



Corte di cassazione – Sezione lavoro

SENT. 15 NOVEMBRE 2016, N. 23286 – PRES. VENUTI, EST. MANNA, P.M. SANLORENZO R.M., L-H. E. S.R.L. C. G.D., B.M. E UFFICIO CONSIGLIERA DI PARITÀ REGIONE TOSCANA

Discriminazioni - Molestie sessuali – Prova – Art. 40 d. lgs. 198/2006 – Applicabilità - Licenziamento della lavoratrice non accondiscendente – Natura ritorsiva – Licenziamento discriminatorio – Sussistenza.

In tema di tutela contro le molestie sessuali nel rapporto di lavoro, l'equiparazione alle discriminazioni di genere enunciata nell'art. 26, comma 2, del d.lgs. n. 198 del 2006, secondo l'interpretazione più conforme alle finalità proprie del diritto comunitario, si estende al regime probatorio presuntivo ex art. 40 del medesimo decreto, sia per l'assenza di deroghe al principio generale, sia per la configurabilità del "tertium comparationis" nel trattamento differenziale negativo rispetto ai lavoratori del diverso genere che non patiscono le medesime condotte. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione del giudice di merito che aveva valorizzato le deposizioni testimoniali corroborate dalla prova statistica, individuata nel serrato "turn over" tra le giovani dipendenti che, dopo breve tempo dall'assunzione, si dimettevano senza apparente ragione).

Discrimination – Sexual harassment – Legal evidence – Legislative Decree 198/2006 art. 40 – Provision applicability – Dismissal of the not acquiescent employee – Retaliatory nature – Discriminatory dismissal – Existence.

As for safeguards at work, sexual harassment is considered equivalent to gender discrimination according to art. 26, par. 2 of Legislative Decree 198 of 2006. Such correspondence – in line with the interpretation most compliant with the Union law scope – is extended to the applicable system relating to presumptive evidence stated by art. 40 of the same Decree, as no exception to the general principle can be envisaged and a negative differential treatment ("tertium comparationis") with respect to other gender employees not suffering similar unlawful actions can be identified. (In the specific matter the Supreme Court has confirmed the ruling of the ordinary judge who had considered relevant the witnesses statements together with supporting statistical evidence on extremely high "turn over" of young female employees who kept resigning shortly after their hiring without any apparent motivation).

+ SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. Con sentenza n. 177/12 il Tribunale di Pistoia dichiarava nullo il licenziamento intimato il 7.10.08 da R.M., legale rappresentante della LH Express s.r.l., a G.D. perché discriminatorio e determinato da motivo illecito determinante (ritorsione dovuta al rifiuto della lavoratrice di sottostare a molestie sessuali). Conseguentemente, ordinava la reintegrazione nel posto di lavoro della lavoratrice e condannava parte datoriale a risarcirle i danni e a pagarle le differenze retributive derivanti dalla riqualificazione del rapporto di lavoro.

Analoghe statuizioni erano adottate – salvo che per il licenziamento – in favore di B.M., anch'ella ex dipendente della predetta società, dimessasi per sottrarsi alle molestie sessuali del datore di lavoro.

Sempre la sentenza di primo grado condannava parte datoriale al risarcimento dei danni in favore dell'Ufficio della Consigliera di Parità della regione Toscana, anch'esso parte nel giudizio.

Con sentenza depositata il 24.10.13 la Corte d'Appello di Firenze rigettava il gravame proposto da R.M. in proprio e quale legale rappresentante della LH Express, che oggi ricorre – sempre in proprio e nella qualità – per la cassazione della sentenza affidandosi a quattro motivi, poi ulteriormente illustrati con memoria ex art. 378 c.p.c.

Resistono con controricorso G.D. e B.M. e, con separato atto, l'Ufficio della Consigliera di Parità della Regione Toscana.

MOTIVI DELLA DECISIONE. 1.- Con il primo motivo ci si lamenta di violazione e falsa applicazione degli artt. 26 e 40 d. lgs. n. 198/06 per avere la sentenza impugnata ritenuto che alle molestie sessuali di cui a detto art. 26, ascritte al ricorrente, si applichi il regime probatorio previsto dal cit. art. 40: a riguardo si obietta in ricorso che l'assimilazione delle molestie alle discriminazioni non comprende anche l'applicazione del particolare regime presuntivo previsto per le seconde e ciò perché rispetto alle prime manca la struttura necessaria per applicare il regime probatorio previsto dal cit. art. 40, ossia il trattamento differenziale.

Doglianza sostanzialmente analoga viene fatta valere con il secondo motivo, sotto forma di falsa applicazione dell'art. 40 d. lgs. n. 198/06 nonché di omesso esame d'un fatto decisivo.

Con il terzo motivo ci si duole di falsa applicazione dell'art. 2729 c.c. e di omesso esame d'un fatto decisivo, per avere la Corte territoriale affermato la sussistenza delle molestie anche sulla base dell'ordinario regime dell'onere probatorio: in

⁺ Si pubblica il testo della sentenza che costituisce la base della riflessione di Lucia Venditti nella sezione Discussion Papers.

proposito - prosegue il ricorso – i giudici di merito hanno apoditticamente qualificato come presunzioni gravi, precise e concordanti fatti sforniti di prova.

Il quarto motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 18 legge n. 300/70, per essere stata ordinata la reintegra nel posto di lavoro di G.D. pur in difetto del requisito occupazionale necessario per applicare siffatto tipo di tutela.

2.- Preliminarmente, in ordine alle denunce di omesso esame d'un fatto decisivo per il giudizio (astrattamente veicolabili in relazione all'art. 360 co. 1 n. 5 c.p.c.) cui si accenna (fra l'altro) nel secondo e nel terzo motivo di ricorso (sebbene con sostanziale denuncia di violazione di norme di diritto più che di omesso esame d'un fatto decisivo), basti ad ogni modo osservare che esse non sono più consentite, in caso di doppia pronuncia conforme di merito, ai sensi del combinato disposto dei commi 4 e 5 dell'art. 348 ter c.p.c. (inserito dall'art. 54 co. 1 d.l. n. 83/12, convertito con modificazioni in legge n. 134/12, applicabile *ratione temporis* nel caso di specie, ai sensi del co.2 stesso art. 54, essendo stato depositato il ricorso in appello in data 26.10.12).

3.- I primi due motivi di ricorso – da esaminarsi congiuntamente perché connessi – sono da disattendersi.

Si premetta che l'equiparazione fra discriminazioni di genere e molestie sessuali si rinviene, oltre che nell'art. 26 co. 2 d. lgs. n. 198/06, anche nella nozione di molestie sessuali contenuta nell'art. 2 co.1 lett. d), stessa direttiva, che a sua volta riprende ed estende il concetto di molestia come discriminazione già contenuto nell'art. 2 co. 3 della direttiva 2000/78/CE.

La sentenza impugnata, nel ribadire e fare proprie le motivazioni esposte nella pronuncia di primo grado, ha ravvisato la prova presuntiva delle molestie sessuali ai danni di G.D. e B.M. sulla base di plurime deposizioni che hanno riferito di molestie in loro danno, analoghe a quelle lamentate dalle odierne controricorrenti, poste in essere da R.M. subito dopo l'assunzione di giovani lavoratrici. Tali deposizioni sono state considerate corroborate dalla prova statistica fornita dall'Ufficio della Consigliera di Parità della regione Toscana, costituita da un serrato turn over tra le giovani dipendenti assunte dall'odierno ricorrente, che dopo un breve periodo di lavoro si dimettevano senza apparente ragione.

Si tratta d'un quadro complessivo che correttamente i giudici di merito hanno ritenuto tale da imporre quell'inversione dell'onere probatorio a carico del datore di lavoro (o mera attenuazione dell'onere gravante su parte attrice: in tal senso v. Cass. n. 14206/13) prescritta dall'art. 40 d. lgs. 198/06 in ipotesi di discriminazione di sesso.

E' pur vero – come si obietta in ricorso – che l'equiparazione tra molestie sessuali e discriminazioni, espressamente prevista in via generale dall'art. 26 stesso d. lgs., poco si presta, per mancanza del trattamento differenziale, a riflettersi anche sul piano della ripartizione dell'onere della prova.

Ora, qualsiasi giudizio di diversità/uguaglianza fra due gruppi di persone in rapporto ad un determinato standard di misura è pur sempre un giudizio ternario, il cui il *tertium comparationis* è dato dal (diverso o uguale) trattamento ricevuto dai due gruppi.

Le discriminazioni (di varia natura) ben possono agevolmente emergere dal *tertium comparationis* costituito dal trattamento positivamente praticato rispetto ad altre categorie di lavoratori.

Ad esempio, in tema di accesso alle posizioni apicali in seno ad una grande impresa il *tertium comparationis* costituito dal trattamento differenziale può evidenziarsi confrontando tra loro percentualmente le promozioni applicate agli uomini e quelle riconosciute alle loro colleghe donne. Invece riguardo alle molestie sessuali ai danni delle lavoratrici, il *tertium comparationis* non è che non esista del tutto, ma è costituito da un trattamento differenziale negativo (ossia il non avere i lavoratori maschi patito molestie sessuali), che ha una valenza presuntiva, logicamente, minore.

Nondimeno, quella formulata in ricorso è un'obiezione (di ordine pratico o di discutibile ragionevolezza della scelta legislativa) che non può inficiare la doverosità dell'applicazione, anche al caso di specie, della regola probatoria di cui all'art. 40 cit., in favore della quale militano le considerazioni che seguono.

In primo luogo si tenga presente la collocazione della generale equiparazione fra discriminazioni di genere e molestie sessuali sancita nel summenzionato art. 26 co. 2 d. lgs. n. 198/06, che precede la disposizione, contenuta nel successivo art. 40, concernente la ripartizione dell'onere probatorio in sede giudiziaria, senza che a tale riguardo il legislatore abbia ritenuto di dover limitare, ridimensionare o diversamente puntualizzare l'equiparazione precedente.

In secondo, si consideri l'art. 19 della direttiva 2006/54/CE del 5.7.06, in base al quale, sempre in tema di onere della prova, "Gli Stati membri, secondo i loro sistemi giudiziari, adottano i provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio della parità di trattamento ove chi si ritiene leso dalla mancata osservanza nei propri confronti di tale principio abbia prodotto dinanzi ad un organo giurisdizionale, ovvero dinanzi ad un altro organo competente, elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia

stata discriminazione diretta o indiretta. 2. Il paragrafo 1 non osta a che gli stati membri impongano un regime probatorio più favorevole alla parte attrice”.

Nello stesso senso era anche l’art. 10 della precedente direttiva 2000/78/CE.

E ancora, nella sentenza 17.7.08, C-303/06, Coleman, la Corte di Giustizia (v., in particolare, punti 52-55 e 61) statuisce che, poiché le molestie (in generale) sono una forma di discriminazione già ai sensi dell’art. 2, n. 1, della direttiva 2000/78/CE, ad esse sono applicabili le stesse disposizioni in tema di onere della prova, nel senso che, ove risultino fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incombe alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del divieto di discriminazione, fatto salvo il diritto degli Stati membri di prevedere disposizioni in materia di prova più favorevoli alle parti attrici.

E’ pur vero che la cit. sentenza Coleman riguardava una discriminazione a causa di disabilità. Tuttavia appare chiaro quale sia l’orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia in un’altra ipotesi (molestie ai danni di disabile) di *tertium comparationis* integrato da un trattamento differenziale meramente negativo (mancanza di analoghe molestie ai danni dei non disabili).

La doverosità d’una esegesi conforme alla normativa euro-unitaria come interpretata dalla Corte di Giustizia impone di ritenere estesa l’equiparazione delle molestie sessuali alle discriminazioni di genere anche in ordine alla ripartizione dell’onere probatorio.

3.- Il rigetto dei primi due motivi di ricorso assorbe la disamina del terzo, risultando ormai vano domandarsi – una volta stabilito che l’onere probatorio incombe sul datore di lavoro, che nel caso di specie non l’ha in alcun modo soddisfatto – se e in che misura sia corretta la gravata pronuncia là dove afferma essere stata comunque raggiunta la prova positiva (sia pure mediante presunzioni) del carattere illecito e discriminatorio del licenziamento di G.D.

4.- Il quarto mezzo è inammissibile, oltre che infondato.

E’ inammissibile perché contiene una denuncia di violazione o falsa applicazione di legge non fatta valere in appello. [*Omissis*]

E’, poi, comunque infondato, dovendosi sempre fare luogo alla tutela reintegratoria di cui all’art. 18 legge n. 300/70 (nel testo, applicabile *ratione temporis*, in vigore prima della novella di cui all’art. 1 legge n. 92/12, cd. legge Fornero), così come previsto dall’art. 3 legge n. 108/90 e ciò in base all’equiparazione al licenziamento discriminatorio di quello ritorsivo o per rappresaglia (per essersi G.D. sottratta alle molestie sessuali del datore di lavoro).

In giurisprudenza tale equiparazione si è avuta anche a prescindere da quella operata dall'art. 26 co. 2 d. lgs. n. 198/06 e si è affermata sulla scorta dell'art.3 Cost. e delle sentenze della Corte di Giustizia in materia di diritto antidiscriminatorio e antivessatorio, in particolare, nei rapporti di lavoro, a partire dall'introduzione dell'art. 13 nel Trattato Ce da parte del Trattato di Amsterdam del 1997.

Pertanto l'area dei singoli motivi vietati ex art. 3 legge n. 108/90 deve ritenersi estesa anche al licenziamento per ritorsione o rappresaglia, intimato quale unica ragione del provvedimento espulsivo – quale ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore (cfr. Cass. n. 24648/15; Cass. n. 17087/11; Cass. n. 6282/11).

5.- In conclusione, il ricorso è da rigettarsi.

Le spese del giudizio di legittimità, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza. [Omissis]