

ESSENTE REGISTRAZIONE ESSENTE SULL'ESSENTE DIRITTI



REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. LUCIA TRIA - Presidente -
- Dott. AMELIA TORRICE - Consigliere -
- Dott. CATERINA MAROTTA - Rel. Consigliere -
- Dott. FRANCESCA SPENA - Consigliere -
- Dott. ROBERTO BELLE' - Consigliere -

Mancata proroga contratto a termine - Discriminazione in ragione dello stato di gravidanza - art. 40 d.lgs. n. 198/2006 - distribuzione oneri probatori

R.G.N. 2636/2015

Cron. 5476

Rep.

Ud. 11/11/2020

PU

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 2636-2015 proposto da:

CS / elettivamente domiciliata in ROMA, VIA NIZZA 59, presso lo studio degli avvocati AMOS ANDREONI, ANDREA SERRETI, che la rappresentano e difendono;

- **ricorrente** -

contro

2020

2455

IS

- (

), in persona del legale

rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

dall'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO presso i cui
Uffici domicilia in ROMA, alla VIA DEI PORTOGHESI
12;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 5992/2014 della CORTE
D'APPELLO di ROMA, depositata il 28/07/2014 R.G.N.
11254/2010;

udita la relazione della causa svolta nella
pubblica udienza del 11/11/2020 dal Consigliere
Dott. CATERINA MAROTTA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. STEFANO VISONA' che ha concluso per
il rigetto del ricorso;

udito l'Avvocato ANDREA SERRETI.

9

FATTI DI CAUSA

1. La Corte d'appello di Roma, in parziale riforma della sentenza del locale Tribunale, respingeva le domande proposte da SC relative alla mancata proroga del contratto di lavoro a tempo determinato, avente scadenza in data 1/4/2004 ed al diritto dell'appellata all'accesso alla procedura di stabilizzazione e confermava la statuizione di *prime cure* nella parte in cui aveva respinto la domanda di accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato dal 15/10/1998 al 31/12/2002.

2. SC aveva lavorato presso l' A dal 15/10/1998 dapprima quale vincitrice di borsa di studio e poi in virtù di conferimenti di incarichi individuali fino al 31/12/2002. Era stata successivamente assunta dall' A con contratti a termine del 2/1/2003 prorogato fino all'1/8/2003 e del 2/9/2003 fino all'1/4/2004, senza ottenere, a differenza di altri colleghi, la proroga dell'ultimo contratto a termine. Aveva, poi, partecipato come esterna ad un concorso per l'assunzione a tempo determinato presso A per la durata di un anno, era stata dichiarata vincitrice di tale concorso con disposizione commissariale n. 142 del 3/3/2007 ed era inquadrata al terzo livello del c.c.n.l. enti pubblici ricerca, aveva inviato all'amministrazione la documentazione dalla medesima richiesta ma non era stata convocata per la sottoscrizione del contratto.

3. Aveva, quindi, agito innanzi al Tribunale di Roma chiedendo che fosse dichiarata la natura discriminatoria della mancata concessione della proroga del termine del contratto a tempo determinato invece concessa, in forza delle leggi finanziarie del 2004 e 2005, a tutti i suoi colleghi che si trovavano nella stessa situazione contrattuale e fosse accertato il suo diritto al rinnovo di tale contratto e conseguentemente il suo diritto all'accesso alla procedura di stabilizzazione indetta dall' IS ed altresì chiedendo che fosse accertato il suo diritto all'assunzione con contratto a tempo determinato per la durata di un anno con decorrenza dal 15/7/2007 nonché l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato dal 15/10/1998 al 31/12/2002;

4. Il Tribunale respingeva l'ultima domanda ed accoglieva le altre.

5. La Corte d'appello, invece, riteneva infondate anche le pretese relative alla dedotta illegittimità della mancata proroga del contratto e quelle relative alla stabilizzazione, mentre confermava la pronuncia di *prime cure* nella parte in cui aveva accertato il diritto della C all'assunzione con contratto a tempo determinato per la durata di un anno con decorrenza dal 15/7/2007.

Per quanto ancora di interesse nel presente giudizio riteneva la Corte territoriale che la predetta non avesse fornito alcuno specifico elemento di fatto idoneo a provare la lamentata discriminazione e che in particolare non avesse fornito elementi circa le proroghe ovvero le stipule di nuovi contratti da parte degli altri colleghi, fondati sulla medesima causale di quello dell'appellata, che solo avrebbero consentito di ritenere integrata una discriminazione.

Quanto alla domanda di accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato dal 15/10/1998 al 31/12/2002 evidenziava che, essendo preclusa la possibilità di costituzione di un rapporto a tempo indeterminato e non essendo stata avanzata alcuna richiesta risarcitoria, fosse inammissibile una richiesta di accertamento della effettiva natura del rapporto ai soli fini giuridici.

Riteneva, conseguentemente, che non sussistessero i presupposti per l'accesso della C alla procedura di stabilizzazione.

5. Per la cassazione della sentenza SC ha proposto ricorso sulla base di quattro motivi, successivamente illustrato da memoria, cui l'IS ha resistito con tempestivo controricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo la ricorrente denuncia, in relazione all'art. 360, n. 3, cod. proc. civ., violazione dell'art. 40 del d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198 per omessa applicazione dell'art. 1, comma 119, l. 30 dicembre 2004, n. 311.

Censura la sentenza impugnata per non aver considerato che, essendo pacifica la circostanza che tutti gli altri contratti stipulati dai colleghi trovatisi nella sua medesima situazione contrattuale erano stati prorogati, ricadesse sull'Ente l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione nella mancata proroga di quello della C.

Lamenta, poi, che i giudici di appello non avrebbero tenuto conto della legge finanziaria del 2004 ed anche della disposizione di cui all'art. 1, comma 119, l. n. 311 del 2004 (finanziaria del 2005) secondo cui l'A avrebbe potuto continuare ad avvalersi (vuoi con la proroga vuoi con il rinnovo), sino al 31 dicembre 2004 e poi fino al 31 dicembre 2005, del personale in servizio nell'anno in corso con contratto a tempo determinato o con convenzione o con altra forma di flessibilità e di collaborazione nel limite massimo di spesa complessivamente stanziata per lo stesso personale nell'anno 2004 dalla predetta Agenzia.

Sostiene che nel 2004 era in servizio (con scadenza del contratto fissata al 1° aprile 2004), essendo stata assente per maternità dal 22/12/2003 al 24/9/2004 (con conseguente sospensione del rapporto nel medesimo periodo).

Richiama le pronunce della CGUE (C-438/99 e C-109/00) rese proprio con riferimento alla discriminazione in danno di donne in stato di gravidanza.

2. Con il secondo motivo la ricorrente denuncia, in relazione all'art. 360, n. 3, cod. proc. civ., violazione dell'art. 40 del d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198 in combinato disposto con art. 10, comma 8, d.lgs. n. 368/2001.

Lamenta una poco attenta valutazione della documentazione allegata al ricorso introduttivo che avrebbe dovuto indurre a ritenere il contratto stipulato dalla C prorogabile.

3. Con il terzo motivo la ricorrente denuncia, in relazione all'art. 360, n. 3, cod. proc. civ., violazione e falsa applicazione degli artt. 416 e 437 cod. proc. civ.

Si duole del fatto che la Corte territoriale abbia ritenuto che nulla fosse stato allegato in ricorso circa la proroga concessa agli altri lavoratori e circa la situazione dei contratti degli altri colleghi.

Sostiene che le doglianze non riguardavano la mancata proroga bensì il mancato rinnovo e che tale questione era stata ritualmente prospettata in appello afferendo alle mere difese, ammissibili.

4. Con il quarto motivo la ricorrente denuncia violazione dell'art. 3, comma 90, l. 24.12.2007, n. 244, in relazione all'art. 360, n. 3, cod. proc. civ., e omessa disamina di un fatto decisivo in relazione all'art. 360, n. 5, cod. proc. civ..

Censura la sentenza impugnata per aver ritenuto preclusa la stabilizzazione e sostiene che con il computo del periodo aprile 2004-dicembre 2005, escluso in appello per il rigetto del carattere discriminatorio del mancato rinnovo, il raggiungimento del triennio vi sarebbe stato.

5. Il ricorso è fondato nei termini di seguito illustrati.

6. Occorre premettere che, come si evince dalla puntuale ricostruzione delle vicende di causa operata dalla ricorrente, la questione sottoposta dalla C ai giudici di merito non è mai stata la sussistenza di un diritto soggettivo al rinnovo di un contratto a termine in essere tra le parti ma la sussistenza di una discriminazione per avere l'Istituto convenuto concesso il rinnovo dei contratti a tutti i colleghi nelle medesime condizioni contrattuali della C e per non averlo riconosciuto a quest'ultima a causa del suo stato di gravidanza.

Non vale, allora, invocare l'esercizio di un potere discrezionale circa l'opportunità di disporre il rinnovo di un contratto in scadenza e dedurre, come fa il controricorrente, che, nella specie, poteva solo sussistere una mera aspettativa di per sé non giuridicamente tutelata.

Pur nell'ambito dell'esercizio di un potere discrezionale è, infatti, possibile verificare se sia stato riservato un trattamento meno favorevole, a parità di situazioni, ad una lavoratrice in ragione del suo stato di gravidanza.

7. Occorre, perciò, innanzitutto, esaminare la questione della discriminazione posta dalla ricorrente alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento.

7.1. La discriminazione collegata alla gravidanza e alla maternità costituisce una forma particolare di discriminazione di genere.

Per proteggere la gravidanza, la maternità e la genitorialità, l'UE ha gradualmente sviluppato un complesso *corpus* di legislazione primaria e derivata.

7.2. L'art. 157 del TFUE sancisce l'obbligo della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile e stabilisce un fondamento giuridico generale per l'adozione di misure riguardanti l'uguaglianza di genere, incluse la parità e la lotta alla discriminazione sulla base della gravidanza o della maternità sul luogo di lavoro.

7.3. L'art. 33, paragrafo 2, della Carta dell'UE afferma che: «*Al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha il diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio*».

7.4. Le direttive europee contro la discriminazione vietano la differenza di trattamento fondata su taluni motivi oggetto di protezione - secondo un elenco circoscritto, che corrisponde alla elencazione contenuta nell'articolo 10 TFUE - e, tra essi, *il genere*. Trattasi della direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi (direttiva 2004/113/CE) e, per quanto più specificamente rileva in causa, la direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego 2006/54(CE (cd. di rifusione, che ha riunito e modificato le direttive riguardanti l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego: la direttiva 76/207/CEE relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne

per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro; la direttiva 86/378/CEE relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale; la direttiva 75/117/CEE per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile; la direttiva 97/80/CE riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso).

Il quadro delle tutele in relazione alla genitorialità è stato completato dalla direttiva 92/85/CE concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento e dalla direttiva 2010/18/UE che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale.

7.5. Anche la CGUE ha contribuito notevolmente allo sviluppo di questo settore del diritto, offrendo ulteriori chiarimenti, applicando i principi espressi nella legislazione e fornendo ampie interpretazioni dei relativi diritti. Secondo la CGUE, la tutela dei diritti alla maternità e alla gravidanza non si traduce solo nella promozione di una sostanziale parità di genere, bensì anche della salute della madre dopo il parto e del legame tra madre e neonato. Nelle decisioni CGUE, C-177/88, *Dekker* del 14 novembre 1989 e CGUE, C-179/88, *Hoejesteret* dell'8 novembre 1990; la Corte di Giustizia ha stabilito che, poiché soltanto le donne possono rimanere incinte, il rifiuto di assumere o il licenziamento di una donna incinta per il suo stato di gravidanza o maternità costituiscono una discriminazione diretta fondata sul sesso che non può essere giustificata da alcun interesse, compreso quello economico del datore di lavoro. Nella decisione CGUE, C-438/99, *Jiménez Melgar* del 4 ottobre 2001 la Corte ha dichiarato che «qualora il mancato rinnovo di un contratto di lavoro a tempo determinato sia motivato dallo stato di gravidanza della lavoratrice, esso costituisce una discriminazione diretta basata sul sesso» incompatibile con il diritto dell'UE. Inoltre, una donna non è tenuta a comunicare la sua gravidanza al datore di lavoro nel processo di assunzione o in qualsiasi altra fase del rapporto di lavoro (CGUE, C-32/93, *Webb*, 14 luglio 1994; CGUE, C-320/01, *Busch*, 27 febbraio 2003.). La CGUE ha inoltre decretato che qualsiasi trattamento sfavorevole direttamente o indirettamente connesso alla gravidanza o alla maternità costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso (CGUE, C-32/93, *Webb* cit.; CGUE, C-421/92, *Habermann-*

Beltermann, 5 maggio 1994; si veda anche CGUE C- 531/2015 *Otero Ramos*, 19 ottobre 2017 secondo cui, punto 55: «in base all'articolo 2, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2006/54, la discriminazione comprende, in particolare, qualsiasi trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità ai sensi della direttiva» e, punto 61: «per quanto riguarda la protezione della gravidanza e della maternità, la Corte ha ripetutamente affermato che, riservando agli Stati membri il diritto di mantenere in vigore o di istituire norme destinate ad assicurare tale protezione, l'articolo 2, paragrafo 2, della direttiva 2006/54 riconosce la legittimità, in relazione al principio della parità di trattamento tra i sessi, in primo luogo, della protezione della condizione biologica della donna durante e dopo la gravidanza, e, in secondo luogo, della protezione delle particolari relazioni tra la donna e il bambino, durante il periodo successivo al parto (sentenza del 30 settembre 2010, *Roca Álvarez*, C-104/09, EU:C:2010:561, punto 27 e giurisprudenza ivi citata)».

7.6. Anche nell'ambito della Cedu, la protezione contro la discriminazione fondata sul sesso è ben sviluppata. La Cedu ha dichiarato che l'uguaglianza di genere è uno dei principali obiettivi perseguiti dagli Stati del Consiglio d'Europa (Cedu, *Konstantin Markin c. Russia* [GC], n. 30078/06, 22 marzo 2012, punto 127). Il principio di uguaglianza tra uomini e donne ha portato, ad esempio, la Cedu a riscontrare una violazione nel contesto dell'occupazione e del congedo parentale (v. Cedu, *Emel Boyraz c. Turchia*, n. 61960/08, 2 dicembre 2014).

7.7. Nel nostro ordinamento il d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità tra uomo e donna) si è specificamente occupato del comportamento discriminatorio fondato sul sesso ed ha promosso, sul piano sostanziale, le pari opportunità di carriera e di lavoro tra i sessi, lasciando all'attore la scelta tra il rito "ordinario" del lavoro e un rito speciale appositamente delineato.

Il d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5 ha, poi, dato attuazione alla direttiva 2006/54/CE relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione).

Il d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 ha, quindi, ricondotto il procedimento contro le discriminazioni al modello del rito sommario di cognizione ex art. 702 bis e ss. cod. proc. civ..

L'art. 25, comma 1, del d.lgs. n. 198 del 2006, come modificato dall'art. 8-*quater*, comma 1, lettera a), del già citato d.l. n. 59 del 2008 convertito con

modificazioni dalla l. n. 101 del 2008 e successivamente dall'art. 1, comma 1, lettera p), numero 1), del d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5, prevede che: «Costituisce discriminazione diretta, ai sensi del presente titolo, qualsiasi disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento, nonché l'ordine di porre in essere un atto o un comportamento, che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e, comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga». Il comma 2 della medesima disposizione stabilisce, poi, che: «Si ha discriminazione indiretta, ai sensi del presente titolo, quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari». Il successivo comma 2-bis, aggiunto dall'art. 1, comma 1, lettera p), numero 2), del d.lgs. n. 5 del 2010, stabilisce che: «Costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti».

8. Quel che rileva, dunque, è che, in presenza di situazioni analoghe, sia stato posto in essere un atto o un comportamento pregiudizievole e comunque sia stato attribuito un trattamento meno favorevole ad una lavoratrice in ragione del suo stato di gravidanza.

Così il mancato rinnovo di un contratto a termine ad una lavoratrice che si trovava in stato di gravidanza ben può integrare una discriminazione basata sul sesso, atteso che a parità della situazione lavorativa della medesima rispetto ad altri lavoratori e delle esigenze di rinnovo da parte della p.a. anche con riguardo alla prestazione del contratto in scadenza della suddetta lavoratrice, esigenze manifestate attraverso il mantenimento in servizio degli altri lavoratori con contratti analoghi, ben può essere significativo del fatto che le sia stato riservato un trattamento meno favorevole in ragione del suo stato di gravidanza.

Nella sopra citata sentenza della Corte di Giustizia CE del 4 ottobre 2001 - C-438/99 è stato precisato, punti 45 e 46: «E' altrettanto evidente che il mancato rinnovo di un contratto di lavoro a tempo determinato, quando questo è arrivato

alla sua normale scadenza, non può essere equiparato ad un licenziamento e, di per sé, non è in contrasto con l'art. 10 della direttiva 92/85. Tuttavia [...], in determinate circostanze il mancato rinnovo di un contratto a tempo determinato può essere considerato alla stregua di un rifiuto di assunzione. Ora, secondo una giurisprudenza costante, un rifiuto d'assunzione per motivo di gravidanza di una lavoratrice pur giudicata idonea a svolgere l'attività di cui trattasi rappresenta una discriminazione diretta basata sul sesso in contrasto con gli artt. 2, n. 1, e 3, n. 1, della direttiva 76/207» (si vedano anche la già citata sentenza 8 novembre 1990, causa C-177/88, *Dekker*, punto 12 nonché la sentenza 3 febbraio 2000, causa C-207/98, *Mahlburg*, punti 27-30).

9. Quanto alla concreta dimostrazione di una situazione di tal genere, si osserva che l'art. 40 del d.lgs. 5 aprile 2006 n. 198 (il cui contenuto corrisponde a quanto già previsto dall'art. 4, comma 5, della l. 10 aprile 1991, n. 125 "Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro" ed è stato, poi, riprodotto dal d.lgs. 150/2011, art. 28, comma 4) prevede che: *«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»*.

La disposizione, fonda la propria *ratio* nell'art. 4 della direttiva 97/80/CE riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso («1. 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. La presente direttiva non osta a che gli Stati membri impongano un regime probatorio più favorevole alla parte attrice»).

Tale direttiva è stata oggetto di interpretazione da parte della Corte di Giustizia UE, C-104/10 sentenza del 21 luglio 2011, *Kelly*, punto 29 «La direttiva 97/80 enuncia, all'art. 4, n. 1, che gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare

l'insussistenza della violazione del suddetto principio 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»: v. anche sentenza Corte di Giustizia UE 10 marzo 2005, causa C-196/02, *Nikoloudi*, punto 68, e più di recente Corte di Giustizia 19 ottobre 2017 in causa C-531/15 *Otero Ramos* cit..

10. Circa l'operatività dell'art. 40 del d.lgs. n. 198 del 2006, questa Corte ha già da tempo affermato che, nei giudizi antidiscriminatori (sia proposti con le forme del procedimento speciale sia con quelle dell'azione ordinaria - v. Cass. 5 giugno 2013, n. 14206 -), i criteri di riparto dell'onere probatorio non seguono i canoni ordinari di cui all'art. 2729 cod. civ. (finendosi altrimenti per porre a carico di chi agisce l'onere di una prova piena del fatto discriminatorio, ancorché raggiunta per via presuntiva), bensì quelli speciali, che non stabiliscono un'inversione dell'onere probatorio, ma solo un'agevolazione del regime probatorio in favore del ricorrente; ne consegue che il lavoratore deve provare il fattore di rischio, e cioè il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe e non portatori del fattore di rischio, ed il datore di lavoro, in linea con quanto disposto dall'art. 19 della direttiva n. 2006/54/CE - che ha riprodotto il testo dell'art. 4 della direttiva 97/80/CE citata -, le circostanze inequivoche, idonee a escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria della condotta, in quanto dimostrative di una scelta che sarebbe stata operata con i medesimi parametri nei confronti di qualsiasi lavoratore privo del fattore di rischio, che si fosse trovato nella stessa posizione (v. in tal senso, tra le più recenti, Cass. 2 gennaio 2020, n. 1; Cass. 12 ottobre 2018, n. 25543).

11. Nella specie, per quanto si evince dal ricorso per cassazione - che trascrive puntualmente i passaggi della pronuncia del Tribunale - e dalla stessa sentenza qui impugnata, le circostanze addotte dalla C con riguardo alla domanda di accertamento della natura discriminatoria della mancata proroga del contratto di lavoro a tempo determinato (e cioè lo stato di gravidanza, la sospensione del rapporto dal 22/12/2003 al 24/9/2004 - che evidentemente le aveva dato diritto alla conservazione del posto ai sensi dell'art. 56 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 -, l'avvenuta concessione del rinnovo del contratto a 'tutti' i suoi colleghi che si erano trovati nella medesima situazione contrattuale e ciò

sulla base delle possibilità riconosciute dalle finanziarie del 2004 e 2005) non erano state contestate dall'IS.

Quest'ultimo, del resto, in sede di appello si era limitato a prospettare la questione della sussistenza di una diversità tra proroga e rinnovo del contratto della C ed a sostenere che non vi era stata alcuna proroga successiva al 1° aprile 2004.

12. Ed allora se, da un lato, questa Corte condivide l'impostazione dei giudici d'appello secondo cui non ha carattere decisivo parlare di proroga o di rinnovo, visto che il *petitum* sostanziale è chiaro e consiste nella denuncia di un trattamento discriminatorio per la negata permanenza nel lavoro della C derivante dal congedo per maternità, a fronte del mantenimento in servizio di 'tutti' i suoi colleghi nelle medesime condizioni contrattuali, dall'altro, deve evidenziare che detti giudici hanno errato laddove hanno ritenuto che, nel caso in esame, la lavoratrice avesse omesso ogni allegazione di specifiche circostanze di fatto essenziali per ottenere l'attenuazione del regime probatorio ordinario rimarcando che la medesima avrebbe dovuto fornire elementi circa i contratti prorogati e/o rinnovati agli altri suoi colleghi per poterne dedurre che le causali apposte agli stessi erano completamente sovrapponibili al contratto stipulato dalla prima.

Con tale ragionamento, in sostanza, la Corte territoriale ha finito per porre a carico della ricorrente una prova piena di tutti gli elementi significativi di una discriminazione laddove, come detto, il legislatore ha posto a carico della stessa solo la dimostrazione di una ingiustificata differenza di trattamento o anche solo una posizione di particolare svantaggio, dovute al fattore di rischio tipizzato dalla legge in termini tali da integrare una presunzione di discriminazione, restando, per il resto, a carico del datore di lavoro l'onere di dimostrare che non vi sia stata violazione del principio di non discriminazione.

13. Si aggiunga che l'onere della prova attenuato riferito al fattore di rischio nei termini di cui si è detto va anche coordinato con il principio di 'vicinanza della prova' che porta a ritenere che, nella specie, i contratti rinnovati ovvero prorogati fossero nella materiale disponibilità dell'IS (che, si ribadisce, non ha mai contestato che, con le proroghe ovvero con i rinnovi, di fatto, i colleghi della C, come quest'ultima legati all'Istituto da contratti a termine, avessero proseguito nei rapporti di lavoro).

Tale principio (v. Cass., Sez. Un., Cass. 30 ottobre 2001, n. 13533), come è noto, muove dalla considerazione che spesso una parte può incontrare difficoltà, spesso insuperabili, per soddisfare l'onere della prova che perciò, in concreto, viene ripartito tenendo conto della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione e risponde ad una finalità di agevolare e rendere efficace ed effettivo il processo, supplendo alla carenza probatoria mediante criteri indiziari e presuntivi, di cui può avvalersi il soggetto debole del rapporto nei confronti della parte prossima alla fonte prova e in posizione strategicamente privilegiata, nell'intento di recuperare l'equilibrio di posizioni tra le parti in causa, al fine di assicurare un giusto processo in condizioni di parità tra i contendenti, secondo il dettato dell'art. 111 Cost. e dell'art. 47 della Carta di Nizza.

14. Nel caso in esame, dunque, considerata l'agevolazione probatoria di cui all'art. 40 del d.lgs. n. 198 del 2006, a fronte dell'avvenuta deduzione delle circostanze minime essenziali da cui presuntivamente inferire la lamentata discriminazione, l'onere di provare, all'interno di esse, i fatti negativi gravava sul datore di lavoro, fermo restando il potere d'ufficio del giudice di integrare un quadro probatorio tempestivamente delineato dalle parti, in ragione dei rispetti oneri, per colmare eventuali lacune delle risultanze di causa.

15. In conclusione, il ricorso va accolto per le ragioni sopra evidenziate e la sentenza impugnata va cassata con rinvio alla Corte d'appello di Roma che, in diversa composizione, procederà ad un nuovo esame attenendosi agli indicati principi e provvederà anche sulle spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso per quanto di ragione, cassa la sentenza impugnata e rinvia anche per le spese alla Corte d'appello di Roma in diversa composizione.

Roma, così deciso nella camera di consiglio dell'11 novembre 2020.

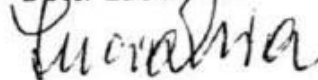
Il Cons. Est.

Dott. Caterina Marotta



Il Presidente

Dott. Lucia Tria



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Maria Pia Giacoia

Il Funzionario Giudiziario

Depositato in Cancelleria

oggi, 26 FEB 2021

Il Funzionario Giudiziario

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Maria Pia Giacoia

