

Tribunale di Milano, sez. lav.,
17 maggio 2018, n. 1213

Giuseppe Bulgarini d'Elci
Avvocato in Milano - Partner,
Carnelutti Studio Legale Associato
Marco Sartori
Avvocato in Milano - Partner,
Carnelutti Studio Legale Associato

Esito negativo della prova e licenziamento di lavoratrice in gravidanza

Il Tribunale di Milano decide una fattispecie di licenziamento in regime di tutele crescenti, connotato da specifiche peculiarità.

La fattispecie

Il caso riguarda un recesso in prova intimato nei confronti di una lavoratrice in stato di gravidanza, comunicata al datore di lavoro pochi giorni prima del licenziamento.

Il datore aveva comunicato il licenziamento alla dipendente dopo soli 4 giorni di effettivo lavoro, a fronte di un periodo di prova pari a 60 giorni.

La lettera di licenziamento si limitava a indicare il mancato superamento del periodo di prova, senza articolare una più specifica motivazione sulle ragioni della valutazione negativa datoriale.

Il Giudice dichiara la nullità *tout court* dell'atto interruttivo del rapporto di lavoro e applica la sanzione prevista dall'art. 2, commi 1 e 2, D.Lgs. n. 23/2015, ordinando la reintegrazione della dipendente sul posto di lavoro e condannando il datore di lavoro al risarcimento del danno commisurato all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (unitamente alla relativa contribuzione sociale) dalla data del licenziamento sino alla effettiva reintegrazione.

Meritano riflessione, non senza qualche appunto di segno critico, gli snodi argomentativi articolati dal Tribunale di Milano per maturare il proprio verdetto.

Le questioni

I percorsi che conducono il Giudice alla applicazione del massimo rimedio sanzionatorio previsto in regime di tutele crescenti sono due e, sebbene concettualmente distinti, l'uno e l'altro muovono dalla dichiaratoria di radicale nullità dell'atto di recesso.

Il Tribunale di Milano affronta un caso di presunzione di discriminazione per "condizione di gravidanza" e nullità del patto di prova a cui conseguirebbe la reintegrazione del lavoratore assunto con il contratto a tutele crescenti

Quanto al primo, il Giudice sottolinea come la fattispecie del licenziamento (lavoratrice in stato di gravidanza) sia riconducibile - esattamente come richiesto dal citato art. 2, D.Lgs. n. 23/2015 - «agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge».

Quanto al secondo, l'estensore sviluppa un pensiero più stratificato, concludendo per la nullità del licenziamento in quanto, questa volta, «discriminatorio», qualificazione prevista (anch'essa) dal medesimo art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015 quale presupposto di applicazione della reintegrazione.

Approfondiamo, singolarmente, tali percorsi.

L'onere di motivazione in caso di licenziamento in prova della lavoratrice in stato di gravidanza

L'incipit della motivazione della sentenza - secondo cui «è vero, infatti, che nella generalità dei casi, nel periodo di prova entrambe le parti possono recedere ad nutum senza obbligo di motivazione» - consente di puntualizzare, su un piano prettamente teorico, che:

- › per un periodo massimo di sei mesi dall'inizio del rapporto di lavoro, il licenziamento durante il periodo di prova è *sottratto* alla regola di necessaria giustificazione del licenziamento (art. 10, comma 1, L. 15 luglio 1966, n. 604);
- › all'esonero dall'obbligo di motivazione si aggiunge, quale ulteriore condizione di flessibilità del recesso, la dispensa della parte recedente dalla obbligazione del preavviso ex art. 2118 cod. civ., giusta la disposizione eccezionale sancita dall'art.

LA MASSIMA

Licenziamento individuale - Tutele crescenti - Lavoratrice in stato di gravidanza - Divieto di licenziamento nell'intervallo temporale ex art. 54, comma 1, D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151 - Licenziamento per esito negativo della prova - Mancato assolvimento dell'onere della prova sull'esito negativo del periodo di prova - Applicabilità della tutela reintegratoria ex art. 2, comma 1, D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23

Il divieto di licenziamento della lavoratrice madre nell'intervallo temporale previsto dall'art. 54, comma 1, D.Lgs. n. 151/2001 (decorrente dalla data di inizio della gravidanza sino al compimento di un anno di età del bambino) non opera in caso di licenziamento per esito negativo della prova, purché il datore di lavoro (in ottemperanza al principio sancito dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 172/1996) fornisca le ragioni che giustifichino il giudizio negativo sull'esito dell'esperimento sotteso al periodo di prova. Laddove il datore di lavoro non assolva a tale onere, il licenziamento deve ritenersi nullo alla stregua di espressa disposizione di legge (art. 54, comma 5, D.Lgs. n. 151/2001), con conseguente operatività della tutela reintegratoria ai sensi dell'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015.

Licenziamento individuale - Tutele crescenti - Lavoratrice in stato di gravidanza - Divieto di licenziamento nell'intervallo temporale ex art. 54, comma 1, D.Lgs. n. 151/2001 - Licenziamento per esito negativo della prova - Discriminatorietà del licenziamento - Dati presuntivi e statistici della discriminatorietà - Applicabilità della tutela reintegratoria ex art. 2, comma 1, D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23

La prossimità temporale tra la data di comunicazione dello stato di gravidanza e la data di licenziamento della lavoratrice (due giorni), nonché la durata irrisoria della prestazione lavorativa resa durante il periodo di prova (quattro giorni), costituiscono elementi di fatto chiari, precisi e concordanti dai quali desumere che la lavoratrice (pur formalmente licenziata per esito negativo della prova, in realtà) sia stata espulsa per motivi discriminatori connessi allo stato di gravidanza, con conseguente applicazione della tutela reintegratoria ai sensi dell'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015. Alla stessa conclusione deve giungersi in applicazione della prova basata su dati statistici disciplinata dall'art. 28, D.Lgs. n. 150/2011, in considerazione della particolare attitudine dello stato di gravidanza a costituire oggetto di discriminazione.

¶ Tribunale di Milano, sez. lav. 17 maggio 2018, n. 1213 - Est. Porcelli

2096, comma 3, cod. civ., secondo cui «durante il periodo di prova ciascuna delle parti può recedere dal contratto, senza obbligo di preavviso o d'indennità».

La disciplina del licenziamento in prova appena enunciata, laddove il recesso datoriale sia indirizzato

(come nel caso di specie) ad una lavoratrice in stato di gravidanza, subisce particolari *adattamenti*.

Il *Testo Unico sostegno maternità e paternità* (D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151) contempla il *licenziamento in prova* fra le eccezioni al *divieto* di licenziamento operativo tra la data di inizio del periodo di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino^[1].

Ricorrendo la condizione di gravidanza, tuttavia, la presenza del patto di prova *non esonera* il datore di lavoro dall'obbligo di motivazione del recesso per esito negativo della prova stessa (onere da cui il datore è ordinariamente affrancato, viceversa, nel contesto della generale disciplina del licenziamento in prova^[2]).

A tale proposito, la sentenza richiama un precedente della Corte Costituzionale (pronunziatosi in relazione alla previgente Legge 30 dicembre 1971, n. 1204 recante *Tutela delle lavoratrici madri*, abrogata dall'art. 86 del D.Lgs. n. 151/2001), la quale, affrontando la stessa problematica, aveva espressamente posto a carico del datore di lavoro recedente in prova un (eccezionale) onere motivazionale.

La Consulta affermava che «il datore che risolve il rapporto di lavoro in prova con una lavoratrice di cui, all'atto del recesso, gli è noto lo

stato di gravidanza deve spiegare motivatamente le ragioni che giustificano il giudizio negativo circa l'esito dell'esperimento, in guisa da consentire alla controparte di individuare i temi della prova contraria e al giudice di svolgere un opportuno sindacato di merito sui reali motivi del recesso, al fine di escludere con ragionevole

1. Art. 54, comma 1 e comma 3, lett. d), D.Lgs. n. 151/2001.

2. Art. 10, L. n. 604/1966.

certezza che esso sia stato determinato dalla condizione di donna incinta»^{3]}.

Nella prospettiva tracciata dal Giudice delle Leggi, nel cui solco si colloca il Tribunale di Milano, l'assegnazione di specifiche ragioni alla base del licenziamento in prova viene a costituire una specifica garanzia per la lavoratrice destinataria del recesso, la quale è posta nelle condizioni di scrutinare la *genuità* della determinazione risolutoria del datore di lavoro, onde verificarne ipotetici collegamenti con lo stato di gravidanza, sussistendo i quali, viceversa, scatterebbe la sanzione della nullità.

Le conclusioni del Tribunale di Milano

Delineato questo quadro normativo e giurisprudenziale, il Tribunale di Milano conclude per la declaratoria di nullità del licenziamento.

La lettera di licenziamento in prova esaminata dal Giudice era risultata completamente sguarnita di motivazioni, né quest'ultime erano emerse in giudizio, essendo la datrice di lavoro rimasta contumace.

L'assenza di motivazioni, necessarie ai fini dell'operatività dell'eccezione al divieto di licenziamento, ha portato il giudice meneghino a dichiarare il recesso nullo *tout court*, con applicazione della tutela reintegratoria ex art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015, applicabile - tra l'altro - nei casi di nullità «espressamente previsti dalla legge».

La norma richiamata è, giustappunto, l'art. 54, comma 5, D.Lgs. n. 151/2001, il quale prevede la nullità del licenziamento della lavoratrice in gravidanza.

La disciplina del licenziamento discriminatorio

Il Tribunale di Milano perviene alla declaratoria di nullità del licenziamento anche attraverso un secondo itinerario argomentativo, imperniato sulla affermata natura *discriminatoria* del provvedimento espulsivo.

Il già richiamato art. 2, D.Lgs. n. 23/2015 attiva la tutela reintegratoria non solo laddove, come illustrato nel precedente paragrafo, una apposita disposizione di legge preveda "espressamente" la nullità del re-

cesso, ma in tutti i casi di licenziamento nullo «perché discriminatorio a norma dell'art. 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni».

Il variegato perimetro dell'istituto del "licenziamento discriminatorio" impone un succinto inquadramento giuridico, sul piano sostanziale e su quello processuale.

Il primo aspetto (sostanziale) appare privo di elementi di complessità.

La norma statutaria (art. 15) richiamata dall'art. 2, D.Lgs. n. 23/2015 commina la nullità di licenziamento intimato sulla base, tra l'altro, di una «discriminazione...di sesso». In questo senso, la giurisprudenza già da tempo ha ascritto alla fattispecie di "discriminazione di genere" (meritevole, in quanto tale, della massima tutela reintegratoria) situazioni analoghe a quelle esaminate dalla sentenza, laddove l'atto espulsivo presenti connessioni con lo stato di gravidanza della lavoratrice vittima del recesso^{4]}.

Meno lineare, invece, è il piano processuale.

Poiché nella lettera di licenziamento l'intento discriminatorio è in genere *camuffato* da una motivazione apparentemente valida (es., un asserito giustificato motivo oggettivo oppure l'esito negativo del periodo di prova), sorge la problematica di identificare gli strumenti processuali tramite i quali la lavoratrice (gravata dell'onere probatorio) possa *smascherare* la (dissimulata) finalità discriminatoria del licenziamento.

Il Tribunale di Milano si avvale sia della prova "presuntiva", sia della prova "statistica".

La prova presuntiva

«Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato»^{5]}.

La prova del licenziamento discriminatorio tramite l'ausilio della presunzioni ha già incontrato l'avallo della giurisprudenza, laddove è stato affermato che «l'onere di provare la sussistenza del motivo illecito del licenziamento, quale è quello discriminatorio, grava - in

3. Corte Costituzionale, sentenza 31 maggio 1996, n. 172.

4. A questo proposito, la giurisprudenza ha affermato che «il licenziamento di una dirigente, che sia stato adottato per ragioni collegate alla gravidanza o alla maternità della stessa, costituisce una discriminazione diretta basata sul sesso, con le conseguenze previste dall'art. 18 st. lav., a prescindere dal numero dei dipendenti e anche in favore dei dirigenti» (Tribunale di Milano, Sezione Lavoro, 9 agosto 2007, in D.L. Riv. Crit. Dir. Lav., 2007, 4, 1235).

5. Art. 2727 cod. civ.

applicazione della regola generale sulla ripartizione dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 cod. civ.- sul lavoratore che lo alleggi a fondamento della domanda di reintegrazione, tenendo conto però che tale onere può essere assolto anche attraverso presunzioni, che, per poter assurgere al rango di prova, debbono essere "gravi, precise e concordanti"»⁶.

Attivando il meccanismo presuntivo, il Tribunale di Milano perviene all'accertamento del fatto ignoto (la discriminazione) attraverso la "giustapposizione" di "fatti noti" incontestati e documentali, valorizzando l'estrema vicinanza temporale tra la data di comunicazione dello stato di gravidanza e la data del licenziamento (separate da soli due giorni) e l'estrema brevità di giorni di lavoro in prova della lavoratrice (appena quattro).

Tali circostanze convincono il Tribunale di Milano circa l'infondatezza dell'asserito esito negativo del periodo di prova (di durata *ictu oculi* insufficiente per il compiuto esperimento sotteso alla prova stessa), a fronte di una decisione espulsiva manifestamente legata allo stato di gravidanza comunicato dalla lavoratrice.

(segue): la prova basata su dati di carattere statistico

Nella chiosa della motivazione, il Giudice invoca le disposizioni di cui all'art. 28 del D. Lgs. 1 settembre 2011, n. 150 (recante *Disposizioni complementari al codice di procedure civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione*), il quale disciplina l'istituto della prova basata su "dati di carattere statistico", fruibile con riferimento ad un vasto ambito di ipotesi di discriminazione, ivi incluse le ipotesi di discriminazione di genere contemplate dal D. Lgs. 11 aprile 2006 (cd. *Codice delle Pari Opportunità*).

Il succitato art. 28, comma 4, in particolare, prevede che «Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. I dati di carattere

statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata».

Questo strumento processuale, ben lungi dall'istituire un'inversione *integrale* dell'onere probatorio (trasferendolo *tout court* dal lavoratore al datore di lavoro), istituisce una inversione dell'onere probatorio meramente *parziale*, ponendo in capo al lavoratore una preventiva attività di allegazione, ben precisa e definita, di "dati di carattere statistico" da cui far presumere l'esistenza della discriminazione. Solo a fronte di tale attività, il datore di lavoro è chiamato ad offrire la prova contraria di una valida ragione a fondamento del licenziamento⁷.

Stando al dato letterale dell'art. 28 D.Lgs. n. 151/2011 ed alla relativa interpretazione fornita dalla Suprema Corte, il meccanismo processuale ivi delineato appare indissolubilmente legato, *in primis*, ad una allegazione del lavoratore, chiamato ad indicare elementi oggettivi (appunto, statistici) sulla cui base "far presumere" l'intento discriminatorio del datore di lavoro, a quel punto (ma solo a quel punto) gravato di apposito onere probatorio di segno contrario.

Su questo specifico aspetto, la sentenza del Tribunale di Milano appare viziata da un salto logico. Il giudice meneghino utilizza, infatti, questa disposizione per sostenere "ad colorandum" (l'espressione è del giudice) che lo stato di gravidanza è foriero sul piano statistico di atti di discriminazione.

La natura discriminatoria del licenziamento della lavoratrice, in altre parole, risulta "verosimile" proprio a causa della gravidanza, la quale costituisce una condizione, ad avviso del giudice, che nell'ambito dei rapporti di lavoro esprime una "particolare attitudine" verso reazioni datoriali discriminatorie.

Considerazioni conclusive

La sentenza del giudice meneghino, non lo nascondiamo, è piuttosto allarmante.

Se si possono condividere le conclusioni relative alla nullità per omessa motivazione del licenziamen-

6. Cass. 15 novembre 2000, n. 14753.

7. Cass. 5 giugno 2013, n. 14206, secondo cui «l'indicazione, quale elemento tipizzato, dei dati statistici, ...è emblematica della serietà che deve caratterizzare gli elementi su cui fondare il ragionamento probabilistico (una prova statistica, infatti, ancorché non caratterizzata da un rigore scientifico cui resisti non potest non può che essere caratterizzata, ai fini della controllabilità globale dei risultati, da una chiara esplicitazione delle modalità di rilevazione degli stessi, dalla misurazione oggettiva e quantitativa dei fenomeni, da chiare modalità di presentazione delle informazioni».

to della lavoratrice in gravidanza, così come l'uso di presunzioni "chiare, precise e concordanti" per supportare il convincimento del giudice sulla natura discriminatoria di un atto espulsivo, altrettanto non può essere per la "particolare attitudine" dello stato di gravidanza a produrre *ex se* un atto discriminatorio.

Il giudice non spiega questa sua affermazione, la butta lì, testuali parole, "ad colorandum", in chiusura della propria motivazione e la associa, anche qui senza spiegarne le ragioni, a "dati di carattere statistico".

Quello che si ricava è una associazione quasi oggettivata del licenziamento discriminatorio allo stato

di gravidanza. Come a dire che, se il datore recede dal rapporto con una dipendente in stato di gravidanza, poiché questa condizione statisticamente stimola le peggiori "attitudini", dobbiamo aspettarci di essere in presenza di un atto discriminatorio.

Ci permettiamo sommessamente di dissentire, segnalando il pericolo che simili conclusioni possano allargare a dismisura il perimetro della nozione di discriminazione, con il rischio di un incontrollato aumento dei confini della tutela reale piena a fronte di licenziamenti che ricadrebbero nell'area delle tutele crescenti. ●