

LAVORO

www.quotidianolavoro.ilssole24ore.com

Le pronunce

LA DISTINZIONE

In caso di licenziamento discriminatorio, la nullità opera obiettivamente per il trattamento peggiore riservato al lavoratore come effetto della sua appartenenza alla categoria protetta e a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro. Nell'ipotesi di licenziamento ritorsivo, invece, non solo il recesso deve essere ingiustificato, ma è necessario che il motivo che si assume illecito sia stato anche l'unico determinante. *Cassazione, sentenza n. 14456 del 9 giugno 2017*

RECESSO PER UNA DONNA

Il licenziamento basato sull'intenzione della lavoratrice di sottoporsi a pratiche di fecondazione assistita è una discriminazione basata sul sesso. Va distinta l'ipotesi del licenziamento discriminatorio, che, in base all'articolo 3 della legge 108/1990, è nullo indipendentemente dalla motivazione addotta, dalla ipotesi del licenziamento ritorsivo per il quale serve la prova del motivo illecito unico e determinante. *Cassazione, sentenza 6575 del 6 aprile 2016*

MOTIVO DETERMINANTE

Non è sufficiente che il licenziamento sia anche palesemente ingiustificato perché sia da considerare ritorsivo. È necessario piuttosto che il motivo illecito sia stato l'unico determinante e sempre che il lavoratore ne abbia fornito prova, anche presuntiva (nel caso specifico, il licenziamento del lavoratore era stato giustificato dal suo rifiuto di sottoporsi alle direttive del datore). *Cassazione, sentenza 3986 del 27 febbraio 2015*

RIMOSTRANZE PUNITE

Ha natura ritorsiva nei confronti del lavoratore il licenziamento intimato da un datore di lavoro che, subito dopo le rimostranze del dipendente in merito al pagamento di alcune differenze retributive, proceda al suo licenziamento, sulla base di una contestazione disciplinare comunicata più di un anno prima rispetto al licenziamento stesso. *Tribunale di Milano, sezione lavoro, sentenza del 1° luglio 2016*

IL CASO DEL DIRIGENTE

È ritorsivo il licenziamento per soppressione della posizione intimato a un dirigente: le ragioni del recesso dovevano ravvisarsi nel rifiuto del dipendente di accettare un trattamento economico peggiore. L'azienda avrebbe assicurato al dipendente che, in caso di accettazione di un accordo "consensuale" sul taglio della retribuzione, la sede di lavoro e le mansioni sarebbero rimaste immutate. A cinque giorni dal rifiuto, è arrivato il recesso della società. *Tribunale di Milano, sentenza del 7 marzo 2017*

Contenzioso. Decisiva la volontà del datore per far scattare la nullità del recesso per reazione al lavoratore

Licenziamento ritorsivo da provare

La Cassazione fissa il confine tra motivi di discriminazione e «rappresaglia»

PAGINA A CURA DI
Daniele Colombo

Il licenziamento per motivi discriminatori differisce da quello ritorsivo in quanto mentre il primo si fonda sulla violazione oggettiva di specifiche norme (anche di fonte comunitaria), il secondo trova la sua fonte nella volontà soggettiva del datore di lavoro di recedere dal rapporto di lavoro per motivi illeciti o di rappresaglia nei confronti del lavoratore che fa valere propri diritti. Con la conseguenza che in quest'ultimo caso non sempre scatta l'automatica nullità del recesso.

La Corte di cassazione, con la sentenza 14456 del 9 giugno scorso, ha precisato ancora una volta la distinzione tra discriminazione e ritorsione, confermando l'indirizzo giurisprudenziale inaugurato con la pronuncia della stessa Corte del 5 aprile 2016 n. 6575.

Quest'ultima sentenza, infatti,

nel discostarsi dal precedente orientamento di legittimità che assimilava il licenziamento discriminatorio a quello ritorsivo, riporta il primo tipo di licenziamento alle proprie radici comunitarie e ne evidenzia la natura

LA NOVITÀ

L'atto datoriale non è più invalido in ogni caso ma solo se il motivo della ritorsione è esclusivo, illecito e determinante

oggettiva.

Ma cosa s'intende per licenziamento discriminatorio e quali sono quindi le differenze con quello ritorsivo? E quali gli oneri di prova in capo alle parti? In linea generale, il licenziamento è discriminatorio quando il recesso datoriale è motivato da ragioni di cre-

do politico o di fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato o dalla partecipazione all'attività sindacale, tra cui è compresa la partecipazione del lavoratore ad uno sciopero, nonché da ragioni razziali, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basate sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali del dipendente (articolo 3, legge 108/1990; articolo 4 legge 604/1966; articolo 15, legge 300/1970).

Sussistono poi ulteriori ipotesi di licenziamento discriminatorio riconducibili «agli altri casi di nullità previsti dalla legge» (articolo 18 dello Statuto dei lavoratori), come, ad esempio, lo stato di sieropositività del dipendente (articolo 5 della legge 135/1990). L'elenco dei fattori di discriminazione è sempre stato oggetto di dibattito dottrinale tra chi ne sosteneva la tassatività e chi, invece, la negava. In giurisprudenza è ormai consolidato l'orientamen-

to secondo cui l'elenco delle ragioni discriminatorie è suscettibile di interpretazione estensiva e che, pertanto, ricomprende anche ipotesi non espressamente previste dalle norme vigenti (tra le altre Cassazione 17087/2011).

È ritorsivo, invece, il licenziamento "per rappresaglia", ossia quello intimato a seguito di un comportamento del lavoratore sgradito al datore di lavoro. In tal caso, secondo previsto dall'articolo 1345 del Codice civile, l'atto datoriale è nullo soltanto se dovuto a motivo illecito, esclusivo e determinante.

Con riferimento al motivo ritorsivo l'orientamento tradizionale (Cassazione, sezione lavoro, 3986/2015) affermava che la nullità sancita dall'articolo 1345 del Codice civile doveva essere intesa in senso estensivo, ossia quale sanzione per ogni condotta datoriale che rappresentasse una illecita reazione in funzione vendi-

cativa nei confronti del lavoratore che avesse, a sua volta, esercitato un diritto o comunque tenuto una condotta lecita.

In pratica, anche il licenziamento ritorsivo doveva essere l'unica e determinante motivazione del recesso datoriale affinché potesse considerarsi nullo.

Ma quest'ultimo orientamento è stato rivisto dalla Cassazione che, anche di recente, ha affermato come tra le due fattispecie vi debba essere un'assoluta distinzione: la discriminazione discende direttamente dalla violazione di specifiche norme di diritto interno ed europeo, secondo le quali la discriminazione diretta opera in modo oggettivo; la ritorsione, invece, rende il recesso datoriale nullo soltanto se dovuto a motivo illecito, esclusivo e determinante, profili che quindi rendono rilevante anche la volontà datoriale.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Le conseguenze. L'utilizzo di dati generali ribalta sul datore l'onere probatorio

Disparità di trattamento con prova di tipo statistico

La distinzione tra licenziamento discriminatorio e ritorsivo non è solo una questione nominalistica. Le recenti conclusioni della Suprema corte secondo le quali il licenziamento discriminatorio ha valenza oggettiva indipendentemente dalla volontà effettivamente discriminatoria del datore di lavoro impattano anche sull'onere della prova.

Nel perimetro della discriminazione, il lavoratore che lamenta di essere stato licenziato, appunto, per ragioni discriminatorie, ha l'onere di dimostrare in giudizio l'esistenza a suo danno di un trattamento peggiore rispetto a quello che astrattamente sarebbe stato riservato a un terzo soggetto privo dello stesso fattore di protezione.

Discriminazione statistica

L'onere probatorio a carico del lavoratore è sempre stato piuttosto gravoso e, pertanto, le ragioni discriminatorie risultano di difficilissima dimostrazione. Con la sentenza della Suprema corte 14456/2017 quest'onere risulta attenuato.

La dimostrazione della discriminazione, infatti, è agevolata per legge (articolo 28 Dlgs 150/2011). Il lavoratore che esercita l'azione potrà, quindi, limitarsi a fornire elementi di fatto, desunti anche da dati di tipo statistico (relativi ad assunzioni, regimi retributivi eccetera) tali da fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione di condotte discriminatorie. Una volta fornita tale prova (cosiddetta statistica), spetterà al datore di lavoro, a sua volta, l'onere di provare l'insussistenza oggettiva della discriminazione indipendentemente da un intento discriminato-

rio.

Sarà quindi irrilevante sostenere la mancanza di un intento discriminatorio, dovendo piuttosto il datore dimostrare che nei fatti il trattamento riservato al lavoratore ha una causa lecita (alternativa a quella discriminatoria presunta), ovvero non è diverso da quello che astrattamente sarebbe stato riservato a un terzo soggetto privo dello stesso fattore di protezione, rispetto al quale operare il giudizio di comparazione.

Nulla cambia, invece, in termini di onere della prova nei giudizi di impugnativa dei li-

LA CONTROPARTE

Spetta all'azienda dimostrare che l'allontanamento dipende da una causa lecita per ogni altro soggetto

licenziamenti ritorsivi, nei quali l'onere di provare l'intento di rappresaglia come reazione ad una condotta lecita del lavoratore spetta per intero al dipendente. Anche in questo caso la giurisprudenza consente, tuttavia, ampio utilizzo delle presunzioni.

Ritorsione e fattore-tempo

Il Tribunale di Milano si è pronunciato un anno fa sull'utilizzo delle presunzioni e ha dichiarato la natura ritorsiva di un licenziamento intimato in regime di tutela obbligatoria (si trattava, di un recesso intimato da un'azienda con meno di 15 dipendenti). Nell'esaminare la fattispecie, il giudice ha valorizzato la circostanza che tra la contestazione disciplinare e il licenziamento fosse tra-

scorso un notevole lasso di tempo (più di un anno), nonché la circostanza che il licenziamento fosse stato intimato subito dopo le rimostranze del lavoratore in merito al mancato pagamento di differenze retributive (Tribunale Milano 1° luglio 2016).

Sempre il Tribunale meneghino, ha recentemente ritenuto ritorsivo il licenziamento per soppressione della posizione intimato a un dirigente, evidenziando che le reali ragioni del recesso dovevano ravvisarsi nel rifiuto del dipendente di accettare un trattamento economico peggiore rispetto a quello percepito.

Il giudice, in particolare, ha valorizzato la circostanza emersa in giudizio secondo la quale l'azienda avrebbe assicurato al dipendente che, in caso di accettazione di un accordo "consensuale" avente ad oggetto la diminuzione della retribuzione, la sede di lavoro e le mansioni sarebbero rimaste immutate. Trascorsi solo cinque giorni dal rifiuto del dipendente, la società ha risolto il rapporto per ragioni economiche. La condotta aziendale, ha evidenziato il giudice, denota, anche per il breve lasso di tempo tra gli eventi che hanno condotto al recesso, che si sia trattato, in realtà, di licenziamento ritorsivo con conseguente irrilevanza delle ragioni sottese al recesso per giustificato motivo oggettivo, ossia alla soppressione della posizione lavorativa ricoperta dal dipendente (tribunale Milano 7 marzo 2017).

© RIPRODUZIONE RISERVATA

ESCLUSIVA PER GLI ABBONATI

Le sentenze citate in pagina
www.quotidianolavoro.ilssole24ore.com