Licenziamento discriminatorio e licenziamento ritorsivo: differenze sostanziali e processuali

scritto da goal | 14 Novembre 2019

di Paolo Galbusera*

Per quanto normalmente i concetti di licenziamento discriminatorio e di licenziamento ritorsivo vengano trattati congiuntamente, quasi come se si trattasse della medesima fattispecie, è bene tenere a mente le differenze sostanziali che ci sono tra queste due tipologie di atto espulsivo, che pongono le proprie basi su **fatti costitutivi totalmente differenti**: il primo (licenziamento discriminatorio) ha come presupposto l'appartenenza del lavoratore ad una particolare categoria individuata dalla legge, il secondo invece (licenziamento ritorsivo) si fonda su di un comportamento legittimo del lavoratore che ha scatenato la reazione vendicativa del datore di lavoro.

Tale distinzione trova il suo primo fondamento nel nuovo testo dell'art. 18 L. 300/1970, che al primo comma sanziona con la reintegrazione nel posto di lavoro innanzitutto il **licenziamento discriminatorio** per le ragioni di cui all'art. 3 L. 108/1990, ovvero perché intimato in violazione dei divieti posti a tutela della maternità dall'art. 54 del d.lgs. 151/2001.

Nello specifico, oltre al caso di violazione della tutela prevista dalla legge per la maternità, secondo il citato art. 3 L. 108/1990, è discriminatorio il licenziamento determinato esclusivamente da una delle ragioni indicate dal legislatore, anche comunitario: credo politico, fede religiosa,

appartenenza ad un sindacato, razza, lingua, sesso, handicap, età, orientamento sessuale o convinzioni sessuale. Anche la giurisprudenza ha definito il licenziamento come discriminatorio quando la scelta del lavoratore da licenziare sia dettata da un'ingiustificata differenza di trattamento, che trova la propria ragion d'essere in una delle fattispecie discriminatorie contemplate dalla legge ed è quindi fondato **sulla volontà di escludere dalla compagine sociale un soggetto per il solo fatto di una sua caratteristica personale** (da ultimo Trib. Milano sent. dell'1.03.2019 est. Dr. Lombardi).

Alla categoria sostanzialmente chiusa della discriminatorietà, l'art. 18 co. 1 St. Lav. aggiunge una più generica ipotesi di nullità per i licenziamenti indotti "*da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del cod. civ.*", categoria in cui viene normalmente ricompreso il c.d. **licenziamento ritorsivo** (altresì detto per motivo di rappresaglia), definito dalla giurisprudenza come **ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito** (Trib. Milano sent. del 4.06.2018 n. 1513 est. Dr. Scarzella).

Detto delle differenze sostanziali tra le due tipologie di licenziamento in esame, esse si differenziano anche dal punto di vista processuale e, in particolare, **per il rispettivo regime probatorio**.

Infatti, per quanto riguarda la discriminatorietà, l'onere probatorio in capo al lavoratore è stato fortemente attenuato dalla normativa introdotta in applicazione della Direttiva 2000/78/CE, in particolare dai d.lgs. 215 e 216 del 2003, poi confluiti nell'art. 28 del d.lgs. 150/2011 (richiamati altresì dall'art. 40 del d.lgs. 198/2006 – Codice delle Pari Opportunità): "*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***".

In questo caso, quindi, se il lavoratore deduce la propria caratteristica personale oggetto di discriminazione ed è in grado di fornire elementi di fatto e dati di carattere statistico a sostegno della propria tesi, scatta una sorta di presunzione semplice ex art. 2729 cod. civ., con la conseguenza che **diventa onere del datore di lavoro provare la non discriminatorietà del proprio comportamento**. Tale principio concretizza sostanzialmente un alleggerimento dell'onere probatorio in capo al soggetto che lamenta di aver subito la discriminazione, il quale, di fatto, per provare la discriminazione subita, può ricorrere ad elementi presuntivi precisi e concordanti, e si fonda su quelli che sono i dettami espressamente previsti dalla normativa in materia di parità di trattamento e antidiscriminazione.

Nel caso del licenziamento ritorsivo, invece, secondo i principi fissati dall'unanime giurisprudenza, il regime probatorio è totalmente differente: in tema di provvedimento del datore di lavoro a carattere ritorsivo, **l'onere della prova su tale natura dell'atto grava sul lavoratore**, potendo esso essere assolto con la dimostrazione di elementi specifici tali da far ritenere con sufficiente certezza l'intento di rappresaglia, il quale deve avere avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di lavoro.

E qui un'ulteriore differenza tra le due fattispecie: come visto, in caso di licenziamento ritorsivo, l'intento di rappresaglia deve essere **l'unico e determinante** e pertanto l'esistenza di un giustificato motivo di licenziamento esclude tendenzialmente la ritorsività dello stesso. In caso di licenziamento discriminatorio, invece, la natura discriminatoria dello stesso **non può essere esclusa** dalla concorrenza di un'altra finalità, seppur legittima, quale ad es. il giustificato motivo oggettivo (principio espresso da Trib. Milano sent. del 27.7.2018 est. Dr. Perillo).

* *Avvocato in Milano – Galbusera&Partners*