

## Capitolo 2 I licenziamenti nulli o discriminatori

### 1. Quali sono le ipotesi di nullità del licenziamento?

La nullità è prevista dall'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori, come modificato dalla legge Fornero, nel caso di licenziamento discriminatorio, che è quello causato, ad esempio, da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato, dalla partecipazione ad attività sindacali ovvero a uno sciopero, nonché da motivi razziali, di handicap e di età, di sesso o di convinzioni personali (articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108). Inoltre, è nullo il licenziamento intimato in concomitanza con il matrimonio (articolo 35 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 108) e quello della lavoratrice nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza ed il termine del periodo di interdizione, nonché fino al compimento di un anno d'età del bambino.

Il provvedimento è altresì nullo quando è causato dalla domanda o dal ricorso al congedo parentale o per la malattia del bambino da parte del padre o della madre, nonché in caso di fruizione del congedo di paternità e sino ad un anno di età del bambino.

È nullo anche il licenziamento intimato entro un anno dall'ingresso nel nucleo familiare del bimbo adottato (articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151).

Da ultimo, si ricorda che il comma 1 dell'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori richiama, con una clausola di portata generale, tutti gli "altri casi" di nullità previsti dalla legge (causa illecita, violazione di norme imperative ecc.) nonché il motivo illecito determinante (ad esempio il licenziamento ritorsivo).

### 2. Quali sono le differenze tra licenziamento discriminatorio e licenziamento ritorsivo?

Il licenziamento discriminatorio prescinde dalla situazione personale del lavoratore, ovvero ne considera rilevante solo l'appartenenza a una determinata categoria, sicché il licenziamento viene intimato con riguardo al sesso, alla razza, alla religione oppure per motivi politici.

L'area del licenziamento discriminatorio, nella sua accezione più ampia, attiene a motivi che perseguono il raggiungimento di finalità contrarie all'ordine pubblico, al buon costume ovvero ad altri scopi espressamente proibiti dalla legge. In particolare, è stato precisato che l'esistenza di ipotesi di discriminazione differenti da quelle tassativamente tipizzate dalla legge non assume rilevanza, salvo che non sia configurabile un motivo illecito determinante (Tribunale di Milano, ordinanza 20 novembre 2012). Il licenziamento ritorsivo è quello determinato da ragioni vendicative. In pratica è il frutto di tensioni e di ostilità nei confronti del singolo e deve avere portata determinante del provvedimento.

In particolare, la connotazione di "ingiustificata vendetta" riferita al licenziamento ritorsivo è stata evidenziata dalla Corte di Cassazione (sentenza 8 agosto 2011, n. 17087) nel licenziamento della figlia di un lavoratore, dipendente della stessa impresa, che aveva intrapreso un contenzioso nei confronti dell'azienda.

### 3. Come viene ripartito l'onere della prova tra dipendente e datore di lavoro?

Nel caso di licenziamento discriminatorio o ritorsivo l'onere probatorio ricade sul lavoratore, mentre nell'ipotesi di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo, l'onere di dimostrare la legittimità del provvedimento spetta al datore di lavoro.

La giurisprudenza successiva alla legge Fornero si è adeguata ai principi già affermati dalla Corte di Cassazione, secondo cui – fermo restando l'onere del lavoratore di dimostrare la sussistenza della discriminazione – è necessario dimostrare che l'intento ritorsivo rappresenti la ragione determinativa ed esclusiva del licenziamento, anche rispetto ad altri eventuali fatti idonei a configurare un'ipotesi di legittima risoluzione del rapporto di lavoro (13 febbraio 2012, n. 2010).

In applicazione di questi principi, è stato infatti riba-

dito che spetta al lavoratore dimostrare, con adeguati mezzi di prova, la sussistenza di un licenziamento discriminatorio o ritorsivo, anche mediante presunzioni (Tribunale di Milano, ordinanza 20 novembre 2012).

#### 4. Vi è un interesse del lavoratore a far accertare l'esistenza di un licenziamento discriminatorio o ritorsivo?

Prima delle modifiche all'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori introdotte dalla legge Fornero, non vi era un particolare interesse, da parte del dipendente, a contestare la legittimità del licenziamento discriminatorio o ritorsivo, in quanto la reintegrazione nel posto di lavoro era già espressamente prevista in caso di mancanza di giusta causa o di giustificato motivo (soggettivo o oggettivo).

La formulazione dell'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori successiva alla legge Fornero – che non prevede sempre la reintegrazione nel caso di illegittimità – costituisce un “incentivo” ad introdurre giudizialmente, in via principale, una domanda volta ad accertare la sussistenza di un licenziamento discriminatorio o ritorsivo.

È quindi diventato più importante, rispetto al passato, definire la nozione di discriminazione.

#### 5. Che cosa è cambiato con il contratto a tutele crescenti?

L'esigenza di fornire una definizione della discriminazione sarà, verosimilmente, ancora più sentita con l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 23 del 4 marzo 2015 sul contratto a tutele crescenti. Per i lavoratori assunti successivamente al Jobs Act, infatti, la reintegrazione nel posto di lavoro nel caso di licenziamento illegittimo è prevista per ipotesi più limitate rispetto a quanto stabilito dall'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori, tra cui proprio quella del provvedimento discriminatorio. L'articolo 15 dello stesso Statuto richiama, specificamente, le ipotesi di discriminazione per appartenenza ad un sindacato, per partecipazione ad uno sciopero, per ragioni politiche, religiose, razziali, di lingua o di sesso.

Il decreto legislativo n. 23/2015 individua le ipotesi in cui il giudice può dichiarare la nullità del licenziamento, che consistono nell'ipotesi di provvedimen-

to discriminatorio e negli “altri casi di nullità stabiliti dalla legge”.

È stata quindi eliminata, rispetto all'articolo 18 dello Statuto, la specifica indicazione di alcune ipotesi di nullità. Negli “altri casi di nullità stabiliti dalla legge” deve ritenersi incluso anche il licenziamento fondato su un motivo illecito determinante.

#### 6. Quali sono i casi di licenziamento discriminatorio o ritorsivo esaminati dai giudici?

Anche successivamente alla riforma Fornero ci sono state varie pronunce in materia di licenziamento discriminatorio o ritorsivo, la casistica è molto varia. Ad esempio, con ordinanza dell'8 settembre 2012 il Tribunale di Pistoia, accertata la natura simulata del rapporto di apprendistato, ha dichiarato nullo, in quanto discriminatorio e comunque riferibile ad un motivo illecito determinante, il licenziamento intimato alla lavoratrice per giusta causa, senza contestazione dell'addebito e a distanza di alcuni mesi dall'inizio del rapporto di lavoro.

In un altro caso giudiziario, il Tribunale di Bologna – con ordinanza del 19 novembre 2012 – ha dichiarato nullo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato ad una lavoratrice, perché il provvedimento era stato adottato sulla base di un motivo illecito determinante (provvedimento ritorsivo). Nel caso esaminato, l'azienda aveva chiuso il negozio presso cui era adibita la lavoratrice (a part-time) ed aveva offerto a quest'ultima la possibilità di essere trasferita presso un altro punto vendita a condizione (rifiutata dalla lavoratrice) che l'orario venisse uniformato a quello degli altri dipendenti (full-time). Il Tribunale di Bologna ha ritenuto che, stante l'indiscussa possibilità di riassorbimento della dipendente presso un altro negozio, la vicenda doveva essere interpretata come il tentativo di esercitare, in coincidenza con la chiusura di un punto vendita, una coazione sulla lavoratrice per ottenere l'accettazione di condizioni di lavoro deteriori. Il Tribunale di Bologna ha rilevato una violazione dell'articolo 5 del decreto legislativo n. 61/2000, secondo cui il rifiuto di trasformare il rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, e viceversa, non costituisce giustificato motivo di licenziamento. In un'altra fattispecie il Tribunale di Ravenna, con

ordinanza del 18 marzo 2013, ha considerato come discriminatorio il licenziamento disciplinare intimato ad un dipendente, che – nello svolgimento delle mansioni di pulizia – aveva prelevato un paio di scarpe da lavoro usate ed inzuppate d'acqua dal davanzale di una finestra posta al piano terra della palazzina degli uffici amministrativi e direzionali, regalandole ad una lavoratrice dipendente di un'impresa appaltatrice che operava all'interno dell'azienda. Il Tribunale di Ravenna ha accertato la sussistenza della discriminazione effettuando una concreta valutazione del contesto in cui era maturato il licenziamento. In particolare, il Tribunale ha rilevato che il lavoratore era iscritto alla Fiom ed era stato già indicato da quest'ultima come candidato alle elezioni della Rsu; inoltre, in corso di causa era emerso che i rapporti tra l'azienda e la Fiom erano particolarmente tesi (come dimostrato da alcuni episodi riportati nell'ordinanza) e che un dirigente dell'azienda, durante una riunione avvenuta poco tempo prima del licenziamento, aveva espressamente chiesto alla Fiom di non candidare alle elezioni della Rsu il lavoratore licenziato. In questa situazione, il Tribunale di Ravenna ha ravvisato una violazione del diritto al libero svolgimento dell'attività sindacale, garantito dall'articolo 14 dello Statuto dei Lavoratori e, quindi, considerato il provvedimento discriminatorio.

In altro giudizio, il Tribunale di Napoli ha affermato che non sussiste carattere discriminatorio nel caso del dipendente, licenziato per ragioni organizzative, che nei sei mesi precedenti alla risoluzione del rapporto di lavoro aveva ricevuto due contestazioni disciplinari, tenuto conto che la prima era risultata fondata e non era stata neppure impugnata (Tribunale di Napoli, ordinanza 13 novembre 2013).

Con specifico riferimento al licenziamento di un dirigente (ma i principi affermati sono estensibili a tutte le categorie), il Tribunale di Milano ha accertato la sussistenza di un licenziamento discriminatorio nei confronti di una lavoratrice affetta da una patologia molto grave, che comportava la necessità di cure per tutta la vita (ordinanza 11 febbraio 2013). Il giudice ha ritenuto che il motivo posto a fondamento del recesso fosse riconducibile allo stato di malattia denunciato dalla lavoratrice (anziché al rifiuto della

medesima di svolgere un nuovo incarico), tenuto conto che ella si era dichiarata disponibile a svolgere mansioni inferiori, riservandosi l'adozione delle opportune tutele a difesa dei propri diritti. In particolare, il Tribunale di Milano ha affermato che, quando una malattia sia di lunga durata ed abbia l'attitudine ad incidere negativamente sulla vita professionale di un lavoratore, la stessa rientri nella nozione di "handicap" formulata dalla Corte di Giustizia europea e, per tale motivo, ha ritenuto discriminatorio il provvedimento.

Il Tribunale di Padova, con sentenza del 5 giugno 2013, ha affermato che non è discriminatorio il licenziamento collettivo che riguardi esclusivamente i lavoratori a tempo indeterminato ancora in forza presso l'impresa – avendo gli altri dipendenti aderito alla proposta di trasformazione dei rapporti in contratti a termine – se tale scelta risponde ad una precisa esigenza organizzativa. Secondo i giudici è la finalità perseguita dall'impresa ad orientare in modo vincolante l'individuazione dei lavoratori da licenziare.

La Corte d'Appello di Bologna ha ritenuto nullo il licenziamento intimato al dipendente di un'associazione sindacale, il cui recesso era formalmente avvenuto per giustificato motivo oggettivo, in quanto è stato ravvisato un intento ritorsivo nella partecipazione del lavoratore alla campagna elettorale di una candidata locale, risultata sgradita ai vertici dell'associazione sindacale datrice di lavoro (Corte d'Appello Bologna, sentenza 8 ottobre 2013).

Con riferimento alla discriminazione per ragioni anagrafiche, il Tribunale di Genova, con sentenza dell'11 novembre 2013, ha ritenuto che il licenziamento, intimato per la sola ragione del raggiungimento dell'età del pensionamento di vecchiaia, non è discriminatorio. Il legislatore nazionale non è inibito, ai sensi dell'articolo 6 della direttiva 2000/78/CE, a dettare una normativa che assuma l'età quale elemento idoneo a fondare una disparità di trattamento fra i lavoratori.

Con sentenza dell'8 marzo 2014 il Tribunale di Trieste ha escluso la nullità del trasferimento e del successivo licenziamento intimato al lavoratore a seguito del rifiuto di raggiungere la nuova sede di lavoro. Per il giudice lo spostamento era giustificato

da ragioni organizzative e produttive rispettose dei criteri indicati dall'articolo 2103 del Codice civile e non era neppure ravvisabile un demansionamento nel nuovo ruolo assegnato al dipendente, poiché quest'ultimo non era riuscito a dimostrare lo svolgimento prevalente di mansioni superiori. Essendo stata dimostrata la legittimità del trasferimento e del successivo licenziamento, non era configurabile nei provvedimenti un intento ritorsivo, ravvisato dal lavoratore nel fatto che erano stati adottati successivamente alla sua richiesta di fruire del congedo matrimoniale.

La Corte d'Appello di Firenze ha ritenuto che esistesse un motivo ritorsivo nel licenziamento formalmente intimato per riorganizzazione aziendale, in quanto, esaminando il contenuto delle conversazioni telefoniche tra un dirigente e il dipendente (da quest'ultimo registrate ed offerte in prova), era emersa la possibilità di una sua ricollocazione e la condizione impostagli per il mantenimento del rapporto di lavoro consisteva nella rinuncia alla rivendicazione di una voce salariale eliminata dal trattamento retributivo percepito (Corte d'Appello Firenze, sentenza 6 maggio 2014).

È stato anche affermato che nel licenziamento intimato a seguito di domanda di fruizione dei congedi parentali non si configura una discriminazione di genere, ma un'ipotesi di nullità già tipizzata dalla legge e, pertanto, tale motivo non deve necessariamente essere determinante per condurre alla nullità del licenziamento (Tribunale di Livorno, ordinanza 27 luglio 2015).

### **7. Sono state esaminate discriminazioni per problemi fisici?**

Con sentenza del 18 dicembre 2014 la Corte di Giustizia ha ritenuto che lo stato di obesità di un lavoratore può costituire un "handicap" ai sensi della direttiva 2000/78/CE qualora determini, per le sue caratteristiche, un ostacolo alla piena ed effettiva partecipazione alla vita professionale su un piano di uguaglianza. E pertanto, il licenziamento può essere dichiarato discriminatorio se risulta che il provvedimento è stato attuato in ragione di tale condizione fisica.

### **8. Quali sono le conseguenze per l'azienda se viene accertata la nullità del licenziamento?**

Secondo quanto stabilito dall'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori, come modificato dalla legge Fornero, nel caso di licenziamento nullo il giudice – a prescindere dal motivo ed indipendentemente dal numero dei dipendenti occupati – ordina la reintegrazione nel posto. Inoltre il datore di lavoro è tenuto al risarcimento del danno subito dal dipendente, stabilendo un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. La misura del risarcimento non può essere inferiore a cinque mensilità. Inoltre, il datore di lavoro è condannato, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali. Questa disciplina viene espressamente applicata anche ai dirigenti ed alle ipotesi di licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale.

### **9. In quali punti la legge Fornero ha modificato l'articolo 18?**

Da un confronto tra la nuova disciplina dell'articolo 18 introdotta dalla legge Fornero e quella precedente si desume che, nelle ipotesi di nullità del licenziamento previste dal comma 1, le conseguenze in capo al datore di lavoro sono sostanzialmente identiche: reintegrazione nel posto, pagamento della retribuzione maturata.

Il primo comma dell'articolo 18 prevede, inoltre, che – a seguito dell'ordine di reintegrazione – il rapporto si intende risolto quando il dipendente non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui non abbia richiesto l'indennità sostitutiva della reintegrazione. L'indennità è pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (che non è assoggettata a contribuzione previdenziale). La richiesta dell'indennità comporta la risoluzione del rapporto e deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza, o dall'invito dell'azienda a riprendere servizio, se anteriore alla comunicazione.

Il secondo comma dell'articolo 18 prevede che, dalle somme spettanti al lavoratore, debba essere dedotto quanto percepito per lo svolgimento di altre

attività nel periodo di estromissione. La norma non distingue tra compensi per prestazioni di lavoro subordinato e di lavoro autonomo.

La facoltà del lavoratore di chiedere l'indennità era già prevista nella precedente formulazione dell'articolo 18 dello Statuto. Un'importante novità della nuova disciplina è costituita dal fatto che questa richiesta determina la risoluzione del rapporto. In passato il momento della risoluzione era stato individuato all'atto del pagamento dell'indennità, con la conseguenza che, per tutto il periodo intercorrente tra la richiesta del lavoratore e l'effettivo pagamento dell'indennità, il dipendente manteneva il diritto di percepire la retribuzione mensile. Tuttavia, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno recentemente modificato il precedente orientamento affermando, con riferimento alla disciplina precedente alla legge Fornero, che se il lavoratore ha chiesto il pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegrazione, il rapporto di lavoro si estingue a prescindere dal pagamento di tale indennità e senza che permanga, per il periodo successivo, un obbligo retributivo in capo al datore di lavoro (27 agosto 2014, n. 18353).

### 10. Che cosa cambia con il Jobs Act per il licenziamento discriminatorio o nullo?

Il decreto legislativo sul contratto a tutele crescenti non ha modificato il regime sanzionatorio previsto dall'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori nel caso di licenziamento discriminatorio o nullo. Il decreto non prevede espressamente, a differenza dell'articolo 18 dello Statuto, l'applicabilità ai dirigenti della disciplina sul licenziamento nullo o discriminatorio. Tuttavia, poiché l'articolo 3 della legge n. 108/1990 (norma mai abrogata) stabilisce espressamente l'applicabilità ai dirigenti dell'articolo 18 dello Statuto in caso di licenziamento discriminatorio, a prescindere dal numero dei dipendenti occupati, non sembra che tale omissione comporti alcuna modifica rispetto alle tutele in vigore.

### 11. Quali sono i termini per l'impugnazione del licenziamento?

La disciplina legale prevede un "doppio termine" di impugnazione del licenziamento, che non è stato modificato con il Jobs Act.

Quindi il licenziamento deve essere previamente impugnato, a pena di decadenza, entro 60 giorni dal ricevimento della comunicazione, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, che sia idoneo a manifestare la volontà del lavoratore.

Il termine per l'impugnazione decorre dal momento in cui il dipendente riceve la comunicazione del licenziamento e non si richiedono formalità particolari.

Il termine di 60 giorni si applica nei confronti di qualsiasi licenziamento, esclusa l'ipotesi di licenziamento orale.

L'impugnazione diviene inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di 180 giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o di arbitrato.

Il termine per il deposito del ricorso decorre dalla data di invio della comunicazione con la quale è stato impugnato il licenziamento.

#### L'identikit dei licenziamenti nulli

- **Licenziamento discriminatorio:** ragioni di credo politico, fede religiosa, appartenenza ad un sindacato, partecipazione ad attività sindacali, motivi razziali, lingua, sesso, handicap, età e convinzioni personali (articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108).
- **Licenziamento intimato in concomitanza con il matrimonio** (articolo 35 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 108).
- **Licenziamento della lavoratrice nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza ed il termine del periodo di interdizione**, nonché fino al compimento di un anno d'età del bambino; il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale o per la malattia del bambino da parte del lavoratore e della lavoratrice; il licenziamento per fruizione del congedo di paternità e sino ad un anno di

età del bambino; il licenziamento intimato entro un anno dall'ingresso nel nucleo familiare del bambino adottato (articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151).

- **Licenziamento per motivo illecito determinante** (es. licenziamento ritorsivo, ovvero determinato da ragioni vendicative).
- **Altri casi di nullità previsti dalla legge** (causa illecita, violazione di norme imperative ecc.).

#### **Le sanzioni**

Nessuna differenza tra legge Fornero e Jobs Act. In caso di nullità del licenziamento il giudice dispone la reintegrazione nel posto di lavoro ed il pagamento della retribuzione globale di fatto maturata dal licenziamento alla reintegrazione nella misura minima di cinque mensilità (articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori), ovvero un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, sempre nella misura minima di cinque mensilità (Jobs Act), con condanna al versamento contributi previdenziali ed assistenziali, dedotto quanto percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative.

#### **Termine di impugnazione licenziamento**

Nessuna differenza tra legge Fornero e Jobs Act; Impugnazione stragiudiziale entro 60 giorni dal ricevimento della comunicazione del licenziamento e deposito del ricorso giudiziale entro 180 giorni dall'invio dell'impugnazione.



## **Capitolo 3**

# **I licenziamenti disciplinari**

*di Giorgio Molteni e Veronica Rigoni*