

Licenziamento del Rappresentante Sindacale per discriminazione.

Continua l'altalena di orientamenti sulla inclusione del concetto di ritorsività nelle tipologie della discriminazione

Nota a Corte di Appello di Firenze, Sez. Lav., 22 ottobre 2019, n. 754 – Pres. D'Amico - Est. Papait – S. Spa (avv.ti Favalli, Tona, D'Arco, Ercoli) c. D.M.G. (avv. Pileggi)

Attività sindacale – Licenziamento discriminatorio – Licenziamento ritorsivo – Onere della prova – Agevolazione probatoria – Lesione dell'interesse sindacale alla corretta esecuzione degli accordi conclusi - Rispetto degli obblighi di buona fede e correttezza nel rapporto di lavoro - Controlli investigativi – Discrimine tra legittimità ed illegittimità di questi

Art. 1, comma 58 Legge n. 92/2012 – Artt. 15 e 28 Legge n. 300/1970 – Art. 2729 c.c.

di Livia Tamburro*

Il lavoratore che ha impugnato il licenziamento poiché asseritamente discriminatorio e/o ritorsivo, in ragione dell'attività sindacale da lui svolta e considerata sgradita alla società datrice, ha l'onere di provare il fattore di rischio e il trattamento che assume meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti attivi in condizioni analoghe, allegando, al contempo, una correlazione significativa tra tali presupposti.

Il datore di lavoro – a propria volta - deve dedurre circostanze inequivoche, idonee ad escludere, per precisione gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria del recesso, in quanto dimostrative di una scelta che sarebbe stata operata con i medesimi parametri nei confronti di qualsiasi altro lavoratore privo del fattore di rischio, che si fosse trovato nella stessa posizione. (Massime a cura dall'A.)

I limiti dei controlli investigativi ex artt. 2, 3, 4 e 8 Stat. Lav.

La sentenza della Corte di Appello di Firenze trae origine dal reclamo proposto ex art. 1, comma 58 L. n. 92/2012 avverso la sentenza emessa dal Tribunale di Firenze, in funzione del Giudice del Lavoro, che ha dichiarato la nullità del licenziamento discriminatorio intimato ad un lavoratore rappresentante sindacale.

Dalla vicenda in fatto risulta che il dipendente, informatore scientifico del farmaco (ISF) e delegato sindacale (RSU e RSL- Responsabile Sicurezza), era stato licenziato per asserita giusta causa in relazione a violazioni disciplinari, contestategli all'esito di indagini investigative, dalle quali era emerso che, a dire della società datrice di lavoro, nei *report* mensili inoltrati all'azienda per il rimborso delle spese sopportate in funzione della prestazione di lavoro, in realtà il dipendente avesse incluso tempi impiegati per espletare attività private, inconferenti con la prestazione.

Le indagini avrebbero avuto origine a seguito di segnalazione anonima.

Il lavoratore ha impugnato il licenziamento quale discriminatorio e/o ritorsivo, disposto in realtà, a suo dire, in ragione dell'attività sindacale da lui svolta e considerata sgradita alla società datrice.

Chiedeva, pertanto, la tutela reintegratoria piena *ex art. 18*, commi 1 e 2 Legge n. 300/1970.

Il Tribunale accoglieva la domanda, rilevando che gli elementi di fatto allegati dal medesimo quali indizi della dedotta discriminazione non risultavano superati da alcuna prova contraria fornita dalla società datrice, che era gravata del relativo onere.

La società proponeva reclamo contro il suddetto provvedimento chiedendone l'integrale riforma, con rigetto di tutte le domande proposte dal lavoratore, assumendo che le allegazioni attrici non erano idonee a dimostrare il carattere discriminatorio del licenziamento; il lavoratore chiedeva il rigetto del reclamo insistendo, gradatamente, nelle istanze subordinate istruttorie già proposte.

Il Collegio ha rigettato il reclamo ritenendo infondate le censure proposte dall'azienda e carenti, sotto il profilo probatorio, della dimostrazione di fatti idonei al superamento del quadro allegatorio proposto dal ricorrente.

La Corte di Appello di Firenze mostra di condividere l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, nel riscontro della discriminazione, viene ad essere applicato, sul piano logico giuridico, un sillogismo che attiene allo scrutinio di una possibile diseguaglianza, attraverso la comparazione tra situazioni di fatto.

Il lavoratore, da una parte, è tenuto ad allegare lo specifico fattore di rischio discriminatorio, individuando i fatti dai quali è possibile desumere che sia stato trattato, in una specifica situazione, in modo diverso e più svantaggioso rispetto ad altri lavoratori, estranei al medesimo fattore di rischio.

Dall'altra parte compete al datore di lavoro, cui sia stata imputata la discriminazione, fornire le prove del fattore causale giustificativo della condotta adottata e denunciata come illecita.

In sintesi la prova della "non discriminazione".

La questione si inserisce nell'ambito del noto e risalente dibattito dottrinario e giurisprudenziale sulle nozioni di licenziamento discriminatorio e ritorsivo, segnato dalla proliferazione di diverse teorie dirette a sovrapporre le due figure, per unificarle in un'unica area riconducibile al motivo illecito¹.

Altra corrente di pensiero sostiene, invece, che le figure del licenziamento discriminatorio e quella del licenziamento irrogato per motivo illecito, configurabile anche sotto il profilo del recesso per ritorsione, debbano restare distinte tra loro e regolate da diverse disposizioni, anche sotto i profili probatori².

I dibattiti dottrinari sulla configurabilità di una nullità dei licenziamenti irrogati per motivo illecito determinante, antecedenti alla promulgazione della Legge n. 604/66, in realtà mai confluiti in specifici e consolidati orientamenti della giurisprudenza, sono risultati, infine, superati ed assorbiti da tale novella legislativa e, viepiù, della successiva promulgazione dell'art. 15 della Legge n. 300/70³.

Quest'ultima norma, infatti, è stata interpretata dalla giurisprudenza – non senza contrasti – come esemplificativa dei tipi di discriminazione da essa contemplati, lasciando aperta la strada, pertanto, alla sussunzione, nella medesima disposizione, di altre fattispecie concrete, non previste sul piano lessicale definitorio nell'elencazione contenuta nell'art. 15 Stat. Lav., nel senso che ad essa potessero, comunque, ricondursi altre condotte datoriali espulsive, dettate da motivazione di rappresaglia o di vendetta rispetto all'esercizio di una legittima pretesa del lavoratore, a cui carico – in tal caso – grava l'onere dell'allegazione e prova dei fatti asseritamente considerati reattivi⁴.

¹ *Ex multis*: Cass. 23 febbraio 1977, n. 823; Cass. 17 agosto 1977, n. 3781; Cass. 6 maggio 1999, n. 4543; Cass. 21 dicembre 2010, n. 25858; Cass. 28 marzo 2011, n. 7046; Cass. 7 marzo 2012, n. 3559; Cass. 3 novembre 2016, n. 22323.

² *Ex multis*: Cass. 17 agosto 1977, n. 2781; Cass. 14 luglio 2005, n. 14816; Cass. 1° dicembre 2010, n. 2437; Cass. 18 marzo 2011, n. 6282; Cass. 27 febbraio 2015, n. 3986; Cass. 5 aprile 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 stat. 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)*”, in *Giust. civ. Mass.*, 2016, tv 639245; in *D&G*, 2016; in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 3, 714 (con note di CARINCI; GOTTARDI; TARQUINI).

³ NATOLI, *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso “ad nutum” dell'imprenditore*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, 1, 281 e ss.

⁴ Cass., Sez. Lav., 14 luglio 2005, n. 14816: “*Per affermare il carattere ritorsivo e quindi la nullità del licenziamento di un dirigente medico in quanto fondato su motivo illecito, il lavoratore deve specificamente dimostrare che l'intento discriminatorio o di rappresaglia per l'attività svolta abbia determinato in via esclusiva la volontà del datore di lavoro anche rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso; in particolare, per l'accertamento dell'intento ritorsivo del licenziamento non è sufficiente la deduzione dell'appartenenza del lavoratore ad un sindacato o della sua partecipazione attiva ad attività sindacali, ma è necessaria la prova della sussistenza di un rapporto di causalità tra tali circostanze e l'asserito intento di rappresaglia, la cui mancanza esclude la finalità ritorsiva del licenziamento*”.

La Corte fiorentina mostra di aderire all'orientamento più risalente, che tende a ricondurre ad unità i tipi del licenziamento ritorsivo e discriminatorio, superando così l'indifferente utilizzazione di ambedue le accezioni terminologiche, alla stregua del rilievo, espresso in sentenza, secondo il quale: *“il riferimento alla ritorsione non appare dirimente nel senso voluto dalla reclamante, considerato che la discriminazione sindacale è per definizione la reazione all'attività sindacale svolta dal lavoratore, come chiaro dalla lettura dell'art. 15 S. L. che inserisce tra gli atti discriminatori quelli diretti a trattamenti deteriori a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero”*.

Al riguardo la Corte di Appello ha richiamato a sostegno della propria conclusione la sentenza Cass. 10834/2015.

Il richiamo a tale decisione è rilevante ai fini della ricostruzione dell'*iter* logico seguito dalla Corte di Appello, sia quanto al metodo che al merito da essa affermati in sentenza, ove si pone un problema di valutazione della domanda alla stregua dell'utilizzazione indifferente dei termini “discriminazione” e “ritorsione”, per impugnare il recesso sotto il profilo della sua nullità, in prospettiva di una tutela reintegratoria piena, ai sensi dei primi due commi dell'art. 18 Stat. Lav.

Ciò che rileva è che il lavoratore abbia allegato e provato il profilo di rischio e gli indizi della discriminazione, ancorché il recesso risulti motivato da fatti diversi, riconducibili a giusta causa o giustificato motivo.

Le regole sancite da tale autorevole pronuncia della S. C. sono le seguenti:

- a) Nelle controversie nella quale il recesso è fondato su una giusta causa (o su giustificato motivo) in realtà diretti a dissimulazione di un intento discriminatorio espulsivo *“è sbagliato pensare che, nel caso di specie, dovesse essere accertata prima la sussistenza della giusta causa di licenziamento come risultante dalla prospettazione del datore di lavoro (...) e che soltanto dopo che fosse esclusa la giusta causa si sarebbe potuto passare ad un autonomo accertamento della sussistenza di eventuali indizi di una volontà datoriale discriminatoria e ritorsiva nei confronti del datore di lavoro”*⁵;
- b) Il canone preferenziale dell'interpretazione conforme alla Costituzione ed all'Ordinamento Europeo porta a ritenere che, laddove vengano in considerazione eventuali profili discriminatori o ritorsivi nel comportamento datoriale, il Giudice nazionale non possa fare a

Conformi: Cass., Sez. Lav., 05 agosto 2010, n. 18283; Cass., Sez. Lav., 04 agosto 2005, n. 16424. Sul piano processuale, la Corte suprema ha anche chiarito che il motivo discriminatorio o ritorsivo dev'essere dedotto in via specifica dal lavoratore e che il giudice non può rilevarlo d'ufficio, né configurarlo come diversa qualificazione giuridica (Cass. 21 dicembre 2004, n. 23683; Cass. 9 luglio 2002, n. 9979).

⁵ *“Al riguardo deve essere precisato che, nel merito, le censure della attuale ricorrente in ordine al rapporto tra la valutazione della giusta causa e quella della discriminazione (o ritorsione) sono fondate su un presupposto erroneo. Infatti, dal punto vista logico-giuridico, è sbagliato pensare che, nel caso di specie, dovesse essere accertata prima la sussistenza della giusta causa di licenziamento - come risultante dalla prospettazione del datore di lavoro e, quindi, senza considerare il contesto lavorativo in cui le sanzioni disciplinari, poste a base del recesso, sono state irrogate al lavoratore, dimostrata dai documenti prodotti in giudizio (in particolare, la sentenza di patteggiamento con la quale il legale rappresentante dell'azienda è stato condannato alla pena della reclusione di tre anni e alla multa di 400 Euro per i reati collegati alla prassi aziendale scorretta, denunciata dal C., oltre che per quello di estorsione ai danni dei dipendenti) - e che solo dopo che fosse stata esclusa la giusta causa si sarebbe potuto passare ad un autonomo accertamento sulla sussistenza di eventuali indizi di una volontà datoriale discriminatoria e ritorsiva nei confronti del lavoratore.*

Altrettanto non condivisibile è l'assunto secondo cui la Corte d'appello non avrebbe comunque potuto indagare sulla natura discriminatoria o ritorsiva delle diverse sanzioni, essendosi il lavoratore limitato a chiedere la dichiarazione di illegittimità del licenziamento per assenza della giusta causa, senza mai domandare l'accertamento della natura discriminatoria del recesso”.

meno di tenerne conto come condotta discriminatoria, diretta o indiretta, senza distinguere tra accertamento della giusta causa o quello eventuale avente ad oggetto la volontà datoriale, soprattutto a partire dalla entrata in vigore del D.Lgs. n. 215 e D.Lgs. n. 216 del 2003, con la previsione di un particolare regime dell'onere della prova⁶;

- c) Se non tutte le sanzioni disciplinari ed i licenziamenti sono discriminatori, tutte le sanzioni disciplinari ed i licenziamenti discriminatori sono illegittimi, come risulta confermato anche dal particolare regime loro riservato dalla Legge 92 del 2012 ed oggi dal D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23⁷.

L'orientamento fatto proprio dalla Corte di Appello di Firenze, risulta, quindi, conforme ad autorevole precedente indirizzo della Suprema Corte di Cassazione e si pone in posizione di difformità rispetto al diverso orientamento, che nel quadro giurisprudenziale pare configurarsi come minoritario, seguito, invece, dalla Corte di Appello di Roma, secondo la quale *“il licenziamento discriminatorio e licenziamento ritorsivo vanno tenuti distinti non solo per ragioni strettamente definitorie ma anche per motivazioni legate al diverso riparto degli oneri probatori”*⁸.

Senonché non può dimenticarsi che, secondo lo stesso dettato normativo regolato dall'art. 28, c. 4, D.Lgs. 1° settembre 2011, n. 150, in combinato disposto con le prevalenti direttive 43 e 78/2000 della Unione Europea, per quanto recepite dal D.Lgs. n. 215 e D.Lgs. n. 216 del 2003 *“il licenziamento discriminatorio è nullo indipendentemente dalla motivazione adottata”* e tanto, in sede di accertamento del fatto, consente di pretermettere la coesistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso, poiché la discriminazione non viene obliterata da tali ragioni, ovviamente, nei casi in cui quest'ultima sussista oggettivamente.

Abbiamo motivo di ritenere, comunque, che, in difetto di un (inatteso) intervento legislativo diretto a definire in termini precisi i connotati tipologici della “ritorsione” e della “discriminazione”, estraendoli dalla attuale configurazione paludosa di norme aperte, per individuare esattamente i contorni e le reciproche relazioni, il dibattito sulla riconducibilità del licenziamento ritorsivo al tipo

⁶ *“Peraltro, va aggiunto che il canone preferenziale dell'interpretazione conforme a Costituzione, rinforzato dal concorrente canone dell'interpretazione non contrastante con la normativa comunitaria, la quale vincola l'ordinamento interno, porta a ritenere che, laddove vengano in considerazione eventuali profili discriminatori o ritorsivi nel comportamento datoriale, il giudice nazionale non possa fare a meno di tenerne conto sia in base all'art. 3 Cost. sia in considerazione degli esiti del lungo processo evolutivo che si è avuto in ambito comunitario, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di giustizia, in materia di diritto antidiscriminatorio e antivessatorio, in genere e in particolare nei rapporti di lavoro, a partire dalla introduzione dell'art. 13 nel Trattato CE, da parte del Trattato di Amsterdam del 1997. Processo, che è poi proseguito in sede comunitaria e nazionale ed ha portato, nel corso del tempo e principalmente per effetto del recepimento di direttive comunitarie, alla conseguenza che anche nel nostro ordinamento condotte potenzialmente lesive dei diritti fondamentali di cui si tratta abbiano ricevuto una specifica tipizzazione - pur non necessaria, in presenza dell'art. 3 Cost. - (Corte cost. sentenza n. 109 del 1993) - come discriminatorie (in modo diretto o indiretto), soprattutto a partire dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 215 e D.Lgs. n. 216 del 2003 con la previsione di un particolare regime dell'onere probatorio.*

Da questo punto di vista, la suindicata argomentazione della attuale ricorrente non tiene conto di tale situazione normativa”.

⁷ *“Ebbene, quella indicata è la corretta premessa logica da cui è partita la Corte territoriale che, una volta considerata provata la natura persecutoria-vendicativa-discriminatoria della condotta complessiva del datore di lavoro - estrinsecatasi nell'irrogazione delle numerose sanzioni disciplinari, una sola delle quali (ma di lieve entità) risultata fondata e quindi nell'intimazione del licenziamento - ha affermato, con congrua e logica motivazione, che l'intento discriminatorio-ritorsivo è stato l'unico motivo posto a base delle sanzioni prima e del licenziamento poi. Di qui la affermata illegittimità del licenziamento, in considerazione della contestualmente provata insussistenza di addebiti idonei a giustificare il licenziamento stesso e della natura ritorsiva delle sanzioni disciplinari”.*

⁸ C. App. Roma, 30 gennaio 2018, n. 426, in *Lav. giur.*, 2018, 11, 1046, con nota di STAMERRA.

del licenziamento discriminatorio è destinato a non sopirsi ed a dar luogo, anche in Cassazione, a soluzioni diverse.

La Corte affronta anche il tema relativo ai controlli investigativi datoriali effettuati su condotte extra lavorative del dipendente.

La Società appellata, sul punto, aveva dichiarato di essersi avvalsa di investigatori per verificare la veridicità di una segnalazione anonima, secondo la quale il lavoratore durante l'orario di prestazione remunerata, si dedicava, invece, al disbrigo di affari privati.

Il problema che si pone è legato al sottile discrimine che legittima l'adozione dell'attività investigativa.

Sono leciti, infatti, i controlli del datore di lavoro a mezzo di agenzia investigativa in ordine agli illeciti del lavoratore che non riguardino il mero adempimento della prestazione, ma incidono sul patrimonio aziendale⁹ intesi a rilevare mancanze specifiche e comportamenti estranei alla normale attività lavorativa vera e propria, i cui controlli sono riservati dallo Statuto dei Lavoratori direttamente al datore di lavoro e suoi collaboratori.

Di talchè resta giustificato l'intervento di investigatori in presenza di indizi, o almeno di un fondato sospetto che un determinato lavoratore, con la propria condotta, stia infrangendo le regole fondamentali che disciplinano il rapporto di lavoro e che stia commettendo illeciti.

È, invece, illegittimo il controllo datoriale, esercitato mediante agenzie investigative, che si riduca ad un mero esasperante pedinamento del lavoratore alla ricerca di un qualcosa che consenta al datore di lavoro di promuovere un'azione disciplinare, anche volta al licenziamento, laddove un fondato sospetto non preesista, antecedentemente rispetto al momento iniziale del controllo.

Affinché un controllo difensivo tramite investigatori non divenga invasivo della sfera privata del lavoratore e risulti, quindi, compatibile con gli artt. 2, 3, 4 e 8 Stat. Lav., occorre che esso sia rispettoso del requisito della preesistenza di indizi o di fondati sospetti della commissione di condotte illecite da parte del lavoratore controllato, ostandovi, in caso contrario, non solo i divieti specifici introdotti dalla normativa richiamata, ma anche i principi di correttezza e buona fede degli artt. 1175 e 1375 c.c.¹⁰.

Nella specie, il "sospetto" della commissione di illeciti sarebbe stato costituito da una pressochè impalpabile "segnalazione anonima", di cui il datore di lavoro, peraltro, mai ha fornito prova in causa.

In difetto del necessario presupposto di legittimazione del ricorso agli accertamenti investigativi privati, ossia del preesistente "sospetto" della commissione di illeciti da parte del lavoratore, i controlli stessi sconfinano nella violazione dei diritti della persona del lavoratore, configurandosi proprio come controlli intrusivi, vietati dagli artt. 2, 3, 4 e 8 dello Statuto.

Da ciò, da un lato consegue la violazione delle regole sopra richiamate, dall'altro, sul piano processuale, anche la nullità di qualsiasi prova che fosse stata ottenuta mediante condotta illecita aziendale e la sua inutilizzabilità all'interno del giudizio.

⁹ Cass. 4 dicembre 2014, n. 25674 in *Il Foro it.*, 2015, 1671; Cass. 4 marzo 2014, n. 4984; Cass. 18 novembre 2010, n. 23303; Cass. 26 ottobre 2010, n. 21912; Cass. 22 dicembre 2009, n. 26991; Cass. 9 luglio 2008, n. 18821; Cass. 12 giugno 2008, n. 15795; Cass. 7 giugno 2003, n. 9167; Cass. 12 giugno 2002, n. 8388; Cass. 25 gennaio 1992, n. 829.

¹⁰ Cass. 12 maggio 2016, n. 9749, in *D&G 2016*; Trib. Milano, 23 aprile 2015 n. 1221, in *Giust. civ.*, 2016.

In sintesi, il ricorso datoriale ad investigatori per l'accertamento di possibili condotte illecite del lavoratore, incompatibili con la prestazione di lavoro, richiede il necessario antecedente presupposto dell'esistenza di fatti che consentano di configurare almeno un "sospetto" (aggiungeremmo "fondato") che questi siano plausibili e riconducibili alla persona del soggetto destinatario dell'accertamento.

Diversamente ricorrerebbe solo una illecita condotta intrusiva datoriale, non consentita dall'ordinamento nella sfera privata del lavoratore.