

CORTE DI CASSAZIONE, sez. lav., ordinanza 8 novembre 2023, n. 35527; Pres. Doronzo – Rel. Cinque - L. (*Omissis*) (Avv. Vincenzo Ioffredi) c. P.E. (Avv. Bruno Cossu, Savina Bomboi, Marina Capponi)
Conferma App. Firenze sent. n. 698/2019

Licenziamento della lavoratrice madre – Cessazione dell'attività d'azienda – Tutela reintegratoria piena – Esercizio provvisorio dell'impresa – Deroghe al divieto di licenziamento ex art. 54, comma 3, d.lgs. n. 151/2001 – Nullità.

In caso di fallimento, non si applica la deroga al divieto di licenziamento della lavoratrice madre nel primo anno di vita del figlio per cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta – pur in assenza di un esercizio provvisorio dell'impresa – qualora siano adottate attività conservative dell'azienda che ne escludono l'effettiva cessazione. La lavoratrice madre licenziata ha diritto alla tutela reintegratoria piena.

TRIBUNALE DI MILANO, sez. lav., sentenza 3 ottobre 2023, n. 3153; Palmisani – Z.A.Z. e G.O. (Avv. Mei Maria Grazia) c. ISS PALUMBO SRL (Avv. Palla Michele)

Licenziamento collettivo – discriminazione di genere – Violazione dell'art. 5, comma 2, l. n. 223/1991 – Discriminazione nell'accesso alla formazione – Criteri di scelta – Discriminazione diretta ed indiretta – Tutela reintegratoria piena.

Nell'ambito di una procedura di licenziamento collettivo per riduzione del personale, l'attribuzione di un elevato punteggio, tra i criteri di scelta, al possesso di una specifica formazione acquisita prevalentemente da lavoratori di sesso maschile, costituisce una discriminazione indiretta ex art. 25, comma 2, d.lgs. n. 198/2006. Pertanto, il licenziamento va dichiarato nullo con conseguente reintegra delle lavoratrici nel posto di lavoro.

Licenziamenti discriminatori per motivi di genere e per maternità

Isabella Accardo

Dottoranda di ricerca in Studi di genere nell'Università degli Studi di Palermo

SOMMARIO: 1. Licenziamento collettivo e discriminazioni dirette e indirette. – 2. Il regime sanzionatorio del licenziamento discriminatorio e della lavoratrice madre. – 3. Sulla deroga al divieto di licenziamento della lavoratrice madre per cessazione dell'attività dell'azienda.

Sinossi: Con la sentenza e con l'ordinanza in commento i giudici tornano a pronunciarsi in materia di discriminazione di genere. Il Tribunale di Milano ha affermato che costituisce una discriminazione indiretta, ex art. 25, comma 2, d.lgs. n. 198/2006, l'attribuzione di un elevato punteggio, tra i criteri di scelta, al possesso di una formazione il cui accesso è stato consentito dal datore di lavoro in modo preminente ai lavoratori di sesso maschile. La Corte di cassazione ha accolto una lettura rigorosa del concetto di cessazione dell'attività d'azienda, quale deroga al divieto di licenziamento della lavoratrice madre per cessazione dell'attività ex art. 54, comma 3, d.lgs. n. 151/2001 e ha chiarito che – in presenza di un fallimento e pur in assenza di un esercizio provvisorio dell'impresa – non può applicarsi tale deroga in presenza di attività conservative dell'azienda che ne escludono l'effettiva cessazione.

Abstract: *With the sentence and the order in question, the judges return to ruling on gender discrimination. The Court of Milan stated that it constitutes indirect discrimination, pursuant to art. 25, paragraph 2, Legislative Decree no. 198/2006, the attribution of a high score, among the selection criteria, to the possession of training whose access has been allowed by the employer primarily to male workers. The Court of Cassation accepted a rigorous reading of the concept of cessation of company activity, as an exception to the prohibition on dismissal of the working mother for cessation of activity pursuant to art. 54, paragraph 3, Legislative Decree no. 151/2001 and clarified that - in the presence of bankruptcy and even in the absence of a temporary operation of the company - this exemption cannot be applied in the presence of conservative activities of the company which exclude its actual cessation.*

1. Licenziamento collettivo e discriminazioni dirette e indirette

Con le pronunce in commento, il Tribunale di Milano e la Corte di Cassazione sono intervenute in materia di parità di genere, riconoscendo la tutela reintegratoria piena ad alcune dipendenti licenziate per ragioni discriminatorie fondate sul sesso, confermando la crescente attenzione dei giudici nazionali sul tema.

La sentenza del Tribunale di Milano ha dichiarato discriminatorio il licenziamento collettivo intimato da una società che, in seguito al deposito dell'istanza di fallimento di un cliente, aveva dato avvio alla procedura di riduzione del personale prevista dalla l. 23 luglio 1991, n. 223, per nove risorse addette al magazzino. Nella determinazione dei criteri di scelta per individuare i lavoratori da licenziare, il datore di lavoro aveva attribuito 60 punti a coloro che svolgevano mansioni di carrellista e 0 punti agli addetti al *picking* (la movimentazione manuale delle merci).

All'esito della procedura, sulla base dei punteggi finali, venivano individuate nove lavoratrici da licenziare su nove esuberanti dichiarati¹.

¹ La società aveva successivamente licenziato sette di queste risorse, viste le dimissioni di una dipendente e lo stato di malattia di un'altra lavoratrice. Sei di queste sette lavoratrici avevano promosso l'azione giudiziaria e, nelle more del processo, quattro di loro avevano raggiunto un accordo conciliativo con la società resistente, con la conseguenza che il giudizio è proseguito solo per due ricorrenti.

Le dipendenti contestavano di avere subito, da un lato, una discriminazione diretta a livello di formazione *ex art. 27*, comma 3, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, sostenendo di essere state arbitrariamente escluse dai corsi di formazione per la guida dei carrelli elevatori, riservati ai soli colleghi di sesso maschile e ad una sola collega di sesso femminile. Dall'altro lato, esse sostenevano di avere subito una discriminazione indiretta, ai sensi dell'art. 25, comma 2, d.lgs. n. 198/2006, a causa dell'assegnazione di un elevato punteggio alla figura di carrellista tra i criteri di scelta da utilizzare per individuare i lavoratori da licenziare.

Le ricorrenti deducevano, altresì, la violazione dell'art. 5, comma 2, l. n. 223/1991 che impone all'impresa di non licenziare una «percentuale di manodopera femminile superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata con riguardo alle mansioni prese in considerazione». Pertanto, chiedevano, in via principale, l'accertamento della natura discriminatoria delle condotte del datore di lavoro e conseguentemente la dichiarazione della nullità del licenziamento; e, in via subordinata, l'accertamento della violazione dei criteri di scelta e/o la violazione delle procedure di cui alla l. n. 223/1991², con condanna della società al pagamento di un'indennità risarcitoria non assoggettata a contribuzione previdenziale ai sensi dell'art. 3, comma 1, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23.

Come noto, l'attuale nozione di discriminazione diretta e indiretta, con particolare riferimento al genere, è il risultato di interventi legislativi e giurisprudenziali che si sono susseguiti nel tempo³.

² Il diritto alla reintegrazione in caso di licenziamento collettivo per riduzione di personale è previsto dall'art. 10, d.lgs. n. 23/2015 solo in ipotesi di licenziamento intimato senza l'osservanza della prevista forma scritta, mentre, in caso di violazione delle procedure, compresa quella sindacale, o dei criteri di scelta, spetterà solo l'indennizzo monetario. Ciò a differenza di quanto previsto dalla l. n. 223/1991 per i lavoratori assunti precedentemente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, i quali potranno continuare a godere della maggior tutela della reintegra e delle retribuzioni *medio tempore* maturate: così CARBONE, *Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale nel contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in *FI*, 2015, 239 ss. Sul regime di tutela previsto in caso di violazione dei criteri di scelta v. VISONÀ, *Violazione dei criteri di scelta e tutele nel Jobs Act: una questione ancora aperta*, in *LDE*, 2021, III, 2 ss.; GRAGNOLI, *I licenziamenti collettivi, il diritto europeo e i significativi dubbi della giurisprudenza italiana*, in *LDE*, 2021, I, 2 ss.

³ La normativa antidiscriminatoria nazionale è senza dubbio debitrice degli interventi comunitari. In tal senso si v. Dir. 2000/78 CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro; Dir. 97/80/CE, riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso; Dir. 2002/73 CE, che modifica la direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, Dir. 76/207 CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro; Dir. 2006/54 CE, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego. In dottrina sulla nozione di discriminazione di genere v. CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione della nozione di discriminazione*, in *RGL*, 2006, I, 559 ss.; BASILICO, *La tutela della parità di trattamento uomo-donna nei rapporti di lavoro*, in *Aa.Vv.*, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e/o diffusi*, Giappichelli, 2003, 513 ss.; FAVILLI, *La nozione di discriminazione fra normativa comunitaria e leggi italiane*, in *Aa.Vv.*, *Il codice delle pari opportunità*, Giuffrè, 2007, 133 ss.; BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007; BALLESTRERO, *La nozione di discriminazione nella legge n. 125/91*, in *RCDL*, 1992, II, 779 ss.; BARBERA, *La nozione di discriminazione*, in TREU, BALLESTRERO (a cura di), *Commentario sistematico della l.10 aprile 1991, n. 125. Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, in *NLCC*, 1994, I, 55 ss.; STIZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, 2011, 233 ss.

Già a partire dalla l. 9 dicembre 1977 n. 903, sulla parità di trattamento tra uomo e donna in materia di lavoro, in attuazione dell'art. 37 Cost.⁴, erano stati posti specifici divieti di discriminazione di genere. Da una parte, veniva vietata qualsiasi discriminazione fondata sul sesso nell'accesso al lavoro, nella retribuzione, nell'attribuzione delle qualifiche e delle mansioni, nonché nella progressione di carriera; dall'altra, si provvedeva ad estendere la sanzione di nullità prevista dall'ultimo comma dell'art. 15, l. 20 maggio 1970, n. 300, anche ai patti o gli atti discriminatori per motivi di razza, di lingua e di sesso.

Successivamente è stata emanata la l. 10 aprile 1991, n. 125 (modificata prima con il d.lgs. 23 maggio 2000, n. 196, e poi con il d.lgs. 30 maggio 2005, n. 145, in attuazione della Dir. 2002/73/CE) che ha introdotto la nozione di azioni positive per una più concreta ed effettiva realizzazione della parità tra uomo e donna nei rapporti di lavoro⁵.

Tuttavia, solo con il d.lgs. n. 198/2006, c.d. Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, si è provveduto al riassetto normativo della materia, sistematizzando in un unico testo tutti gli interventi legislativi in tema di parità di genere con riferimento al lavoro, con l'obiettivo di prevenire e rimuovere ogni forma di discriminazione fondata sul sesso.

Così, oggi, il Codice delle pari opportunità definisce le discriminazioni di genere, riprendendo le nozioni di discriminazione diretta e indiretta già contenute nell'art. 4, l. n. 125/1991. Secondo l'art. 25, comma 1, d.lgs. n. 198/2006 (modificato dal d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5, emanato in attuazione della Dir. 2006/54 CE) costituisce discriminazione diretta qualsiasi disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento, che produca un effetto pregiudizievole, discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e, comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga. Ai sensi dell'art. 25, comma 2, invece, si ha una discriminazione indiretta ogni qualvolta sia adottato un comportamento, una prassi, una disposizione, un patto o atto apparentemente neutro che mettano o possano mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto ai lavoratori dell'altro sesso, a meno che si tratti di requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa⁶.

Da ciò emerge, dunque, che il presupposto della discriminazione diretta è una disparità di trattamento fondata su un fattore di rischio vietato dalla legge (in questo caso il sesso) e che la discriminazione indiretta, invece, si verifica in presenza di un criterio neutro idoneo

⁴ Con l'entrata in vigore dell'art. 37 Cost., il legislatore ha introdotto il principio della parità di trattamento tra lavoratrici e lavoratori, collegato all'art. 3, comma 2, Cost. Sulla norma costituzionale, TREU, *Commento all'art. 37*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici, Tomo I*, Zanichelli, 1979, 155 ss.; BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Il Mulino, 1979, 109 ss.

⁵ Se la l. n. 903/1977 si basava sul principio di eguaglianza formale, la l. n. 125/1991 si è collocata in un'ottica di eguaglianza sostanziale, cioè promozionale delle pari opportunità, come previsto dall'art. 3, comma 2, Cost.: così TROJSI, *Divieto di discriminazione e forme di tutela. Profili comparatistici*, Giappichelli, 2012, 48. Sul punto v. CAPPONI, *Divieti di discriminazione*, in AA.VV., *Il codice delle pari opportunità*, Giuffrè, 2007, 189 ss.

⁶ Sulle eccezioni al divieto di discriminazione diretta e sulle possibili giustificazioni di quelle indirette si v. FERLUGA, *I divieti di discriminazione per motivi di genere*, in *Diritti fondamentali*, 2021, I, 153 ss.

a produrre conseguenze diverse su gruppi individuati dal legislatore; per aversi discriminazione indiretta è inoltre sufficiente che il comportamento o l'atto sia anche solo potenzialmente idoneo a produrre un effetto discriminatorio, non essendo necessaria l'effettiva concretizzazione della situazione di svantaggio⁷.

Va precisato che l'art. 25 è stato recentemente modificato con la l. 5 novembre 2021, n. 162. Per quanto concerne le discriminazioni dirette e indirette, tra le fattispecie discriminatorie vengono ora espressamente ricomprese anche le condotte tenute nei confronti delle candidate e dei candidati in fase di selezione del personale; con riferimento alle sole discriminazioni indirette si aggiunge, invece, il riferimento alle prassi di natura organizzativa o incidenti sull'orario di lavoro, apparentemente neutre, che mettano o possano mettere i candidati in fase di selezione e i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a quella dei lavoratori dell'altro sesso⁸.

Perdipiù, con la l. n. 162/2021 è stato inserito anche il nuovo comma 2-*bis* che ribadisce la rilevanza discriminatoria del «trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro che, in ragione del sesso, dell'età anagrafica, delle esigenze di cura personale o familiare, dello stato di gravidanza nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità o dell'esercizio dei relativi diritti» ponga il lavoratore o la lavoratrice in determinate condizioni di svantaggio, limiti le opportunità di partecipazione alla vita e alle scelte aziendali o l'accesso ai meccanismi di avanzamento e progressione di carriera⁹.

Fatte queste premesse, nella fattispecie esaminata dal Tribunale di Milano, il giudice ha rinvenuto una diretta «correlazione tra una discriminazione in punto di formazione e il conseguente trattamento discriminatorio al momento del licenziamento», con conseguente accertamento della relativa nullità. Invero, la scelta di escludere quasi interamente la forza lavoro femminile dai corsi di formazione per la guida dei carrelli elevatori ha dato luogo, intanto, ad una discriminazione diretta, *ex art. 27, comma 3, d.lgs. n. 198/2006*, «trattandosi di un comportamento con un effetto chiaramente pregiudizievole nei confronti delle lavoratrici di sesso femminile, le quali hanno subito un trattamento meno favorevole rispetto a quello riservato a tutti i lavoratori di sesso maschile, a parità di mansioni e inquadramento». Questa circostanza, d'altronde, era emersa anche dai dati del rapporto periodico sulla situazione del personale maschile e femminile del biennio 2020-2022, *ex art. 46, d.lgs. n. 198/2006*, come riportati dalla Consigliera di parità.

⁷ Così FERLUGA, *op.cit.*, 156.

⁸ LIGORIO, *Discriminazioni di genere sul luogo di lavoro: sanzioni e tutele*, in *Boll. Adapt.*

⁹ Sulla questione si v. C. GAROFALO, *Il problematico allargamento della nozione di discriminazione nel codice delle pari opportunità*, in *LDE*, 2023, I, 2 ss.; BALLESTRERO, BORELLI, SANTAGATA DE CASTRO, IZZI, *Sesso, genere, discriminazioni: riflessioni a più voci*, in *LD*, 2022, III, 497 ss.; CALAFÀ, *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, in *IEN*, 2022.

Nella motivazione, a sostegno della decisione, il giudice sottolinea che il diritto alla formazione e alla crescita professionale trova copertura costituzionale nell'art. 35 Cost., la cui *ratio* è quella di tutelare il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni e di curare la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori. In secondo luogo, il Tribunale ribadisce l'importanza del rispetto del divieto di discriminazione nell'accesso alla formazione, quale strumento idoneo a scongiurare, *ex post*, ulteriori trattamenti discriminatori a livello di retribuzione, nella progressione di carriera, nell'attribuzione di incarichi apicali e in materia di licenziamento: l'esclusione di taluni soggetti dalle iniziative di formazione condurrebbe immancabilmente a una disparità di trattamento con effetti a lungo termine.

Sicché, l'attribuzione di un elevato valore al possesso del patentino da carrellista ha comportato una discriminazione indiretta che ha posto le lavoratrici in una posizione di particolare svantaggio rispetto ai lavoratori, ai sensi dell'art. 25, comma 2, d.lgs. n. 198/2006, considerati gli effetti delle impossibilità di frequentare il corso di formazione sulla successiva selezione dei lavoratori da licenziare.

Non a caso, il Tribunale ha anche accertato la violazione dell'art. 5, comma 2, l. n. 223/1991, dal momento che la società aveva collocato in mobilità una percentuale di manodopera femminile (100%) superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata con riguardo alle mansioni prese in considerazione (54, 55%)¹⁰. Tale circostanza non è irrilevante se si considera che, secondo la dottrina e la giurisprudenza, la natura discriminatoria del licenziamento collettivo viene altresì contemplata dall'art. 5, comma 2, l. n. 223/1991. Tale prescrizione costituisce una estrinsecazione del generale divieto di discriminazione di genere, e comporta anch'essa la nullità del licenziamento intimato in violazione del criterio¹¹.

¹⁰ La giurisprudenza di legittimità è intervenuta nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'esatto significato da attribuire all'espressione "mansioni prese in considerazione" di cui all'art. 5, comma 2, l. n. 223/1991; secondo la giurisprudenza di merito ed una parte della dottrina la valutazione del rispetto della regola del mantenimento della percentuale doveva riferirsi a tutta la collettività aziendale, la Corte di Cassazione invece ha dichiarato che, in base al dato letterale della norma, il calcolo della percentuale di manodopera deve essere circoscritto al solo ambito delle mansioni oggetto di riduzione. Peraltro, secondo un'interpretazione ormai assodata in dottrina e in giurisprudenza, l'art. 5, comma 2, l. n. 223/1991, non prevede una comparazione tra il numero di lavoratori e di lavoratrici prima e dopo la mobilità, ma impone di verificare la percentuale di lavoratrici e, successivamente, permette di porre in mobilità un numero di dipendenti nel cui ambito la componente femminile non deve essere superiore alla percentuale precedentemente calcolata: così SARTOR, *I dubbi interpretati sull'art. 5, comma 2, L. n. 223/1991 e la controversa legittimità delle quote di genere*, in *LG*, 2019, X, 893 ss. Sull'art. 5, comma 2, l. n. 223/1991, anche Cass., 3 febbraio 2016, n. 2113, in *RIDL*, 2016, II, 770, con nota di AMORIELLO e Trib. Taranto 5 dicembre 2013, in *FI*, 2014, I, 601. In dottrina v. NANI, *Licenziamenti collettivi e parità fra i generi: impatto della "quota" a tutela dell'occupazione femminile*, in *RGL*, 1995, I, 267 ss.; VENEZIANI, *A proposito di quote e percentuali nel diritto del lavoro italiano e comunitario*, in *RIDL*, 1997, I, 337 ss.; GHEZZI, *Licenziamenti collettivi e «quote» di lavoratrici tra legge italiana e giurisprudenza comunitaria*, in *LG*, 1997, V, 357 ss.; IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, 2005, 313 ss.; SCARPONI, *Le azioni positive: le disposizioni comunitarie, le luci e le ombre della legislazione italiana*, in *Aa.Vv.*, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, 423 ss.

¹¹ La conseguenza dell'accertamento di tale violazione trova, del resto, soluzione nell'art. 5, comma 3, l. n. 223/1991, che prevede l'applicazione del regime sanzionatorio di cui all'art. 18, comma 4, l. n. 300/1970, solo in caso di violazione dei criteri di scelta di cui all'art. 5, comma 1, l. n. 223/1991, e non anche in caso di violazione dell'obbligo di conservazione della percentuale di manodopera femminile di cui all'art. 5, comma 2, l. n. 223/1991: così SARTOR, *op. cit.*

2. Il regime sanzionatorio del licenziamento discriminatorio e della lavoratrice madre

Quanto al regime giuridico del licenziamento discriminatorio¹², la l. 15 luglio 1966, n. 604, all'art. 4¹³, per la prima volta ha sancito la nullità del «licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dell'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali», indipendentemente dalla motivazione adottata. Tale nullità è stata prescritta, altresì, dall'art. 15, l. n. 300/1970, poi modificato dall'art. 13, l. n. 903/1977 e dall'art. 4, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, che prevede la nullità di qualsiasi atto o patto diretto a licenziare un lavoratore a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero, nonché dei licenziamenti attuati a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basati sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali.

L'art. 3, l. 11 maggio 1990, n. 108, ne indica invece il regime sanzionatorio, ribadendone la nullità «indipendentemente dalla motivazione addotta» e prescrive la reintegra del lavoratore, indipendentemente dai livelli occupazionali dell'impresa o dell'unità produttiva, rinviando all'art. 18, l. n. 300/1970, ormai modificato dalla l. 28 giugno 2012, n. 92, se trattasi di lavoratore assunto prima del 7 marzo 2015. Mentre, per i lavoratori assunti dopo tale data trovano applicazione le tutele indicate dall'art. 2, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (attuativo della l. 10 dicembre 2014, n. 183, c.d. Jobs Act, contenente la disciplina del contratto a tutele crescenti)¹⁴.

Le due disposizioni hanno un contenuto sostanzialmente identico: il lavoratore cui sia stato comminato un licenziamento discriminatorio ha diritto alla cosiddetta tutela reintegra-

¹² Il licenziamento discriminatorio si configura quando il provvedimento che pone fine al rapporto di lavoro è determinato da caratteristiche personali del lavoratore come il sesso, l'orientamento sessuale, l'etnia, la lingua, l'età, la disabilità, il credo politico, la fede religiosa, le convinzioni personali, l'appartenenza ad un sindacato o la partecipazione ad attività sindacali. Sul licenziamento discriminatorio si v. F. MARINELLI, *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito. Contributo allo studio della fattispecie*, Giuffrè, 2017; TARQUINI, *La discriminazione sul lavoro e la tutela giudiziale*, Giuffrè, 2015, 75 ss.; LAZZERONI, *Licenziamento discriminatorio, motivo illecito determinante e procreazione assistita: cronaca di un diritto in evoluzione*, in *DML*, 2016, II, 303 ss.; BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *RGL*, 2013, I, 139 ss.; BALLESTRE-RO, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *DLRI*, 2016, II, 231 ss.; BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, in *ADL*, 2013, IV-V, 830 ss.; SALVAGNI, *Licenziamenti discriminatori e ritorsivi: evoluzione della giurisprudenza e ripartizione dell'onere della prova*, in *LPO*, 2018, V-VI, 287 ss.; F. MARINELLI, *Licenziamento discriminatorio: fattispecie, fattori discriminatori e onere della prova. La Cassazione mette ordine*, in *LB*, 2019, II, 191 ss.; CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WP D'Antona, It.*, 404 ss.; TARQUINI, *Il licenziamento discriminatorio, "soggetto inatteso": alcune riflessioni sul principio paritario e la disciplina limitativa del recesso datoriale*, in *LDE*, 2023, II, 2 ss.

¹³ Articolo modificato dal d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24.

¹⁴ La disciplina del licenziamento discriminatorio di cui all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015, diversamente dalle altre tipologie di licenziamento, è rimasta sostanzialmente invariata nel confronto con il testo di cui all'art. 18, l. n. 300/1970, riformato dalla l. n. 92/2012. Sul confronto tra l'art. 18, l. n. 300/1970 e il d.lgs. n. 23/2015 per quanto riguarda il licenziamento discriminatorio si v. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel "passaggio" dall'art. 18. Stat. lav. all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015*, in *ADAPTE-book*; RUSSO, *Prime osservazioni sul licenziamento discriminatorio e nullo nel Jobs Act*, in *LPO*, 2015, III-IV, 141 ss.; F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del D.lgs. 24 dicembre 2014)*, in *IG*, 2015, II, 113 ss.

toria piena, in forza della quale il datore di lavoro è obbligato a riammettere il lavoratore nel posto di lavoro, corrispondere al lavoratore un'indennità risarcitoria (dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, cosiddetto *aliunde perceptum*, e in ogni caso non inferiore a 5 mensilità) e a versare i contributi previdenziali ed assistenziali per tutto il periodo intercorso fra il licenziamento e quello della reintegrazione.

La diversità tra le due disposizioni si coglie nella modalità di computo dell'indennità risarcitoria: a differenza dell'art. 18, l. n. 300/1970 che prevede che l'indennità vada calcolata sull'ultima retribuzione globale di fatto, ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 23/2015, va determinata sull'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto¹⁵.

Inoltre, nel campo di applicazione dell'art. 18 st. lav., il licenziamento discriminatorio è equiparato, quanto ad effetti, a quello intimato per causa di matrimonio, ex art. 35, d.lgs. n. 198/2006¹⁶, o in violazione dei divieti di licenziamento previsti dal T.U. delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, il d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151¹⁷, o ancora riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. Viceversa, l'art. 2, d.lgs. n. 23/2015 prevede tale sanzione per ogni altro caso di nullità previsto dalla legge¹⁸ e nelle ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giurisdizione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli artt. 4, comma 4, e 10, comma 3, l. 12 marzo 1999, n. 68.

Ai sensi dell'art. 54, comma 1, T.U., la lavoratrice madre è ulteriormente protetta attraverso un divieto assoluto di licenziamento dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine del periodo di congedo di maternità obbligatorio, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino, pena la nullità del licenziamento¹⁹.

¹⁵ DIBITONTO, *I licenziamenti nulli. I licenziamenti discriminatori*, in AA.VV., *Il sistema delle tutele nei licenziamenti alla luce della normativa emergenziale*, Giuffrè, 2022, 209 ss.

¹⁶ Sul licenziamento intimato per causa di matrimonio v. GOTTARDI, *La protezione dei licenziamenti per causa di matrimonio delle lavoratrici non si estende ai lavoratori*, in *RIDL*, 2019, II, 188 ss.; OCCHINO, *La questione dell'applicabilità del divieto di licenziamento per causa di matrimonio alle sole lavoratrici*, in *DRI*, 2019, II, 676 ss.

¹⁷ T.U. recentemente modificato dal d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105, che ha recepito la Dir. 2019/1158, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e prestatori di assistenza. Sul punto v. VALLAURI, *Il d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105 di attuazione della Direttiva (UE) 2019/1158*, in *LDE*, 2022, III, 2 ss. Sul licenziamento della lavoratrice madre e sulla tutela del lavoro delle donne si v. PERUZZI, *Sul licenziamento «discriminatorio» della lavoratrice madre*, in *RGL*, 2008, IV, 833 ss.; NUNIN, *Il licenziamento della lavoratrice madre*, in *LG*, 2010, XII, 1165 ss.; BELLOCCHI, *op. cit.*; RAUSEL, *Maternità: interdizione anticipata, dimissioni, divieto di licenziamento*, in *DPL*, 2008, XLVIII, 2737 ss.; ROTONDI, *Subordinazione e tutela della maternità*, in *DPL*, 2008, XLVII, 2699 ss.; PAGAMICI, *Il licenziamento della lavoratrice madre è nullo fino al compimento del primo anno del bambino*, in *PMI*, 2015, I, 49 ss.; ADELMO, *La tutela della maternità e paternità*, in *DPL*, 2001, IX, 2 ss.; COLAPIETRO, *Dalla tutela della lavoratrice madre alla tutela della maternità e dell'infanzia: l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, in *GI*, 2000, VI, 1022 ss.

¹⁸ La Corte Costituzionale, con sentenza del 22 febbraio 2024, n. 22, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, limitatamente alla parola «espressamente». Sul punto, C. Cost., 22 febbraio 2024, n. 22, in *LG*, 2024, III, 253 ss., con nota di D. BERNARDI.

¹⁹ Sul dibattito circa il tipo di sanzione con cui colpire il licenziamento illegittimo a danno della lavoratrice madre è inter-

La *ratio* del divieto va rintracciata, da un lato, nell'intenzione di limitare il licenziamento discriminatorio e, dall'altro, nella volontà di garantire una stabilità economica e psicologica della madre lavoratrice, impedendo al datore di lavoro, ad eccezione dei casi previsti dalla legge, di esercitare il recesso per delle ragioni che potrebbero giustificarlo se non ci fosse il divieto²⁰.

Esistono, tuttavia, alcune eccezioni al divieto di licenziamento della lavoratrice madre: il recesso è consentito in presenza di colpa grave da parte della lavoratrice, costituente giusta causa di licenziamento; nell'ipotesi di cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta; nel caso di ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o di risoluzione del rapporto di lavoro per scadenza del contratto a tempo determinato; nonché in caso di esito negativo del periodo di prova (art. 54, comma 3, T.U.)²¹.

3. Sulla deroga al divieto di licenziamento della lavoratrice madre per cessazione dell'attività dell'azienda

Con l'ordinanza in epigrafe la Corte di Cassazione è intervenuta proprio sull'interpretazione di una delle eccezioni al divieto, contemplate dal comma 3 dell'anzidetto art. 54, T.U., ovvero quella della cessazione dell'attività d'azienda.

La questione non è nuova nel panorama giurisprudenziale dal momento che la Suprema Corte già in diverse occasioni si è pronunciata sulla deroga, alimentando un vivace dibattito, anche dottrinale, sui confini interpretativi ed applicativi del concetto di "cessazione dell'attività".

Secondo un primo filone giurisprudenziale, la deroga al divieto si configurerebbe anche in presenza di una cessazione solo parziale dell'attività, purché la soppressione riguardi un ramo di attività o un reparto autonomo dell'azienda e a condizione che il datore di lavoro dimostri l'impossibilità di collocare altrove la lavoratrice all'interno dell'azienda²².

venuta la Corte Costituzionale con la sentenza 8 febbraio 1991, n. 61. Prima del 1991, l'art. 2, l. 30 dicembre 1971, n. 1204 (abrogata dal d.lgs. n. 151/2001), non precisava quale fosse la sanzione da applicare in violazione del divieto e la Corte di Cassazione, in via interpretativa, aveva ritenuto che il licenziamento della lavoratrice madre dovesse considerarsi solo temporaneamente inefficace. Solo con la sentenza del 1991, la Corte costituzionale ha esteso la sanzione della nullità al licenziamento della lavoratrice madre. Sul punto, C. Cost., 8 febbraio 1991, n. 61, in *RGL*, 1991, III, 3 ss., con nota di SCAGLIONE.

²⁰ LENSÌ, *La tutela e il sostegno della maternità e della paternità*, in AA.VV., *Il Codice delle pari opportunità*, Giuffrè 2007, 458.

²¹ Sulle deroghe al divieto di licenziamento delle lavoratrici madri per colpa grave si v. Cass., 26 gennaio 2017, n. 2004, in *LG*, 2017, VII, 673 ss., con nota di BRESCIANI, Cass., 29 settembre 2011, n. 19912, in *LG*, 2012, VI, 592 ss., con nota di GIRARDI, Cass., 11 giugno 2003, n. 9405, in *LG*, 2004, X, 944 ss., con nota di NUNIN; Sulle deroghe per ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o per scadenza del termine si v. Cass., 27 agosto 2003, n. 12569, in *AC*, 2004, 801 ss. e Cass., 22 giugno 2009, n. 14583, in *LG*, 2009, XI, 1166 ss. Sulle deroghe per esito negativo della prova v. Cass., 21 agosto 2004, n. 16505, in *MGL*, 2004, 949 ss., Trib. Milano 6 maggio 2006, in *LG*, 2007, I, 95.

²² Sul punto v. Cass., 8 settembre 1999, n. 9551, in *RIDL*, 2000, II, 517 ss., con nota di MARRA; Cass., 7 febbraio 1992, n. 1334, in *FI*, 1993, I, 1209; Cass., 26 marzo 1982, n. 1897, in *RIDL*, 1983, II, 91 ss., con nota di MAZZIOTTI.

Un secondo orientamento, oramai consolidato, invece, ritiene che la norma andrebbe interpretata in senso restrittivo, dovendosi ammettere la deroga al divieto solo in caso di chiusura totale dell'azienda²³. Per la giurisprudenza di legittimità, infatti, la disposizione di cui all'art. 54, comma 3, T.U., trattandosi di una norma che pone un'eccezione a un principio generale, non può che essere di stretta interpretazione, e in quanto tale non è suscettibile di interpretazione analogica. Inoltre, se il legislatore avesse voluto riferirsi al singolo reparto d'azienda l'avrebbe fatto in maniera esplicita, come nel comma 4 dello stesso art. 54.

Nel caso oggetto della pronuncia di legittimità, la ricorrente era stata licenziata, all'esito della dichiarazione di fallimento dell'azienda, dopo aver goduto di un periodo di congedo per maternità obbligatoria ed entro il primo anno di vita del figlio²⁴.

In primo grado, il Tribunale aveva accolto la domanda di nullità del recesso per violazione del divieto di cui all' art. 54, comma 1, T.U., con una pronuncia confermata dalla Corte d'Appello di Firenze. Anche secondo la Corte territoriale, infatti, sulla base delle prove emerse nel corso del giudizio, non si sarebbe verificata quella cessazione dell'attività dell'azienda, idonea ad escludere la validità del divieto di licenziamento della lavoratrice madre. La questione verteva, infatti, proprio sull'interpretazione del concetto giuridico di cessazione dell'attività dell'azienda, declinata in relazione alla nozione di esercizio provvisorio dell'impresa ex art. 104, commi 1 e 2, r.d. 16 marzo 1942, n. 267.

Orbene, nel caso di specie, dopo il fallimento della società, era stato effettivamente dimostrato che l'esercizio provvisorio dell'impresa non era stato disposto né con la sentenza dichiarativa di fallimento, né successivamente con autorizzazione del giudice delegato, ma che erano in corso solo attività conservative per il trasferimento a terzi.

Occorreva pertanto valutare se far prevalere la lettura formale della legge fallimentare, che, in presenza di un fallimento, esclude la cessazione dell'attività d'azienda qualora ne

²³ Sulla questione v. Cass., 20 maggio 2021, n. 138621, in *www.corte di cassazione.it*, che esclude l'interpretazione estensiva o analogica della deroga al divieto di licenziamento della lavoratrice madre; Cass., 28 settembre 2017, n. 22720, in *RIDL*, 2018, II, 31, con nota di DE LUCA e in *Temilavoro.it*, 2018, X, 1 ss., con nota di MIRACOLINI, Cass., 6 giugno 2018, n. 14515, in *RIDL*, 2018, 4, II, 930 ss., Cass. 31 luglio 2013, n. 18363, in *LG*, 2014, III, 261 ss., con nota di ZANETTO, che considerano la deroga al divieto di licenziamento della lavoratrice nel periodo di gravidanza e fino al compimento di un anno di età del figlio, prevista in caso di cessazione dell'azienda, non estendibile alle ipotesi di cessazione dell'attività di un singolo reparto dell'azienda, ancorché dotato di autonomia funzionale; Cass., 18 maggio 2005, n. 10391, in *LG*, 2006, I, 92 ss., che menziona due condizioni per la non applicabilità del divieto, cioè che il datore di lavoro sia un'azienda e che vi sia cessazione dell'attività.

²⁴ L'art. 16, d.lgs. n. 151/2001 prevede un periodo di astensione obbligatoria, durante il quale è fatto divieto assoluto di adibire a lavoro, che normalmente comprende i due mesi precedenti la data presunta del parto e i tre mesi successivi al parto. Tale obbligo di astensione ricomprende, però, sia il periodo intercorrente tra la data presunta e la data effettiva del parto, ove esso avvenga oltre la data presunta, sia gli ulteriori giorni non goduti prima del parto, qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta. In quest'ultimo caso, i giorni di congedo non goduti prima del parto devono essere aggiunti al periodo di congedo di maternità dopo il parto anche se si supera il periodo complessivo di 5 mesi. Tuttavia, con la l. 30 dicembre 2018, n. 145, è stato aggiunto il comma 1.1. dell'art. 16, che riconosce alla lavoratrice la «facoltà di astenersi dal lavoro esclusivamente dopo l'evento del parto entro i cinque mesi successivi allo stesso». Ciò a condizione che lo consentano il medico specialista del Servizio sanitario nazionale e il medico competente ai fini della prevenzione e della tutela della salute nei luoghi di lavoro. Sulla modifica del 2018 v. CAFIERO, *Diversità e inclusione. Gli impatti sull'organizzazione del lavoro in azienda e le regole per la certificazione della parità di genere*, Giuffrè, 2023, 36.

sia stato disposto l'esercizio provvisorio, o se far prevalere una concezione sostanziale dell'evento "cessazione".

La Suprema Corte, richiamando l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale in materia, fa propria l'idea per cui il concetto di cessazione dell'attività d'azienda deve essere interpretato in senso sostanziale. Affinché, dunque, possa considerarsi effettivamente cessata l'attività d'azienda deve escludersi «ogni possibilità che comporti, in qualche modo, la continuazione o la persistenza dell'impresa, a qualsiasi titolo essa avvenga». Pertanto, non potendosi configurare una reale cessazione dell'attività, l'ordinanza ha respinto il ricorso della società, con conseguente applicazione della tutela ripristinatoria *ex art. 18, l. n. 300/1970*.