

Dall'art. 15 dello Statuto dei Lavoratori al nuovo testo dell'art. 18 L. 300/70: gli effetti prodotti dalla discriminazione negli ambienti di lavoro e le tutele

IL COMPORTAMENTO E IL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO

di Antonio BELSITO*

Sommario: 1. Premessa. 2. Il comportamento discriminatorio. 3. Tipologie di discriminazione. 4. Licenziamento discriminatorio e quello ritorsivo. 5. L'interpretazione estensiva del licenziamento discriminatorio. 6. L'impugnazione del licenziamento discriminatorio. 7. Onere della prova. 8. Conclusioni.

1. Premessa

Dal 1970 con l'entrata in vigore dello Statuto dei Lavoratori per contrastare gli atti discriminatori nei confronti dei lavoratori sono state proposte specifiche azioni giudiziarie onde ottenere il rispetto delle disposizioni vigenti.

La norma introdotta con la legge 300/70 ha ritenuto nullo qualsiasi patto o atto diretto a subordinare l'occupazione del lavoratore alla condizione di aderire ad una specifica associazione

ovvero non aderirvi o addirittura licenziare il lavoratore a causa della sua affiliazione o attività sindacale o partecipazione ad uno sciopero.

Ed ancora, lo stesso articolo ha previsto la nullità di patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali.

Nel testo di riforma dell'art. 18 L. 300/70 entrato in vigore con la legge Fornero 92/2012 è stata espressamente prevista la nullità del licenziamento discriminatorio.

In questo breve scritto si esaminerà

*Avvocato giuslavorista.

il comportamento discriminatorio e in particolare il licenziamento discriminatorio distinguendolo da quello ritorsivo, per poter meglio comprendere effetti e conseguenze di una eventuale impugnazione del licenziamento, che verosimilmente si potrebbe ipotizzare un ampliamento dell'ambito di applicazione.

2. Il comportamento discriminatorio

Il datore di lavoro deve astenersi dal discriminare i lavoratori o gli aspiranti dipendenti per ragioni di sesso secondo quanto previsto nell'art. 15 L. 300/70, e all'art. 37, I comma Cost. in particolare l'art. 15 così recita: "È nullo qualsiasi patto od atto diretto a: a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte; b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero. Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso."

Il lavoratore discriminato, concorrendo sia la responsabilità extracontrattuale che quella contrattuale, potrà proporre l'azione per l'una o l'altra responsabilità, nel primo caso provando la colpa o il dolo del datore di lavoro della condotta lesiva, nel secondo provando la violazione del diritto di credito per i danni limitatamente a quelli prevedibili quanto è sorta l'obbligazione.¹

¹ Cass. Sez. Lav. 25/09/2002 n. 13942

La giurisprudenza guarda con attenzione ai comportamenti materiali od omissivi del datore di lavoro quando deve accertare "qualsiasi atto o patto diretto a...".

Possono ritenersi comportamenti omissivi quelli derivanti da atti posti in essere e ritenuti ingiusti dal lavoratore, come ad esempio la sua mancata promozione ove si ritenga più meritevole e preferito ingiustamente da un altro.²

L'onere di provare l'atto discriminatorio, come si vedrà più avanti è a carico del lavoratore.

Tuttavia, va evidenziato che mentre nell'accertare un comportamento discriminatorio ed antisindacale a seguito del quale venga promosso giudizio ex art. 28 L. 300/70 non occorre verificare anche la volontarietà del comportamento tenuto dal datore di lavoro perché se ne constati la sussistenza, negli accertamenti degli atti discriminatori di cui all'art. 15 L. 300/70 bisognerà tener conto della volontarietà e la giustificazione oggettiva di tale atto sarà idonea a rendere irrilevante qualsiasi intenzione discriminatoria.³

Deve quindi accertarsi la volontarietà del comportamento posto in essere dal datore di lavoro.

È necessario garantire a tutti i lavoratori la parità di trattamento.

Per principio di parità di trattamento si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a

² Cfr. G. DE SIMONE, *Dai princii alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2001. G. AMOROSO, *sub art. 3 l. n. 108/1990*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Diritto del lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, Giuffrè, Milano, 2009.

³ A. BELSITO "Limiti ai poteri del datore di lavoro", 61, Caucci, Bari 2006

causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale.⁴

Si evidenzia, altresì, che il divieto di discriminazione dei dirigenti sindacali previsto dalla norma in questione è cosa diversa dalla tutela prevista in favore del sindacato ex art. 28 L. 300/70.

Nel primo caso, infatti, si tratta di tutela dei diritti del singolo lavoratore mentre nel secondo la tutela è in favore dell'organizzazione sindacale.

Il datore di lavoro che ponga in essere atti discriminatori vietati dalla legge potrà essere sanzionato non soltanto sul piano civilistico con la nullità degli atti ma, se il fatto costituisca illecito penale, anche con le sanzioni previste dall'art. 38 dello Statuto dei Lavoratori.

Anche per i trattamenti economici è vietata la concessione degli stessi in forma di maggior favore per alcuni lavoratori a danno di altri.

Per trattamento economico discriminatorio va inteso qualsiasi beneficio, vantaggio o utilità quantificato in termini economici allo scopo di avvantaggiare soltanto alcuni dipendenti per i motivi discriminatori espressamente elencati nell'art. 15 Stat. Lav..

Riemergono i cosiddetti comporta-

menti omissivi del datore di lavoro derivanti da quel comportamento discriminatorio (*non riconoscere il compenso maggiore in favore di alcuni per motivi discriminatori, attribuendolo - con comportamento materiale - invece ad altri*).

Il divieto oggettivo di discriminazione dei lavoratori per ragioni collegate al sesso opera anche nei rapporti di lavoro autonomo sulla base della costituzione, dei principi generali dell'ordinamento e, in particolare, delle regole poste dal diritto comunitario.

Si ha discriminazione nei casi in cui per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia stata, o sarebbe stata trattata un'altra in una situazione analoga ovvero quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di un'altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto alle altre.⁵

Anche nei rapporti di lavoro autonomo opera il divieto oggettivo di discriminazione dei lavoratori per ragioni collegate all'appartenenza ad un determinato sesso o per motivi di religione o convinzioni personali, per handicap, per età o orientamento sessuale sia in caso di discriminazione diretta (*quando una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sarebbe trattata un'altra in situazione analoga*) sia in caso di discriminazione indiretta (*quando una*

⁴ Art. 2 D.lgs. 09/07/2003 n. 187 "... Tale principio comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta, così come di seguito definite: a) discriminazione diretta quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga; b) discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento, apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggiato rispetto ad altre persone".

⁵ Cass. Sez. Lav. 26/05/2004 n. 10179

disposizione, un criterio una prassi, un patto o un comportamento apparentemente neutri possano mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia o siano portatrici di handicap, ecc., in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone).⁶

3. Tipologie di discriminazione

Con l'entrata in vigore del d.lgs. del 09/07/2003 n. 216 vengono sanzionati tutti i comportamenti che pongono la parte in una situazione di svantaggio.

La discriminazione infatti può derivare non semplicemente dal diverso trattamento di più persone che si trovano in una condizione simile ma dal trattamento che viene adottato nei confronti di persone che si trovano in situazioni diverse.⁷

Risulta così superata la nozione soggettiva di discriminazione.

Gli artt. 25 e 26 del d.lgs. 198/2006 hanno individuato le tipologie della discriminazione.

Si legge all'art. 25 co. 2 bis l. cit. che ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive ovvero in ragione della titolarità o dell'esercizio dei relativi diritti costituisce discriminazione.

Queste ultime possono essere dirette o indirette a seconda che vengano adottate disposizioni, prassi o comportamenti utili a porre in essere atti o comportamenti che producano effetti pregiudizievoli discriminando lavoratori

o lavoratrici in virtù del loro sesso o con trattamenti meno favorevoli in situazioni simili.

Le discriminazioni risultano indirette quando con determinati comportamenti che apparentemente non risultino discriminatori si possono creare condizioni per arrecare particolare svantaggio ad altri lavoratori di altro sesso.

Tra le discriminazioni ci sono anche le molestie che consistono in comportamenti indesiderati che producono l'effetto di violare la dignità di un lavoratore o di una lavoratrice in un clima umiliante ed ostile.

Le molestie possono essere anche sessuali e consistono anche in comportamenti indesiderati a connotazione sessuale.

Ci possono altresì essere comportamenti discriminatori in reazione a proteste o lamentele rivolte dal lavoratore per ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomo e donna, ovvero trattamenti meno favorevoli subiti da una lavoratrice per non aver accettato molestie e molestie sessuali.

Possono anche sussistere comportamenti discriminatori collettivi rivolti ad una pluralità di soggetti e ciò emerge anche se *prima face* non sia possibile individuare i lavoratori lesi.

Il d.lgs. 198/2006 agli artt. 36 e 37 distingue tra discriminazione individuale e la discriminazione collettiva in questi casi il lavoratore prima o i lavoratori che si ritengono discriminati possono essere rappresentati processualmente dalla consigliera (o consigliere) di parità.

Vi è anche la tutela giudiziaria per la cosiddetta vittimizzazione di cui all'art. 41 bis d.lgs. 198/2006 avverso i comportamenti pregiudizievoli posti in essere nei confronti della persona lesa

⁶ Cass. Sez. Lav. 26/05/2004 n. 10157

⁷ Cfr. F. BARRACCA "Compendio di diritto del lavoro" nel Diritto Editore 2017, 264 : quanto innanzi è riconosciuto "sia dal diritto dell'Unione Europea che dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDI)".

da una discriminazione come reazione ad un'attività diretta a far valere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne.

I d.lgs. 215/2003 e 216/2003 evidenziano la tutela contro le discriminazioni per motivi di razza, di origine etnica, religione, convinzioni personali, handicap, età, orientamento sessuale.

Queste disposizioni offrono una tutela diretta contro le discriminazioni di cui all'art. 15 l. 300/70 e si aggiungono alle tutele contro le discriminazioni di genere.

I due decreti legislativi sopra citati sono di entrambi di attuazione di direttive CEE: il primo della Dir. 2000/43/CEE il secondo della Dir. 2000/78/CE.

È possibile promuovere procedimento antidiscriminatorio per la tutela in sede giudiziaria secondo quanto previsto dall'art. 28 d.lgs. 150/2011 al fine di accertare l'esistenza di un comportamento discriminatorio ai danni del lavoratore.

È il datore di lavoro che ha l'onere della prova circa l'insussistenza della discriminazione.

Il Giudice, accogliendo il ricorso, condanna al risarcimento dei danni ed alla rimozione degli effetti nonché potrebbe ordinare la pubblicazione della sentenza a spese della persona condannata.

La legittimazione processuale ad agire spetta oltre alla parte interessata anche ad associazioni ed agli enti impegnati alla lotta per la discriminazione.

4. Licenziamento discriminatorio e quello ritorsivo

Fasi del licenziamento discriminatorio sono quelle di diritto interno - art. 4 l. 604/66, art. 15 l. 300/70 e art. 3 l. 108/1990 - e quelle del diritto europeo

- Direttiva 76/207/CEE sulle discriminazioni di genere.⁸

Va rilevato che la riforma introdotta con il jobs act (d.lgs. 23/2015) con riferimento ai licenziamenti discriminatori è rimasta invariata secondo quanto già disposto dalla legge 92/2012.

In particolare il nuovo decreto legislativo all'articolo 2 riproduce i primi tre comma dell'art. 18 l. 300/70 precisando la non applicabilità di questa normativa ai dirigenti. Di conseguenza ora non è più possibile proporre *sic et simpliciter* impugnazione di licenziamenti ritenuti discriminatori da parte dei dirigenti. La nozione di giustificatazza introdotta dalla contrattazione collettiva in materia di **licenziamento** del dirigente è nettamente distinta dalle nozioni di giusta causa e di giustificato motivo di cui all'art. 2119 c.c. e all'art. 3, L. n. 604 del 1966, traducendosi essenzialmente, in assenza di arbitarietà e pretestuosità o, per converso, nella ragionevolezza del provvedimento datoriale. La nozione di giustificatazza si estende sino a comprendere qualsiasi motivo di recesso che ne escluda l'arbitarietà, con i limiti del rispetto dei principi di correttezza e buona fede e del divieto del **licenziamento discriminatorio**.⁹

È **discriminatorio** e produce gli effetti reintegratori e risarcitori di cui all'art. 18, comma 1, della l. n. 300 del

⁸ Cfr. L. CORAZZA, *Il licenziamento discriminatorio*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. CARINCI (a cura di), *Diritto del lavoro*, Utet, Torino, 1998. *Il licenziamento discriminatorio*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, III, in M. BESSONE (diretto da), *Il diritto del Lavoro. Trattato di Diritto Privato*, Giappichelli, Torino, 2007. *L'estinzione del rapporto*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, Utet, Torino, 2009.

⁹ Cass. civ. Sez. lavoro Ord., 04/01/2019, n. 87

1970, come modificato dalla l. n. 92 del 2012, il **licenziamento** collettivo di lavoratrici intimato in violazione dell'art. 5, comma 2, della l. n. 223 del 1991 (come modificato dall'art. 6, comma 5 bis, del d.l. n. 148 del 1993, inserito in sede di conversione con l. n. 236 del 1993), quando la percentuale femminile di manodopera licenziata è superiore a quella delle addette alle medesime mansioni proprie dell'ambito aziendale interessato dalla procedura.¹⁰

Il licenziamento ritorsivo prevede, invece, la sussistenza di un motivo illecito di cui all'art. 1345 cod. civ..¹¹

A tal proposito la giurisprudenza ha elaborato negli anni tale norma in maniera estensiva includendo fattispecie di licenziamenti seppur non corrispondenti alle specifiche ipotesi contenute nella norma inerente la discriminazione rivenissero da un motivo ritorsivo o di rappresaglia, in tal modo creandosi una confusione tra "la discriminazione ed il motivo illecito e determinante".¹²

La giurisprudenza di legittimità ha confermato la distinzione tra licenziamento discriminatorio e licenziamento ritorsivo.¹³

Per affermare il carattere ritorsivo e quindi la nullità del provvedimento espulsivo, in quanto fondato su un motivo illecito, occorre specificamente dimostrare - con onere a carico del lavoratore - che l'intento discriminatorio e di rappresaglia per l'attività svolta abbia avuto efficacia determinativa **esclusiva** della volontà del datore di lavoro,¹⁴ anche rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso. Si tratta di un onere probatorio particolarmente gravoso, che può essere assolto anche mediante l'utilizzo di presunzioni.

Il licenziamento per ritorsione - diretta o indiretta che questa sia - è un licenziamento nullo quando il motivo ritorsivo, come tale **illecito** sia sta-

¹⁰ Cass. civ. Sez. lavoro Ord., 24/05/2019, n. 14254

¹¹ Art. 1345 cod. civ.: "Il **contratto** è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un **motivo illecito** comune ad entrambe [artt. 626, 788, 1418 c.c.]".

¹² M.T. CROTTI - M. MARZANI, *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, 2014, p. 224, "Tale impostazione è stata invero da alcuni criticata in dottrina, in quanto comporterebbe una serie di distorsioni interpretative rispetto all'evoluzione della teoria della discriminazione e, soprattutto, della normativa in materia. Le critiche si concentrano sul fatto che l'articolo 1345 del codice civile è costruito sulla base della presenza di elementi soggettivi («il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito») e non su dati oggettivamente verificabili; che la causa illecita è richiesta quale causa determinante (e perciò unica); che l'intero onere probatorio è in capo al lavoratore. Secondo l'orientamento critico, se l'applicazione di tale norma e dei suoi requisiti avrebbe potuto, in ipotesi, essere utilmente invocata per quanto concerne i casi non tipizzati di motivo

illecito (ad esempio il licenziamento ritorsivo a fronte di una causa intentata dal lavoratore nei confronti del datore di lavoro), più difficilmente essa sembrerebbe utilizzabile per le ipotesi tipizzate (ad esempio il licenziamento ritorsivo per azione sindacale) che dovrebbero invece rientrare a pieno titolo nel 'nuovo' diritto antidiscriminatorio".

¹³ Cass. Sez. Lav. 05/04/2016 n. 6575: "La nullità del licenziamento discriminatorio discende direttamente dalla violazione di specifiche norme di diritto interno, quali l'art. 4 della l. n. 604 del 1966, l'art. 15 st.lav. e l'art. 3 della l. n. 108 del 1990, nonché di diritto europeo, quali quelle contenute nella direttiva n. 76/207/CEE sulle discriminazioni di genere, sicché, diversamente dall'ipotesi di licenziamento ritorsivo, non è necessaria la sussistenza di un motivo illecito determinante ex art. 1345 c.c., né la natura discriminatoria può essere esclusa dalla concorrenza di un'altra finalità, pur legittima, quale il motivo economico. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito sulla natura discriminatoria di un licenziamento che conseguiva la comunicazione della dipendente di volersi assentare per sottoporsi ad un trattamento di fecondazione assistita).

¹⁴ Corte di Appello di Bari Sez. Lavoro, 08/02/2018

to l'unico determinante dello stesso ai sensi del combinato disposto dell'art. 1418 cod. civ. co. 2, artt. 1345 e 1324 cod. civ.¹⁵

Esso costituisce ingiusta ed arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore compiuto (diretto) o di altra persona ad esso legata e pertanto accomunata nella reazione (indiretto), che attribuisce al licenziamento il connotato della ingiustificata vendetta.¹⁶

L'onere della prova dell'esistenza del motivo di ritorsione del licenziamento grava esclusivamente sul lavoratore (si veda più avanti).

L'art. 3 della l. 108/1990 che delimita la fattispecie del licenziamento discriminatorio individua le specifiche fattispecie.¹⁷

Non rilevano ai fini del licenziamento discriminatorio eventuali profili di arbitrarietà ed irrazionalità dell'atto così come l'esistenza di ipotesi di di-

scriminazione diverse da quelle previste dalla legge.¹⁸

In conclusione per il licenziamento ritorsivo è necessaria la prova del motivo illecito **unico** che ha determinato il provvedimento espulsivo; per il licenziamento discriminatorio è necessaria la prova delle ragioni discriminatorie individuate dalla legge poste a base dello stesso licenziamento.¹⁹

Il licenziamento ritorsivo potrebbe pertanto essere assimilato a quello discriminatorio eventualmente per estenderne la tutela, fermo restando la distinzione delle due fattispecie.

* * * * *

5. L'interpretazione estensiva del licenziamento discriminatorio

Acclarata quindi la differenza tra licenziamento discriminatorio e quello ritorsivo, si evidenzia che non è esclusa la possibilità di impugnarlo individuando contestualmente entrambe le fattispecie.

Il divieto di licenziamento discriminatorio, sancito dall'art. 4 della legge n. 604 del 1966, dall'art. 15 st. lav. e dall'art. 3 della legge n. 108 del 1990²⁰,

¹⁵ Cfr. Cass. civ. Sez. lavoro Sent., 07/11/2018, n. 28453: "L'allegazione del carattere ritorsivo del licenziamento impugnato comporta a carico del lavoratore l'onere di dimostrare l'illiceità del motivo unico e determinante del recesso, sempre che il datore di lavoro abbia almeno apparentemente fornito la prova dell'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo del recesso, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 604 del 1966. La prova della unicità e determinatezza del motivo non rileva, invece, nel caso di licenziamento discriminatorio, che ben può accompagnarsi ad altro motivo legittimo ed essere comunque nullo".

¹⁶ Corte di Appello di Bari Sez. Lavoro, 28/03/2017

¹⁷ Art. 3 l. 108/1990: Licenziamento discriminatorio "1. Il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie ai sensi dell'articolo 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'articolo 13 della legge 9 dicembre 1977, n. 903, È nullo indipendentemente dalla motivazione adottata e comporta, quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, le conseguenze previste dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dalla presente legge. Tali disposizioni si applicano anche ai dirigenti".

¹⁸ Trib. Roma – Sez. Lav. 09/01/2017

¹⁹ Distinzione tra ritorsività e discriminarietà del licenziamento: Cass. n. 6575/2016; Cass. n. 10384/2015; Cass. n. 3986/2015.

²⁰ Corte d'Appello Torino Sez. lavoro, 25/09/2017: "La nullità del licenziamento discriminatorio discende direttamente dalla violazione di specifiche norme di diritto interno, quali l'art. 4 della legge n. 604 del 1966, l'art. 15 dello Statuto dei lavoratori e dall'art. 3 della legge n. 108 del 1990, nonché di diritto europeo, quali quelle contenute nella direttiva n. 76/207/CEE sulle discriminazioni di genere, sicché, diversamente dall'ipotesi di licenziamento ritorsivo, non è necessaria la sussistenza di un motivo illecito determinante ex art. 1345 c.c., né la natura discriminatoria può essere esclusa dalla

è suscettibile - in base all'art. 3 Cost. e sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritto antidiscriminatorio e antivessatorio, in particolare, nei rapporti di lavoro, a partire dalla introduzione dell'art. 13 nel Trattato CE, da parte del Trattato di Amsterdam del 1997 - di **interpretazione estensiva**, sicché l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia, che costituisce cioè l'ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore, quale unica ragione del provvedimento espulsivo, essendo necessario, in tali casi, dimostrare, anche per presunzioni, che il recesso sia stato motivato esclusivamente dall'intento ritorsivo.²¹

Si fa presente però che non sono rilevabili di ufficio i motivi dell'impugnazione del licenziamento. Per cui se si impugna lo stesso soltanto per motivi discriminatori il giudice non potrà esaminare altri motivi inerenti lo stesso licenziamento, seppur fondati, ma non evidenziati dall'interessato.

Pertanto qualora il lavoratore, impugnato il licenziamento, agisca in giudizio deducendo il motivo discriminatorio o ritorsivo, l'eventuale difetto di giusta causa, pur ricavabile da circostanze di fatto allegare, integrare un ulteriore, e non già compreso, motivo di illegittimità del recesso, come tale non rilevabile d'ufficio dal giudice e neppure configurabile come mera diversa qualificazione giuridica della domanda.²²

concorrenza di un'altra finalità, pur legittima, quale il motivo economico".

²¹ Cass. Sez. Lav. 03/12/2015 n. 24648

²² Cass. civ. Sez. Lav. 22/06/2016 n. 12898: "In applicazione dell'anzidetto principio, la S.C. ha confermato la sentenza di appello, che aveva escluso la natura discriminatoria del licenziamento di un dipendente di un ente

Quando si tratta di licenziamento per motivo illecito si può ritenere che secondo l'interpretazione giurisprudenziale sussista un ampliamento dell'esame della nullità del licenziamento discriminatorio esteso anche a quello determinato da motivo illecito, di ritorsione o di rappresaglia quale arbitraria reazione del datore di lavoro ad un comportamento del lavoratore.

* * * * *

6. L'impugnazione del licenziamento discriminatorio

L'impugnazione del licenziamento discriminatorio presuppone l'accertamento di circostanze di fatto sulla base di specifica allegazione e non può essere dedotto in secondo grado essendo precluso il mutamento in tale grado del fatto costitutivo della pretesa.²³

Il licenziamento discriminatorio si impugna ai sensi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori così come modificato dall'art. 1 l. 92/2012.

Al primo comma del nuovo articolo 18 l. 300/70 così come riformulato si legge: "1. Il giudice, con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché **discriminatorio** ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n.

locale poiché il recesso era stato intimato per sanzionare non il suo orientamento sessuale ma l'asserito discredito apportato all'ente datore di lavoro dall'attività di prostituzione, posta in essere dal lavoratore ed ampiamente pubblicizzata su siti internet".

²³ Cass. civ. Sez. Lav. 11/12/2018 n. 31987

198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, comma 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da **un motivo illecito** determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro. (omissis...).

Si fa presente che il Giudice non può rilevare di ufficio una ragione di nullità del licenziamento diversa da quella eccepita dalla parte, trovando tale circostanza riscontro nella previsione dell'art. 18, comma 7 della l. 20 maggio 1970 n. 300, come modificato dalla l. 28 giugno 2012 n. 92, e dell'art. 4 del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, nella parte in cui fanno riferimento all'applicazione delle tutele previste per il licenziamento discriminatorio, quindi affetto da nullità, "sulla base della domanda formulata dal lavoratore".²⁴

La disciplina della invalidità del licenziamento è caratterizzata da specialità, rispetto a quella generale della invalidità negoziale, desumibile dalla previsione di un termine di decadenza per impugnarlo e di termini perentori per il promovimento della successiva azione di impugnativa, che resta circoscritta all'atto e non è idonea a estendere l'oggetto del processo al rapporto,

non essendo equiparabile all'azione con la quale si fanno valere diritti autodeterminati; ne consegue che il giudice non può rilevare di ufficio una ragione di nullità del licenziamento diversa da quella eccepita dalla parte, trovando tale conclusione riscontro nella previsione dell'art. 18, comma 7, della l. n. 300 del 1970, come modificato dalla l. n. 92 del 2012, e dell'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui fanno riferimento alla applicazione delle tutele previste per il licenziamento discriminatorio, quindi affetto da nullità, "sulla base della domanda formulata dal lavoratore".²⁵

In caso di impugnazione giudiziale del **licenziamento** per vizi procedurali e insussistenza del giustificato motivo oggettivo, è inammissibile la deduzione, fatta valere per la prima volta in sede di reclamo ex art. 1, comma 58, della l. n. 92 del 2012, del carattere **discriminatorio** del recesso e della sua conseguente nullità (nella specie, per violazione del divieto di **licenziamento** della lavoratrice madre in corso di congedo parentale), atteso che tale vizio presuppone l'accertamento, sulla base di specifica allegazione, di circostanze di fatto non comprese nell'originario tema d'indagine e va pertanto incontro alla preclusione del mutamento in secondo grado degli elementi materiali del fatto costitutivo della pretesa, operante anche nel giudizio di reclamo.²⁶

Nei casi di comportamenti pregiudizievoli posti in essere nei confronti della persona lesa da discriminizzazioni "... quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini-

²⁴ Corte Appello Bari Sez. Lavoro, 01/03/2018

²⁵ Cass. Sez. Lav. 24/03/2017 n. 7687

²⁶ Cass. civ. Sez. lavoro Sent., 11/12/2018, n. 31987

ni e donne ...” (cd. “vittimizzazione”) ex art. 41 bis d.lgs. 198/2006 è possibile procedere in sede giudiziaria e se il caso promuovere anche due procedimenti di urgenza : il primo se si richiede la rimozione del comportamento discriminatorio individuale ed il secondo se trattasi di discriminazione collettiva secondo quanto previsto dagli artt. 37 co. 4 e 38 d.lgs. cit..

7. Onere della prova

Il nostro ordinamento processual-civilistico in tema di onere della prova trova fondamento nell’antico brocardo “*onus probandi incumbit ei qui dicit*”, ponendo pertanto a carico della parte che deduce un determinato fatto l’onere di darne adeguata prova.

Il codice civile all’art. 2697 statuisce: “*chi vuol far valere il diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento*”.

L’onere della prova, quindi, secondo i principi generali resta a carico di chi intenda far valere un proprio diritto.

Anche il lavoratore che intenda ottenere un compenso non percepito, ad esempio, per lavoro straordinario avrà l’onere di provare la relativa prestazione o anche nel caso in cui rivendichi emolumenti per prestazioni di lavoro supplementare.

Tuttavia, in alcune circostanze il lavoratore non ha direttamente a suo carico tale onere.

Ed invero, nel caso di impugnazione del licenziamento l’onere della prova è invertito.

I principi giuslavoristici in materia di acquisizione delle prove, discostandosi a volte da quelli generali, ci insegnano che il lavoratore - impugnato il licenziamento ritenuto illegittimo - attende che il datore di lavoro lo smentisca,

provando la legittimità e correttezza del provvedimento espulsivo.

Così come, ad esempio, quando il lavoratore lamenta il mancato pagamento delle sue spettanze è onere del datore di lavoro provare l’avvenuta liquidazione delle somme.

Ci sono però numerose eccezioni a tale criterio lavoristico inerente l’onere probatorio in materia di impugnazione del licenziamento.

Oggi infatti molto spesso tale onere nelle controversie di lavoro incombe sul lavoratore.

In tema di licenziamento discriminatorio il lavoratore, in forza dell’attuazione del regime probatorio ordinario in virtù delle varie Direttive Europee, recepite, ha l’onere di dimostrare sia il fattore di rischio sia il trattamento riservato a suo danno in favore di altri lavoratori.

La giurisprudenza di legittimità ha ribadito questo concetto come si legge nella massima che segue: “*In tema di licenziamento discriminatorio, in forza dell’attenuazione del regime probatorio ordinario introdotta per effetto del recepimento delle direttive n. 2000/78/CE, n. 2006/54/CE e n. 2000/43/CE, così come interpretate dalla CGUE, incombe sul lavoratore l’onere di allegare e dimostrare il fattore di rischio e il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe, deducendo al contempo una correlazione significativa tra questi elementi, mentre il datore di lavoro deve dedurre e provare circostanze inequivoche, idonee ad escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria del recesso*”.²⁷

²⁷ Cass. civ. Sez. lav. 27/09/2018, n. 23338

Sempre in tema di licenziamento ritorsivo l'orientamento giurisprudenziale evidenzia la necessità da parte del lavoratore di dimostrare l'illiceità del motivo unico e determinante del recesso.²⁸

L'allegazione da parte del lavoratore del carattere ritorsivo del licenziamento intimatogli non esonera il datore di lavoro dall'onere di provare l'esistenza di giusta causa o giustificato motivo. Soltanto nel caso in cui sia stata fornita tale prova incomberà sul lavoratore l'onere di dimostrare la ritorsività del recesso.

Inoltre, nel caso di impugnativa di licenziamento discriminatorio, secondo il rito di cui all'art. 1, commi 48 e seguenti, della l. n. 92 del 2012, è ammissibile la proposizione in via subordinata, da parte del lavoratore, delle domande volte alla declaratoria di difetto di giusta causa ovvero ingiustificatezza del recesso datoriale, in quanto fondate sul comune presupposto della vicenda estintiva del rapporto, né tale trattazione congiunta determina aggravii istruttori, evitando, semmai, un'inutile rinnovazione dell'attività processuale oltre al frazionamento dei processi cui accede il rischio di giudicati contrastanti.²⁹

Infine, anche la tutela contro le mo-

lestie sessuali durante il rapporto di lavoro è esposta alle discriminazioni di genere.³⁰

8. Conclusioni

Queste brevi riflessioni hanno preso spunto dalle sentenze più recenti della S.C. di Cassazione che sostanzialmente riportano i concetti già formulati negli anni inerenti il licenziamento discriminatorio, evidenziando che in forza dell'attenuazione del regime probatorio ordinario, incombe sul lavoratore l'onere della prova inerente il comportamento discriminatorio del datore di lavoro.

Va altresì evidenziato che in sede di impugnazione del licenziamento trattandosi di una disciplina caratterizzata da specialità - perché l'invalidità del licenziamento è una forma speciale rispetto a quella generale dell'invalidità negoziale - il giudice non può rilevare di ufficio una ragione di nullità del licenziamento diversa da quella eccepita dalla parte.

Altro rilievo importante è appunto quello relativo all'onere della prova ribadito dalla giurisprudenza di legittimità nel 2018 che residualmente pone a carico del datore di lavoro l'onere di provare circostanze idonee ad escludere la natura discriminatoria del recesso.

²⁸ Cass. civ. Sez. lav. 07/11/2018, n. 28453 "L'allegazione del carattere ritorsivo del licenziamento impugnato comporta a carico del lavoratore l'onere di dimostrare l'illiceità del motivo unico e determinante del recesso, sempre che il datore di lavoro abbia almeno apparentemente fornito la prova dell'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo del recesso, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 604 del 1966. La prova della unicità e determinatezza del motivo non rileva, invece, nel caso di licenziamento discriminatorio, che ben può accompagnarsi ad altro motivo legittimo ed essere comunque nullo".

²⁹ Cass. Sez. Lav. 16/08/2016 n. 17107

³⁰ Cass. Sez. Lav. 15/11/2016 n. 23286 "In tema di tutela contro le molestie sessuali nel rapporto di lavoro, l'equiparazione alle discriminazioni di genere enunciata nell'art. 26, comma 2, del d.lgs. n. 198 del 2006, secondo l'interpretazione più conforme alle finalità proprie del diritto comunitario, si estende al regime probatorio presuntivo ex art. 40 del medesimo decreto, sia per l'assenza di deroghe al principio generale, sia per la configurabilità del "tertium comparationis" nel trattamento differenziale negativo rispetto ai lavoratori del diverso genere che non patiscono le medesime condotte".

Per cui, acclarata la specialità di questa invalidità negoziale e le regole rigide imposte al Giudice che deve attenersi a quanto espressamente richiesto dalla parte, l'onere della prova incombe in parte al ricorrente che deve for-

nire la sussistenza della discriminazione ed in parte al datore che deve invece fornire prove che possono escludere che si sia trattato di un licenziamento discriminatorio.

Abstract

L'Autore ha inteso approfondire, secondo gli ultimi indirizzi della giurisprudenza di legittimità, le conseguenze del licenziamento discriminatorio, distinguendolo da quello ritorsivo che, pure in caso di accertamento, produce la nullità del provvedimento stesso.

Trattasi infatti di meglio evidenziare i confini tra il comportamento discriminatorio e quello ritorsivo che possono produrre rispettive forme di licenziamento per alcuni versi simili, perché rivenienti da fatti illeciti, ma comunque di natura diversa e ciò anche ai fini delle specifiche tutele del lavoratore.

The Author intended to investigate the consequences of the discriminatory dismissal, according to the latest guidelines of legitimacy, distinguishing it from the retaliatory dismissal which, even in the case of ascertainment, produces the nullity of the provision itself.

It is in fact better to highlight the boundaries between discriminatory and retaliatory behavior that can produce respective forms of dismissal in some similar ways, because they come from illicit facts, but in any case of a different nature and this also for the purposes of the specific protection of the worker.