

IL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO

di Maria Clara Donato*

La salvaguardia del posto di lavoro rappresenta una priorità dell'individuo, non solo sotto il profilo economico, ma e soprattutto sotto l'aspetto sociale e morale.

L'elaborato si propone di esaminare gli strumenti processuali di natura cautelare, ormai ampiamente utilizzati nel diritto del lavoro, a tutela dei particolari e delicati interessi coinvolti che necessitano di una soluzione rapida e indifferibile.

Partendo dallo Statuto dei Lavoratori per arrivare alla legge 80/05 di riforma del processo civile, il presente studio affronta le delicate tematiche connesse alla tutela del lavoratore con provvedimento d'urgenza ex art. 700, non tralasciando gli abusi che spesso si verificano di quest'efficace strumento processuale.

Sommario: 1. Introduzione. 2. La reintegrazione d'urgenza tra tutela reale e tutela obbligatoria. 3. L'art 700 c.p.c. nel processo del lavoro: presupposti e la riforma del procedimento cautelare. 4. Il licenziamento discriminatorio e l'applicazione della tutela d'urgenza. 5. Conclusioni.

1. Introduzione

L'entrata in vigore della legge 20 maggio 1970 n. 300 ha avuto grande rilevanza nella diffusione della tutela cautelare atipica prevista dall'art. 700 c.p.c. nelle controversie di lavoro.

Lo Statuto dei Lavoratori ha creato un complesso normativo improntato ad una tutela sostanziale dei lavoratori, introducendo nell'ordinamento una serie di diritti rispetto ai quali diviene necessario ricorrere alla tutela d'urgenza, per evitare che il tempo occorrente per portare a

compimento un giudizio ordinario di cognizione finisca per pregiudicarli irrimediabilmente.

Secondo autorevole dottrina: "è senz'altro merito dello Statuto dei Lavoratori l'aver indicato la via della tutela cautelare ex art. 700 come lo strumento per la salvaguardia, rapida ed efficace, dei diritti del lavoratore: la previsione dei particolari procedimenti contenuti negli artt. 28 e 18, 4° comma, pur limitati sotto il profilo dell'ambito soggettivo di applicazione, ha sottolineato la crisi sempre più acuta del processo ordinario di cognizione, e, conseguentemente, esaltato le potenzialità insite nella tutela sommaria in genere e, in particolare, nella tutela cautelare d'urgenza"¹.

Il caso di più frequente applicazione del procedimento ex art. 700 c.p.c. è senza dubbio quello del licenziamento del lavoratore.

È opportuno osservare che il posto di lavoro garantisce al lavoratore non solo il diritto patrimoniale alla percezione della retribuzione che l'art. 36 Cost. definisce "proporzionale alla qualità e quantità del lavoro svolto e in ogni caso sufficiente ad assicurare al

* Laurea Magistrale in Giurisprudenza conseguita in Bari il 03 aprile 2009 con la concessione della Lode. Dalla tesi di laurea: La tutela d'urgenza nelle fattispecie di licenziamento nullo o illegittimo.

¹ ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Ed. Cedam, Padova 1985.

lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa", ma tutela anche diritti della personalità che investono lo *status* del lavoratore, come il diritto alla formazione professionale, il diritto allo sciopero, il diritto ad un prestigio connesso all'attività lavorativa svolta. Pertanto alla perdita del posto di lavoro conseguirebbero pregiudizi irrimediabili, non sempre valutabili in termini strettamente economici e non più sanabili attraverso una tutela giurisdizionale tardiva.

Le esigenze di natura alimentare e gli interessi morali del lavoratore, che con il licenziamento possono essere irrimediabilmente compromessi, derivano sempre dal diritto al posto di lavoro che può essere affermato solo con una sentenza costitutiva e potranno essere reintegrati soltanto al momento della definizione del giudizio e come conseguenza della reintegra.

Nel tempo l'attenzione della legge si è, dunque, spostata dal contenuto del diritto alla retribuzione al contenuto del diritto della persona del lavoratore.

Il licenziamento illegittimo può essere nullo, annullabile o inefficace.

La nullità si evince dal dettato dell'art. 15 L. 300/70, l'annullabilità risulta dall'essere il licenziamento comminato senza giusta causa o giustificato motivo, è inefficace il licenziamento intimato da persona non abilitata o in forma orale come si evince dall'art. 2 L. 604/66; da rilevare che in questo caso la Corte Costituzionale²[2] ha parlato di radicale *inesistenza* del licenziamento orale.

Tutte le misure cautelari previste nel nostro ordinamento sono caratterizzate dalla *strumentalità* che consiste nell'anticipazione o conservazione degli effetti giuridici che potranno scaturire dalla sentenza del giudizio ordinario di cognizione; essa garantisce l'utilità, la

fruttuosità e l'effettività del processo a cognizione piena.

I provvedimenti cautelari sono inoltre caratterizzati da una *cognizione sommaria*, poiché presentano modalità semplificate di attuazione del contraddittorio.

L'art. 700 è norma di chiusura del sistema dei procedimenti cautelari, in quanto prevede uno strumento residuale e sussidiario cui il privato può far ricorso quando nessuna delle misure tipiche risulti utile per il caso concreto.

La tutela cautelare d'urgenza, come le altre misure cautelari, opera attraverso un'ordinanza per sua natura provvisoria, poiché destinata a restare caducata dalla futura decisione del giudice ordinario, ma idonea a ripristinare lo *status quo ante* al recesso datoriale, anche se la recente riforma del codice di procedura civile ha modificato quest'ultimo aspetto.

L'art. 700 opera a salvaguardia di tutti quei diritti propedeutici alla libertà e alla dignità individuale che solo un posto di lavoro può dare e assicura così una risposta celere alla domanda di giustizia del dipendente ingiustamente licenziato.

2. La reintegrazione d'urgenza tra tutela reale e tutela obbligatoria

In materia di licenziamento illegittimo, l'art. 700 c.p.c. offre la possibilità di ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 18 della legge 300/1970.

In precedenza la legge 604/1966 attraverso la *tutela obbligatoria*, prevista dall'art. 8, consentiva al lavoratore ingiustamente licenziato di ottenere ristoro per il pregiudizio subito con il solo risarcimento del danno, valutazione che aveva dettato il frequente rigetto delle istanze ex art. 700; inoltre il lavoratore, a seguito della declaratoria di illegittimità del licenziamento, poteva essere soltanto riassunto.

² Corte Cost., 23 novembre 1994 n. 398.

La riassunzione consiste in una vera e propria nuova assunzione *ex nunc*, che quindi lascia invariato lo status di disoccupato del lavoratore sino alla nuova data di riassunzione: il licenziamento, dichiarato illegittimo dal giudice, non viene in questo caso annullato.

L'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori segna un salto di qualità dal punto di vista dell'effettività della tutela del lavoratore contro il licenziamento ingiusto, grazie alla previsione per il datore di lavoro dell'obbligo alla reintegrazione nel posto di lavoro e al risarcimento del danno subito. Questa disposizione fa sì che il recesso datoriale sia considerato *tamquam non esset* e venga ripristinato lo *status quo ante*, cioè la situazione esistente fino al giorno del licenziamento, con efficacia *ex tunc*: in tal caso il licenziamento illegittimo viene dichiarato nullo o inefficace.

Il lavoratore ha, inoltre, la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in luogo della reintegrazione, un'indennità commisurata alla retribuzione che egli avrebbe dovuto percepire dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione. Detta indennità deve essere pari ad almeno 15 mensilità, da sommarsi ovviamente all'ulteriore risarcimento del danno.

Viene così introdotta la *tutela reale* del posto di lavoro. L'applicazione di essa è limitata alle unità produttive con più di 15 dipendenti (per le imprese agricole più di 5 lavoratori).

E' opportuno ricordare che la Suprema Corte di Cassazione ha più volte precisato che *"per accertare in caso di licenziamento l'applicabilità della tutela reale o di quella obbligatoria non è sufficiente il mero calcolo aritmetico del numero dei dipendenti, ma si deve tener conto anche dei dati strutturali ed organizzativi dell'azienda"*³.

3. *L'art 700 c.p.c. nel processo del lavoro: i presupposti e la riforma del procedimento cautelare*

La compatibilità fra procedura d'urgenza e processo del lavoro, come riformato dalla legge 533/1973, deve essere intesa nel senso di ammettere la concessione del provvedimento d'urgenza non già indiscriminatamente, ma solo se sussistono i relativi requisiti del *periculum in mora*, e del *fumus boni iuris*, in modo da evitare di fare del procedimento d'urgenza il nuovo *modus procedendi* del giudice del lavoro e restituendo così all'art. 700 c.p.c. la sua funzione istituzionale, cioè quella cautelare.

Il *periculum in mora* consiste nel *"fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile"* (art. 700 c.p.c.). In altre parole, la norma vuole sottolineare l'effettivo pericolo nel ritardo della decisione. *"Ad esempio, la tipica condizione di pericolo è quella che si verifica nel caso in cui il lavoratore licenziato sia l'unico ad avere un reddito quale mezzo di sostentamento per sé e per la propria famiglia e, non abbia ricevuto il trattamento di fine rapporto, sicchè sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile durante il tempo intercorrente per far valere il proprio diritto in via ordinaria"*⁴.

Il requisito del *periculum in mora* non è implicito nella perdita del posto di lavoro, ma va verificato in concreto in relazione all'effettiva situazione socio - economica del lavoratore, dovendosi ritenere sussistente qualora la perdita della retribuzione conseguente al licenziamento metta in pericolo la sussistenza del lavoratore e della sua famiglia.

Il pericolo deve inoltre essere accertato oggettivamente e deve essere imminente.

Il pregiudizio deve anche essere irreparabile: esso assume i connotati dell'irreparabilità quando, ove si verifichi,

³ Cass. civ., Sez. Lav. 8 maggio 2001 n. 6421.

⁴ A. BELSITO, *Controversie di lavoro*, Ed. Cacucci, Bari, 2008.

non sia possibile porvi rimedio con gli strumenti risarcitori esistenti, trattandosi di ipotesi in cui questi non sono in grado di ripristinare integralmente la situazione *quo ante*. Il *periculum in mora* sussiste anche se il lavoratore non ha ricevuto il TFR, disciplinato dall'art. 2120 c.c.

L'altro requisito essenziale per ottenere un provvedimento d'urgenza è il *fumus boni iuris*, cioè l'apparenza del buon diritto ovvero la verosimile fondatezza del diritto che la parte intende far valere in giudizio. Più specificamente si tratta del giudizio di probabilità o di verosimiglianza o non manifesta infondatezza dell'esistenza del diritto: la parvenza della lesione del diritto.

La verifica della fondatezza del diritto richiede un'indagine prognostica da condursi in termini di probabilità e non di assoluta certezza. Ciò significa che, pur non essendo accertata l'esistenza del diritto, sussiste una buona probabilità dello stesso.

La disciplina processuale dell'azione per la tutela d'urgenza riconosciuta dall'art. 700 c.p.c. è stata ricondotta nell'ambito del rito cautelare c.d. uniforme, disciplinato dagli art. 669 *bis* e ss. del codice di procedura civile e introdotto dalla legge 353 del 1990.

La legge 80/2005 di riforma al processo civile ha apportato delle significative modifiche anche al procedimento cautelare. Prima della novella del 2005 l'ordinanza cautelare era caratterizzata dalla provvisorietà, essendo destinata a restare caducata dalla sentenza definitiva di merito⁵.

Con la recente riforma si stabilisce che l'ordinanza cautelare può acquisire i caratteri della decisorietà, eliminando la necessità del successivo giudizio di merito, considerando che il provvedimento ex art. 700 c.p.c. è ormai idoneo ad anticipare gli effetti della sentenza.

Il novellato art. 669 *octies* attraverso l'introduzione dei comma 6 e 7, ha infatti

previsto un regime di stabilità differenziato, si può anche dire privilegiato, per i provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c. (e per gli altri provvedimenti cautelari idonei ad

anticipare la sentenza di merito). Per queste categorie di misure cautelari non vale più l'obbligo di iniziare il giudizio di merito entro il termine perentorio di 60 giorni né si adotta il tradizionale principio dell'art. 669 *novies* per cui l'efficacia della misura cautelare resta travolta dall'eventuale estinzione del processo a cognizione piena.

Tale innovazione si ispira a finalità deflative, contando sulla circostanza che in parecchi casi le parti, dopo l'emissione del provvedimento cautelare, siano ben disposte ad accettare il nuovo assetto di interessi determinato da quest'ultimo, prestandovi acquiescenza e dunque non avvertano l'esigenza di intraprendere o portare a compimento il processo a cognizione piena.

Questa modifica riguarda solo i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 aventi contenuto anticipatorio, per quelli conservativi la disciplina resta invariata.

4. Il licenziamento discriminatorio e l'applicazione della tutela d'urgenza

Ci sono alcune ipotesi peculiari di nullità del licenziamento per le quali la tutela reale è applicabile a prescindere dal numero dei dipendenti dell'impresa e per le quali è ammissibile l'applicazione della procedura cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c.. Fra queste ci si sofferma, in particolare, sul licenziamento discriminatorio.

La nozione di esso risulta dal combinato degli artt. 4 l. 604/66 e 15 l. 300/70, come modificato dal d.lgs n. 216/2003. Pertanto esso è comminato per ragioni di fede religiosa o di credo politico, per l'appartenenza ad un sindacato o per la

⁵ Cass. civ., Sez. lav. 14 gennaio 2003, n. 441.

partecipazione ad attività sindacali, per motivi razziali, di sesso, di lingua, di handicap o di età.

L'art. 3 L. 108/90 prevede la nullità di tale licenziamento, con la conseguente applicazione della tutela reale di cui all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori e dell'obbligo di reintegrazione da parte del datore di lavoro, a prescindere dalle dimensioni dell'impresa e della qualifica del lavoratore. Prima di quest'innovazione legislativa si era posto il problema dell'identificazione del tipo di illegittimità di tale forma di licenziamento.

L'orientamento giurisprudenziale prevalente riteneva nullo il licenziamento discriminatorio, pur non ammettendo nella generalità dei casi la tutela reale e l'obbligo della reintegrazione. Tuttavia va rilevato che in passato la Suprema Corte di Cassazione aveva riconosciuto a tale forma di licenziamento la radicale nullità, con conseguente applicazione di tutela reale e obbligo di reintegrazione⁶.

In ogni caso l'onere della prova è a carico del lavoratore e si è ritenuto che questi potesse anche usare presunzioni ai sensi dell'art. 2729 c.c..

L'uso della prova presuntiva è molto utile ad esempio in caso di licenziamento adottato nei confronti della lavoratrice per ragioni di sesso *"dato che la prova diretta della discriminazione sessuale, posta in essere con comportamenti molesti, difficilmente può raggiungersi se non con presunzioni sia perché non sempre il comportamento molesto viene perpetrato in modo percepibile da persone diverse dal destinatario, sia perché non è facile raccogliere una testimonianza diretta e precisa in quanto chi ha assistito a tali comportamenti spesso non è in grado di comprenderne la valenza negativa e contraria al diritto ed è perciò restio a riferire su di essi"*⁷.

La Cassazione con sentenza n. 3837/97 ha poi considerato discriminatorio, in base ad un'interpretazione restrittiva della

norma, anche il licenziamento comminato per ritorsione o rappresaglia. Infine, è stato considerato discriminatorio quel licenziamento comminato a causa di attività svolte dal lavoratore, dirette a rivendicare diritti dei lavoratori in contrapposizione al datore di lavoro, anche al di fuori di iniziative prettamente sindacali⁸.

In caso di licenziamento discriminatorio il lavoratore potrà sicuramente ricorrere alla procedura ex art. 700 c.p.c. qualora dimostri l'urgenza conseguente alla sussistenza di un pregiudizio imminente ed irreparabile derivante dall'attesa della definizione del giudizio di merito.

Va da sé che graverà sul lavoratore l'onere di fornire la prova certa circa la sussistenza del *fumus boni iuris*, ossia del motivo discriminatorio posto alla base del provvedimento di licenziamento. In tali ipotesi il requisito andrà provato in maniera ancor più rigorosa, non potendosi ritenere sufficiente, ad esempio, l'appartenenza del lavoratore ad una associazione sindacale o la sua qualifica di rappresentante sindacale in azienda, poiché si incorrerebbe nel rischio di ritenere sempre ed automaticamente discriminatorio il licenziamento del lavoratore che rivesta una tale qualifica.

E' invece necessario, come sostenuto concordemente dalla giurisprudenza, accertare l'esistenza di un preciso nesso causale tra la qualifica rivestita dal lavoratore o l'attività dallo stesso esercitata ed il licenziamento.

5. Conclusioni

La tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c. opera nel contesto di un rito del lavoro che con il passare del tempo è diventato la *controfigura* del processo civile ordinario, caratterizzandosi per udienze affollate da un numero eccessivo di procedimenti, per preclusioni troppo rigide per le parti, per il

⁶ Cass. civ. Sez. lav., 25 luglio 1984 n. 4374.

⁷ Pretura Milano 27.6.1996.

⁸ Cass. civ. Sez. Lav. 19 marzo 1996 n. 2335.

ricorso alle udienze di rinvio (seppure in teoria vietate).

Tutto ciò ha portato il processo del lavoro ad avere una durata media non dissimile da quella del processo civile ordinario, con conseguente impossibilità di fornire una tutela tempestiva in materia.

La tutela cautelare atipica di fatto è il mezzo più idoneo per ovviare in qualche modo alla lentezza del rito ordinario, particolarmente intollerabile nel diritto del lavoro; la funzione dei provvedimenti d'urgenza e l'indeterminatezza del contenuto dell'art. 700 hanno però determinato un vero e proprio abuso della disposizione in esame, cominciato prima della L. 353/90 e proseguito negli anni successivi.

Si è così assistito ad uno snaturarsi del procedimento ex art. 700 c.p.c. e ad un riconoscimento quasi indiscriminato del diritto di accedere alla procedura d'urgenza.

Tale orientamento ha iniziato ad incrinarsi verso la fine degli anni '90, quando sempre più giudici hanno ritenuto di non poter prescindere da una concreta e rigorosa prova del *periculum in mora* della quale è onerato il lavoratore.

In buona sostanza, l'ultima giurisprudenza sembra prestare un'attenzione maggiore nei confronti dell'accertamento delle pretese fatte valere in giudizio dal lavoratore: ciò non deve concepirsi come un diniego di tutela bensì come un opportuno ritorno alle regole del processo civile.

Tale operazione giurisprudenziale lascia, tuttavia, aperto il problema dell'eccessiva durata dei processi, soprattutto quando a venire in gioco è l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori. Proprio in tale campo esiste anche un interesse del datore di lavoro ad una giustizia rapida, spesso paragonabile a quello del lavoratore, nonostante nelle aule di giustizia ciò non sembri rilevare quasi mai.

La lentezza del processo del lavoro non può, dunque, giustificare un uso distorto dell'istituto di cui all'art. 700 c.p.c. che deve restare limitato alle ipotesi di effettivo *periculum* derivante dall'attesa della sentenza definitiva.

Al di fuori di questi casi, l'accesso indiscriminato al provvedimento d'urgenza rischia di risolversi in un ingombrante grado di giurisdizione in più.

Dottrina e giurisprudenza auspicano, dunque, un ritorno all'utilizzo originario della tutela d'urgenza, attraverso un accertamento rigoroso del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, poiché solo ove sia evidente la fondatezza della pretesa è giustificabile il ricorso ad una procedura eccezionale e sommaria.

Autorevole dottrina⁹ ha ipotizzato un possibile futuro per la tutela d'urgenza ex art. 700 nel rito del lavoro, ammettendo l'opportunità di prevedere un procedimento sommario tipico in cui la valutazione della sussistenza del *periculum in mora* sia effettuata dal legislatore a livello di norma generale ed astratta e non rimessa alla valutazione discrezionale del giudice.

La conservazione del posto di lavoro è un diritto fondamentale per i lavoratori e si auspica che un uso responsabile e accorto dell'art. 700 possa sempre costituire la strada migliore per una tutela rapida ed effettiva, almeno fino a quando il legislatore italiano non riuscirà a rendere davvero *ragionevole* la durata del processo ordinario di cognizione.

⁹ PROTO PISANI, *Nuovi studi di diritto processuale del lavoro*, Ed. F. Angeli, Milano 1992.