



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO E RITORATIVO

Firenze, 20 giugno 2018

PATRIZIA TULLINI
Dipartimento di Scienze Giuridiche

NOZIONE DI LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO: FONTI

Fonti nazionali:

- Art. 4, l. n. 604/66;
- Art. 15 St. lav. (richiamato dall'art. 2, d. lgs. n. 23/15);
- Art. 3, l. n. 108/90 (richiamato dall'art. 18 St.lav. mod. ex l. n. 92/12).

Fonti europee:

- Dir. 54/2006/Ce («parità tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego»);
- Dir. 78/2000/Ce (attuata dal d. lgs. n. 216/03) («parità di trattamento in materia di lavoro e condizioni d'impiego»);
- CGUe 22.5.2014, C-356/12: «la parità di trattamento, sancita dall'art. 20 Carta di Nizza è principio generale dell'Unione e il principio di non discriminazione enunciato dall'art. 21, par. 1, ne è una particolare espressione».



FATTORI DI DISCRIMINAZIONE: ELENCO CHIUSO O APERTO ?

L'indirizzo che sostiene una nozione di discriminazione «aperta e non tassativa»:

- in base all'art. 3 Cost. (Cass. lav. n. 18927/2012);
- in base all'art. 14 CEDU e art. 21 Carta di Nizza (T. Civitavecchia 1.3.2018);
- «il divieto di licenziamento discriminatorio è suscettibile d'interpretazione estensiva» (Cass. lav. n. 24648/2015);
- Ammessi fattori discriminatori «atipici»: ad es., la collocazione in CIG (T. Bologna 17.12.2017).



I FATTORI DI PROTEZIONE TIPIZZATI: E' POSSIBILE UN'INTERPRETAZIONE ESTENSIVA ?

Alcuni casi esemplari :

- Il fattore «**handicap**»: il licenziamento del disabile per assenze reiterate di malattia (CGUe 18.1.2018, C-270/16; 9.3.2017, C-406/15; 18.12.2014 C-354/13; T. Roma, 12.3.2018)
- Malattia oncologica**: non è inclusa secondo T. Roma, 9.1.2017;
- Molestie e molestie sessuali** assimilate al fattore di genere ex art. 26, co. 2, e co. 3-bis, d. lgs. n. 198/2006, nonché art. 2, co. 3, d. lgs. n. 216/2003.



LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO E DEROGHE LEGITTIME: IL CASO DELL'ETA'

CgUE 19.7.2017, Abercrombie: l'art. 21 Carta Nizza e dir. 78/2000 non ostano alla disciplina nazionale che consenta di stipulare contratto di lavoro intermittente con lavoratore < 25 anni e di licenziarlo al superamento del limite d'età, perché «persegue una finalità legittima di politica del lavoro e i mezzi sono appropriati e necessari».

Cass. lav. 21.2.2018, n. 4223: «la deroga alla parità di trattamento (in entrata e in uscita) è giustificata dalla finalità di natura sociale».



.....ANCORA SUL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO PER RAGGIUNTI LIMITI D'ETA'

- **CGUe 7.2.2018 (ord.) e Cass. lav. 17.5.2018, n. 12108:** la cessazione automatica del rapporto di lavoro per raggiunti limiti d'età differenti per le donne (ballerine) integra una discriminazione diretta in base al genere, «alla quale non possono opporsi legittime deroghe per finalità sociali e d'interesse pubblico»;
- **Cass. 30.5.2018, n. 13678:** ha sollevato questione pregiudiziale avanti la CGUe per contrasto con il principio di non discriminazione per età ai sensi della Dir. 78/2000 e Carta di Nizza, in caso di cessazione automatica del rapporto di lavoro di pilota aereo ad un'età (60° anno secondo disciplina nazionale speciale) differente da altri piloti.




ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

Licenziamento discriminatorio e licenziamento ritorsivo: le differenze

LO SPARTIACQUE GIURISPRUDENZIALE

«La discriminazione diversamente dal motivo illecito opera **obiettivamente** - in ragione del mero rilievo del trattamento peggiore quale effetto dell'appartenenza del lavoratore alla categoria protetta - ed a **prescindere dalla volontà illecita** del datore».

«Il licenziamento discriminatorio è nullo indipendentemente dalla motivazione adottata, con ciò evidenziando, da un lato, una netta distinzione della discriminazione dall'area dei motivi, dall'altro, l'idoneità della condotta discriminatoria a determinare per sé sola la nullità del licenziamento»

Cass. lav. n. 6575 del 2016



LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO vs. RITORIVO

Licenziamento discriminatorio è nullo:

- ✓ «*indipendentemente dalla motivazione addotta*»: art. 4, l. n. 604/66 e art. 3, l. n. 108/90
- ✓ «*indipendentemente dal motivo formalmente addotto*»: art. 2, co. 1, d. lgs. n. 23/2015

Il licenziamento ritorsivo è nullo:

- ✓ se causato «*da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c.*»: art. 18, co. 1, St. lav. (mod. ex l. n. 92/2012).



DISCRIMINAZIONE E MOTIVO ILLECITO: ANCORA CONFUSIONE ?

Una casistica giurisprudenziale ancora confusa, nonostante l'intervento di Cass. lav. n. 6575/2016.

Alcuni esempi:

- Il licenziamento per ritorsione, diretta o indiretta, è assimilabile a quello discriminatorio (T. Roma, 2.8.2017)
- La questione classificatoria è irrilevante quanto alle conseguenze e «nel licenziamento discriminatorio va ricompreso anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia» (Cass. lav. n. 12592/16)
- «L'area dei motivi vietati ex art. 3, l. n. 108/90 deve ritenersi estesa anche al licenziamento per ritorsione o rappresaglia, intimato quale unica ragione del provvedimento espulsivo» (Cass. lav. n. 23286/16)





Il regime probatorio del licenziamento discriminatorio e quello per motivo illecito

ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

IL REGIME PROBATORIO DEL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO (1)

Onere probatorio a carico del lavoratore (art. 28, co. 4, d.lgs. n. 150/11):

- Allegare il fattore di discriminazione e la relazione causale con il trattamento peggiore (anche se il lavoratore non appartiene alla categoria protetta per l'eventuale relazione con il 'portatore' del fattore di protezione: c.d. discriminazione associata);
- Indicare il termine di comparazione (reale o potenziale);
- Fornire elementi di fatto («precisi e concordanti») idonei a fondare la presunzione di licenziamento discriminatorio;
- Fornire eventuali dati statistici (ad es., relativi ai licenziamenti nell'azienda interessata), intesi in senso a-tecnico come «regolarità causali» che determinano una ragionevole probabilità di accadimento.



IL REGIME PROBATORIO DEL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO (2)

Prova a carico del Datore dell' «insussistenza della discriminazione» (art. 28, co. 4, d.lgs. n. 150/11):

- **In caso di discriminazione diretta:** occorre la prova della ragione non discriminatoria del trattamento differenziato con esclusiva rilevanza causale; oppure allegazione d'una deroga legittima, consentita dalla legge o per un carattere essenziale del lavoratore (es. art. 27, co. 6, d.lgs. 198/2006)

- **In caso di discriminazione indiretta:** occorre la prova dell'inesistenza d'una discriminazione per sussistenza d'una causale giustificativa del licenziamento, perseguita con mezzi appropriati e necessari.

Il difetto o insufficienza della prova contraria resta a carico del Datore.



LA PROVA DEL LICENZIAMENTO RITORSORIVO

Onere a carico del lavoratore: «non solo il licenziamento dev'essere ingiustificato, ma è necessario anche che il motivo che si assume essere illecito sia stato l'unico determinante» (Cass. lav. n. 14456/2017)

Onere a carico del datore: «La rilevanza della reazione vendicativa o di rappresaglia può essere esclusa in presenza di una *concorrente e valida giustificazione* del licenziamento (GC e GM) di cui il datore provi l'esistenza».



L. n. 179/2017 sul c.d. Whistleblowing prevede che «è onere del datore dimostrare che (il licenziamento) è fondato su ragioni estranee alla segnalazione» di reati o irregolarità (art. 2-quater).



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

GRAZIE DELL'ATTENZIONE !

www.unibo.it