

AULA 'B'

ESSE: CANTONE ESSE: DO... ESSE: DOTT



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO

- 5 APR 2016

6575.16

Oggetto

licenziamento
discriminativo

R.G.N. 13351/2013

Cron. 6545

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Rep.

Dott. FEDERICO ROSELLI

- Presidente - Ud. 18/12/2015

Dott. ANTONIO MANNA

- Consigliere - PU

Dott. AMELIA TORRICE

- Consigliere -

Dott. ROBERTO RIVERSO

- Consigliere -

Dott. FRANCESCA SPENA

- Rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 13351-2013 proposto da:

(omissis)

C.F.

(omissis)

elettivamente domiciliata in

(omissis)

(omissis), presso lo studio dell'avvocato

(omissis), che la rappresenta e difende

unitamente all'avvocato (omissis), giusta

delega in atti;

- ricorrente -

2015

5113

contro

(omissis)

C.F.

(omissis)

, elettivamente

domiciliata in

(omissis)

, presso lo studio

 dell'avvocato (omissis) , che la rappresenta
e difende unitamente all'avvocato (omissis) ,
giusta delega in atti;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 5829/2012 della CORTE
D'APPELLO di ROMA, depositata il 09/07/2012
R.G.N.3677/11;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 18/12/2015 dal Consigliere Dott.
FRANCESCA SPENA;

udito l'Avvocato (omissis) ;

udito l'Avvocato (omissis) ;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. RITA SANLORENZO, che ha concluso per il
rigetto del ricorso.

FATTO

Con ricorso del 15.3.2007 (omissis) agiva nei confronti dell'avvocato (omissis) 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^a 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 27.9.2005 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 riassunzione in servizio della ricorrente nel termine di tre giorni ed in mancanza al risarcimento del danno, nella misura di dieci mensilità dell'ultima 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 (omissis) alla riassunzione della (omissis) 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 (nr 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-

Ch/pe

... e 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 (omissis) , articolato in due motivi.

Resiste con controricorso (omissis) .

Entrambe le parti hanno depositato memorie.

DIRITTO

1. Con il primo motivo la ricorrente denuncia violazione o falsa applicazione degli articoli 32 e 37 della Costituzione, 2 nr 1 e 5 nr. 1 della direttiva CEE 76/207 in relazione agli articoli 1345, 1324, 1418 e 2697 cc , all'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea ed all'art. 8 D.Lgs 196/00.

Evidenza :

- 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.

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 pronunzia 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 nr. 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 cc. - 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. 17087/11; Cass. n. 6282/11; Cass. n. 16155/09) ha affermato non essere sufficiente che il licenziamento sia ingiustificato, essendo piuttosto necessario che il motivo pretesamente illecito sia stato l'unico determinante.

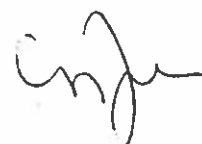
La assimilazione del licenziamento ritorsivo al licenziamento discriminatorio viene compiuta in alcune pronunzie di questa Corte (cfr. Cassazione civile, sez. lav., 08/08/2011, n. 17087) allo scopo di estendere al licenziamento ritorsivo le tutele previste per il licenziamento discriminatorio.

La ricerca dell'intento illecito è tuttavia rilevante al solo fine di estendere l'area di protezione dell'ineata 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'articolo 1345 cc.

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

In particolare, l'articolo 3 della legge 308/90 dispone che il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie - ai sensi dell'articolo 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604 e dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300 - è nullo indipendentemente dalla motivazione addotta con ciò evidenziando, da un lato, una netta distinzione della



discriminazione 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 nell'art. 4 L. 125/1991 (ed oggi nell' art. 28 D. L.vo 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.

La discriminazione- diversamente dal motivo illecito- opera obiettivamente -ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento deteriore 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. II, 18/11/2010, procedimento 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.

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 congedi 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 (omissis), 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 27.9.2005, 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 (omissis), coniuge della ricorrente, alla udienza del 23.4.2008).

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 del 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.

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 dell'art. 1 co 17 L. 228/2012 (che ha aggiunto il comma 1 quater all'art. 13 DPR 115/2002) - 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 .

PQM

Rigetta il ricorso.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese che liquida in € 3.800,00 per compensi ed € 100 per esborsi oltre spese forfetarie nella misura del 15% IVA e CPA con attribuzione ai difensori .

Ai sensi dell'art. 13 co. 1 quater del DPR 115 del 2002 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 articolo 13.

Così deciso in Roma in data 18.12.2015

IL GIUDICE ESTENSORE

Manuela Spene



IL PRESIDENTE

Federico Pontelli

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Dott. Giovanni RUELLO

Giovanni Ruello

