



## **La protezione antidiscriminatoria contro le molestie sessuali vale anche per le regole probatorie<sup>+</sup>**

**(Anti-discrimination protection against sexual harassment applies also to the related evidence system)**

**DI LUCIA VENDITTI**

**Abstract** – *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).*

**Keywords** – Gender discrimination; sexual harassment; evidence system; retaliatory dismissal.

**Riassunto** - *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).*

**Keywords** – Discriminazione di genere; molestie sessuali; regime probatorio; li-  
<sup>+</sup> **Commento/discussion-paper** su Cass. 15 novembre 2016, n. 23286; in questo stesso fascicolo nella sezione Giurisprudenza.

enziamento ritorsivo.

1. La Cassazione suggella una acclarata vicenda di molestie sessuali verso due lavoratrici, culminata nel licenziamento dell'una per non aver assecondato le *avances* datoriali e nelle dimissioni rassegnate dall'altra per non continuare a subire analoghi sgraditi comportamenti.

Nel giudizio di primo grado la prova delle molestie era stata attinta da un quadro indiziario tanto eloquente da farla ritenere acquisita in via presuntiva, a norma dell'art. 40, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (*Codice delle pari opportunità tra uomo e donna*)<sup>1</sup>. Varie colleghe di lavoro chiamate a testimoniare avevano infatti non solo dichiarato di avere assistito ad alcuni dei lamentati episodi, ma pure riferito di essere state anch'esse sessualmente molestate, così da far ravvisare al giudice precisi e concordanti elementi di carattere statistico dai quali presumere l'illecita condotta ascritta dalle ricorrenti al datore di lavoro. Costui non era stato in grado di fornire alcuna prova contraria, né tanto meno di dimostrare l'effettività del preteso motivo disciplinare alla base del licenziamento. Di qui, oltre che a reintegrare nel posto di lavoro la vittima del licenziamento ritorsivo, la sua esemplare condanna, fra l'altro, ad un ingente risarcimento per danno non patrimoniale nei confronti delle parti attrici, compreso l'organo pubblico di parità.

La sentenza veniva confermata dal giudice del gravame, che dava altresì specifico risalto probatorio all'ulteriore dato che fin dal primo giudizio documentava il serrato avvicinarsi di giovani dipendenti in azienda, tutte dimissionarie senza apparente ragione dopo un breve periodo di lavoro<sup>2</sup>. Precisava inoltre il giudice di appello che l'art. 40, d. lgs. 198/2006, concerne solo l'azione collettiva promossa dall'organo di parità, ma pure che la sentenza impugnata aveva ritenuto anche «gravi» i fatti indizianti acquisiti, e non soltanto «precisi e concordanti» come sarebbe stato sufficiente secondo l'art. 40, donde quei fatti integravano comunque, a norma dell'art. 2729 c.c., presunzioni semplici delle molestie patite e poste dalle vittime a fondamento delle proprie azioni individuali.

Anche per il varco aperto dal giudice di secondo grado, il datore di lavoro cavalca nel ricorso per cassazione la questione del regime probatorio sostenendo, tuttavia

---

<sup>1</sup> T. Pistoia 8 settembre 2012, *RIDL*, 2013, II, 25, con nota di R. DEL PUNTA, *Un caso esemplare di molestie sessuali sul lavoro*; *RGL*, 2013, II, 85, con nota di M.C. CIMAGLIA, *Un'altra freccia nell'arco del diritto antidiscriminatorio: il danno non patrimoniale con funzione dissuasiva*; *ADL*, 2013, 127, con nota di F. FONTANA, *Molestie sessuali sul luogo di lavoro e funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non patrimoniale*.

<sup>2</sup> A. Firenze 11 luglio 2013, *RGL*, 2014, 624, con nota di D. IZZI, *Molestie sessuali e danni non patrimoniali con funzione dissuasiva*.

senza successo, che l'equiparazione delle molestie sessuali alle discriminazioni operata dal d. lgs. 198/2006 non si estenderebbe alle relative regole sulla prova, in quanto concepite per accertare in via presuntiva un trattamento differenziale che invece manca nelle molestie. La prospettata lettura riduttiva di quell'equiparazione viene infatti disattesa con puntuali argomenti dalla S.C., la quale così, oltre a segnare l'epilogo di una vicenda dai contorni particolarmente riprovevoli, fissa l'importante principio secondo cui nella prova delle molestie sessuali opera il modello di ripartizione degli oneri probatori tipico delle discriminazioni.

2. La nozione legale di molestie sessuali risale al d. lgs. 30 maggio 2005, n. 145, attuativo della direttiva 2002/73/CE sulla parità di trattamento tra uomini e donne nel lavoro, con il quale furono inseriti nell'art. 4, l. n. 125/1991, i commi 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater* - poi rifluiti nell'originario art. 26, d.lgs. n. 198/2006 - dove «sono considerate come discriminazioni anche le molestie» e «le molestie sessuali», definite come «quei comportamenti indesiderati» - gli uni «posti in essere per ragioni connesse al sesso» e gli altri «a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale» - con «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».

Il d. lgs. 25 gennaio 2010, n. 5, attuativo della direttiva di rifusione 2006/54/CE, ha poi aggiunto che «sono considerati discriminatori» pure «i trattamenti meno favorevoli subiti da una lavoratrice o da un lavoratore per il fatto di avere rifiutato tali comportamenti molesti o di essersi sottomessi», completando così la già prevista nullità degli atti, patti o provvedimenti concernenti il rapporto di lavoro che derivino da quel rifiuto o da quella sottomissione (art. 26, commi 2-*bis* e 3, primo periodo). L'equiparazione alle discriminazioni è stata in tal modo estesa ai trattamenti deteriori praticati in ragione della molestia subita o respinta (cd. ricatto sessuale o *quid pro alio*), nel solco di quanto già sancito, nel contesto definitorio riformulato nel 2005, per quelli che «costituiscono una reazione ad un reclamo o ad un'azione volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne» (art. 26, comma 3, secondo periodo) ed a sua volta ribadito, con una certa ridondanza, dalla norma sulla «vittimizzazione» parimenti inserita dalla novella del 2010 ed alla cui stregua la tutela giurisdizionale dei diritti di parità si applica a tali trattamenti di ritorsione (art. 41-*bis*, d.lgs. 198/2006)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Nel senso di «una non ben comprensibile duplicazione di tutela» si esprime A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, in Trattato Galgano, LVI, Padova, 2010, 65.

Oltre che le molestie di genere e le molestie sessuali, sono state egualmente definite ed equiparate alle discriminazioni - fermo naturalmente il riferimento ai diversi fattori differenziali protetti - le molestie connesse a motivi diversi dal genere ad opera dei decreti legislativi n. 215 e n. 216 del 9 luglio 2003, l'uno traspositivo della direttiva 2000/43 riguardante le discriminazioni fondate sulla razza e l'origine etnica e l'altro della direttiva 2000/78 riguardante quelle fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali<sup>4</sup>. Anche se, evidentemente, solo rispetto alle molestie di genere, in ragione dello specifico fattore differenziale protetto, la definizione risulta articolata in due tipi di condotte moleste, quelle dove il fattore protetto ne qualifica il movente e quelle, appunto le molestie sessuali, dove invece qualifica la condotta stessa, manifestata con varie modalità (contatto fisico, linguaggio, gesti od altre forme intrusive, ad esempio atti di esibizionismo od esposizione di immagini oscene) che attentano direttamente alla sfera sessuale della vittima<sup>5</sup>.

3. La molestia, secondo la nozione legale derivata dal diritto unieuropeo, consiste dunque in un comportamento indesiderato a connotazione sessuale, ovvero connesso al genere o ad altri fattori discriminatori, che offende la dignità di chi lo subisce. Si tratta quindi di una nozione aperta sul versante della tipologia dei comportamenti rilevanti, giacché vengono teleologicamente identificati e al più, con riguardo a quelli sessualmente molesti, con l'ausilio di una data connotazione, appunto sessuale. Punto fermo è l'indesideratezza da parte del destinatario, la quale rimanda al suo punto di vista e, quindi, alla percezione soggettiva di un dato comportamento come lesivo della propria dignità, sebbene elementi o riscontri oggettivi rientrino in qualche misura in gioco nell'accertamento dell'illecito<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Sulle varie definizioni legali, in una prospettiva razionalizzante, sia consentito il rinvio a L. VENDITTI, *Le molestie sessuali sul lavoro in Italia: fattispecie e rimedi giuridici*, DML, 2014, 393-397.

<sup>5</sup> Cfr. G. DE SIMONE, *Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la direttiva CE 2002/73, RIDL*, 2004, I, 399 ss.; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005, 190 ss.; P. CHIECO, *Una fattispecie dai contorni sfuggenti: la molestia nei rapporti di lavoro*, RIDL, 2007, I, 71 ss., dove perspicui rilievi dubitativi dell'autonomia concettuale della nozione specifica di molestie sessuali rispetto a quella generale; per un catalogo dei comportamenti sessualmente molesti in ragione delle loro possibili forme espressive v. A. PIZZOFRERATO, *Molestie sessuali sul lavoro. Fattispecie giuridica e tecniche di tutela*, Padova, 2000, 42.

<sup>6</sup> R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Il danno alla persona del lavoratore*, (AIDLASS, Atti del convegno nazionale, Napoli 31 marzo - 1° aprile 2006), Milano, 2007, 52 e 69; L. VENDITTI, *Le molestie sessuali sul lavoro in Italia: fattispecie e rimedi giuri-*

Sul versante delle caratteristiche personali prese di mira da quei comportamenti, la nozione appare invece chiusa, nel senso che considera solo quelle coincidenti con tipizzati fattori discriminatori. Ciò consegue dalla scelta di equiparare le molestie alle discriminazioni al fine di traghettarle nel relativo apparato di tutele, tra cui il più favorevole regime dell'onere probatorio (art 40, d. lgs. n. 198/2006; art. 28, comma 4, d. lgs. 1° settembre 2011, n. 150).

Qui pare da dubitarsi, diversamente da quanto affermato dalla Corte territoriale nella vicenda decisa, che di tale regime ci si possa avvalere soltanto nel contesto delle specifiche azioni antidiscriminatorie, nella specie quelle regolate dagli artt. 37 e 38, d. lgs. 198/2006.

Sia la molestia patita che l'eventuale *quid pro alio*, compreso l'esercizio ricattatorio del potere di licenziamento, sono invero suscettibili di rientrare nell'ambito di incidenza della legislazione speciale di contrasto alle discriminazioni<sup>7</sup>. Tanto più che, con riferimento alle molestie di genere ed a quelle sessuali, è quella stessa legislazione speciale che, oltre a sancire la nullità degli atti, patti o comportamenti concernenti il rapporto di lavoro e derivanti dal rifiuto di subirle, persegue espressamente come discriminatori tali trattamenti ritorsivi e vi estende la tutela giurisdizionale dei diritti di parità<sup>8</sup>.

Altra questione è quella, sottoposta al vaglio della sentenza in esame, della possibilità di applicare alle molestie sessuali un modello di ripartizione probatoria calibrata sull'accertamento di un trattamento differenziale.

Alla condivisibile conclusione affermativa cui perviene la S.C. vale aggiungere che la scelta legislativa, a livello europeo e nazionale, di esportare nel campo delle molestie il regime probatorio tipico delle discriminazioni implica un adattamento di quest'ultimo al peculiare fenomeno discriminatorio che si manifesta nelle molestie, sensibile al valore della dignità della persona e alla conseguente dimensione assoluta, piuttosto che relazionale, della relativa disciplina di contrasto.

Dimensione, questa, che a sua volta pare più evidente nelle molestie sessuali che nelle molestie «a connessione differenziale», ossia quei comportamenti lesivi della dignità che assurgono a molestie in quanto adottati sulla base di qualità soggettive della vittima coincidenti con fattori di rischio protetti.

---

dici, cit., 398 ss.

<sup>7</sup> Sugli effetti della «contaminazione» tra i nuclei normativi del licenziamento e del diritto antidiscriminatorio, quanto alla ripartizione dell'onere della prova, v. P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, ADL, 2013, 844 ss.

<sup>8</sup> Sottolinea il dato testuale D. Izzi, *Molestie sessuali e danni non patrimoniali con funzione dissuasiva*, cit., 628 s.

Mentre le molestie, per così dire ordinarie, evocano infatti, sia pure implicitamente, condotte discriminanti laddove colpiscono pur sempre determinati individui in base a loro caratteristiche personali, le molestie sessuali non paiono alludere ad un problema di parità violata, nel senso che rilevano indipendentemente dal confronto, anche implicito, con la condotta riservata ad individui privi di quelle caratteristiche. A meno di non ritenere, come potrebbe trasparire dalle righe della motivazione della sentenza riferite ad un *tertium comparationis* – sebbene costituito da un trattamento differenziale meramente «negativo» – pure nelle molestie sessuali, che esse riguardino esclusivamente le donne, ciò che si verifica nella dimensione empirica del fenomeno ma non caratterizza, almeno di necessità, quella giuridica.

Ad ogni modo, proprio dalla «valenza presuntiva, logicamente, minore» da riconoscersi, usando le parole della S.C, al trattamento differenziale negativo, consegue che la semiprova presuntiva, nel caso delle molestie, non riguarda tanto il confronto con un soggetto terzo comparabile, quanto il fatto storico della molestia subita, vale a dire l'esistenza del comportamento indesiderato in rapporto alle proprie caratteristiche differenziali ovvero alla propria sfera sessuale<sup>9</sup>.

Nella pratica, dove il vantaggio probatorio sul terreno della dimostrazione della condotta materiale pare talora poco percepibile rispetto alla prova presuntiva piena contemplata dall'art. 2729 c.c., normalmente la prova delle molestie sessuali risulta raggiunta tenendo conto di testimonianze attendibili e concordanti, sia *de relato*, in quanto relative ai racconti della vittima ed al peggioramento del suo umore<sup>10</sup>, sia riguardanti analoghi comportamenti posti in essere dal comune datore di lavoro nei

---

<sup>9</sup> Così, in relazione a molestie per disabilità, C. Giust. 17 luglio 2008, C-303/06, *Coleman* (punto 62), *NGL*, 2008, 681 e *RCDL*, 2008, 1168, con nota di L. CALAFÀ, *Disabilità, discriminazione e molestia "associata": il caso Coleman e l'estensione elastica del campo soggettivo di applicazione della dir. 2000/78*; L. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole confini*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, 384 ss.; E. TARQUINI, *Le discriminazioni nel lavoro e la tutela giudiziale*, Milano, 2015, 40; nel senso che la comparazione può, al più, essere utilizzata come elemento di prova, S. SCARPONI, *La nozione di molestia secondo il decreto di trasposizione delle direttive antidiscriminatorie. Affinità e differenze in materia di mobbing*, in F. FABENI, G. TONIOLLO (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, Roma, 2005, 249. Per il rilievo che il fatto viene dedotto «con efficacia presuntiva, in quanto associa alla lesione della dignità della persona la presunzione che per la vittima essa sia subita e, perciò, indesiderata», salva la possibilità per il convenuto di provare il contrario, v. P. CHIECO, *Una fattispecie dai contorni sfuggenti: la molestia nei rapporti di lavoro*, cit., 68, nt. 11.

<sup>10</sup> Così, valorizzando in particolare, quale elemento presuntivo indiziante, la circostanza per cui spesso quest'ultima piangeva sul luogo di lavoro, T. Milano 19 febbraio 2010.

propri confronti<sup>11</sup>. Ma talora, come nel primo grado del giudizio ora deciso<sup>12</sup>, declinando l'apprezzamento di tali fatti estrinseci relativi ad altre lavoratrici in termini di prova statistica non necessariamente di tipo scientifico bensì secondo l'ampia ed atecnica accezione di elevata o ragionevole probabilità di verificaione, in linea con le finalità di agevolazione probatoria proprie della tutela antidiscriminatoria.

*Without review - Accepted April 2017 - on line April, 24th 2017 - Words 2659 - Characters 18424*

---

<sup>11</sup> Cass. 19 maggio 2010, n. 12318, *OGI*, 2010, I, 395.

<sup>12</sup> T. Pistoia 8 settembre 2012, cit., che riprende sul punto T. Roma 21 giugno 2012, *MGL*, 2012, 610, resa nell'ambito della nota controversia sulle discriminazioni sindacali nell'azienda Fabbrica Italia Pomigliano.