

**RGL 2/2021**

**PARTE II**

**RGL GIURISPRUDENZA ONLINE**

**NEWSLETTER N. 6/2021**

## APPROFONDIMENTI

---

TRIBUNALE NOLA, 28.12.2020, ord. – Est. Salvatore – X.Y. (avv. Ferrara) c. Y.Z. (avv. De Luca Tamajo).

**Licenziamento individuale – Licenziamento ritorsivo – Registrazione occulta – Diritto alla riservatezza – Esercizio di un diritto – Licenziamento discriminatorio – Licenziamento per motivo illecito – Tutela reale – Onere della prova.**

*È ritorsivo il licenziamento del dipendente che registra una conversazione tra lui e i suoi colleghi a loro insaputa esclusivamente per far valere un proprio diritto in sede giudiziaria: la condotta contestata è priva del carattere dell'antigiuridicità e anzi integra l'esercizio di un diritto ai sensi dell'art. 51 c.p. In considerazione della natura ritorsiva del recesso, si applica la tutela reale «forte» prevista dall'art. 18, c. 1, St. lav., come modificato dalla l. n. 92/2012. (1)*

### (1) RITORSIVITÀ DEL LICENZIAMENTO INTIMATO PER L'ESERCIZIO DI UN DIRITTO

1. — *La controversia e il perverso decisionale* — Con l'ordinanza in commento il Tribunale di Nola si pone in linea di continuità con le recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità (cfr. in particolare Cass. 10.5.2018, n. 11322, in *RIDL*, 2018, II, 769; Cass., S.U., 8.2.2011, n. 3034, in *FI*, 2012, I, 844), secondo le quali sarebbe perfettamente lecita la condotta tenuta da un dipendente che abbia acquisito, senza il consenso degli interessati, la registrazione fonografica di una sua conversazione con terzi presenti, al solo scopo di far valere un proprio diritto in sede giudiziaria. Ciò sulla base del presupposto che, all'esito di un giudizio di bilanciamento, il diritto alla tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost. prevalga rispetto al diritto alla riservatezza, così come si evince nitidamente dal d.lgs. 30.6.2003, n. 196, il c.d. «Codice della privacy», e dai principi processual-civilistici in materia probatoria.

Relativamente a quest'ultimo profilo, è infatti ormai pacifico in giurisprudenza (*ex multis*: Cass. pen., S.U., 24.9.2003, n. 36747, in *Cass. pen.*, 2004, n. 21, 4182) che la regi-

strazione fonografica di un colloquio svoltosi tra presenti, rientrando nel *genus* delle riproduzioni meccaniche di cui all'art. 2712 c.c., abbia natura di prova ammissibile sia nell'ambito del processo civile del lavoro, sia nell'ambito del processo penale.

Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto legittima la registrazione, eseguita da un dipendente, delle conversazioni intercorse con i propri superiori sul luogo e durante l'orario di lavoro, senza che questi ne fossero stati preventivamente informati. I *file* audio, riprodotti su CD-ROM e relativi a quattro differenti registrazioni ambientali, erano stati utilizzati nell'ambito di un precedente giudizio, instaurato dallo stesso dipendente, per provare l'asserito demansionamento subito e per ottenere il relativo risarcimento del danno. Come conseguenza del suddetto comportamento, il datore di lavoro aveva avviato nei confronti del proprio dipendente un procedimento disciplinare, conclusosi con un licenziamento per giusta causa *ex* art. 2119 c.c., motivato dall'addebito a carico dello stesso lavoratore di una condotta ritenuta irrimediabilmente lesiva del vincolo fiduciario sotteso al rapporto lavorativo.

Vagliata la fattispecie, il giudice investito della questione non solo ha ritenuto illegittimo il licenziamento irrogato dal datore di lavoro, bensì ha anche reputato sussistenti i presupposti per qualificare il licenziamento come «ritorsivo», applicando la tutela reintegratoria «piena» prevista dall'art. 18, c. 1, St. lav., come modificato dalla l. 28.6.2012, n. 92.

L'ordinanza in commento appare *ictu oculi* scomponibile in una duplice prospettiva in relazione a due ambiti tematici di sicuro interesse.

Nella prima parte della decisione è trattato il tema della *privacy*, nell'ottica di demarcare una linea di confine tra utilizzo lecito e illecito delle registrazioni effettuate da un dipendente sul luogo di lavoro, a scapito di colleghi inconsapevoli di tale attività; nella seconda parte, si affronta il problema relativo alla identificazione della sanzione applicabile, stante il riconoscimento nel caso *de quo* di una condotta ritorsiva del datore di lavoro, la cui relazione con il licenziamento discriminatorio, come meglio si vedrà centrale nella pronuncia, è oggetto di un acceso dibattito in dottrina e in giurisprudenza.

2. — *La legittimità delle registrazioni «occulte» effettuate da un dipendente per tutelare un proprio diritto* — Per quanto attiene alla prima questione, afferente al profilo del diritto alla riservatezza, giova anzitutto sottolinearne l'importanza e l'attualità. Invero, il progresso tecnologico contribuisce ad avallare la prassi dei lavoratori di cercare la «precostituzione» autonoma delle prove tramite registrazioni audio «occulte», con il fine precipuo di documentare l'esistenza di una situazione conflittuale sul luogo di lavoro: al termine di una conversazione, il contenuto della medesima entra a far parte del patrimonio di conoscenza di tutti coloro che vi abbiano partecipato, i quali possono dunque memorizzare le notizie apprese in loro presenza attraverso l'utilizzo delle registrazioni fonografiche (sul punto cfr. Consonni 2019, 932). La liceità di tali registrazioni — suffragata dai recenti arresti della Suprema Corte — viene ormai ritenuta pacifica sia in giurisprudenza, sia in dottrina, alla luce della richiamata disciplina contenuta nel Codice della *privacy*. Un ulteriore argomento addotto a sostegno della legittimità della condotta del dipendente fa leva sulla scriminante dell'esercizio di un diritto sancita nell'art. 51 c.p., il quale costituisce un principio generale del diritto di cui all'art. 24 del Codice della

*privacy* rappresenta puntuale specificazione in riferimento al trattamento dei dati personali. Come sostenuto in dottrina, sarebbe infatti fuori da ogni logica, nella sistematica dell'ordinamento giuridico, ritenere illecito e punire col recesso per giusta causa *ex* art. 2119 c.c. un comportamento che, configurando l'esercizio di un diritto, è invece ammesso da un'altra disposizione di legge (in tal senso v. Bologna 2018, 517).

Se, dunque, in riferimento alla prima «sezione» dell'ordinanza, attinente al tema della *privacy*, si può registrare un orientamento pressoché uniforme di dottrina e giurisprudenza, lo stesso non si può dire a proposito della seconda parte della pronuncia in commento, relativo all'individuazione della sanzione applicabile nonché all'inquadramento della complessa e discussa fattispecie del licenziamento ritorsivo.

3. — *Un cambio di rotta: l'applicazione della tutela reale «piena» ex art. 18, c. 1, St. lav.* — La portata innovativa di questa decisione, rispetto alle altre pronunce della Corte di Cassazione sul punto, risiede proprio nel qualificare ritorsiva la reazione datoriale al comportamento tenuto dal proprio dipendente e nella sua conseguente «attrazione» nell'ambito del licenziamento discriminatorio.

In effetti, seppur con fisiologiche differenze legate alla diversità di ciascuna situazione, le suddette sentenze della Suprema Corte, cui si fa pedissequo riferimento nella prima parte dell'ordinanza per motivare l'illegittimità del licenziamento irrogato, hanno tendenzialmente seguito il medesimo *iter* argomentativo, imperniato sul «trinomio Codice della *privacy*-esercizio di un diritto-prove costituite nel processo civile» (Bologna 2018, 516), all'insegna di una lettura sistemica dell'ordinamento, che, travalicando le disposizioni prettamente lavoristiche, è finalizzata a verificare, nei singoli casi trattati, la prevalenza del diritto di difesa su quello alla riservatezza. Se, dunque, l'esito cui conduce il suddetto *iter* è pressoché il medesimo in relazione al profilo dell'utilizzabilità processuale delle registrazioni acquisite in assenza di consenso - sempre che le stesse siano strumentali a far valere un diritto in sede giudiziaria, e sempre che i dati siano trattati esclusivamente per le predette finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento -, ciò che distingue e contraddistingue la pronuncia in esame è proprio l'applicazione, in sede decisoria, della tutela reale «piena» al posto della tutela «attenuata», motivata dalla riconduzione del licenziamento ritorsivo nell'alveo di quello discriminatorio, cui è — per usare le parole del giudicante — «assimilabile».

Invero, nelle richiamate pronunce della Suprema Corte, l'illegittimità del licenziamento disciplinare per giusta causa irrogato dal datore di lavoro era stata ricondotta nell'ambito del più «mite» c. 4 dell'art. 18 St. lav. — come modificato dalla l. n. 92/12 —, in base al quale — come noto — il dipendente ha diritto alla reintegra sia in caso di insussistenza del fatto contestato, sia in presenza di condotte punibili con una sanzione conservativa alla luce di quanto previsto dai contratti collettivi ovvero dai codici disciplinari applicabili (per un approfondimento sul tema v. Esposito, Gaeta, Zoppoli A., Zoppoli L. 2020, 329).

Senza addentrarsi nel merito della spinosa e ormai ampiamente discussa questione inerente al significato da attribuire all'espressione «insussistenza del fatto contestato», giova sottolineare come si sia sviluppato, in seno alla giurisprudenza di legittimità, un

consolidato orientamento che sancisce la coincidenza, sotto il profilo meramente sanzionatorio, tra fatto materiale che si riveli insussistente e fatto che, pur materialmente esistente, non presenti profili di illiceità (cfr. in tal senso Cass., 23.11.2018, n. 30430, in *MGL*, 2019, n. 1, 127; Cass., 26.5.2017, n. 13383, in *MGL*, 2019, n. 2, 423). Ed è proprio questo il percorso argomentativo seguito dalla Corte di Cassazione nei casi analoghi alla questione in commento.

Nel caso di specie, anche il Tribunale di Nola sembra *prima facie* seguire questa impostazione. Invero, nell'espone le ragioni della sua decisione, il giudice esordisce sottolineando l'assenza di illiceità nella (pur materialmente esistente) condotta ascritta al lavoratore: sulla base delle circostanze fattuali a lui sottoposte, la registrazione effettuata dal lavoratore-dipendente risulta, infatti, integrare «una condotta legittima, pertinente alla sua tesi difensiva e non eccedente le sue finalità (esercizio del diritto di difesa e non finalità illecite, quali ad esempio, estorsive o di violenza privata)», escludendosi, pertanto, «non solo la ricorrenza di un illecito penale, ma anche di quello disciplinare», con la conseguenza che tale comportamento, non presentando il carattere di anti-giuridicità, «non può in alcun modo aver leso il vincolo fiduciario sotteso al rapporto di lavoro».

Sennonché, è proprio in punto di identificazione della sanzione applicabile che il Tribunale di Nola si discosta dalle pronunce della giurisprudenza di legittimità, applicando, in favore del lavoratore, la tutela reintegratoria «rafforzata» di cui al c. 1 dell'art. 18 St. lav. Ciò in quanto, come è stato ampiamente anticipato, il giudice individua nel licenziamento ingiustificato irrogato dal datore di lavoro una forte connotazione ritorsiva («il licenziamento comminato al ricorrente è risultato fondato su un motivo del tutto pretestuoso, essendo la condotta priva del carattere dell'anti-giuridicità ed anzi integrante l'esercizio di un diritto; già questo costituisce un indizio significativo dell'esclusività del motivo ritorsivo»), decisiva — a suo avviso — al fine di applicare la più favorevole disciplina prevista in caso di licenziamenti discriminatori. Tuttavia, la riconduzione del licenziamento ritorsivo nelle maglie di quello discriminatorio non è affatto pacifica, bensì è motivo di vivaci discussioni tra dottrina e giurisprudenza.

4. — *La controversa fattispecie del licenziamento ritorsivo: un punto di sovrapposizione tra licenziamento discriminatorio e licenziamento per motivo illecito* — Com'è noto, il licenziamento per ritorsione, pur non trovando alcun esplicito riferimento normativo, è stato definito dalla giurisprudenza di legittimità come quella «ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito o di altra persona ad esso legata e pertanto accomunata nella reazione, che attribuisce al licenziamento il connotato dell'ingiusta vendetta» (Cass., 11.10.2012, n. 17329, in *NGL*, 2013, 387).

Si è detto come la fattispecie in esame crei non poche problematiche interpretative, le quali sono fondamentalmente riconducibili ad una risalente disputa tra dottrina e giurisprudenza, che involge le figure «affini» del licenziamento discriminatorio e del licenziamento per motivo illecito: se, da un lato, una parte della giurisprudenza sembra essere orientata a ricondurre il licenziamento ritorsivo nell'alveo di quello discriminatorio, dall'altro, la dottrina tende a ricondurre tale fattispecie nell'ambito del licenziamento per motivo illecito di cui all'art. 1345 c.c. (v. Guariso 2013, 208).

Più precisamente, come confermato dal Tribunale di Nola nel caso di specie, il predetto orientamento giurisprudenziale (da ultimo cfr. Cass., 17.6.2020, n. 11705, in *LG*, 2020, n. 11, 1096) tende ad accomunare ai licenziamenti discriminatori tutti quei licenziamenti che trovino base in legittime rivendicazioni del lavoratore, siano esse connesse ad uno dei fattori discriminatori tassativamente individuati dal legislatore (si pensi, a mero titolo esemplificativo, al licenziamento che costituisca reazione all'esercizio del diritto di sciopero ovvero alla richiesta di fruire dei permessi sindacali) o meno (si prenda, ad esempio, la questione in commento, relativa a un licenziamento irrogato in seguito ad un'azione giudiziaria promossa contro il datore di lavoro per ottenere il risarcimento dei danni dovuti ad un demansionamento; in merito alla natura tassativa o esemplificativa dei fattori di discriminazione cfr. Militello, Strazzari 2019, 97).

Ciò detto, nell'ottica della giurisprudenza richiamata, la supposta identità strutturale tra licenziamento per ritorsione e licenziamento discriminatorio discende proprio dal fatto che entrambe le figure di licenziamento costituiscono specificazione della più ampia fattispecie del licenziamento viziato da motivo illecito di cui all'art. 1345 c.c., con la logica conseguenza che entrambe sarebbero connotate dall'intento soggettivo del datore di lavoro di vendicarsi o discriminare il proprio dipendente.

Tuttavia, tale ricostruzione sembra essere in aperto contrasto con l'evoluzione dell'ordinamento, che, stante il progressivo superamento dell'originaria impostazione prevista nell'art. 4 della l. n. 604/66, pare avere ormai pacificamente accolto una nozione oggettiva di licenziamento discriminatorio, la quale prescinde completamente dall'*animus discriminandi* del soggetto agente. Se, infatti il motivo discriminatorio costituisce certamente una derivazione del motivo illecito descritto dall'art. 1345 c.c., bisogna osservare come il primo sia stato poi munito, nel corso del tempo, di una propria specifica disciplina, incentrata sulla protezione più intensa di taluni beni giuridici nominati, quali, ad esempio, la libertà sindacale, religiosa e politica, la parità di genere, ecc. L'origine normativa di questa «emancipazione» può essere senz'altro rintracciata nell'art. 15 St. lav., che ha messo in luce la specificità del motivo discriminatorio, comminando la nullità dei patti ed atti discriminatori senza menzionare il carattere determinante ed esclusivo assunto dal motivo illecito nella formazione del processo volitivo, come invece espressamente richiesto dall'art. 1345 c.c. (v. Bollani 2020, 243). Così facendo, l'art. 15 St. lav., grazie anche all'apporto del diritto dell'Ue, ha spalancato le porte ad una costruzione della nozione di discriminazione tratteggiata, come si è detto, in senso oggettivo.

Ne deriva, pertanto, che (o si può argomentare che) anche il licenziamento per ritorsione partecipa della stessa natura oggettiva del licenziamento discriminatorio, cosicché entrambi continuano ad essere partecipi di un medesimo *genus*, oppure bisogna concludere per una divaricazione tra le due figure (cfr. Carinci M.T. 2015, 42).

La dottrina prevalente, come detto, opta per la seconda conclusione, ritenendo che le due fattispecie considerate debbano essere tenute distinte. A tale proposito, è stato osservato che in materia di ritorsione il diritto antidiscriminatorio «se la cava da sé», nel senso che dispone di suoi propri strumenti per tutelare in maniera adeguata le vittime di comportamenti *contra legem*: anzi, gli artt. 4-*bis* dei dd.lgs. 9.7.2003, nn. 215 e 216, hanno adottato da questo punto di vista una nozione amplissima, qualificando

come discriminatorio ogni comportamento o trattamento pregiudizievole posto in essere, nei confronti della persona lesa da una discriminazione diretta o indiretta o di qualunque altra persona, «quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere la parità di trattamento» (sull'argomento cfr. Borrelli, Guariso, Lazzeroni 2019, 228).

Un'ipotesi di soluzione della controversia è stata mettere a confronto la fattispecie del licenziamento ritorsivo con le definizioni di licenziamento per motivo illecito e di licenziamento discriminatorio accolte dall'ordinamento. Da tale raffronto emerge in maniera abbastanza evidente che, in realtà, la figura in esame ha una natura «ibrida» risultante, per un verso, dalla fattispecie del licenziamento per motivo illecito e, per altro verso, da quella del licenziamento discriminatorio.

Invero, se, da un lato, il licenziamento per motivo illecito viene definito come il recesso datoriale fondato su un motivo determinante ed esclusivo contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, il licenziamento ritorsivo rientra sicuramente in tale fattispecie in quanto presuppone la «vendetta», che è senza dubbio «il più tipico attentato all'ordine pubblico» (Cass., 9.7.1979, n. 3930, in *FI*, 1979, I, 2333); se, dall'altro lato, il licenziamento discriminatorio viene definito come quel recesso datoriale che, indipendentemente dal processo volitivo del datore di lavoro, sia in grado di svantaggiare uno o più lavoratori portatori di uno o più fattori di discriminazione indicati dal legislatore, il licenziamento ritorsivo rientra anche in tale fattispecie ogniquale volta esso venga espressamente elencato tra i fattori di discriminazione (come accade nel caso dell'art. 26, c. 3, d.lgs. n. 198/2006, secondo cui sono considerati discriminatori «quei trattamenti sfavorevoli posti in essere dal 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»).

Alla luce di quanto sopra considerato, pare quindi corretto concludere che il licenziamento ritorsivo sia configurabile come «un punto di potenziale sovrapposizione tra il licenziamento discriminatorio e quello per motivo illecito» (Marinelli 2017a, 156). Ne discende, pertanto, che i licenziamenti irrogati «esclusivamente» per ragioni di natura ritorsiva andrebbero sempre qualificati come licenziamenti per motivo illecito *ex* art. 1345 c.c., a meno che la ritorsione non sia legata ad uno dei fattori discriminatori tassativamente previsti dal legislatore. In quest'ultimo caso, infatti, il licenziamento ritorsivo è riconducibile al licenziamento discriminatorio, anche qualora le ragioni discriminatorie non fossero considerate determinanti ed esclusive, «andando a qualificarsi come ritorsivo “tipizzato”, o dovuto a “motivo tipizzato”» (Borrelli, Guariso, Lazzeroni 2019, 229).

5. — *Osservazioni conclusive* — Nel caso di specie, in base alle considerazioni che precedono, l'assimilazione tra licenziamento ritorsivo e licenziamento discriminatorio, condivisa dal giudice del Tribunale di Nola, sembrerebbe dunque essere quanto meno messa in discussione, visto e considerato che il licenziamento irrogato dal datore di lavoro appare senz'altro fondato su di un motivo «pretestuoso» e «ritorsivo», ma ciò che sembra mancare è proprio la ragione discriminatoria riconducibile ad uno dei fattori tassativamente previsti dalla legge.

A ben vedere, l'ordinanza in commento sembra per certi versi risentire della tanto

discussa ambivalenza del licenziamento ritorsivo, senza riuscire di fatto a trovare una sua precisa collocazione nell'una o nell'altra figura di licenziamento discriminatorio o di licenziamento per motivo illecito.

Invero, se, da un lato, il giudice individua nella contestazione datoriale — rivolta nei confronti di una condotta del prestatore di lavoro priva del carattere dell'antigiuridicità ed anzi integrante l'esercizio di un diritto — «un indizio significativo dell'esclusività del motivo ritorsivo», dall'altro, considera «assimilabile» il licenziamento per ritorsione al licenziamento discriminatorio. Tuttavia, come si è detto, in assenza di uno dei fattori discriminatori tipizzati dal legislatore, la sussistenza di un motivo illecito esclusivo e determinante è condizione sufficiente a ricondurre la fattispecie del recesso ritorsivo nelle maglie del solo licenziamento per motivo illecito di cui all'art. 1345 c.c., sempre che, sia ben chiaro, il lavoratore ne abbia fornito la prova, anche attraverso l'utilizzo di presunzioni. Ne consegue che, in riferimento alla controversia esaminata, sarebbe stato verosimilmente più corretto ricomprendere il recesso ritorsivo del datore di lavoro, in considerazione del suo asserito carattere determinante ed esclusivo, nell'alveo del licenziamento per motivo illecito.

Giova osservare come la questione non rilevi più di tanto sul piano della identificazione della tutela applicabile, in quanto l'art. 18, c. 1, St. lav. annovera tra le cause di nullità del recesso passibili della tutela reale «forte» sia il licenziamento discriminatorio, sia il licenziamento «determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c.», legittimando in ogni caso il ricorso del giudice *de quo* alla tutela più pregnante possibile a favore del prestatore di lavoro.

Diversamente, in relazione al delicato profilo dell'onere probatorio, l'inquadramento del licenziamento ritorsivo nell'ambito dell'una o dell'altra fattispecie assume un considerevole impatto. Com'è noto, infatti, nel caso in cui il lavoratore eserciti l'azione a tutela della discriminazione può limitarsi a fornire elementi di fatto che siano idonei a fondare, «in termini precisi e concordanti», la presunzione dell'esistenza di atti o comportamenti discriminatori. Spetta invece al convenuto l'onere della prova sulla insussistenza della discriminazione che opera obiettivamente, in ragione del mero rilievo del trattamento peggiore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta, ed a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro (per un'ampia panoramica sull'argomento cfr. Santagata De Castro 2019, 236). Nel caso di licenziamento per motivo illecito, al contrario, l'onere probatorio grava per intero sul lavoratore, che dovrà pertanto dimostrare non solo l'infondatezza delle ragioni di recesso, ma anche l'illiceità della reazione datoriale, fornendo la piena prova dell'esclusività del motivo illecito che ha determinato il licenziamento. Tuttavia, nel caso in cui il datore di lavoro riesca a provare la sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso, ciò basterà a negare *tout court* l'esistenza di un motivo illecito determinante in base a quanto previsto dalla legge. Invero, la prova fornita dal datore di lavoro in ordine alla sussistenza della ragione posta alla base del licenziamento contraddirà *in nuce* il tratto distintivo della «esclusività» richiesto dalla fattispecie di riferimento (*ex multis* Cass., 5.4.2016, n. 6575, in *FI*, 2016, n. 5, I, 1691).

Tanto premesso, nell'ordinanza che si ha in commento, il giudice sembra a conti fatti valorizzare la disciplina delle presunzioni, assottigliando le pur esistenti differenze

fra le discipline sopra menzionate. Infatti, aderendo a quel filone giurisprudenziale che riconduce il licenziamento ritorsivo nelle maglie del recesso per motivo illecito (v. Cass., 23.9.2019, n. 23583, in *RGL*, 2020, n. 1, II, 73), il Tribunale di Nola dispone che, sebbene l'onere probatorio del carattere ritorsivo gravi sul lavoratore, il giudice possa, dal canto suo, considerare a tal fine tutto il complesso degli elementi acquisiti al giudizio, compresi quelli già considerati per escludere il giustificato motivo oggettivo, nel caso in cui questi elementi, da soli o nel concorso con altri, nella loro valutazione unitaria e globale consentano di ritenere raggiunta, anche in via presuntiva, la prova del carattere ritorsivo del recesso. A tal proposito, però, non è ben chiaro il motivo per cui il giudice *de quo*, una volta qualificata la fattispecie in termini di licenziamento discriminatorio, al posto di richiamarne il regime probatorio «agevolato» — che, come si è visto, pone in primo piano l'elemento presuntivo —, faccia invece testuale riferimento alla disciplina prevista in caso di licenziamento per motivo illecito, nel cui ambito la presunzione assume una valenza «ausiliaria» e certamente secondaria. Anche sotto questo aspetto, pertanto, il giudice pare aver inavvertitamente sovrapposto le due fattispecie considerate, non riuscendo a trovare una direzione chiara e precisa da seguire.

Piuttosto, alla luce di quanto si è argomentato, occorre chiedersi quale potrebbe essere il tipo di tutela concretamente applicabile nelle ipotesi di licenziamento ritorsivo che non siano caratterizzate né da un motivo illecito determinante ed esclusivo, né, tanto meno, da alcuno dei fattori di discriminazione previsti dalla legge.

Il tema è certamente complesso, soprattutto se si considera che non è sempre agevole individuare quale sia l'effettivo interesse sotteso all'atto del licenziamento.

Ad avviso di chi scrive, merita attenzione e condivisione il sopra richiamato orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui il licenziamento connotato anche da ragioni ritorsive, in nessun modo ricollegabili a motivi discriminatori, andrebbe essenzialmente ricondotto nel vasto ambito del licenziamento ingiustificato per insussistenza del fatto contestato, con applicazione dell'annessa tutela reintegratoria «debole» prevista dal nuovo art. 18, c. 4, St. lav. Ciò in quanto l'assenza di un motivo illecito esclusivo e determinante o di un fattore discriminatorio tipizzato dal legislatore sottrae la fattispecie del recesso «ritorsivo» alle due figure sopra considerate di licenziamento discriminatorio e per motivo illecito, tenuto anche conto della differente funzione che queste assolvono nell'attuale quadro normativo, che si sostanzia nel tentativo di reprimere ogni atto contrario rispettivamente alla dignità umana o ad altro valore fondamentale dell'ordinamento giuridico (v. Marinelli 2017b, 12). Diversamente, nell'ipotesi da ultimo considerata, ciò che si intende sanzionare è l'esercizio di un diritto potestativo del datore di lavoro sprovvisto dei requisiti richiesti dall'ordinamento, e una tale funzione sembra essere meglio assolta proprio dalla disciplina del licenziamento ingiustificato.

Invero, una ricostruzione differente sarebbe possibile solo in caso di ampliamento dei confini delle figure di licenziamento discriminatorio e per motivo illecito, rispettivamente, accogliendo la tesi della non tassatività dei fattori di discriminazione ovvero destrutturando la nozione di licenziamento per motivo illecito pacificamente accolta dall'ordinamento, privandola del requisito indispensabile e determinante dell'esclusività; ipotesi entrambe non sostenibili.

*Riferimenti bibliografici*

- Barbera M., Guariso A. (2019), *La tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, Torino.
- Bollani A. (2020), *Tutele e tecniche normative nel diritto antidiscriminatorio a cinquant'anni dallo Statuto*, in *QDLM*, n. 8, 235 ss.
- Bologna S. (2018), *Legittimità delle registrazioni del lavoratore per ragioni difensive*, in *RGL*, II, 515 ss.
- Borrelli S., Guariso A., Lazzeroni L. (2019), *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in Barbera M., Guariso A. (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, Torino, 165 ss.
- Carinci M.T. (2015), *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale*, in Carinci M.T., Tursi A. (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 27 ss.
- Carinci M.T., Tursi A. (2015), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino.
- Consonni G. (2019), *Utilizzabilità di registrazioni di colloqui fra presenti e diritto alla privacy dei medesimi*, in *DRI*, n. 3, 932 ss.
- Esposito M., Gaeta L., Zoppoli A., Zoppoli L. (2020), *Diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli, Torino.
- Guariso A. (2013), *Licenziamento ritorsivo e licenziamento discriminatorio: utilità di una distinzione*, in *DL*, n. 1-2, 208 ss.
- Marinelli F. (2017a), *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito*, Giuffrè, Milano.
- Marinelli F. (2017b), *I licenziamenti ingiustificato, discriminatorio e per motivo illecito: nozioni e sovrapposizioni*, in *LDE*, I, 1 ss.
- Militello M., Strazzari D. (2019), *I fattori di discriminazione*, in Barbera M., Guariso A. (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, Torino, 85 ss.
- Santagata De Castro R. (2019), *Le discriminazioni sul lavoro nel «diritto vivente». Nozione, giustificazione, prova*, ESI, Napoli.

Pierluigi Ruffo  
*Dottore in Giurisprudenza*