

L'equiparazione delle molestie sessuali alle discriminazioni di genere anche in ordine alla ripartizione dell'onere probatorio

di V. A. Poso - 9 dicembre 2016

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 23286 del 15 novembre 2016, chiude il cerchio sul contenzioso promosso da due lavoratrici (una licenziata e una costretta alle dimissioni) che avevano subito gravi molestie sessuali e dalla Consigliera di Parità della Regione Toscana, confermando, in senso sfavorevole al datore di lavoro, il pronunciamento espresso dalla Corte di Appello di Firenze 11 luglio 2013 (in *RGL*, 2014, II, 624, con nota di Izzi, *Molestie sessuali e danni non patrimoniali con funzione dissuasiva*) confermativo della sentenza di primo grado pronunciata dal Tribunale di Pistoia, 8 settembre 2012 (in *RIDL*, 2013, II, 25, con nota di Del Punta, *Un caso esemplare di molestie sessuali sul lavoro*— cui si rinvia anche per una compiuta analisi critica del quadro probatorio, anche indiziario; v. anche la nota di commento di Cimaglia, *Un'altra freccia nell'arco del diritto antidiscriminatorio: il danno non patrimoniale con funzione punitiva*, in *RGL*, 2013, II, 85).

Va premesso, innanzitutto, che sul piano delle allegazioni (non sufficientemente contrastate e oggetto, anche, di prova positiva all'esito di una complessa attività istruttoria) le condotte denunciate dalle lavoratrici integrino la fattispecie di molestia sessuale di cui all'art. 26, comma 2, del d.lgs. n. 198/2006 a norma del quale sono “*considerate come discriminazioni le molestie sessuali, ovvero quei comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo*”. Ma rileva, anche (oltre a quanto previsto dal precedente comma 1, in via generale), il disposto del comma 2-bis, che considera “*come discriminazione i trattamenti meno favorevoli subiti da una lavoratrice o da un lavoratore per il fatto di aver rifiutato i comportamenti di cui ai commi 1 e 2 o di essersi sottomessi*”.

Dalla suddetta qualificazione consegue, ad avviso dei giudici di merito, l'applicazione dello speciale regime probatorio approntato, in esecuzione del diritto dell'Unione (da ultimo contenuto nella dir. 2006/54/CE ricognitiva delle precedenti fonti comunitarie in materia di discriminazione di genere), dall'art. 40 del d.lgs. n. 198/2006, a norma del quale, quando “*il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione*”.

L'equiparazione fra discriminazioni di genere e molestie sessuali è dettata non tanto da ragioni sistematiche e concettuali (le molestie sessuali sono di per sé illecite, senza dover essere necessariamente qualificate come discriminazioni), quanto dalle esigenze probatorie, connesse alla possibilità di fruire di un regime probatorio agevolato da parte di chi denuncia le molestie.

Anche la Corte di Cassazione, premessa questa equiparazione, considera corretta l'inversione dell'onere della prova a carico del datore di lavoro (o la mera attenuazione dell'onere probatorio gravante sulla parte attrice secondo l'assunto di Cass, 5 giugno 2013, n. 14206) prescritta dall'art. 40, d.lgs. n.198/2006; e tuttavia, in latente contraddizione con quanto affermato, riconosce, in linea di principio, che l'equiparazione tra le molestie sessuali e le discriminazioni poco si presta a riflettersi sul piano della ripartizione dell'onere della prova, difettando il trattamento differenziale, che però viene individuato nel giudizio ternario in cui il *tertium comparationis* è dato dal (diverso od uguale) trattamento ricevuto dai due gruppi di persone in rapporto ad un determinato standard di misura.

Nel caso di specie il *tertium comparationis* è individuato nel trattamento differenziale negativo (ossia il non avere i lavoratori maschi patito molestie sessuali) che, però, ha una valenza presuntiva, logicamente, minore.

Nel caso di specie la prova presuntiva delle molestie sessuali, derivante dall'istruttoria testimoniale dalla quale sono emerse varie vicende analoghe di molestie sessuali poste in essere dal datore di lavoro ai danni di giovani lavoratrici dopo la loro assunzione, è stata completata dalla prova statistica fornita dall'Ufficio della Consigliera di Parità della Regione Toscana costituita da un serrato *turn over* tra le giovani dipendenti che dopo un breve periodo di lavoro si dimettevano senza apparente ragione.

Restano sullo sfondo della sentenza di legittimità annotata le questioni relative ai danni risarcibili e alla loro quantificazione posti dalle sentenze di merito (sulle quali si rinvia alle note di commento sopra citate e al commento di Romoli, *Danno non patrimoniale e diritto al risarcimento in ipotesi di discriminazione di genere: la duplice condanna, individuale e collettiva, del datore di lavoro molesto, confermata in appello*, in *D&L*, 2013, n.3 e 4), perché l'unico punto oggetto di ricorso è quello relativo all'applicazione dell'art. 18 della l. n. 300/1970 con la condanna alla reintegrazione della lavoratrice molestata licenziata, in assenza dei requisiti occupazionali necessari per applicare siffatto tipo di tutela, ritenuto inammissibile trattandosi di denuncia di violazione o falsa applicazione di legge non fatta valere in appello, ma anche infondato, in quanto "*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*".

Vincenzo Antonio Poso, avvocato in Pisa

Visualizza il documento: [Cass., 15 novembre 2016, n. 23286](#)