

Corte di cassazione

## Parità uomo-donna e licenziamento discriminatorio

Salvatore Servidio – Esperto tributario del processo del lavoro

Il fatto oggetto della sentenza della Corte di cassazione 5 aprile 2016, n. 6575, riguarda una lavoratrice che agiva nei confronti di un avvocato - suo datore di lavoro - chiedendo accertarsi la intercorrenza tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato nel periodo settembre 1993 - settembre 2005 ascrivibile al livello 4° del Ccnl Studi Professionali e per l'effetto condannare la convenuta al pagamento delle differenze retributive, previa dichiarazione di nullità/illegittimità del licenziamento intimato in data 27 settembre 2005 perché determinato da motivo illecito e/o discriminatorio, con ulteriore condanna del datore alla reintegra nelle mansioni ed al pagamento delle retribuzioni maturate dal licenziamento alla reintegra, e risarcimento del danno, sulla base dell'ultima retribuzione dovuta.

La lavoratrice chiedeva altresì, in subordine, di dichiarare ancora in essere il rapporto di lavoro e condannare il suo datore al pagamento delle retribuzioni dalla data del licenziamento sino a valida risoluzione del rapporto, con risarcimento del danno, sulla base dell'ultima retribuzione dovuta con ulteriore subordinata richiesta di dichiarare l'illegittimità del licenziamento, con riammissione in servizio nel termine di tre giorni ed in mancanza al risarcimento del danno, nella misura di dieci mensilità dell'ultima retribuzione dovuta.

Il Tribunale adito accoglieva la domanda, ritenendo il licenziamento adottato per ragioni disciplinari in violazione procedimento previsto dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, condannando il datore di lavoro alla riassunzione della lavoratrice e, in mancanza, al risarcimento del danno, nella misura di sei mensilità dell'ultima retribuzione.

Nel conseguente appello, la lavoratrice insisteva per l'integrale accoglimento delle proprie domande e la Corte d'Appello, in parziale riforma della sentenza impugnata, confermava la nullità del li-

cenziamento in quanto discriminatorio rispetto al proposito manifestato dalla lavoratrice di sottoporsi all'estero a pratiche di inseminazione artificiale (o comunque dovuto ad un motivo illecito determinate), ordinando la reintegrazione della dipendente nelle mansioni e condannando il datore di lavoro al pagamento delle retribuzioni globali di fatto maturate dal licenziamento alla reintegra.

Nel successivo ricorso per cassazione, il professionista sosteneva violazione di varie disposizioni di legge, in quanto la comunicazione di licenziamento evidenziava, quale ragione del recesso, le ricadute negative delle assenze programmate sulla funzionalità dello studio e, dunque, una ragione economica, circostanza che di per sé escludeva il motivo discriminatorio così come il carattere unico e determinante del motivo illecito.

Inoltre, il professionista deduceva che non poteva ritenersi sussistere il motivo discriminatorio o illecito a fronte di una condotta della dipendente intesa ad utilizzare l'istituto delle assenze per malattia al di là dei limiti ad esso propri, non essendo configurabile una assenza per malattia in "prevenzione", facendosi riferimento nella comunicazione dei motivi a precise condotte, costituenti utilizzazione abusiva dell'istituto della assenza per malattia e, comunque, alla violazione degli obblighi discendenti dal rapporto di lavoro.

### Licenziamento discriminatorio

Si premette che l'ordinamento positivo tutela il lavoratore anche dal c.d. licenziamento discriminatorio, ossia dal licenziamento intimato da ragioni di credo politico o di fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato o dalla partecipazione all'attività sindacale, tra cui è compresa la partecipazione del lavoratore ad uno sciopero, nonché da ragioni razziali, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basate sull'orientamento

# Approfondimenti

sessuale o sulle convinzioni personali del dipendente (art. 4, legge 15 luglio 1966, n. 604; art. 15, legge 20 maggio 1970, n. 300 e art. 3, legge 11 maggio 1990, n. 108).

In caso di licenziamento discriminatorio, il lavoratore ha diritto alle tutele previste dalla legge, e in particolare:

- a quelle indicate dai primi tre commi dell'art. 18 della legge n. 300/1970, come modificati dalla legge 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. Riforma Fornero), se si tratta di lavoratore assunto prima del 7 marzo 2015;
- a quelle indicate dall'art. 2 del D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (attuativo del c.d. Jobs Act, contenente la disciplina del contratto a tutele crescenti), se l'assunzione è avvenuta a decorrere dal 7 marzo 2015, data della sua entrata in vigore.

Tali norme, peraltro, hanno contenuto sostanzialmente identico: sia la nuova sia la vecchia disciplina prevedono infatti che il lavoratore cui sia stato comminato un licenziamento discriminatorio ha diritto alla c.d. tutela reintegratoria piena, in forza della quale il datore di lavoro è obbligato a:

- reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro;
- corrispondere al lavoratore un'indennità risarcitoria, nella misura della retribuzione maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto eventualmente percepito dal lavoratore attraverso un'altra occupazione (*aliunde perceptum*) (l'indennità non può comunque essere inferiore alle cinque mensilità);
- versare i contributi previdenziali ed assistenziali per tutto il periodo intercorso fra il licenziamento a quello della reintegrazione.

L'ordinamento riconosce inoltre al lavoratore il c.d. diritto di opzione, ossia la possibilità di scegliere, in luogo della reintegra, il pagamento di un'indennità pari a quindici mensilità (art. 18, comma 3, Statuto dei lavoratori e art. 2, comma 3, D.Lgs. n. 23/2015).

Si può dire, comunque, che si ha una discriminazione, rilevante ai fini del rapporto di lavoro, ogni volta che un soggetto venga trattato in modo più svantaggiato di altri in determinate situazioni (con un criterio, quindi, di tipo comparativo), oppure ogni volta che un soggetto subisca un provvedimento (negativo) in ragione di determinate caratteristiche che la legge intende invece proteggere. Si tenga presente, al riguardo, il seguente elenco non tassativo di discriminazioni vietate:

- discriminazioni di genere

- discriminazioni basate sull'età
- discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale
- discriminazioni basate sulla disabilità
- discriminazioni religiose
- discriminazioni basate sull'origine etnica
- discriminazioni in base alla razza
- discriminazioni politiche
- discriminazioni sindacali
- molestie o molestie sessuali
- discriminazioni basate sulle condizioni sociali
- discriminazioni basate sulle condizioni e caratteristiche personali
- discriminazioni basate sulla lingua
- discriminazioni basate sulle caratteristiche fisiche, sui tratti somatici, sull'altezza, sul peso
- discriminazioni basate sullo stato di salute
- discriminazioni basate sulle convinzioni personali.

La legge, inoltre, equipara al licenziamento discriminatorio (art. 2, D.Lgs. n. 23/2015 e art. 18, comma 1, Statuto dei lavoratori), quanto ad effetti, quello intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'art. 35 del Codice delle Pari opportunità tra uomo e donna, di cui al D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'art. 54, commi 1, 6, 7 e 9, del Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. In questi casi il licenziamento è semplicemente nullo e il giudice, in caso di impugnazione, deve ordinare al datore di lavoro di riprendere alle proprie dipendenze il lavoratore.

Infine, anche il licenziamento intimato per ragioni economiche (giustificato motivo oggettivo, art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015) può determinare l'ordine di reintegrazione da parte del giudice, qualora nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti invece determinato da ragioni discriminatorie.

C'è ancora da tenere conto del fatto che se le ragioni economiche poste a fondamento di un licenziamento risultano insussistenti, il licenziamento stesso si configura come licenziamento discriminatorio, in quanto, eliminata la causale economica, resta solo il fatto che l'impresa ha scelto di eliminare quel certo dipendente per sue

caratteristiche personali non gradite: tale genere di licenziamento può sicuramente essere definito come discriminatorio.

Per quanto attiene la dimostrazione della discriminazione, il comma 4 dell'art. 28 del D.Lgs. 1° settembre 2011, n. 150, stabilisce l'inversione dell'onere della prova (mutuato dall'art. 4, comma 5, legge 10 aprile 1991, n. 125, sulle "Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro") sancendo che "quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata".

## Tutela integratoria "piena"

Come si è detto, l'ordinamento lavoristico tutela il lavoratore dal c.d. licenziamento discriminatorio, per cui, ogni qualvolta accerti la natura discriminatoria del provvedimento espulsivo, il giudice dichiara la nullità del licenziamento e applica la c.d. tutela reintegratoria piena, sopra descritta (reintegrazione, indennità risarcitoria, versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, diritto di opzione).

È opportuno precisare che la tutela accordata in caso di licenziamento discriminatorio opera in ogni caso: essa è applicabile, infatti, quale che sia il numero di lavoratori addetti presso l'impresa (quindi anche alle piccole imprese) e indipendentemente dalla data di assunzione del lavoratore (l'art. 18 della legge n. 300/1970 e l'art. 2 del D.Lgs. n. 23/2015 - che disciplinano, rispettivamente, le conseguenze del licenziamento discriminatorio comminato ai lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015 - hanno contenuto sostanzialmente identico).

Inoltre, tale tutela opera indipendentemente dal motivo formalmente addotto dal datore di lavoro a giustificazione del licenziamento.

Quest'ultimo punto richiede una valutazione particolarmente accurata: è, infatti, necessario verificare con attenzione che il datore di lavoro non abbia usato una ragione oggettiva (come quella

tecnico-organizzativa) per nascondere, nella realtà, ragioni discriminatorie, in quanto fondate sulla diversità del singolo soggetto che ha subito il licenziamento. Tale valutazione, come accennato, dovrà essere opportunamente effettuata non solo e non tanto comparando la situazione di tale soggetto in quanto inserito nel gruppo, ma anche e soprattutto considerando di per sé stessa la sua singola situazione.

E pertanto qualunque causa giustificativa diversa da quella tecnico-organizzativa ammessa dall'ordinamento, come tale collegata a caratteristiche, opinioni, scelte della persona del lavoratore prive di attinenza con la prestazione lavorativa, è per ciò stesso discriminatoria e illecita e può perfino prevalere su un'eventuale causa tecnico-organizzativa concorrente.

Bisogna poi osservare che le direttive europee hanno modificato profondamente negli anni la nozione di discriminazione, superando il giudizio di tipo comparativo e introducendo quello di natura assoluta. La nozione di discriminazione accolta dalle direttive europee (come si vedrà nel prosieguo) tende a superare la struttura tradizionale della tutela antidiscriminatoria che presuppone una comparazione con altri soggetti; non è più necessario ormai prendere in considerazione il gruppo, cioè il numero di persone colpite da un certo atto, ma è sufficiente guardare solo alla situazione dei singoli individui.

In questa logica, per fare un esempio, un lavoratore sessantenne licenziato per motivi economici potrebbe sostenere, a prescindere da qualsiasi comparazione con altri lavoratori licenziati o altri lavoratori mantenuti in organico, che la ragione sottesa alla sua eliminazione è quella anagrafica.

Il confronto con il gruppo di riferimento potrebbe essergli utile per giovare dell'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 28, D.Lgs. n. 150/2011, ma l'azione sarebbe esperibile anche a prescindere dal riferimento al gruppo, dimostrando la propria utilità tecnico-organizzativa e quindi l'incomprensibilità della sua estromissione, se non per un atto discriminatorio in ragione della sua età anagrafica. Quindi, a prescindere dalla comparazione con la platea di riferimento (che, appunto, consentirebbe l'inversione dell'onere della prova), ogni licenziamento attuato in danno di un soggetto che faccia parte di una delle categorie di riferimento, che possa dimostrare la propria utilità tecnico-organizzativa, deve essere an-

# Approfondimenti

nullato in quanto discriminatorio, con la conseguenza della reintegrazione nel posto di lavoro.

In ultima analisi, sia con la riforma Fornero, così come con il Decreto legislativo n. 23/2015 sulle tutele crescenti, sostenendo la causa di discriminazione nel licenziamento, ci si incanala in un sistema che ha come sbocco la reintegrazione nel posto di lavoro e non solo una indennità risarcitoria.

## La decisione n. 6575/2016

Ma neppure in grado di legittimità l'esito del giudizio di cui alla sentenza n. 6575/2016 risulta vittorioso per il datore di lavoro in quanto la Suprema Corte respinge il suo ricorso, affermando il principio secondo cui è nullo, in quanto discriminatorio per ragioni di genere, il licenziamento intimato alla lavoratrice per assenze dal lavoro necessitate dal doversi sottoporre ad inseminazione artificiale. In tal caso il recesso del datore di lavoro trova la sua ragione esclusiva e determinante nell'intenzione manifestata dalla dipendente di assentarsi ancora dal lavoro per sottoporsi all'intervento, così compromettendo il regolare funzionamento dello studio professionale. A tal fine, la Sezione Lavoro riassume come mediante il licenziamento, la Corte d'Appello aveva sanzionato una condotta legittima che ha carattere esclusivamente femminile, violando i principi codificati in materia anche dalla giurisprudenza comunitaria.

A sostegno di questa lettura, la Corte d'Appello chiamava in causa la sentenza della Corte di giustizia 28 febbraio 2008, causa C-506/06, che ha considerato discriminatorio il licenziamento intimato alla lavoratrice prima dell'impianto nell'utero degli ovuli fecondati *in vitro*, qualora sia dimostrato che il recesso costituisce una specifica reazione alla futura maternità della dipendente.

Nella sopra citata pronuncia il giudice comunitario ha evidenziato che nella fattispecie esaminata non era applicabile la direttiva 19 dicembre 1992, 92/85/Cee, richiamata dal giudice del rinvio (in particolare, il divieto di licenziamento delle lavoratrici gestanti disposto dall'art. 10, n. 1, della suddetta direttiva) ma era rilevante la tutela contro la discriminazione fondata sul sesso, riconosciuta dalla direttiva 9 febbraio 1976, 76/207/Cee.

In particolare, secondo la Corte di giustizia, il licenziamento di una lavoratrice, intimato nel momento in cui questa era in congedo di malattia

per essere stata sottoposta ad un trattamento medico di fecondazione *in vitro*, può costituire una discriminazione diretta fondata sul sesso. Si tratterebbe, cioè, di una delle ipotesi di discriminazioni cosiddette *sex plus* o *gender plus* (cioè della discriminazione collegata a fattori che, come la gravidanza o, nel caso di specie, il trattamento di fecondazione *in vitro* sono direttamente riferibili soltanto alle donne). Questo perché, se è vero che la malattia è un evento che colpisce indistintamente i lavoratori di entrambi i sessi, è altresì vero che il trattamento della fecondazione *in vitro* riguarda direttamente soltanto le donne. Del resto, consentire al datore di lavoro di licenziare la propria dipendente per il fatto che si è sottoposta ad un trattamento di fecondazione *in vitro*, si porrebbe in insanabile contrasto con le finalità di tutela della gravidanza e della maternità richiamate dall'art. 2, 3, direttiva 76/207/Cee.

Tuttavia, diventa qui necessario dimostrare che il licenziamento si fonda essenzialmente sul fatto che la lavoratrice si era sottoposta al suddetto trattamento. In quest'ottica, spetta al giudice nazionale del rinvio verificare se, alla luce delle circostanze di fatto, il licenziamento si era basato su tale fatto e possa, di conseguenza, essere considerato un'ipotesi di discriminazione diretta fondata sul sesso.

Orbene, ad avviso della Cassazione, nel caso di specie la Corte d'Appello aveva fatto corretta applicazione del principio di non discriminazione per ragioni di genere, di cui la direttiva 76/207/Cee sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego - (poi confluita nella direttiva di rifusione 5 luglio 2006, 2006/54/Ce) - costituisce attuazione concreta.

Applicando il principio al caso affrontato dalla sentenza n. 6575/2016, la Sezione lavoro evidenzia che l'annullamento del licenziamento della dipendente che intende sottoporsi ad inseminazione artificiale non costituisce una forma anticipata di tutela per la malattia della lavoratrice, non ancora verificatasi, ma - piuttosto - si configura come la sanzione più appropriata da comminare nei confronti di un atto di natura discriminatoria.

La Corte territoriale non aveva inteso, infatti, applicare in via anticipata la tutela prevista per la malattia della lavoratrice - non ancora verificatasi - ma aveva accertato la nullità dell'atto in quanto determinato dalla intenzione manifestata dalla lavoratrice di sottoporsi agli interventi di fecondazione *in vitro*.

Rispetto al carattere discriminatorio del licenziamento rileva, per la sentenza n. 6575/2016 in esame, unicamente il “rapporto di causalità” tra il trattamento di fecondazione e l’atto di recesso e non anche la circostanza che l’intervento, con il conseguente impedimento al lavoro, sia stato già effettuato, sia in corso - come nella fattispecie esaminata dalla Corte di giustizia (sentenza C-506/06) - ovvero, come nella fattispecie di causa, sia stato semplicemente programmato.

## Licenziamento per ritorsione

Si deve peraltro aggiungere che la Suprema Corte disattende anche il diverso motivo del rilievo profilato dal datore di lavoro secondo cui la natura discriminatoria del licenziamento (sancito dall’art. 4 della legge n. 604/1966, dall’art. 15 della legge n. 300/1970 e dall’art. 3 della legge n. 108/1990) sarebbe esclusa dalla esistenza del motivo economico, quale riflesso negativo delle future assenze sulla organizzazione dello studio professionale.

Ciò perché, spiega il giudice di legittimità, tale postulato ha quale implicito presupposto l’attrazione del licenziamento discriminatorio (il quale si configura come un *vulnus* all’identità del lavoratore in ragione della sua appartenenza ad un determinato *genus* (per sesso, razza alla religione, lingua, ecc.) alla fattispecie del licenziamento determinato da motivo illecito - ai sensi dell’art. 1345 c.c. (secondo cui il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe) - con la conseguente sussistenza della illiceità soltanto allorché il motivo illecito sia esclusivo e determinante.

L’equivoco ventilato dal ricorso datoriale nasce dall’assimilazione del licenziamento discriminatorio al licenziamento ritorsivo (ossia intimato a seguito di comportamenti risultati sgraditi al datore di lavoro: Cass. 3 maggio 1997, n. 3837; 22 giugno 1999, n. 6362; 22 agosto 2003, n. 12349), in relazione al quale consolidata giurisprudenza di legittimità ha affermato non essere sufficiente che il licenziamento sia ingiustificato, essendo piuttosto necessario che il motivo pretesamente illecito sia stato l’unico determinante (v. *ex plurimis* Cass. 18 marzo 2011, n. 6282; 27 febbraio 2015, n. 3986).

Sostanzialmente, il licenziamento per ritorsione, diretta o indiretta che sia, è un licenziamento nullo, quando il motivo ritorsivo, come tale illecito, sia stato l’unico determinante dello stesso, ai sensi del combinato disposto dell’art. 1418, comma 2, c.c. e dagli artt. 1345 e 1324 c.c.

Esso costituisce l’ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito (diretto) o di altra persona ad esso legata e pertanto accomunata nella reazione (indiretto), che attribuisce al licenziamento il connotato della ingiustificata vendetta.

L’assimilazione del licenziamento ritorsivo al licenziamento discriminatorio viene compiuta in alcune pronunzie della giurisprudenza di legittimità allo scopo di estendere al licenziamento ritorsivo le tutele previste per il licenziamento discriminatorio (cfr. Cass. 8 agosto 2011, n. 17087). Infatti, viene affermato che una tale conclusione è imposta dalla contestuale necessaria appartenenza del motivo discriminatorio e del motivo ritorsivo alla medesima e più ampia fattispecie del motivo illecito disciplinato dall’art. 1345 c.c. (Cass. 9 luglio 2009, n. 16155). È però indispensabile, si aggiunge nella stessa sentenza, ai fini della nullità del provvedimento di licenziamento ex art. 15 della legge n. 300/1970, con tutte le conseguenze di cui al successivo art. 18, che detto motivo sia contrario “all’ordine pubblico, al buon costume o ad altri scopi espressamente proibiti dalla legge”, mentre non rilevano “altri fini che in sé non siano confliggenti con tali divieti”.

Secondo la sentenza n. 6575/2016, la ricerca dell’intento illecito è tuttavia rilevante al solo fine di estendere l’area di protezione delineata da specifiche disposizioni di legge, mentre la nullità derivante dal divieto di discriminazione discende direttamente dalla violazione di specifiche norme di diritto interno e comunitario, senza passare attraverso la mediazione dell’art. 1345 c.c.

Sotto il profilo dell’assimilazione del licenziamento discriminatorio al licenziamento ritorsivo rilevano le riferite previsioni dell’art. 4 della legge n. 604/1966, dell’art. 15 della legge n. 300/1970 e dell’art. 3 della legge n. 108/1990.

In particolare, la legge n. 108/1990 (“Disciplina dei licenziamenti individuali”), dispone all’art. 3 che il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie - ai sensi dell’art. 4 della legge n. 604/1966 e dell’art. 15 della legge n. 300/1970 -

# Approfondimenti

è nullo indipendentemente dalla motivazione adottata, con ciò evidenziando:

**a)** da un lato, una netta distinzione della discriminazione dall'area dei motivi;

**b)** dall'altro, l'idoneità della condotta discriminatoria a determinare di per sé sola la nullità del licenziamento.

Negli stessi sensi rileva la previsione, già contenuta nell'art. 4 della legge n. 125/1991 (ed oggi nell'art. 28 - "Controversie in materia di discriminazione" - del D.Lgs. n. 150/2011), secondo cui il lavoratore che esercita la azione a tutela dalla discriminazione può limitarsi a fornire 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 o comportamenti discriminatori, spettando in tal caso al convenuto l'onere della prova sulla insussistenza della discriminazione.

A differenza del motivo illecito, si legge ancora nella motivazione della sentenza n. 6576/2016, la discriminazione opera obiettivamente - ovvero 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.

Sotto il profilo del diritto comunitario, aggiunge poi la Sezione Lavoro, la discriminazione diretta fondata sul sesso è di per sé vietata.

Infatti, la richiamata direttiva 76/207/Cee opera una distinzione tra le discriminazioni direttamente fondate sul sesso e quelle definite "indirette"; unicamente le disposizioni, i criteri o le prassi che possono costituire discriminazioni indirette possono, in forza dell'art. 2, n. 2, secondo trattino, evitare la qualifica di discriminazione, a condizione che siano giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il loro conseguimento siano appropriati e necessari.

Tale possibilità non è invece prevista per le disparità di trattamento atte a costituire discriminazioni dirette, ai sensi dell'art. 2, n. 2, primo trattino, della stessa direttiva 76/207/Cee (v. Corte di giustizia, 18 novembre 2010, causa C-356/09).

Pertanto, la normativa nazionale ove interpretata nel senso di consentire una discriminazione diretta fondata sul sesso per la concorrenza di un'altra

finalità, pur legittima (nella specie il dedotto motivo economico) sarebbe contraria alla direttiva comunitaria.

## Conclusione

Infine, anche sotto il profilo della denunciata carenza e contraddittorietà di motivazione della sentenza impugnata, il ricorso non viene ritenuto meritevole di accoglimento in quanto, contrariamente all'assunto del professionista - secondo cui le ragioni manifestate nell'atto di licenziamento escludevano la possibilità di ravvisare il motivo discriminatorio e, comunque, il motivo illecito di carattere unico e determinante - la Suprema Corte ritiene ineccepibile l'operato del merito, essendo la sentenza d'appello fondata su una doppia *ratio decidendi*:

**1)** da un lato, l'esistenza di una discriminazione diretta fondata sul sesso;

**2)** dall'altro, la nullità del licenziamento perché dovuto ad un motivo illecito determinante.

In tal modo, ad avviso della Sezione lavoro, la Corte territoriale ha ritenuto provata la natura discriminatoria del licenziamento sulla base delle emergenze documentali ed in particolare in ragione del tenore della comunicazione del licenziamento, dalla quale emergeva che la ragione che aveva indotto la datrice di lavoro a recedere dal contratto era rappresentata dal proposito manifestato dalla dipendente di assentarsi in futuro periodicamente dal lavoro per sottoporsi ad un nuovo ciclo di inseminazione artificiale.

In ultima analisi, nella fattispecie di cui è causa, il giudice del riesame ha fondato il proprio convincimento su documenti provenienti dal datore di lavoro (comunicazione di licenziamento e successiva specificazione dei motivi); né risulta la decisività della mancata considerazione dell'esito della prova testimoniale, non idonea ad infirmare nei suoi contenuti, come indicati in ricorso, il tenore testuale dei predetti documenti. Ciò in quanto, costante giurisprudenza di legittimità afferma che non incorre nel vizio di omesso esame o di insufficiente motivazione su punti decisivi il giudice del merito che, nell'apprezzamento delle prove, attinga il proprio convincimento agli elementi istruttori che ritenga più confacenti alla risoluzione della controversia (cfr. *ex plurimis* Cass. 26 maggio 2004, n. 10156).

## Cass. civ., sez. lav., 5 aprile 2016, n. 6575

### **Svolgimento del processo**

Con ricorso del 15 marzo 2007 S.S. agiva nei confronti dell'avvocato C.L.G. davanti al Tribunale di Roma, quale Giudice del lavoro, chiedendo accertarsi la intercorrenza tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato nel periodo 6 settembre 1993-27 settembre 2005 ascrivibile al livello 4° del Ccnl Studi Professionali e per l'effetto:

- condannare parte convenuta al pagamento delle differenze di retribuzione maturate e del Tfr. Dichiarare la nullità/illegittimità del licenziamento intimato in data 27 settembre 2005 perché determinato da motivo illecito e/o discriminatorio, con condanna di parte convenuta alla reintegra nelle mansioni ed al pagamento delle retribuzioni maturate dal licenziamento alla reintegra - anche a titolo di risarcimento del danno - sulla base dell'ultima retribuzione dovuta;

- in via gradata rispetto al suddetto capo di domanda, dichiarare ancora in essere il rapporto di lavoro e condannare parte convenuta al pagamento delle retribuzioni dalla data del licenziamento sino a valida risoluzione del rapporto - anche a titolo di risarcimento del danno - sulla base dell'ultima retribuzione dovuta;

- in via di ulteriore subordine, dichiarare la illegittimità del licenziamento, con condanna di parte convenuta alla riammissione in servizio della ricorrente nel termine di tre giorni ed in mancanza al risarcimento del danno, nella misura di dieci mensilità retribuzione dovuta.

Si costituiva parte convenuta contestando il fondamento della domanda.

Il Tribunale dichiarava la illegittimità del licenziamento - ritenendo l'atto adottato per ragioni disciplinari in violazione del procedimento di cui all'art. 7, Statuto dei lavoratori - e condannava l'avvocato C.L. alla riassunzione della S. ed, in mancanza, al risarcimento del danno, nella misura di sei mensilità dell'ultima retribuzione; rigettava per il resto la domanda.

Proponeva appello la lavoratrice chiedendo l'integrale accoglimento delle domande.

Si costituiva parte appellata, proponendo appello incidentale quanto al capo della sentenza che la vedeva soccombente.

Con sentenza del 20 giugno - 9 luglio 2012 (n. 5829/2012) la Corte d'Appello di Roma, in parziale riforma della sentenza impugnata, dichiarava la nullità del licenziamento in quanto discriminatorio rispetto al proposito manifestato dalla lavoratrice di sottoporsi all'estero a pratiche di inseminazione artificiale (o comunque dovuto ad un motivo illecito determinate). Ordinava la reintegrazione della ricorrente nelle mansioni e condannava il datore di lavoro al pagamento delle retribuzioni globali di fatto maturate dal licenziamento alla reintegra oltre accessori - ed al versamento dei contributi. Rigettava gli ulteriori motivi dell'appello principale e dichiarava assorbito l'appello incidentale.

Avverso la sentenza propone ricorso per Cassazione l'avvocato C.L.G., articolato in due motivi.

Resiste con controricorso S.S.

Entrambe le parti hanno depositato memorie.

### **Motivi della decisione**

**1.** Con il primo motivo la ricorrente denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 32 e 37 Cost., art. 2, n. 1 e art. 5, n. 1 della direttiva Cee 76/207 in relazione agli artt. 1345, 1324, 1418 e 2697 c.c., all'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea ed al D.Lgs. n. 196/2000, art. 8.

Evidenzia:

- da un lato come, diversamente da quanto affermato dalla Corte territoriale, non vi era alcuna violazione delle tutele previste per l'ipotesi di malattia, non essendo configurabile un licenziamento "in prevenzione rispetto alle future assenze per malattia" secondo la terminologia impiegata nella sentenza impugnata - in quanto le assenze per malattia non potevano essere programmate ma erano la conseguenza di uno stato morboso già manifestatosi;

- dall'altro come la discriminatorietà e la natura unica e determinante del motivo illecito risultavano escluse dal tenore della lettera di licenziamento e dalla successiva specificazione dei motivi (quest'ultima del 17 novembre 2005).

La comunicazione di licenziamento evidenziava, infatti, quale ragione del recesso le ricadute negative delle assenze programmate sulla funzionalità dello studio e, dunque, una ragione economica, circostanza che di per sé escludeva il motivo discriminatorio così come il carattere unico e determinante del motivo illecito.

Inoltre non poteva ritenersi sussistere il motivo discriminatorio o illecito a fronte di una condotta della ricorrente intesa ad utilizzare l'istituto delle assenze per malattia al di là dei limiti ad esso propri, non essendo configurabile una assenza per malattia in "prevenzione". Nella comunicazione dei motivi si faceva riferimento a precise condotte, costituenti utilizzazione abusiva dell'istituto della assenza per malattia e, comunque, alla violazione degli obblighi discendenti dal rapporto di lavoro; ed invero il giudice del primo grado aveva annullato il licenziamento per la illegittimità asseritamente derivante dal mancato rispetto del procedimento disciplinare.

Il motivo è infondato.

# Approfondimenti

La Corte d'Appello nella sentenza impugnata ha dichiarato il licenziamento discriminatorio per ragioni di genere, in quanto "la datrice di lavoro ha adottato un atto la cui ragione esclusiva e determinante risiede nella intenzione manifestata dalla dipendente di assentarsi ancora dal lavoro per sottoporsi all'inseminazione artificiale, così compromettendo il regolare funzionamento dello studio professionale. Rilevano dunque le future assenze dal lavoro indotte dalla inseminazione, quindi è sanzionata una condotta legittima che è esclusiva della donna".

Ha richiamato la pronuncia della Corte di giustizia - sentenza 26 febbraio 2008 in causa C 506/06 - che ha ritenuto discriminatorio il licenziamento comunicato alla lavoratrice prima dell'impianto nell'utero degli ovuli fecondati *in vitro* ove sia dimostrato che detto licenziamento è stato essenzialmente determinato dalla peculiare condizione in cui ella versava o dalla sua futura maternità.

Nel suddetto precedente il giudice europeo ha evidenziato che nella situazione esaminata non era applicabile la direttiva 92/85, richiamata dal giudice del rinvio (ed, in particolare, il divieto di licenziamento delle lavoratrici gestanti disposto dall'art. 10, n. 1 della suddetta direttiva) - ma era rilevante la tutela contro la discriminazione fondata sul sesso, riconosciuta dalla direttiva 76/207.

Si legge in sentenza, ai punti 50 e 51.

"50. Certamente i lavoratori di entrambi i sessi possono avere un Impedimento di carattere temporaneo ad effettuare il loro lavoro a causa dei trattamenti medici che debbano seguire. Tuttavia, gli interventi di cui trattasi nella causa principale, vale a dire un prelievo follicolare e il trasferimento nell'utero della donna degli ovuli prelevati immediatamente dopo la loro fecondazione, riguardano direttamente soltanto le donne. Ne consegue che il licenziamento di una lavoratrice a causa essenzialmente del fatto che essa si sottoponga a questa fase importante di un trattamento di fecondazione *in vitro* costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso.

51. Ammettere la possibilità che un datore di lavoro licenzi una lavoratrice in circostanze come quelle di cui alla causa principale sarebbe peraltro in contrasto con la finalità di tutela perseguita dall'art. 2, n. 3, della direttiva 76/207, qualora, ovviamente, il licenziamento si fondasse essenzialmente sul fatto del trattamento di fecondazione *in vitro* e, in particolare, sugli interventi specifici menzionati nel punto precedente che un siffatto trattamento comporta".

La sentenza nella presente sede impugnata ha fatto corretta applicazione del principio di non discriminazione per ragioni di genere, di cui la direttiva 76/207 sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego - (poi confluita nella direttiva di rifusione 54/2006) - costituisce attuazione concreta.

La Corte territoriale non ha inteso, infatti, applicare in via anticipata la tutela prevista per la malattia della lavoratrice - non ancora verificatasi - ma ha accertato la nullità dell'atto in quanto determinato dalla intenzione manifestata dalla lavoratrice di sottoporsi agli interventi di fecondazione *in vitro*.

Rispetto al carattere discriminatorio del licenziamento rileva unicamente il rapporto di causalità tra il trattamento di fecondazione e l'atto di recesso e non anche la circostanza che l'intervento - con il conseguente impedimento al lavoro - sia stato già effettuato, sia in corso (come nella fattispecie scrutinata dalla Corte di giustizia) ovvero, come nella fattispecie di causa, sia stato semplicemente programmato.

Sotto un diverso profilo il ricorrente assume che la natura discriminatoria del licenziamento sarebbe esclusa dalla esistenza del motivo economico - ovvero il riflesso negativo delle future assenze sulla organizzazione dello studio professionale - già esternato nella comunicazione di licenziamento del 27 settembre 2005 e dalla concorrenza delle ulteriori ragioni, anche di natura disciplinare, indicate nella lettera di comunicazione dei motivi del 17 novembre 2005.

L'assunto è infondato.

Esso ha quale implicito presupposto la attrazione del licenziamento discriminatorio alla fattispecie del licenziamento determinato da motivo illecito - ai sensi dell'art. 1345 c.c. - con la conseguente sussistenza della illiceità soltanto allorquando il motivo illecito sia esclusivo e determinante.

L'equivoco nasce dalla assimilazione del licenziamento discriminatorio al licenziamento ritorsivo, in relazione al quale la consolidata giurisprudenza di questa Corte (*ex plurimis*: Cass. n. 3986/2015; Cass. n. 17087/2011; Cass. n. 6282/2011; Cass. n. 16155/2009) ha affermato non essere sufficiente che il licenziamento sia ingiustificato, essendo piuttosto necessario che il motivo pretesamente illecito sia stato l'unico determinante.

La assimilazione del licenziamento ritorsivo al licenziamento discriminatorio viene compiuta in alcune pronunzie di questa Corte (cfr. Cassazione civile, sez. lav., 8 agosto 2011, n. 17087) allo scopo di estendere al licenziamento ritorsivo le tutele previste per il licenziamento discriminatorio.

La ricerca dell'intento illecito è tuttavia rilevante al solo fine di estendere l'area di protezione delineata da specifiche disposizioni di legge.

La nullità derivante dal divieto di discriminazione discende invece direttamente dalla violazione di specifiche norme di diritto interno ed europeo, senza passare attraverso la mediazione dell'art. 1345 c.c..

Sotto il primo profilo rilevano le previsioni della legge n. 604/1966, art. 4, della legge n. 300/1970, art. 15, della legge n. 108/1990, art. 3.

In particolare, la legge n. 308/1990, art. 3 dispone che il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie - ai sensi della legge 15 luglio 1966, n. 604, art. 4 e della legge 20 maggio 1970, n. 300, art. 15 - è nullo indipendentemente dalla motivazione addotta con ciò evidenziando, da un lato, una netta distinzione della discrimina-

# Approfondimenti

zione dall'area dei motivi, dall'altro, la idoneità della condotta discriminatoria a determinare di per sé sola la nullità del licenziamento.

Negli stessi sensi rileva la previsione, già contenuta nella legge n. 125/1991, art. 4 (ed oggi nel D.Lgs. n. 150/2011, art. 28) secondo cui il lavoratore che esercita la azione a tutela dalla discriminazione può limitarsi a fornire 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 o comportamenti discriminatori, spettando in tal caso al convenuto l'onere della prova sulla insussistenza della discriminazione.

La discriminazione - diversamente dal motivo illecito - opera obiettivamente - ovvero 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.

Sotto il profilo del diritto europeo, poi, la discriminazione diretta fondata sul sesso è di per sé vietata.

La direttiva 76/207 - e successive modifiche - opera una distinzione tra le discriminazioni direttamente fondate sul sesso e quelle definite "indirette"; unicamente le disposizioni, i criteri o le prassi che possono costituire discriminazioni indirette possono, in forza del suo art. 2, n. 2, secondo trattino, evitare la qualifica di discriminazione, a condizione che siano "giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il loro conseguimento siano appropriati e necessari". Una siffatta possibilità non è invece prevista per le disparità di trattamento atte a costituire discriminazioni dirette, ai sensi dell'art. 2, n. 2, primo trattino, di tale direttiva (in termini: Corte giustizia Ue, sez. 2, 18 novembre 2010, procedimento C356/09).

Pertanto la normativa nazionale ove interpretata nel senso di consentire una discriminazione diretta fondata sul sesso per la concorrenza di un'altra finalità, pur legittima (nella specie il dedotto motivo economico) sarebbe contraria alla direttiva.

**2.** Con il secondo motivo di ricorso viene dedotta carenza o contraddittorietà della motivazione in ordine ad un fatto controverso e decisivo del giudizio, costituito dalla sussistenza del motivo discriminatorio o illecito del licenziamento.

Si lamenta in particolare che la Corte abbia ravvisato la ragione determinante ed esclusiva del licenziamento nel proposito della dipendente di assentarsi dal lavoro per sottoporsi ad inseminazione artificiale, pur dando contestualmente atto del motivo economico sotteso al recesso, consistente nelle disfunzioni organizzative per la attività dello studio.

Di tale ragione oggettiva era indicazione sia nella lettera di licenziamento che nella comunicazione dei motivi, la quale faceva altresì riferimento all'utilizzo abusivo dell'istituto della assenza per malattia ed a contegni posti in essere dalla lavoratrice in violazione degli obblighi discendenti dal rapporto di lavoro subordinato.

Le ragioni manifestate escludevano, secondo l'assunto della ricorrente, la possibilità di ravvisare il motivo discriminatorio e, comunque, il motivo illecito di carattere unico e determinante; sul punto la sentenza era carente di motivazione.

La carenza di motivazione viene altresì dedotta sotto il profilo del mancato esame delle circostanze di fatto acquisite in sede di esame testimoniale, attraverso la audizione del teste avvocato C. S.P., coniuge della ricorrente, circostanze dotate di rilevanza decisiva al fine di escludere la natura discriminatoria del licenziamento, in quanto dimostranti la solidarietà della ricorrente - e del coniuge di lei - rispetto alle scelte di vita della dipendente.

La censura è infondata.

La sentenza impugnata è fondata su una doppia *ratio decidendi* ovvero, da un lato, la esistenza di una discriminazione diretta fondata sul sesso e dall'altro, in ogni caso, ("indipendentemente da tale assunto, di per sé decisivo...") la nullità del licenziamento perché dovuto ad un motivo illecito determinante.

Sotto il primo profilo la Corte territoriale ha ritenuto provata la natura discriminatoria del licenziamento sulla base delle emergenze documentali ed in particolare in ragione del tenore della comunicazione del 27 settembre 2005, dalla quale emergeva che la ragione che aveva indotto la datrice di lavoro a recedere dal contratto era rappresentata dal proposito manifestato dalla dipendente di assentarsi in futuro periodicamente dal lavoro per sottoporsi ad un nuovo ciclo di inseminazione artificiale.

Non si ravvisa alcuna illogicità della motivazione né contraddittorietà, che viene invocata dalla parte ricorrente sul presupposto della rilevanza del concorrente motivo economico.

Neppure sussiste il dedotto vizio di omesso esame degli esiti della prova testimoniale (verbale della audizione del teste C.S. P., coniuge della ricorrente, alla udienza del 23 aprile 2008).

Per costante giurisprudenza di legittimità non incorre nel vizio di omesso esame o di insufficiente motivazione su punti decisivi il giudice del merito che, nel sovrano apprezzamento delle prove, attinga il proprio convincimento agli elementi istruttori che ritenga più attendibili ed idonei alla risoluzione della controversia.

Ne consegue (*ex plurimis*: Cass. n. 10156/2004) che, per poter configurare il vizio di motivazione su un asserito punto decisivo della controversia, è necessario un rapporto di causalità fra la circostanza che si assume trascurata e la soluzione giuridica data alla controversia, tale da far ritenere che quella circostanza, se fosse stata considerata, avrebbe portato ad una diversa soluzione della vertenza.

# Approfondimenti

Nella fattispecie di causa il giudice ha fondato il proprio convincimento su documenti provenienti dal datore di lavoro ovvero la comunicazione di licenziamento e la successiva specificazione dei motivi; non risulta la decisività della mancata considerazione dell'esito della prova testimoniale, non idonea ad infirmare nei suoi contenuti, come indicati in ricorso, il tenore testuale dei predetti documenti.

Le spese, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

Trattandosi di giudizio instaurato successivamente al 30 gennaio 2013 sussistono le condizioni per dare atto - ai sensi della legge n. 228/2012, art. 1, comma 17 (che ha aggiunto il D.P.R. n. 115/2002, art. 13, comma 1 *quater*) - della sussistenza dell'obbligo di versamento da parte della ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la impugnazione integralmente rigettata.

## ***P.Q.M.***

Rigetta il ricorso.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese che liquida in euro 3.800,00 per compensi ed euro 100 per esborsi oltre spese forfettarie nella misura del 15% Iva e Cpa con attribuzione ai difensori.

Ai sensi del D.P.R. n. 115/2002, art. 13, comma 1-*quater* dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente principale dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale a norma del comma 1-*bis* dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma, il 18 dicembre 2015. Depositato in Cancelleria il 5 aprile 2016.