo il canone di buona fede alla stregua delle modifiche conseguenti alle scelte gestionali anzidette, attribuisca al singolo lavoratore il diritto di pretendere il trattamento più vantaggioso. Cass. 8.7.1994 n. 6448 faceva ricorso alla teoria "comunitaria" del contratto di lavoro.

[209] Cass. 13.12.1983 n. 7352, Cass. 25.1.1984 n. 610, Cass. 5.3.1986 n. 1444, Cass. 11.1.1980 n. 248; Cass. 30.7.1980 n. 4896. Quando non vi è violazione dei minimi retributivi garantiti da norme costituzionali o di istituti regolati da norme di legge inderogabili, la determinazione del trattamento economico dei lavoratori appartiene alla sfera dell'autonomia sindacale, la quale, pertanto, nello ambito dei suoi poteri di autodeterminazione e valutate le concrete condizioni di lavoro e le molteplici componenti delle prestazioni, può legittimamente stabilire per gli uomini una retribuzione inferiore a quella prevista per le donne, a parità di mansioni (Cass. 16.1.1979 n. 325). Il principio della parità salariale enunciato nell'art. 37 Cost. esclusivamente in favore di donne e minori, non è estensibile - in via di inversione - in favore degli uomini le cui prestazioni siano retribuite in misura inferiore.

[210] Ciò "che esporrebbe l'imprenditore alla situazione contraddittoria di dover applicare il trattamento più vantaggioso ai dipendenti più favoriti, perché obbligato dal contratto collettivo, e successivamente (per conformarsi all'obbligo della buona fede e della correttezza, scaturito dalla stessa disposizione limitatrice del beneficio) di doverlo estenderlo ai dipendenti, che da detta disposizione erano stati esclusi" (così in motivazione le S.U. del 1996).

[211] Esiste s*olo "*il divieto degli atti discriminatori, che si caratterizzano per l'illiceità del motivo, consistente nella diversificazione del trattamento di soggetti che versano in una situazione di particolare debolezza".
Cass. 25.1.1996, n. 557: "non può ritenersi illecito o nullo, per contrasto con norme imperative o con un principio di ordine pubblico, il comportamento del datore di lavoro che accordi soltanto ad alcuni dei lavoratori un particolare trattamento preferenziale qualificandolo come liberalità, non potendo affermarsi l'esistenza di un

"discriminazioni nominate". Per parità di trattamento si intende allora, l'assenza di discriminazioni per motivi vietati, che sarebbe stata poi la definizione delle direttive gemelle del 2000 ("si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione, diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1*"*).

- Né le disparità possono essere rimosse in applicazione delle clausole generali di correttezza (art. 1175 c.c.) e buona fede (art. 1375 c.c.) "perché esse attengono alle modalità comportamentali ed esecutive del contratto quale esso è e non quale si vorrebbe che fosse" ed invece "si vorrebbero utilizzare in relazione a comportamenti esterni adottati all'imprenditore nell'ambito di un altro rapporto, quasi che in ciascun contratto individuale di lavoro fosse rinvenibile un obbligo di estensione del trattamento più favorevole adottato in azienda".

- Né "per superare tali difficoltà" e dare rilevanza esterna (al di là del singolo contratto) alle clausole generali, così da utilizzarle per comparare tra di loro i lavoratori, potrebbe farsi ricorso a quella "concezione istituzionalistica e comunitaria dell'impresa (che) non trova, a parere quasi unanime della dottrina, alcuna rispondenza nel diritto positivo italiano"[212].

1.2 - Ma, un'altra notissima sentenza interpretativa di rigetto del 1994 sembrava avere anticipatamente smentito le Sezioni Unite del 1996, nel ritenere ammissibile un controllo di ragionevolezza degli atti di autonomia negoziale, persino collettiva, a proposito dei criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi : "Poiché adempie una funzione regolamentare delegata dalla legge, la determinazione pattizia dei criteri di scelta deve rispettare non solo il principio di non discriminazione sanzionato dall'art. 15 della legge n.300 del 1970, ma anche il principio di razionalità, alla stregua del quale i criteri concordati devono avere i caratteri dell'obiettività e della generalità e devono essere coerenti col fine dell'istituto della mobilità dei lavoratori*"*.

Non a caso (osservavano le S.U. del 1996) una delle "decisioni dissenzienti" vi si era appellata, richiamando anche "un copioso indirizzo giurisprudenziale di questa Corte che, in fattispecie per molti versi accostabili a quella in oggetto, ha rifiutato di legittimare un potere di autonomia organizzativa dell'imprenditore privo di qualsiasi giustificazione sul piano sociale perché improntato a pura discrezionalità o arbitrio, e si è invece richiamata ai criteri di correttezza e buona fede ed al principio di imparzialità".

Le "fattispecie per molti versi accostabili" sarebbero quelle relative alle promozioni, ai trasferimenti, ai licenziamenti collettivi, alla cassa integrazione.

Già le stesse Sezioni Unite nel 1979 (n. 5688) "ebbero modo di affermare l'assoggettabilità dei poteri dell'imprenditore a regole d'azione a tutela dei dipendenti e la loro sindacabilità da parte del giudice anche se (ed anzi proprio perché) aventi contenuto di discrezionalità precisando come il sindacato del giudice ordinario nell'area del rapporto di lavoro privato non potesse «non atteggiarsi, per ragioni di efficienza, in modo analogo a quello in cui si atteggia il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio del potere pubblico» e «non estendersi anche esso alla rilevazione di forme di eccesso di potere», come quando, ad esempio si prospettino ipotesi «di arbitrarietà o iniquità manifesta»".

Ed allora? Tutto da rifare? No. Non tanto perché quei contratti collettivi "non appartengono alla specie dei contratti collettivi normativi, i soli contemplati dall'art. 39 Cost., destinati a regolare i rapporti (individuali) di lavoro", ma a quella dei contrati gestionali "la cui efficacia in termini di procedimentalizzazione del potere imprenditoriale si esplica esclusivamente nei confronti

---

trattamento discriminatorio soltanto sul presupposto dell'esistenza di trattamenti *potiores*, in assenza di allegazione e prova di uno dei motivi di discriminazione positivamente previsti dal legislatore (sesso, età, sindacale, politica)".

[212] Era quanto aveva sostenuto Cass. 8.7.1994 n. 6448: "La stretta connessione dei rapporti induce a rifiutare opzioni ermeneutiche improntate ad una visione che, astraendo il lavoratore dalla comunità in cui opera, non faccia scaturire le necessarie conseguenze da scelte datoriali che, senza criteri di razionalità alcuna, lo penalizzino rispetto ad altri membri della stessa comunità versanti in identiche condizioni, e finiscano così per tradursi in una lesione della sua "persona". Nel rapporto ogni lavoratore, infatti impegna non soltanto le proprie energie, ma - in modo durevole e costante - anche la propria persona nei suoi interessi e nelle sue relazioni sociali".

degli imprenditori, che tale accordo hanno stipulato*"* (argomento utilizzato tre volte dalla Corte costituzionale per bypassare il quarto comma dell'art. 39), ma perché in quelle fattispecie il potere organizzativo dell'imprenditore nel promuovere, trasferire, licenziare, collocare in CIGS, è limitato proprio dalla legge, dal contratto collettivo, dal regolamento aziendale o dalla volontà dell'imprenditore di auto vincolarsi. Ciò che legittima la comparazione ed il controllo sulla corretta applicazione dei criteri di scelta o di correttezza e buona fede[213].

L'interesse legittimo di diritto privato, curioso osservarlo, sostituiva l'interesse legittimo di diritto pubblico anche nella gestione, con le capacità ed i poteri del privato datore di lavoro, dei rapporti di lavoro *privatizzati*, assoggettati, però, al principio di parità di trattamento retributivo.

Ma proprio il timor panico del contenzioso seriale, e la crisi di identità provocate dalla devoluzione delle controversie di lavoro pubblico al giudice ordinario a decorrere dal 30 giugno 1998, avrebbero segnato irreversibilmente il giudice del lavoro, inducendolo a non incoraggiare con *aperture* e *voli pindarici* filoni di contenzioso potenzialmente dirompenti.

2 – L'impercettibile spia che può diventare un allarme. Il peggioramento del quadro sintomatologico

Nulla è cambiato. Non c'è una sola sentenza, da allora, che dica il contrario.

L'eguaglianza è uno scudo. Non una spada[214]. Protegge da *discriminazioni nominate.* Non combatte ogni disparità alla conquista della parità.

Ma la disparità di trattamento non è mai stata totalmente a *costo zero* per l'imprenditore. Qualche *problemino* poteva già crearglielo. Perché comunque accende una minuscola spia: "in assenza di qualsivoglia apprezzabile motivazione del trattamento differenziale, potrebbe essere sintomatica di un comportamento discriminatorio del datore di lavoro nei confronti dei lavoratori esclusi dai trattamenti economici privilegiati e fondare il diritto di questi ultimi (non già al medesimo trattamento, bensì) al risarcimento del danno[215].

In teoria, però. Perché poi, in concreto, il lavoratore quell'intento discriminatorio (unico e determinante) avrebbe dovuto prima dedurlo e poi provarlo, mentre le motivazioni del trattamento privilegiato sarebbero potute "essere le più svariate" (come si legge nella motivazione di quella sentenza, citata tra le altre[216]).

Quella spia, allora, era quasi invisibile. Ma era comunque un lumicino che accendeva una speranza. Che il diritto antidiscriminatorio e le direttive di ultima generazione avrebbero progressivamente alimentato.

Ecco, oggi una disparità di trattamento, un trattamento differenziato, un atto di esercizio del potere datoriale avente effetti svantaggiosi, può legarsi a tanti fattori, prestarsi a tante letture, essere sintomo di tante cose. Ed esigere spiegazioni. Funzionali ad un controllo.

Per le ragioni che dovrebbero essere emerse da quanto si è sin qui detto:

---

[213] Cass. 4.3.2004 n. 4462 alla cui motivazione si rinvia per brevità. Cfr. gli Atti delle giornate di studio di Roma 29-30.5.2014, Milano, 2015, Relatori LOY, BELLOMO, CAMPANELLA.

[214] È la metafora usata da VENTURA, *Il principio di eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1984, p.163, ripresa da BARBERA per ricordarlo, in *L'eguaglianza come scuso e l'eguaglianza come spada*, *RGL*, 2002, 805.

[215] Cass. 20.5.2004 n. 9643: "sempre che risulti provata non solo la mera disparità di trattamento (fatto di per sé legittimo), ma anche l'illegittimità del comportamento datoriale, attraverso la prova dell'intento discriminatorio, riscontrabile anche nella violazione concreta dei criteri di correttezza e buona fede, nonché nella mancanza di qualsivoglia motivazione del trattamento privilegiato".

[216] "…resta il fatto che il lavoratore che agisca a titolo risarcitorio non può limitarsi a dedurre, come fatto dal ricorrente, la mera disparità di trattamento a parità di mansioni, circostanza di per sé legittima, ma deve dedurre l'illegittimità del comportamento datoriale (asseritamente causativa di danno) allegando e provando l'intento discriminatorio e/o la violazione concreta dei criteri di correttezza e buona fede, nonché l'assoluta mancanza di qualsivoglia motivazione del trattamento privilegiato, potendo dette motivazioni essere le più svariate potendo dette motivazioni essere le più svariate (ad esempio, una maggiore esperienza lavorativa, oppure una maggiore anzianità di servizio in azienda e/o nella qualifica, o ancora un maggior carico familiare)".

- perché, se la norma inderogabile *arretra* allora bisogna arrangiarsi ed ingegnarsi, sfruttando il diritto antidiscriminatorio in chiave *protettiva* (nella dimensione verticale) e non meramente *comparativa* (nella dimensione orizzontale);
- perché i fattori di discriminazione, proliferano, si associano, si intersecano, si confondono con la ritorsione ad essi associata e possono essere auto-applicativi;
- perché la *molestia/violenza*, associandosi in qualche modo a quei fattori, si candida a sostituire il controproducente *mobbing* già, peraltro, soppiantato dalla conflittualità lavorativa stressogena;
- perché non è più vero che le ragioni di un trattamento privilegiato potrebbero "essere le più svariate" essendo piuttosto "svariate" le ipotesi in cui il datore deve giustificarlo;
- perché non è più vero che il datore deve provare l'intenzionalità lesiva dei propri atti;
- perché è vietato l'effetto, non lo scopo, discriminatorio e se c'è un trattamento differenziato la discriminazione si presume;
- perché una discriminazione indiretta può annidarsi anche in atti di natura organizzativa, rendendoli sindacabili;
- perché, se è provata una discriminazione, la tutela si fa seria e vale la pena provarci;
- perché si può essere discriminati non solo per ciò che si è, ma anche per ciò che si fa, e che allora vale la pena fare, o per il ruolo che si assume, e che allora conviene assumere;
- perché è discriminatorio e ritorsivo (si presume tale) tutto ciò che di male, di molesto, di violento, o anche solo di sfavorevole o pregiudizievole, possa capitare al lavoratore che abbia reclamato o denunciato per la violazione di quei diritti;
- perché "a prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro" (la privacy; il diritto di segnalare illeciti; di essere informati; di potersi un minimo regolare sull'orario; di poter arrotondare con un altro lavoro; di non doversi pagare la formazione, di chiedere la transizione verso una forma di lavoro più stabile) corrispondono protezioni massime;
- perché non c'è bisogno nemmeno di provare l'esistenza del fattore protetto *subordinazione* per essere tutelati contro le discriminazioni.

Ed allora, qualche spiegazione in molti casi il datore di lavoro dovrà darla.

Quasi ogni trattamento differenziato, ogni effetto svantaggioso, *rischia* di dover essere giustificato e ad essere residuali finiscono per essere i casi in cui il datore di lavoro non deve alcuna spiegazione.

A quel punto l'essere, quel lavoratore, l'unico cui non è dovuta alcuna spiegazione per un trattamento differenziato finirebbe per restare l'ultima delle discriminazioni.

3 – Principio di trasparenza e controllo di ragionevolezza: la trasparenza retributiva ed i mezzi di tutela e la prova *doppiamente agevolata*

Un controllo di ragionevolezza sull'esercizio dei poteri datoriali, o anche sugli atti di autonomia collettiva, cacciato dalla porta, può, a distanza di decenni, rientrare dalla finestra ove occorra dimostrare ad ogni piè sospinto, l'assenza di discriminazioni anche indirette, di ritorsioni/discriminatorie, di discriminazioni/ritorsive, anche con riferimento a condotte virtuose (ma anche maliziose e strumentali) nell'esercizio di diritti di derivazione europea.

Specie se quel potere, quell'atto negoziale, incide non su singoli, ma su interi gruppi di soggetti svantaggiati (le donne le persone, con handicap, tutti quelli di una certa età).

Specie se è la legge ad imporre trasparenza. Perché la trasparenza è funzionale ad un controllo. Che è funzionale ad un correttivo. Ed in mancanza ad una tutela. Altrimenti a cosa mai servirebbe?

Che la trasparenza fosse il primo passo per la parità tra i sessi lo si era capito già da tempo[217].

[217] PESSI, *Relazione*, cit., p. 30, aveva spiegato "il motivo per cui la l. n. 125/1991 all'art. 9 ha imposto il precetto positivo della trasparenza gestionale" anche a fini verifica della "legittimità dei criteri di classificazione adottati dalla contrattazione collettiva rispetto al precetto normativo".

Ma una volta radiografato e diagnosticato, il divario retributivo ingiustificato, deve essere estirpato a tutti i costi, con le buone o con le cattive. Ed è ciò che fa, con determinazione da *soluzione finale*, la non ancora attuata Direttiva 2023/970, "volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza retributiva e i relativi meccanismi di applicazione".
Ora, il principio di parità (anche retributiva) tra uomo e donna ha a lungo convissuto (e tuttora convive) con l'inesistenza di un generale principio di parità di trattamento nel rapporto di lavoro (inesistenza affermata soprattutto in materia retributiva).
Ebbene, per rafforzare l'applicazione del principio di parità di retribuzione tra donne e uomini quei "meccanismi di applicazione" finiscono per armare "tutti i lavoratori" e consentire un controllo di ragionevolezza delle disparità di trattamento retributivo bidirezionale tra i sessi ed all'interno dello stesso sesso.

Il primo passo è quello di riconoscere un diritto ad informazioni, *precise* e *complete*, non solo sul proprio livello retributivo "ma anche sui livelli retributivi medi, ripartiti per sesso, delle categorie di lavoratori che svolgono lo stesso lavoro o un lavoro di pari valore" (art. 7). Quell'informazione, alla quale hanno diritto "tutti i lavoratori*",* senza distinzioni, non è prevista *a mero titolo informativo* (così, tanto per sapere), ma è il punto di partenza del "meccanismo" approntato per eliminare il primo degli *ostacoli* che incontrano le vittime di discriminazione che "non dispongono delle informazioni necessarie per presentare un ricorso in materia di parità di retribuzione che abbia buone possibilità di successo"[218]. Il ricorso al giudice è incoraggiato.

Ci sono poi le "comunicazioni di informazioni sul divario retributivo tra lavoratori di sesso femminile e di sesso maschile" (a partire dai datori di lavoro che hanno più 100 lavoratori) che i datori di lavoro sono obbligati a dare ad un'autorità, a tutti i lavoratori ed ai loro rappresentanti (art. 9).
E se l'informazione finisce per essere una confessione (di "una differenza del livello retributivo medio tra lavoratori di sesso femminile e di sesso maschile pari ad almeno il 5 % in una qualsiasi categoria di lavoratori", non motivata "sulla base di criteri oggettivi e neutri sotto il profilo del genere" e non corretta entro sei mesi) gli Stati devono garantire che i datori di lavoro "effettuino una valutazione congiunta delle retribuzioni" da mettere a disposizione (tra l'altro) dei lavoratori e dei loro rappresentanti (art. 10).

Ed ecco a questo punto, dopo la trasparenza coatta, i "mezzi di tutela": "Tutti i lavoratori che si ritengono lesi dalla mancata applicazione del principio della parità di retribuzione" devono poter "disporre di procedimenti giudiziari finalizzati all'applicazione dei diritti e degli obblighi connessi al principio della parità di retribuzione*"*, che dovrebbero essere "facilmente accessibili" e poter essere promossi anche "per conto o a sostegno dei lavoratori" da associazioni, organizzazioni, rappresentanti dei lavoratori. Il risarcimento deve essere, al solito, reale ed effettivo, dissuasivo e proporzionato (art. 16).

I termini di prescrizione non devono rendere difficile l'azione (art. 21); dovrebbe prevedersi la compensazione delle spese legali se il lavoratore soccombente aveva "motivi ragionevoli per presentare ricorso" (*sic*) o se ci sono ragioni di opportunità (art. 22). Proprio il contrario di quanto fatto dallo Stato membro Italia in questi anni per rendere il più possibile inaccessibile, repellente, scostante, ostico, costoso il processo del lavoro[219].

---

[218] Considerando 11: "Dalla valutazione del 2020 delle pertinenti disposizioni della direttiva 2006/54/CE è emerso che l'applicazione del principio della parità di retribuzione è ostacolata da una mancanza di trasparenza nei sistemi retributivi, da una mancanza di certezza giuridica sul concetto di lavoro di pari valore e da ostacoli procedurali incontrati dalle vittime di discriminazione". Segue la descrizione dell'ostacolo riportato nel testo.

[219] Ai lavoratori il giudice del lavoro applica piuttosto l'orientamento (Cass. S.U. 31.10.2022 n. 32061) secondo vi è soccombenza reciproca, che giustifica la compensazione anche totale delle spese (ma non la condanna alle spese), in caso di parziale accoglimento di un ricorso: ciò che alimenta condotte quale quella (ormai assai diffusa) consistente nel non pagare ciò che lo stesso datore ritiene dovuto, fin quando il lavoratore non rinunci ad agire in giudizio. Ma su condanna alle spese ed effettività delle tutele giuslavoristiche ci sarebbe moltissimo da dire.

Ma il piatto forte è l'inversione dell'onere della prova. Perché gli obblighi di informazione e trasparenza sono preparatori: servono perché il datore di lavoro metta a disposizione della potenziale controparte gli elementi di fatto in base ai quali far valere in giudizio la presunzione che ci sia stata una discriminazione diretta o indiretta. Se il datore di lavoro risolve, bene.

Altrimenti, male. Tanto ormai i lavoratori "dispongono delle informazioni necessarie per presentare un ricorso in materia di parità di retribuzione che abbia buone possibilità di successo".

Anzi qui le inversioni dell'onere della prova sono due e, quando attuate, metteranno il datore di lavoro "di fronte ad una alternativa senza «vie d'uscita»"[220].

La prima, riguarda i datori virtuosi che hanno seguito le procedure stragiudiziali di informazione ed esame congiunto[221]: devono comunque "provare l'insussistenza della discriminazione retributiva diretta o indiretta" ove i lavoratori che si ritengano lesi "abbiano prodotto elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta" (art. 18, comma 1).

La seconda riguarda i datori di lavoro non virtuosi che non abbiano attuato i suddetti "obblighi in materia di trasparenza retributiva" (magari proprio per non *autodenunciarsi*) e che devono "dimostrare, nei procedimenti amministrativi o giudiziari riguardanti una presunta discriminazione retributiva diretta o indiretta, che non vi è stata una siffatta discriminazione" (art. 18, c. 2). Basterà al lavoratore asserire di essere stato discriminato, senza dover allegare elementi di fatto in base ai quali possa presumersi lo sia stato.

Effettivamente "Viene ridotta la discrezionalità del datore di lavoro in merito alle sue politiche retributive per ciò che riguarda l'attribuzione di assegni ad personam e superminimi individuali, i quali, per poter essere idonei a giustificare le differenze di genere, dovranno essere basati su elementi «oggettivati», ossia suscettibili di essere dimostrati in caso di procedimenti amministrativi e giudiziari"[222].

Ma già che hanno a disposizione tutti gli elementi di fatto, ed il divario retributivo è immotivato, possono approfittarne tutti i lavoratori a prescindere dal genere?

È possibile un controllo di ragionevolezza sulle disparità retributive a tutto campo?

O vale ancora ciò che le Sezioni Unite avevano detto nel 1993 e nel 1996 e cioè che il principio della parità salariale a parità di lavoro, vale esclusivamente in favore di donne e minori e non è estensibile - in via di inversione - in favore degli uomini le cui prestazioni siano retribuite in misura inferiore? Le donne devono essere uguali agli uomini, ma gli uomini non devono essere eguali alle donne? Né essere uguali tra di loro.

Una "notazione banale" sembrava metterlo in dubbio già nel 1986: "se x ha diritto ad un salario eguale a quello di y, mentre y non ha diritto ad un salario eguale di x vuol dire che tra i salari di x e di y non corre alcuna relazione di eguaglianza, e l'uso dell'espressione «parità salariale» è del tutto fuori luogo. Se vi è relazione di eguaglianza, in termini della relazione devono essere reversibili; non esiste equazione in cui x è uguale a y, ma y è diverso da x" [223].

---

[220] PROIA, *op. cit.* p. 15.

[221] Che, cioè, hanno dato le informazioni dovute prima dell'assunzione; hanno reso accessibili i criteri per la determinazione della retribuzione e la progressione economica; hanno dato le informazioni cui i lavoratori hanno diritto; hanno adempiuto all'obbligo di comunicazione delle informazioni sul divario retributivo; hanno proceduto alla valutazione congiunta.

[222] Ancora PROIA, p. 16.

[223] BALLESTRERO, *Ma gli uomini non devono essere eguali?* cit. nell'osservare come la Cassazione facesse derivare da "un'opinabile interpretazione" dell'art. 37 Cost. "una curiosa concezione della parità salariale, come diritto proprio delle donne (ad avere lo stesso salario degli uomini) ma non degli uomini (ad avere lo stesso salario delle donne)",

Certo la direttiva 2023/970 riguarda la parità retributiva di genere, non la parità retributiva a prescindere dal genere. Ed infatti, e ad esempio, il datore di lavoro deve motivare "sulla base di criteri oggettivi e neutri sotto il profilo del genere" la differenza di livello retributivo medio tra lavoratori di sesso femminile e di sesso maschile pari ad almeno il 5 % in una qualsiasi categoria di lavoratori. Si combatte per azzerare il divario retributivo di cui sono le donne ad essere vittime.

Ma diverse enunciazioni hanno carattere generale[224] e le misure di tutela sono riconosciute a "tutti i lavoratori" che siano vittima di disparità di trattamento retributivo.

La libertà contrattuale è un dogma anche europeo. Ma la *soluzione finale* alla piaga del divario retributivo di genere ne esige il sacrificio.

La necessità di giustificare sulla base di criteri oggettivi e neutri le disparità di trattamento, sia in sede di procedura di informazione e consultazione, sia in fase di contenzioso amministrativo e giudiziario, finisce per rendere sindacabili quelle giustificazioni.

Si dirà: solo le differenze di genere devono essere giustificate. Ma per essere giustificate devono essere neutre rispetto al genere (non dipendere neanche indirettamente dal sesso) e per essere neutre devono essere oggettive (non dipendere da ragioni irrazionali, inspiegabili) nei confronti di tutti[225].

Ma a quel punto la ragione oggettiva che giustifica la disparità retributiva non può essere arbitraria. Deve dipendere da una finalità legittima realizzata con mezzi appropriati e necessari. E così il principio di parità di trattamento retributivo finisce per avere efficacia *erga omnes*[226].

Solo uno spunto di riflessione che meriterà di essere approfondito.

[224] Ad es. art. 4: "Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che i datori di lavoro dispongano di sistemi retributivi che assicurino la parità di retribuzione per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore".

[225] Una volta ottenuta la parità retributiva con la maggioranza degli uomini, la restante minoranza non ha diritto alla medesima parità retributiva, una volta dimostrata l'arbitrarietà della disparità? O quella minoranza deve appartenere ad un gruppo altrimenti svantaggiato?

[226] Riprendendo qualcuno di quei vecchi casi sui quali si è costruita la giurisprudenza anti-paritaria potrebbe ritenersi giustificata una disparità di trattamento che colpisca indifferentemente uomini e donne in relazione al dato temporale: ad esempio, un nuovo contratto collettivo che non riconosca ai nuovi assunti un trattamento che i vecchi conservano.

§ 7- La (iper)effettività della tutela del disabile

Nello scusarci per un'eventuale invasione di campo, il discorso sarebbe incompleto se non parlassimo del caso più eclatante ed attuale di sovrapposizione di tutele giuslavoristiche ed antidiscriminatorie.

La norma inderogabile protegge i lavoratori subordinati senza tenere conto delle differenze. Il suo *mestiere* è quello di realizzare l'uguaglianza sostanziale (il riequilibrio) nel rapporto (contrattuale) con l'imprenditore (dimensione verticale) e non nel rapporto (fattuale) tra i lavoratori (dimensione orizzontale).

La protezione è dunque tendenzialmente indifferenziata: tranne i casi di cui s'è detto, i portatori di un fattore protetto vengono protetti come tutti gli altri.

Anche quando meriterebbero una maggiore protezione perché la norma inderogabile ha in qualche modo a che fare con *quel* fattore.

Ad esempio, se la protezione riguarda i lavoratori in malattia chi è più esposto ad ammalarsi meriterebbe una maggiore protezione. Ed allora la norma inderogabile corre il rischio di essere indirettamente discriminatoria. Di essere assoggettata ad un controllo di ragionevolezza antidiscriminatoria. Di essere dichiarata nulla e di dover essere riscritta differenziando (in senso migliorativo) la protezione per i portatori del fattore protetto.

Per non essere indirettamente discriminatorie le tutele dovrebbero essere tarate sulla condizione di svantaggio dei portatori di fattori protetti. Non solo sul *fattore protetto* subordinazione.

Ma una tutela indifferenziata è sempre e comunque una tutela indirettamente discriminatoria? Anche se il livello di protezione fosse comunque assai elevato ed anzi già *tarato* sul bisogno di tutela chi è portatore di un fattore protetto?

La discriminazione indiretta è un male in sé, da combattere sempre e comunque, anche se ininfluente ai fini della protezione, comunque assolutamente adeguata?

Anche se ciò dovesse comportare, in sede di rimodulazione antidiscriminatoria delle tutele, una riduzione delle stesse per chi non fosse portatore del fattore protetto, discriminando in senso buono? La tutela antidiscriminatoria impone sempre di differenziare?

Sembra essere questa la piega che sta prendendo il diritto del lavoro sotto la spinta di quello antidiscriminatorio.

Come forse dimostra, con riferimento al fattore handicap, la sovrapposizione delle tutele antidiscriminatorie a quelle protettive del diritto del lavoro.

1 - Le tutele giuslavoristiche legate al fattore *handicap*

Non era stata concepita come tutela *antidiscriminatoria* quella per gli "invalidi" (l. 482/1968) poi "disabili" (l. 68/1999), per quanto portatori di un tipico fattore di rischio, per dirla nel lessico antidiscriminatorio che quelle leggi sul "collocamento dei disabili"[227], non usavano. Se si cerca, la parola *discriminazione* in quelle leggi non c'è. Perché non serve.

La tutela interna era incentrata, non - in negativo - su un divieto di discriminazione di soggetti svantaggiati nell'accesso al lavoro, ma - in positivo - su un obbligo di assunzione in percentuale degli appartenenti a "categorie protette"[228]; sull'imposizione ad imprenditori dalle *spalle large* di una "quota di riserva" in loro favore.

Non un diritto *relazionale* condizionato dall'esito (invero scontato) di una comparazione con lavoratori *normodotati* (*tertium comparationis*). Ma un diritto *assoluto* all'assunzione in percentuale, cui corrisponde un obbligo che va ben oltre quello di non discriminare i disabili nelle assunzioni.

---

[227] Così la rubrica dell'art. 1, l. 68/1999, che "ha come finalità a promozione dell'inserimento e della integrazione lavorativa delle persone disabili nel mondo del lavoro attraverso servizi di sostegno e di collocamento mirato".
[228] Il riferimento alla locuzione "categorie protette" è nell'art. 11, c. 5, l. 482/1968

Una potente *azione positiva.* A tutela di un contraente talmente debole da rischiare di non esserlo mai. Una *misura* che non sarebbe stata mai prevista dalla futura normativa antidiscriminatoria comunitaria a tutela delle persone con handicap[229], che, infatti, "non prescrive l'assunzione, la promozione o il mantenimento dell'occupazione"[230].

Una misura di diritto interno giustificata se non imposta costituzionalmente.

I "minorati" (nel lessico politicamente scorretto della nostra Costituzione) in armonia con il dovere inderogabile di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) hanno "diritto all'avviamento professionale", che non significa mantenimento caritativo o assistenza a carico di privati (art. 38, c. 3); hanno diritto al lavoro (art. 1 e 4); alla rimozione degli ostacoli che ne impediscono l'effettiva partecipazione all'organizzazione economica e sociale del Paese (art. 3, c. 2), senza che con ciò "venga alterata la valutazione dei datori di lavoro in ordine al dimensionamento delle imprese" il cui solo obbligo è quello di riservare un certo numero di posti alle categorie protette (art. 41 Cost.)[231].

È vero: un sistema di quote, da rispettare nelle assunzioni come nei licenziamenti, previene quelle discriminazioni che dà per scontate e che, pur rispettate le quote, restano in agguato. Già nel rifiuto di assumere il disabile avviato o nel licenziare in prova quello che si è dovuto assumere. Per questo si considerava "nullo il patto di prova inserito in un contratto di lavoro stipulato obbligatoriamente dal datore di lavoro*"*[232]. Anche se poi la giurisprudenza è cambiata[233].

E comunque l'imprenditore che licenzi un disabile è un *sorvegliato speciale*.

Ma l'assunzione obbligatoria è solo la prima delle tutele speciali per gli invalidi/disabili.

Agli assunti obbligatoriamente deve essere "applicato il normale trattamento economico, giuridico e normativo"[234], ovvero "il trattamento previsto dalle leggi e dai contratti collettivi"[235]. Sembrava cosa buona e giusta. Proprio qui, però, si sarebbe annidato il germe della discriminazione indiretta.

Il *diritto diseguale* deve essere ancor più *diseguale* per chi non è *eguale*.

Agli assunti obbligatoriamente sono *riservate* tutele esclusive in caso di licenziamento non disciplinare: il licenziamento per riduzione del personale o per giustificato motivo oggettivo è annullabile se "il numero dei rimanenti lavoratori occupati obbligatoriamente sia

---

[229] Non sarebbe bastato. La Repubblica Italiana sarebbe scivolata sugli *accomodamenti ragionevoli*: "Pur ammettendo che le disposizioni della legge n. 68/1999, sotto taluni profili, offrono garanzie ed agevolazioni persino superiori a quelle prescritte dall'articolo 5 della direttiva 2000/78, la Commissione osserva tuttavia che tali garanzie ed agevolazioni non concernono tutti i disabili, non gravano su tutti i datori di lavoro e non riguardano neppure tutti i diversi aspetti del rapporto di lavoro" (così CGUE 4.7. 2013, n. C-312/11).

[230] Considerando 17 della (futura) Direttiva 2000/78: "la presente direttiva non prescrive l'assunzione, la promozione o il mantenimento dell'occupazione né prevede la formazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione, fermo restando l'obbligo di prevedere una soluzione appropriata per i disabili".

[231] Corte cost. 8.61960, n. 38 con riferimento all'assunzione obbligatoria dei mutilati e invalidi del lavoro di cui al D.lgs. 1222/1947; Corte Cost. 11.7.1961 n. 55, con riferimento a all'assunzione obbligatoria degli invalidi di guerra di cui alla l. 375/1950.

[232] Cass. 7.7.1975 n. 2662 e Cass. 25.2.1976 n. 615: "è nullo il patto di prova inserito in un contratto di lavoro stipulato obbligatoriamente... conseguentemente deve ritenersi ingiustificato, e quindi illegittimo, il recesso dal contratto... durante il periodo di esperimento…". Cass. 17.1.1977, n. 232

[233] Cass. 16.1.1984 n. 362, sull'obbligo di motivazione per consentire al giudice di verificare la correttezza dell'esercizio del potere di recesso e la prova non sia utilizzata con finalità elusiva. Cass. S.U. 2.8.2002, n. 11633, ha invece escluso che il licenziamento dell'invalido assunto obbligatoriamente richiedesse una formale comunicazione del motivo del recesso, salva la prova del motivo illecito a carico del lavoratore. Però secondo Cass. 4.7.2017, n. 16390 "*è valido il recesso del datore di lavoro dal rapporto, purché motivato con l'indicazione delle ragioni (serie ed obiettive) che non hanno consentito il superamento della prova*"

[234] Art. 11, c. 1, l. 482/1968

[235] Art. 10, c. 1, 68/1999. Parità di trattamento già prevista da art. 21 DPR. 1176/1952 concernente "l'assunzione obbligatoria al lavoro degli invalidi di guerra".

inferiore alla quota di riserva prevista" (art. 10, c. 4, l. 68/1999). Un vizio tutto per loro, da mancato rispetto *sopravvenuto* delle quote.

Agli assunti obbligatoriamente licenziati per inidoneità sopravvenuta è riservata una tutela speciale (art. 10, l. 68/1999).

Niente a che vedere con quella di conio giurisprudenziale prevista per la "sopravvenuta infermità permanente del lavoratore" assunto *normalmente,* riconducibile al giustificato motivo oggettivo da impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1464 c.c.), che deve *accontentarsi* del repêchage anche in mansioni inferiori, e non può pretendere sia toccato "l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore"[236].

Altra storia per l'assunto obbligatoriamente. Il cui licenziamento, *extrema ratio*, può essere preceduto da una sospensione del rapporto, e deve passare necessariamente per la commissione medica di cui all'art. 4, l. 104/1992: "il rapporto di lavoro può essere risolto nel caso in cui, *anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro*, la predetta commissione accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda, in ipotesi di "aggravamento delle condizioni di salute o di significative variazioni dell'organizzazione del lavoro" (art. 10, comma 3). Un caso di responsabilità medica[237].

Anche se è poi il datore che licenzia e si assume il rischio di un diverso accertamento medico in sede giudiziale. Che è un "rischio d'impresa". Avrebbe potuto chiedere la risoluzione giudiziale del contratto per impossibilità sopravvenuta per non rischiare[238].

Così come è il datore che si assume il rischio della non impossibilità e non eccessiva onerosità degli "adattamenti dell'organizzazione del lavoro*"* che avrebbe potuto e dovuto attuare prima di (e per non) licenziare.

Di "possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro" il diritto del lavoro interno *scriveva* dunque già nel 1999. Sia pure solo a tutela dei lavoratori assunti obbligatoriamente.

---

[236] Cass. S.U, 7.81998, n. 7755 che ha annullato la sentenza impugnata espressione dell'indirizzo prevalente di legittimità (superato proprio dalle Sezioni Unite) secondo cui il datore non dovesse provare di non poter assegnare il lavoratore a mansioni compatibili con la sua ridotta capacità lavorativa, non avendo il lavoratore un diritto al mutamento delle mansioni che eviti il licenziamento. Questo il principio di diritto: "la sopravvenuta infermità permanente e la conseguente impossibilità della prestazione di lavoro, quale giustificato motivo di recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro subordinato (artt. 1 e 3 l. n. 604 del 1966 e 1463, 1464 c.c.) non è ravvisabile nella sola ineseguibilità dell'attività attualmente svolta dal prestatore, ma può essere esclusa dalla possibilità di altra attività riconducibile - alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede – alle mansioni attualmente assegnate o a quelle equivalenti (art. 2103 c.c.) o se ciò è impossibile, a mansioni inferiori, purché essa attività sia utilizzabile nell'impresa secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore". Tutta la giurisprudenza successiva si sarebbe adeguata nel ritenere che il datore di lavoro ***non*** ha "l'obbligo di mantenere il dipendente in servizio attribuendogli mansioni compatibili con le sue residue e inferiori capacità lavorative, qualora ciò comporti una modificazione dell'assetto organizzativo dell'impresa" (ad esempio, Cass. 19.4.2003, n. 6378) fino alla svolta giurisprudenziale indotta *eurounitariamente*, sia pure con esiti non sempre coincidenti stante il diverso modo di intendere la ragionevolezza dell'accomodamento (Cass. 26.10.2018, n. 27243; Cass. 21.5.2019, n. 13649; Cass. 9.3.2021, n. 6497).

[237] Per la verità anche in caso del non assunto obbligatoriamente il licenziamento può essere intimato all'esito di una valutazione di inidoneità del medico competente che effettua la sorveglianza sanitaria (art. 41, D.lgs. 81/2008). Solo che qui la legge non prescrive "adattamenti dell'organizzazione del lavoro" come invece per il disabile assunto obbligatoriamente.

[238] Cass. 21.3.2022, n. 9158 con riferimento a sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni: "rientra, pertanto, nel «rischio d'impresa» la scelta del datore di lavoro di optare per l'immediato licenziamento del dipendente, invece di agire, secondo le normali regole contrattuali, con la risoluzione giudiziaria del rapporto di lavoro per sopravvenuta impossibilità della prestazione, non potendo ridondare in danno del lavoratore l'errato accertamento da parte dell'organo amministrativo".

Non anche a tutela di quelli che "divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia" e che non possono essere computati nella quota di riserva [239]. E nemmeno dei lavoratori che diventino inidonei alle mansioni specifica[240].

Un altro *primato* del diritto interno, dunque.

Prima ancora che la direttiva 2000/78/CE, "per garantire il rispetto del principio di parità di trattamento", introducesse il concetto di "soluzioni ragionevoli per i disabili", ciò "significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato*"* (art. 5).

E prima ancora che fosse ratificata (con l. 18/2009) la Convenzione ONU sui diritti delle Persone con disabilità del 2006 che, all'art. 27 ("Lavoro e occupazione"), si limita, invero del tutto genericamente, a prevedere (c. 1, lett. i) che gli Stati parti devono prendere iniziative al fine di *"*Assicurare che accomodamenti ragionevoli siano forniti alle persone con disabilità nei luoghi di lavoro". Rinviando alla nozione generale di *accomodamento ragionevole* richiamata senza adattamenti nei vari ambiti di applicazione della Convenzione[241].

La Repubblica Italiana, però, nell'attuare con il D.lgs. 216/2003 la Direttiva 2000/78/C, non aveva "imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili" ed era così "venuta meno al suo obbligo di recepire correttamente e completamente l'articolo 5" della Direttiva stessa[242].

Avrebbe rimediato aggiungendo con un decreto-legge all'art. 3, D.lgs. 216/2003 un generico comma 3-bis sugli "accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità..." che tutti i datori di lavoro sono tenuti a cercare "per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori*"*.

Nessun riferimento al licenziamento, come, del resto, nell'art. 5 della Direttiva.

Dunque, nel diritto interno era previsto un solo *accomodamento ragionevole* sotto forma di "possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro*"* per evitare il licenziamento del disabile assunto obbligatoriamente.

Nessun *accomodamento ragionevole* era stato invece mai previsto in caso di malattia del disabile, sotto forma di prolungamento del periodo di comporto o di scomputo di assenze per malattie collegate alla disabilità originaria o sopravvenuta che fosse. Salvo che il disabile non avesse provato di essere stato "destinato a mansioni incompatibili con le sue condizioni fisiche, derivando in tal caso l'impossibilità della prestazione dalla violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di tutelare l'integrità fisica del lavoratore"[243].

---

[239] Per i quali l'art. 4, c. 4, l. 68/1999 prevede che "l'infortunio o la malattia non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori". Se non fosse possibile (ma qui non si fa riferimento ad "adattamenti dell'organizzazione del lavoro") si prevede non il licenziamento ma l'avviamento presso altra azienda in attività compatibili con la residua capacità lavorativa.

[240] Art. 42, D.lgs. 81/2008 che, in caso di inidoneità alla mansione specifica accertata dal medico competente prevede l'adibizione a mansioni, anche inferiori, compatibili con lo stato di salute del lavoratore *"ove possibile*".

[241] All'art. 2 (Definizioni) si spiega, in generale, che "«Accomodamento Ragionevole» indica le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un carico sproporzionato o eccessivo, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e libertà fondamentali*"*. Nella definizione di "discriminazione" è inclusa "ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole".

[242] CGUE 4.7.2013, n. C-312/11

[243] Cass. 23.4.2004 n. 7730 in conformità ad orientamento mai messo in discussione: Cass. 20.1.1977, n. 304 secondo cui il principio secondo cui gli assunti obbligatoriamente possono essere licenziati per superamento del periodo di comporto opera "*per qualsiasi infermità sopravvenuta nel corso del rapporto, anche se ricollegabile al*

I contratti collettivi (ben avrebbero potuto, ma) non hanno mai differenziato il periodo di comporto per gli assunti obbligatoriamente o per gli invalidi/disabili. Lo hanno, talora, differenziato in relazione al tipo della patologia (ad esempio, se oncologica), in caso di ricadute o di ricovero ospedaliero.

2 – I quattro distinti nuclei di tutela giuslavoristica interna legati al fattore *handicap* unificati dal diritto antidiscriminatorio

2.1 - Nel diritto del lavoro *pre-antidiscriminatorio* convivevano dunque tre diversi nuclei di tutela: per i disabili assunti obbligatoriamente; per i *diventati* disabili assunti *normalmente*; per i disabili assenti per una delle ragioni di cui all'art. 2110 c.c. (infortunio, malattia, gravidanza e puerperio), tra cui non era prevista l'assenza per (ragioni collegate alla) disabilità.

Un quarto nucleo di tutela si concentrava in un singolo articolo della "legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate" (art. 33 l. 104/1992). Una legge *generalista,* non *giuslavorista*, che riguarda la *persona handicappata*, non la persona del lavoratore, se non quando la assistesse. *Generalista* come sarebbe stata nel 2006 la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, che, tra i diversi ambiti, ad un certo punto (art. 27), intercetta quello lavorativo.

La persona (non il lavoratore) con *handicap* era tutelata anche mediante la concessione di specifiche agevolazioni sul lavoro a colui che la assistesse: permessi e congedi, scelta della sede di lavoro più vicina, ove possibile, divieto di trasferimento.

Non vi era però alcuna clausola generale su *accomodamenti ragionevoli* in caso di sopravvenuta onerosità assistenziale.

Né era stata a tal fine utilizzata la clausola di correttezza e buona fede, non creativa di obblighi non già previsti, come proprio in quegli anni la Cassazione si era affannata a chiarire.

2.2 - Tutto questo, però, prima dell'impatto del nucleo *alieno* del diritto antidiscriminatorio su quei quattro nuclei di tutela di diritto interno: impatto tra sistemi che ci riporta al presente. Ecco il perché del tempo imperfetto sin qui usato per enfatizzarlo.

Quei quattro distinti nuclei di tutela di diritto interno sono infatti collegati da un minimo comun denominatore, da un *fattore* comune: dall'essere tutti *fondati* su una disabilità. Con differenziazioni e varianti che rilevano nel diritto interno.

Ora, quel fattore comune, nel suo nucleo essenziale, ha finito, nel tempo, per coincidere con un fattore *protetto* dal diritto antidiscriminatorio. Inizialmente non definito se non dal significato della parola *handicap.* Cui comunque *non* era riconducibile la malattia[244].

Ciò è avvenuto quando il fattore *protetto* dal diritto antidiscriminatorio è stato ampliato al punto da tutelare l'handicap in tutte le sue forme ed applicazioni, così da coincidere con il fattore *comune* a quei quattro nuclei di tutela.

Ampliamento conseguito in due modi.

---

pregresso stato di invalidità", salvo il caso di adibizioni a mansioni incompatibili con le sue condizioni fisiche; Cass. 15.12.1994, n. 10769; Cass. 22.5.1981, n. 3350; Cass. 8.2.1978, n. 613.

[244] CGUE 11.72006, C-13/05 *Chacón Navas* nel dare una definizione autonoma ed uniforme di handicap in quanto nozione non definita della direttiva né oggetto di rinvio al diritto degli stati membri (p. 39 e 40) esclude "una assimilazione pure e semplice" delle nozioni di malattia ed handicap (p. 44), aggiungendo però che "perché una limitazione possa rientrare nella nozione di handicap deve quindi essere probabile che sia di lunga durata" (p. 45), traendone la conseguenza che "una persona che è stata licenziata dal suo datore di lavoro esclusivamente per causa di malattia non rientra nel quadro generale tracciato dalla direttiva 2000/78 per lottare contro la discriminazione fondata sull'handicap" (p. 47). Tuttavia, quel riferimento alla *lunga durata,* apparentemente innocuo, e non rilevante nella fattispecie, sarebbe diventato gravido di conseguenze combinandosi con la definizione di handicap di cui alla Convenzione ONU.

Innanzitutto, perché fattore protetto non è il disabile, ma la disabilità: ad essere vietata è la discriminazione fondata sulla disabilità[245]. Ed è fondata sulla disabilità la discriminazione (per associazione) di chi assista un disabile. Portatore mediato del fattore protetto per conto del disabile.

Ne consegue un'estensione soggettiva del fattore protetto. Che attrae nell'orbita del diritto antidiscriminatorio il nucleo di tutela di diritto interno relativo ai prestatori di assistenza. Se la discriminazione per associazione si estendesse anche agli altri fattori protetti si aprirebbero ulteriori spazi di tutela antidiscriminatoria.

E poi perché la nozione di handicap non è solo medica, ma *sociale*. L'handicap non rileva in sé e per sé ma per l'interazione con ostacoli che impediscono la partecipazione del disabile alla vita del Paese. Anzi dell'Unione.

La Convenzione dell'ONU del 2006, ha colmato il vuoto definitorio della Direttiva del 2000, includendo tra le persone con disabilità "quanti hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri".

Ciò che ha indotto la Corte di Giustizia a far rientrare nella nozione di disabilità la malattia, curabile o incurabile, che comporti minorazioni di lunga durata, a prescindere da attestazioni formali di commissioni mediche[246].

Ne consegue un'estensione *oggettiva* del fattore di tutela, che attrae nell'orbita della fattispecie europea di handicap e, quindi, del diritto antidiscriminatorio, tutti e quattro i nuclei di tutela giuslavoristica del lavoratore disabile di cui s'è detto.

3 - I licenziamenti *impossibili* (?) tra tutele giuslavoristiche e diritto antidiscriminatorio

3.1 - Fattispecie europea di *handicap* ed accomodamenti ragionevoli

La "nozione europea di disabilità" è assurta così a sovrastante ed onnicomprensiva fattispecie idonea di per sé a rendere applicabile *anche* la disciplina antidiscriminatoria, accomodamenti ragionevoli compresi. Che così trova applicazione trasversale nelle quattro ipotesi considerate. E plasma, integra, potenzia, adatta, conforma, se del caso neutralizza le norme di diritto interno che incrocino quel fattore. Anche in difetto di espresso adeguamento legislativo.

Secondo i caratteri propri della tecnica di tutela antidiscriminatoria, riferiti al fattore handicap.

- è vietato non solo lo *scopo* ma anche *l'effetto* discriminatorio. Anche indiretto;
- allegato un trattamento svantaggioso legato a quel fattore è il datore a dover provare l'assenza della discriminazione o a doverla giustificare in caso di discriminazione indiretta;
- devono essere previste soluzioni/accomodamenti ragionevoli, il cui rifiuto integra discriminazione e sono nulle le norme di contratto collettivo che non li contemplino, mentre devono essere comunitariamente interpretate, se possibile, altrimenti disapplicate, le norme di diritto interno incompatibili;
- devono essere previste sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive.

---

[245] CGUE 17.7.2008, C-303/06, Coleman, p. 56: "il divieto di discriminazione diretta ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora un datore di lavoro tratti un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, in modo meno favorevole rispetto al modo in cui è, è stato o sarebbe trattato un altro lavoratore in una situazione analoga, e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio, al quale egli presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta enunciato al detto art. 2, n. 2, lett. a)*"*.

[246] CGUE 10.12.2016, C-395/15, Daouidi, p. 52: "*il fatto che il sig. Daouidi rientri nel regime giuridico nell'invalidità «temporanea», ai sensi del diritto spagnolo, non è tale da escludere che la limitazione della sua capacità sia qualificata come «duratura», conformemente alla direttiva 2000/78, letta alla luce della convenzione dell'ONU*".

La tutela del lavoratore disabile o che assista un disabile è, oggi, la più forte esistente nel diritto del lavoro *implementato* da quello antidiscriminatorio.

La clausola generale di accomodamento ragionevole riempie gli spazi lasciati vuoti dalle specifiche tutele di diritto del lavoro ed ha già comportato conseguenze di rilievo.

Il giudice nazionale ha adempiuto all'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale con riferimento agli accomodamenti in caso:

- di licenziamento per inidoneità sopravvenuta;
- di licenziamento per superamento del periodo di comporto;
- di discriminazioni indirette nei confronti non solo dei prestatori di assistenza ai disabili ma più in generale dei portatori di "esigenze di cura personale e familiare" (nuovo fattore protetto dall'art. 25 c. 2-bis, D.lgs. 198/2006) anche se derivanti ad atti "di natura organizzativa o incidenti sull'orario di lavoro" (art. 25 c.2 D.lgs. cit.).

3.2 – Accomodamenti ragionevoli e licenziamento per inidoneità sopravvenuta

Accomodamenti ragionevoli devono essere cercati in caso di sopravvenuta inidoneità alle mansioni del disabile non assunto obbligatoriamente[247], non solo per l'assunto obbligatoriamente per i quali già erano previsti dal diritto interno.

La svolta europeista, rispetto all'orientamento espresso dalle Sezioni Unite del 1998, è arrivata nel 2018. Prima ancora che si esprimesse la Corte di Giustizia, ma con riferimento ad ordinamenti incomparabilmente meno protettivi del nostro[248] e, comunque, con la precisazione che "la possibilità di assegnare una persona disabile a un altro posto di lavoro esiste solo in presenza di almeno un posto vacante che il lavoratore interessato può occupare"[249].

Anche una riduzione dell'orario di lavoro potrebbe essere considerata un *accomodamento ragionevole,* come del resto previsto nel punto 60 della sentenza che ha condannato la nostra Repubblica per essersi *dimenticata* di prevederli.

Ma il rifiuto del tempo parziale "non costituisce giustificato motivo di licenziamento"[250], avendo il diritto interno recepito il suggerimento al condizionale della Direttiva 97/81/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale[251], che, però, fa salvo il licenziamento "per altre ragioni, come quelle che possono risultare da necessità di funzionamento dello stabilimento considerato"[252]. Sarebbe dunque legittimo il licenziamento

[247] Non può ancora considerarsi espressione del nuovo indirizzo Cass. 7.3.2018 n. 6778 che ha confermato l'accertamento secondo cui le due uniche posizioni compatibili con le condizioni di salute della lavoratrice erano occupate e non poteva imporsi al datore la modifica del proprio assetto organizzativo né la modifica delle mansioni o dell'orario di altri dipendenti. Pur ritenendo nuova la questione degli accomodamenti ragionevoli la sentenza vi dedica un cenno quando afferma che non possono comportare "oneri organizzativi eccessivi" o, incidendo apprezzabilmente sulla posizione di colleghi, "l'alterazione della predisposta organizzazione aziendale". Lo stesso può dirsi per Cass. 28.10.2019 n. 27502 che si richiama ancora a Cass. S.U. 7755/1988. Sono invece senza dubbio espressione del nuovo corso Cass. 19.3.2018 n. 6798 che richiama "l'obbligo del giudice nazionale di offrire una interpretazione del diritto interno conforme agli obiettivi di una direttiva prima del suo concreto recepimento e della sua attuazione" (in fattispecie anteriore alla ratifica della Convenzione ONU); Cass. 21.3.2019 n. 13649 che ritiene irrilevante l'asserita erroneità di sussunzione nella l. 68/1999 stante la portata "unificante e sovrastante" della nozione europea; Cass. 9.3.2021 n. 6497 che si segnala per lo sforzo di ricostruzione sistematica; Cass. 13.11.2023 n. 31471. Tutte le sentenze hanno confermato l'illegittimità del licenziamento.

[248] CGUE 18.1.2024, C-631-22 con riferimento a "lavoratore il quale, a causa della sua disabilità, sia stato dichiarato inidoneo alle funzioni essenziali del posto da lui occupato, sia riassegnato ad un altro posto per il quale presenta le competenze, le capacità e le disponibilità richieste, purché tale misura non imponga al suo datore di lavoro un onere sproporzionato".

[249] CGUE 10.2.2022, C-485/20, HR Rail, p. 45 e 48.

[250] Art. 8 D.lgs. 81/2015, ma già l'art. 5 D.lgs. 61/2000 di attuazione della Direttiva 97/81/CE. CGUE 1°.12.2016, C-395/15, Mo. Da. p. 41-42 e 54.

[251] Clausola 5, punto 2, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, allegato alla direttiva.

[252] Per questo Corte cost. 19.7.2013 n. 224 ha ritenuto non fondata la questione relativa all'art. 16, l. 183/2010 che riconosce alle pubbliche amministrazioni la possibilità di sottoporre a nuova valutazione i provvedimenti di concessione della trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale in relazione al parametro interposto di cui alla clausola 5, punto 2, Direttiva 97/81/CE.

non motivato *solo* dal rifiuto ma anche da altre ragioni pur se ad esso connesse, quando ogni altra soluzione non fosse possibile[253]. Ciò anche in caso di *irragionevole* rifiuto di quell'accomodamento *ragionevole* da parte del disabile.

Questo consentirebbe di evitare il corto circuito tra norme antidiscriminatorie: quella a tutela dei lavoratori a tempo parziale anche in fase di trasformazione del rapporto e quella a tutela dei disabili. Ma si tratterebbe comunque di licenziamento assai a rischio su cui aleggia il sospetto di una doppia discriminazione[254].

Ma più in generale la clausola generale di *accomodamento ragionevole* apre nuovi scenari di tutela da discriminazioni indirette ogni qual volta un criterio di scelta (ad esempio, dei lavoratori da collocare in mobilità o in cassa integrazione) non tenga conto della disabilità o, addirittura, ne tenga conto sfavorevolmente, come nel caso in cui al disabile non venga attribuito alcun punteggio in base al criterio delle esigenze tecnico-produttive[255].

Del resto, sovente una *mano invisibile* sembra indirizzare la scelta verso lavoratori disabili o prestatori di assistenza.

3.3 – Accomodamenti ragionevoli e licenziamento per superamento del periodo di comporto

Accomodamenti ragionevoli devono essere trovati anche per i disabili assenti per malattia. Sotto forma di prolungamento del periodo di comporto o di scomputo delle malattie legate alla disabilità[256] o di avvertimento al lavoratore circa l'approssimarsi del superamento del periodo di comporto[257]. In qualche modo un accomodamento deve essere trovato[258].

E se tutte le malattie dipendessero dalla disabilità? Dovrebbero essere tutte scomputate?

La discriminazione è un *effetto* da rimuovere anche se è un effetto *indesiderato*? O, meglio, *non calcolato*?

Anche se il datore non era in grado di immaginare che la malattia fosse legata ad una disabilità intesa come malattia di lunga durata[259]?

---

[253] Cass. 2.10.2015, n. 21875 chiarisce che la "Direttiva, accanto alla protezione del lavoratore dalla trasformazione unilaterale del proprio rapporto ad iniziativa del datore di lavoro, prende pure in considerazione le esigenze organizzative di quest'ultimo, purché l'iniziativa datoriale sia sorretta da serie ragioni organizzative e gestionali e sia attuata nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede. In mancanza di tali presupposti, il dipendente può legittimamente rifiutare di passare al tempo pieno e, per ciò solo, non può mai essere licenziato". La Corte ha annullato nel caso la sentenza che aveva ritenuto legittimo il licenziamento. Ed in quel caso non si trattava di disabile.

[254] Il consenso potrebbe ottenersi, in alternativa alla manifestata (mera) intenzione di licenziamento, nella procedura di cui all'art. 7, l. 604/1966 che serviva soprattutto alle imprese. Non lo ha capito lo stolto legislatore del D.lgs. 23/2015 che all'art. 3, c. 3 ha previsto che quella procedura non si applichi ai nuovi assunti.

[255] Cass. 12.112019, n. 29289, in un caso in cui il datore di lavoro non aveva attribuito a lavoratore divenuto inidoneo alle mansioni il punteggio attribuito ai lavoratori svolgenti le stesse mansioni.

[256] CGUE 18.1.2018, C-270/16 Conejero, con riferimento a lavoratore licenziato per aver superato il comporto per assenze intermittenti causate da artrite degenerativa e poliartrosi aggravate dall'obesità risultanti da certificati inviati al datore (punti 17 e 19) ha ritenuto che il divieto di discriminazioni indirette per handicap osta ad una normativa nazionale che, senza distinguere tra persone disabili e non disabili assenti, consenta il licenziamento per assenze intermittenti imputabili alla disabilità, salvo che nel perseguire l'obiettivo legittimo della lotta all'assenteismo non vada al di là del necessario.

[257] Peraltro, nel caso deciso dalla sentenza di cui alla nota che precede risulta dalla narrativa che il datore di lavoro avesse vanamente avvisato il lavoratore dell'approssimarsi dello scadere del periodo di comporto invitandolo a far pervenire osservazioni scritte.

[258] Per un'analisi davvero completa di tutta la giurisprudenza di merito in materia, con riferimenti alle specificità dei singoli casi e delle singole soluzioni, si veda SALVAGNI, "*Il «prisma» delle soluzioni giurisprudenziali in tema di licenziamento del disabile per superamento del comporto: discriminazione indiretta, clausole contrattuali nulle, onere della prova e accomodamenti ragionevoli*", in LPO, 2023, 3-4, 215 e sulle ultime sentenze GALLEANO, I ragionevoli accomodamenti del disabile sul lavoro in tre recenti sentenze di merito, LPO, 2024, 3-4.

[259] Cfr. MARESCA, *Disabilità e licenziamento per superamento del periodo di comporto,* in *LDE*, 2, 2024: "*la rilevanza attribuita all'individuazione delle malattie causate dalla disabilità del lavoratore pone immediatamente*

Anche se è stato il disabile a non metterlo in condizione di capire come pure avrebbe potuto[260]?

Anche se il disabile ha impugnato genericamente quel licenziamento per superamento del periodo di comporto che il datore avrebbe potuto revocare se il disabile, nell'impugnarlo, lo avesse reso edotto dell'essere le assenze legate alla propria disabilità, suggerendogli un accomodamento?

Così sembra[261]. Quel licenziamento oggettivamente discriminatorio è sanzionato con il massimo della pena: tutela reintegratoria e risarcimento del danno effettivo. *Discriminazione* uguale *reintegrazione*

Per tutti: vecchi e nuovi assunti. Per i nuovi è solo detto due volte: nel primo e poi nel quarto comma dell'art. 2, D.lgs. 23/2015[262].

Se non si è stati *accomodanti* quello del disabile è un licenziamento discriminatorio

I datori devono ora porsi domande che non si sarebbero mai posti con riferimento ai propri dipendenti assenti per malattia. Prima dovevano solo fare bene i conti.

Ora hanno bisogno di una diagnosi. E di una terapia per licenziare. Capire se, quando e come.

Anche se probabilmente non sanno darsi una risposta ad una domanda: se è la lunga durata di una malattia a consentire il licenziamento per superamento del periodo di comporto come può quel licenziamento essere impedito proprio da una malattia di lunga durata? Un altro corto circuito. Causato dall'impatto con il diritto antidiscriminatorio una volta *arruolata* la malattia di lunga durata nel fattore protetto handicap.

Una delle pochissime matematiche certezze del diritto vivente era che il licenziamento per malattia (*fattispecie autonoma di recesso*, si diceva) fosse un caso a parte, regolato da una disciplina speciale (art. 2110 c.c.), prevalente sia su quella del licenziamento per giustificato motivo oggettivo sia su quella dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione. Un limite di tollerabilità stabilito *ex ante*.

Prima non si può licenziare neanche in caso di assenteismo anomalo, imprevedibile, ingestibile, sospetto che crei disfunzioni o integri scarso rendimento oggettivo[263].

Dopo si può licenziare senza alcun motivo; o senza altro motivo che non sia il superamento contabile di quel limite di tolleranza che vale per tutti.

– prima ancora del riparto degli oneri probatori in sede processuale – la questione della conoscibilità di questo dato e delle sue modalità di acquisizione, quanto alle condotte dovute, rispettivamente, dal prestatore e dal datore di lavoro nello svolgimento del rapporto di lavoro".

[260] Un indirizzo di merito richiamato nel saggio sopra citato non si è però *adattato* ritenendo che l'obbligo di espungere dal comporto le assenze collegate allo stato di invalidità sarebbe esigibile se il dipendente comunicasse quali assenze siano riconducibili alla malattia invalidante, considerato che potrebbe chiedere al medico curante di inserire nel campo "Agevolazioni normative" del modulo telematico relativo alla diagnosi "lo stato patologico sotteso o connesso alla situazione di invalidità riconosciuta*"* (decreto del Ministero della Salute 18.4.2012).

[261] Cass. 31.3.2023 n. 9095: "*La discriminazione opera in modo oggettivo ed è irrilevante l'intento soggettivo dell'autore. Non è dunque decisivo (a parte i profili di prova della conoscenza della situazione di disabilità del lavoratore di cui ai paragrafi che precedono) l'assunto di parte ricorrente di non essere stata messa a conoscenza del motivo delle assenze del lavoratore, perché i certificati medici delle assenze inoltrati al datore di lavoro non indicavano la specifica malattia a causa dell'assenza*". Nello stesso senso Cass. 21.12.2023 n. 35747; Cass. 25.7.2019, n. 20204 aveva invece ritenuto che la sentenza impugnata avesse violato il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato ritenendo sussistente una discriminazione diretta, nonostante il lavoratore avesse chiesto accertarsi una discriminazione indiretta.

[262] Nel primo comma con riferimento alla discriminazione per handicap; nel quarto con riferimento al "difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68". La prima norma si riferisce ai "lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia"; la seconda all'aggravamento del disabile assunto obbligatoriamente.

[263] Cass. 7.12.2018 n. 31763 con riferimento al cd. scarso rendimento oggettivo. Cass. 15.11.1986 n. 6767 con riferimento ad assenze dovute a tossicodipendenza.

Fermo restando il *prima*, sul *dopo* ha inciso la clausola generale di accomodamento ragionevole dal momento in cui nella nozione di disabilità è rientrata la malattia di lunga durata. Da cui prima o poi si guarisce, magari troppo tardi, quando si è superato il periodo di comporto.

Mentre, per converso, una malattia di lunga durata, prima del superamento del periodo di comporto, non può essere considerata come una inidoneità che renda possibile un licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Ma se non è più questione di numeri, ma, se mai, di numeri ed accomodamenti, una domanda sorge spontanea: superato il periodo di comporto *ordinario* (non adattato alla disabilità) potrebbe il datore di lavoro licenziare non tanto (o non solo) per superamento del periodo di comporto, ma (anche) per giustificato motivo oggettivo di licenziamento, provando quella intollerabilità dell'assenza che in precedenza era legata unicamente ai numeri della malattia? *Considerando* che la direttiva "non prescrive… il mantenimento dell'occupazione… di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione"? Il *considerando* è il n. 17.

Tante, troppe domande.

E così un giudice assai incline al dialogo con le alte Corti[264] ne ha poste ben cinque alla Corte di Giustizia: se quella specifica disciplina del comporto potrebbe andar bene anche per i disabili, protettiva com'è; se almeno potrebbe considerarsi giustificata da una finalità legittima conseguita con mezzi appropriati e necessari; se concedere un'aspettativa ulteriore potrebbe essere ragionevole come accomodamento; o se lo sarebbe il concedere un ulteriore periodo retribuito senza controprestazione lavorativa; se il licenziamento dovrebbe considerarsi discriminatorio anche se quegli adattamenti non avrebbero comunque consentito il rientro del disabile[265].

Questo perché una cosa è una discriminazione indiretta che incide solo sulla misura del preavviso o riferita a periodi di comporto di pochi giorni. Altra cosa è una discriminazione indiretta riferita alla disciplina nazionale. Che prevede la tutela reintegratoria. E periodi di comporto talmente lunghi da comprendere ontologicamente una malattia di lunga durata intesa come handicap.

3.4 – Accomodamenti ragionevoli per chi assista un disabile o abbia "esigenze di cura personale o familiare"

Accomodamenti ragionevoli devono essere previsti per consentire a chi presi assistenza ad un disabile di continuare a farlo. Al di là di permessi e congedi. Al di là della riconosciuta priorità per forme di lavoro flessibile.

Ma se nessuno fosse stato preferito, perché quelle misure di flessibilità (lavoro agile, lavoro a tempo parziale, ma anche modifica del turno o collocazione dell'orario compatibile con l'esigenza assistenziale) non sono state concesse a nessuno, non dovrebbe ugualmente il datore di lavoro disporle in favore del prestatore di assistenza che provi sopravvenute difficoltà assistenziali?

E così l'inciso "ove possibile" di cui all'art. 33, c. 5, l. 94/1992, deve essere interpretato nel senso che *deve* essere ritenuto possibile quel trasferimento o avvicinamento che integri accomodamento ragionevole ove non comporti oneri sproporzionati[266].

---

[264] Si tratta del Tribunale di Ravenna (ordinanza 4.1.2023), lo stesso giudice che nello stesso giudizio *a quo* aveva chiesto ed ottenuto che fossero dichiarati incostituzionali l'aggettivo *manifesta* ed il verbo *può* dall'art. 18 St.

[265] Ordinanza di rinvio pregiudiziale del 4.1.2023 relativa a caso davvero particolare (con tutti gli accomodamenti del mondo la lavoratrice non sarebbe mai rientrata). Ed allora deve tenersi conto della gravità delle conseguenze dell'illegittimo del licenziamento rispetto ai casi oggetto delle sentenze della Corte di giustizia: nella causa *HK Danmark* si trattava di un licenziamento con preavviso ridotto, mentre nella causa Conejero i periodi di comporto erano di pochi giorni.

[266] Cass. 1°.3.2019 n. 6150 che fa leva sulla "funzione solidaristica della disciplina e con la garanzia dei beni fondamentali in gioco, tutelati dalla Costituzione nonché dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre

Ma grazie al D.lgs. 105/2022, in attuazione della Direttiva 2019/1158 "relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza" la platea dei destinatari di accomodamenti ragionevoli si è estesa. E così costituisce discriminazione diretta "ogni trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro che, in ragione… delle esigenze di cura personale o familiare"[267].

Discriminatorio è non solo l'essere posti in una "posizione di svantaggio rispetto alla generalità degli lavoratori" (lett. a) ma anche il subire limitazioni "delle opportunità di partecipazione alla vita o alle scelte aziendali e dell'accesso ai meccanismi di avanzamento e di progressione nella carriera" (art. 2-bis, lett. b e c, D.lgs. 198/2006). A prescindere da comparazioni sembrerebbe.

Il profilo organizzativo torna nella nozione di discriminazione indiretta che comprende "quelli di natura organizzativa o incidenti sull'orario di lavoro" (riferito ad "una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento": art. 25, c. 2).

Ed allora qualsiasi atto organizzativo è sindacabile se incide negativamente sull'esigenze di assistenza ad un disabile, o di cura personale e familiare, e, più in generale, su qualsiasi fattore protetto. Se, ad esempio, non sono stati adottati accomodamenti ragionevoli. Ed il giudice esercita un controllo di ragionevolezza sull'atto o sulla disposizione (ad esempio, ordini di servizio, accordi aziendali) ove (anche solo potenzialmente) idonei a determinare una discriminazione indiretta, rendendoli inefficaci ed ordinando al datore di definire ed attuare un piano sulla base di determinati criteri dettati dal giudice[268].

Mentre i giudici di merito hanno fatto da soli, la Cassazione, con riferimento a fattispecie non sottoposta all'art. 25 c. 2-bis D.lgs. 198/2006, ha proposto rinvio pregiudiziale per sapere chi debba considerarsi caregiver, se sia protetto anche da discriminazione indirette ed abbia diritto ad accomodamenti ragionevoli[269].

3.5 – Ritorsione/discriminatoria da esercizio dei diritti (del disabile e del *caregiver*)

Anche il rifiuto di un accomodamento ragionevole è una discriminazione.

Nel diritto antidiscriminatorio le discriminazioni si rincorrono. E si confondono con le ritorsioni. È *discriminazione* qualsiasi trattamento meno favorevole riservato al lavoratore *fattoriale* che eserciti i propri diritti

E così "è vietato discriminare o riservare un trattamento meno favorevole ai lavoratori che chiedono o usufruiscono dei benefici*"* elencati nell'art. 2-bis, l. 104/1992 ("Divieto di discriminazione"), inserito dall'art. 3, c. 1, l. a), D.lgs. 105/2022 "in relazione alla condizione di disabilità propria o di coloro ai quali viene prestata assistenza e cura*"*.

Ma è vietato l'effetto ("discriminare e riservare un trattamento meno favorevole*"*) o lo scopo (ritorsivo)? I verbi di apertura ("*discriminare*" e "*riservare*") sembrerebbero alludere ad uno scopo. Ma con il diritto antidiscriminatorio non si scherza.

Il dubbio incide su un trattamento certamente non favorevole frequentemente riservato ai fruitori di permessi e congedi *ex* art. 33, l. 104/1992, consistente nel sottoporli ad accertamenti investigativi che mirano (inutile negarlo e considerata la spesa) al licenziamento per giusta causa. Essendo frequenti le speculazioni.

2006, ratificata con legge n. 18 del 2009 dall'Italia (C. Cost. n. 275 del 2016) e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE (Cass. n. 12911 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 2210 del 2016) e in tal senso questa Corte si è già espressa (Cass. n. 7120 del 2018; n. 24015 del 2017)".

[267] Oltre che "del sesso, dell'età anagrafica… dello stato di gravidanza nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti" (art. 25 c. 2-bis, D.lgs. 198/2006.

[268] Trib. Firenze 22.10.2019 e Trib. Bologna 31.12.202 nella prima fase di procedimenti ex art. 37 c. 4 D.lgs. 198/2006 su ricorso delle consigliere di parità. Trib. Milano17.7.2023 e Trib. Catanzaro 9.12.2023 definite entrambe con una sorta di ordine di servizio *giudiziale*, tarato sulle esigenze assistenziali dei ricorrenti persone fisiche (rispettivamente padre e madre di figli con handicap).

[269] Cass. 17.1.2024 n. 1788.

Accertamenti sin qui ritenuti sempre leciti dalla giurisprudenza, salvo non siano discriminatori in base ad altri fattori (se, ad es., disposti nei confronti di un sindacalista in conflitto con il datore)[270].

La verifica del corretto utilizzo dei benefici è equiparata al sospetto circa la commissione di illeciti extralavorativi. La giurisprudenza mostra qui una certa intransigenza.

Quella dell'art. 2-bis citato è una carta che non risulta essere stata mai giocata nelle cause di licenziamento all'esito di investigazioni private[271]. Che potrebbero essere promosse ai sensi dell'art. 28, D.lgs. 150/2011 (art. 2-bis, c. 2).

Ma sono frequenti pure accertamenti investigativi nei confronti di lavoratori con handicap o reduci da lunghe malattie, adibiti a mansioni esterne, non motivati dal sospetto della commissione di illeciti extralavorativa ma dalla possibilità di approfittare dei problemi sul lavoro derivanti dalla malattia[272].

Per quanto possano essere non infrequenti, disdicevoli e sovente intollerabili gli abusi (con danno nei confronti di chi ha vitale necessità di prestare assistenza), ci si imbatte talora in sentenze animate da diffidenza nei confronti della vittima di investigazioni

Vedremo se anche su questo inciderà il nuovo corso giurisprudenziale.

[270] Trib. Firenze 15.5.2019 n. 460 ha dichiarato la nullità del licenziamento in quanto discriminatorio per essere stata disposta un'indagine investigativa nei solo confronti di un sindacalista avente un contenzioso con la Società per condotta di critica sindacale. La sentenza è stata confermata da Cass. 27.1.2023 n. 2606

[271] Cfr. BONARDI, CALAFÀ, ALESSI, D'ONGHIA, *Per una trasposizione responsabile della direttiva n. 2019/1158*, cit. 115, sull'esigenza di tutelare i prestatori di assistenza e di "impedire che gli stessi siano vittime di forme di controllo vessatorie e di discriminazioni da parte dei datori di lavoro, quanto meno attraverso il divieto di utilizzo a tal fine di investigatori privati e l'estensione del sistema dei controlli pubblici già previsti per la verifica delle assenze per malattia".

[272] App. Roma 15.5.2023 n. 2027

§ 8 - Effettività delle tutele antidiscriminatorie e qualificazione del rapporto di lavoro: la protezione ha bisogno della subordinazione, la discriminazione no

1 – La nozione europea di lavoratore da Gubbio a Messina

1.1 - Era stata la Ballestrero a Gubbio a porre il problema qualificatorio in una dimensione europea: "Resta da dire chi siano i «lavoratori» destinatari del principio di libera circolazione (e dei diritti che tale principio implica e comporta)"[273].

Ovvio non potesse essere interpretata restrittivamente: "lavoratore migrante è qualsiasi persona che svolga un'attività subordinata reale ed effettiva, restando escluse da tale nozione le attività talmente ridotte da potersi definire puramente marginali e accessorie (così nelle sentenze *Levin* e *Lawrie-Blum*)". Ma con qualche cautela "nelle più recenti sentenze *Raulin* (26 febbraio 1992, C-357/89) e *Bernini* (26 febbraio 1992, C-3/90)" per la "preoccupazione che lo svolgimento di attività del tutto marginali sia usata al solo fine di ottenere altri vantaggi".
La dicotomia era, se mai, tra lavoratori veri ed effettivi e soggetti economicamente inattivi[274]

1.2 – Niente a che vedere con la irrisolta questione qualificatoria interna; con la definizione di lavoratore subordinato ai fini dell'imputazione dei diritti sociali previsti dalle norme inderogabili *nazionali*.
Da noi (potrebbe dirsi con un certo *provincialismo*) subordinazione faceva rima con *protezione* non con *circolazione*. A nessuno, crediamo, sarebbe mai saltato in mente, all'epoca, di interpretare l'art. 2094 alla luce della nozione europea di lavoratore migrante.

Il problema, emerso anche in quel congresso, era di restringere non di allargare, di svuotare non di riempire. La tanto decantata "valorizzazione dell'autonomia individuale[275] (in funzione derogatorio/dispositiva e, più in radice, qualificatoria, avallata da alcune sentenze di allora[276], si sarebbe tradotta nella gestione *consulentizzata* del rapporto di lavoro voluta nel quinquennio *terribile* del diritto del lavoro perché non si finisse mai davanti ad un giudice.

Era la *nostra*, di subordinazione, ad essere ancora al centro della materia, perché, come diceva Romagnoli, "sgretolandosi, la società favorisce l'emersione, con la complicità involontaria del progresso tecnologico, di forme e modalità di svolgimento dell'attività produttiva distanti anni-luce da quelle sulle quali si è storicamente modellata la figura del contratto di lavoro subordinato".
Una frase che potrebbe essere ripetuta tale e quale oggi 25 maggio 2024, per essere riferita all'ulteriore emersione, con la complicità del progresso tecnologico *digitale*, di forme e modalità di svolgimento dell'attività produttiva (lavoro interinale, intermittente, agile, da remoto, tramite piattaforme digitali e via dicendo) che a quei tempi nessuno poteva immaginare. Sono passati altri trent'anni luce da quella figura che già allora sembrava arcaica, ma che è ancora qui a tormentarci.
Figura discussa ora come allora, per le stesse ragioni in fatto (non essere al passo coi tempi e *maggiormente rappresentativa* nel mondo del lavoro) ed in diritto (crescente inettitudine qualificatoria nella zona *grigia* ed ora *liquida*).

---

[273] BALLESTRERO, *Relazione*, p. 98.
[274] CGUE 19.3.1964 C- 17/63 *Hunger*
[275] ICHINO, *Norma inderogabile e valorizzazione della autonomia individuale nel diritto del lavoro, RGL,* 1989 *Democrazia e Diritto, 9 febbraio 1990*.
[276] Perlopiù in cause relative a pretese contributive dell'INPS, ciò che nuoceva all'interesse pubblico al finanziamento del sistema previdenziale, ed avrebbe comportato la reazione culminata nella disciplina del lavoro a progetto. Cfr. Cass. 15.12.1990, n. 11925 e Cass. 15.5.1991, n. 5409 (mansioni di pulizia in un'impresa): "il giudice deve in primo luogo ricercare la volontà delle parti, atteso che, se queste hanno dichiarato di voler escludere la subordinazione, è possibile pervenire una diversa qualificazione del rapporto solo se si dimostra che tale subordinazione si è di fatto realizzata in fase di esecuzione".

1.3 – A distanza di trent'anni l'effettività delle tutele, anche di quelle antidiscriminatorie, passa, nel sentire comune, dalle *forche caudine* della subordinazione. Fuori dalla subordinazione niente.

Non immagina il lavoratore non (riconosciuto come lavoratore) subordinato, e, proprio per questo, più esposto a discriminazioni, che il diritto antidiscriminatorio lo tutelerebbe ben *oltre* la subordinazione.

Che per alcune tutele *condivise* o *replicate* (ad esempio, il diritto "particolarmente importante" alle ferie) gli basterebbe provare la subordinazione europea. Così attenuata da coincidere con la *nostra* parasubordinazione[277].

Ed anzi, nemmeno la subordinazione europea deve provare chi è discriminato.

Basta che provi di essere un lavoratore senza aggettivi. E comunque anche l'aggettivo *autonomo* potrebbe stargli bene. Purché svolga "un'attività professionale reale ed effettiva".

Perché è la persona in quanto tale ad essere tutelata dal diritto antidiscriminatorio, anche quando non è contrattualmente debole[278].

Ed allora "la fuga dal lavoro subordinato" (dal "principio egualitaristico e solidaristico"[279]), non servirebbe a nulla.

Il principio egualitaristico ti insegue oltre la subordinazione. Si può eludere il diritto del lavoro. Non il diritto antidiscriminatorio. Basta saperlo e crederci.

1.4 - Si diceva all'inizio che nel diritto del lavoro fattore di protezione è l'essere il lavoratore subordinato. Fattore di rischio il non riuscire a dimostrarlo. Un rischio che si riflette sull'effettività delle tutele antidiscriminatorie. Associate alla subordinazione. Per una sorta di riflesso condizionato.

Sembra darlo per scontato l'art. 441-bis c.p.c. (e già prima l'abrogato art. 1, c. 47, l. 92/2012) a proposito della trattazione e decisione prioritaria delle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei licenziamenti nelle quali è proposta domanda di reintegrazione nel posto di lavoro, "anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto".

Ora, la domanda di reintegrazione per antonomasia è quella relativa al licenziamento discriminatorio (art. 18, c. 1, l. 300/1970 ed art. 2, c. 1, D.lgs. 23/2015) che può essere proposta "quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro[280]*,* ma, evidentemente, *non* quale che sia la natura giuridica del rapporto di lavoro.

Perché quelle disposizioni sono applicabili *solo* al lavoratore subordinato.

Ed allora l'accertamento della discriminazione deve passare *prima* per l'accertamento della subordinazione, cioè dalla soluzione di una questione relativa alla natura giuridica del rapporto (se *falsamente* autonomo), ma anche all'imputazione dello stesso. O ad entrambe.

Una doppia complicazione.

Ma se devono essere risolte questioni complicate, e, dall'altra parte, si eccepisce una decadenza, una certificazione, una conciliazione *tombale*, un accordo collettivo nazionale che *bonifichi* dalla subordinazione interi settori, le complicazioni aumentano. Le condizioni ideali per una conciliazione al ribasso. E l'effettività della tutela antidiscriminatoria diventa un'utopia.

---

[277] Per tutti, GIUBBONI, *Lavoratore (diritto europeo), Enc.dir.*

[278] CGUE 12.1.2023, C-356/21, J. K./TP S.A., p. 43 e 54, CGUE 2.6.2022 C-587/20, p. 35.

[279] ICHINO, *La fuga dal lavoro subordinato, Democrazia e Diritto*, 1990, utilizza quella fortunata, quanto edulcorata, espressione, non per intendere l'elusione fraudolenta delle tutele, ma quella comprensibile "convergenza di interessi" tra imprenditori e lavoratori "più forti" nella "direzione del decentramento produttivo, del lavoro autonomo, o dell'invenzione di forme atipiche di strutturazione della prestazione e del relativo compenso", in sacrosanta reazione all'ingiusto egualitarismo imposto dalla norma inderogabile, che assicura lo stesso trattamento a tutti i dipendenti: "a quello robusto ed a quello cagionevole di salute, all'intelligente e all'ottuso, allo stachanovista e al posapiano".

[280] Ma è scritto solo nel primo comma dell'art. 18 e non nel primo comma dell'art. 2, D.lgs. 23/2015 che arriva allo stesso risultato in combinato disposto con l'art. 9.

È vero che il diritto antidiscriminatorio va *oltre* la subordinazione. E che le discriminazioni sono vietate anche nei rapporti di lavoro parasubordinato ed autonomo.

Ed è anche vero (probabilmente) che una domanda di reintegrazione *ex* art. 441-bis c.p.c. potrebbe essere proposta anche *solo* per far accertare la nullità del *recesso* discriminatorio[281] anche se il rapporto è (e resta) parasubordinato, senza doversi prima risolvere la questione qualificatoria; e, ad ogni modo, se anche valesse solo per i licenziamenti in senso tecnico, la domanda di reintegrazione potrebbe essere certamente proposta *ex* art. 414 c.p.c. o *ex* art. 28 D.lgs. 150/2011.

Se anche questo è vero, ci domandiamo: quante controversie in materia di recesso discriminatorio da rapporto di lavoro parasubordinato sono state mai proposte, senza che (si ritenesse di poter non dover) chiedere la riqualificazione del rapporto? E, prima del recesso, quante controversie di impugnazione di atti discriminatori in costanza di rapporto?

E poi qualsiasi licenziamento o recesso è sottoposto a decadenza. Senza sconti se il motivo è discriminatorio. Nell'inaugurare la stagione del *decadentismo* il *collegato lavoro* del 2010 ha *pensato* bene di piazzare decadenze ovunque: non soltanto per "tutti i casi di invalidità del licenziamento" che prima erano rimasti fuori (art. 32, c. 2), ma anche per il "recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa" (art. 32, c. 4, lett. b).

Ed un lavoratore non subordinato non *pensa* (magari *per tempo*) di poter impugnare il recesso discriminatorio.

2 – Complicazione delle questioni qualificatorie ed (in)effettività delle tutele antidiscriminatorie

2.1 - Le questioni relative alla qualificazione del rapporto sono oggi assai più complicate, e difficili, di quanto non lo fossero prima del 23 ottobre 2003[282].

Ciò che incide fortemente sulla (in)effettività della tutela antidiscriminatoria nella "zona grigia". Sia che si vada verso la luce (la parasubordinazione *intensa* ex art. 2, D.lgs. 81/2015)[283], sia che si resti nell'oscurità (della parasubordinazione *attenuata*, se non *sbiadita*, ex art. 409, n. 3, c.p.c.).

Non solo perché il lavoro liquido, remotizzato, digitalizzato, virtualizzato, frammentato, disperso è, oggi, ancor più inafferrabile.

Al culmine dei *cinque anni terribili che cambiarono il diritto del lavoro* (2010-2015) il legislatore si è sbarazzato della micidiale disciplina del lavoro a progetto (la fattispecie *trappola*) che aveva imperversato per dodici anni senza guardare in faccia nessuno, se non chi fosse riuscito a chiamarsene fuori.

---

[281] Mentre nell'art. 1, c. 47, c'era un espresso riferimento "alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18… anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro" (e tali non erano più le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti dei dipendenti pubblici trattandosi di ipotesi regolata dall'art. 63, c. 2, D.lgs. 165/2001, sottratte, pertanto, al rito speciale), nell'art. 441-bis. c.p.c. si parla solo di "impugnazione dei licenziamenti nelle quali è proposta domanda di reintegrazione nel posto di lavoro". La parola "licenziamenti" implica che la domanda ex art. 441-bis possa essere proposta solo se il rapporto è subordinato?

[282] Si era posta a tempo debito la domanda ["Si può dire allora di essere tornati alla situazione ante c.d. legge Biagi (col problema ad un tempo teorico e pratico di distinguere il coordinamento dalla eterodirezione)?] MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015* in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 294/2016, rispondendo di no.

[283] Come nell'unico caso approdato in sede di legittimità (Cass. 24.1.2020, n. 1663) a proposito della "scelta di politica legislativa volta ad assicurare al lavoratore la stessa protezione di cui gode il lavoro subordinato, in coerenza con l'approccio generale della riforma, al fine di tutelare prestatori evidentemente ritenuti in condizione di "debolezza" economica, operanti in una "zona grigia" tra autonomia e subordinazione, ma considerati meritevoli comunque di una tutela omogenea".

Quella fattispecie non era minimamente espressione di una presunta "anima laburista della legge Biagi"[284], ma, piuttosto, di una ben più prosaica anima *contributiva* o *inpsionistica*[285]. Tanto è vero che l'idrovora contributiva è stata smantellata proprio quando ormai non serviva più. Perché per drenare contributi era stato trovato un metodo più diretto che non passava più per la subordinazione[286]. Non certo per la non veritiera ragione dichiarata: l'essere stato l'istituto "abusato a fini elusivi per acquisire sotto mentite spoglie prestazioni di lavoro subordinato"[287]. Impossibile fosse abusato a fini elusivi. La fattispecie *trappola* aveva *ammazzato* la fattispecie *rifugio*. Che però si voleva tanto *resuscitare*: ecco perché la fattispecie *trappola* doveva essere sostituita da una fattispecie *fantasma*, prevista da una "norma apparente"[288] che, come aveva scritto il primo giudice ad imbattervisi, "non ha un contenuto capace di produrre nuovi effetti giuridici sul piano della disciplina applicabile alle diverse tipologie di rapporti di lavoro" e "così come è stata formulata viene quindi ad avere addirittura un ambito di applicazione più ristretto di quello dell'art. 2094 c.c.".

Dalla fattispecie *rifugio,* alla fattispecie *trappola*, alla fattispecie *fantasma*: così da tornare alla fattispecie *rifugio,* resa nel frattempo *antisismica.*

Una norma *ipocrita*, più che *apparente*, mi ero permesso di scrivere[289].

L'ipocrisia era del resto svelata dal *post-it* tranquillizzante che suggerisce agli allarmati "committenti" di farsi certificare "l'assenza dei requisiti" della nuova fattispecie antielusiva, così da "eluderne" l'applicazione.

Ma soprattutto dalla delega in bianco alla contrattazione collettiva di prossimità settoriale ad eludere la disciplina antielusiva "in ragione delle particolare esigenze produttive ed organizzative del relativo settore" (e quale settore non ha "particolari esigenze produttive ed organizzative" senza cui non sarebbe un "settore"): ciò con riferimento a rapporti a parasubordinazione intensa indistinguibili dai rapporti a subordinazione attenuata[290].

---

[284] ICHINO: *L'anima laburista della legge Biagi: Subordinazione e «dipendenza» nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, secondo cui "dell'anima liberista della legge Biagi hanno parlato tutti, e dell'anima laburista assai meno, cioè del suo intendimento di combattere l'elusione delle protezioni, di riconquistare all'area del lavoro regolare e debitamente tutelato vaste plaghe del nostro tessuto produttivo dove regna la simulazione o la pura e semplice evasione".

[285] Come confessato a chiare lettere nella "Relazione di accompagnamento al decreto attuativo della riforma Biagi", sotto il paragrafo "i vantaggi della riforma sotto il profilo della finanza pubblica": "il decreto non solo non pone problemi di copertura per maggiori oneri, ma realizza significative economie e determina maggiori entrate contributive attraverso…il ricorso a contratti di lavoro dipendente con un effetto anche di passaggio da rapporti a minore contribuzione ad altri a più alta aliquota…; misure stringenti volte a ridurre il fenomeno delle collaborazioni coordinate e continuative, e a vietare, con incentivi e sanzioni, il ricorso abusivo ad altre tipologie contrattuali che oggi è completamente esente da contribuzione. Un numero rilevantissimo di contratti di collaborazione coordinata e continuativa con aliquota contributiva del 12 per cento saranno convertiti in contratti di lavoro subordinati che, quantunque temporanei o modulati, prevedono una contribuzione al 33 per cento». Rimpinguare le casse dell'INPS dissanguate dalla fuga dalla subordinazione, ecco l'unica ragione.

[286] Perché il pareggio contributivo tra lavoro subordinato e lavoro parasubordinato è stato conseguito per un'altra e più diretta via. L'art. 1, c. 79, l. 247/2007 ha previsto l'aumento, di anno in anno, dell'aliquota contributiva per gli iscritti alla gestione separata (art. 2, c. 26, l. 335/1995(, e l'art. 2 c. 57, l. 92/2012 ha accelerato la progressione (aliquota al 30% nel 2015, al 31% nel 2016, al 32% nel 2017 e al 33% nel 2018). La fattispecie *trappola* o *acchiappacontributi* non serviva più e, resa ancor più rigida nell'ultima formulazione, era oggetto di crescenti insofferenze confindustriali ed è stata eliminata proprio perché non aveva alcuna *anima laburista.*

[287] Così la relazione sullo schema di decreto attuativo del Presidente della commissione lavoro al senato, On. Sacconi, che, però, era sottosegretario al lavoro del governo Berlusconi ai tempi della legge Biagi: uno strumento antielusivo soppresso perché "abusato a fini elusivi". Se non fosse una scusa sarebbe la confessione di un fallimento.

[288] TOSI, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?* in *ADL* 2015, p. 1130 la tesi è quella che da avvocato s'è visto accogliere dal Tribunale di Torino.

[289] *Risposta*, in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2015, 50, p. 104

[290] Diversamente, MAGNANI op. cit. 152, cui "non pare affatto che la deroga dell'art. 2, comma 2, sia irragionevole, in quanto si fonda su ragioni apprezzabili". Si elencano nello scritto del 2016 i numerosi accordi sindacali già all'epoca esistenti (p.153), cui molti altri se ne sono poi aggiunti.

Una delega a disporre del tipo legale lavoro subordinato, se nel tipo ritenessimo compresa, così come è sempre stato, la subordinazione attenuata. Certo, se nel tipo facessimo rientrare solo la subordinazione più intensa, proterva ed arcaica che sia possibile concepire e tenessimo conto delle "peculiarità del contesto" (che da sempre plasmano la variabile intensità delle *tante subordinazioni*), del tipo lavoro subordinato non sarebbe mai possibile disporre[291].

L'essere state riproposte come se nulla fosse le stesse deroghe all'applicazione della disciplina del lavoro a progetto, dà la misura dell'elusione organizzata dal legislatore.

Una cosa era prevedere una deroga all'applicazione della disciplina del lavoro a progetto che (precludeva soltanto l'azione basata sulla *causa petendi* di cui all'art. 69, c.1, D.lgs. 276/2003, ma non) precludeva minimamente l'azione basata sulla *causa petendi* dell'art. 2094. Non avendo la legge toccato la fattispecie.

Ben altra cosa è *estendere* la disciplina del lavoro subordinato a rapporti (magari di incerta qualificazione, ma) che i giudici ben avrebbero potuto *già* qualificare come rapporti a subordinazione attenuata (ma che la legge qualifica ora come rapporti a parasubordinazione intensa), per poi escludere buona parte di quei rapporti dall'estensione di quella disciplina (che quei giudici avrebbero *direttamente* applicato e non *esteso*), sol perché regolati da accordi sindacali o perché il lavoratore è iscritto in un albo professionale. Qui la fattispecie, di soppiatto (subdolamente mi verrebbe da dire) è stata toccata[292].

2.2 - Sappiamo come sarebbe andata a finire in appello: "ritenere, infatti, che una norma di legge non abbia un contenuto precettivo è una valutazione che si comprende in ambito scientifico ma è preclusa ad un Organo giudicante"; cui, però, non è precluso creare un "*terzo genere*", di rapporto "*tecnicamente autonomo*" cui applicare alcune soltanto delle tutele (ritenute) compatibili. Che era persino peggio.

La Cassazione prima[293], un decreto-legge subito dopo (101/2019), avrebbero corretto il tiro allargando la (non) fattispecie[294] e rendendo applicabile tutta, o quasi[295], la disciplina del lavoro subordinato a rapporti a parsubordinazione *accentuata* (ma assai meno di quanto non fosse in origine) ancora, però, indistinguibili dai rapporti a subordinazione *attenuata*.

---

[291] Corte cost. 7.5.2015 n. 76 con riferimento a prestazione a subordinazione tipicamente attenuata (Cass. 2.4.2002 n. 4682) secondo cui "l'organizzazione del lavoro secondo il modulo dei turni, l'obbligo di attenersi alle direttive impartite dal direttore del carcere e dal personale medico non sono indici inequivocabili della subordinazione" perché l'organizzazione in turni appare coessenziale alla prestazione di lavoro", perché "le direttive del personale medico hanno natura eminentemente tecnica"; perché in quel contesto "sfuma l'importanza degli altri indici, ritenuti solitamente espressivi della subordinazione (retribuzione corrisposta secondo cadenze temporali prestabilite, prestazione svolta nei locali e con gli strumenti messi a disposizione dall'amministrazione penitenziaria)"; perché "nella determinazione dei turni, nella vigilanza esercitata sull'operato degli infermieri, nell'obbligo di comunicare i giorni d'assenza, elementi che si potrebbero reputare emblematici della subordinazione, si estrinseca il necessario coordinamento con l'attività dell'amministrazione e con la complessa realtà del carcere".

[292] Per una valutazione positiva di un comma "meno valorizzato, ed anzi per un certo periodo ostracizzato dalla dottrina (a causa del malinteso principio dell'indisponibilità del tipo) che si sta dimostrando adatto a stemperare le difficoltà qualificatorie e regolatorie che presentano le «nuove forme di collaborazione nell'impresa»" si veda MAGNANI, *Organizzazione del lavoro e nuove forme di collaborazione nell'impresa, Bollettino ADAPT, 22.4.2024 n. 16,* che trova molto interessante "il recente accordo nazionale per la regolamentazione dell'attività degli shopper"

[293] Cass. 24.1.2020, n. 1663 è l'unica sentenza di cassazione sull'art. 2 D.lgs. 81/2015 a quanto consta, a parte Cass. 15.2024, n. 1509 che nel rigettare un ricorso per regolamento di competenza proposto dal datore/piattaforma sul presupposto che la competenza territoriale dovesse determinarsi sulla base dell'art. 413 n. 4 e non n. 2, ha ritenuto compreso nel rinvio alla disciplina del lavoro subordinato anche la disciplina processuale.

[294] Per tutti si veda PERSIANI: *Note sulla vicenda giudiziaria dei riders, LDE,* marzo 2020: "compito del giudice non è quello di qualificare in termini concettuali la legge, ma quello di interpretarla per dare ad essa concreta e coerente applicazione"; "è un vero e proprio non senso una norma che detti soltanto una disciplina, senza individuare a quale fattispecie essa sia applicabile".

[295] Senza peraltro escludere in astratto "situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare".

Intanto nel 2017 (art. 15 l. 81/2017) si era pensato (non) bene di *attenuare* la parasubordinazione dell'art. 409, n. 3 c.p.c. per ricavare un maggiore spazio per la nuova (non) fattispecie delle collaborazioni etero-organizzate, con un'irresponsabile operazione meramente definitoria su una norma che regola la competenza per materia.

E la disciplina del lavoro subordinato è stata resa applicabile "anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali", salvi gli accordi sindacali in deroga.

Lavoro subordinato, parasubordinato, autorganizzato, eterorganizzato, piattaformorganizzato. Subordinazione intensa ed attenuata. Parasubordinazione intensa ed attenuata.

Cinquanta sfumature di grigio nella zona grigia.

3 – Il divieto di atti discriminatori per i ciclofattorini autonomi delle piattaforme digitali

Quanto alla discriminazione, l'unico cenno è nell'art. 47-quinquies, D.lgs. 81/2015. Ai ciclofattorini autonomi di cui all'art.47-bis "si applicano la disciplina antidiscriminatoria e quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati, ivi compreso l'accesso alla piattaforma".

Come se la disciplina antidiscriminatoria, senza questa espressa estensione, fosse applicabile ai soli ciclofattorini subordinati.

Come se il D.lgs. 216/2003 non avesse previsto, quindici anni prima, l'applicazione dei divieti di discriminazione al lavoro autonomo, con riferimento all'area "dell'accesso all'occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione", e comprese le "condizioni di lavoro e di licenziamento".

É lo stesso legislatore nazionale ad alimentare il pregiudizio che il diritto antidiscriminatorio *segua* il diritto del lavoro quanto ad ambito di applicazione.

Non a caso, con riferimento a controversie promosse esclusivamente da associazioni sindacali, senza che fossero individuati ciclofattorini discriminati, le poche sentenze in materia hanno ritenuto fosse necessario un passaggio qualificatorio, ai fini dell'applicazione, per estensione, della disciplina del lavoro subordinato, a conferma della vischiosità della subordinazione.

Ed invece la tutela antidiscriminatoria non ha bisogno della subordinazione.

Così come non ne hanno bisogno molti diritti di derivazione europea o *replicati* dalle norme europee.

E così, ad esempio, una lavoratrice madre cui fosse intimato il recesso (prima del compimento dell'anno di età del figlio) per essersi rifiutata di sottoscrivere un verbale di conciliazione in relazione a rapporto asseritamente parasubordinato, certificato, ed assoggettato all'accordo economico collettivo per gli addetti ai *call center* (ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. a) D.lgs. 81/2015) ben potrebbe agire contro la discriminazioni, senza dover superare l'ostacolo forse insormontabile della previa riqualificazione del rapporto.

E così potrebbe fare una agente di commercio, il cui rapporto non possa essere riqualificato come subordinato, cui sia stato intimato il recesso senza alcun motivo, dopo avere reagito a reiterati apprezzamenti indesiderati del proprio capo area, integranti molestia sessuale.

4 – Le tutele antidiscriminatorie *oltre* la *subordinazione*

4.1 – I diritti previsti dalle direttive di ultima generazione

Cercheremo ora di tracciare una sorta di mappa dei diritti riconosciuti dal diritto europeo e/o antidiscriminatorio ai lavoratori cui *non* si applichi la disciplina del lavoro subordinato *autarchico*. Pur con tutta l'approssimazione ed anche l'arbitrarietà del caso, i cerchi concentrici sono quattro: lavoro autonomo, lavoro parasubordinato, lavoro subordinato europeo, lavoro subordinato interno.

Alcuni diritti prescindono del tutto dalla subordinazione, essendo previsti da discipline non giuslavoristiche che si applicano *anche* ai lavoratori subordinati, ma non in quanto tali.
Ad esempio, l'art. 4, l. 604/1966 si riferisce ad un *whistleblower* lavoratore subordinato nel prevedere la nullità del licenziamento "conseguente all'esercizio di un diritto ovvero alla segnalazione, alla denuncia all'autorità giudiziaria o contabile o alla divulgazione pubblica effettuate ai sensi del decreto legislativo attuativo della direttiva (UE) 2019/1937".
Ma, come detto, è nullo anche il recesso discriminatorio, "conseguente" alle stesse ragioni discriminatorie, che fosse intimato ad un *whistleblower* parasubordinato o autonomo o ad un azionista. Certo qui alla nullità consegue la tutela reale di diritto comune e non certo quella di diritto speciale.

Ed è nullo il recesso (o l'essere il lavoratore "estromesso dal rapporto" o l'avere egli subito "misura equivalente al licenziamento") intimato da un "committente" in conseguenza dell'esercizio dei diritti di derivazione europea (informazione, trasparenza, prevedibilità, condizioni minime) ad un lavoratore a parasubordinazione attenuata (409, n. 3 c.p.c.) o intensa (art. 2, D.lgs. 81/2015), come previsto dall'art. 14, D.lgs. 104/2022.

Quei lavoratori parasubordinati hanno, prima, un "diritto di ricorso" per far valere i diritti minimi, e, dopo, "protezione", per averli fatti valere, cioè che si traduce in un "diritto di ricorso" anche contro "trattamenti pregiudizievoli" o "conseguenze sfavorevoli", cioè contro asserite ritorsioni-discriminatore o discriminazioni-ritorsive. L'esercizio di quei diritti diventa infatti una sorta di fattore protetto aggiuntivo indossato dal lavoratore (anche) subordinato e lo legittima ad esercitare un'azione modellata sulla tecnica di tutela antidiscriminatoria: è il committente che ha l'onere di provare che tutto ciò che di pregiudizievole o sfavorevole ha fatto non è dipeso da quella sorta di fattore protetto.

Non eravamo tenuti ad estendere così tanto.

Quei "diritti minimi", secondo la Direttiva 2019/1152, "si applicano a tutti i lavoratori nell'Unione che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia".

Ma la legge attuativa li ha estesi al lavoro parasubordinato senza aggettivi (art. 1, l. 104/2022), con eccezioni incomprensibili ed incostituzionali (agenti e rappresentanti di commercio).

Ecco: quei diritti vanno ben oltre la subordinazione, anche solo europea.

La nozione sussidiaria, ma *ibrida*, di lavoratore prevista dalla direttiva *trasparenza* si ritrova nell'ultima versione della proposta di Direttiva "relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali", essendo stata accantonata l'idea di individuare una nozione europea di lavoro subordinato tramite piattaforme incentrata su indici presuntivi.
La materia, come detto, è già anticipatamente regolata nell'ordinamento interno dall'art. 2, c. 1, D.lgs. 81/2015 e dal Capo V-bis del medesimo D.lgs. È in fase di gestazione una Capo V-ter, relativo ai lavoratori digitali delle piattaforme.

4.2 - Le direttive di armonizzazione parziale

Come si sa la nozione di lavoratore nel diritto comunitario non è univoca, ma varia a seconda del settore di applicazione considerato[296]. E se è vero che "il termine «lavoratore» usato nel trattato non può definirsi mediante rinvio al diritto degli stati membri, bensì ha una portata comunitaria, altrimenti le norme comunitarie in fatto di libera circolazione dei lavoratori verrebbero vanificate", è anche vero che alcune direttive mirano "solo all'armonizzazione parziale della materia estendendo essenzialmente la tutela garantita ai lavoratori in modo autonomo dal diritto dei vari stati membri anche all'ipotesi del trasferimento dell'impresa";

[296] CCCE 12.51998, C-85/96, *Martínez Sala* p. 31.

quelle direttive non mirano "ad instaurare un livello di tutela uniforme nell'intera comunità secondo criteri comuni" [297].

E così, ad esempio, "la nozione di lavoratore ai sensi della direttiva 77/187 (sul "mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti") va intesa nel senso che essa comprende chiunque, nello stato membro interessato, sia tutelato, in quanto lavoratore, dal diritto nazionale del lavoro"[298].

E così anche la direttiva 2008/94/CE sulla tutela dei lavoratori subordinati in caso d'insolvenza del datore di lavoro (che) "non pregiudica il diritto nazionale per quanto riguarda la definizione dei termini «lavoratore subordinato», «datore di lavoro», «retribuzione», «diritto maturato» e «diritto in corso di maturazione»", anche se "gli Stati membri non possono pertanto definire, a loro discrezione, il termine «lavoratore subordinato» in modo tale da compromettere il fine sociale di detta direttiva"[299].

4.3 – La tutela dai licenziamenti collettivi *oltre* la subordinazione nazionale

La direttiva n. 98/59/CE, in materia di licenziamenti collettivi non definisce chi debba intendersi per lavoratore e non rinvia sussidiariamente a chi, come tale, è tutelato dal diritto nazionale del lavoro.

La Corte di Giustizia[300] ha allora chiarito che la nozione di «lavoratore», di cui all'articolo 1, § 1, l. a), della suddetta direttiva non può essere definita mediante rinvio alle normative degli Stati membri, ma "deve trovare autonoma ed uniforme interpretazione nell'ordinamento giuridico dell'Unione" perché "diversamente ragionando, le modalità di calcolo delle soglie ivi previste e, pertanto, le soglie stesse risulterebbero rimesse alla discrezione degli Stati membri il che consentirebbe ai medesimi di alterare l'ambito di applicazione della direttiva, privandola in tal modo della sua piena efficacia"[301].

Ciò comporta che anche lavoratori pacificamente subordinati secondo il diritto interno - ma esclusi dall'ambito di applicazione della legge di recepimento della direttiva, come nel caso dei dirigenti - debbano essere compresi, sia come lavoratori da tutelare sia come lavoratori da computare[302].

La direttiva provoca così, nel diritto interno, un indiretto effetto discriminatorio tra dirigenti licenziati individualmente e dirigenti licenziati collettivamente.

E comporta anche che lavoratori *non* subordinati in base al diritto interno debbano essere parimenti compresi ad entrambi i fini: "la circostanza che una persona possieda lo status di membro di un organo direttivo di una società di capitali non può, di per sé, escludere che la persona si trovi in un vincolo di subordinazione rispetto alla società medesima[303].

I worker secondo il diritto europeo sono protetti dai licenziamenti collettivi (nei limiti della direttiva) ma non dai licenziamenti individuali.

---

[297] CGCE 23.3.1982 C- 53/81, *Levin*

[298] CGCE 11.7.1985, C-105/84, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark*. Un caso di dialogo tra sordi è quello in cui il giudice italiano voleva sentirsi dire dalla Corte di giustizia che la direttiva osta ad una disciplina interna che consideri cessione d'azienda quella di un ramo identificato a fini espulsivi che "non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento", sentendosi rispondere che "la direttiva sopra menzionata non deve essere letta nel senso che vieti ad uno Stato membro di prevedere un siffatto mantenimento dei diritti dei lavoratori nella situazione evocata" e "la semplice mancanza di autonomia funzionale dell'entità trasferita non può, di per sé, costituire un ostacolo a che uno Stato membro garantisca nel proprio ordinamento interno il mantenimento dei diritti dei lavoratori dopo il cambiamento dell'imprenditore" (CGUE 6.3.2014, C-458/12).

[299] CGUE 15.11.2014 C-311/13, *O. Tümer*, p. 42.

[300] CGUE 9.7.2015, C-229/14 *Balkaya*, p. 33 che richiama le sentenze Commissione/Portogallo, C-55/02 e Commissione/Italia, C-596/12.

[301] Punto 33 in cui si richiama la sentenza *Confédération générale du travail* e a. C-385/05, p. 47.

[302] CGUE 13.2.2014 C-596/12, Commissione/Italia, p.14, 17 e 18

[303] CGUE 11.11.2010 C-232/09, *Danosa* p. 47.

L'armonizzazione comporta dunque l'estensione delle tutele a tutte le categorie di lavoratori subordinati (dirigenti compresi); l'estensione ai lavoratori subordinati secondo la ben più ampia nozione europea; l'estensione ai datori di lavoro non imprenditori[304].
L'armonizzazione non tocca invece il profilo del contenuto della tutela in caso di violazione delle procedure, né profili di tutela ulteriori previsti dagli Stati membri (ad esempio, criteri di scelta) che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'unione[305].

Conosciamo un solo caso di applicazione diretta della disciplina dei licenziamenti collettivi a lavoratori parasubordinati, senza che il rapporto fosse riqualificato come subordinato o etero-organizzato, rientrando l'attività dei ciclofattorini delle piattaforme digitali "nella nozione comunitaria di «worker»"[306]. Benché anche la rimozione degli effetti della condotta antisindacale renda inefficaci i recessi.
Le altre sentenze sulla identica questione, invece, accertata l'etero-organizzazione[307], hanno fatto applicazione della nozione interna di subordinazione, estesa ai sensi dell'art. 2, D.lgs. 81/20165; ovvero hanno applicato direttamente la disciplina antidiscriminatoria ai ciclofattorini (anche ove) autonomi delle piattaforme digitali ai sensi dell'art. 47-quinquies, D.lgs. 81/2015.
Nei frequenti casi di recessi collettivi intimati a lavoratori parasubordinati (ad esempio agenti di commercio), o comunque a rapporti *intensamente parasubordinati* esclusi dall'estensione della disciplina del lavoro subordinato per effetto delle deroghe di cui all'art. 2, c. 2, lett. a), D.lgs. 81/2015 si è ritenuto necessario accertare la sussistenza del vincolo della subordinazione o ritenere non operante la deroga ai fini dell'applicazione della l. 223/1991[308].

4.4 - Direttive a tutela di diritti primari

Le direttive riconducibili al fine di "promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro" (direttiva quadro 89/391/CEE) non rinviano al diritto degli stati membri ma si applicano a "qualsiasi persona impiegata da un datore di lavoro": ad es. la Direttiva 92/85/CEE per il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle

[304] CGUE C-32/02 Commissione/Italia; poi art. 1, D.lgs. 110/2004.
[305] CGUE 4.6.2020 C.32/20, TJ, si è dichiarata manifestamente incompetente su rinvio pregiudiziale della Corte d'appello di Napoli che, sulla base della teoria della doppia pregiudiziale, aveva sollevato lo stesso giorno anche questione di legittimità costituzionale, ritenuta inammissibile da Corte cost. 26.11.2020 n. 254 per tre ragioni ritenute piuttosto forzate da SPEZIALE, *La sentenza della Corte costituzionale n. 254 del 2020 sui licenziamenti collettivi: una forma di «leale e costruttiva collaborazione» con la Corte di giustizia europea*?, in *LDE*, 1, 2021. App. Napoli ha poi nuovamente sollevato la questione, dichiarata, stavolta, infondata da Corte cost. 22.1.2024 n. 7. Altra questione pregiudiziale, su rinvio del Tribunale di Milano è stata dichiarata inammissibile da CGUE 7.3.2021, C-652/19, KO perché la direttiva 98/59/CE non ha alcun collegamento con "le modalità della tutela che deve essere accordata a un lavoratore che è modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati stato oggetto di un licenziamento collettivo illegittimo, a seguito di una violazione dei criteri di scelta" mentre la direttiva 1999/70/CE non osta all'estensione del nuovo regime indennitario di tutela agli assunti a termine prima della sua entrata in vigore.
[306] È il caso deciso da Trib. Firenze 24.11.2021 n. 781 che ha dichiarato inefficaci i recessi unilaterali nei confronti di chi non avesse aderito al CCNL Assodelivery/UGL riders in accoglimento di un ricorso ex art. 28, l. 300/1970 perché "la direttiva 98/59 dev'essere interpretata nel senso che il fatto che un datore di lavoro proceda, unilateralmente e a svantaggio del lavoratore, ad una modifica sostanziale degli elementi essenziali del contratto di lavoro per ragioni non inerenti alla persona del lavoratore stesso rientra nella nozione di «licenziamento» di cui all'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera a), della medesima direttiva", come ritenuto da CGUE 11.11.2015, C-422/14, *Pujante Rivera*.
[307] Trib. Bologna 30.6.2021, n. 63 con riferimento a ricorso *ex* art. 28, l. 300/1970. App. Palermo 23.9.2021 con riferimento a ricorso ex art. 28 D.lgs. 150/2011 che ha fatto ulteriore applicazione dell'orientamento che riconduce l'appartenenza sindacale al fattore delle "convinzioni personali".
[308] Trib. Messina 23.11.2023, n. 2223 e Trib. Palermo 4.4.2024, n. 1480. In entrambi i casi "acclarata la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato" il recesso è stato riqualificato come licenziamento illegittimo stante il mancato coinvolgimento nella procedura di licenziamento collettivo e la mancata applicazione dei criteri di scelta.

lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento[309]; la direttiva 2003/88/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro[310]

In questo ambito "la nozione di «lavoratore» non può essere interpretata in modo da variare a seconda degli ordinamenti nazionali, ma ha una portata autonoma, propria del diritto dell'Unione". E non potrebbe certo disporsi del tipo lavoro subordinato europeo (ad esempio, per limitare il diritto alle ferie) con gli accordi collettivi nazionali di cui all'art. 2, c. 2, lett. a), D.lgs. 81/2015.

E così (venendo all'applicazione più *gettonata* in termini di rinvii pregiudiziali) il diritto "alle ferie annuali retribuite di almeno 4 settimane, secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali" deve essere riconosciuto oltre la subordinazione nazionale[311] e, pertanto, anche ai giudici di pace italiani[312].

Per la Corte di giustizia il diritto alle ferie "deve essere considerato un principio particolarmente importante del diritto sociale dell'Unione europea" ed essere riconosciuto senza limiti non solo per effetto dell'art.7, § 1, direttiva 2003/88 (con efficacia diretta verticale nei confronti dello Stato datore di lavoro), ma anche e soprattutto dall'art. 31, § 2, della Carta, alle sole condizioni previste all'art. 52, § 1, con efficacia diretta orizzontale, ed è pertanto invocabile da qualsiasi "lavoratore europeo"[313]. Né si può disincentivare l'esercizio del diritto riducendo la retribuzione feriale, a costo di dover riscrivere i contratti collettivi[314]

Sono cose complicate e bisogna essere *del mestiere*. E così è stato un giudice di pace a sollevare questione pregiudiziale a seguito di ricorso per decreto ingiuntivo presentato da un

[309] CGUE 11.11.2010, C-232/09, *Danosa* che, superando la diversa qualificazione attribuita dal diritto nazionale, ha ritenuto che "un membro di un consiglio di amministrazione di una società di capitali, il quale fornisca prestazioni a quest'ultima e ne faccia parte integrante, deve essere considerato come dotato della qualità di lavoratore subordinato ai fini della direttiva n. 92/85/CEE".

[310] CGCE 14.10.2010 C-429/09, *Union Syndicale Solidaires Isère,* CGUE 26.3.2015 C-316/13, *Fenoll*

[311] Ragioni attinenti al contenimento della spesa pubblica e alle esigenze organizzative del datore di lavoro pubblico non giustificano il divieto di versare al lavoratore un'indennità finanziaria per i giorni di ferie annuali retribuite maturati sia nell'ultimo anno di impiego sia negli anni precedenti e non goduti alla data della cessazione del rapporto di lavoro, qualora egli ponga fine volontariamente a tale rapporto di lavoro e non abbia dimostrato di non aver goduto delle ferie nel corso di detto rapporto di lavoro per ragioni indipendenti dalla sua volontà (CGUE 18.1.2024 C-218/22, DU); il diritto alle ferie che matura durante i periodi di non lavoro a causa di licenziamento illegittimo (CGUE 12.10.2023 C-57/22, YQ), il lavoratore deve essere messo in condizione di esercitarlo in tempo utile e non può estinguersi se non possa fruirne per invalidità o inabilità totale al lavoro (CGUE 22.9.2022 C-518/2020, XP) non può prescriversi con termine triennale decorrente di anno in anno (CGUE 22.9.2022 C-120/21, LB). Ma le sentenze sono innumerevoli, impossibile darne conto, cfr. TRIA, *La Corte di Giustizia UE sul diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite: nella duplice configurazione di pilastro del diritto sociale dell'Unione e di diritto individuale sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in LDE,* 1, 2019, a partire dalle sette sentenze nel solo 2018.

[312] CGUE 16.7.2020, C-658/18, UX, p. 88: "Tale constatazione s'impone anche ai fini dell'interpretazione della nozione di «lavoratore», ai sensi dell'articolo 7 della direttiva 2003/88, e dell'articolo 31, § 2, della Carta, per assicurare l'uniformità dell'ambito di applicazione ratione personae del diritto dei lavoratori alle ferie retribuite.

[313] P. 49 sentenza sopra citata: "secondo una giurisprudenza costante, la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è data dalla circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in cambio delle quali percepisca una retribuzione", ed ivi richiamo a CGUE 20.11.2018, C-147/17, *Sindicatul Familia Constanţa*, p. 41.

[314] Cass. 30.11.2021 n. 37589 "Durante il periodo feriale deve essere assicurata una situazione che, a livello retributivo, sia sostanzialmente equiparabile a quella in atto nei periodi di lavoro (cfr. CGUE 20.1.2009 in C-350/06 e C- 520/06, *Schultz-Hoff* p. 58 e 60 e CGUE 163.2006, C-131/04 e C-257/04 *Robinson-Steele* p. 58). In sostanza la retribuzione delle ferie annuali deve essere calcolata, in linea di principio, in modo tale da coincidere con la retribuzione ordinaria del lavoratore posto che una diminuzione della retribuzione potrebbe essere idonea a dissuadere il lavoratore dall'esercitare il diritto alle ferie e sarebbe perciò in contrasto con le prescrizioni del diritto dell'Unione (cfr. CGUE 15.9.2011 C- 520/06 *Williams* p. 21)".

collega entro i limiti di competenza per valore dei giudici di pace, per il pagamento della retribuzione feriale nella misura spettante ai magistrati ordinari[315].

Tanto sarebbe bastato ai fini del riconoscimento del diritto alle ferie. Ma i giudici di pace hanno poi posto la questione anche sotto il profilo della parità di trattamento con i magistrati togati, quali lavoratori standard asseritamente comparabili, in applicazione delle direttive sui contratti non standard[316].

La questione è apertissima anche perché a dover effettuare la comparazione è il *tertium comparationis*.

5 – Il diritto a non essere discriminati come diritto assoluto di tutti i lavoratori avente diretta efficacia orizzontale

5.1 - Ben maggiore ambito applicativo hanno i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, consacrati nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("che ha lo stesso valore giuridico dei trattati": art. 6, TUE) e che le direttive gemelle hanno solo specificato (2000/43 e 2000/78)[317], cosicché un'eventuale discriminazione deve essere valutata sulla base del diritto primario dell'Unione.

In particolare, il principio di non discriminazione in base all'età è un principio generale del diritto dell'Unione (che per questo era) applicabile già prima che scadesse il termine per la trasposizione della direttiva 2000/78 (*Mangold*, p. 66-68[318]), e comporta che il giudice nazionale, in presenza di una norma nazionale, rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, che ritenga incompatibile con tale principio e per la quale risulti impossibile un'interpretazione conforme a quest'ultimo, debba disapplicarla (*Kücükdeveci*, p. 53), senza che i "principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento" o la possibilità per il privato leso di agire contro lo Stato per farne valere la responsabilità da violazione del diritto dell'Unione "possano rimettere in discussione tale obbligo" (*Dansk Industri* p. da 38 a 42).

---

[315] Al punto che la Repubblica italiana e la Commissione europea avevano eccepito che la domanda di pronuncia pregiudiziale fosse irricevibile, sia perché il giudice di pace all'origine del rinvio pregiudiziale non poteva essere considerato una giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 267 TFUE, sia perché il giudice del rinvio aveva un interesse nella soluzione della controversia principale, in quanto giudice di pace non imparziale, considerato anche il frazionamento del credito concepito per renderlo competente per valore. L'eccezione è stata superata dalla già citata sentenza UX.

[316] CGUE 7.4.2022, C-236/20, PG.

[317] CGUE 19.1.2010, C-555/07, *Kücükdeveci* secondo cui il principio di non discriminazione per età "osta ad una normativa nazionale che prevede che, ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento, non sono presi in considerazione i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima del raggiungimento dei 25 anni di età" (p. 21). CGUE 2.6.2022, C-587/20 *HK/Danmark e HK/Privat*, punto 28, relativa a segretaria generale di una federazione sindacale che aveva superato il limite di età (60 anni) statutariamente previsto per presentarsi alle elezioni per il rinnovo della carica. CGUE 19.4.2016, C- 441/14 *Dansk Industri* relativa ad indennità di licenziamento di 3 mensilità non riconosciuta, però, se il dipendente sia titolare di pensione di vecchiaia. Ma vallo a spiegare a Cass. Cass. 9.11.2016 n. 22789 che ha negato addirittura il diritto al preavviso a dipendente licenziato per aver rifiutato l'esodo "volontario" sulla base di una mera dichiarazione aziendale tra le premesse di un accordo sindacale considerato accordo di prossimità. La capostipite è CGCE 22.11.2005, C-144/04, *Mangold*, con riferimento ad una normativa sopravvenuta che "indistintamente a tutti i lavoratori che hanno raggiunto l'età di 52 anni, siano essi stati in disoccupazione o no prima della conclusione del contratto e quale sia stata la durata del periodo dell'eventuale disoccupazione (prevede possano) essere validamente proposti, fino all'età alla quale essi potranno far valere il loro diritto alla pensione di vecchiaia, contratti di lavoro a tempo determinato rinnovabili per un numero indefinito di volte".

[318] Con riferimento ad una normativa sopravvenuta che "indistintamente a tutti i lavoratori che hanno raggiunto l'età di 52 anni, siano essi stati in disoccupazione o no prima della conclusione del contratto e quale sia stata la durata del periodo dell'eventuale disoccupazione (prevede possano) essere validamente proposti, fino all'età alla quale essi potranno far valere il loro diritto alla pensione di vecchiaia, contratti di lavoro a tempo determinato rinnovabili per un numero indefinito di volte".

Certo, proprio con riferimento al fattore (giovane) età, le delusioni non sono mancate[319], in casi nei quali, considerata la diretta efficacia orizzontale del principio di non discriminazione, sarebbe stato molto meglio se avessimo fatto tutto da soli, senza scomodare la Corte di giustizia[320].

E poi (per mostrare intransigenza) una cosa sono i casi singoli ed isolati; ben altra cosa le discriminazioni di massa per età perpetrate per decenni: se, con l'avallo sindacale, anziani costosi (esodabili o anticipatamente pensionabili) fanno largo a giovani precari a basso costo,

E così il diritto antidiscriminatorio nulla ha potuto per arginare i licenziamenti generazionali, ciclici e seriali, nel settore bancario e farmaceutico[321]. La iniziale giurisprudenza di merito che aveva accertato macroscopiche violazioni della disciplina dei licenziamenti

---

[319] CGUE 19.7.2017 C-143/16 *Abercrombie & Fitch* che, con riferimento alla esclusione di un lavoratore intermittente dai turni di lavoro come regalo per il suo 25° compleanno, preconfezionato dall'art. 34, c.2, D.lgs. 276/2003 (che poi all'art. 38 richiamava "i divieti di discriminazione diretta e indiretta"), ha ritenuto che consentire ai giovani un primo accesso al mercato del lavoro su base non stabile, ma precaria, perché meglio precario che disoccupato, e purché, al solito, sia garantita la parità di trattamento rispetto ai lavoratori standard, integra finalità legittima di politica del lavoro e del mercato del lavoro conseguita con mezzi appropriati e necessari. La Corte ha risolto la questione posta dalla Commissione (ma pacifica tra le parti) se un lavoratore intermittente possa considerarsi "lavoratore" in base alla nozione europea (quando "una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione"): sembra proprio di sì, ma (al solito) spetta al giudice del rinvio valutare.

[320] Come peraltro aveva fatto App. Milano 3.7.2014 n. 406 in causa promossa ai sensi dell'art. 28, D.lgs. 150/2011 (e non 1, c. 48, l. 92/2012), richiamando *Mangold* e *Kücükdeveci* e disapplicando la normativa nazionale stante l'efficacia diretta orizzontale della direttiva in quanto confermativa di diritto fondamentale della Carta ("nessuna ragionevole giustificazione è ravvisabile nel fatto che, per il solo compimento del 25° anno, il contratto debba essere risolto"). Ma la Cassazione (ordinanza 29.2.20216 n. 3982) aveva proposto il rinvio pregiudiziale (ritenendo che normativa italiana non contenesse "alcuna esplicita ragione rilevante ai sensi dell'art. 6, n. 1, primo comma, della Direttiva 2000/78") ottenendone la risposta "univoca ed esaustiva" cui s'è sottomessa, ritenendo non violato il principio della discriminazione per età in base alla teoria del trampolino di lancio (Cass. 21.2.2018 n. 4223). App. Milano 14.3.2019 n. 29 ha rigettato tutte le domande del lavoratore compensando integralmente le spese di lite con riguardo a tutti i gradi di giudizio. Sulla vicenda COSIO, *Le discriminazioni per ragioni di età. La saga Abercrombie, LDE,* 1,2018.

[321] Ci riferiamo al licenziamenti collettivi, ciclici e generazionali, riguardanti (per ragioni di profitto e senza che fosse in atto alcuna riorganizzazione) tutti gli esodabili e/o i pensionabili di anzianità (a migliaia), all'esito di (apparenti) procedure *ex post*, avviate senza altra *ragione* se non quella della possibilità di utilizzare il criterio di scelta della prossimità alla pensione: unica reale (non) ragione dell'asserito esubero, non a caso coincidente esattamente con il numero di esodabili/pensionabili accumulatisi ad una certa data. La procedura parte dalla coda, cioè dal criterio di scelta che è la ragione che determina l'esubero. Nella comunicazione non viene indicata alcuna ragione (a parte la riduzione del personale e l'abbattimento del costo del lavoro che sono l'effetto e non la causa dei licenziamenti); non vengono indicati collocazione aziendale e profili professionali del personale eccedente (tutti i pensionabili/esodabili ovunque lavorino e qualunque cosa facciano); non vengono indicati i motivi per i quali non si è ritenuto di adottare misure alternative (che non ci sono perché ciò che si vuole è licenziare tutti gli esodabili/pensionabili, sostituendoli con giovani precari come previsto nell'accordo di chiusura della procedura). Dopo un periodo di assestamento (e di ovvie reintegrazioni) la Suprema Corte anziché dire che la comunicazione era totalmente carente dei contenuti essenziali, ha detto che il motivo dell'eccedenza (il voler licenziare tutti gli esodabili/pensionabili) giustifica la totale omissione dei contenuti della comunicazione iniziale e finale (come dire che siccome la legge è incompatibile con l'operazione è la legge a dover essere disapplicata così da salvare l'operazione); mentre ai fini del rispetto dei criteri di scelta sarebbe irrilevante il salvataggio ad arbitrio aziendale di numerosi esodabili/pensionabili non avendo il lavoratore licenziato interesse a dolersene (sarebbe stato comunque licenziato: ed allora cosa gli importa sapere degli altri). La sostanziale disapplicazione giurisprudenziale della l. 223/1991 (certamente condizionata da un'interpretazione deflazionisticamente orientata), ha comportato una discriminazione di massa per età non giustificata dall'art. 6, § 1, della direttiva 2000/78/CE che rimanda a "*finalità che presentano un carattere di interesse generale, le quali si distinguono dai motivi puramente individuali propri della situazione del datore di lavoro, come la riduzione dei costi o il miglioramento della competitività…*" (CGUE 21.7.2011 C-159/10 e C-160/10 *Fuchs e Köhler*). Anche perché in quegli stessi anni l'interesse generale, e le politiche nazionali, erano orientati nel senso diametralmente opposto (riforma Fornero). Sul punto mi permetto di segnalare tramite link alcune mie considerazioni non agevolmente reperibili: https://www.ilsussidiario.net/news/lavoro/2012/8/15/pensioni-esodati-a-chi-e-servito-il-loro-sacrificio/311683/

collettivi e del divieto di discriminazione per età, sarebbe state presto spazzata via da un monolitico orientamento di legittimità[322].

5.2 - Il diritto a non essere discriminati è riconosciuto ben oltre la subordinazione, anche europea, essendo riconosciuta al lavoratore autonomo e persino al lavoratore autonomo potenziale.

La direttiva 2000/78 nell'art. 3, § 1, lett. a), "non ha inteso limitare l'ambito di applicazione della direttiva 2000/78 ai posti occupati da un «lavorator[e]» ai sensi dell'articolo 45 TFUE" (lavoratore migrante)[323].

La suddetta direttiva "non rinvia al diritto degli Stati membri per definire la nozione di «condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo», contenuta in tale disposizione" (p. 34), ed offre "ad ogni persona una tutela efficace contro le discriminazioni fondate, segnatamente, su tale motivo" (l'orientamento sessuale)[324].

Il lavoratore autonomo si trova "in una situazione di vulnerabilità paragonabile a quella di un lavoratore subordinato licenziato"[325], e la "direttiva 2000/78 è quindi destinata a coprire un ampio ventaglio di attività professionali, ivi comprese quelle svolte da lavoratori autonomi". Sono escluse soltanto le attività "consistenti in una mera fornitura di beni o di servizi a uno o a più destinatari, che non rientrano in tale ambito di applicazione" (p. 44).

Peraltro, l'applicazione della direttiva al lavoro autonomo non è limitata alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro (art. 3, § 1, lett. a), ma anche "all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione" (lett. c)[326].

Ma soprattutto, "la direttiva 2000/78 non rappresenta un atto di diritto derivato dell'Unione come quelli, fondati segnatamente sull'articolo 153, § 2, TFUE, che concernono solo la tutela dei lavoratori quale parte più debole di un rapporto di lavoro, ma è volta a eliminare, per ragioni di interesse sociale e pubblico, tutti gli ostacoli fondati su motivi discriminatori all'accesso ai mezzi di sostentamento e alla capacità di contribuire alla società attraverso il lavoro, a prescindere dalla forma giuridica in virtù della quale esso è fornito"[327].

Ecco siamo tornati al punto iniziale: il diritto antidiscriminatorio non protegge il lavoratore subordinato quale contraente debole, ma la persona implicata in un qualsiasi rapporto di lavoro rientri nel campo di applicazione del diritto dell'Unione.

Subordinato o autonomo che sia.

5.3 –Per l'applicazione del diritto antidiscriminatorio non deve essere risolta, a monte, la questione relativa alla qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato, come invece capita spesso per l'applicazione del diritto del lavoro. Dove non arriva la tutela giuslavoristica potrebbe arrivare quella antidiscriminatoria.

E, per giunta, il principio generale di non discriminazione di cui all'art. 21 della Carta (che la direttiva 2000/78 "concretizza" soltanto), ha diretta efficacia orizzontale, nell'attuazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51 § 1 della Carta[328], come ritenuto dalla Corte di Giustizia con riferimento ai fattori dell'età e dell'orientamento sessuale, ma con argomenti riferibili a tutti i fattori di discriminazione. E così "un giudice nazionale investito di una

[322] Licenziamenti discriminatori per età nella recente giurisprudenza (di Alberto Piccinini) (di-elle.it)

[323] CGUE 12.12023, C-356/21, I.K., p. 37 con riferimento a rifiuto di concludere o rinnovare un contratto d'opera (con cancellazione di turni già programmati) per ragioni connesse all'orientamento sessuale (pubblicazione su YouTube di un video natalizio di promozione della tolleranza verso coppie dello stesso sesso).

[324] Così p. 41 con richiamo a CGUE 3.4.2020, C-507/18, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, relativa al caso del noto penalista che in una nota trasmissione radiofonica aveva ripetuto più volte che nel suo studio non avrebbe mai assunto gay.

[325] P. 63, nel quale si cita la sentenza 20.12.2017, C-442/16, *Gusa,* p. 43.

[326] P. 62 "la nozione di «licenziamento» figura all'articolo 3, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2000/78 quale esempio della nozione di «[condizioni di] occupazione e (...) di lavoro» e riguarda, in particolare, la cessazione unilaterale di qualsiasi attività menzionata a tale articolo 3, paragrafo 1, lettera a)".

[327] CGUE 12.1.2023, C-356/21, I.K p. 34.

[328] Cerca di spiegarcelo bene CGUE 26.2.2013 C-617/10, *Fransonn*

controversia tra due privati è tenuto, qualora non gli sia possibile interpretare il diritto nazionale vigente in modo conforme all'articolo 4, § 2, della direttiva 2000/78, ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai singoli in forza degli articoli 21 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e a garantire la piena efficacia di tali articoli, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria"[329].

Persino quel diritto a non essere discriminati rispetto ad un/una lavoratore/lavoratrice di cui alla clausola 4 della direttiva 1999/70/CE (che nasce dall'essere parte di un contratto o rapporto non standard, e non sembrerebbe fondarsi sull'art. 21 della Carta) obbliga il giudice nazionale ad assicurare la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza dell'articolo 47 della Carta ed a garantire la piena efficacia di tale articolo, disapplicando, per quanto necessario, qualsiasi disposizione nazionale contraria[330].

Ed allora basterà che le "persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento" espongano davanti al giudice "fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta" perché "incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione di tale principio"[331]

Principi importanti, dalle enormi implicazioni, espressi in cause di irrisorio valore in termini economici (*bagatellari* sarebbero state definite)[332], ma, per l'appunto, di principio.

Non riesco ad immaginare cosa (statisticamente) succederebbe se una causa del genere fosse proposta da un *quisque de populo* davanti al giudice del lavoro nazionale.

Un oceano di tutele *aliene* nel deserto delle aule giudiziarie.

***

[329] CGUE 17.4.2018 C-414/16, *Vera Egenberger,* punto 3 del dispositivo, con riferimento al fattore *religione* ai fini dell'accesso al lavoro autonomo (stesura di una relazione per cui era richiesta l'appartenenza alla chiesa evangelica). Nella parte motiva il concetto è sviluppato nei punti da 70 a 82.
Molto più facile a dirsi che a farsi. E non solo perché qualcosa *"si è inceppato nel collaudatissimo meccanismo Granital/Simmenthal, a tutti noto, con il famoso obiter dictum della sentenza n. 269/17 nel triangolo fatale Corte di giustizia, Corte costituzionale, giudice comune*" cfr. Piccone https://www.questionegiustizia.it/articolo/diritto-sovranazionale-e-diritto-interno-rimedi-interpretativi_27-12-2019.php Che nelle controversie di lavoro che un giudice disapplichi una norma pur di non rigettare un ricorso è ipotesi davvero irrealistica. Ci aveva provato la Corte d'Appello di Milano nel caso Abercrombie, ma sappiamo come sarebbe andata a finire. Si vedano però Corte cost. n. 96/2019 e Cass. n. 3766/2022 su casi di leggi regionali prevedenti la reiterazione illimitata di contratti a termine.

[330] CGUE 20.2.2024 C-715-20 K.L. secondo cui essa la clausola 4 osta a una normativa nazionale – che il giudice nazionale deve disapplicare se necessario – che preveda l'obbligo del datore di motivare per iscritto il recesso con preavviso solo se il contratto è a tempo indeterminato e non anche se è a tempo determinato, ciò perché la mancanza di motivazione "limita l'accesso a un ricorso giurisdizionale per un siffatto lavoratore a tempo determinato, la cui garanzia è segnatamente sancita dall'articolo 47 della Carta", essendo "tale lavoratore in tal modo, privato di un'informazione importante per valutare l'eventuale carattere ingiustificato del suo licenziamento e, eventualmente, per preparare un ricorso giurisdizionale diretto a contestarlo" (p. 78). Non c'è stato dunque bisogno di interpretare l'art. 21 della Carta, come richiesto dal giudice del rinvio, essendo sufficiente l'art. 47. Cfr. http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=2024

[331] CGUE 17.4.2018 C-414/16, p. 48 che poi però precisa come debba trovarsi "un giusto equilibrio tra, da un lato, il diritto all'autonomia delle Chiese e delle altre organizzazioni la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali e, dall'altro, il diritto dei lavoratori di non essere oggetto, in particolare al momento della loro assunzione, di una discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, in situazioni in cui tali diritti possono essere concorrenti" (p. 51) e che la religione nel caso considerato potrebbe costituire "un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa" (p. 55), in base "all'esistenza oggettivamente verificabile di un nesso diretto tra il requisito per lo svolgimento dell'attività lavorativa imposto dal datore di lavoro e l'attività in questione" (p. 63).

[332] A titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, su una domanda di € 9.788,65 erano stati riconosciuti in primo grado € 1.957,65 ed essendo stato respinto l'appello della candidata era stato proposto ricorso per cassazione e la Corte federale del lavoro della Germania aveva proposto il rinvio pregiudiziale.

L’ultima frase, nel suo piccolo, racchiude forse, se non proprio le *conclusioni* che mi vengono (giustamente) suggerite (avendo debordato e dovendo rimediare con *abstract* e *conclusioni*, così che eventualmente si possa *saltare* ciò che sta in mezzo), quantomeno un epilogo un po' amaro, specie se letto in combinato disposto con la frase finale dell’*abstract* sulla *discriminazione* in danno di chi confidi soltanto sul fattore protetto *subordinazione* e non riesca a cucirsene addosso un altro, nella situazione di crisi della giustizia del lavoro coerente con l’obiettivo legislativo della deflazione del contenzioso.

Ed allora, raccontando di “esperienze” (nel senso in cui le intendeva Satta nella prefazione del Manuale sul quale mi sono formato) non ho *conclusioni* sistematiche o ricostruttive da dare, ma spunti su cui riflettere ancora. Posso solo tornare alla prima *idea* che istintivamente mi era venuta in mente qualche mese fa parlando con Giampiero e Domenico del tema di oggi: l’idea che occorresse un additivo antidiscriminatorio per (provare a) rendere effettive tutele giuslavoristiche sempre più illusorie, non era poi del tutto campata in aria.