

ANNALISA ROSIELLO / *Avvocato giuslavorista in Milano*

GLI EFFETTI DEL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO NELLA DISCIPLINA ESISTENTE E NELLE PROSPETTIVE DI RIFORMA

Sintesi

Nel numero di questa rivista (n. 5/12) si sono esaminate le possibili forme delle discriminazioni ed il rigoroso impianto normativo stabilito dalla nostra Costituzione, dalla normativa interna e dalla Comunità Europea. Tale apparato normativo costituisce il fondamento per l'applicazione di uno dei più importanti principi etici e di civiltà: il principio di uguaglianza.

Persino i più recenti (e discussi) interventi legislativi hanno dovuto fermarsi davanti al diritto antidiscriminatorio.

Si fa riferimento al Decreto Legge n. 138/2011 (c.d. manovra di agosto) convertito con modificazioni nella Legge n. 148/2011 che ha introdotto la possibilità, per mano della contrattazione - si noti - aziendale di stabilire deroghe anche peggiorative rispetto alla legge e alla contrattazione collettiva nazionale su gran parte delle aree tematiche giuslavoristiche, incluse - si noti ancora - "le conseguenze del licenziamento". Ebbene, tale norma ha previsto che restano ferme le norme costituzionali (sic), comunitarie e internazionali ed in ogni caso ha escluso la derogabilità sulle seguenti materie:

licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o

del lavoratore e licenziamento in caso di adozione o affidamento.

La proposta di legge Monti-Fornero di cui si discute in questi giorni (marzo 2012), e della quale si è annunciata la presentazione in Parlamento, mantiene ferma l'applicazione del regime sanzionatorio dell'articolo 18, Legge n. 300 del 1970 (reintegrazione e risarcimento del danno) solo per i licenziamenti discriminatori, ed espressamente estende tale regime sanzionatorio, ovvero quello stabilito dall'articolo 18, ai licenziamenti causati da matrimonio, gravidanza, richiesta di congedo, adozione o affidamento e quelli dettati da motivo illecito.

Veniamo dunque ad esaminare partitamente le tipologie di licenziamento variamente discriminatorio, e come tale illecito, ed i loro effetti alla luce della legislazione attualmente vigente, come anche interpretata dalla giurisprudenza.

Il licenziamento discriminatorio in

senso proprio

La fattispecie del licenziamento discriminatorio è disciplinata dall'articolo 15 della Legge n. 300/1970 e dall'articolo 3 della Legge n. 108/1990 (in precedenza art. 4, L. n. 604/1966): queste disposizioni, arricchitesi nel corso degli anni con interventi della normativa antidiscriminatoria di derivazione comunitaria, hanno sancito tutte il medesimo principio: è nullo il licenziamento dettato da ragioni di ordine sindacale, politico, religioso, razziale, di lingua, di sesso, di handicap, di età, basate sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali.

Spetta al lavoratore dimostrare l'origine discriminatoria del licenziamento, pur potendo questi avvalersi del regime probatorio agevolato stabilito dai Decreti Legislativi nn. 215 e 216 del 2003 (art. 4) e dal Decreto Legislativo n. 198/2006 (art. 40).

Tale licenziamento è nullo indipendentemente dal numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro ed a prescindere dalle motivazioni addotte. Detto regime si

applica anche a dirigenti e ai lavoratori in prova.

Gli effetti di tale recesso sono, come stabilisce l'articolo 3, Legge n. 108/1990 sopra richiamata, quelli previsti dall'articolo 18 dello Statuto lavoratori: reintegrazione nel posto di lavoro e risarcimento del danno pari a tutte le retribuzioni e contribuzioni previdenziali ed assistenziali maturate dalla data del licenziamento fino alla data dell'effettiva reintegrazione, nella misura non inferiore a n. 5 mensilità, con la possibilità per il lavoratore di optare per n. 15 mensilità in luogo della reintegrazione.

Licenziamento per matrimonio, gravidanza, congedi, adozione e affidamento

Ulteriore tipologia di licenziamento vietato e nullo è quello comminato in concomitanza di matrimonio (nel periodo intercorrente dal giorno delle pubblicazioni, in quanto segua il matrimonio a un anno dopo), istituito disciplinato dall'articolo 35 del Decreto Legislativo n. 198/2006. In questo caso vi è una presunzione di nullità, superabile dal datore di lavoro solo qualora questi dimostri che il licenziamento non è dovuto a matrimonio, ma ad una delle seguenti, tassative, ipotesi: colpa grave della lavoratrice costituente giusta causa; cessazione dell'attività dell'azienda; scadenza del termine.

Gli effetti di tale recesso sono quelli della nullità c.d. civilistica o di diritto comune: la lavoratrice ha diritto al ripristino *ex tunc* del rapporto nonché al pagamento delle retribuzioni e delle contribuzioni dalla data del licenziamento a quello della effettiva riammissione in servizio. Attesa la presumibile e fortemente probabile origine discriminatoria del licenziamento in parola, parte della giurisprudenza ritiene allo stesso applicabile il regime previsto dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori.

Analogamente, ai sensi dell'articolo 54,

Decreto Legislativo n. 151/2001, è vietato e nullo il licenziamento in concomitanza di gravidanza della lavoratrice (dal momento del concepimento all'anno di vita del bambino), al padre e alla madre in concomitanza della richiesta di congedo e per la malattia del bambino nonché in caso di fruizione del congedo per adozione o affidamento fino ad un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare.

Il licenziamento intimato per motivo illecito o ritorsivo

Ulteriore fattispecie riconducibile all'area dei licenziamenti illeciti è il licenziamento ritorsivo (altrimenti detto "per vendetta").

Trattasi del licenziamento costituente una ingiusta ed arbitraria reazione datoriale legata all'esercizio di un diritto, di una prerogativa o di un dovere da parte del lavoratore (ad esempio un'azione stragiudiziale o giudiziale, una testimonianza resa in tribunale, ecc.) o ad una qualsiasi attività del lavoratore diretta ad ottenere il rispetto di norme e principi (quali la parità di trattamento, la legalità, la sicurezza sul lavoro, ecc.).

La c.d. "vittimizzazione" è assimilata espressamente alle discriminazioni nell'ambito del Decreto Legislativo n. 198/2006, articolo 26, comma 3, che sancisce: "sono considerate altresì discriminazioni quei trattamenti sfavorevoli da parte del datore di lavoro che costituiscono una reazione ad un reclamo o ad una azione volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne".

In generale, ed a prescindere dal mancato richiamo nell'ambito delle restanti norme antidiscriminatorie del principio affermato nell'articolo 26 sopra riportato, si rileva l'orientamento della giurisprudenza di gran lunga prevalente con cui si afferma che il carattere ritorsivo del licenziamento determina la nullità del provvedimento stesso in quanto nullo (illecito) è il motivo determinante posto alla base dello stesso,

ai sensi dell'articolo 1345 c.c. e dell'articolo 1418 c.c.

Sempre la prevalente giurisprudenza (v. ad es. Cass. 18 marzo 2011, n. 6282) stabilisce che "il divieto di licenziamento discriminatorio - sancito dall'art. 4 L. n. 604 del 1966, dall'art. 15 L. n. 300 del 1970 e dall'art. 3 L. n. 108 del 1990 - è suscettibile di interpretazione estensiva sicché l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia".

La giurisprudenza ha altresì evidenziato il nesso che deve sussistere tra comportamento (lecito) del lavoratore e provvedimento vendicativo (appunto, ritorsivo): in particolare, il motivo di fatto ritorsivo deve risultare essere realmente ed effettivamente determinante della volontà del datore di lavoro.

Si evidenzia altresì che l'onere della prova del motivo ritorsivo è in capo al lavoratore che deduce come il provvedimento datoriale sia in realtà determinato da una volontà vendicativa, ovvero come l'intento di rappresaglia o discriminatorio abbia avuto un ruolo decisivo della volontà del datore di lavoro; in questo senso la giurisprudenza è senz'altro pacifica e non prevede alcun tipo di inversione dell'onere probatorio.

In ogni caso, è sempre la giurisprudenza a valorizzare il ruolo delle presunzioni al fine del raggiungimento della prova della ritorsione, che in caso contrario non sarebbe altrimenti dimostrabile: il lavoratore deve pertanto allegare fatti che siano ricostruibili nei termini di "gravità, precisione e concordanza" propri delle presunzioni valorizzate *ex* articolo 2729 c.c.. La ritorsione si può ricavare pertanto dalla connessione temporale tra un atto attribuito al lavoratore e la reazione, anche apparentemente legittima del datore di lavoro che però, complessivamente considerata, consenta la ricostruzione della fattispecie nei termini indicati.

Gli effetti del licenziamento ritorsivo, sempre alla luce della giurisprudenza sul tema, sono pertanto gli stessi stabiliti dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoro-

ri, a prescindere dal numero di dipendenti occupati presso l'impresa.

De iure condendo

Le varie tipologie di licenziamento illecito sopra trattate sono rese uniformi nei loro effetti dalla proposta di legge Monti-Fornero in via di presentazione: ciò che precedentemente era frutto di interpretazione giurisprudenziale più o meno consolda-

ta - ovvero l'applicazione dell'articolo 18 anche ai licenziamenti per matrimonio, gravidanza, ecc. nonché ai licenziamenti ritorsivi - in futuro potrebbe essere sancito espressamente dalla legge.

Tuttavia, e sempre ai fini del rispetto e della concreta attuazione del principio di eguaglianza (art. 3, co. 2, Cost.), del diritto al lavoro (artt. 1 e 4 Cost.) e della dignità del lavoratore (art. 41, co. 2), è auspicabile un radicale ripensamento della

proposta di riforma del suddetto articolo 18 nella parte in cui questa fa venir meno l'obbligo di reintegrazione (totalmente per i licenziamenti legati a motivazioni oggettive) e comprime fortemente il diritto al risarcimento del danno (limitato a n. 12 mensilità), ponendo in sostanza a carico del lavoratore il rischio delle lungaggini processuali.



Mauro Parisi

APPRENDISTATO E TIROCINI FORMATIVI

CONTROLLI E GARANZIE

Prezzo: € 25,00

Aggiornato alla D.Lgs. 14 settembre 2011, n. 167,
Testo unico dell'apprendistato

TeleConsul Editore

EDIZIONI GIURIDICHE
SIMONE

ordina la tua copia sul sito www.tcshop.it o al nostro responsabile di zona