

CASSAZIONE 3 febbraio 2016, n. 2113 - VENUTI *Pres.* - GHINOY *Rel.* - MASTROBERARDINO *P.M.* - G.G. e altri (avv. Sabbatini, Di Stasi) c. C.E. s.p.a. (Antonucci, Boscarato, Gnemmi).

Rigetta A. Ancona 26 settembre 2012.

Licenziamento collettivo - Criteri di scelta - Applicazione - Violazione della percentuale di manodopera femminile - Onere della prova.

La violazione della quota femminile di manodopera nei licenziamenti collettivi prevista dall'art. 5, comma 2, l. n. 223/1991 deve risultare da dati numerici specifici, secondo le regole probatorie del giudizio antidiscriminatorio (ex art. 40, d.lgs. n. 198/2006), che non stabiliscono un'inversione dell'onere probatorio, ma solo un'attenuazione del regime probatorio ordinario, prevedendo a carico del soggetto convenuto l'onere di fornire la prova dell'inesistenza della discriminazione solo dopo che il ricorrente abbia fornito al giudice elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, relativi ai comportamenti discriminatori lamentati, purché idonei a fondare, in termini precisi (ossia determinati nella loro realtà storica) e concordanti (ossia fondati su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto), la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso. (1)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — Con distinti ricorsi, gli attuali ricorrenti (ed altri ex colleghi) adivano il Giudice del lavoro di Ancona ed espongono che con lettera del 27.4.1010 la C. E. 2 S.p.A., al termine di una procedura di mobilità *ex* L. n. 223 del 1991 riguardante n. 70 lavoratori, aveva loro comunicato il recesso dal rapporto di lavoro per collocamento in mobilità.

Lamentavano l'“illegittimità e/o nullità e/o inefficacia” del licenziamento loro intimato, per plurimi motivi attinenti la procedura adottata e l'interpretazione ed applicazione dei criteri di scelta. Sostenevano altresì la violazione della quota di riserva relativa al collocamento obbligatorio *ex* L. n. 68 del 1999, ed il carattere discriminatorio con riferimento al sesso ed all'appartenenza sindacale.

Nello specifico di ogni singola posizione che qui ancora rileva, ciascuno poi lamentava l'illegittima valutazione e quantificazione dei carichi familiari e delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative, nonché, per le lavoratrici, la violazione della normativa a tutela dell'occupazione femminile.

Chiedevano pertanto in via principale l'accertamento e la dichiarazione della nullità e/o dell'illegittimità e/o dell'inefficacia del licenziamento collettivo loro intimato dalla C. E. 2 S.p.A. e l'immediata reintegra nel posto di lavoro, il pagamento di tutte le retribuzioni dal licenziamento alla effettiva reintegra ed il

(1) La nota di L. AMORIELLO segue il testo della sentenza.

risarcimento del danno L. n. 300 del 1970, *ex art.* 18, con ogni discendente diritto economico e normativo o in via subordinata, l'accertamento e la dichiarazione dell'obbligo della C. E. 2 S.p.A. a dare loro precedenza della L. n. 264 del 1949, *ex art.* 15, nelle assunzioni di essa azienda successive licenziamento, con conseguente loro assunzione.

Il Tribunale rigettava tutti i ricorsi con tre distinte sentenze, che, previa riunione dei procedimenti, venivano confermate dalla Corte d'appello di Ancona con la sentenza n. 910, depositata il 26 settembre del 2012.

La Corte d'appello argomentava che la risoluzione dei rapporti di lavoro, disposta con il licenziamento collettivo per riduzione del personale, risultava legittima sotto i tre profili della giustificazione della riduzione del personale, della correttezza del procedimento e dell'individuazione del personale licenziato. Quanto al primo aspetto, argomentava che la riduzione era stata consistente ed effettiva, avendo riguardato sessanta dipendenti, circa la metà dell'organico. Non aveva rilievo la tesi degli appellanti secondo la quale la riduzione del personale non sarebbe stata necessaria, in quanto l'imprenditore può, con discrezionalità insindacabile, cessare l'impresa così come ridurne le dimensioni, in ossequio alla libertà di impresa, sancita dall'art. 41 Cost., ed anche perché nessun soggetto può, in fatto, essere costretto a svolgere una specifica attività contro la sua volontà. Né poteva essere valutata la sussistenza del denunciato errore imprenditoriale, poiché non è dato, al giudice, sostituire la sua valutazione, eventualmente difforme, a quella dell'imprenditore, con irrilevanza sul piano giuridico della praticabilità di soluzioni alternative.

Né poteva desumersi dagli argomenti sviluppati negli appelli un'illegittimità dei fini perseguiti dall'imprenditore, in quanto, con riferimento alla sussistenza o meno di una grave crisi economica, compete all'imprenditore la facoltà di scegliere, e attuare la politica imprenditoriale da lui ritenuta più vantaggiosa; con riferimento alla limitazione della misura a un solo opificio, ciò era la naturale conseguenza del fatto che l'impresa ha una sola struttura produttiva; con riguardo al ricorso al lavoro straordinario ed a collaborazioni ed esternalizzazioni, l'argomento proposto dalla società, della scarsa rilevanza di tali strumenti, rispetto alla situazione precedente, e comunque nei confronti dell'entità complessiva dell'impresa, non era stato confutato da dati convincenti, e nemmeno significativi. Quanto alla possibilità del ricorso ad ammortizzatori sociali, rilevava che trattasi di mera facoltà, che presuppone la temporaneità della riduzione della attività, e quindi una politica imprenditoriale diversa rispetto a quella adottata per pervenire ad una riduzione del personale con effetto voluto come definitivo. In merito poi alla denuncia di due illegittime discriminazioni, astrattamente idonee a configurare una illegittimità della operazione di licenziamento collettivo — una discriminazione di genere, per essere state licenziate dipendenti di sesso femminile in numero proporzionalmente superiore alla percentuale delle lavoratrici in servizio, e una discriminazione antisindacale, per una presenza, tra i

licenziati, di un numero sproporzionato ed eccessivo di aderenti a uno specifico sindacato — la Corte territoriale rilevava che l'assunto avrebbe potuto fondarsi soltanto su dati numerici specifici. I dati tuttavia erano stati contestati dalla società appellata, che aveva prospettato dati diversi, e nulla gli appellanti avevano replicato in proposito.

Con riferimento all'osservanza della procedura per il licenziamento collettivo, la Corte d'appello argomentava che le censure sollevate dagli appellanti, aventi ad oggetto la tempistica della procedura, avrebbero potuto rilevare, in assenza di sanzione di invalidità, solo se ne fosse derivato un qualche effettivo e consistente pregiudizio per la correttezza della operazione di riduzione del personale, ma nessun pregiudizio era stato denunciato, né era astrattamente configurabile. In merito all'individuazione del personale licenziato, riferiva che l'impresa aveva impiegato, in concorso tra loro, i criteri previsti dalla L. n. 223 del 1991, art. 5, in modo ragionevole e corrispondente ai canoni di correttezza e buona fede contrattuale. Riteneva poi che le obiezioni sollevate dagli appellanti, attinenti: 1) ai carichi di famiglia, perché valutati secondo criteri formali, ufficiali, 2) all'anzianità, perché riferita all'anzianità di servizio, anziché all'età anagrafica; 3) alle mansioni svolte, con riferimento all'idoneità allo svolgimento di diverse mansioni, non fossero fondate. Quanto ai primi, non poteva censurarsi la scelta della condizione di famiglia risultante legalmente, rispetto a quella di fatto, che non implica obblighi giuridici effettivi ed attuali, né consente certezza.

Analogamente, l'anzianità di servizio poteva essere ritenuta preminente, e preferibile rispetto all'anzianità anagrafica, che costituisce un dato estraneo al rapporto. Infine, la valutazione dell'idoneità allo svolgimento di diverse mansioni ha sicuramente rilevanza per una determinazione della validità tecnica — operativa, ai fini organizzativi. Inoltre, nel corso del giudizio non erano state sollevate obiezioni in ordine alla correttezza dell'individuazione delle diverse professionalità, ed alla distinzione dei dipendenti in corrispondenza alle mansioni, ed infine alla congruità dei risultati finali dell'operazione di scelta rispetto alle reali esigenze dell'azienda.

Conclusivamente, osservava poi che per un giudizio in ordine alla denunciata scorrettezza della scelta dei lavoratori licenziati, sarebbe stato necessario effettuare una «prova di resistenza», mediante la comparazione del punteggio di tutti i lavoratori licenziati, con il punteggio di tutti i lavoratori che licenziati non siano stati, che non era stata proposta dagli appellanti.

Per la cassazione della sentenza G.G., Pi. S., C.M., N.S.K., Ce. L., p.m., D.M., V.G., Po.Mo., B.E., T.G., S. N., C.A.M. e P.A. hanno proposto ricorso, affidato a 37 motivi, illustrati anche con memoria ex art. 378 c.p.c., cui ha resistito con controricorso C. E. 2 s.p.a.

È pervenuta comunicazione dell'intervenuta rinuncia al mandato dei difensori di C. E. 2 s.p.a.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — *Omissis*.. — 20. Come ventesimo motivo, per P., P., Ce., p., si lamenta “violazione e/o falsa applicazione dell’art. 112 c.p.c., omesso esame del motivo d’appello che censura la violazione della normativa a tutela dell’occupazione femminile; violazione e/o falsa applicazione della L. n. 223 del 1991, art. 5, comma 2 e dell’art. 2697 c.c., nella parte in cui la Corte afferma che con riferimento alla discriminazione di genere “l’assunto potrebbe fondarsi soltanto su dati numerici specifici, suscettibili di fondare una presunzione di discriminazione. I dati sono stati contestati dalla società appellata che ha prospettato dati diversi.

E gli appellanti non hanno replicato in proposito. Quindi le discriminazioni non possono essere ritenute sussistenti”; violazione e/o falsa applicazione dell’art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, per omessa motivazione.

Si sostiene che la soluzione adottata dalla Corte, oltre a non tenere conto delle argomentazioni degli appellanti, violerebbe sia della L. n. 223 del 1991, art. 5, comma 2, che prevede che “L’impresa non può altresì collocare in mobilità una percentuale di manodopera femminile superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata con riguardo alle mansioni prese in considerazione”, sia l’art. 2697 c.c., che prevede che “chi vuoi far valere un diritto giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento”: il lavoratore che lamenti l’illegittimità del licenziamento deve dedurre i dati numerici sulla base dei quali ritiene che vi sia stata una discriminazione e provarli; ciò è esattamente quanto hanno fatto le lavoratrici.

Queste infatti avevano indicato il totale dei lavoratori con mansioni di operaio che vi erano prima del licenziamento (106) e il numero di donne tra di essi (27); quindi avevano indicato il numero di lavoratori svolgenti mansioni da operai (54) e il numero di donne tra di essi (9). Ciò, hanno rilevato le lavoratrici, ha determinato la riduzione della percentuale di manodopera occupata dal 25,47% al 16,66% e comporta l’illegittimità dei licenziamenti.

Si aggiunge che le lavoratrici avevano dimostrato, sulla base dei cedolini di busta paga, dal libro matricola e dal LUL depositati dall’azienda, quali fossero le specifiche mansioni da ciascuna svolte, sicché anche a voler seguire la tesi del Tribunale secondo la quale il calcolo per il rispetto della percentuale di manodopera andrebbe fatto in base alle specifiche mansioni svolte dal lavoratore licenziato, la società avrebbe violato la disciplina a tutela dell’occupazione femminile.

Inoltre, l’affermazione della Corte secondo la quale “l’assunto della discriminazione potrebbe fondarsi soltanto su dati numerici specifici, suscettibili di fondare una presunzione di discriminazione, ma i dati forniti dalle lavoratrici sono stati contestati dalla società appellata (che ha prospettato dati diversi), senza che gli appellanti abbiano replicato in proposito, così che le discriminazioni non possono essere ritenute sussistenti”, sarebbe immotivato e violerebbe l’art. 2697 c.c., che prevede che chi agisce in giudizio debba provare i fatti che fondano il diritto fatto valere, e non anche la contro-contestazione dei fatti come prospettati

dalla controparte, essendo semmai onere del giudice accertare quale delle due prospettazioni sia fornita di prova (evidentemente quella delle lavoratrici, fondata sulle prove documentali del LUL, del libro matricola e dei cedolini di busta paga). La società peraltro non aveva contestato i dati numerici, ma semmai i criteri da prendere in considerazione per il calcolo delle percentuali (qualifica o mansioni). — *Omissis*.

2. Esame dei motivi. — *Omissis*. — 9. Neppure il motivo n. 20 è fondato.

La L. n. 223 del 1991, art. 5, comma 2, prevede che “Nell’operare la scelta dei lavoratori da collocare in mobilità, l’impresa è tenuta al rispetto del D.L. 29 gennaio 1983, n. 17, art. 9, u.e., convertito, con modificazioni, della L. 25 marzo 1983, n. 79.

L’impresa non può altresì collocare in mobilità (“licenziare” per effetto della modifica apportata dalla L. n. 92 del 2012, art. 2, comma 73) una percentuale di manodopera femminile superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata con riguardo alle mansioni prese in considerazione”.

In proposito, questa Corte (sent. n. 14206 del 05/06/2013) ha chiarito che “in tema di comportamenti datoriali discriminatori, il D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198, art. 40 — nel fissare un principio applicabile sia nei casi di procedimento speciale antidiscriminatorio che di azione ordinaria, promossi dal lavoratore ovvero dal consigliere di parità — non stabilisce un’inversione dell’onere probatorio, ma solo un’attenuazione del regime probatorio ordinario, prevedendo a carico del soggetto convenuto, in linea con quanto disposto dall’art. 19 della Direttiva CE n. 2006/54 (come interpretato da Corte di Giustizia Ue 21 luglio 2011, C-104/10), l’onere di fornire la prova dell’inesistenza della discriminazione, ma ciò solo dopo che il ricorrente abbia fornito al giudice elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, relativi ai comportamenti discriminatori lamentati, purché idonei a fondare, in termini precisi (ossia determinati nella loro realtà storica) e concordanti (ossia fondati su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto), anche se non gravi, la presunzione dell’esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso”.

La Corte territoriale si è quindi attenuta a tali principi, laddove ha affermato che la sussistenza della discriminazione avrebbe potuto fondarsi soltanto su dati numerici specifici, che nel caso difettavano avendo la società contestato i dati numerici forniti dalle ricorrenti.

Nel ricorso peraltro le stesse riproducono le deduzioni fattuali riportate nei ricorsi di primo grado in merito ai dati numerici relativi all’asserita discriminazione per ragione di sesso, senza riprodurre né allegare la documentazione che richiamano a sostegno e senza tenere conto dello sviluppo processuale che ha portato il Tribunale a disattenderle, con valutazioni che sono state confermate nella motivazione della Corte d’appello.

Né tale ricostruzione può essere censurata sotto il profilo del vizio di motivazione, per essere stata la questione esaminata nella motivazione della Corte territoriale. — *Omissis*.

3. Conclusioni.

Conclusivamente, il ricorso dev'essere rigettato.

La complessità dell'accertamento fattuale compiuto dai giudici di merito e l'essere intervenuti solo successivamente alla proposizione del ricorso i chiarimenti delle Sezioni Unite di questa Corte in ordine alla portata della riformulazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5), disposta con il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, convertito con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, determinano la compensazione tra le parti delle spese del giudizio di legittimità.

In considerazione della data di notifica del ricorso, deve darsi atto della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, introdotto dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, ai fini del raddoppio del contributo unificato per i casi di impugnazione respinta integralmente o dichiarata inammissibile o improcedibile. — *Omissis*.

**LA REGOLA DI CONSERVAZIONE DELLA PERCENTUALE
DI MANODOPERA FEMMINILE NEL LICENZIAMENTO
COLLETTIVO E LE SUE CRITICITÀ**

1. La sentenza in commento, con il pur breve passaggio dedicato al tema, ci offre l'occasione per fare il punto sul ridottissimo panorama giurisprudenziale attorno al secondo periodo dell'art. 5, comma 2, l. n. 223/1991. La disposizione, che ad oggi pare aver destato ben poco interesse nelle aule di tribunale, prevede che l'impresa (oltre a dover rispettare la soglia di riserva di lavoratori disabili avviati obbligatoriamente, posto dal primo periodo) non possa «licenziare una percentuale di manodopera femminile superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata con riguardo alle mansioni prese in considerazione».

La regola di conservazione della percentuale è stata introdotta nell'art. 5, l. n. 223/1991 dall'art. 6, comma 5 *bis*, d.l. n. 148/1993 recante «Interventi urgenti a sostegno dell'occupazione» convertito, con modificazioni, dalla l. n. 236/1993, ed è passata indenne da numerose stagioni di riforma, salvo per la sostituzione dell'espressione «collocare in mobilità» con «licenziare», operata dall'art. 2, co. 73, l. n. 92/2012.

La dottrina che si è occupata della norma, e che non è qui possibile analizzare, se non per qualche rimando in nota (1) ha perlopiù identificato

(1) Si rinvia, per approfondimenti, a C. ALESSI, *Il licenziamento collettivo per riduzione del personale: fattispecie e disciplina*, RGL, 1995, I, 225 ss.; L. NANI, *Licenziamenti collettivi e parità fra i generi: impatto della "quota" a tutela dell'occupazione femminile*, RGL, 1995, I, 267 ss.; G. GHEZZI, *Licenziamenti collettivi e «quote» di lavoratrici tra legge italiana e giurisprudenza comunitaria*, LG, 1997, 357 ss.; B. VENEZIANI, *A proposito di quote e percentuali nel diritto del lavoro italiano e comunitario*, q. Riv., 1997, I, 337; L. CASTELVETRI, *Riduzione di*

il contenuto del comma 2 con un'azione positiva, talvolta addirittura declinata in un sistema di quote occupazionali, anche in ragione degli espressi richiami contenuti nella l. n. 236/1993 (v. ad es., l'art. 4, co. 4) alla l. n. 125/1991. Con il conseguente bagaglio di questioni che da sempre si dipanano attorno alle normative di tipo promozionale in relazione al genere, per esempio in ordine alla giustificazione costituzionale e al possibile conflitto fra coesistenti valori di rango primario, nonché alla coerenza con i dettami UE, soprattutto a seguito del fermento destato dal caso *Kalanke* (2), di poco successivo.

In giurisprudenza, il precedente che risulta ad oggi aver compiuto il più ampio sforzo ricostruttivo su inquadramento, struttura, e modalità di funzionamento del comma 2, risulta l'ordinanza di T. Taranto del 5 dicembre 2013 (3), resa all'esito della fase sommaria di un procedimento *ex l. n. 92/2012*. Il co. 2, secondo il Tribunale di Taranto, detta una regola a carattere imperativo (anche nella parte relativa alla quota dei lavoratori disabili), che si sostanzia in un vero e proprio *divieto*, inderogabile sia da parte della legge che dell'autonomia collettiva. Un limite alla facoltà di scelta dei lavoratori da licenziare, che preclude la dismissione di una percentuale di manodopera femminile superiore a quella occupata nelle mansioni prese in considerazione e che, in quanto tale, non è annoverabile fra i criteri di scelta di cui all'art. 5, co. 1, l. n. 223/1991 e non va posto in concorrenza con essi, dovendo operare rispetto ad essi in via prioritaria.

Il legislatore avrebbe inteso tipizzare al co. 2 un'ipotesi di licenziamento discriminatorio, automaticamente scaturente dall'inosservanza dell'obbligo di mantenimento della percentuale di manodopera femminile; sul piano probatorio, la parte interessata a far valere la violazione sarebbe assistita da una presunzione assoluta, insuscettibile di prova contraria.

Venendo al piano sanzionatorio, in coerenza con le premesse, il Tribunale ritiene che il mancato rispetto della regola di invarianza determini la nullità radicale del licenziamento, e non la sua annullabilità, come nell'ipotesi di violazione dei criteri di scelta (4): sarebbe dunque

personale e "principio di razionalità", MGL, 1999, 8/9, 940 ss.; D. IZZI, Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti, Jovene, 2005, in particolare 313 ss.; M. RICCI, Mercato del lavoro e licenziamenti collettivi, relazione Aidlass, Venezia, 25-26 maggio 2007; S. SCARPONI - E. STENICO, Le azioni positive: le disposizioni comunitarie, le luci e le ombre della legislazione italiana, in Il nuovo diritto antidiscriminatorio, a cura di M. BARBERA, Giuffrè, 2007, 439.

(2) C. giust. 17 ottobre 1995, C-450/93, *MGL*, 1996, 202, nt. RICCARDI.

(3) In www.osservatoriodiscriminazioni.org, nt. MICHELOTTI.

(4) In dottrina, nello stesso senso, v. E.M. MASTINU, *Diritto e processo nella lotta contro le discriminazioni di genere*, Cedam, 2010, 42; per orientamenti favorevoli alla soluzione dell'annullabilità, v. G. VIDIRI, *La parità di trattamento. Il lavoro femminile*, Cedam, 1997, 184; L. NANI, *op. cit.*, 290.

applicabile il rimedio previsto dall'ordinamento per i licenziamenti discriminatori individuali, ossia la c.d. "tutela forte" di cui all'art. 18, co. 1, St. lav. Occorre precisare che, nel caso specifico, essendo la ricorrente la prima dei licenziati in considerazione dei criteri di scelta e dei conseguenti punteggi, non si è posto alcun dubbio in ordine al fatto che fosse proprio lei la lavoratrice da reintegrare, e ciò ha consentito di sorvolare su quello che, altrimenti, sarebbe stato un aspetto problematico davvero cruciale, in ordine all'operatività in concreto del rimedio giudiziale.

È poi di significativo interesse il passaggio con il quale la pronuncia, in risposta alla prospettazione del datore convenuto di una possibile ipotesi di *reverse discrimination* in danno degli uomini, ha ritenuto che il comma 2 non si ponga in contrasto con gli artt. 3 e 37 Cost., argomentando da Corte cost. n. 46/1993 (5) che aveva escluso la legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 5, l. n. 7/1963 (Divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio e modifiche alla legge 26 agosto 1950, n. 860: «Tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri»), e ritenuto conforme ai principi di uguaglianza e ragionevolezza la non assoggettabilità della lavoratrice nubenda alle procedure di messa in mobilità o di licenziamento collettivo della l. n. 223/1991: «In particolare i criteri di scelta di cui al comma 1 dell'art. 5 possono applicarsi solo in via subordinata al rispetto di norme (tra cui anche il comma 2 del medesimo articolo) che riguardino divieti di licenziamento, sicché non v'è violazione di alcuna norma costituzionale allorché venga licenziato un lavoratore uomo, pur avente maggiori titoli a rimanere in azienda, se ci sono donne tutelate da cause attributive del diritto alla conservazione del posto, siano esse legate alla qualità di lavoratrice madre o nubenda o al rispetto della percentuale di manodopera femminile impiegata».

(5) Corte cost. 10 febbraio 1993, n. 46, *FI*, 1993, I, 1764 e, in particolare, il seguente passaggio: «In quest'ultima ipotesi la scelta del legislatore del 1963 di coordinare la legge n. 7, oltre che con la politica di tutela dei lavoratori contro i licenziamenti, anche con la politica di favore per il matrimonio e di agevolazione della formazione della famiglia legittima, non può essere commisurata ai criteri di selezione dei lavoratori da licenziare, specificati nell'art. 5 della legge n. 223 del 1991, e censurata, in riferimento al principio costituzionale di eguaglianza, perché al posto della lavoratrice protetta dall'art. 1 della legge potrà essere licenziata una lavoratrice sposata da più di un anno o un lavoratore con maggiore anzianità aziendale e/o con carichi di famiglia più pesanti. Confronti di questo tipo possono essere fatti soltanto tra due lavoratori entrambi soggetti al potere di licenziamento dell'imprenditore, mentre la lavoratrice in questione a tale potere è sottratta fino a quando non compirà un anno di matrimonio. Nel dettare i criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità o da licenziare per riduzione del personale ai sensi dell'art. 24, l'art. 5 della legge n. 223 si riferisce ai lavoratori per i quali non sussista, in forza di altre leggi, un divieto di licenziamento. Per quelli tutelati da cause attributive del diritto alla conservazione del posto non si può dire propriamente — come si legge nell'ordinanza di rimessione — che altri lavoratori, eventualmente dotati, ai sensi del citato art. 5, di maggiori titoli a rimanere in azienda, verranno a trovarsi licenziati in loro vece».

Il caso affrontato dal Tribunale di Taranto si caratterizza per una vicenda fattuale tutto sommato piana e priva di complicazioni, relativa ad una violazione, per così dire, “plateale” della percentuale, nell’ambito del licenziamento collettivo di soggetti tutti pacificamente svolgenti le medesime mansioni, e ciò non ha lasciato alcuno spazio di manovra al datore convenuto, poiché la struttura della norma non consente — in ciò si ritiene di convenire con l’ordinanza — di fondare una prova contraria su elementi esterni al dato numerico, per esempio sull’osservanza dei criteri di scelta.

Non si è posta, cioè, alcuna necessità di affrontare quello che è senz’altro il passaggio più critico della norma, rappresentato dal riferimento alle “mansioni prese in considerazione”, un’espressione che per la sua scarsa chiarezza rende incerta l’individuazione dell’ambito nel quale occorre effettuare il raffronto sulla percentuale. Un possibile spunto di riflessione sull’argomento è offerto proprio dalla pronuncia della S.C. in epigrafe, non tanto direttamente, poiché essa non si sofferma su aspetti esegetici del testo, quanto attraverso ciò che è possibile evincere dalle enunciazioni sul riparto probatorio, che è poi l’unico passaggio dedicato al comma 2, nell’economia di una decisione invero particolarmente articolata.

Il licenziamento collettivo da cui trae origine la sentenza è risalente all’aprile del 2010 ed è stato contestato dai lavoratori ricorrenti, con esito negativo in entrambi i gradi di merito (6), sotto plurimi profili: erronea interpretazione ed applicazione dei criteri di scelta, violazione della riserva in favore dei lavoratori disabili, illegittima valutazione e quantificazione dei carichi familiari, insussistenza delle ragioni obiettive poste alla base del recesso, discriminazione sindacale (per esservi fra i licenziati un numero sproporzionato ed eccessivo di aderenti ad una certa o.s.) ed, appunto, violazione — sollevata da alcune lavoratrici — del disposto sull’occupazione femminile di cui all’art. 5, co. 2, l. n. 223/1991.

Il giudice di legittimità ha confermato la pronuncia di appello, ritenendola conforme ai principi di diritto interno ed europeo sull’onere della prova in tema di discriminazioni, nella parte in cui aveva rigettato la domanda ritenendola non fondata su “dati specifici” in ordine all’invocata discriminazione, e ravvisato — per contro — la puntuale contestazione da parte del datore convenuto delle censure delle ricorrenti, in aggiunta all’inerzia di queste ultime nel resistere, a loro volta, alla contestazione avversaria.

(6) Le relative sentenze sono: T. Ancona 15 dicembre 2011, nn. 800 e 802 e T. Ancona 10 gennaio 2012, n. 1; A. Ancona 26 settembre 2012, n. 910, tutte inedite per quanto consta.

La S.C., con una impostazione del tutto diversa da quella adottata da T. Taranto e poco sopra esaminata, ha ricostruito la regola del riparto probatorio nei termini “ordinari” tipici del giudizio antidiscriminatorio, richiamandosi a Cassazione 5 giugno 2013, n. 14206 (7) in maniera così riassumibile: l’apparato di tutele avverso le discriminazioni predisposto dall’art. 40, d.lgs. n. 198/2006, conformemente con l’art. 19, dir. 2006/54/CE rappresenta, in punto di onere della prova, una specificazione della regola dell’*onus probandi* dettata dall’art. 2697 c.c. E dunque, non realizza, a favore del lavoratore ricorrente, un’inversione dell’onere, ma vale ad attenuare il carico probatorio che continua ad incombere su quest’ultimo, consentendogli, anche attraverso l’utilizzo del dato statistico, di fondare la presunzione di una discriminazione. Presunzione, a sua volta “alleggerita” dalla possibilità che gli elementi che la compongono possano essere semplicemente «precisi e concordanti», e non necessariamente «gravi» (rispetto alla regola civilistica di cui all’art. 2729 c.c.), e, in quanto semplice, superabile attraverso la prova contraria della parte convenuta.

La vicenda processuale delle fasi di merito che traspare dalla pronuncia, è quella, in definitiva, di una domanda non sufficientemente supportata dai necessari elementi di fatto.

Il punto è, tuttavia, comprendere quale sia il grado di “specificità” richiesto per i dati da porre a fondamento della discriminazione: dalla sintesi del motivo n. 20 del ricorso che compare nel corpo della sentenza si evince, difatti, che le ricorrenti, nel proporre la domanda introduttiva del primo grado, avevano indicato «il totale dei lavoratori con mansioni di operaio che vi erano prima del licenziamento (106) e il numero di donne tra essi (27), quindi avevano indicato il numero dei lavoratori svolgenti mansioni da operai (54) e il numero di donne tra essi (9)», dedotto «la riduzione della percentuale di manodopera femminile occupata dal 25,47% al 16,66%», e, sulla base di ciò, invocato la violazione del precetto del comma 2. Il dato sarebbe stato acquisito documentalmente agli atti del giudizio, sia attraverso l’allegazione al ricorso di primo grado dei cedolini paga e del libro matricola, sia attraverso l’allegazione del Libretto Unico del lavoro compiuta dal datore convenuto.

La questione attiene allora, evidentemente, proprio al significato da dare all’espressione «mansioni prese in considerazione», contenuta nel co. 2: anche se la S.C. non sofferma sul punto, è ancora l’enunciazione del motivo n. 20 di ricorso a rivelare che esso sia stato risolto dal giudice di appello (in conformità con la pronuncia appellata), con esito sfavorevole per le lavoratrici, nel senso di ritenere necessario che la parte ricorrente dimostri la violazione della regola del mantenimento della percentuale

(7) In *MGL* 2013, 667, nt. VALLEBONA.

con riguardo ai compiti svolti in concreto dalle figure in esubero, e di considerare invece privo di rilievo, ai fini che ci interessano, il riferimento indistinto agli appartenenti ad una certa qualifica professionale. Scorrendo i relativi passaggi delle pronunce di merito, anche in questo caso estremamente sintetici, si trova piena conferma di tale impostazione, ed emerge altresì che il datore convenuto aveva resistito introducendo in giudizio — secondo i decidenti in maniera documentata — dati numerici atti a fornire la prova che, seguendo una ripartizione per compiti, non risultasse alcuna violazione della disposizione.

Ciò detto, la questione non pare affatto risolta, dal momento che altro coevo precedente di merito ha mostrato di intendere diversamente la locuzione del comma 2: T. Venezia, 12 maggio 2015, n. 344 (inedita per quanto consta), resa all'esito di un'opposizione ad ordinanza *ex l. n. 92/2012* (8) si è espresso — peraltro anch'esso dichiarando di muovere dal dato testuale — per una valutazione del rispetto della regola di mantenimento della percentuale riferito alla collettività dei soggetti interessati dal licenziamento, e dunque del tutto scollegata dalla verifica delle mansioni (in qualunque senso intese). Differente ricostruzione, identico esito negativo per le ricorrenti, poiché evidentemente i dati disaggregati per mansioni che queste avevano allegato, una volta osservati da un'ottica "complessiva" non erano risultati significativi: «Quanto alla quota femminile licenziabile, il GL l'ha ritenuta rispettata avendo riguardo al complesso dei destinatari del licenziamento collettivo, e non avendo rilevanza il rispetto della quota all'interno della singola mansione (es. impiegati). Ed invero il GL ha dato rilevanza alla ratio della norma, ossia limitare la percentuale dei licenziamenti complessivi gravante sul genere femminile (onde evitare discriminazioni di genere). L'art. 5, comma 2, peraltro parla di "mansioni prese in considerazione" richiamando la globalità delle stesse e non mansione per mansione. Il GL ha quantificato all'83% il personale femminile coinvolto nell'ambito delle mansioni oggetto di eccedenza; i licenziamenti erano 43 e perciò le donne non potevano superare quota 35,69. Il licenziamento ne ha interessate 34» (9).

(8) La pronuncia conferma, sul punto, la ricostruzione di T. Venezia, ord., 28 maggio 2014 (inedita per quanto consta), ed è stata a sua volta così confermata da A. Venezia 30 ottobre 2015, n. 591 (inedita per quanto consta): «va condiviso quanto osservato dal primo giudice circa la ragione fondante la norma, che mira a preservare nel computo complessivo la quota massima di personale femminile avuto riguardo non alla specificità delle mansioni, ma, appunto, alla protezione del genere in funzione antidiscriminatoria».

(9) In dottrina, secondo C. ZOLI, *Licenziamenti collettivi e strumenti alternativi*, in *Crisi aziendali e legge n. 236/93*, a cura di M. MISCIONE - C. ZOLI, *DPL*, inserto, 1993, 44, XXII il confronto andrebbe operato «tra le mansioni professionalmente equivalenti esistenti nell'organico aziendale». V. anche la ricostruzione di L. NANI, *op. cit.*, 271, secondo la quale la dizione del comma 2 non può essere intesa «solo come facente riferimento a mansioni, attività produttive, reparti direttamente sottoposti alla ristrutturazione, riduzione o tra-

Per quanto sin qui detto, è di immediata intuizione che la scarsità di precedenti giurisprudenziali finora registrata non derivi dall'assenza di violazioni, ma piuttosto dalla frequente insidiosità della norma, spesso aggravata dal problema dell'asimmetria informativa che non di rado affligge il lavoratore allorquando si ponga la necessità di fondare la domanda su una pluralità di dati relativi a posizioni diverse dalla propria (10). Infine dal fatto che, almeno per tutta la durata dell'epoca governata dal rimedio ripristinatorio, sia stato possibile, in presenza di più ragioni di illiceità, accedere ad una tutela "piena" attraverso vie, per molti aspetti, più praticabili di quella fornita dal comma 2.

La sensazione è tuttavia che, con il declino del sistema di tutele tradizionali e il progressivo incedere verso la primazia dalla riparazione economica e forfettizzata avviato dalle ultime stagioni di riforma, aumenti l'interesse per lo sviluppo della casistica sulla disposizione, e che i futuri risvolti interpretativi siano in grado di aggiungere un importante tassello al percorso di avanzamento delle tecniche del diritto antidiscriminatorio e a confermarne la vocazione protettiva avverso il rischio di rimercificazione del lavoro (11).

LISA AMORIELLO
Avvocato in Pistoia

sformazione, ma va riferita anche a tutti gli altri reparti, mansioni, unità produttive che — in base alle "esigenze tecnico produttive del complesso aziendale" (art. 5, co. 1, legge n. 223/1991) — sono stati presi in considerazione per individuare il gruppo dei lavoratori all'interno del quale vanno effettuati i licenziamenti».

(10) Non sempre peraltro sono leggibili in termini utili ai fini della norma, nemmeno i rapporti biennali sulla situazione del personale maschile e femminile, a cui sono tenute le aziende pubbliche e private con più di 100 dipendenti, previsti dall'art. 46, d.lgs. n. 198/2006, Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, e di cui potrebbero giovare i lavoratori licenziati dalle realtà produttive di maggiori dimensioni.

(11) F. GUARRIELLO, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, *DLRI*, 2003, 347. Sul tema v. anche M. BARBERA, *op. cit.*, XXVI e, più recentemente, E. TARQUINI, *La Corte di Cassazione e il principio di non discriminazione al tempo del diritto del lavoro derogabile*, nt. a Cass. 5 aprile 2016, n. 6575, *q. Riv.*, 2016, II, 737.