

EQUAL

RIVISTA DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

IN EVIDENZA:

- Molestie e molestie sessuali sul lavoro: strumenti e tecniche di tutela e di prevenzione
- La nuova legge sul diritto all'oblio oncologico alla luce dell'esperienza europea
- La normativa italiana sui disturbi specifici dell'apprendimento: il diritto del lavoro al di là della disabilità
- Il destino di Consigliere e Consiglieri di Parità in Italia dopo le più recenti riforme
- Lo sfruttamento lavorativo tra valutazione degli indici legali e *status* migratorio
- Il potenziale discriminatorio multifattoriale dell'algoritmo di Glovo
- Molestie in ambito extralavorativo come giusta causa di licenziamento
- Preuve des discriminations: la consécration française d'un «droit à la preuve» permet-elle de mieux garantir les droits des victimes? (Seconda parte)

n. 3-4 / 2024

Rivista bimestrale

COMITATO DI DIREZIONE

Matteo Borzaga, Barbara de Mozzi, Valerio Maio, Anna Zilli

COMITATO SCIENTIFICO

Emilio Balletti, Judith Brockmann, Marina Brollo, Carlo Cester, Gabriele Carapezza Figlia, Fulvio Cortese, Domenico Garofalo, Barbara Godlewska-Bujok, Esther Happacher, Enrico Gragnoli, Frédéric Guiomard, Ljubinka Kovacevic, Fiorella Lunardon, Marco Pertile

COMITATO DI REDAZIONE

Vincenzo Cangemi, Alessia Gabriele, Carmela Garofalo, Laura Torsello

COMITATO DI REFERAGGIO

Alessandro Boscati, Stefano Caffio, Davide Casale, Lorenzo Maria Dentici, Loredana Ferluga, Paola Ferrari, Emanuela Fiata, Valeria Filì, Laura Foglia, Gabriele Franza, Emanuele Menegatti, Gabriella Nicosia, Antonello Olivieri, Annalisa Pessi, Antonio Preteroti, Federico Maria Putaturo Donati Viscido Di Nocera, Angela Riccardi, Alessandro Riccobono, Fabrizia Santini, Rosario Santucci, Alessandra Sartori, Elena Signorini, Anna Trojsi, Lucia Valente, Riccardo Vianello

Amministrazione:

Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Ospedaletto (PI)

Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300

www.pacineditore.it • info@pacineditore.it

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Indice

Saggi

- MARINA NICOLOSI, *Molestie e molestie sessuali sul lavoro: strumenti e tecniche di tutela e di prevenzione*.....» 279
- ANNA BITETTO, *La nuova legge sul diritto all'oblio oncologico alla luce dell'esperienza europea*» 299
- EMANUELE DAGNINO, *La normativa italiana sui disturbi specifici dell'apprendimento: il diritto del lavoro al di là della disabilità*» 315
- MATTEO BORZAGA, *Il destino di Consigliere e Consiglieri di Parità in Italia dopo le più recenti riforme*» 329

Giurisprudenza

- DANIELA LAFRATTA, *Lo sfruttamento lavorativo tra valutazione degli indici legali e status migratorio*» 351
[Corte di Cassazione, sentenza 22 gennaio 2024, n. 2573]
- PIA DE PETRIS, *Il potenziale discriminatorio multifattoriale dell'algoritmo di Glovo: il diritto antidiscriminatorio impone un ripensamento dei modelli organizzativi delle piattaforme digitali?....»* 365
[Tribunale di Palermo, sentenza 17 novembre 2023]
- ILENIA TORELLA, *Molestie in ambito extralavorativo come giusta causa di licenziamento*.....» 379
[Corte di Cassazione, sentenza 14 dicembre 2023, n. 35066]

Dialogues

- FRÉDÉRIC GUIOMARD, *Preuve des discriminations: la consécration française d'un «droit à la preuve» permet-elle de mieux garantir les droits des victimes? (Seconde partie)*» 393

Molestie e molestie sessuali sul lavoro: strumenti e tecniche di tutela e di prevenzione

Harassment and sexual harassment in the workplace: protection and prevention tools and techniques

Marina Nicolosi

Ordinaria di Diritto del Lavoro nell'Università di Palermo

SOMMARIO: 1. La dimensione multilivello delle molestie sul lavoro: inquadramento sistematico. – 2. L'ambiente di lavoro come terreno elettivo della sopraffazione e della molestia. Dati statistici e questioni definitorie. – 3. Evoluzione della disciplina e definizioni normative: l'art. 26 del Codice delle pari opportunità. – 4. Strumenti e tecniche di tutela. – 5. Strumenti e tecniche per la prevenzione delle molestie sul luogo di lavoro. – 6. Prospettive regolative: buone prassi e Codici di comportamento.

Sinossi: A seguito della attuazione in Italia, con la l. n. 4/2021, della Convenzione OIL n. 190 del 2019, la già articolata disciplina delle molestie e delle molestie sessuali sul luogo di lavoro è apparsa incompleta, considerato l'approccio internazionale che valorizza, invece, anche strumenti e tecniche di prevenzione, monitoraggio, informazione e formazione. Il saggio, pertanto, analizza la possibilità che, attraverso una efficace interazione tra la vigente normativa sulla tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro e i Codici di condotta e le buone prassi introdotti dalla contrattazione collettiva, possa pervenirsi ad un più puntuale allineamento con la normativa europea ed internazionale.

Abstract: Following the implementation in Italy, with the law. n. 4/2021, of the ILO Convention n. 190 of 2019, the already detailed regulation of harassment and sexual harassment in the workplace appeared incomplete, considering the international approach which instead also enhances prevention, monitoring, information and training tools and techniques. The essay, therefore, analyzes the possibility that, through an effective interaction between the current legislation on the protection of health and safety in the workplace and the Codes of conduct and good practices introduced by collective bargaining, a more precise alignment with the European and international legislation.

Parole chiave: Molestie e molestie sessuali – Tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro – Convenzione OIL n. 190 del 2019.

Keywords: *Sexual Harassment and Harassment – Protection of health and safety in the workplace – ILO Convention no. 190 of 2019.*

1. La dimensione multilivello delle molestie sul lavoro: inquadramento sistematico

Nonostante la rinnovata attenzione manifestata a livello europeo e perfino internazionale, il fenomeno delle molestie, anche sessuali, nell'ambiente di lavoro continua a non ricevere un'adeguata risposta normativa. E per quanto nell'ultimo trentennio il quadro regolativo si sia considerevolmente arricchito, il consistente incremento del contenzioso in materia potrebbe rivelarsi indice dell'insufficienza della prospettiva di intervento adottata¹. Sicché, a fronte di un articolato contesto normativo, benché frastagliato, l'interesse verso la materia persiste, come dimostrano i numerosi disegni di legge ancora in discussione in Parlamento che mirano a introdurre, con approcci e prospettive differenti, una regolamentazione unitaria².

Le ragioni dell'incompletezza della risposta normativa sono ascrivibili ad una pluralità di fattori che, prima di ogni cosa, discendono dalla complessità del fenomeno, dai contorni spesso opachi e controversi, e dalle conseguenti difficoltà di sistematizzarlo, anche sotto il profilo semantico e terminologico. L'estrema varietà delle cause, delle modalità e degli ambiti in cui il fenomeno delle molestie si può manifestare tende ad amplificare le molte implicazioni che ne conseguono, moltiplicando al contempo le diverse prospettive di intervento attivabili, che oscillano da quella preventiva a quella reattiva con risposta sanzionatoria, non sempre a tutela della sola vittima. È questa la principale causa della disorganica normativa di riferimento, caratterizzata dal concorso di una pluralità di fonti di livello nazionale e sovranazionale, non del tutto coerenti tra loro, quanto ad approccio, ambito di applicazione e tipologia di intervento³.

¹ SANTUCCI, *Le tutele contro le molestie nel lavoro: ancora troppe incertezze e disarmonie*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, 1, 1210 e ss. che non esclude, tuttavia, che l'incremento delle fattispecie sia dovuto anche alla maggiore consapevolezza delle vittime, prevalentemente legata alle denunce del movimento femminista «metoo», nato nel 2007 e poi ripreso nel 2017, quando viene lanciato l'*hashtag* «quellavoltache» per raccogliere le testimonianze delle donne italiane vittime di molestie.

² In Senato cfr. i d.d.l. A.S. n. 813, «Disposizioni volte al contrasto delle molestie sessuali sui luoghi di lavoro e delle condotte vessatorie e generatrici di stress a carico delle lavoratrici e dei lavoratori»; A.S. n. 671, «Disposizioni per la tutela della dignità e della libertà della persona contro le molestie e le molestie sessuali, con particolare riferimento ai luoghi di lavoro. Delega al Governo per il contrasto delle molestie sul lavoro e per il riordino degli organismi e dei comitati di parità e pari opportunità»; A.S. n. 257 «Norme per la tutela delle lavoratrici e dei lavoratori da molestie morali e psicologiche nel mondo del lavoro»; A.S. n. 89 «Disposizioni volte al contrasto delle molestie sessuali e delle molestie sessuali sui luoghi di lavoro. Deleghe al Governo in materia di riordino dei comitati di parità e pari opportunità e per il contrasto delle molestie sul lavoro».

³ PASQUARELLA, *La violenza di genere attraverso la lente del giuslavorista. Azioni di tutela e strumenti a supporto della vittima*, VTDL, 2020, 1485.

Sotto il profilo sistematico, il tema delle molestie si inserisce nel più ampio contesto della violenza di genere. Invero, osservata con le lenti del giuslavorista, la violenza di genere diventa, di norma, una questione di molestia sul luogo di lavoro, assumendone la forma di una particolare declinazione⁴. Ma c'è un'altra prospettiva che il diritto del lavoro può offrire: da un punto di vista tecnico la molestia, quale momento interruttivo dello sviluppo professionale, delle carriere e quale possibile veicolo del divario retributivo, costituisce uno degli ostacoli alla realizzazione delle pari opportunità. Pertanto, il contrasto delle molestie sul luogo di lavoro rappresenta uno dei tasselli più moderni del diritto antidiscriminatorio, per assicurare un migliore impiego delle donne nel mercato del lavoro, e per garantirne lo sviluppo professionale, in termini di carriera e di retribuzione.

Il rapporto tra le molestie sul lavoro e la violenza di genere è emerso in maniera significativa nel panorama internazionale con la Convenzione di Istanbul⁵, che sottolinea altresì la connessione tra l'obiettivo di sradicare la violenza e quello di raggiungere l'eguaglianza di genere, eliminando tutte le forme di discriminazione e promuovendo l'eguaglianza sostanziale. La Convenzione, ratificata in Italia nel 2013, viene considerata il primo strumento internazionale giuridicamente vincolante che si pone l'obiettivo di definire un quadro complessivo e integrato per proteggere le donne contro qualsiasi forma di violenza, considerata come violazione dei diritti umani e come discriminazione⁶.

Nella Convenzione il concetto di genere – non sostitutivo dei termini 'sesso', 'donne' e 'uomini' – sottintende che le disuguaglianze, gli stereotipi e, quindi, la violenza, non derivano da differenze biologiche, quanto piuttosto da una costruzione sociale, in particolare da atteggiamenti e percezioni dei ruoli che le donne e gli uomini hanno e dovrebbero avere nella società⁷.

Dalla prospettiva della Convenzione, quindi, il diritto del lavoro diventa un angolo di visuale privilegiato per osservare la violenza di genere, in una duplice direzione. Intanto, l'ambiente di lavoro è il luogo ideale nel quale, di frequente, si consumano episodi di violenza, di molestia o altre forme di aggressività fisica, verbale o psicologica, che si sostanziano in abusi e violazioni dei diritti umani, in minacce alle pari opportunità, assolutamente incompatibili con il lavoro dignitoso e lesive del principio di non discriminazione. Per altro verso, l'ambiente di lavoro può divenire occasione e sede di riscatto dalle violenze, dove sia possibile attivare misure e azioni di tutela per le vittime di violenza 'extralavorativa'. Sotto questo aspetto, il lavoro diventa per le vittime di violenza una chance fondamentale di emancipazione sociale ed economica⁸.

⁴ LORENZETTI, *La violenza contro le donne come fenomeno giuridico complesso*, in PEZZINI, LORENZETTI, *La violenza di genere dal Codice Rosso al Codice Rosso*, Giappichelli, 2020, 33 ss.

⁵ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica del 7 aprile 2011, n. 210.

⁶ PASQUARELLA, op. cit., 1488.

⁷ Preambolo della Convenzione n. 210/2011. Sul punto anche, BARBERA, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti strumenti interpreti*, Giappichelli, 2020, 26.

⁸ PASQUARELLA, op. cit., 1490. Con un approccio innovativo, a partire dal 2015, sono state progressivamente introdotte misure

Oltre la dimensione europea, l'attenzione e l'impegno internazionale sul lavoro dignitoso, la riduzione delle disuguaglianze, la promozione della salute e del benessere e l'eliminazione della violenza di genere e delle discriminazioni che ne sono alla base ha ricevuto formale conferma con l'adozione dell'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile da parte dei 193 Stati membri delle Nazioni Unite nel 2015, di cui la Convenzione OIL n. 190 del 2019 e la relativa Raccomandazione rappresentano strumenti fondamentali per il raggiungimento degli obiettivi previsti nell'Agenda⁹. La stessa viene accompagnata dalla Raccomandazione del 21 giugno 2019, n. 206, che ne specifica meglio i dettagli, con l'obiettivo di approntare nuovi strumenti di tutela in grado di contrastare la violenza sul lavoro verso uomini e donne nei diversi aspetti in cui si manifesta.

2. L'ambiente di lavoro come terreno elettivo della sopraffazione e della molestia. Dati statistici e questioni definitorie

Che l'ambiente di lavoro contribuisca e influisca sull'esposizione delle persone alla violenza è un dato acquisito da tempo all'interno delle scienze sociali. Quel «sottobosco relazionale» che discende dalle dinamiche lavorative quotidiane tende a favorire episodi di molestie (anche sessuali), che possono tradursi in atti di aggressione manifesti (peraltro più facilmente inquadrabili su un piano più spiccatamente giuridico), ma che possono limitarsi a micro-aggressioni e vessazioni psicologiche, simboliche, verbali. Se attivate e ripetute quotidianamente, anche le micro-aggressioni possono integrare comportamenti violenti e molesti, che generano una «convivenza sociale problematica» in termini di «persistente malessere relazionale»¹⁰.

L'approccio giuridico, sotto il profilo lavoristico, sconta una prima difficoltà di tipo definitorio, data l'assenza di una definizione universale che sia in grado di contemplare i diversi

legislative specifiche, tra le quali spicca: lo speciale congedo lavorativo indennizzato, riconosciuto dall'art. 24, commi 1-5 e 7, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 80 alle lavoratrici vittime di violenza di genere, inserite in percorsi di protezione certificati dai servizi sociali del comune di residenza, dai centri antiviolenza o dalle case rifugio; il diritto di richiedere la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale (verticale o orizzontale) – ove disponibili in organico – con la possibilità di riconversione in *full time*, sempre su richiesta (art. 24, comma 6, d.lgs. n. 80/2015); nel pubblico impiego, il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, in seguito alla c.d. Riforma Madia, contempla una mobilità extra aziendale, per consentire alla vittima di allontanarsi in tempi rapidi dal contesto ambientale in cui si è consumata la violenza, presentando domanda di trasferimento ad altra amministrazione pubblica ubicata in un comune diverso da quello di residenza, previa comunicazione all'amministrazione di appartenenza. Quest'ultima, entro 15 gg., dispone il trasferimento presso l'amministrazione indicata dalla dipendente, ove vi siano posti vacanti corrispondenti alla sua qualifica professionale.

⁹ Convenzione sull'eliminazione della violenza e delle molestie nel mondo del lavoro, su cui PAGANO, DERIU, *Analisi preliminare sulle molestie e la violenza di genere nel mondo del lavoro in Italia*, Ufficio OIL per l'Italia e San Marino, Aprile 2018; G. CASALE, *Il diritto ad un mondo del lavoro libero da violenze e molestie*, in *LDE*, 2023. Per l'Agenda 2030 delle Nazioni Unite sullo Sviluppo Sostenibile: https://www.ilo.org/rome/pubblicazioni/WCMS_615731/lang-it/index.htm.

¹⁰ GOSETTI, *Introduzione. Violenza e molestie sessuali: rilevanza e attualità del tema*, in GOSETTI (a cura di), *Violenza e molestie sessuali nei luoghi di lavoro*, Franco Angeli, 2019, 11.

aspetti e le variegate declinazioni delle molestie e della violenza di genere nel mondo del lavoro¹¹. Le definizioni, i quadri legali e le percezioni di molestie e violenza in ambito lavorativo, infatti, possono variare a seconda dei contesti e delle culture nei quali si verificano. Eppure, dal punto di vista storico, il concetto di molestia nel mondo del lavoro è risalente. Malgrado esso si sia progressivamente delineato già a partire dal XIX secolo¹², l'attivista femminista Catharine MacKinnon ne fornisce una prima definizione nel 1979, collegando le molestie sessuali alle discriminazioni di genere, legate alla cultura sessista del lavoro¹³. È però in tempi più recenti che l'attenzione verso le molestie ha recuperato autonoma rilevanza, peraltro nella dimensione internazionale, risoltasi, infine, a fornire una definizione univoca delle molestie sul lavoro: nella Convenzione n. 190 del 2019, l'OIL ne ha sottolineato la natura di violazione dei diritti umani, incompatibile con la nozione di «lavoro dignitoso» e come pratica nociva non solo per la persona, ma anche per le relazioni interpersonali tra colleghi/e, per la salute, la produttività, la qualità e la reputazione dei servizi pubblici e privati e delle imprese in cui tali violazioni avvengono.

¹¹ Da un punto di vista definitivo, peraltro, accanto alle molestie, progressivamente, si sono aggiunti altri comportamenti rilevati in ambiente di lavoro, cui si è voluto concedere autonoma rilevanza giuridica, anche sotto il profilo della violenza di genere. Il riferimento è, segnatamente, al mobbing, al bullismo (la cui linea di confine è molto labile e che risiede per lo più nello scopo, di allontanare nel primo caso, di isolare ed intimidire nel secondo), al *bossing* (comportamenti autoritari e tirannici che sfociano nella minaccia dell'esercizio del potere disciplinare e direttivo per lo più adottato da un superiore), allo stress occupazionale (legato a modifiche organizzative volte a provocare stress), allo stalking occupazionale (comportamenti ossessivi verso una persona che nascono in ambiente lavorativo ma poi sfociano nella vita privata, comunque orientati ad ottenere la sua attenzione sessuale), su cui CARACUTA, *Molestie sul luogo di lavoro: stalking occupazionale. Tanto rumore per nulla*, in *LDE*, 2019.

¹² Secondo alcuni studi, negli Stati Uniti, già nel 1887, Helen Stuart Campbell scrive il rapporto *Women Wage-Workers*, in cui descrive in dettaglio forme di ricatti sessuali subiti dalle donne che lavoravano nelle fabbriche tessili.

¹³ MACKINNON, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, New Haven, CT, Yale University Press, 1979, definisce la molestia quale «imposizione non gradita di richieste sessuali nel contesto di una relazione dispari di potere», aggiungendo che il problema non è il risultato di un'eccessiva attrazione sessuale degli uomini verso le donne, quanto piuttosto una questione, come lo stupro, di «dominio eroticizzato», fondato sul potere economico, in quanto «il potere economico sta alla molestia sessuale come la forza fisica sta allo stupro».

In questo contesto, il Comitato di esperti/e dell'OIL ha individuato tre ambiti principali – fisico¹⁴, psicologico¹⁵ e sessuale¹⁶ – in cui si rilevano le molestie e la violenza di genere, che attengono alle sfere personali di coloro che le subiscono¹⁷.

A livello nazionale, il fenomeno ha assunto dimensioni sensibilmente apprezzabili, anche da un punto di vista statistico¹⁸. Le indagini considerate hanno indagato forme di violenza di genere che agiscono sul duplice livello, fisico e psicologico¹⁹ ed hanno rivelato che sono 8 milioni 816 mila (43,6 per cento) le donne, fra i 14 e i 65 anni, che, nel corso della loro vita hanno subito qualche forma di molestia sessuale; mentre, con riferimento al ricatto sessuale, i numeri assumono proporzioni diverse: sono un milione 173 mila (il 7,5 per cento) le donne che nel corso della loro vita lavorativa sono state sottoposte a qualche tipo di ricatto sessuale per ottenere un lavoro, per mantenerlo o per ottenere progressioni nella loro carriera²⁰.

¹⁴ L'ambito fisico include qualsiasi danno provocato al corpo della persona, presuppone l'uso della forza, ivi incluse alcune forme di bullismo che violano il corpo di una persona a scopo intimidatorio o di sopraffazione. Vi rientra anche l'insieme di conseguenze sulla salute fisica, effetto diretto di una situazione prolungata di stress psicofisico. dovuto ad una delle forme di molestia e violenza subite sul lavoro.

¹⁵ L'ambito psicologico comprende problemi assimilabili a quelli generati dallo stress post-traumatico: generalmente include un complesso di sofferenze derivate da stress prolungato nel tempo, come ansia, paura, disturbi del sonno, depressione, diminuita autostima, alienazione, disturbi della concentrazione e della memoria, fino a elementi più gravi, come tendenza al suicidio e abuso di sostanze stupefacenti. Vi rientrano anche i disturbi sociali che ne derivano, come tendenza all'isolamento, agorafobia, claustrofobia, attacchi di panico, aggressività e problemi relazionali in famiglia.

¹⁶ L'ambito sessuale comprende le esperienze personali di molestie sessuali e la consapevolezza dell'esistenza di molestie sessuali sul luogo di lavoro da parte di altri lavoratori e lavoratrici. Quest'ambito include azioni indesiderate, non reciproche ed imposte, che includono palpeggiamenti, osservazioni, sguardi, atteggiamenti, battute o l'uso di un linguaggio sessualizzato, allusioni alla vita privata di una persona, riferimenti al suo orientamento sessuale, insinuazioni con connotazioni sessuali, commenti sul modo di vestire o di apparire, o il persistente sguardo malizioso e lascivo su una persona o su una parte del suo corpo.

¹⁷ L'individuazione delle tre principali categorie di molestia è imputabile a FITZGERALD, *Sexual Harassment: The Definition and Measurement of a Construct*, in PALUDI (a cura di), *Ivory Power: Sexual harassment on Campus*, State University of New York Press, 1990, 21 ss.

¹⁸ Nonostante sia risalente, la raccolta dei dati più consultata rimane la Raccolta Istat sulla sicurezza dei cittadini del 2016, pubblicati nel 2018, ma relativi al periodo 2015-2016: ISTAT, *Le molestie e i ricatti sessuali sul lavoro*, Statistiche Report, Istat, Roma, 2018 (riferito agli anni 2015-2016). Ma cfr. anche Indagini INAPP sulla *Qualità del lavoro in Italia*, in <http://www.inapp.org/it/qualitadelavoro>, su cui CANAL, MANENTE, MURDICA, *Qualità del lavoro, benessere e discriminazioni. Il clima lavorativo italiano dopo la crisi economica*, in *Economia & lavoro*, 2020, 1, 109 ss.

¹⁹ Sono state prese in considerazione le molestie sessuali con contatto fisico, attuate da colleghi, superiori o altre persone che hanno tentato di toccare, accarezzare, baciare le intervistate contro la loro volontà sul posto di lavoro. Sono stati indagati, altresì, gli atti e le strategie dirette a utilizzare il corpo della donna come merce di scambio, con la richiesta di prestazioni o rapporti sessuali o di una disponibilità sessuale, per offrire in cambio un posto di lavoro o di un avanzamento. Il livello fisico, quindi, coinvolge il corpo e prevede, pertanto, un contatto indesiderato; quello psicologico, può accompagnarsi al primo, ma può rilevare anche indipendentemente dall'atto fisico, sotto la forma del ricatto, che tende a svilire, umiliare, mortificare la donna per piegarla al desiderio del responsabile. In questo caso, il ricatto psicologico fa leva su altre due dimensioni: quella economica, perché le donne che rifiutano le attenzioni indesiderate rischiano di perdere il proprio lavoro o di non essere assunte; e quella delle aspettative, perché il ricatto sessuale può frustrare le legittime aspirazioni di carriera della vittima che, rifiutando il ricatto, rischia di perdere tutto ciò per cui ha lavorato nel tempo.

²⁰ SANTUCCI, op. cit., 1213. Il collegamento con gli stereotipi di genere è confermato dal report statistico diffuso dall'ISTAT sulla genesi di molestie e violenze contro le donne, con riferimento alla diversa incidenza per l'uomo o per la donna di una serie di fattori: il successo nel lavoro; l'impegno nelle faccende domestiche; il coinvolgimento nelle necessità economiche della famiglia; la precedenza agli uomini rispetto alle donne quando scarseggia il lavoro; la «capacità di assumere le decisioni

3. Evoluzione della disciplina e definizioni normative: l'art. 26 del Codice delle pari opportunità

Prima del riconoscimento legislativo, le molestie – specie quella sessuale – avevano trovato tutela in ambito giurisprudenziale, per la specifica violazione dell'obbligo di sicurezza *ex art. 2087 c.c.*, sotto la forma delle lesioni della personalità morale del lavoratore.

Letto alla luce dei canoni costituzionali di cui agli artt. 2, 32 e 41 Cost., ed alla luce dell'evoluzione della nozione stessa di «salute» e di «benessere psicofisico», l'art. 2087 c.c. ha esteso l'obbligo di tutela dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore subordinato, fino agli aspetti emotivi e relazionali²¹.

I limiti della disposizione codicistica, tuttavia, sono noti e le ricche potenzialità in chiave preventiva della norma²² sono state ridimensionate a favore della concezione meramente risarcitoria²³.

Sicché, persiste nel contenzioso relativo alle molestie la tendenza a fare valere richieste risarcitorie per la violazione dell'integrità psicofisica della lavoratrice, a danno già subito, cui si aggiunge, con una certa frequenza, il rifiuto di rendere la prestazione in caso di mancata adozione di misure preventive, nonché il recesso della lavoratrice per giusta causa integrata da tali omissioni²⁴.

Questo approccio, tuttavia, si scontra con le consuete inadeguatezze dell'art. 2087 c.c.²⁵, a partire dalla oggettiva difficoltà di imputare una responsabilità contrattuale al datore di lavoro che, di norma, andrebbe collegata alla violazione di obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche del momento²⁶, ma che non impone al datore di garantire «un ambiente di lavoro a “rischio zero”», con il pericolo, pertanto, di sfociare in una forma di responsabilità oggettiva, soprattutto

più importanti riguardanti la famiglia».

²¹ IZZI, *Molestie sessuali e rapporti di lavoro*, in *LD*, 1995, 285 ss.; GIACONI, *Le molestie nei confronti delle lavoratrici*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2022, 117 ss. Ma già GRAGNOLI, *Esiste un diritto alla felicità in azienda?*, in *VTDL*, n. 1, 2022, 9 ss.; nel pubblico impiego, NICOSIA, *La ricerca della felicità: aspettativa o diritto al benessere nel lavoro pubblico?*, in *WP CSDLE “Massimo D'Antona”*, n. 453/2022. In giurisprudenza, Cass., 6 marzo 2006, n. 4774 e Cass., 18 settembre 2009, n. 20272, entrambe in <https://olympus.uniurb.it>.

²² Come si vedrà, la valenza preventiva dell'art. 2087 c.c. si sviluppa, ma solo in parte, con la l. n. 205/2017 (legge di bilancio per il 2018), che interviene sul d.lgs. n. 198/2006, introducendo il comma *ter* dell'art. 26, su cui *infra*. Per una piena realizzazione della funzione preventiva della disposizione, con l'obbligo di inserire le molestie nella fase della valutazione del rischio, occorrerà attendere la normativa di attuazione della Convenzione OIL.

²³ PIZZOFERRATO, *Molestie sessuali sul lavoro. Fattispecie giuridica e tecniche di tutela*, CEDAM, 2000, 345 ss.

²⁴ GIACONI, *op. cit.*, 119.

²⁵ Su cui, in generale, MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, 1986, 68 ss.; ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona, art. 2087*, in BUSNELLI (a cura di), *Il Codice civile. Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2008, 52 ss.; LAI, *Il diritto della sicurezza sul lavoro tra conferme e sviluppi*, Giappichelli, 2017; TULLINI, *Tutela civile e penale della sicurezza del lavoro: principi, categorie e regole probatorie a confronto*, in *RTDPC*, 2011, 727 ss.

²⁶ Cass., 20 ottobre 2022, n. 31049; Cass., 11 febbraio 2020, n. 3282, in www.cortedicassazione.it.

nel caso in cui la condotta sia materialmente tenuta da un collega, spesso gerarchicamente sovraordinato alla vittima²⁷.

Nei primi anni del duemila sopraggiunge, su impulso europeo, la vera e propria svolta legislativa ed il legislatore nazionale provvede ad una codificazione tutta lavoristica della molestia di genere e sessuale. E, sulla scorta della equiparazione che la direttiva 2002/73/CE realizza tra discriminazioni e molestie di genere/sessuali, il d.lgs. 30 maggio 2005, n. 145 formulerà, per la prima volta, il testo oggi riprodotto nell'art. 26 del «Codice delle Pari Opportunità» (d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198)²⁸.

L'ampia definizione offerta dal Codice descrive una fattispecie aperta e teleologicamente determinata, con il condivisibile intento di includere qualsiasi comportamento molesto che, dato il suo carattere generico, comprende sia atti giuridici, sia comportamenti materiali. Essa, tuttavia, difetta di una tipizzazione di comportamenti «molesti», sulla falsariga di quanto prescrive la direttiva europea (2006/54/CE del 5 luglio 2006 artt. 2, lett. c e d), sebbene definisca la differenza tra la molestia e la molestia sessuale. In ragione di questa distinzione, il comportamento indesiderato, per considerarsi «molesto», deve essere realizzato «per ragioni connesse al sesso»; mentre, la molestia sessuale deve essere un comportamento «a connotazione sessuale».

Sicché, considerato che per la molestia sessuale si specifica che il comportamento può essere espresso in forma fisica, verbale e non verbale (secondo quanto imposto, letteralmente, dalla direttiva), la molestia sessuale può concretarsi, oltre che in gesti o parole, comunicate con qualsiasi mezzo, anche in un contatto fisico indesiderato. Sotto questo profilo, pertanto, la tutela lavoristica della molestia sessuale diverge da quella penalistica, dove il contatto fisico integra il delitto di violenza sessuale tentata, sulla base di quanto disposto dall'art. 609-*bis* c.p., e non quello di molestia sessuale disciplinato dall'art. 660 c.p. Pertanto, nella nozione di molestia viene ricompreso anche quel comportamento che, dal punto di vista penale, integra la violenza sessuale (o il tentativo di violenza sessuale)²⁹.

²⁷ Sono stati suggeriti due possibili approcci. Il primo nega la responsabilità civile del datore di lavoro per fatto del terzo, qualora il comportamento del dipendente non sia riferibile, sia pure marginalmente o indirettamente, alle mansioni in concreto esercitate ed affidategli dal datore di lavoro, ma sia frutto di una iniziativa estemporanea e personale: Cass. pen., sez. III, 6 dicembre 2011, n. 27706; Cass. pen., sez. III, 6 dicembre 2011, n. 27706, in www.cortedicassazione.it.

Secondo una posizione meno rigida, invece, si ritiene che la responsabilità datoriale ex art. 2087 c.c. rilevi nell'ipotesi in cui i compiti affidati all'autore della molestia siano tali da generare una situazione che renda «anche solo possibile o semplicemente più agevole» la produzione dell'evento danno: SALVATI, *La responsabilità datoriale per le molestie sessuali sul luogo di lavoro*, in *Ridare.it*, 2 febbraio 2016.

²⁸ Il cui contenuto, in realtà, era già stato anticipato nella Raccomandazione della Commissione 92/131/CEE, del 27 novembre 1991, sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro.

²⁹ La condotta di molestia sessuale ex art. 660 c.p., quindi, viene integrata solo in presenza di espressioni volgari a sfondo sessuale, ovvero di atti di corteggiamento invasivo ed insistito, diversi dall'abuso sessuale. Quale forma particolare di molestia ex art. 660 c.p., estratta dalla disposizione penale, la molestia sessuale prescinde da contatti fisici e si rivela con petulanti corteggiamenti non graditi o con altrettante petulanti telefonate o con espressioni volgari, nelle quali lo sfondo sessuale costituisce un motivo, e non un momento della condotta. Essa, pertanto, coincide con tutte quelle condotte diverse dall'abuso sessuale, ma a connotazione sessuale, che eccedono il semplice complimento o la mera proposta di un rapporto interpersonale.

La definizione codicistica si articola lungo diversi versanti, composti da una pluralità di elementi strutturali³⁰.

Uno riguarda la dimensione teleologica del comportamento, che deve avere «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»: i due tipi di effetto, tuttavia, devono coesistere. Il che apre la problematica questione della nozione di dignità della persona, considerato che sembra indubbio che non possa trattarsi della violazione esclusiva della dignità professionale³¹. Data la rilevanza costituzionale della nozione di dignità della persona (artt. 3, 36 e 41 Cost.), pare possibile poterla riferire a quel concetto che richiama il rispetto della persona umana in quanto tale, e che comprende il divieto di concepirla come mezzo, come strumento, come oggetto, imponendo l'obbligo di trattarla come «soggetto che ha diritto ad avere diritti»³².

In stretto collegamento con la dimensione teleologica vanno letti gli altri due tratti comuni delle molestie: l'irrelevanza dell'intenzionalità e l'indesideratezza.

Quanto all'intenzionalità, la si è ritenuta una scelta obbligata, al fine di conferire effettività alla tutela: le molestie sono spesso espressione di stereotipi e modelli, talvolta inconsapevolmente recepiti nell'ordinario e quotidiano atteggiarsi dell'autore. Sicché, un'indagine sull'elemento soggettivo della condotta determinerebbe una significativa riduzione della tutela, che invece viene estesa a tutti quei comportamenti che siano in grado di violare la dignità o creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo. Ecco perché il riferimento al «clima», pur costituendo un elemento di oggettivizzazione che bilancia la percezione solo personale della vittima, non va configurato quale elemento costitutivo dell'illecito, né deve coincidere con la necessaria conoscenza della molestia nell'ambiente di lavoro. Questo elemento, al più, potrebbe rappresentare un aggravante della condotta, in ragione dell'ulteriore umiliazione cui viene esposta la vittima, con conseguente lesione della sua immagine.

Con riferimento all'indesideratezza, si tratta di un'applicazione del concetto ontologicamente relativo di dignità. Il riferimento alla visione della vittima, infatti, consente di attrarre nella condotta vietata tutto ciò che la vittima stessa ritiene o percepisce (anche

³⁰ CALAFÀ, *La violenza e le molestie nei luoghi di lavoro: il poliedrico approccio del diritto del lavoro gender oriented*, in GOSSETTI (a cura di), *Violenza e molestie nei luoghi di lavoro*, Franco Angeli, 2019, 36; VENDITTI, *Le molestie sul lavoro in Italia: fattispecie e rimedi giuridici*, in *DML*, 2014, 261; GIUBBONI, BORELLI, *Discriminazioni, molestie, mobbing*, in MARTONE, MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, in PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di Diritto del lavoro*, vol. 4, t. 2, CEDAM, 2011, 1887 ss.; LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, 379 ss.; BARBERA, *Eguaglianza e differenza*, cit., 399; IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, 2005; ID., *Molestie sessuali e rapporti di lavoro*, in *LD*, 1995, 285; ICHINO, *Il Contratto di lavoro*, vol. II, in SCHLESINGER (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 2003, 80.

³¹ Il dubbio è sorto a causa della anomalia – anche rispetto alla direttiva comunitaria – della nozione di molestie di genere e di molestie sessuali che si riferisce alla dignità del lavoratore e della lavoratrice, piuttosto che a quella della persona.

³² SANTUCCI, op. cit., 1220.

inconsciamente) come non rispettoso della propria dignità e della propria sfera personale e sessuale sulla base, ad esempio, della propria sensibilità, estrazione culturale o età³³. Ciò nonostante, l'estremo relativismo della nozione di indesideratezza, nell'impedire una predeterminazione astratta delle condotte illecite, richiede che quanto meno vengano declinati, anche a livello aziendale, standard comportamentali di riferimento, che agevolino nell'individuazione di parametri attraverso i quali formulare una valutazione, non del tutto svincolata da elementi oggettivi, della fattispecie concreta³⁴.

Oggi la nozione di indesideratezza dovrà tenere conto della Convenzione OIL n. 190 del 2019, il cui art. 1, comma 1, lett. a, inserisce nella definizione di «violenza e molestia», e in generale, di «violenza e molestia di genere», la nozione di inaccettabilità, che assume un significato più oggettivo, alludendo a canoni di comportamento condivisi a livello sociale. In linea generale, va poi chiarito che l'art. 26 dispone che «sono considerate» discriminazioni, implicitamente riconoscendo che le molestie non lo sono, ma che devono essere trattate alla medesima stregua³⁵. Nell'opinione largamente condivisa la riconduzione, tramite equiparazione, delle molestie alla categoria delle discriminazioni, non discende dall'esistenza di un nesso, peraltro discutibile, di coerenza ontologica tra le due fattispecie, quanto dall'obiettivo di assicurare alle molestie le tecniche rimediali e di distribuzione dell'onere probatorio alleggerito, tipiche del diritto antidiscriminatorio, in un'ottica di *favor* per la vittima³⁶ (art. 40, d.lgs. n. 198/2006). Da un punto di vista strutturale, infatti, la molestia è priva di qualsivoglia componente relazionale: lesiva della dignità, e solo in via

³³ Da qui l'esigenza di valutare, in sede processuale, tutte le circostanze di fatto che accompagnano la condotta: la natura del rapporto esistente tra le parti, se confidenziale o amicale, oppure l'eventuale reiterazione degli episodi. Tale valutazione, che risulta insindacabile in sede di controllo di legittimità, deve tenere conto della circostanza per cui condotte percepite come moleste da una lavoratrice potrebbero non essere considerate tali da un'altra.

³⁴ CORAZZA, *Mobbing e discriminazioni*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Vessazioni e angherie sul lavoro. Tutele, responsabilità e danni nel mobbing*, Zanichelli, 2007, 91 ss.

³⁵ DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *DLRI*, 2006, 233 ss.; SANTUCCI, *op. cit.*, 1220, e DI NOIA, *Le molestie sessuali tra inversione e alleggerimento dell'onus probandi*, in *LG*, 2017, 133 ss. Ma, sul punto, anche le considerazioni di BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, *DLRI*, 2006, 2003, 399; nonché DE SIMONE, *Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la direttiva CE 2002/73*, in *RIDL*, 2004, I, 403. In giurisprudenza, da ultimo, Cass., 9 marzo 2023, n. 7029, in *FD*, 2023, 750.

³⁶ L'utilità pratica della equiparazione è nota e consente alla vittima di assolvere l'onere probatorio attraverso la mera allegazione e dimostrazione di indizi precisi e concordanti, anche ricorrendo alla prova statistica, tipica del diritto antidiscriminatorio. Alla presunta vittima si richiede infatti «la verosimiglianza dei fatti che si offrono a dimostrazione», quindi non una prova presuntiva *ex art. 2727 c.c.*, né una presunzione semplice *ex art. 2729 c.c.*, bensì la mera precisione e concordanza, ma «non la gravità della presunzione». La questione, però, è controversa e, sul punto, diffusamente, SANTAGATA DE CASTRO, SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (Parte I)*, in *ADL*, 2015, 534; M.T. CARINCI, *Il bossing fra inadempimento dell'obbligo di sicurezza, divieti di discriminazione e abuso del diritto*, in *RIDL*, 2007, I, 133; SCARPONI, *La parità di genere nel lavoro e le nuove frontiere dell'antidiscriminazione*, in *EAD*, (a cura di), *Diritto e genere. Temi e questioni, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza - Università di Trento*, n. 45, 2020, Editoriale Scientifica, 2020, 50; POSO, *L'equiparazione delle molestie sessuali alle discriminazioni di genere anche in ordine alla ripartizione dell'onere probatorio*, in *Labor*, 9 dicembre 2016. In giurisprudenza, Cass., 15 novembre 2016, n. 23286, in *LG*, 2017, 133 ss., con nota di DI NOIA, *Le molestie sessuali tra inversione e alleggerimento dell'onus probandi*, in cui la prova statistica prodotta dalla consigliera di parità consisteva nella dimostrazione del serrato *turn over* delle giovani dipendenti del datore autore delle molestie. Al convenuto è spettato, conseguentemente, l'onere di dimostrare l'insussistenza della molestia stessa o, meglio, la liceità del proprio comportamento.

secondaria dell'uguaglianza, rivela immediatamente la propria illiceità, senza richiedere a tal fine l'esistenza di un *tertium comparationis* attuale, passato o ipotetico, che non sia stato/a vittima di molestia.

La tutela antidiscriminatoria di cui al d.lgs. n. 198/2006 viene estesa, altresì, ai comportamenti descritti negli altri commi dell'art. 26, semanticamente più vicini al concetto di discriminazione, e che ascrivono alla categoria delle discriminazioni anche i trattamenti meno favorevoli dovuti o comunque conseguenti al rifiuto o alla sottomissione di molestie (2-*bis* e 3), così come le reazioni a reclami o azioni volte a ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento e, per quanto di interesse in questa sede, le reazioni datoriali all'eventuale segnalazione o richiesta di cessazione del comportamento molesto. Il comma 3-*bis*, poi, sancisce, la natura ritorsiva e, quindi, la nullità di ogni reazione datoriale in grado di punire la vittima denunciante. La disposizione colpisce le sanzioni, il demansionamento, il licenziamento, il trasferimento e altre misure organizzative che incidano negativamente sulle condizioni di lavoro, compreso il mutamento di mansioni³⁷, ma inibisce le tutele nel caso in cui sia accertata la responsabilità del denunciante per calunnia o diffamazione o, comunque, infondatezza della denuncia.

L'ultimo comma dell'art. 26, infine, obbliga il datore di lavoro ad ampliare il debito in sicurezza *ex art. 2087 c.c.*, «anche concordando con le organizzazioni sindacali dei lavoratori le iniziative, di natura informativa e formativa, più opportune al fine di prevenire il fenomeno delle molestie sessuali nei luoghi di lavoro». Ma la disposizione impegna tutti («le imprese, i sindacati, i datori di lavoro e i lavoratori e le lavoratrici») «ad assicurare il mantenimento nei luoghi di lavoro di un ambiente di lavoro in cui sia rispettata la dignità di ognuno e siano favorite le relazioni interpersonali, basate su principi di eguaglianza e di reciproca correttezza».

4. Strumenti e tecniche di tutela

A differenza del diritto penale, dove, in assenza di una fattispecie autonoma di reato, la giurisprudenza ha fatto ricorso a diverse figure, selezionate in base al bene giuridico leso e

³⁷ Sul divieto di trasferimento, ai sensi dell'art. 26, comma 3, d.lgs. 198/2006, di lavoratore che abbia denunciato di avere subito una discriminazione, Trib. Torino, 7 maggio 2020, n. 5349, in *LG*, 2021, 404.

alle modalità del comportamento illecito³⁸, il diritto del lavoro ha predisposto una pluralità di strumenti di tutela, ordinari, giudiziali e stragiudiziali³⁹.

Esaurita la fase stragiudiziale, o indipendentemente da essa, la via giudiziale, attivabile in sede civile, mira ad ottenere l'accertamento della molestia, nonché la cessazione del comportamento molesto, unitamente all'eventuale pronuncia di nullità di qualsiasi atto, patto, comportamento provvedimento relativo al rapporto di lavoro, adottato in conseguenza delle molestie, insieme al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale.

Il d.lgs. n. 198/2006 prevede un sistema di tutela giurisdizionale⁴⁰ costruito su due azioni ordinarie e due simmetriche procedure d'urgenza, caratterizzate dalla sommarietà del rito, sulla falsariga dell'art. 28, l. 20 maggio 1970, n. 300. Entrambe le azioni possono essere attivate individualmente⁴¹ o collettivamente⁴², ma si concludono, con provvedimenti di contenuto diverso. L'azione pubblica si conclude con un provvedimento inibitorio, con il quale si ordina all'autore di predisporre il piano di rimozione delle discriminazioni accertate e si provvede al risarcimento del danno; l'azione individuale si conclude con un provvedimento reintegratorio, con il quale si dichiara la nullità degli atti o patti molesti

³⁸ Artt. 612-*bis* c.p. (atti persecutori e stalking), 609-*bis* c.p. (violenza sessuale) e 572 c.p. (maltrattamenti contro familiari e conviventi). Con riferimento all'art. 612-*bis*, Cass. pen., sez. V, 19 luglio 2017, n. 35588, in *www.cortedicassazione.it*, sul caso di una lavoratrice, dipendente di un Ente locale e vittima di atti persecutori (stalking) da parte del proprio superiore gerarchico, anche fuori dall'orario e dal luogo di lavoro, su cui ha inciso l'esistenza di un rapporto di «occasionalità necessaria», che ha costituito il presupposto essenziale della condotta persecutoria oggetto di contestazione. Con riferimento all'art. 572, Cass. pen., sez. VI, 20 marzo 2018, n. 36802, in *www.cortedicassazione.it*, che conferma che le molestie sessuali e le prevaricazioni sul luogo di lavoro sono riconducibili ai maltrattamenti, qualora il rapporto interpersonale sia caratterizzato dal requisito della para-familiarità, avuto riguardo non semplicemente al numero dei dipendenti dell'azienda, alla durata del rapporto di lavoro, alla reiterazione delle condotte discriminatorie ed alla reazione delle vittime, bensì anche alle dinamiche relazionali intercorrenti fra i lavoratori ed il datore di lavoro, nonché all'esistenza o meno di una condizione di soggezione e subalternità delle vittime suddette.

³⁹ SANTUCCI, op. cit., 1245. La via stragiudiziale contempla in prima battuta il coinvolgimento della figura istituzionale del Consigliere di parità e del Consigliere di fiducia. Il primo è disciplinato dal capo IV del titolo II del libro I del d.lgs. n. 198/2006, ed è un pubblico ufficiale che, nel proprio ambito territoriale di competenza e di operatività (nazionale, regionale, provinciale), svolge funzioni di promozione e controllo dell'attuazione dei principi di uguaglianza, di pari opportunità oltre che di non discriminazione tra lavoratori e lavoratrici. Il Consigliere, provinciale o regionale, può promuovere per conto della vittima un tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 410 c.p.c.: se non va a buon fine, si apre la strada del ricorso giudiziale. Il Consigliere di fiducia costituisce una figura atipica (di matrice comunitaria), le cui caratteristiche, competenze, modalità di individuazione e nomina sono definiti dal Codice di condotta adottato a livello interno (molto frequenti nel settore pubblico). Nei Codici di condotta, di norma, sono contemplate due tipologie di procedure stragiudiziali, informali e formali, che attribuiscono al Consigliere poteri diversi.

⁴⁰ Capo III, Titolo I, Libro III, d.lgs. n. 198/2006 (tutela giudiziaria), su cui, GUARRIELLO, *Le azioni in giudizio*, in GAETA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Giappichelli, 1992, 197 ss.; GUARISO, MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, cit., 494.

⁴¹ L'azione individuale può essere esperita dalla vittima oppure, su sua delega, da un'organizzazione sindacale o dalle associazioni/organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso o dal Consigliere di parità, provinciale o regionale competente per territorio, che agisce in base ad un rapporto di rappresentanza volontaria (ex art. 77 c.p.c.).

⁴² L'azione pubblica, a carattere collettivo, invece, è promossa, a titolo proprio, dal Consigliere di parità regionale o, nei casi di rilevanza nazionale, da quello nazionale, anche se non sono stati individuati i soggetti lesi e senza la denuncia o l'assenso dei soggetti interessati, in virtù della sua identificazione *ex lege* quale soggetto istituzionalmente rappresentativo dell'interesse generale alla parità e all'uguaglianza sostanziale, con la possibilità di imporre, sotto la supervisione dell'organismo, un piano di azioni positive.

e con cui si ordina la rimozione degli effetti e la cessazione della condotta, provvedendo altresì al risarcimento del danno.

Quest'ultimo, di norma, viene accordato con riferimento a tutti i tipi di danno, patrimoniale, e non patrimoniale, nelle varie componenti del danno biologico, morale ed esistenziale⁴³, sulla cui quantificazione la giurisprudenza ha progressivamente assunto tecniche molto sensibili, esonerando la vittima delle molestie dalla necessità di provarlo, nel presupposto che «richiedere alla vittima di fornire la prova della sussistenza di quel danno sia forse umiliante quanto gli atti che aveva in precedenza subito (si pensi alla necessità di dovere provare l'impatto che quegli atti abbiano avuto sulla sua libertà sessuale, sulla relazione coniugale o più in generale familiare)»⁴⁴. Analoga sensibilità, sulla scorta della effettività della tutela, ha indotto ad assegnare rilevanza alle misure idonee, sul versante organizzativo, a prevenire l'atto lesivo o impedirne la reiterazione, oltre al risarcimento del danno⁴⁵.

Di norma, la violazione che abilita l'obbligo di risarcire il danno riguarda l'art. 2087 c.c.⁴⁶, che sanziona il datore di lavoro che abbia personalmente posto in essere le condotte moleste o che, venuto a conoscenza delle molestie perpetrate da un suo dipendente, abbia omesso qualsiasi iniziativa di prevenzione e repressione⁴⁷. Tuttavia, nel caso in cui non si possa accertare che il datore di lavoro abbia violato gli obblighi di protezione di cui all'art. 2087 c.c., può essere riconosciuta una responsabilità extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2049 c.c., per il fatto illecito commesso dal proprio dipendente nello svolgimento delle funzioni assegnate e in solido con lo stesso⁴⁸. Nella valutazione della responsabilità dato-

⁴³ ROSIELLO, *Molestie sessuali nei luoghi di lavoro: prevenzione e tutela*, in *ISL*, 2020, 69 ss. Soprattutto per quanto riguarda il c.d. danno morale da reato, i parametri utilizzati per la sua liquidazione attengono alla odiosità della condotta lesiva, connessa allo stato di soggezione economica della vittima e, per quanto concerne il c.d. danno esistenziale, come si accennava, al clima di intimidazione creato all'interno dell'ambiente lavorativo dal comportamento del datore di lavoro e al peggioramento delle relazioni interne al nucleo familiare della lavoratrice in conseguenza di esso. In giurisprudenza, Cass., 18 febbraio 2020, n. 4099, in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; Cass., 19 maggio 2010, n. 12318, in *DR*, 2010, 11, 1046; Trib. Milano, 30 gennaio 2001, in *RCDL*, 2001, 483; Trib. Pistoia, 8 settembre 2012, in *RIDL*, II, 2013, 25; Trib. Firenze, 20 aprile 2016, in *RIDL*, 2016, 63. Sulla funzione deterrente, in conformità al principio sancito dal diritto comunitario per cui le sanzioni devono essere «effettive, adeguate e dissuasive», SCARPONI, *La convenzione Oil n. 190/2019 su violenza e molestie nel lavoro e i riflessi sul diritto interno*, in *RGL*, I, 23 ss.; nonché, RAZZOLINI, *Effettività e diritto del lavoro nel dialogo fra ordinamento dell'Unione e ordinamento interno*, in *LD*, 2017, 454 ss.

⁴⁴ Trib. Milano, 30 gennaio 2001, cit., secondo cui nelle molestie il danno non patrimoniale è necessariamente susseguente alla violazione: «del resto appare difficile pensare che atti tanto umilianti per la persona che li subisce possano non provocare danni (siano essi di carattere biologico o esistenziale o morale)».

⁴⁵ SCARPONI, *La convenzione Oil n. 190/2019*, cit., 23 ss., con riferimento, ad esempio, all'orientamento secondo il quale l'eventuale trasferimento, come misura organizzativa, dovrà riguardare l'autore delle molestie, ove risulti troppo gravoso per la vittima se disposto nei suoi confronti (Trib. Torino, 7 maggio 2020, n. 553, in www.wikilabor.it).

⁴⁶ Per una compiuta analisi della giurisprudenza sulle responsabilità datoriali, GUARINIELLO, *Molestie e violenza anche di tipo sessuale nei luoghi di lavoro*, Wolters Kluwer Italia, 2018, 7 ss.

⁴⁷ In quest'ultima ipotesi, il datore di lavoro viene condannato, in solido, al risarcimento del danno in via equitativa. Cfr. in tal senso, Trib. Milano, 30 gennaio 2001, cit.; Trib. Firenze, 20 aprile 2016, cit.; Cass., 12 luglio 2012, n. 27706; Cass., 25 luglio 2013, n. 18093 e, da ultimo, Cass., 18 febbraio 2020, n. 4099, tutte in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>. Sulla possibilità del datore di lavoro di rivalersi, poi, a titolo contrattuale, nei confronti del dipendente che abbia commesso la molestia, per violazione delle regole di cui agli artt. 2104 e 2105 c.c., Cass., 22 marzo 2018, n. 7097, in *CED Cassazione*, 2018.

⁴⁸ Cfr. Cass., 12 luglio 2012, n. 27706; Cass., 25 luglio 2013, n. 18093 e, da ultimo, Cass., 18 febbraio 2020, n. 4099, in www.

riale per violazione dell'art. 2087 c.c. assumerà un peso determinante l'attivazione tempestiva di un procedimento disciplinare, che diventa, in tal modo uno strumento di adempimento dell'obbligo *ex art. 2087 c.c.*⁴⁹. Una contestazione disciplinare puntuale, oltre che tempestiva, unita ad una sospensione cautelare, ove necessaria, con il coinvolgimento di eventuali testimoni, costituisce una utile iniziativa idonea ad assicurare il diritto di difesa del presunto autore della molestia, nonché ad assicurare alla presunta vittima una valida misura di inibizione della condotta illecita, garantendo al contempo un'efficace istruttoria ai fini disciplinari, secondo le regole del codice disciplinare⁵⁰.

Nel lavoro pubblico privatizzato, la rilevanza disciplinare della molestia e della molestia sessuale ha trovato riconoscimento legislativo, e l'art. 55-*quater*, d.lgs. n. 165/2001 impone il licenziamento disciplinare senza preavviso quando si verifichi «lett. e) la reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui»⁵¹. La previsione legislativa è stata accolta in sede contrattuale e nei contratti collettivi di comparto la molestia e la molestia sessuale appaiono come infrazioni disciplinari che portano alla sospensione del servizio o al licenziamento.

5. Strumenti e tecniche per la prevenzione delle molestie sul luogo di lavoro

Anticipata dalla giurisprudenza nazionale, la Convenzione OIL n. 190 del 2019 ha esplicitamente qualificato le molestie come fattori di rischio lavorativo, da ricomprendere nella gestione della salute e della sicurezza sul lavoro, con il connesso obbligo di procedere all'identificazione dei pericoli e alla valutazione dei rischi, nonché all'adozione di misure adeguate a prevenirli e monitorarli⁵².

cortedicassazione.it.

⁴⁹ Al contrario, il datore rimasto colpevolmente inerte nella rimozione del fatto lesivo sarà chiamato a rispondere *ex art. 2087 c.c.* nei confronti della vittima. In questo caso, lo stesso datore potrà eventualmente agire nei confronti dell'autore stesso «per la percentuale attribuibile alla responsabilità del medesimo» in quanto questi, nel realizzare la molestia, è comunque venuto meno ai propri obblighi contrattuali. In giurisprudenza, Cass., 18 settembre 2009, n. 20272, in *RIDL*, 2010, II, 349, con nota di COMANDÈ, *Prima di tutto l'ambiente di lavoro: giusta causa di licenziamento per i "molestatori"*; Cass., 10 luglio 2020, n. 14811, Cass., 22 marzo 2018, n. 7097; Cass., 5 agosto 2010, n. 18279, tutte in *www.cortedicassazione.it.*; nonché, Cass., 20 marzo 2018, n. 6889, in *NGC*, 2018, 1252, con nota di RIZZATO; App. Firenze, 14 gennaio 2020, in *FD*, 2021, 399, con nota di FOLLA, *Molestie sessuali nei luoghi di lavoro: giusta causa di licenziamento del molestatore, a prescindere dalla sua intenzione soggettiva.*

⁵⁰ Sulla riconducibilità delle molestie al cd. minimo etico di matrice giurisprudenziale, al di là del contenuto esplicito della clausola negoziale, peraltro oggetto di interpretazione del giudice, o in assenza di specifica previsione nel codice disciplinare, Trib. Pisa, 3 ottobre 2001, in *LG*, 2002, 456, con nota di NUNIN, *Molestie sessuali e risarcimento del danno esistenziale.*

⁵¹ Cui si aggiunge la responsabilità disciplinare per la violazione colposa o dolosa delle regole sull'esercizio del potere disciplinare in capo ai dipendenti preposti alla loro applicazione (artt. 55, co. 1, e 55-*sexies*, commi 3 e 4, d.lgs. n. 165/2001).

⁵² La Convenzione e la relativa Raccomandazione n. 206/2019 promuovono il rafforzamento della legislazione, delle politiche e delle istituzioni nazionali, al fine di rendere effettivo il diritto ad un mondo del lavoro libero da violenza e molestie: viene riconosciuto che la violenza e le molestie nel mondo del lavoro sono inaccettabili e incompatibili con il lavoro dignitoso. Su altri

Con la l. 15 gennaio 2021, n. 4 si è provveduto alla ratifica della Convenzione OIL in Italia, sebbene, secondo una prassi ormai consolidata, il Parlamento italiano non abbia adottato alcun intervento legislativo di adeguamento specifico rispetto alla disciplina nazionale⁵³. Manca, pertanto, un'apposita regolamentazione nazionale sulle misure tecniche, organizzative e procedurali anti-molestie e anti-violenza che, in attuazione dei principi generali di cui al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, realizzino un'attività preventiva di valutazione dei rischi *gender oriented*, basata sull'analisi delle condizioni di contesto che possono rappresentare terreno favorevole all'insorgere delle molestie, e finalizzata a definire gli strumenti preventivi e protettivi più adeguati, nonché ad elaborare un programma efficace per attuarli. Secondo l'elenco dettagliato di cui all'art. 4 della Convenzione, intitolato «Principi generali», gli Stati vengono gravati dell'obbligo di predisporre misure adeguate a garantire assistenza alle vittime, prevedere apparati sanzionatori e di monitoraggio sull'effettivo rispetto delle misure adottate, nonché poteri di ispezione in capo a soggetti istituzionali (lett. da a ad h). Il Titolo VII della Convenzione viene dedicato alla «Protezione e prevenzione»: al suo interno, l'art. 9 prescrive che «ciascun Membro dovrà adottare leggi e regolamenti che richiedano ai datori di lavoro di intraprendere misure adeguate e proporzionate al rispettivo livello di controllo in materia di prevenzione della violenza e delle molestie nel mondo del lavoro», attraverso «l'inclusione della violenza e delle molestie, come pure dei rischi psicosociali correlati, nella gestione della salute e della sicurezza sul lavoro» (lett. b); «l'identificazione dei pericoli e la valutazione dei rischi relativi alla violenza e alle molestie, con la partecipazione delle lavoratrici e dei lavoratori e dei rispettivi rappresentanti, e l'adozione di misure per prevenirli e tenerli sotto controllo» (lett. c).

Questa parte della Convenzione presenta il pregio di avere dirottato le molestie dall'area delle discriminazioni a quella della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, attenuandone la valenza protettiva per amplificare l'approccio preventivo. L'obiettivo della tutela, pertanto, si trasforma: dalla dimensione repressiva e riparatoria, la soglia dell'attenzione viene anticipata alla fase della prevenzione dell'insorgenza di ogni rischio correlato alla violenza, ai comportamenti persecutori, alle molestie fisiche e psicologiche (anche a connotazione sessuale), ai fenomeni di sfruttamento lavorativo.

Questa opzione valoriale non soltanto enfatizza l'importanza dei beni oggetto della tutela – la cui attinenza con la «salute» richiama l'attenzione verso le potenzialità lesive della mo-

aspetti della Convenzione, con riferimento all'obbligo degli Stati di assicurare il rispetto dei «*core labour standards*» dell'OIL (art. 5), ed in particolare della libertà sindacale, nonché di applicare la normativa antidiscriminatoria sia nei confronti delle donne sia nei confronti dei soggetti appartenenti a gruppi vulnerabili (art. 6), SCARPONI, *La convenzione Oil n. 190/2019*, cit., 23 ss.

⁵³ Sulle potenziali questioni interpretative originiate dal difetto di coordinamento della Convenzione con la normativa nazionale di riferimento, per ciò che attiene al campo di applicazione soggettivo (la Convenzione estende la tutela a coloro che «lavorano indipendentemente dallo *status* contrattuale», nonché alle persone in formazione, e a coloro che operano nei settori dell'economia «informale») e oggettivo (ai sensi dell'art. 3, c. 1, violenza o le molestie possono verificarsi «in occasione di lavoro, in connessione con il lavoro o che scaturiscano dal lavoro», ivi compresi tra l'altro i viaggi di lavoro e l'itinerario per recarsi e rientrare dal lavoro), nonché sui modi (comprese «le comunicazioni e i messaggi virtuali»: art. 3, lett. *d*), SCARPONI, *La convenzione Oil n. 190/2019*, cit., 25 ss.

lestia che, come precisato, può cagionare danni fisici, psicologici, sessuali, fino a pregiudicare carriere e professionalità – ma diventa altresì lo strumento per assicurare effettività alla tutela⁵⁴.

A causa dell'attuale difetto di coordinamento tra la ratifica della Convenzione e l'assetto della normativa sulla tutela e sicurezza sui luoghi di lavoro, si renderà necessario elaborare soluzioni per assicurare l'inclusione delle molestie in quelle parti della normativa, in maniera calibrata in ragione della collocazione dei lavoratori nel sistema di classificazione del personale, delle loro mansioni, dei luoghi e dei modi dello svolgimento di queste ultime. Sarà necessario, altresì, prendere in considerazione tutti quegli elementi dell'organizzazione del lavoro capaci di incrementare il pericolo del verificarsi della violenza e della molestia, con particolare riferimento ai rischi cosiddetti interni all'organizzazione delle risorse umane e del lavoro, ma anche relativamente ai pericoli di contesto, cosiddetti esterni (come quelli derivanti da eventuali relazioni con partner commerciali, clienti, utenti, pazienti), nonché a tutte quelle prassi o condizionamenti sociali o culturali capaci di moltiplicare il pericolo di aggressioni moleste o violente.

In realtà, secondo un'opinione condivisa, il d.lgs. n. 81/2008 contiene già elementi dai quali potersi trarre specifiche misure utili ad assicurare l'equilibrio imposto dalla Convenzione⁵⁵. Invero, gli artt. 17 e 28, comma 1, d.lgs. n. 81/2008 prevedono che nel documento di valutazione dei rischi vengano presi in considerazione i rischi collegati allo stress lavoro-correlato, come prescritto dall'Accordo europeo dell'8 ottobre 2004, nonché «quelli connessi alle differenze di genere». E sicuramente, tra i rischi connessi alle differenze di genere può trovare ospitalità il tema delle molestie sessuali, da collegare ai rischi psico-sociali e organizzativi, considerati in relazione ad aspetti di «progettazione del lavoro e di organizzazione e gestione del lavoro» e «dei rispettivi contesti ambientali e sociali», potenzialmente in grado di «arrecare danni fisici o psicologici».

Tuttavia, alla luce degli specifici obblighi imposti dalla Convenzione, il rischio da molestia e violenza dovrà essere espressamente inserito in uno specifico ed apposito capitolo del Documento di valutazione dei rischi⁵⁶. Dopo la sua valutazione, anche gli altri soggetti

⁵⁴ GIACONI, op. cit., 128. La casistica dei danni alla salute connessi alle molestie è molto ampia ed articolata, considerato che la sopraffazione e la violenza sul lavoro generano stress, difetto di concentrazione, frustrazione, agitazione, senso di paura, ansia, irritabilità, senso di colpa. Si tratta di fattori che, a loro volta, amplificano il rischio di incidenti o, più frequentemente, contribuiscono a creare ambienti di lavoro poco coordinati, con una minore consapevolezza del personale in materia di sicurezza e di rischi ai quali, per via della specifica posizione professionale, si è esposti.

⁵⁵ SCARPONI, *La convenzione Oil n. 190/2019*, cit., 26.

⁵⁶ I rischi psico-sociali (ed in particolare lo stress lavoro-correlato), nella valutazione dei rischi prevista ai sensi del d.lgs. n. 81/2008, devono essere considerati e analizzati sia per gli uomini che per le donne, e vanno riportati nel Documento di valutazione dei rischi in modo disaggregato, tenendo anche conto dei fattori previsti all'art. 28 del decreto: età, paese di provenienza e tipologia contrattuale. Inoltre, vanno debitamente considerati elementi attinenti all'equilibrio vita privata-lavoro, agli orari di lavoro, alle possibilità di carriera, a eventuali episodi di molestie e violenze, a fenomeni di discriminazione. In generale, GRASSO, *Lo stress derivante dall'organizzazione del lavoro. Gli obblighi di prevenzione e la responsabilità del datore di lavoro*, in *IG*, 2021, 836; NUNIN, *La prevenzione dello stress lavoro-correlato. Profili normativi e responsabilità del datore di lavoro*, EUT, 2012, 14; LUDOVICO, *Lo stress lavoro correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale*, in *RDSS*,

responsabili in sicurezza insieme al datore di lavoro, dovranno individuare tutte le misure preventive anche di natura organizzativa, anche facendo uso di buone prassi condivise, come suggerito dall'Accordo quadro europeo del 2007, attraverso la predisposizione di procedure di emergenza, di formazione, ma anche l'introduzione di meccanismi di supporto (legale e psicologico), come la creazione di punti di ascolto *ad hoc* (diversi dagli uffici delle risorse umane), cui poter segnalare in forma anonima molestie subite o di cui si è avuta conoscenza.

6. Prospettive regolative: buone prassi e Codici di comportamento

L'importanza delle buone pratiche anche per il tramite delle parti sociali era già stata posta in evidenza dalla Raccomandazione della Commissione europea del 27 novembre 1991, n. 92/131/CEE e del Codice di condotta relativo ai provvedimenti da adottare nella lotta contro le molestie sessuali. La rilevanza di questi strumenti è stata successivamente riconosciuta, a livello nazionale, nel d.lgs. n. 198/2006 che, all'art. 50-*bis*, stabilisce che i contratti collettivi possono prevedere misure specifiche di prevenzione delle discriminazioni, ivi compresi codici di condotta, linee guida e buone prassi per prevenire tutte le forme di discriminazione sessuale e in particolare le molestie e le molestie sessuali nel luogo del lavoro, nelle condizioni di lavoro nonché nella formazione e crescita professionale⁵⁷.

Sicché, dai primi anni '90, anche e soprattutto nelle Pubbliche Amministrazioni, i Codici etici, di condotta, di comportamento, o aziendali sono diventati efficaci misure per prevenire molestie e violenze nei luoghi di lavoro. Pur trattandosi di norme di livello secondario, poiché integrano, affiancano e supportano i contenuti della legge o dei contratti collettivi o di regolamenti⁵⁸, la loro efficacia dipende dall'autenticità della riflessione e della definizione delle regole che li supportano. Deve trattarsi di norme diffusamente riconosciute come espressione propria della collettività che le adotta, e non come meri adempimenti di obblighi formali, ispirati da modelli standard⁵⁹. La loro redazione non deve esaurirsi in un mero elenco di casistiche astratte, e deve abbandonare l'approccio meramente repressivo e negativo, formulando divieti ovvi o scontati, e sforzandosi di introdurre strumenti volti a

2011, 403.

⁵⁷ OCCHINO, *La questione dell'eguaglianza nel diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2011, 95.

⁵⁸ Secondo un'opinione largamente condivisa, i codici rappresentano tecnicamente una mera applicazione di principi civili di correttezza e buona fede nell'esecuzione della prestazione o, per dirla ancora diversamente, del *cd. minimo etico* che dovrebbe ispirare la civile convivenza fuori e dentro ai luoghi di lavoro. Secondo altre letture, invece, i codici determinano inedite, quanto inopportune, intrusioni in chiave etico-paternalistica nelle relazioni umane: così DEL PUNTA, op. cit., 236.

⁵⁹ NINCI (a cura di), *Riconoscere per prevenire i fenomeni di molestia e violenza sul luogo di lavoro*, Inail, 2021.

realizzare un clima organizzativo favorevole nei confronti della dignità delle lavoratrici e dei lavoratori, alla concreta ricerca del benessere psicosociale del dipendente.

Di enorme pregio ed utilità, i Codici si sono rivelati fonti particolarmente idonee ad informare e descrivere, talvolta a mero titolo esemplificativo, i comportamenti ascrivibili alle molestie o alle molestie sessuali, oltre che per introdurre procedure e soggetti coinvolti nelle stesse⁶⁰.

D'altronde, il coinvolgimento degli attori sociali nel contrasto alle molestie è stato sostenuto in ambito europeo già a partire dall'Accordo quadro europeo 26 aprile 2007, dedicato alla prevenzione della violenza e delle molestie sul lavoro che, nel contesto di «tolleranza zero» nei confronti di tali fenomeni suggerito alle imprese, incoraggiava la contrattazione collettiva nazionale ad adottare clausole che qualificassero le violenze e le molestie, anche sessuali, come illeciti disciplinari⁶¹. Le esperienze più interessanti riguardano certamente i Codici di condotta, che sono stati adottati da alcune aziende in applicazione della strategia di Csr (*Corporate social responsibility*) e dalle Pubbliche Amministrazioni⁶², ma non è mancata anche l'adozione di protocolli per la valutazione del rischio. Nel settore privato, peraltro, gli accordi sindacali interconfederali prevedono, in funzione preventiva, anche attività di sensibilizzazione e formazione nei confronti dei dirigenti, nonché l'obbligo di assicurare l'istituzione di procedure a livello aziendale in caso di molestie con adeguato supporto alla vittima.

Si tratta di un ulteriore aspetto su cui, molto opportunamente, insiste la lett. d) dell'art. 9 della Convenzione, che dispone che i rischi e i pericoli, unitamente alle misure di prevenzione e protezione, dovranno poi essere oggetto di formazione e informazione ai lavoratori. Sicché, la diffusione delle informazioni, del contenuto dei Codici di condotta, nonché delle misure adottate per il contrasto delle molestie e per il sostegno alle vittime, deve essere assicurata attraverso un'adeguata formazione del personale, funzionale all'effettività degli strumenti della prevenzione. A tal fine, nell'ordinamento interno, il nesso tra iniziative concordate con le parti sociali ed efficacia della prevenzione emerge nel comma 3-ter dell'art. 26, d.lgs. n. 198/2006 che contiene un rinvio ad iniziative concordate di informa-

⁶⁰ CALAFÀ, *Salute e sicurezza sul lavoro. Una questione anche di genere - Molestie e violenze sul lavoro: strumenti di prevenzione e contrasto*, in *ISL*, 2023, 1 ss.

⁶¹ Ne sono scaturiti diversi accordi interconfederali: dall'Accordo tra Confindustria e Cgil, Cisl, Uil del 25 gennaio 2016 per il contrasto specifico alle molestie sessuali, nonché l'Intesa sulle molestie e la violenza nei luoghi di lavoro, sottoscritta da Cgil, Cisl, Uil e Confapi il 20 dicembre 2018. Tra gli accordi interconfederali stipulati a livello regionale, l'Accordo interconfederale per il settore del Commercio e Turismo Emilia-Romagna 22 ottobre 2018, l'Accordo Confapi Emilia-Romagna 17 maggio 2018, l'Accordo interconfederale regionale Friuli-Venezia Giulia 12 gennaio 2018.

⁶² Nel settore pubblico i Codici si affiancano ad altri strumenti per la gestione delle molestie, come i Comitati unici di garanzia, che hanno accorpato i precedenti Comitati *antimobbing* e Comitati per le pari opportunità, che svolgono funzioni di prevenzione e di assistenza alle vittime, unitamente ad altre figure esterne alla Pubblica Amministrazione, su cui ZILLI, *Pari opportunità, discriminazioni e mobbing nella reductio ad unum dei Comitati nelle pubbliche amministrazioni*, in MISCIONE, D. GAROFALO (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010*, Ipsoa, 2011, 839 ss. Le Pubbliche Amministrazioni, comunque, sono vincolate, ai sensi dell'art. 7, d.lgs. n. 165/2001 a rispettare l'impegno di garantire «un ambiente di lavoro improntato al benessere organizzativo e a rilevare, contrastare ed eliminare ogni forma di violenza morale o psichica al proprio interno».

zione e formazione volte a prevenire i fenomeni delle molestie. Questo collegamento diretto con la norma codicistica nel d.lgs. n. 198/2006, che sancisce l'obbligo datoriale (proprio *ex art.* 2087 c.c.) di «assicurare condizioni di lavoro tali da garantire l'integrità fisica e morale e la dignità dei lavoratori e prevenire il fenomeno delle molestie sessuali», delinea un'ottica partecipativa che vincola anche gli attori sindacali nella promozione di idonee iniziative formative e informative, richiedendo loro un impegno concreto nell'assicurare il mantenimento nei luoghi di lavoro di un ambiente di lavoro in cui sia rispettata la dignità di ognuno e siano favorite le relazioni interpersonali, basate su principi di eguaglianza e di reciproca correttezza. L'obiettivo è quello di stimolare un'azione contrattuale che concordi le misure idonee ad agevolare l'emersione e la corretta gestione dei casi di violenze e molestie (anche sessuali), adattandole alla specificità dei contesti lavorativi. Sotto questo profilo il legislatore rivela maggiore fiducia nella cosiddetta contrattazione di genere⁶³, quale mezzo per avviare processi di cambiamento collettivo, anche sul piano culturale e organizzativo, avvalendosi altresì del supporto di figure chiave presenti nei contesti aziendali. I delegati sindacali, pertanto, mantengono un ruolo centrale nella interlocuzione con le vittime, nell'intercettazione di situazioni di disagio lavorativo, al fine assicurare quel collegamento tra sindacato e azienda utile a favorire il dialogo e a ricercare soluzioni per garantire un ambiente di lavoro sano, rispettoso e dignitoso.

Qui risiede la reale portata innovativa della Convenzione OIL, che mira a superare il quadro frammentario degli interventi normativi di contrasto delle molestie e della violenza, riducendolo ad unità, con l'obiettivo di creare un *continuum* tra contrattazione collettiva e diritto della sicurezza sul lavoro, consentendo altresì di aggiornare il più tradizionale approccio repressivo dei Codici di condotta, di matrice contrattuale, verso la ricerca di regole più attente alla prevenzione, ma anche alla vigilanza e al controllo⁶⁴. Sotto questo aspetto, la Convenzione potrebbe svolgere un ruolo amplificatore per la diffusione e il consolidamento di esperienze locali, che hanno esaltato, ad esempio, il ruolo degli ispettori del lavoro nell'attività di controllo sulla valutazione dei rischi psico-sociali e sulle misure di prevenzione, nonché su altri aspetti eventualmente collegati alle ricadute del fenomeno sul rapporto di lavoro⁶⁵.

⁶³ FERRARA, *Il gender mainstreaming nei contratti collettivi: tendenze della contrattazione di genere*, in *DLM*, 2014, 532 ss.

⁶⁴ CALAFÀ, *op. cit.*, 5. Accanto a poteri più incisivi da attribuire agli ispettorati del lavoro e ad altre autorità competenti, tra i quali quello di adottare misure immediatamente esecutive (come, ad esempio, l'interruzione dell'attività lavorativa), va riconosciuto ai lavoratori e alle lavoratrici il simmetrico diritto di abbandonare una situazione lavorativa che si ritiene pericolosa per la vita, la salute e la sicurezza, a causa di violenza e molestie.

⁶⁵ Sono esperienze che hanno condotto alla stipula di protocolli territoriali, come nel caso del Protocollo del Friuli-Venezia Giulia, siglato dai sindacati e dalla Consigliera regionale di parità, che ha istituito un canale di comunicazione costante tra quest'ultima e l'Ispettorato del lavoro, allo scopo di valutare, tra l'altro il fenomeno complessivo delle dimissioni con riferimento al nesso eventuale con la circostanza di aver subito molestie, anche di tipo sessuale. Cfr. NUNIN (a cura di), *Il lavoro femminile in Friuli-Venezia Giulia*, Rapporto Consigliera parità, FrancoAngeli, 176 ss.; nonché, sotto un profilo più marcatamente operativo, NINGI, *op. cit.*, ma anche ISO, *Occupational health and safety management – Psychological health and safety at work – Guidelines for managing psycho-social risks*, giugno 2021 (www.iso.org/standard/64283.html); nonché le linee guida UNI/PDR 125: 2022, sul sistema di gestione per la parità di genere, su cui, in generale, AA.VV., *La sicurezza sul lavoro in una prospettiva di genere*, in *ISL*, 2018, XX.

La nuova legge sul diritto all'oblio oncologico alla luce dell'esperienza europea

The new law on the right to be forgotten oncology and the European experience

Anna Bitetto

Associata di Diritto Privato Comparato nell'Università di Bari

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi: dall'archetipo del diritto all'oblio al diritto all'oblio oncologico. – 2. La *ratio* sottesa all'oblio oncologico e la sua disciplina nell'Unione europea. – 2.1. Il *droit a l'obli* francese. – 2.2. La disciplina belga. – 2.3. La soluzione lussemburghese. – 2.4. Il quadro normativo olandese. – 3. I tratti salienti della nuova disciplina. – 4. A mo' di conclusione.

Sinossi: A pochi mesi dall'entrata in vigore (2 gennaio 2024) della legge 7 dicembre 2023, n. 193 «Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche», il lavoro si prefigge di delineare i tratti essenziali della nuova disciplina con uno sguardo al substrato giuridico su cui si è inserita e alle pregresse esperienze europee in una prospettiva comparatistica.

Abstract: *With only a few months to go before the entry into force (Jan. 2, 2024) of Law No. 193 of Dec. 7, 2023, «Provisions for the prevention of discrimination and the protection of the rights of persons who have been affected by oncological diseases», this work aims to outline the essential features of the new discipline with a look at the legal substrate on which it has been inserted and at previous European experiences in a comparative perspective.*

Parole chiave: Diritto all'oblio oncologico – Eguaglianza – Tutela della privacy

Keywords: *Right to oncological oblivion – Equal – Treatment privacy*

1. Profili introduttivi: dall'archetipo del diritto all'oblio al diritto all'oblio oncologico

L'avvento della Legge n. 193 del 7 dicembre 2023 in materia di prevenzione delle discriminazioni e tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche (pubblicata sulla G.U. del 18 dicembre 2023 ed entrata in vigore il 2 gennaio 2024), ha finalmente posto l'accento sull'opportunità di riconoscere il diritto di cittadinanza (anche nella realtà giuridica di casa nostra) al cd. 'oblio oncologico' concernente il diritto delle persone guarite da patologia oncologica di non fornire informazioni (né subire indagini) in merito alla propria pregressa condizione di malato oncologico per l'accesso ai servizi bancari finanziari/assicurativi, al mondo lavorativo e alla possibilità di diventare genitori mediante adozione.

Al fine di fare chiarezza sulle prerogative funzionali che compongono trama e traccia dell'epifania giuridica in rassegna, appare giocoforza aprire una (sia pur sintetica) parentesi sulla disciplina italiana in tema di diritto all'oblio¹. A bene vedere, attraverso una ridda di interventi legislativi/giurisprudenziali, tale figura si sviluppa a cavallo della tutela della *privacy*, dei diritti della personalità e dell'esigenza di uguaglianza, venendo plasmata su diritti di rango costituzionale (persona, dignità, uguaglianza e cronaca): non a caso, nella sua prima accezione il diritto all'oblio, pur rientrando nel generale ambito di tutela della vita privata, ha assunto una decisa tipicità rispetto alla riservatezza poiché ha garantito che fatti già resi di pubblico dominio non potessero essere 'rievocati' per richiamare su di essi 'ora per allora' l'attenzione del pubblico, traghettando l'individuo, all'improvviso e senza il suo consenso, verso una nuova notorietà indesiderata².

¹ Per un approfondimento sul diritto all'oblio v. orientativamente, BITETTO, *Cronaca, oblio e memoria: prospettive comparative: tra riservatezza e identità*, *Quaderni DJSGE*, 2023; PARDOLESI, *Oblio e anonimato storiografico: «usque tandem ...»?*, in *FI*, I, 3071; PARDOLESI, SASSANI, *Bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto di cronaca: il mestiere del giudice*, in *FI*, 2018, I, 227; VALVO, *Il diritto all'oblio nell'epoca dell'informazione "digitale"*, in *SIE*, 2015, 2, 347-358; DI CIOMMO, *Quello che il diritto non dice. Internet e oblio*, in *DR*, 2014, 12, 1101-1113; F. Pizzetti (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, Giappichelli, 2013; MAYER-SCHONBERGER, *Delete. Il diritto all'oblio nell'era digitale*, Egea, 2013; FINOCCHIARO, *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, in *DI*, 2010, 3, 391-410; MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, ESI, 2009; MESSINA, *Le prospettive del diritto all'oblio nella società dell'informazione e della comunicazione*, in *ID*, 2009, 1, 93-103. Nella letteratura straniera v. per tutti CRUYSMANS, ROMAINVILLE, *Les diverses dimensions du "droit à l'oubli" dans la sphère numérique. Un processus de positivazione rentrant en conflit avec la liberté d'expression?*, in ALCANTARA (sous la direction de), *E-réputation. Regards croisés sur une notion émergente*, Gualino-Lextenso éditions, 2015, 81 ss.; KORENHOF, AUSLOOS, SZEKELY, AMBROSE, SARTOR, LEENES, *Timing the Right To Be Forgotten: A Study into "Time" as a Factor in Deciding About Retention or Erasure of Data*, in GUTWIRTH, LEENES, DE HERT (eds.), *Reforming European Data Protection Law*, Springer, 2015, 171 ss.; MARKOU, *The 'Right To Be Forgotten'. Ten Reasons Why It Should Be Forgotten*, *ivi*, 203 ss.; ZANFIR, *Tracing the Right To Be Forgotten in the Short History of Data Protection Law. The "New Clothes" of an Old Right*, *ivi*, 227 ss.

² «L'opinione più ricorrente nella letteratura sostiene che l'oblio vada inteso come il diritto di ottenere la rimozione della pubblica circolazione di informazioni personali che lo riguardano, ove la loro rilevanza pubblica sia venuta meno per il trascorrere del tempo o per altri motivi»: così BITETTO, *op. cit.*, 12.

Ora, di là dalla ridda di disposizioni normative concernenti l'istituto in parola³, sebbene il diritto all'oblio inizi a configurarsi con l'intervento del formante giurisprudenziale (che ha disegnato il diritto ad essere dimenticati e a non restare esposti, senza limiti di tempo, ad una rappresentazione non più attuale della propria persona, con pregiudizio alla reputazione ed alla riservatezza, collegata a fatti commessi in passato o a vicende nelle quali si è rimasti in qualche modo coinvolti)⁴, occorre attendere l'avvento dell'era di *internet* affinché il diritto all'oblio sposti le sue coordinate sul problema dei rapporti esistenti tra le notizie già pubblicate in passato (in quanto attinenti a fatti di interesse pubblico) ed il loro permanere in rete (ad esempio nell'archivio informatico di un grande quotidiano di rilevanza nazionale)⁵.

Più in chiaro, pronunciandosi sul punto, la nostra Suprema Corte ha rimarcato come l'interesse pubblico sotteso al diritto all'informazione costituisca un limite al diritto fondamentale alla riservatezza del soggetto coinvolto cui deve correlativamente riconoscersi il diritto all'oblio⁶. Cerchiamo, per quanto possibile, di fare chiarezza sul punto. Nella versione consolidata dalla giurisprudenza dei giudici di piazza Cavour il diritto all'oblio si configura come un diritto 'forte' che può subire una compressione a favore del diritto di cronaca solo in presenza di determinati requisiti: *a*) il contributo arrecato dalla diffusione dell'immagine o della notizia ad un dibattito di interesse pubblico; *b*) l'interesse effettivo ed attuale alla diffusione dell'immagine o della notizia (per ragioni di giustizia, di polizia o

³ Per questa via, assoluto rilievo meritano le seguenti disposizioni normative: 1) la L. 8 febbraio 1948, n. 47 sulla stampa (nonché le norme del codice penale sulla diffamazione e sulla tutela della riservatezza, originariamente contenute nella L. 31 dicembre 1996, n. 675, e di seguito trasfuse nel codice in materia di dati personali di cui al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196); 2) il codice di deontologia relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica (emanato per la prima volta in data 29 luglio 1998 con provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali e poi in ultimo ribadito con il recente provvedimento del 29 novembre 2018 della medesima autorità, sulla scia delle numerose modifiche introdotte dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101), nonché il T.U. dei doveri del giornalista che il Consiglio nazionale dell'ordine ha approvato in data 27 gennaio 2016; 3) l'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (ratificata nel nostro Paese con la L. 4 agosto 1955, n. 848, che ha, per un verso, sancito il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza e, per altro, previsto il diritto di ogni persona alla protezione dei dati strettamente riservati che concernono la sua persona e come tali dati debbano essere trattati secondo il principio di lealtà, sotto l'egira dell'autorità di controllo); 4) l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che ha ribadito l'essenza della tutela sostituendo il termine 'corrispondenza' con quello più moderno di 'comunicazioni'; e, infine, 5) l'art. 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, nella versione consolidata con il Trattato di Lisbona, che dispone il diritto di ogni persona alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano.

⁴ Cass., 4 aprile 1998, n. 3679, in *FI*, 1998, I, 1834, con nota di LAGHEZZA. Nella pronuncia si sottolinea altresì che l'attualità dell'interesse pubblico alla pubblicazione è requisito sufficiente a garantire il cittadino dal rischio che, dietro lo schermo della libertà di cronaca, possano nascondersi attacchi diretti a colpi di martellanti (ri)pubblicazioni, all'onore ed alla reputazione del cittadino, non destinati (nemmeno apparentemente) a soddisfare alcuna utilità sociale ma non è sufficiente a garantire un'adeguata difesa da più subdole operazioni condotte, pur nel contesto di situazioni rilevanti in un'ottica generale, a colpi di *scoop* riguardanti avvenimenti ormai coperti dalla polvere del tempo, miranti a gettare discredito sul personaggio pubblico, più che a soddisfare le esigenze dell'informazione.

⁵ A tale proposito BRETTO, *op. cit.*, 12 ss., osserva come «[l]a digitalizzazione degli strumenti di comunicazione e informazione [abbia] portato in esponente il problema della perenne fruibilità della notizia che ha causato la sovraesposizione delle persone rispetto a vicende negative per la loro immagine, quantunque pubblicate in modo veritiero e legittimo, accessibili, grazie al web, ben oltre i limiti dell'effettivo interesse dell'opinione pubblica».

⁶ A tale proposito v. Cass., 5 aprile 2012, n. 5525, in *FI*, 2012, I, 305.

di tutela dei diritti e delle libertà altrui, ovvero per scopi scientifici, didattici o culturali), da reputarsi mancante in caso di prevalenza di un interesse divulgativo o, peggio, meramente economico o commerciale del soggetto che diffonde la notizia o l'immagine; c) l'elevato grado di notorietà del soggetto rappresentato, per la peculiare posizione rivestita nella vita pubblica e, segnatamente, nella realtà economica o politica del paese; d) le modalità impiegate per ottenere e nel dare l'informazione, che deve essere veritiera (poiché attinta da fonti affidabili e con un diligente lavoro di ricerca), diffusa con modalità non eccedenti lo scopo informativo, nell'interesse del pubblico, e scevra da insinuazioni o considerazioni personali, sì da evidenziare un esclusivo interesse oggettivo alla nuova diffusione; infine, e) la preventiva informazione circa la pubblicazione o trasmissione della notizia o dell'immagine a distanza di tempo, in modo da consentire all'interessato il diritto di replica prima della sua divulgazione al grande pubblico⁷.

Non sorprende, allora, che il diritto all'oblio risulti collegato, in coppia dialettica, al diritto di cronaca, dal momento che sussiste quando non vi sia più un'apprezzabile utilità sociale ad informare il pubblico (ovvero la notizia sia diventata falsa in quanto non aggiornata) o, ancora, quando l'esposizione dei fatti non sia stata commisurata all'esigenza informativa ed abbia arrecato un *vulnus* alla dignità dell'interessato⁸. Ne deriva che, allorquando a distanza di un lungo periodo di tempo, un giornalista torni ad occuparsi di una notizia già pubblicata (che all'epoca aveva avuto un rilevante interesse pubblico), non sta esercitando il diritto di cronaca, quanto il diritto alla rievocazione 'storiografica' di quella vicenda. Ecco, allora, che, tale 'rievocazione', a meno che non riguardi personaggi che hanno rivestito o rivestono tuttora un ruolo pubblico (ovvero fatti che per il loro stesso concreto svolgersi implicano il richiamo necessario ai nomi dei protagonisti), dovrebbe svolgersi in forma anonima in quanto nessuna particolare utilità potrebbe derivare dalla precisa individuazione dei soggetti che hanno compiuto il fatto. La dicotomia è servita: «[p]osto che non vi può essere una vera e propria cancellazione del proprio passato, il punto di rottura è rappresentato dalle nuove tecnologie ed il problema dell'oblio non è più rappresentato dalla riproposizione di informazioni un tempo legittimamente divulgate, ma dalla loro permanente accessibilità»⁹.

⁷ Cass., 20 marzo 2018, n. 6919, in *FI*, 2018, I, 1145. Ed ancora il diritto di cronaca non è recessivo rispetto al diritto all'oblio esclusivamente quando fonda la sua legittimità su tre condizioni che devono sussistere cumulativamente: 1) utilità sociale dell'informazione; 2) verità (oggettiva o anche soltanto putativa, purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca) dei fatti esposti, che non è rispettata quando, pur essendo veri i singoli fatti riferiti, siano, dolosamente o anche soltanto colposamente, taciuti altri fatti, tanto strettamente ricollegabili ai primi da mutarne completamente il significato; 3) forma 'civile' dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione, cioè non eccedente rispetto allo scopo informativo da conseguire, improntata a serena obiettività almeno nel senso di escludere il preconcetto intento denigratorio e, comunque, in ogni caso rispettosa di quel minimo di dignità cui ha sempre diritto anche la più riprovevole delle persone, sì da non essere mai consentita l'offesa triviale o irridente dei più umani sentimenti (v., sul punto, Cass., 5 novembre 2018, n. 28084, in *FI*, 2019, I, 227, con nota di PARDOLESI, SASSANI).

⁸ Cass. sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681, in *FI*, 2019, I, 3071 con nota di PARDOLESI.

⁹ Così, BITETTO, *op. cit.*, 14.

Per questa via, quindi, rimarchevole rilievo assumono due soluzioni rimediali volte a fronteggiare le problematiche individuabili nelle pieghe del diritto all'oblio: il *delisting* e il *relisting*. Per quanto concerne il primo (ossia il *delisting*) appare centrale la richiesta di 'deindicizzazione', capace di assecondare l'esigenza dell'individuo di non essere sempre alla ribalta (più in chiaro, lo strumento rimediale in oggetto è idoneo ad escludere azioni di ricerca che, partendo dal nome della persona, conducano la collettività alla conoscenza di fatti connessi a vicende trascorse di cui la rete ha ancora memoria proprio attraverso l'attività di indicizzazione dei motori di ricerca)¹⁰. In relazione al secondo (ovvero il *relisting*), l'editore è chiamato ad integrare l'informazione originaria ripristinando la correttezza del dato: in breve, il dato corretto con la nuova informazione sulla persona viene reimmesso nel sito *web* quando la cancellazione del dato non sia perseguibile per ragioni storico/documentaristiche e la deindicizzazione non sia sufficiente a rieditare la dignità della persona)¹¹.

2. La *ratio* sottesa all'oblio oncologico e la sua disciplina nell'Unione europea

Conclusa questa breve parentesi – volta ad offrire un quadro riassuntivo dei passaggi che hanno scandito l'evoluzione/affermazione del diritto all'oblio nella realtà giuridica nostrana – passiamo a scrutinare i tratti essenziali (nonché la reale collocazione funzionale) del diritto all'oblio oncologico per i malati di cancro. A ben vedere, proprio per avvalorare la loro esigenza di dimenticare la pregressa malattia (o, meglio ancora, l'esigenza di non rimanere ancora esposti al passato dato clinico e, piuttosto, di aggiornare lo stesso dato con l'intervenuta guarigione), l'oblio oncologico riveste una natura sostanzialmente 'riparatoria', volta ad eliminare ogni pregiudizio patito giuridicamente dalla persona guarita dal cancro attraverso la rimozione di ogni collegamento con la precedente situazione di salute. Molteplici sono gli interessi che la nuova disciplina sul diritto all'oblio oncologico intende salvaguardare: 1) in primo luogo, il diritto dei guariti da patologia tumorale di non essere identificati nel loro futuro con o per la loro malattia; 2) nell'ottica della tutela della *privacy*, la riservatezza personale, permettendo ai guariti di non dover condividere dettagli intimi sul loro passato medico; 3) la parità di trattamento nelle opportunità di vita (come nel lavoro o nell'accesso al credito) senza tralasciare la custodia della dignità dei guariti, permettendo loro di vivere senza l'etichetta di *ex* pazienti oncologici; infine, 4) la salvaguardia dagli iniqui trattamenti di accesso al credito e alle assicurazioni per i guariti da neoplasia in ragione della loro storia medica e della loro esperienza con la malattia.

¹⁰ V. Cass., 8 febbraio 2022, n. 3952, in *FI*, 2022, I, 40 con nota di BITETTO.

¹¹ V. Cass., 31 gennaio 2023, n. 2893, in *FI*, 2023, I, 391 con nota di PALMIERI; in *DR*, 2023, 601, con nota di BITETTO.

Più nello specifico – prendendo le mosse dalle esperienze riportate dai malati di cancro (nonché da quelle prospettate dalle associazioni e dalle fondazioni per la riabilitazione dei malati oncologici) dalle quali si riscontrano le rilevanti difficoltà, per le persone guarite dal cancro, ad accedere a forme assicurative, mutui, finanziamenti personali, procedimenti di adozione e, in generale, al mondo lavorativo in ragione della considerazione dell'alto rischio di recidive – la codificazione a livello normativo di un diritto all'oblio oncologico mira a propiziare migliori possibilità nella conduzione di una vita 'normale'¹².

Non sorprende, dunque, che al fine di ovviare alle problematiche testé cennate (e seguendo le ultime proiezioni secondo le quali ci sarebbero nell'Unione europea circa venti milioni di pazienti sopravvissuti al cancro) un passo rilevante è stato compiuto con l'inclusione del diritto all'oblio oncologico come *best practice* per assicurare una migliore qualità della vita per i guariti dalla patologia nell'EU *Beating Cancer Plan* (pubblicato nel febbraio del 2021 dalla Commissione europea)¹³. In particolare, nel richiamato Piano si evince come, a causa della loro storia medica, molti sopravvissuti al cancro (benché si siano rimessi dalla malattia da lungo tempo) continuino a misurarsi con inique condizioni di accesso ai servizi finanziari fronteggiando spesso prezzi proibitivi di premi assicurativi.

Successivamente il Comitato speciale per combattere il cancro del Parlamento europeo ha descritto, nella propria relazione sull'implementazione del piano europeo di lotta al cancro, la necessità di garantire un diritto all'oblio per i malati oncologici entro il 2025, esortando gli Stati membri, da un lato, ad adottare strumenti per migliorare la qualità della vita dei pazienti sopravvissuti e, dall'altro, ad armonizzare le discipline vigenti in Europa sul diritto all'oblio¹⁴. Del resto, il Parlamento europeo, con la risoluzione del 16 febbraio 2022 (su come rafforzare l'Europa nella lotta contro il cancro), auspicando una strategia globale e coordinata, ha espressamente: *a*) dichiarato che le compagnie di assicurazione e le banche non dovrebbero considerare la storia clinica delle persone colpite da cancro chiedendo, contestualmente, che le legislazione nazionale garantiscano i sopravvissuti al cancro dall'essere discriminati rispetto agli altri consumatori; *b*) preso atto dell'intenzio-

¹² D'altronde, gli istituti bancari e assicurativi incontrano gravi difficoltà nello stimare il rischio connesso ad una malattia complessa come la patologia tumorale e non scorgono garanzie dalla vaga nozione giuridica di "cura". Adottando un approccio precauzionale all'interesse della loro attività, gli assicuratori spesso applicano il principio di precauzione e negano *a priori* ai guariti oncologici strumenti di garanzia e ottimizzazione della loro insolvenza. Così come il progresso nel trattamento alla malattia oncologica rapidamente migliora la prognosi di molti pazienti ma l'*up to date* delle informazioni e il *risk assessments* sono spesso in ritardo e forniscono modelli non aggiornati agli operatori finanziari e la mancanza di specifici criteri uniformi, di trasparenza e monitoraggio continuo contribuiscono a generare una pratica frammentata e lacunosa di assestamento del rischio per le compagnie assicurative.

¹³ *Eu Commission, Europe's beating Cancer Plan*, in https://health.ec.europa.eu/system/files/2022-02/eu_cancer-plan_en_0.pdf. In particolare, la Commissione, oltre a promuovere un concreto reinserimento nel mondo del lavoro per i guariti, espressamente ritiene debba promuoversi un codice di condotta dove nelle pratiche commerciali degli operatori finanziari quest'ultimi possano accedere alle informazioni proporzionate all'effettività della malattia e del trattamento in essere dal paziente per decidere della eleggibilità del richiedente per il prodotto assicurativo, il prestito personale o il mutuo.

¹⁴ Cfr. SCOCCA, MEUNIER, *Towards an Eu legislation on the right to be forgotten to access to financial services for cancer survivors*, in *EJC*, 2022, 162, 133-137.

ne della Commissione di collaborare con le imprese per elaborare un codice di condotta volto ad assicurare che i progressi compiuti in relazione ai trattamenti oncologici (nonché alla loro maggiore efficacia) trovino una corrispondenza nel miglioramento delle pratiche aziendali dei fornitori di servizi finanziari; c) ritenuto di sostenere, nel contempo, la promozione dei progressi compiuti in Francia, Belgio, Lussemburgo e Paesi Bassi, dove i sopravvissuti al cancro godono del 'diritto all'oblio'; d) chiesto che entro il 2025 tutti gli Stati membri garantiscano il diritto all'oblio a tutti i pazienti europei dopo che siano trascorsi dieci anni dalla fine del trattamento e fino a cinque anni dopo la fine del trattamento per i pazienti per i quali la diagnosi è stata formulata prima dei 18 anni di età; e) prospettato l'introduzione di norme comuni per il diritto all'oblio nel quadro delle pertinenti disposizioni sulla protezione dei consumatori del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, al fine di superare la frammentazione delle pratiche nazionali nel campo della valutazione del merito di credito e garantire la parità di accesso al credito per i sopravvissuti al cancro; e, infine, f) preteso che il diritto all'oblio per i sopravvissuti al cancro sia incluso nella pertinente legislazione UE al fine di prevenire la discriminazione e migliorare l'accesso dei sopravvissuti al cancro ai servizi finanziari¹⁵.

Dopo questo giro d'orizzonte, volto ad offrire un quadro riassuntivo dei passaggi che hanno scandito la disciplina dell'oblio oncologico nell'Unione europea, passiamo ad esaminare (sebbene in maniera volutamente sintetica) le normative adottate negli ultimi anni da diversi Paesi appartenenti all'Unione europea (e precisamente Francia, Belgio, Olanda, Lussemburgo) con l'obiettivo di determinare dei paletti temporali oltre i quali, dopo la guarigione, gli operatori finanziari non possano più esigere informazioni in ordine alla cartella clinica di chi è stato paziente oncologico.

2.1. Il *droit a l'obli* francese

La nostra ricognizione prende le mosse dalla realtà giuridica francese che per prima si è occupata di diritto all'oblio oncologico varando la sua disciplina nel 2016 nell'ambito della legge sulla modernizzazione del sistema sanitario nazionale in breve, la legge in parola stabilisce come, nel contesto di contratti di assicurazione o di prestito, il periodo oltre il quale non è dato raccogliere alcuna informazione medica relativa a patologie tumorali da parte degli organismi assicuratori non possa essere superiore a dieci anni dalla data di fine del trattamento terapeutico o a un lustro, per le patologie tumorali insorte prima dei ventuno anni (abbassato nel settembre del 2020 ai diciotto anni).

Inoltre, al fine di valorizzare un approccio concreto ed una soluzione alla problematica che tenga conto dei progressi della medicina e della ricerca scientifica, i termini e le scadenze vengono aggiornati regolarmente in base ai progressi terapeutici e ai dati scientifici.

¹⁵ Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2022 su rafforzare l'Europa nella lotta contro il cancro – Verso una strategia globale e coordinata (2020/2267(INI)), in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0038_IT.html.

D'altronde, il contenuto del diritto all'oblio in Francia deve essere integrato dagli standard della Convenzione AERAS e dalle altre norme del Codice di sanità pubblica francese (come L. 1141-2) che: a) rappresenta un protocollo nazionale stipulato tra lo Stato francese, le organizzazioni professionali che riproducono gli istituti di credito, le società finanziarie, le compagnie di assicurazione, gli enti di previdenza sociale e gli istituti di previdenza, nonché le organizzazioni nazionali che raffigurano i pazienti e gli utenti del sistema sanitario o le persone con disabilità; b) mira a facilitare l'accesso all'assicurazione e ai prestiti per le persone che presentano un rischio aggravato a causa del loro stato di salute o di un *handicap*; e, infine, c) gestisce una tabella di riferimento che definisce per ogni patologia il periodo dopo il quale gli *ex* pazienti possono stipulare una polizza assicurativa senza esclusioni di copertura o dover pagare un premio aggiuntivo, alle stesse condizioni delle persone che non hanno sofferto di una di queste malattie. A tutto ciò si aggiunga che la Francia nel 2017 ha varato una normativa in base alla quale gli assicuratori sono tenuti a fornire un documento informativo sul diritto all'oblio ai richiedenti un'assicurazione per il rimborso del credito, contestualmente al normale modulo di dichiarazione di rischio, prevedendo delle sanzioni per gli operatori economici che non rispettino gli obblighi informativi.

Da luglio 2019, il tumore al rene, la leucemia, il tumore alla prostata, la fibrosi cistica e l'epatite C sono tra le nuove tipologie di patologie incluse nella tabella di riferimento della Convenzione AERAS e queste misure vengono periodicamente implementate a partire dal 2020. Come dato di fatto si segnala all'attenzione dei lettori la circostanza che proprio a seguito di un atteggiamento conformativo alla legge sul diritto all'oblio e alla convenzione AREAS nel novembre del 2021, la Banca francese *Crédit Mutuel* ha deciso di ritirare il questionario medico per i clienti richiedenti un mutuo per acquisto di immobile di proprietà come residenza principale¹⁶.

2.2. La disciplina belga

Volgendo succintamente lo sguardo al Belgio, mette conto rilevare come nel 2019 sia stata promulgata una legislazione modificativa della legge sull'assicurazione che specificatamente dispone il diritto all'oblio per *ex* malati oncologici.

Più in chiaro, le nuove disposizioni si applicano ai contratti di assicurazione relativi a mutui ipotecari e professionali e hanno introdotto il divieto per le compagnie di assicurazione di prendere in considerazione le patologie oncologiche dei propri clienti dopo 10 anni dalla fine del trattamento attivo della malattia con esito positivo e l'assenza di ricadute nello stesso periodo.

¹⁶ Cfr. *Factsheet on the Right to be forgotten in the EU National Legislations Legal Background and current status from France, Belgium, Luxembourg and the Netherlands*, in https://ecpc.org/wp-content/uploads/2020/09/Factsheet-National-Legal-framework-on-the-right-to-be-forgotten_Updated092020fin-1.pdf.

Nel maggio 2019 è stata adottata altresì una tabella di riferimento che fissa termini ridotti per l'applicazione del diritto all'oblio per specifiche patologie oncologiche. In particolare, ogni due anni, il Centro belga per la conoscenza dell'assistenza sanitaria (KCE) valuta la tabella di riferimento sulla base dei progressi della medicina e dei dati scientifici disponibili relativi alle patologie indicate.

Per questa via, il *Bureau du suivi de la tarification* (ossia l'ufficio belga per il monitoraggio delle tariffe responsabile delle controversie relative all'applicazione della normativa in questione) in caso di mancata osservanza della regolamentazione in oggetto dispone come sanzione per gli assicuratori il rimborso del premio assicurativo ai propri clienti senza una franchigia limitativa dell'ammontare.

Infine, nel febbraio del 2021 l'associazione belga degli assicuratori (Assuralia) ha inoltre adottato un codice di condotta che estende l'applicazione del diritto all'oblio anche alle assicurazioni sul reddito delle persone guarite dal cancro. In breve, l'assicurazione per il reddito garantito (o per l'incapacità lavorativa) prevede che, in caso di malattia o di infortunio, venga fornito un indennizzo totale o parziale per la riduzione o la perdita del reddito professionale dovuta all'incapacità lavorativa. Il cennato codice di condotta – entrato in vigore il 1° febbraio 2022 – è vincolante per tutte le compagnie assicurative aderenti ad Assuralia e ha stabilito che gli assicuratori non potranno più prendere in considerazione una malattia oncologica se una persona desidera ottenere un'assicurazione al fine di garantire il proprio reddito da lavoro¹⁷.

2.3. La soluzione lussemburghese

In Lussemburgo il diritto all'oblio è stato introdotto a partire dal primo gennaio 2020 grazie ad una convenzione tra il Ministero della salute, l'Associazione lussemburghese di assicurazione e riassicurazione (ACA) e otto tra le principali compagnie assicurative. Tale diritto si applica esclusivamente all'assicurazione del saldo passivo per mutui o prestiti immobiliari, per l'acquisto dell'abitazione principale o di strutture professionali il cui importo massimo non superi il milione di euro. Per converso, l'iniziativa ad appannaggio degli *ex* malati di cancro non si applica ai prestiti immobiliari per l'acquisto di una seconda casa o agli investimenti per affitto; inoltre, la persona beneficiaria del diritto all'oblio può usufruirne solo entro il limite dell'importo massimo di un milione di euro di copertura assicurativa. A ben vedere, secondo quanto previsto dalla Convenzione, il richiedente l'assicurazione (in quanto guarito dal cancro) ha il diritto di non dichiarare la sua patologia quando il protocollo terapeutico relativo a tale patologia tumorale è terminato da 10 anni (come fine del trattamento attivo si considera la data dell'avvenuto intervento chirurgico ablativo e della fine della radioterapia o chemioterapia) ovvero quando il protocollo terapeutico relativo a

¹⁷ Cfr. SCOCCA, MEUNIER, *A right to be forgotten for cancer survivors: a legal development expected to reflect the medical progress in the fight against cancer*, in *JCP*, 2020, 25, 100246.

questa patologia tumorale è terminato da 5 anni, ma il cancro è stato diagnosticato prima dei 18 anni. Durante l'arco di tempo citato, è necessaria l'assenza di ricadute.

Oltre a quanto previsto dalla convenzione, il diritto all'oblio si manifesta in via eccezionale con la possibilità di stipulare alcune assicurazioni con l'obbligo di dichiarare la pregressa malattia ma senza la necessità di pagare un premio addizionale per la patologia pregressa. Ancora, nel momento di richiesta per l'assicurazione del saldo passivo per un mutuo ipotecario, il richiedente guarito da specifici tumori (10 tipi specifici di cancro) o di epatite virale C, deve dichiarare la sua patologia, ma se vengono soddisfatte determinate condizioni, l'assicuratore non può escludere il candidato all'assicurazione o richiedere un premio aggiuntivo.

Infine, la convenzione prevede l'istituzione di un comitato di monitoraggio, composto da esperti, al fine di garantire la corretta applicazione delle disposizioni e il rispetto degli impegni assunti dalle parti e ha competenza di esaminare i singoli reclami rivolti dai richiedenti a lei ricorrenti.

2.4. Il quadro normativo olandese

Ponendo l'accento sull'esperienza giuridica olandese, di primo acchito occorre rilevare la presenza di un coacervo di regole volte a proteggere la *privacy* dei consumatori e privare le assicurazioni della possibilità di chiedere informazioni sulla storia della malattia di una persona dopo un congruo lasso di tempo dalla sua guarigione dal cancro.

A ben vedere, la norma si applica alle polizze di assicurazione sulla vita per i richiedenti prima del compimento del settantunesimo anno e alle polizze di assicurazione funeraria stipulate (o concluse) prima che la persona alla cui vita si riferisce l'assicurazione raggiunga l'età di sessantuno anni.

In questa prospettiva, la legislazione sul diritto all'oblio per gli *ex* pazienti oncologici in Olanda muove dal presupposto che esaminare un richiedente l'assicurazione per la vita o per le spese funerarie con domande attinenti la sua passata diagnosi di cancro o le analisi mediche sia contrario al diritto alla *privacy* dell'*ex* paziente. Muovendo da tale assunto, al fine di garantire il bilanciamento dei diversi interessi in gioco (ossia l'interesse alla *privacy* del richiedente l'assicurazione e quello alla stima del rischio per l'assicuratore) il decreto sul diritto all'oblio oncologico stabilisce che non è più permesso chiedere se qualcuno ha avuto un cancro in passato allorquando (secondo il parere dell'operatore sanitario che ha curato il candidato) si sia verificata una remissione completa (ossia senza che sia stata diagnosticata alcuna recidiva della malattia per un periodo ininterrotto di dieci anni).

Ecco, allora, che secondo la relazione esplicativa del decreto legge entrato in vigore il primo gennaio del 2021, qualora l'assicuratore in violazione delle disposizioni normative ponga comunque delle domande al candidato all'assicurazione sulla pregressa malattia, quest'ultimo potrà rifiutarsi di collaborare: sì che, un *ex* malato di cancro non è tenuto a fornire informazioni diagnostiche sulla sua pregressa malattia sia quando decide di stipulare un'assicurazione sulla vita (o per le spese funebri), sia quando vi sia stata una remissione totale.

In questa prospettiva, nel caso in cui la compagnia assicurativa sia già a conoscenza del fatto che il suo cliente si è sottoposto a un trattamento antitumorale, non può utilizzare questa informazione nella sua decisione in merito alla richiesta di sottoscrivere una nuova polizza assicurativa o per modificare una polizza assicurativa esistente e tali dati non possono essere utilizzati per la determinazione del premio. La normativa stabilisce inoltre che, se il candidato ha meno di ventuno anni al momento della diagnosi del cancro, la remissione si considera completa una volta decorsi cinque anni dalla fine del trattamento antitumorale.

Un'ulteriore deroga riguarda l'applicazione di periodi più brevi dopo i quali ad un candidato non si può più chiedere se ha sofferto in passato di una certa forma di cancro per le forme di cancro per le quali, in base a intuizioni mediche generalmente accettate e a dati statistici, la possibilità di recidiva del tumore dopo un breve periodo di tempo sia così bassa che l'interesse prudenziale dell'assicuratore non possa prevalere sull'interesse al riserbo delle informazioni da parte dell'ex paziente oncologico. A tal proposito, sono stati stipulati accordi tra le organizzazioni rappresentative dei pazienti e gli assicuratori in merito ai limiti di tempo da utilizzare in relazione alle forme di cancro più lievi¹⁸.

3. I tratti salienti della nuova disciplina

Dopo aver fornito una (sintetica) ricognizione dei tratti caratterizzanti il diritto all'oblio oncologico in alcune esperienze europee, volgiamo lo sguardo alle soluzioni prospettate nell'esperienza giuridica domestica.

In Italia, come cennato nell'*incipit* di questo lavoro, le disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche vengono disciplinate con la legge n. 193/2023 con cui il Parlamento italiano, con un *iter* straordinariamente rapido, ha previsto una legge tra le più avanzate d'Europa¹⁹. Più in chiaro, il nucleo centrale della disciplina si sviluppa attraverso cinque articoli concernenti:

- l'oggetto finalità e definizione del diritto all'oblio (art. 1);
- l'accesso ai servizi bancari, finanziari, di investimento e assicurativi (art. 2);

¹⁸ Cfr. *Factsheet on the Right to be forgotten in the EU National Legislations Legal Background and current status from France, Belgium, Luxembourg and the Netherlands*, cit.

¹⁹ Questo importante risultato è stato raggiunto anche grazie alla collaborazione con le organizzazioni dei pazienti oncologici che hanno messo a disposizione la loro esperienza, garantendo un supporto qualificato per la stesura del testo definitivo. Le scadenze più prossime riguardano il Ministero della Salute che dovrà definire gli aspetti centrali della legge mediante l'emanazione di un DM con cui dovranno essere stabilite le modalità e le forme per la certificazione di guarigione, sentite le Associazioni dei pazienti. Entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge, con decreto del Ministero della Salute, dovrà essere altresì compilato l'elenco delle eventuali patologie oncologiche per le quali si applicano termini inferiori rispetto a quelli generalmente previsti per l'esercizio dell'oblio oncologico.

- le modifiche alla legge 4 maggio 1983 n. 184 in materia di adozione (art. 3);
- l'accesso alle procedure concorsuali e selettive, al lavoro e alla formazione professionale (art. 4);
- le disposizioni transitorie finali e di coordinamento per la parità di trattamento delle persone che sono state affette da patologie oncologiche (art. 5).

In perfetta sintonia con quanto delineato nelle linee guida europee sul diritto all'oblio oncologico [nonché in attuazione degli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione, degli articoli 7, 8, 21, 35 e 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, del Piano europeo di lotta contro il cancro (di cui alla comunicazione della Commissione europea COM(2021) 44 final, del 3 febbraio 2021) e dell'articolo 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali], la legge promulgata ha lo scopo di garantire la parità di trattamento, la non discriminazione e il diritto all'oblio delle persone guarite da patologie oncologiche (art. 1 comma 1).

In particolare, il diritto all'oblio oncologico viene definito (*ex art. 1 comma 2*) come «il diritto delle persone guarite da una patologia oncologica di non fornire informazioni né subire indagini in merito alla propria pregressa condizione patologica». Nell'art. 2 la legge statuisce che quando devono stipularsi/rinnovarsi contratti relativi a servizi bancari, finanziari, di investimento o assicurativi qualora al momento della stipulazione del contratto o successivamente, le informazioni sono suscettibili di influenzarne condizioni e termini, non è ammessa la richiesta di informazioni relative allo stato di salute della persona fisica contraente concernenti patologie oncologiche da cui la stessa sia stata precedentemente affetta e il cui trattamento attivo si sia concluso, senza episodi di recidiva, da più di dieci anni alla data della richiesta.

Il periodo di decorso del termine temporale ai fini della stipula o del rinnovo di contratti di accesso al credito o assicurativi per cui non è ammessa la richiesta di informazioni relative allo stato di salute della persona fisica contraente è ridotto della metà (ossia a cinque anni tutte le volte, in cui la patologia tumorale sia insorta prima del compimento del ventunesimo anno di età).

Al secondo comma dell'articolo 2 rinveniamo la fissazione di un obbligo informativo, in capo agli intermediari bancari e assicurativi; pertanto, sin dalla fase delle trattative pre-contrattuali per la stipulazione o il rinnovo di contratti, le banche, gli istituti di credito, le imprese di assicurazione e gli intermediari finanziari e assicurativi devono fornire alla controparte adeguate informazioni sul diritto a non dichiarare il percorso di guarigione e la pregressa malattia e di tale diritto deve essere fatta espressa menzione nei moduli o formulari predisposti e utilizzati ai fini della stipulazione o del rinnovo dei predetti contratti. Nei successivi tre commi dell'art. 2, nella predisposizione del rapporto contrattuale con l'ex paziente oncologico, viene fatto espresso divieto di:

- applicare al contraente limiti, costi e oneri aggiuntivi né trattamenti diversi rispetto a quelli previsti per la generalità dei contraenti a legislazione vigente;
- richiedere l'effettuazione di visite mediche di controllo e di accertamenti sanitari, per la stipulazione dei contratti;

- qualora le informazioni sulla pregressa patologia suscettibili di influenzare condizioni e termini siano state fornite precedentemente, utilizzarle ai fini della valutazione del rischio dell'operazione o della solvibilità del contraente.

L'assicuratore, dunque qualora sia venuto a conoscenza della pregressa malattia oncologica del paziente non può per tale motivazione rifiutarsi di stipulare la polizza né tantomeno applicare condizioni dissimili a quelle praticate per la generalità dei contraenti.

Nel comma sesto dell'art. 2 viene introdotta una c.d. nullità di protezione a favore del contraente debole (ossia l'ex paziente), statuendosi che, nei contratti concernenti operazioni e servizi bancari, finanziari, di investimento e assicurativi stipulati successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge, la violazione delle disposizioni sul diritto a non fornire informazioni determina la nullità delle singole clausole contrattuali difformi rispetto ai principi fissati dalla legge stessa ma non comporta la nullità del contratto, che rimane valido ed efficace per il resto. La nullità opera soltanto a vantaggio della persona fisica contraente ed è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento. Quanto dire che il contratto sopravvive, ma a condizioni eque (ossia a condizioni che non prevedano una disuguaglianza per gli ex malati oncologici).

L'art. 3, invece, prende in considerazione il diritto di famiglia, modificando l'art. 22, comma 4, della l. n. 184/83 in tema di indagini sulle condizioni dei genitori che hanno richiesto l'adozione o l'affidamento. Più nel dettaglio, anche in materia di adozione la legge risulta efficace specificando che, ai fini dell'adozione, le indagini sulla salute dei richiedenti non possono riportare informazioni relative a patologie oncologiche pregresse tutte le volte in cui «siano trascorsi più di dieci anni dalla conclusione del trattamento attivo della patologia, in assenza di ricadute o recidive, ovvero più di cinque anni se la patologia è insorta prima del compimento del ventunesimo anno di età». Ecco, allora, che con la disposizione in parola, si evidenzia e corrobora l'idea che un ex malato oncologico abbia gli stessi diritti di una persona sana di adottare figli minori²⁰.

Infine, nell'art. 4 la legge si occupa dell'accesso alle procedure concorsuali/selettive pubbliche e private, al lavoro e alla formazione professionale, facendo espresso divieto (allorquando ai fini della selezione sia previsto l'accertamento di requisiti psico-fisici o concernenti lo stato di salute dei candidati) di richiedere informazioni relative allo stato di salute dei candidati medesimi concernenti patologie oncologiche da cui essi siano stati precedentemente affetti e il cui trattamento attivo si sia concluso, senza episodi di recidiva, da più di dieci anni alla data della richiesta o da più di cinque anni quando la patologia sia insorta prima del compimento del ventunesimo anno di età. In particolare, il secondo comma dell'art. 4 provvede ad incoraggiare la promozione di specifiche politiche attive per assicurare a ogni persona che sia stata affetta da una patologia oncologica, eguaglian-

²⁰ Rispetto alle altre legislazioni europee si mostra un'attenzione maggiore per le malattie c.d. giovanili, innalzando il termine, in linea con quanto disposto per i contratti finanziari, all'età di ventuno anni per la definizione di malattia precoce piuttosto che i diciotto anni suggeriti dal Consiglio europeo.

za di opportunità nell'inserimento e nella permanenza nel lavoro e nella fruizione dei relativi servizi nonché nella riqualificazione dei percorsi di carriera e retributivi.

Sull'osservanza della legge sarà chiamato a vigilare il Garante per la *privacy*, ed entro tre mesi dall'entrata in vigore della sua entrata in vigore, dovrà essere emanato un decreto del Ministero della salute per definire l'elenco delle eventuali patologie oncologiche per le quali la guarigione può essere riconosciuta anche prima dei cinque o dieci anni previsti dalla regola generale.

4. A mo' di conclusione

L'analisi in chiave comparativa concernente il diritto all'oblio oncologico – sebbene offra una prospettiva attraverso cui inquadrare in chiave omologativa la capacità di rispondere alle lacune individuabili nelle pieghe del mosaico dei diritti della personalità (ed, in particolare, in quello della *privacy*, dell'onore, della reputazione, della riservatezza e dell'identità personale) e del diritto all'oblio (frutto dell'esigenza di bilanciamento tra il dovere di rispettare la dignità della persona e il parimenti essenziale diritto all'informazione e, dunque, alla libertà di manifestazione del proprio pensiero attraverso l'attività giornalistica e l'utilizzo di *internet* e dei *social network*) – non esaurisce (e non potrebbe essere altrimenti!) le molteplici prospettive concernenti l'esigenza per le persone guarite dopo una malattia oncologica di 'superare' il pregiudizio patito giuridicamente (in virtù di tale condizione) attraverso la rimozione di ogni collegamento con la pregressa situazione di salute. Nella ricognizione testé prospettata abbiamo potuto prendere contezza del fatto che l'Unione europea – muovendo dalla considerazione che una codificazione a livello normativo del diritto all'oblio oncologico avrebbe comportato migliori possibilità nella conduzione di una vita 'normale' per i malati oncologici (anche dal punto di vista del diritto ad accendere un mutuo, a stipulare un'assicurazione sulla vita o un prestito, ad accedere al lavoro e, soprattutto, a formare una famiglia attraverso l'adozione traguando spesso precluso) – ha invitato gli Stati membri ad introdurre nel proprio ordinamento giuridico il diritto all'oblio oncologico affinché le persone guarite dal cancro non debbano incorrere in ulteriori conseguenze negative, dopo aver affrontato e sconfitto la malattia, nel reinserimento nella società civile.

La concisa ricognizione delle normative adottate negli ultimi anni da diversi Paesi appartenenti all'Unione europea (con l'obiettivo di determinare dei paletti temporali oltre i quali, dopo la guarigione, gli operatori finanziari non possano più esigere informazioni in ordine alla cartella clinica di chi è stato paziente oncologico), ci ha permesso di volgere lo sguardo sulle principali peculiarità caratterizzanti la legge n. 193/2023, volta ad introdurre le disposizioni finalizzate a garantire la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche. Ora, sebbene dall'analisi proposta sia possibile affermare che la legge risulta chiara (frutto, come *supra* evidenziato, dell'ampio coinvolgimento del legislatore e delle associazioni per i pazienti

neoplastici)²¹, occorre porre l'accento sulla ricerca biomedica nel campo della patologia tumorale al fine di prospettare alcune miglione perseguibili: a titolo esemplificativo, si pensi alla possibilità di: 1) considerare termini temporali di guarigione adeguati alle diverse neoplasie²²; 2) individuare eventuali/ulteriori profili di discriminazione nei confronti di *ex* pazienti oncologici; 3) fissare, in ambito lavoristico, un diritto del guarito a non essere licenziato per motivi attinenti alla *ex* malattia; e, infine, 4) migliorare la rete informativa ad appannaggio delle famiglie di *ex* pazienti, dei consumatori adulti in merito all'accesso forme assicurative e di finanziamento ma soprattutto dei malati pediatrici guariti rispetto al diritto alla genitorialità²³.

Tirando le fila del discorso appare opportuno evidenziare come – al netto della possibilità di introdurre ulteriori implementazioni — la nuova disciplina (varata con l'intento di garantire alle persone affette da patologie oncologiche il diritto a non dichiarare informazioni in merito alla propria malattia pregressa) rappresenti un importante passo in avanti nello sviluppo della disciplina della tutela dei diritti della personalità. Ancora una volta potremmo dire che il varco è stato aperto e, questa volta, in maniera perentoria; nondimeno, solo gli sviluppi futuri consentiranno di verificare se la nostra realtà giuridica sarà davvero matura per assicurare la reale applicazione di soluzioni in grado di garantire l'obiettivo auspicato dall'Unione europea.

²¹ Migliaia le persone in Italia che l'anno scorso a partire dalla giornata mondiale della lotta contro il cancro hanno aderito alla campagna "Io non sono il mio tumore", raccolta firme per chiedere anche in Italia il diritto all'oblio oncologico e la promulgazione della legge promossa dalla Fondazione AIOM (Associazione italiana di oncologia medica) insieme all'AIL (Associazione italiana leucemie, linfomi e mielomi), alla SIE (Società italiana di ematologia) e AIEOP (Associazione italiana ematologia oncologia pediatrica) e alle associazioni pazienti IncontraDonna, aBRCAabra e APAIM.

²² A proposito dei termini temporali ridotti per alcune neoplasie a mo' di esempio non esaustivo secondo i lavori del *Belgian Health Care Knowledge Centre* per alcune tipologie di cancro al seno si potrebbe passare da 10 anni di libertà da malattia ad 1 anno.

²³ Cfr, sul tema *Parere del comitato etico della Fondazione Veronesi – Dignità e giustizia oltre la malattia*, in <https://www.fondazioneveronesi.it/magazine/tools-della-salute/download/comitato-etico-i-pareri->.

La normativa italiana sui disturbi specifici dell'apprendimento: il diritto del lavoro al di là della disabilità*

The new Italian legislation on specific learning disorders (SLDs): labour law beyond disability

Emanuele Dagnino

Ricercatore di diritto del lavoro nell'Università di Modena e Reggio Emilia

SOMMARIO: 1. Disturbi specifici dell'apprendimento: non solo una questione educativa. – 2. La (tardiva) risposta dell'Italia ai bisogni dei lavoratori con DSA in prospettiva comparata. – 3. I contenuti e le misure della normativa italiana. – 4. Criticità e potenzialità di una disciplina speciale per le persone con DSA (o con altra condizione di vulnerabilità).

Sinossi: Dopo aver delineato le specifiche esigenze di tutela delle persone con disturbi specifici dell'apprendimento in ambito lavorativo, il contributo analizza l'intervento normativo con cui il legislatore ha introdotto una disciplina speciale a loro favore. Inquadrate le peculiarità della tecnica legislativa adottata dal legislatore italiano nel quadro comparato, il contributo si concentra sulle specifiche tutele approntate e sulle potenzialità della scelta operata dal legislatore italiano con riferimento ad altre situazioni di vulnerabilità.

Abstract: Identified the specific protection needs of persons with specific learning disorders in the workplace, the contribution analyses the legislative intervention with which the legislator introduced a special discipline for their protection. Having framed the peculiarities of the legislative technique adopted by the Italian legislator in the comparative framework, the contribution focuses on the specific protections provided and on the potential of the choice made by the Italian legislator with reference to other situations of vulnerability.

* Questo contributo è stato realizzato nell'ambito del progetto di ricerca "Le nuove tutele per i lavoratori affetti da disturbi specifici dell'apprendimento" finanziato dal Dipartimento di Economia Marco Biagi tramite i finanziamenti dipartimentali alla ricerca (FAR 2022). L'articolo rappresenta la traduzione, con limitati aggiornamenti, del contributo pubblicato in lingua francese: Emanuele Dagnino, « La législation italienne sur les troubles spécifiques des apprentissages (TSA) : le droit du travail au-delà du handicap », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, n°2024-1, p. 66-77.

Parole chiave: Inclusione – Disturbi specifici dell'apprendimento – Accomodamenti ragionevoli – Disabilità

Keywords: *Inclusion – Specific Learning Disorders – Reasonable Accomodation – Disability*

1. Disturbi specifici dell'apprendimento: non solo una questione educativa

Nonostante la loro elevata incidenza all'interno della popolazione¹, l'impatto dei disturbi specifici dell'apprendimento (DSA) – generalmente definiti come disturbi del neuro-sviluppo che influenzano l'apprendimento della scrittura, della lettura o della matematica (per esempio, la dislessia, la disgrafia e la discalculia)² – ha ricevuto una scarsissima attenzione nel mondo del lavoro. Di fatto, l'interesse verso questo tema è principalmente confinato al dibattito scientifico e alla sfera educativa. D'altronde, è in quest'ultimo contesto che gli effetti di tali disturbi si manifestano per la prima volta nella vita quotidiana delle persone affette e che se ne riscontra l'effettiva presenza³.

È durante gli anni scolastici e, in particolare, a fronte di un basso rendimento o della difficoltà a raggiungere determinati risultati accademici che le conseguenze dei disturbi specifici dell'apprendimento emergono in termini più evidenti. Allo stesso modo, è in quel periodo che, grazie al sistema educativo, le persone affette da disturbi specifici dell'apprendimento sviluppano, in parte in maniera autonoma, delle strategie di adattamento e apprendono ad utilizzare gli strumenti compensativi⁴ che permettono loro di far fronte alle difficoltà che incontrano.

Al termine del percorso formativo, però, la risposta sistemica fornita nella sfera educativa è sostituita da un rapporto bilaterale tra lavoratore e datore di lavoro. Diversamente dal

¹ Le stime relative al numero di persone affette da disturbi specifici dell'apprendimento (DSA) varia da Paese a Paese. In Italia, in ragione di una crescente consapevolezza della questione e delle azioni specifiche realizzate in ambito educativo, la percentuale di studenti in possesso di un certificato attestante un disturbo specifico dell'apprendimento è passato dallo 0,9% dell'anno 2010/2011 al 5,4% del 2020-2021. Inoltre, il numero dei certificati è notevolmente aumentato nel corso dei sette anni precedenti il 2022, passando da 94 000 a 194 000 per la dislessia, da 30 000 a circa 100 000 per la disgrafia, e da 33 000 a 108 000 per la discalculia (cfr. Ministero dell'Istruzione e del Merito (Miur), *I principali dati relativi agli alunni con DSA*, luglio 2022).

² All'interno di questo articolo, l'espressione «disturbi specifici dell'apprendimento» rinvia alla nozione medica proposta dall'*American Psychiatric Association* (cfr. APA, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, Fifth Edition, DSM-5, Washington, American Psychiatric Association Publishing, 2013), così da distinguerla da altre nozioni come quella di «*learning disabilities*» che ha degli usi specifici all'interno di alcuni ordinamenti giuridici nazionali e la cui accezione è generalmente più ampia. Inoltre, la definizione fornita dall'APA – e più precisamente quella adottata nella precedente versione del DSM – corrisponde a quella utilizzata dall'ordinamento italiano.

³ Si veda *Dyslexia@work.EU Progetto Erasmus+ Fase 2 – Ricerca Azione*, rapporto di ricerca, 2022, 2, disponibile all'indirizzo https://usercontent.one/wp/www.dyslexiaprojects.eu/wp-content/uploads/2023/01/dyslexiaatwork_project_action_research_it.pdf?media=1642957521.

⁴ Può trattarsi di dispositivi didattici o di tecnologie assistive (ad esempio, *word processor*, programmi di sintesi vocale, calcolatrici parlanti, ecc.).

contesto educativo, dove si è progressivamente acquisita sempre più coscienza delle peculiarità e dei bisogni specifici delle persone affette da DSA, i datori di lavoro non sono nella stragrande maggioranza dei casi correttamente informati sulla tematica. Molto spesso, i datori di lavoro non sono nemmeno a conoscenza della situazione del lavoratore e della stigmatizzazione alla quale tali disturbi possono esporlo.

Di conseguenza, nonostante strategie e strumenti compensativi e, da altra prospettiva, nonostante le qualità preziose spesso associate alla condizione derivante dal disturbo specifico dell'apprendimento⁵, i candidati e i lavoratori affetti continuano ad affrontare molte sfide e difficoltà nel corso delle loro esperienze professionali.

Come sottolineano i pochi studi sull'argomento, l'impatto dei disturbi specifici dell'apprendimento è significativo in «diverse tappe del percorso di vita professionale (dal periodo di transizione scuola-lavoro e scelta del ruolo, al percorso di sviluppo e crescita professionale)». La natura del disturbo – ossia le difficoltà relative alla lettura, all'espressione scritta o al calcolo – è un freno per lo svolgimento di alcuni compiti o nell'ambito di specifici settori professionali. Ma altri problemi derivano da «ostacoli e barriere ambientali»⁶, nonché dalle pratiche manageriali, sia in termini di reclutamento che di organizzazione del lavoro. Innanzitutto, va notato che, soprattutto quando non sono stati diagnosticati o non ricevono un sostegno adeguato, i lavoratori con DSA hanno un basso livello di istruzione (o hanno addirittura abbandonato la scuola), il che ha un impatto sulla quantità e sulla qualità delle opportunità professionali. Inoltre, questi lavoratori tendono ad orientarsi verso occupazioni per le quali risultano sovra-qualificati. Più che o, quantomeno, oltre ad essere un problema di progressione di carriera all'interno delle imprese, a incidere è il desiderio di non esporsi alle difficoltà connesse al proprio disturbo specifico dell'apprendimento che li conduce ad accettare o a candidarsi per impieghi meno qualificati o di minor pregio. Molto spesso, sono gli insegnanti della scuola secondaria (o i genitori stessi) a raccomandare fortemente ai giovani con DSA di scegliere un percorso professionalizzante piuttosto che un percorso di studi superiori. Inoltre, anche durante la fase di ricerca del lavoro, le pratiche di reclutamento possono costituire una barriera all'accesso per i candidati a una occupazione: per esempio, dover completare test o questionari a scelta multipla in un

⁵ Numerose qualità sono state associate dagli studi in materia alla condizione di persona con disturbi specifici dell'apprendimento e sono comunemente percepite dagli stessi lavoratori con DSA: si va dalla determinazione e dalla volontà di risolvere i problemi, dall'empatia e alla comunicazione, fino all'approccio globale e al pensiero divergente. Si vedano, a questo proposito, AGAHI, *Investigating the strengths of dyslexia in successful adults and university students*, PhD Thesis, University of Sheffield, 2015; SEPULVEDA, *Dyslexia: Hidden talents in the workplace*, PhD Thesis, University of Sheffield, 2018. Per quanto riguarda l'autopercezione da parte delle persone con DSA si vedano le interviste raccolte in G. GUARALDI, *DSA e mondo del lavoro. Esperienze di vita e strategie compensative*, Erickson, 2018.

⁶ Si veda *Dyslexia@work.EU*, cit. Si veda, inoltre, BOCCHICCHIO, *Condizioni delle persone con DSA nel mondo del lavoro e proposte legislative per la tutela dei diritti*, in AA.VV. (a cura di), *La gestione dei DSA dalla Legge 170/2010 alla Linea Guida ISS 2022. Libro Bianco su dieci anni di applicazione della normativa*, Erickson, 2022, 151.

tempo limitato è un ostacolo importante per le persone con difficoltà di lettura, calcolo mentale o memoria di lavoro⁷.

In termini di prestazioni professionali, le difficoltà associate ai disturbi specifici dell'apprendimento variano da un settore all'altro. È autoevidente che gli ostacoli connessi a difficoltà relative alla lettura, alla scrittura e alla matematica sono irrilevanti – o, comunque, di minore impatto – negli impieghi che necessitano di competenze manuali: è proprio per questa ragione che un certo numero di persone con DSA, soprattutto quelle che abbandonano la scuola, scelgono lavori manuali. Naturalmente, più il lavoro richiede attività di lettura e di elaborazione di documenti scritti o abilità e competenze specifiche relativamente al calcolo, più le sfide per i lavoratori con DSA risultano difficili da affrontare. Tuttavia, va sottolineato che queste competenze sono spesso importanti solo per alcuni compiti specifici e non devono quindi costituire un ostacolo generale alle possibilità di impiego rispetto alla specifica occupazione. Anzi, gli adeguamenti organizzativi possono consentire ai lavoratori di concentrarsi sulle mansioni che svolgono meglio e, inoltre, alcune misure organizzative e alcune tecnologie assistive possono contribuire efficacemente a superare le limitazioni causate dai disturbi specifici dell'apprendimento, grazie soprattutto ai progressi compiuti nel campo della ricerca.

Ne consegue che una maggiore presa di coscienza di tali questioni all'interno delle imprese, così come l'adozione di misure organizzative e di tecnologie adeguate, possono permettere di costruire un ambiente di lavoro inclusivo nell'ambito del quale i lavoratori con DSA possano dimostrare le loro capacità ed esercitare le proprie competenze. In questo senso, oltre alla diffusione di buone pratiche⁸ e alla promozione di azioni di sensibilizzazione, il quadro normativo riveste una particolare importanza per definire i diritti di questi lavoratori e gli obblighi in capo ai datori di lavoro.

A questo proposito, l'articolo ha l'obiettivo di analizzare l'approccio legislativo adottato dal legislatore italiano che ha portato all'adozione di una disciplina speciale in materia di diritto del lavoro riguardante le persone con DSA. Dopo una breve analisi del percorso che ha condotto alla normativa attualmente vigente e alle sue peculiarità rispetto ad altri ordinamenti (§ 2), saranno esaminati più nel dettaglio le misure e i diritti garantiti ai lavoratori con DSA (§ 3). Infine, si approfondiranno potenzialità e limiti della tecnica legislativa adottata dal legislatore italiano (§ 4).

⁷ GUARALDI, op. cit., 111. Secondo una *survey* realizzata nell'ambito del progetto *Dyslexia@work.EU*, il 65,3% delle imprese coinvolte nei Paesi analizzati (Francia, Irlanda, Italia, Malte et Royaume-Uni) «prevede delle prove di lettura e di scrittura o dei test a tempo» all'interno dei loro processi di reclutamento (si veda *Dyslexia@work.EU Progetto Erasmus+ Fase 3 – Manuale di Progetto*, 2022, 20, disponibile all'indirizzo https://usercontent.one/wp/www.dyslexiaprojects.eu/wp-content/uploads/2023/01/dyslexiaatwork_project_manual_it.pdf?media=1642957521).

⁸ Si veda, per esempio, *Dyslexia@work.EU Progetto Erasmus+ Fase 3 – Manuale di Progetto*, § 6 e, più nello specifico, *Buone pratiche e linee guida per la dislessia sul lavoro*, disponibile all'indirizzo https://usercontent.one/wp/www.dyslexiaprojects.eu/wp-content/uploads/2023/01/dyslexiaatwork_project_guidelines_it.pdf?media=1642957521.

L'analisi consentirà di valutare se l'introduzione di una disciplina speciale possa essere una risposta appropriata per i lavoratori con DSA e per altri lavoratori che presentano vulnerabilità specifiche o, diversamente, se debba ritenersi preferibile, come avviene in molti altri ordinamenti, includere questi disturbi nell'ampia nozione di disabilità, così da assicurare l'applicazione delle relative discipline.

2. La (tardiva) risposta dell'Italia ai bisogni dei lavoratori con DSA in prospettiva comparata

Fino al 2021 l'ordinamento italiano considerava i bisogni delle persone con disturbi specifici dell'apprendimento (dislessia, disgrafia, discalculia e disortografia, secondo la definizione contenuta nella legge) unicamente nel contesto scolastico e universitario e non in ambito lavorativo⁹. Nonostante tra gli obiettivi della legge definiti all'articolo 2 figurino l'«assicurare eguali opportunità di sviluppo delle capacità in ambito sociale e professionale»¹⁰ e si faccia altresì riferimento – almeno indirettamente – al mondo del lavoro, quella disciplina non prevedeva alcuna misura o diritto specifico per i lavoratori. L'unica disposizione rilevante per il diritto del lavoro, conformemente allo specifico ambito applicativo della legge (gli studenti in formazione), mira a garantire il diritto a orari di lavoro flessibili ai genitori di bambini con DSA che frequentano la scuola primaria¹¹.

Diversamente da altri ordinamenti giuridici in cui i lavoratori con disturbi specifici dell'apprendimento sono tutelati dalle discipline in materia di parità di trattamento e contrasto alle discriminazioni, dal momento che le loro condizioni vengono ricondotte alla nozione generale di disabilità¹², in Italia queste persone non sono normalmente considerate alla stregua di lavoratori con disabilità, se non in alcune situazioni di comorbidità. In realtà sono già gli stessi lavoratori a rivendicare assai raramente tale *status*.

Laddove i lavoratori con DSA sono considerati persone con disabilità – è il caso, per citare alcuni esempi, degli Stati Uniti con il c.d. ADA¹³, del Regno Unito con la legge sull'uguaglianza del 2010¹⁴ e dell'Irlanda con la legge sull'uguaglianza in materia di occupazione

⁹ L. 8 ottobre 2010, n. 170, *Nuove norme in materia di disturbi specifici di apprendimento in ambito scolastico*.

¹⁰ Art. 2, comma 1, lett. h), l. n. 170/2010.

¹¹ Art. 6, comma 1, l. n. 170/2010.

¹² Cfr. *Dyslexia@work.EU Progetto Erasmus+ Fase 1 – Analisi comparativa definitiva*, rapporto di ricerca, 2020: https://user-content.one/wp/www.dyslexiaprojects.eu/wp-content/uploads/2023/01/dyslexiaatwork_project_comparative_analysis_it-1.pdf?media=1642957521.

¹³ Si veda, per esempio, *EEOC c. Protocall Communications, Inc.*, Civil Action no. 8:18-cv-02535-TDC (disponibile all'indirizzo <https://www.eeoc.gov/newsroom/protocall-communications-inc-pay-31000-settle-eeoc-disability-discrimination-lawsuit>); *Robinson c. First State Community Action Agency*, No. 17-3141, (3rd Cir., 1° aprile 2019; disponibile in JustiaLaw, all'indirizzo <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca3/17-3141/17-3141-2019-04-01.html>).

¹⁴ *Miss Kumulchew c. Starbucks Coffee Company Limited*, 17 dicembre 2015, in gov.uk, disponibile all'indirizzo <https://www.gov.uk/employment-tribunal-decisions/miss-m-kumulchew-v-starbucks-coffee-company-uk-ltd-and-others-2301217-2017>;

1998-2015¹⁵ – l'applicazione della normativa antidiscriminatoria e in materia di parità di trattamento non soltanto interdice le pratiche in violazione dei principi di discriminazione diretta e indiretta da parte dei datori di lavoro, ma allo stesso tempo obbliga questi ultimi a fornire accomodamenti ragionevoli adeguati alle condizioni e necessità dei lavoratori con DSA¹⁶.

Con riferimento alle specifiche esigenze delle persone con DSA, nel momento in cui gli interventi richiesti non comportino «un onere sproporzionato o eccessivo», tali persone hanno il diritto alla adozione delle tecnologie assistive sopra richiamate e all'adattamento dei loro compiti al fine di superare gli ostacoli che affrontano sul luogo di lavoro. All'interno di alcuni ordinamenti, tale disciplina comporta allo stesso tempo delle misure specifiche e delle azioni positive come quella delle quote riservate o, ancora, un supporto economico e un'assistenza pratico-operativa (si veda, per esempio, il programma *Access to work* finanziato dal Ministero del Lavoro e delle Pensioni del Regno Unito)¹⁷.

Al contrario, in Italia, prima degli interventi normativi del 2021 e del 2022, le persone con disturbi specifici dell'apprendimento non avevano diritto ad alcun tipo di adattamento o accomodamento in grado di meglio rispondere alle loro esigenze, tanto nell'ambito dei processi di selezione quanto nel corso del loro rapporto di lavoro. E l'adozione di tali misure non poteva derivare neppure dall'applicazione del diritto antidiscriminatorio. Soltanto nell'ambito di alcune leggi regionali dirette a promuovere l'inclusione delle persone con DSA emergeva un'attenzione a questa problematica, principalmente attraverso la previsione di misure compensative e dispensative per lo svolgimento delle prove scritte nell'ambito di concorsi pubblici organizzati dagli enti pubblici regionali¹⁸.

Quando, finalmente, ha deciso di colmare questo vuoto giuridico, il legislatore interno non ha seguito la strada intrapresa dagli altri ordinamenti. L'ordinamento italiano, infatti, ha optato per la scelta di prevedere una disciplina specifica dedicata alle persone con DSA, in linea con i *desiderata* dell'associazionismo a difesa dei diritti delle persone con distur-

Mr. T. Toy c. Chief Constable of Leicestershire Police, 3 ottobre 2017, in gov.uk, disponibile all'indirizzo <https://www.gov.uk/employment-appeal-tribunal-decisions/mr-t-toy-v-chief-constable-of-leicestershire-police-ukeat-0124-17-la>; *Mr. J. Bulloss c. Shelter; the National Campaign for Homeless People Limited*, 7 dicembre 2018, in gov.uk, disponibile all'indirizzo https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5c1a5bdae5274a46897da074/Mr_J_Bulloss_V_Shelter_the_National_Campaign_for_Homeless_People_Limited-_1806293.2018_and_1805354.2018-_Final.pdf; *Ms. Z. N. Clarkson-Palomares v. The Secretary of State for Justice*, 19 gennaio 2022, in gov.uk, disponibile all'indirizzo: <https://www.gov.uk/employment-tribunal-decisions/ms-z-n-clarkson-palomares-v-the-secretary-of-state-for-justice-1400822-slash-2019-and-1401665-slash-2020>.

¹⁵ Workplace Relations Commission, *Aisling O'Mara c. Zac Global Promotions Ltd*, 12 novembre 2019 in *Workplace Relations Commission 2019 Annual Report*, 2019.

¹⁶ Ai sensi della *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità* adottata nel 2006, per «accomodamenti ragionevoli» si intendono le «modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali».

¹⁷ Alcune informazioni generali sul programma sono accessibili sul sito web governativo: https://www.gov.uk/access-to-work_

¹⁸ BOCCHICCHIO, op. cit., 153.

bi specifici dell'apprendimento (in particolare di AID - *Associazione Italiana Dislessia*)¹⁹. Questa associazione non ha soltanto promosso l'adozione di tale normativa, ma è stata anche un interlocutore privilegiato nella stesura dei primi disegni di legge presentati al Parlamento, i quali avevano contenuti assai simili a quelli da ultimo introdotti dal legislatore²⁰. In questo contesto di riferimento, l'AID ha sempre sostenuto l'esigenza di distinguere DSA e disabilità²¹, un approccio accolto in maniera favorevole dalla maggior parte delle persone con disturbi specifici dell'apprendimento. Ad uno specifico quesito posto nell'ambito di una survey realizzata dall'AID relativamente ad una proposta legislativa che includeva nei piani di riforma la possibilità di beneficiare di fondi o misure per la disabilità, la maggior parte degli intervistati ha risposto negativamente²². La ragione di questo approccio va individuata in una delle principali carenze del modello di protezione tramite assimilazione alla disabilità: «tali identificazioni confuse possono portare esse stesse ad una stigmatizzazione pubblica e alla autostigmatizzazione»²³.

Spostandoci ora al merito dell'intervento normativo, se il legislatore italiano ha cominciato a colmare il vuoto normativo attraverso una disposizione introdotta nel decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, convertito in legge 6 agosto 2021, n. 113, è stato con la normativa adottata nel 2022 – nello specifico l'art. 7 del decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4, convertito in legge 28 marzo 2022, n. 25 – che ha tentato di rimediare alle carenze di protezione per questi lavoratori in termini complessivi.

Seguendo l'esempio delle leggi regionali già menzionate e l'orientamento espresso da una episodica decisione del Consiglio di Stato che aveva già confermato l'esistenza di questo diritto²⁴, il primo intervento normativo ha introdotto alcune misure da adottare nell'ambito dei concorsi pubblici – è il caso della sostituzione delle prove scritte con esami orali, l'estensione dei tempi riconosciuti, l'utilizzo di strumenti compensativi – per garantire l'uguaglianza nelle condizioni di partecipazione a questi concorsi²⁵. In questo modo, la disposizione estende all'ambito delle modalità di accesso al lavoro nelle pubbliche amministrazioni diritti e misure già adottati per l'accesso alla formazione terziaria²⁶. Sulla stessa linea si pone un'altra disposizione che è stata introdotta nell'ordinamento nello stesso

¹⁹ Per informazioni si veda il sito web dell'associazione all'indirizzo <https://www.aiditalia.org/>.

²⁰ Proposta di legge n. 4379, Coccia, Damiano, Ghizzoni, presentato il 22 marzo 2017; Disegno di legge n. 712, Rossomando ed altri, presentato il 25 luglio 2018.

²¹ GUARALDI, op. cit.

²² *Ibid.*

²³ BLACKBURN, *Managing neurodiversity in workplaces*, in *OM*, 2023, 73, 57.

²⁴ Si veda Cons. Stato, Sez. VI, ordinanza 23 febbraio 2017, n.790, in *GA*, in cui la corte ha sanzionato la mancata adozione di strumenti compensativi o dispensativi nell'ambito di un concorso pubblico attraverso una argomentazione di tipo analogico e una interpretazione estensiva dei contenuti della legge n. 170/2010 al fine di rimediare al vuoto di protezione per i lavoratori.

²⁵ Art. 3, comma 4-bis, d.l. n. 80/2021, convertito in l. n. 113/2021, e Decreto 9 novembre 2021 del Ministro per la pubblica amministrazione di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e del Ministro per le disabilità, *Modalità di partecipazione ai concorsi pubblici per i soggetti con disturbi specifici dell'apprendimento*.

²⁶ Art. 5, comma 4, l. n. 170/2010.

periodo con la finalità di estendere l'applicazione degli accomodamenti menzionati (strumenti compensatori ed estensione delle tempistiche delle prove) per l'esame di accesso alla professione di avvocato²⁷.

Infine, l'azione normativa più importante è stata quella del d.l. n. 4/2022 che ha introdotto una legislazione speciale per i lavoratori con DSA, la quale copre (principalmente) il settore privato e si riferisce ad ogni fase della vita professionale.

Il prossimo paragrafo sarà dedicato all'analisi critica di queste disposizioni, valutando come esse rispondano alle esigenze specifiche dei lavoratori e dei candidati con disturbi specifici dell'apprendimento.

3. I contenuti e le misure della normativa italiana

La normativa speciale introdotta dal d.l. n. 4/2022 si compone soltanto di quattro disposizioni, ossia dei commi 2-*bis*, 2-*ter*, 2-*quater* e 2-*quinquies* dell'art. 7. La numerazione dei commi rende conto del percorso normativo – certo non raro all'interno del nostro ordinamento – che ha portato all'adozione di questa disciplina: diversamente dai progetti di legge che hanno preceduto l'intervento normativo in materia e similmente alle disposizioni introdotte nel 2021, questa normativa speciale non è inserita nell'ambito di una legge specifica dedicata alla tematica. La disciplina fa parte di un decreto-legge promulgato per affrontare le sfide sociali ed economiche della pandemia ed è stato inserito in tale legge in sede di conversione in l. n. 25/2022. Allo stesso modo, anche la rubrica dell'articolo denota come il contenuto essenziale concerneva, in origine, soltanto il regime dei trattamenti di integrazione salariale in caso di sospensione dell'attività lavorativa a causa della pandemia²⁸. Come hanno confermato i promotori dell'emendamento che ha trovato accoglimento nella legge di conversione²⁹, la discussione in sede parlamentare del decreto è stata l'occasione per adottare «finalmente» delle misure in materia e di completare il processo normativo avviato con le due leggi precedenti. Ne consegue che la gestione delle esigenze delle persone con DSA in ambito professionale non è disciplinata all'interno di un *corpus* normativo unico e specifico a differenza da quanto avviene in ambito educativo, il quale rimane, di conseguenza, separato da quello lavorativo³⁰.

²⁷ Art. 6, comma 2, d.l. 8 ottobre 2021, n. 139, convertito in l. 3 dicembre 2021, n. 205, e art. 11 del Decreto 11 novembre 2021 del Ministro della giustizia - *Sessione di esami per l'iscrizione negli albi degli Avvocati - anno 2021*, con una disposizione poi reiterata per le successive sessioni d'esame di abilitazione alla professione di avvocato. In tema CATERINO, *La tutela dei diritti delle persone con disturbi specifici di apprendimento (DSA): il percorso verso l'uguaglianza, dalla istruzione scolastica e universitaria al mondo del lavoro*, in *QG*, 23 febbraio 2023.

²⁸ Art. 7, d.l. n. 4/2022 - *Disposizioni in materia di trattamenti di integrazione salariale*.

²⁹ Così l'On. Anna Rossomando, *Intervento durante l'evento Dislessia e mondo del lavoro: una nuova era per lavoratrici e lavoratori con DSA*, 21 luglio 2022 <https://www.youtube.com/watch?v=QYDxepLQ52g&t=12s>.

³⁰ Occorre sottolineare che un nuovo progetto di legge che riconduce in senso alla stessa legge le differenti discipline che

Nello specifico, le quattro disposizioni integrano quelle relative all'accesso al lavoro nel settore pubblico e alla professione d'avvocato con un comma (*2-bis*) di portata generale e applicabile trasversalmente al settore pubblico e a quello privato; due commi (*2-ter* e *2-quater*) destinati al settore privato e diretti a garantire una adeguata risposta alle esigenze dei lavoratori con DSA durante la fase di reclutamento e nel corso del rapporto lavorativo e, infine, un comma (*2-quinquies*) relativo all'accesso e agli esami relativi ai percorsi formativi per poter svolgere determinate attività o professioni.

Il comma *2-bis* statuisce che le persone con disturbi specifici dell'apprendimento hanno diritto a «uguali opportunità di sviluppo delle proprie capacità e uguale accesso al mondo del lavoro, evitando ogni forma di discriminazione». Questa disposizione di carattere generale è poi implementata attraverso le disposizioni più specifiche che seguono all'interno dello stesso articolo, ma sembrerebbe comunque avere delle implicazioni più ampie rispetto a quelle di un comma che si limita a fissare gli obiettivi della disciplina. Parrebbe, infatti, specificare la natura del complesso di regole introdotte che dovrebbero essere ricondotte alla normativa in materia di uguaglianza e di lotta alle discriminazioni, cosicché le violazioni delle disposizioni che ci si accinge ad analizzare dovrebbero essere considerate alla stregua di comportamenti discriminatori. In assenza di specifiche previsioni che riconnettano tale normativa alle altre discipline antidiscriminatorie non è semplice comprendere in quale misura strumenti e misure ivi previste siano estendibili a queste violazioni: in ogni caso, però, la riconduzione del comportamento vietato a discriminazione potrà avere degli effetti, per esempio, in sede di determinazione del risarcimento per le condotte subite. Interpretazioni più ampie e pregnanti del comma *2-bis* sono, però, possibili e permetterebbero di considerare come discriminatori comportamenti ulteriori rispetto alla mancata adozione degli accomodamenti previsti dalla disciplina in parola come, per esempio, demansionamenti e licenziamenti illegittimi motivati dal disturbo specifico dell'apprendimento, situazioni queste che, secondo una survey dell'AID, sono tutt'altro che infrequenti³¹.

Il comma *2-ter* mira essenzialmente a garantire ai lavoratori con disturbi specifici dell'apprendimento parità di opportunità nei processi di assunzione garantendo che, a partire dalla fase di selezione, queste persone siano in grado di valorizzare le loro competenze al di là dei propri disturbi, grazie all'adozione di procedure adeguate e di strumenti e misure compensative. Se, in termini generali, le aziende sono tenute ad adattare i propri processi selettivi (prove e colloqui) potenzialmente discriminatori così da evitare i rischi di discri-

tutela le persone con disturbi specifici dell'apprendimento in contesto scolastico, universitario e lavorativo è stata presentata dalla senatrice Rossomando nell'agosto del 2023 (A.S. 852) ed è in fase di discussione parlamentare.

³¹ Nell'ambito di una *survey* organizzata dall'AID nel 2021 a più di 500 lavoratori con DSA, il 12 % di questi lavoratori dichiara di essere stato licenziato per ragioni connesse ai propri disturbi e il 37,5% degli intervistati afferma di aver subito degli impatti negativi per i medesimi motivi (ostacoli agli avanzamenti di carriera, modifica delle mansioni, blocco delle retribuzioni, richiami). Si veda AID, *Indagine sull'accesso al mondo del lavoro delle persone con DSA. Rapporto della ricerca*, 2021, 49.

minazione indiretta nei confronti dei candidati con DSA, misure e strumenti compensativi devono, invece, essere «adeguati al profilo funzionale e alle necessità individuali».

Il comma seguente (2-*quater*) prevede l'obbligo per i datori di lavoro di garantire un ambiente di lavoro inclusivo per le persone con DSA tramite l'attività del responsabile dell'inserimento lavorativo, una figura che – come noto – è normalmente deputata all'inserimento dei lavoratori con disabilità (e, infatti, è anche chiamata *disability manager*)³². Nello specifico, il responsabile dell'inserimento lavorativo aziendale, che deve avere una formazione adeguata in materia di DSA, deve adottare le misure adatte per garantire un contesto lavorativo propizio per la loro realizzazione professionale, anche tramite tecnologie assistive o misure compensative. A questo fine, il dovere di adottare accomodamenti ragionevoli è rispettato se sono adottate «misure analoghe a quelle previste per la selezione per l'accesso nel pubblico impiego»³³, o comunque che assicurino una tutela non inferiore». Quest'ultimo riferimento alle altre misure apre la strada a ulteriori iniziative utili a superare gli ostacoli prodotti dallo specifico disturbo da cui è affetto il lavoratore. Tuttavia, si tratta soltanto di una alternativa alle misure definite nel decreto, che resta la disciplina di riferimento in materia di garanzia dell'uguaglianza dei lavoratori con DSA. Una disposizione di questo tenore, infatti, potrebbe condurre ad escludere altre tipologie di accomodamento, limitando l'estensione dell'obbligo di accomodamento ed escludendo misure di tipo organizzativo riguardanti l'adibizione a mansioni in cui il lavoratore sia a proprio agio e più performante. D'altro canto, però, tale interpretazione restrittiva – ossia limitata alle misure definite dalla legge o a un analogo *standard* – potrebbe ritenersi coerente con un approccio normativo che, a differenza degli accomodamenti ragionevoli previsti per le persone con disabilità, esclude qualsiasi valutazione di proporzionalità e di onerosità dell'adattamento richiesto³⁴. Si potrebbe, infatti, supporre che, tenuto conto dei costi assai limitati degli accomodamenti individuati, il legislatore abbia voluto definirli come ragionevoli *ex lege*. Inoltre, l'intervento del responsabile dell'inserimento lavorativo e gli obblighi che lo riguardano rispetto alla predisposizione delle misure e degli strumenti compensativi o dispensativi presuppongono una attivazione da parte del dipendente interessato,

³² A seguito della modifica operata con il decreto legislativo 13 dicembre 2023, n. 222 adottato nell'ambito della delega sulla disabilità (l. 22 dicembre 2021, n. 227) la presenza di un *disability manager* è obbligatoria in tutte le amministrazioni pubbliche (art. 39-*ter* del decreto legislativo n. 165/2001; prima sopra i 200 dipendenti) ed è oggetto di misure di incentivo economico nel settore privato (art. 14, § 4, legge 12 marzo 1999, n. 68).

³³ Conformemente al decreto del 9 novembre 2021, il datore di lavoro deve mettere a disposizione dei candidati con DSA «programmi di video scrittura con correttore ortografico o il dettatore vocale, nei casi di disgrafia e disortografia; programmi di lettura vocale, nei casi di dislessia; la calcolatrice, nei casi di discalculia» (art. 4), oltre che il prolungamento dei tempi stabiliti per le prove (art. 5).

³⁴ Si veda la definizione di «accomodamento ragionevole» già richiamata e per l'ordinamento interno l'art. 3, comma 3-*bis*, del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, che adotta la definizione della Convenzione delle Nazioni Unite del 2006 e, da ultimo, l'art. 5-*bis* della l. 5 febbraio 1992, n. 104, introdotto dal decreto legislativo 3 maggio 2024, n. 62 nell'ambito della già richiamata delega Disabilità che, conformemente, estende tale nozione a tutti gli ambiti dell'ordinamento.

contrariamente a quanto previsto nella disposizione sulle procedure selettive e l'accesso al lavoro che impone un'azione di *default* per l'adempimento degli obblighi ivi previsti. Infine, per quanto concerne l'accesso e il completamento dei percorsi formativi per l'esercizio di attività o professioni, l'art. 7, comma 2-*quinquies* specifica che le misure compensative e dispensative già richiamate – come, per esempio, la sostituzione della prova scritta con un esame orale – debbano essere garantite a tutti i candidati con disturbi specifici dell'apprendimento.

4. Criticità e potenzialità di una disciplina speciale per le persone con DSA (o con altra condizione di vulnerabilità)

La prima prassi applicativa della nuova disciplina ha riscontrato, secondo gli addetti ai lavori, un elevato livello di ineffettività delle disposizioni analizzate tanto con riferimento al settore pubblico e ai percorsi di accesso alle professioni quanto con riferimento agli obblighi per i datori di lavoro privati. Da un lato, come sottolineato da alcuni rappresentanti dell'associazione AID³⁵ sono ancora molti i concorsi di accesso al pubblico impiego che non tengono conto delle disposizioni specifiche che riguardano l'uguaglianza dei candidati con DSA. Dall'altro, la normativa introdotta nel 2022 è ampiamente sconosciuta da imprese e lavoratori³⁶. È per questi motivi, d'altronde, che all'interno di un progetto di legge presentato in Parlamento nella attuale legislatura è stata proposta la creazione di un *Osservatorio nazionale permanente per i disturbi specifici dell'apprendimento*³⁷.

Ciononostante, l'analisi della disciplina speciale introdotta nel nostro ordinamento per rispondere ai bisogni di candidati e lavoratori con disturbi specifici dell'apprendimento consente di identificare alcuni punti di forza e alcune criticità con riferimento all'approccio normativo adottato, utili riferimenti anche al di fuori del ristretto ambito applicativo delle disposizioni.

Come anticipato, la nuova normativa ha deciso di non optare per una assimilazione della condizione di questi lavoratori a quella dei lavoratori con disabilità, prevedendo, invece, una estensione selettiva e con alcuni elementi di peculiarità di alcuni dei diritti e degli obblighi stabiliti dalle discipline in materia di parità di trattamento e lotta contro le discriminazioni. Se la scelta parrebbe compromettere alcuni dei diritti e delle misure più rilevanti connessi al riconoscimento delle condizioni di disabilità, la tecnica normativa adottata po-

³⁵ Si veda, ancora, l'intervento dell'On. Rossomando all'evento *Dislessia e mondo del lavoro: una nuova era per lavoratrici e lavoratori con DSA*, già richiamato.

³⁶ I problemi relativi all'effettività della disciplina, dovuti alla mancata conoscenza della stessa da parte degli interessati, sono stati sottolineati da diversi esperti e dai rappresentanti dell'AID durante la conferenza *Dislessia e Legge 25/2022 per il mondo del lavoro: un anno di diritti, un futuro di valore* del 10 maggio 2023: <https://www.youtube.com/watch?v=ODxbo4E9-1Q>

³⁷ A conferma di tale prospettiva si veda, ancora, l'intervento dell'On. Anna Rossomando.

trebbe permettere di agevolare il rispetto dei diritti previsti e fare in modo che le persone con DSA evitino di nascondere i propri disturbi per paura di essere equiparate ai disabili. Per quanto riguarda il primo aspetto, al di là delle incertezze interpretative già menzionate, i divieti relativi alle condotte foriere di discriminazioni dirette o indirette così come l'estensione degli accomodamenti ragionevoli che possono essere pretesi da questi lavoratori sembrano essere meno incisivi e più ristretti rispetto a quelli previsti laddove si riscontri una condizione di disabilità. D'altro canto, per quanti siano in possesso di una certificazione di disturbo specifico dell'apprendimento, l'applicazione della normativa in materia non è soggetta ad alcun tipo di ulteriore valutazione, a differenza della nozione di disabilità utilizzata nella legislazione antidiscriminatoria dell'UE, che postula una valutazione delle effettive limitazioni derivanti dall'interazione tra la condizione della persona e le barriere presenti nel contesto lavorativo³⁸.

Questo significa che la disciplina speciale dev'essere applicata a tutti i lavoratori con DSA a prescindere dal ricorrere di una condizione di disabilità ai sensi della Convenzione delle Nazioni Unite o di quella dell'Unione europea, le quali non sono sempre applicabili alle condizioni di persone con disturbi specifici dell'apprendimento. Inoltre, come già rilevato, le misure compensative e dispensative che i datori di lavoro sono chiamati a prevedere quali accomodamenti ragionevoli, benché limitati nel numero e nel livello di garanzia, non sono oggetto di alcun accertamento relativo alla effettiva proporzionalità delle misure, dal momento che le stesse sembrano essere considerate come tali *iuris et de iure*.

In questo senso, la disciplina speciale beneficia soprattutto i lavoratori che hanno delle difficoltà leggere o poco impattanti derivanti dal proprio disturbo specifico dell'apprendimento, mentre può essere considerata come non abbastanza tutelante per tutti quei lavoratori che abbiano delle incisive difficoltà nei domini dell'apprendimento legati alla lettura, alla scrittura e al calcolo. Ne discenderebbe un effetto sostanzialmente contraddittorio rispetto agli obiettivi di protezione dei lavoratori con DSA, dal momento che si tratterebbe di una disciplina che risponde in maniera inversamente proporzionale agli effettivi bisogni dei lavoratori.

Tuttavia, occorre sottolineare che, a prescindere dalla volontà di differenziazione espressa dall'AID rispetto al sistema di tutele della disabilità, tale disciplina speciale e quella in materia di disabilità devono essere considerate come complementari. L'ampia nozione di disabilità adottata dalla normativa antidiscriminatoria, ormai fatta propria dall'ordinamento italiano in termini generali³⁹ e che a certe condizioni è già stata applicata a certi gruppi

³⁸ Grazie all'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, la nozione di disabilità adottata per l'applicazione delle normative antidiscriminatorie è passata dalla dimensione medica a quella bio-psico-sociale (in tema FAVALLI, FERRI, *Defining Disability in the European Union Nondiscrimination Legislation: Judicial Activism and Legislative Constraints*, in *EPL*, 2016, 3, 541. Per le persistenti incoerenze nell'interpretazione, FERRI, *Daouidi v Boots Plus SL and the Concept of 'Disability' in EU Anti-Discrimination Law*, in *ELLJ*, 2018, 1, 69.

³⁹ Ci si riferisce, come noto, al decreto legislativo 62/2024, che ha introdotto una nuova nozione di disabilità (art. 2) e di persona con disabilità (art. 3, che sostituisce l'art. 3 della legge n. 104/1992), in linea con la concezione bio-psico-sociale

di lavoratori vulnerabili, come i lavoratori affetti da malattia cronica⁴⁰, non può essere limitata per legge, dal momento che si andrebbe in conflitto con la direttiva 2000/78/CE. Ne consegue che, laddove i lavoratori presentino condizioni riconducibili alla nozione di disabilità in ragione del proprio disturbo specifico dell'apprendimento, essi avranno comunque diritto a beneficiare della disciplina in materia. La normativa speciale riservata alle persone con disturbi specifici dell'apprendimento appare, quindi, come una disciplina di *default* che, al netto dei futuri sviluppi giurisprudenziali, garantisce alcuni diritti specifici per i lavoratori con DSA, senza pregiudizio di altri diritti che potrebbero pretendere in ragione delle loro condizioni.

Di conseguenza, una disciplina speciale come quella introdotta nel nostro ordinamento, nel momento in cui non si sostituisce a quella in materia di discriminazione e parità di trattamento delle persone con disabilità, può rivelarsi favorevole per molti gruppi di lavoratori vulnerabili che presentano condizioni ed esigenze simili a quelle del lavoratore disabile, aumentando al contempo l'effettività e l'applicabilità dei diritti posti a loro tutela. Questo, almeno finché non troverà affermazione un generale diritto all'accomodamento ragionevole per tutti i lavoratori⁴¹, una prospettiva che sembrerebbe essere quella più adeguata a promuovere luoghi di lavoro inclusivi, adatti alla diversità della forza lavoro nel mondo professionale di oggi. Quanto avvenuto, per esempio, in materia di lavoro flessibile nel Regno Unito e nei Paesi Bassi⁴² rappresenta un buon viatico affinché il principio di adattamento dell'ambiente e dell'attività di lavoro smetta di essere considerato come un "onere" riservato a qualcuno e possa divenire una condizione affinché si realizzi un lavoro sostenibile, come richiesto dalla Agenda ONU del 2030⁴³.

adottata a livello internazionale.

⁴⁰ Si veda, in particolare, la decisione C. Giust. 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*, in banca dati CURIA, <https://curia.europa.eu/>, che viene considerato come un punto di svolta nell'interpretazione della nozione di disabilità da parte della CGUE.

⁴¹ Il principio di adeguamento del lavoro alla persona del lavoratore è stabilito dalla normativa di matrice euro-unitaria in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Si veda, a questo riguardo, l'art. 6, par. 2, lett. d) della Direttiva 89/391/CEE, laddove prescrive la necessità di «adeguare il lavoro all'uomo, in particolare per quanto concerne la concezione dei posti di lavoro e la scelta delle attrezzature di lavoro e dei metodi di lavoro e di produzione, in particolare per attenuare il lavoro monotono e il lavoro ripetitivo e per ridurre gli effetti di questi lavori sulla salute».

⁴² Si veda WADDINGTON, BELL, *The right to request flexible working arrangements under the Work-life Balance Directive - A comparative perspective*, in *ELLJ*, 2021, 4, 509.

⁴³ Cfr. l'obiettivo 8 dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo Sviluppo Sostenibile - *Incentivare una crescita economica duratura, inclusiva e sostenibile, un'occupazione piena e produttiva ed un lavoro dignitoso per tutti*.

Il destino di Consigliere e Consiglieri di Parità in Italia dopo le più recenti riforme

The future of Equal Opportunities Advisors in Italy after recent reforms

Matteo Borzaga

Professore Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università di Trento e Consigliere di Parità nel Lavoro presso il Consiglio della Provincia Autonoma di Trento

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Qualche cenno all'evoluzione della materia. – 3. Le ragioni di una crisi. – 4. I profili maggiormente problematici. – 4.1. I rapporti biennali sulla situazione del personale maschile e femminile. – 4.2. La certificazione della parità di genere. – 5. Qualche (timida) prospettiva di rilancio. – 6. Riflessioni conclusive.

Sinossi: Il saggio si occupa delle condizioni in cui versano Consigliere e Consiglieri di Parità nel contesto italiano. Dopo aver preso brevemente in esame l'evoluzione normativa in materia, l'A. si concentra sui provvedimenti che più di recente hanno riguardato tali figure, mettendo in luce come essi abbiano finito per indebolirle significativamente, specie sotto il profilo della loro capacità di contribuire, in concreto, alla lotta contro le discriminazioni di genere e alla promozione del principio di pari opportunità in ambito lavorativo. Ne emerge un quadro complessivo decisamente problematico, anche se, come viene sottolineato in conclusione, i recenti interventi del legislatore eurounitario in materia di organismi di parità sembrano offrire qualche segnale in controtendenza e, dunque, qualche speranza per il futuro.

Abstract: The essay deals with the conditions of the Equal Opportunities Advisors in Italy. After a brief analysis of the legislative evolution on the matter, the A. focuses on the measures that have most recently affected these figures, highlighting how they have ended up significantly weakening them, especially in terms of their capacity to contribute, in practice, to the fight against gender discrimination and the promotion of the principle of equal opportunity in the workplace. What emerges is a very problematic overall picture, although, as is pointed out in conclusion, recent pieces of legislation adopted by the EU on equality bodies seem to offer some signs of an opposite trend and, therefore, some hope for the future.

Parole chiave: Consigliere/i di Parità – Normativa – Evoluzione – Crisi – Prospettive future

Keywords: *Equal Opportunities Advisors – Legal provisions – Evolution – Crisis – Future perspectives*

1. Premessa

Consigliere e Consiglieri di Parità sono da sempre oggetto di scarsa attenzione nel dibattito pubblico italiano, come dimostra il fatto che né la dottrina giuslavoristica, né la politica *lato sensu* intesa se ne sono occupate in modo sufficientemente approfondito, se non forse a ridosso di alcune delle più rilevanti riforme che li hanno riguardati.

Una situazione, quest'ultima, che appare piuttosto difficile da comprendere, specie di fronte alle potenzialità di tali organismi, in termini sia di diffusione della cultura delle pari opportunità sia di risoluzione dei casi di discriminazione di genere in ambito lavorativo.

In realtà, se si guarda con attenzione all'evoluzione normativa e forse soprattutto pratico-applicativa che li ha caratterizzati, ci si avvede di come essi, negli ultimi anni, siano sprofondati in una crisi assai grave, che ne ha seriamente ipotecato il funzionamento e, di conseguenza, la capacità di incidere in un mondo del lavoro sempre più diseguale (anzitutto sotto il profilo del genere, ma anche da molti altri punti di vista).

L'obiettivo del presente contributo consiste proprio nell'approfondire l'appena richiamata crisi, tentando di comprenderne le ragioni, gli effetti e anche le possibili vie d'uscita.

Per farlo, si prenderanno le mosse dalla legislazione di riferimento, che come noto è molto risalente nel tempo e si è progressivamente rafforzata e affinata, culminando nel d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, noto anche come "codice delle pari opportunità".

Se è vero che tale legislazione dà vita a una rete di Consigliere e Consiglieri di Parità vasta e capillare sul territorio, attribuendo a ciascuna/o di loro numerose competenze, è peraltro altrettanto vero che ad essa si sono affiancate, specie negli ultimi anni, disposizioni di altro tipo che di fatto impediscono ai relativi uffici di funzionare appropriatamente per carenza di risorse finanziarie, strumentali e umane.

Tutto ciò ha determinato un significativo indebolimento delle attività concretamente svolte da Consigliere e Consiglieri di Parità che si è ben presto trasformato nella più volte menzionata crisi. Di qui l'importanza di analizzare nel dettaglio gli atti normativi che si sono succeduti e che, come si vedrà, sono stati di recente caratterizzati da una sorta di "schizofrenia", atteso che il legislatore ha voluto attribuire a Consigliere e Consiglieri di Parità nuovi (e spesso gravosi) compiti, senza peraltro risolvere in alcun modo i problemi di natura pratico-applicativa che si sono poco sopra segnalati.

Ci si riferisce, in particolare, alla l. 5 novembre 2021, n. 162 (c.d. "legge Gribaudo") che, pur avendo il nobile intento di rafforzare gli strumenti di contrasto alle discriminazioni di genere in ambito lavorativo, ha finito con il contribuire a rendere ancor più profonda la crisi in cui versano gli uffici di Consigliere e Consiglieri di Parità.

Tale provvedimento normativo ha infatti, tra le altre cose, modificato da un lato la disciplina relativa al rapporto biennale sulla situazione del personale maschile e femminile e introdotto dall'altro la c.d. "certificazione della parità di genere" (o anche, più semplice-

mente, “certificazione di genere”). Si tratta di due istituti in relazione ai quali è previsto un coinvolgimento di Consigliere e Consiglieri di Parità piuttosto rilevante e che, stanti le difficoltà organizzative che attanagliano queste/i ultime/i, finiscono per rappresentare l’apice della crisi che le/li ha colpite/i negli ultimi anni. È per questo motivo – oltre che, almeno con riguardo ai rapporti biennali, per una serie di difetti ulteriori che già caratterizzavano la normativa previgente – che ai citati istituti verrà dedicata, nel corso dell’analisi, particolare attenzione, in termini, evidentemente, piuttosto critici.

Dagli approfondimenti proposti non potrà che emergere un quadro complessivo a tinte decisamente fosche. Cionondimeno, nell’ultima parte del presente contributo si darà conto di alcuni, per ora assai timidi, segnali di un possibile rilancio degli organismi di parità nel contesto italiano.

Si tratta, anzitutto, di segnali legati alla recente nomina delle nuove Consigliere Nazionali di Parità (effettiva e supplente) e al connesso impegno (di matrice eminentemente politica) della Ministra competente di mettere a disposizione le risorse necessarie a ripristinare la funzionalità degli uffici (specie a livello provinciale, o di enti di area vasta come sarebbe più corretto dire).

Secondariamente va segnalato l’attivismo in materia dell’Unione europea, che negli ultimi tempi ha adottato diversi provvedimenti normativi (nella specie, come si vedrà, tre direttive) aventi ad oggetto, pur con intensità diverse, gli organismi di parità. Direttive che a breve dovranno essere trasposte negli ordinamenti dei Paesi membri e che dunque potrebbero condurre, se il legislatore nazionale deciderà di valorizzare l’esistente, a un complessivo rafforzamento di Consigliere e Consiglieri di Parità.

2. Qualche cenno all’evoluzione della materia

Come si accennava in Premessa, la legislazione italiana concernente Consigliere e Consiglieri di Parità è piuttosto articolata, oltre che risalente nel tempo.

Lo dimostra la circostanza che il primo riferimento a tali soggetti fosse contenuto già nella l. 19 dicembre 1984, n. 863¹. Tale provvedimento normativo, nel convertire il d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, disciplinò infatti, all’art. 4, la composizione e le funzioni della commissione regionale per l’impiego, stabilendo che alle riunioni di quest’ultima assistesse, tra le altre/gli altri, “un membro, designato dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, con funzione di consigliere (declinato unicamente al maschile, si noti) per l’attuazione dei principi di parità di trattamento tra uomo e donna in materia di lavoro” (comma 4). Successivamente, l’art. 4, comma 2 della l. 28 febbraio 1987, n. 56 sancì la presenza di

¹ Su tale provvedimento normativo si v., in generale, M.G. GAROFALO (a cura di), *Crisi, occupazione, legge: commento alla l. n. 863/1984*, Cacucci, 1985.

quest'ultimo anche a livello di commissione centrale per l'impiego, ampliando in tal modo l'ambito applicativo della disposizione di cui all'art. 4, comma 4 della l. n. 863 del 1984, senza peraltro modificarne significativamente la portata².

Sebbene il ruolo del "consigliere" fosse piuttosto debole (essendo limitato alla facoltà di assistere alle riunioni delle commissioni con possibilità di intervento, ma senza diritto di voto), non può sfuggire come da un lato la sua previsione risalga ad un periodo storico in cui il dibattito su pari opportunità e discriminazioni di genere in ambito lavorativo era solo agli inizi³ e come dall'altro da questa figura il legislatore abbia preso le mosse per rafforzare progressivamente la normativa di riferimento, conferendole nel tempo sempre maggiore centralità (e ponendola di fatto al centro del sistema).

Tutto ciò ha preso avvio, alcuni anni dopo, con la l. 10 aprile 1991, n. 125⁴, la quale dedicava ai consiglieri di parità (che assumevano così per la prima volta la dicitura attuale, ma venivano ancora una volta declinati unicamente al maschile) l'art. 8. Si trattava di una disposizione piuttosto complessa e articolata, che pur rimanendo ancorata al passato, preparava per molti versi il terreno per la successiva riforma dei primi anni Duemila.

L'art. 8 della l. n. 125 del 1991 confermò infatti anzitutto lo stretto legame tra consiglieri di parità e commissioni per l'impiego, in linea con quanto stabilito in precedenza. Esso fece peraltro, secondariamente, significativi passi avanti con riguardo sia alla diffusione sul territorio di tali soggetti sia alle competenze loro attribuite.

Per quanto concerne il primo aspetto è il caso di porre in luce come la disposizione in esame accompagnasse la conferma della figura del consigliere nazionale e di quelli regionali con l'istituzione dei consiglieri provinciali (comma 2).

In merito invece al secondo aspetto le novità sono decisamente numerose. Una tra le più significative è senz'altro rappresentata dal fatto che, ai sensi dell'art. 8, comma 3, potessero essere nominati consiglieri unicamente persone in possesso di una specifica preparazione nelle materie oggetto della legge 125 del 1991 (ovvero, essenzialmente, la normativa concernente il lavoro femminile e le pari opportunità). Con riguardo poi alle competenze di questi ultimi, la medesima disposizione, al comma 6, confermava da un lato quelle già previste dalla legislazione precedente e ne aggiungeva una piuttosto generica ma rilevan-

² Anche se, ai sensi dell'art. 4, comma 2, della l. n. 56 del 1987, al consigliere "nazionale" veniva attribuito il diritto di voto consultivo: "2. La commissione centrale per l'impiego è integrata da un membro, con voto consultivo, nominato dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, con funzioni di consigliere per l'attuazione dei principi di parità di trattamento tra uomo e donna in materia di lavoro". Con riguardo ai contenuti della l. n. 56 del 1987 cfr., sempre in termini generali, ARRIGO, PANDOLFI (a cura di), *Il nuovo collocamento: commento alla legge 28 febbraio 1987, n. 56 recante "Norme sull'organizzazione del mercato del lavoro"*, IPSOA, 1987.

³ Basti rammentare, in proposito, che la prima legge organica sul tema fu la l. 9 dicembre 1977, n. 903. Cfr., sul punto, BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Il Mulino, 1979 (ora disponibile anche in versione digitale nello "Scaffale di Lavoro e Diritto", 2023).

⁴ Su tale provvedimento normativo v. GAETA, L. ZOPPOLI (a cura di) *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive. Commentario alla Legge 10 aprile 1991, n. 125*, Giappichelli, 1992, nonché M. L. DE CRISTOFARO (a cura di), *La legge italiana per la parità di opportunità delle lavoratrici. Commento alla l. 10 aprile 1991, n. 125*, ESI, 1993.

te, stabilendo che i consiglieri di parità potessero mettere in atto “ogni utile iniziativa per la realizzazione delle finalità della presente legge”, ovvero per favorire l’occupazione femminile e realizzare l’uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro anche mediante l’adozione di azioni positive⁵.

A ciò devono aggiungersi due ulteriori previsioni, l’una relativa al fatto che, in quanto pubblici funzionari, i consiglieri di parità erano tenuti a informare l’autorità giudiziaria dei reati di cui venivano a conoscenza nell’esercizio delle proprie funzioni (art. 8, comma 6) e l’altra, in linea teorica assai importante, relativa alla possibilità, in capo ai medesimi consiglieri, di agire ovvero di intervenire in giudizio ai sensi, rispettivamente, dell’art. 8, comma 8 (azioni individuali) e 4, comma 6 (azioni collettive) del provvedimento normativo che si sta esaminando.

Inoltre, va sottolineato come il più volte citato art. 8 della l. n. 125 del 1991 stabilisse che i consiglieri di parità dovessero essere remunerati per l’attività che svolgevano (il comma 11 parlava, in proposito, di “gettoni di presenza”).

Da ultimo, è il caso di porre in luce come l’art. 9 della medesima legge abbia introdotto, per la prima volta nell’ordinamento italiano, il rapporto biennale sulla situazione del personale maschile e femminile. Si tratta di uno strumento (poi confermato dal legislatore) potenzialmente assai importante per l’attuazione concreta del principio di pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori, in merito al quale, come si vedrà, i consiglieri di parità svolgono (o dovrebbero svolgere) un ruolo di primo piano.

Se si rivolge a questo punto lo sguardo alla normativa più recente in materia, costituita come ormai noto dal d.lgs. n. 198 del 2006 (c.d. “codice delle pari opportunità”), ci si rende immediatamente conto di come essa sia costruita proprio sull’art. 8 della l. n. 125 del 1991, i cui contenuti vengono implementati e arricchiti, nonché, in qualche caso, corretti⁶. Il codice rappresenta un testo normativo piuttosto complesso, nell’ambito del quale la figura di Consigliere e Consiglieri di Parità (finalmente declinate/i in modo corretto) è regolamentata, essenzialmente, dagli artt. 12 ss.

Come si accennava poco sopra, tali disposizioni riprendono per molti versi la trama dell’art. 8 della l. n. 125 del 1991, e tuttavia contengono, al contempo, significativi elementi di novità, specie per quanto concerne le competenze di Consigliere e Consiglieri di Parità, che vengono decisamente ampliate.

Se su tali competenze si tornerà tra breve, vale ora la pena di esaminare sommariamente gli aspetti in merito ai quali il codice conferma l’assetto precedente, in alcuni frangenti arricchendolo.

Anzitutto, e significativamente, l’art. 12 di tale provvedimento normativo ribadisce l’organizzazione che era andata consolidandosi nel tempo e che si fonda sulla presenza capil-

⁵ Così, pressoché testualmente, l’art. 1, comma 1 della l. n. 125 del 1991.

⁶ Cfr. BORZAGA, *Va ripensato il ruolo delle consigliere e dei consiglieri di parità?*, in *LD*, 2023, 17 ss.

lare di Consigliere e Consiglieri di Parità su tutto il territorio italiano: la norma in esame stabilisce infatti che accanto a quella/o nazionale vi siano quelle/quelli regionali e quelle/quelli provinciali (per un totale di quasi 130 figure⁷, cui devono aggiungersi le/i relative/i supplenti).

Per quanto concerne poi la nomina, il medesimo art. 12 prevede che questa sia effettuata con decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, su designazione dell'ente di incardinamento e previo espletamento di una procedura di valutazione comparativa tra persone che siano in possesso dei requisiti individuati dal successivo art. 13.

Quest'ultima disposizione chiarisce meglio, rispetto all'art. 8 della l. n. 125 del 1991, quali siano i suddetti requisiti, stabilendo, al comma 1, che debba trattarsi di "specifica competenza ed esperienza pluriennale in materia di lavoro femminile, di normative sulla parità e pari opportunità nonché di mercato del lavoro, comprovati da idonea documentazione". Ne consegue – e questo è un aspetto particolarmente rilevante, a giudizio di chi scrive – che soltanto soggetti qualificati possano assumere un ruolo tanto delicato e carico di implicazioni tecnico-giuridiche. Su tale aspetto si tornerà dettagliatamente nel prossimo paragrafo, atteso che la crisi che ha colpito gli organismi di parità in Italia ha avuto ripercussioni anche in ordine alla selezione di coloro che ricoprono i relativi incarichi.

Se in merito al fatto che Consigliere e Consiglieri di Parità siano pubblici ufficiali (e abbiano quindi l'obbligo di segnalare all'autorità giudiziaria i reati procedibili d'ufficio di cui vengono a conoscenza nell'esercizio delle loro funzioni) e possano agire o intervenire in giudizio in caso di discriminazioni di genere gli art. 13, comma 2⁸ e 36 ss.⁹, rispettivamente, confermano quanto già stabilito in precedenza, sono le disposizioni relative a risorse (economiche, strumentali e umane) e compensi ad essere state implementate in modo rilevante.

In proposito, va menzionato anzitutto l'art. 16, comma 1 del d.lgs. n. 198 del 2006, ai sensi del quale Consigliere e Consiglieri di Parità hanno sede presso gli enti di riferimento (Regioni, Province – o, meglio, città metropolitane ed enti di area vasta – e, per quanto concerne la Consigliera/il Consigliere nazionale, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali), i quali debbono mettere a disposizione dei relativi uffici (che sono dotati di autonomia funzionale) le strutture e il personale di cui necessitano per svolgere le proprie

⁷ Si tratta di 19 Consigliere e Consiglieri regionali e di 106 Consigliere e Consiglieri provinciali di parità (nella Regione Trentino Alto-Adige, in virtù della speciale autonomia delle Province di Trento e Bolzano, sono presenti soltanto, rispettivamente, il Consigliere e la Consigliera di Parità provinciali, che svolgono di fatto gli stessi compiti delle/dei Consigliere/i regionali del resto d'Italia).

⁸ Ai sensi di tale disposizione, infatti, "2. Le consigliere ed i consiglieri di parità, effettivi e supplenti, svolgono funzioni di promozione e di controllo dell'attuazione dei principi di uguaglianza di opportunità e di non discriminazione tra donne e uomini nel lavoro. Nell'esercizio delle funzioni loro attribuite, le consigliere ed i consiglieri di parità sono pubblici ufficiali ed hanno l'obbligo di segnalazione all'autorità giudiziaria dei reati di cui vengono a conoscenza per ragione del loro ufficio".

⁹ L'art. 36 del d.lgs. n. 198 del 2006 si occupa della legittimazione processuale in materia di discriminazioni individuali, mentre l'art. 37 riguarda invece quella relativa alle discriminazioni collettive. Su tale ultimo aspetto si v., di recente, RAZZOLINI, *La discriminazione collettiva di genere nel processo*, in *LD*, 2024, 231 ss.

attività. Come si vedrà tra breve, la versione originaria di tale disposizione è stata successivamente modificata in un modo apparentemente non troppo incisivo, ma tale in realtà da contribuire alla profonda crisi di cui si è detto più volte.

Per quanto concerne, poi, le questioni più propriamente economiche, a rilevare sono i successivi artt. 17 e 18, il primo relativo a permessi e compensi e il secondo al fondo per le attività delle Consigliere e dei Consiglieri di Parità. Ebbene, tali disposizioni, nella loro versione originaria, garantivano, in capo a costoro, sia una congrua remunerazione del lavoro svolto (altamente qualificato, come si ricorderà), sia un sufficiente finanziamento delle iniziative connesse all'incarico che venivano realizzate sui territori di riferimento. Peraltro, anche questa parte del codice delle pari opportunità è stata rivista dal legislatore, con modalità simili a quelle che hanno caratterizzato gli interventi relativi all'art. 16 e con risultati altrettanto allarmanti (anche di questo si dirà tra breve).

Da ultimo, va posta l'attenzione sul più rilevante elemento di novità contenuto nel d.lgs. n. 198 del 2006, quello concernente le competenze di Consigliere e Consiglieri di Parità. Se si guarda, del resto, a quanto stabilito dall'art. 15, comma 1, ci si avvede di quanto tali competenze siano aumentate, rispetto sia a quelle (minimali) di cui all'art. 4 della l. n. 863 del 1984, sia a quelle (senz'altro più ampie, sebbene non adeguatamente specificate) di cui all'art. 8 della l. n. 125 del 1991.

Dall'analisi dettagliata della citata disposizione¹⁰ emerge chiaramente come Consigliere e Consiglieri di Parità siano chiamate/i a svolgere, in sostanza, tre diverse tipologie di compiti.

Ci si riferisce, anzitutto, alla lotta alle discriminazioni di genere in ambito lavorativo e al relativo supporto in favore di lavoratrici e lavoratori che le subiscano. Vi sono poi quelle attività, di vario tipo, volte a contribuire in concreto all'attuazione del principio di pari opportunità tra uomini e donne nel mondo del lavoro: vi rientrano iniziative di informazione e sensibilizzazione, particolarmente rilevanti nell'ottica dello sradicamento degli stereotipi

¹⁰ Attesa l'importanza di essa, si ritiene in questa sede opportuno riportarla testualmente: "1. Le consigliere ed i consiglieri di parità intraprendono ogni utile iniziativa, nell'ambito delle competenze dello Stato, ai fini del rispetto del principio di non discriminazione e della promozione di pari opportunità per lavoratori e lavoratrici, svolgendo in particolare i seguenti compiti: a) rilevazione delle situazioni di squilibrio di genere, anche in collaborazione con le direzioni interregionali e territoriali del lavoro, al fine di svolgere le funzioni promozionali e di garanzia contro le discriminazioni nell'accesso al lavoro, nella promozione e nella formazione professionale, ivi compresa la progressione professionale e di carriera, nelle condizioni di lavoro compresa la retribuzione, nonché in relazione alle forme pensionistiche complementari collettive di cui al decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252.; b) promozione di progetti di azioni positive, anche attraverso l'individuazione delle risorse dell'Unione europea, nazionali e locali finalizzate allo scopo; c) promozione della coerenza della programmazione delle politiche di sviluppo territoriale rispetto agli indirizzi dell'Unione europea e di quelli nazionali e regionali in materia di pari opportunità; d) promozione delle politiche di pari opportunità nell'ambito delle politiche attive del lavoro, comprese quelle formative; e) collaborazione con le direzioni interregionali e territoriali del lavoro al fine di rilevare l'esistenza delle violazioni della normativa in materia di parità, pari opportunità e garanzia contro le discriminazioni, anche mediante la progettazione di appositi pacchetti formativi; f) diffusione della conoscenza e dello scambio di buone prassi e attività di informazione e formazione culturale sui problemi delle pari opportunità e sulle varie forme di discriminazione; g) collegamento e collaborazione con i competenti assessorati e con gli organismi di parità degli enti locali".

di genere, ma anche vere e proprie azioni positive¹¹. In terzo luogo, va messo in luce come Consigliere e Consiglieri di Parità partecipino a diverse commissioni che a livello locale si occupano di mercato del lavoro, al fine di portarvi la prospettiva delle pari opportunità di genere. A ciò si aggiunge la (fondamentale, a ben vedere) partecipazione alla conferenza nazionale delle Consigliere e dei Consiglieri di Parità, specificatamente normata dall'art. 19 del codice, il cui obiettivo è quello di coordinare le attività svolte sui territori al fine di renderle il più possibile efficaci¹².

A tali competenze se ne aggiunge poi un'altra, anch'essa senza dubbio impegnativa, che consiste, ai sensi del successivo art. 46, nella raccolta dei rapporti biennali sulla situazione del personale maschile e femminile e nella elaborazione dei relativi dati¹³.

A differenza si quanto accaduto con riferimento agli artt. 16 e 17, l'art. 15, comma 1 non ha subito nel tempo modifiche tali da indebolirne il raggio d'azione. Anzi, tutt'al contrario, con quell'atteggiamento che in premessa non si è esitato a definire "schizofrenico", negli ultimi anni il legislatore ha, attraverso modifiche e integrazioni di parti diverse del codice delle pari opportunità, attribuito a Consigliere e Consiglieri di Parità compiti nuovi, aggravandone in tal modo la mole di lavoro.

Ci si riferisce, in particolare, alle modifiche apportate al codice stesso dalla già citata l. n. 162 del 2021, che sono consistite da un lato nell'abbassamento da 100 a 50 del numero di lavoratrici e lavoratori tale da far scattare l'obbligo, per aziende pubbliche e private, di redigere il rapporto biennale sulla situazione del personale maschile e femminile (con il conseguente aumento dei rapporti redatti e dell'impegno delle Consigliere e dei Consiglieri di Parità coinvolte/i nel gestirli)¹⁴ e, dall'altro, nell'introduzione della certificazione della parità di genere (art. 46 *bis*), in merito alla quale queste/i ultime/i svolgono (o dovrebbero svolgere) rilevanti funzioni di controllo¹⁵. Un'evoluzione, quella appena descritta, che ha

¹¹ Su tale questione cfr., da ultimo, le interessanti riflessioni di VALLAURI, *Le azioni positive per la libertà sostanziale*, in *LD*, 2023, 34 ss.

¹² Stabilisce in particolare siffatta norma che "1. La Conferenza nazionale delle consigliere e dei consiglieri di parità, che comprende tutte le consigliere e i consiglieri, nazionale, regionali, delle città metropolitane e degli enti di area vasta di cui alla legge 7 aprile 2014, n. 56 è coordinata dalla consigliera o dal consigliere nazionale di parità, in collaborazione con due consigliere o consiglieri di parità in rappresentanza rispettivamente delle o dei consiglieri regionali, delle città metropolitane e degli enti di area vasta. 2. La Conferenza opera al fine di rafforzare le funzioni delle consigliere e dei consiglieri di parità, di accrescere l'efficacia della loro azione, di consentire lo scambio di informazioni, esperienze e buone prassi. La Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per le pari opportunità e il Ministero del lavoro e delle politiche sociali promuovono iniziative volte a garantire il coordinamento e l'integrazione degli interventi necessari ad assicurare l'effettività delle politiche di promozione delle pari opportunità per i lavoratori e le lavoratrici. 3. Dallo svolgimento delle attività del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica".

¹³ In ordine al rapporto biennale sulla situazione del personale maschile e femminile si v., in particolare, l'approfondita analisi di ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini Giuridica, 2022, 123 ss.

¹⁴ Cfr., sul punto, PERUZZI, *Differenziali di genere e trasparenza retributiva, tra reporting aziendale e certificazione di parità*, in *DLRI*, 2021, 143 ss., nonché ZAPPALÀ, *La parità di genere al tempo del PNRR: tra trasparenza, certificazione e misure premiali*, in *LDE*, 2022, 3, 2 ss.

¹⁵ In ordine alla certificazione della parità di genere si v., soprattutto, CASANO, *Certificazione della parità di genere e trasparenza: riflessioni a margine della prima attuazione del sistema*, in *q. Riv.*, 2024, 2, 161 ss.

contribuito anch'essa ad aggravare la crisi di cui si dirà, ampiamente, nel prossimo paragrafo.

3. Le ragioni di una crisi

Venendo allora proprio alla più volte citata crisi, è il caso di premettere come già il quadro normativo originariamente previsto dal d.lgs. n. 198 del 2006 non fosse esente da criticità: se è vero, infatti, che tale provvedimento assicurava a Consigliere e Consiglieri di Parità risorse strumentali, economiche e umane sufficienti per svolgere i compiti loro assegnati, è altrettanto vero che già allora questi ultimi erano estremamente numerosi e che dunque, verosimilmente, non potevano essere eseguiti tutti quanti con lo stesso grado di efficacia. Cionondimeno, per una decina di anni circa, Consigliere e Consiglieri di Parità hanno potuto esercitare le proprie funzioni in condizioni che possono senz'altro definirsi positive, dando in tal modo il proprio contributo alla lotta alle discriminazioni di genere e alla promozione del principio di pari opportunità in ambito lavorativo.

La situazione ha iniziato a cambiare radicalmente con l'adozione del d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151, uno di quelli attuativi della l. 10 dicembre 2014, n. 183 (c.d. "Jobs Act" dell'allora Governo Renzi), che come già si accennava in precedenza ha operato alcune modifiche alla versione originaria del codice delle pari opportunità. Tali modifiche, che sembravano avere una portata minimale, si sono in realtà rivelate molto penetranti, finendo di fatto per paralizzare le attività di Consigliere e Consiglieri di Parità, specie provinciali (o, più correttamente, delle città metropolitane e degli enti di area vasta).

La prima delle suddette modifiche ha riguardato l'art. 16 del d.lgs. n. 198 del 2006, quello relativo a sedi e attrezzature. Ai sensi della versione originaria di tale disposizione, infatti, gli enti di incardinamento di Consigliere e Consiglieri di Parità (e dunque, essenzialmente, Regioni e Province), erano tenuti a mettere loro a disposizione personale, strumentazioni e attrezzature nel quadro delle risorse trasferite dallo Stato ai sensi del d.lgs. 23 dicembre 1997, n. 469¹⁶. Ne conseguiva che le relative spese non ricadevano direttamente sui bilanci dei suddetti enti ma, per l'appunto, su quello statale. Ebbene, dopo le modifiche apportate alla norma in discorso dal d.lgs. n. 151 del 2015, gli enti di incardinamento continuano ad avere l'obbligo di fornire a Consigliere e Consiglieri di Parità personale, strumentazioni e attrezzature, prontamente, certo, ma "nell'ambito delle risorse esistenti e a invarianza della spesa", a condizioni cioè ben diverse rispetto al passato. Di fatto, sono dunque Regioni e Province a doversi oggi accollare le relative spese, senza ricevere più alcun sostegno dallo Stato. Una situazione, quest'ultima, particolarmente problematica soprattutto per le

¹⁶ Ovvero di quell'atto normativo che, in attuazione della c.d. "legge Bassanini" (l. 15 marzo 1997, n. 59), aveva attribuito a Regioni ed enti locali funzioni e compiti in materia del mercato del lavoro, trasferendo loro le risorse necessarie allo scopo.

Province che, come forse si ricorderà, erano state di fatto svuotate di competenze e risorse dalla l. 7 aprile 2014, n. 56 (c.d. “legge Delrio”)¹⁷. Tale provvedimento normativo aveva in qualche modo voluto anticipare gli effetti della loro eliminazione ad opera di una riforma costituzionale, quella “Renzi-Boschi”, in realtà poi bocciata in sede di referendum popolare¹⁸. Sebbene alcune leggi successive abbiano in parte ridato fiato a tali enti, è del tutto evidente come, in generale, il supporto a Consigliere e Consiglieri di Parità (regionali e, come si accennava, soprattutto provinciali) si sia decisamente affievolito, oltre a variare in modo significativo da territorio a territorio a seconda delle risorse disponibili e del *commitment* politico delle singole amministrazioni interessate nei confronti di queste figure di garanzia¹⁹.

A risultati simili, se non forse anche peggiori, ha condotto la modifica, ancora una volta ad opera del d.lgs. n. 151 del 2015, dei due articoli successivi del codice delle pari opportunità, il 17 e il 18.

Con riguardo al primo, che si occupa, come si ricorderà, di permessi e compensi, tale modifica è stata particolarmente pesante, avendo inciso su entrambi gli appena richiamati istituti.

Originariamente, infatti, Consigliere e Consiglieri di Parità, laddove fossero lavoratrici o lavoratori dipendenti, avevano diritto ad assentarsi dal lavoro per un numero massimo di ore mensili (50 la/il Consigliera/e nazionale e le/i Consigliere/i regionali, 30 le/i Consigliere/i provinciali) per esercitare le proprie funzioni e i relativi permessi erano retribuiti. La novella di cui al d.lgs. n. 151 del 2015 ha sì confermato l’ammontare del numero complessivo di ore di permesso, ma ha al tempo stesso messo fortemente in dubbio la relativa retribuzione, affermando che questa dipende dalla disponibilità finanziaria dell’ente di incaricamento²⁰. Se si rammenta la situazione di dissesto in cui si trovano molte Province, ci si rende conto di come la possibilità che le ore di permesso siano retribuite sia, in fin dei conti, davvero remota.

Il quadro peggiora ulteriormente se si prendono in esame gli aggiustamenti apportati dal d.lgs. n. 151 del 2015 al prosieguo della disposizione in esame, che – come si accennava – si occupa di compensi. Mentre la sua versione originaria stabiliva, pur differenziando tra

¹⁷ In merito a tale provvedimento normativo si cfr, ad es., PIZZETTI, *La riforma degli enti territoriali. Città metropolitane, nuove province e unioni di comuni. Legge 7 aprile 2014, n. 56*, Giuffrè, 2015, nonché VANDELLI (a cura di), *Città metropolitane, province, unioni e fusioni di comuni. La legge Delrio, 7 aprile 2014, n. 56, commentata comma per comma*, Maggioli, 2014.

¹⁸ Tenutosi, come forse si ricorderà, il 4 dicembre 2016.

¹⁹ Tipicamente, le Consigliere e Consiglieri di Parità che vivono le situazioni più complicate sono quelle/i incaricate/i presso enti territoriali del Sud Italia.

²⁰ Afferma infatti l’art. 17, comma 1, seconda proposizione, che “l’eventuale retribuzione dei suddetti permessi è rimessa alla disponibilità finanziaria dell’ente di pertinenza che, su richiesta, è tenuto a rimborsare al datore di lavoro quanto in tal caso corrisposto per le ore di effettiva assenza. Ai fini dell’esercizio del diritto di assentarsi dal luogo di lavoro di cui al presente comma, le consigliere e i consiglieri di parità devono darne comunicazione scritta al datore di lavoro almeno tre giorni prima dell’inizio dell’assenza. Le consigliere e i consiglieri di parità supplenti hanno diritto ai permessi solo nei casi in cui non ne usufruiscano le consigliere e i consiglieri di parità effettivi”.

lavoratrici/lavoratori subordinate/i e lavoratrici/lavoratori autonome/i²¹, che Consigliere e Consiglieri di Parità avessero diritto ad una indennità e che essa fosse finanziata dal fondo di cui al successivo art. 18, quella novellata derubrica tale diritto a mera possibilità, affidando la determinazione del compenso alla Conferenza Unificata Stato-Regioni e ponendo il relativo finanziamento a carico dell'ente di incardinamento²².

Se la circostanza che la corresponsione dell'indennità sia divenuta soltanto eventuale costituisce senz'altro l'innovazione più preoccupante, anche le deliberazioni della Conferenza Unificata Stato-Regioni con le quali è stato fissato l'ammontare di detta indennità, onestamente, non sono da meno.

Basti qui richiamare, in proposito, l'ultima in ordine di tempo di tali deliberazioni, la n. 44 del 19/04/2023, relativa agli anni 2023 e 2024. Ebbene, ai sensi di tale deliberazione, alle Consigliere e ai Consiglieri di Parità regionali spetta un'indennità ricompresa tra un massimo di 780 euro e un minimo di 390 euro mensili, mentre per le Consigliere e per i Consiglieri di Parità provinciali tale indennità ammonta a 68 euro lordi²³. Si tratta di cifre che non possono non considerarsi ridicole (se non offensive) a fronte sia dell'elevato livello di preparazione tecnico-giuridica che debbono avere tali soggetti, sia del numero assai significativo di competenze loro affidate dal legislatore. Non stupisce allora se, in una situazione del genere, soprattutto a livello provinciale i bandi per le relative valutazioni comparative vadano spesso deserti o, in mancanza di candidate/i adatte/i, ad assumere l'incarico siano persone che non risultano in possesso dei requisiti previsti dalla legge.

²¹ Alle due diverse tipologie di lavoratrici/lavoratori venivano del resto dedicati altrettanti commi della versione originaria della disposizione in esame, il 2 e il 4. Stabiliva più nel dettaglio il comma 2 che "le consigliere ed i consiglieri regionali e provinciali di parità hanno altresì diritto, ove si tratti di lavoratori dipendenti, ad ulteriori permessi non retribuiti per i quali viene corrisposta un'indennità. La misura massima dei permessi e l'importo dell'indennità sono stabiliti annualmente dal decreto di cui all'articolo 18, comma 2. Ai fini dell'esercizio del diritto di assentarsi dal luogo di lavoro di cui al comma 1 ed al presente comma, le consigliere ed i consiglieri di parità devono darne comunicazione scritta al datore di lavoro almeno un giorno prima". A mente invece del comma 4 "le consigliere ed i consiglieri regionali e provinciali di parità, lavoratori autonomi o liberi professionisti, hanno diritto per l'esercizio delle loro funzioni ad un'indennità rapportata al numero complessivo delle ore di effettiva attività, entro un limite massimo determinato annualmente dal decreto di cui all'articolo 18, comma 2".

²² Stabilisce infatti il nuovo art. 17, comma 2 del d.lgs. n. 198 del 2006, che "l'ente territoriale che ha proceduto alla designazione può attribuire, a proprio carico, alle consigliere e ai consiglieri di parità regionali, delle città metropolitane e degli enti di area vasta di cui alla legge 7 aprile 2024, n. 56, che siano lavoratori dipendenti, lavoratori autonomi o liberi professionisti, una indennità mensile, differenziata tra il ruolo di effettivo e quello di supplente, sulla base di criteri determinati dalla Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Il riconoscimento della predetta indennità alle consigliere e ai consiglieri di parità supplenti è limitato ai soli periodi di effettivo esercizio della supplenza".

²³ La deliberazione di cui sta dicendo prevede testualmente che "per gli anni 2023 e 2024, il compenso per le consigliere e i consiglieri di parità regionali, delle Città metropolitane e delle Province è determinato, con onere a carico di ciascun ente territoriale che ha proceduto alla designazione e fermo restando il rispetto degli obiettivi di finanza pubblica, nel modo seguente: l'indennità mensile attribuita alle consigliere e ai consiglieri di parità regionali effettive/i è fissata da un massimo di euro 780 lordi a un minimo di euro 390 lordi e l'indennità mensile attribuita alle consigliere e ai consiglieri di parità regionali supplenti è fissata da un massimo di euro 390 lordi a un minimo di euro 195 lordi; l'indennità mensile attribuita alle consigliere e ai consiglieri di parità delle Città metropolitane e delle Province effettive/i e supplenti è fissata, rispettivamente, nella misura di almeno euro 68 lordi e euro 34 lordi; è facoltà delle singole Città metropolitane e Province destinare ulteriori risorse finanziarie per elevare le indennità fino ad un massimo del quintuplo, fatto salvo il rispetto degli equilibri di bilancio e l'osservanza dei vigenti vincoli economici e finanziari".

Da ultimo, come si accennava, è stato rivisto anche l'art. 18 del d.lgs. n. 198 del 2006, relativo al Fondo per l'attività delle Consigliere e dei Consiglieri di Parità. Le modifiche apportate non hanno messo in dubbio l'esistenza del fondo, che è stata anzi confermata, ma sono piuttosto consistite nell'abrogazione di quella parte della disposizione che disciplinava il decreto ministeriale con cui avrebbero dovuto essere ripartite annualmente le risorse di cui al fondo stesso²⁴. Non è allora probabilmente un caso se, negli anni successivi, esso non è più stato alimentato ed è dunque di fatto venuta meno qualsiasi forma di sostegno economico alle attività svolte dalle Consigliere e dai Consiglieri di Parità nei propri territori (salvo quello, come si è già avuto modo di vedere normalmente assai scarso e comunque a macchia di leopardo, garantito loro dagli enti di incardinamento).

4. I profili maggiormente problematici

Come già si accennava in precedenza, a questa situazione già di per sé particolarmente complessa si è poi sovrapposta la l. n. 162 del 2021, che ha attribuito a Consigliere e Consiglieri di Parità nuove competenze, senza peraltro rafforzarle/i sotto il profilo organizzativo e finanziario²⁵.

Gli interventi di cui si sta dicendo hanno infatti lasciato pressoché impregiudicate le norme di cui al d.lgs. n. 198 del 2006 specificatamente dedicate a queste figure²⁶ e si sono concentrati su due istituti che, in quella fase, il legislatore riteneva evidentemente utili per rilanciare la lotta alle discriminazioni di genere e l'attuazione del principio di pari opportunità in ambito lavorativo.

Si è così anzitutto modificato l'art. 46 del codice, rivedendo in modo significativo la disciplina del rapporto biennale sulla situazione del personale maschile e femminile e si è poi introdotto nel testo del medesimo codice un nuovo art. 46 *bis*, con il quale è stata prevista la certificazione della parità di genere.

Si è trattato di innovazioni che non soltanto hanno aggravato la mole di lavoro in capo a Consigliere e Consiglieri di Parità, ma che presentano anche tutta una serie di problemi (tecnici e di altro tipo) tali da ipotearne seriamente il corretto funzionamento e dunque pure le concrete prospettive di attuazione.

Di tali problemi – che vanno ricercati soprattutto nella normazione di matrice secondaria e per molti versi costituiscono, a giudizio di chi scrive, l'apice della crisi che ha colpito

²⁴ Ci si riferisce, in particolare, ai commi da 2 a 5 della versione originaria dell'art. 18 del d.lgs. n. 198 del 2006.

²⁵ Si punto cfr. NUNIN, *La legge 162/21 e le Consigliere di parità*, disponibile al sito web <https://www.italianequalitynetwork.it/la-legge-162-21-e-le-consigliere-di-parita/>, 2022, 1 ss., CALAFÀ, *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, disponibile al sito web <https://www.italianequalitynetwork.it/il-dito-la-luna-e-altri-fraintendimenti-in-materia-di-parita-tra-donne-e-uomini/>, 2022, 1 ss. e VALLAURI, *Prime osservazioni critiche sulla l. n. 162/2021*, disponibile al sito web <https://www.italianequalitynetwork.it/prime-osservazioni-critiche-sulla-legge-n-162-2021/>, 2022, 1 ss.

²⁶ Ovvero, come ormai noto, gli artt. 12 ss. di siffatto provvedimento.

Consigliere e Consiglieri di Parità negli ultimi anni – si dirà dettagliatamente nei prossimi due paragrafi.

4.1. I rapporti biennali sulla situazione del personale maschile e femminile

Per quanto concerne, anzitutto, i rapporti biennali sulla situazione del personale maschile e femminile, va qui soltanto brevemente rammentato come essi fossero stati previsti già dall'art. 9 della l. n. 125 del 1991 e successivamente ripresi, in termini simili, dalla versione iniziale dell'art. 46 del d.lgs. n. 198 del 2006.

Secondo tale disciplina per così dire originaria, i rapporti dovevano essere redatti, ogni due anni, dalle aziende pubbliche e private con più di 100 dipendenti e riguardare tutta una serie di aspetti²⁷ relativi alle condizioni di lavoratrici e lavoratori all'interno di siffatte aziende, al fine di offrire, in proposito, un quadro il più esaustivo possibile e di evidenziare la presenza di squilibri, nonché, eventualmente, di discriminazioni di genere.

Si trattava, quindi, di uno strumento pensato da un lato per offrire spunti di riflessione al decisore politico e dall'altro per agevolare, grazie alla possibilità di utilizzare i relativi dati statistici, chi si ritenesse discriminato/a in base al sesso e volesse di conseguenza agire in giudizio²⁸.

In una prima fase, la disposizione in esame stabiliva che le aziende interessate dovessero trasmettere i rapporti redatti secondo le indicazioni ministeriali (ai sensi del suo comma 3) alle rappresentanze sindacali aziendali e alla/al Consigliera/Consigliere di Parità regionale, senza aggiungere ulteriori dettagli. Di fatto, tali soggetti si limitavano a controllare che le imprese interessate adempissero all'obbligo e, qualora non lo facessero, a segnalarle alla direzione regionale del lavoro (comma 4).

La medesima disposizione è stata peraltro modificata già pochi anni dopo, allorché il d.lgs. 2 febbraio 2010, n. 5, in attuazione della direttiva 2006/54/CE²⁹, ha significativamente potenziato il ruolo di Consigliere e Consiglieri di Parità, affermando che costoro debbano elaborare i dati raccolti attraverso i rapporti e poi trasmetterli a diversi soggetti istituzionali³⁰.

²⁷ Affermava in particolare la versione originaria dell'art. 46, comma 1 del d. lgs n. 198 del 2006 che “le aziende pubbliche e private che occupano oltre cento dipendenti sono tenute a redigere un rapporto almeno ogni due anni sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni ed in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta”.

²⁸ Come forse noto, l'art. 40 del d.lgs. n. 198 del 2006, in materia di onere della prova, stabilisce 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”.

²⁹ Si tratta della direttiva “relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione)”.

³⁰ Ovvero, ai sensi delle modifiche apportate al comma 2 del codice delle pari opportunità, “alla consigliera o al consigliere

Tuttavia, come già si accennava in precedenza, l'art. 46 del codice delle pari opportunità ha subito le modifiche più significative ad opera della l. n. 162 del 2021 che, unificando numerosi disegni di legge, è intervenuta, essenzialmente, su due diverse questioni.

Anzitutto, trovando di fatto un compromesso tra le diverse proposte avanzate, tale provvedimento normativo ha portato da 100 a 50 il novero dei dipendenti a partire dal quale sorge l'obbligo di compilazione del rapporto biennale (art. 46, comma 1)³¹. Il legislatore ha altresì stabilito che anche le aziende pubbliche e private più piccole (quelle cioè con meno di 50 addette/i) possano, su base volontaria, procedere alla redazione del rapporto (art. 46, comma 1 *bis*). Probabilmente si è voluto procedere in tal modo al fine di avere un quadro della situazione più completo rispetto al passato, anche tenendo conto del fatto che il tessuto produttivo italiano si compone in prevalenza di piccole e medie imprese, la maggior parte delle quali, in precedenza, rimanevano escluse della rilevazione³².

In secondo luogo, sono state previste modifiche per così dire più tecniche, relative ai contenuti e alle modalità di compilazione del rapporto biennale, e si è affidato a un decreto ministeriale il compito di scendere nei dettagli della relativa regolamentazione (art. 46, comma 2 ss.). In questo quadro, particolarmente innovativo appare il nuovo comma 3 *bis* dell'art. 46, a mente del quale l'appena citato decreto ministeriale deve tra l'altro indicare le modalità di trasmissione a Consigliere e Consiglieri di Parità interessate/i, entro il 31 dicembre di ogni anno, degli elenchi delle aziende pubbliche e private tenute alla redazione del rapporto. In effetti, prima di questa precisazione, nulla si prevedeva sul punto, con la conseguenza che erano proprio le Consigliere e i Consiglieri di Parità a dover individuare i soggetti obbligati, con risultati spesso insoddisfacenti e sicuramente disomogenei³³.

Ebbene, le modifiche che si sono appena richiamate, sebbene realizzate per migliorare l'istituto del rapporto biennale sulla situazione del personale maschile e femminile, hanno in realtà finito per aggravare notevolmente il carico di lavoro di Consigliere e Consiglieri di parità, senza mettere loro a disposizione gli strumenti necessari per farvi fronte. Inoltre, la regolamentazione contenuta nel decreto ministeriale adottato a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 162 del 2021 presenta una serie di problematiche ulteriori che rischiano in realtà di sortire l'effetto contrario a quello voluto, ovvero di depotenziare l'istituto medesimo (del resto, come si usa dire, il "diavolo sta nei dettagli").

nazionale di parità, al Ministero del lavoro e delle politiche sociali e al Dipartimento delle pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri".

³¹ Cfr. PERUZZI, op. cit., 146. In merito alla riforma del rapporto biennale sulla situazione del personale maschile e femminile si v. anche ZAPPALÀ, op. cit., 2 ss. e GUARRIELLO, *Rendere trasparenti le politiche del personale aiuta a risolvere il gender pay gap?*, in *LD*, 2023, 29 ss.

³² Secondo ZILLI, op. cit., 123, nota 50, tale modifica ha di fatto raddoppiato la platea delle aziende pubbliche e private tenute alla redazione del rapporto.

³³ Spesso si faceva ricorso alle locali Camere di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura, ovvero ad altri enti che fossero in possesso di o potessero procurarsi tali dati (ad es., nel caso della Provincia Autonoma di Trento, l'Agenzia del Lavoro).

Volendo andare con ordine, e iniziando quindi dal primo degli aspetti che si sono poco sopra richiamati, è del tutto evidente come la circostanza di portare da 100 a 50 il numero di dipendenti al di sopra del quale deve essere redatto il rapporto biennale aumenti la platea delle aziende coinvolte e, di conseguenza, la quantità dei dati a disposizione. Se si considera che Consigliere e Consiglieri di Parità regionali si devono occupare, oltre che della raccolta di tali dati, anche della loro elaborazione, ci si rende immediatamente conto di quanto sia aumentato l'impegno che costoro debbono profondere nella relativa attività, in merito alla quale, tra l'altro, il legislatore si esime dal fare ulteriori precisazioni. Sono state così trovate, anche in questo caso, soluzioni diverse: alcune/i Consigliere/i hanno deciso di affidarsi, per tale elaborazione, agli enti di incardinamento (o a enti ad essi collegati)³⁴, mentre altre/i hanno scelto di ricorrere ad altri partner qualificati, tra cui spiccano, in particolare, le Università³⁵. Si tratta di soluzioni senz'altro apprezzabili, ma che richiedono, ancora una volta, collaborazioni istituzionali non scontate, per alcune delle quali sono altresì necessarie risorse economiche significative. Il fatto quindi che, in questo rinnovato quadro normativo, il legislatore non abbia provveduto a fornire a Consigliere e Consiglieri di Parità regionali tali risorse appare, a giudizio di chi scrive, particolarmente grave.

Venendo poi alle problematiche più di carattere tecnico cui le modifiche di cui si sta dicendo hanno dato corso, va ribadito anzitutto come esse dipendano in gran parte dal modo in cui i contenuti del nuovo art. 46, comma 2 ss. del d.lgs. n. 198 del 2006 sono stati attuati, in concreto, dalla normazione secondaria. Ci si riferisce, in particolare, a quanto stabilito dal decreto interministeriale del 29 marzo 2022, che ha rivisitato la relativa disciplina, abrogando contestualmente il precedente decreto ministeriale del 3 maggio 2018.

Non potendo in questa sede entrare nel dettaglio dell'intera regolamentazione contenuta nel citato decreto interministeriale, che in generale non può certo definirsi semplice e lineare, sono due le questioni su cui ci si vuole soffermare.

La prima, relativa alla qualità e attendibilità dei dati raccolti, concerne la circostanza che la normativa in esame ribadisce quanto già previsto in precedenza, ovvero che ciascuna azienda pubblica o privata è tenuta a redigere un solo rapporto, a prescindere dal fatto che abbia più unità produttive con un numero di dipendenti superiore a 50 e magari collocate in diverse Regioni italiane. I dati raccolti riguardano cioè il complesso delle lavoratrici e dei lavoratori di quella azienda e non sono in alcun modo scorporabili per territorio³⁶.

³⁴ Come, nel caso della Provincia Autonoma di Trento, l'Ufficio dati e funzioni di sistema delle politiche mercato del lavoro (incardinato all'interno dell'Agenzia del Lavoro) e, in quello della Provincia Autonoma di Bolzano, l'Istituto per la Promozione dei Lavoratori (AFI-IPL).

³⁵ Si tratta, ad es., delle Consigliere Regionali di Parità del Veneto e dell'Emilia-Romagna.

³⁶ Si v. in particolare quanto sostenuto in Aa.Vv., *Rapporto biennale sull'occupazione maschile e femminile nelle aziende medio grandi con sede in provincia di Trento (Art. 46 D.Lgs. n. 198/2006, ex Legge n. 125/1991). Periodo 2018-2019*, disponibile al sito web <https://www.agenzia lavoro.tn.it/Mercato-del-Lavoro/Pubblicazioni-e-ricerche>, 2021, 8 s.: "Rispetto al passato, al di là di una sistemazione dei contenuti e di una revisione del metodo di compilazione (esclusivamente online), l'elemento più rilevante di discontinuità risiede nel mutamento dell'universo di riferimento. Data l'importanza di tale aspetto dal punto di vista metodologico, è necessario fare delle precisazioni di cui i lettori dovranno tenere conto nello scorrere i

Si tratta di una problematica per nulla irrilevante, che rende i suddetti dati per molti versi inattendibili, specie se questi vengono elaborati anche per fornire al decisore politico locale materiale sul quale basare le proprie iniziative future sulla parità di genere³⁷.

La seconda questione riguarda, più che la trama normativa del decreto in esame, un'inadempienza ministeriale che, a giudizio di chi scrive, risulta essere assai difficile da comprendere (oltre che grave). Ci si riferisce al fatto che, fino ad oggi (siamo giunti al secondo rapporto biennale elaborato con le nuove regole), il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali non ha rispettato l'obbligo di cui all'art. 3 del medesimo decreto, ovvero quello di inviare alle Consigliere e ai Consiglieri di Parità (*in primis* regionali) gli elenchi delle imprese obbligate alla compilazione, nonostante numerosi solleciti³⁸. Come si accennava, si ritiene tale inadempimento assai problematica, e ciò soprattutto per il fatto che, ai sensi del successivo comma 4 dell'art. 46, le Consigliere e i Consiglieri di Parità hanno l'obbligo di segnalare alla direzione regionale del lavoro le imprese che non hanno trasmesso il rapporto³⁹. Se però non è dato sapere quali siano tali imprese perché non si hanno disposizione i relativi elenchi, com'è possibile adempiere correttamente a tale obbligo?

Da tutto quel che si è detto sin qui emerge piuttosto chiaramente come uno strumento potenzialmente utile sia, allo stato, quanto meno "azzoppato" dalle problematiche applica-

dati presentati in seguito.

Ogni azienda continua a compilare un unico rapporto per il complesso dei propri lavoratori dipendenti in relazione a dove è situata la sede che risulta, quindi, elemento di elezione alla realtà territoriale di riferimento, a prescindere da dove i lavoratori siano effettivamente inseriti.

L'esito è che i dati presentati non si riferiscono alla popolazione dei lavoratori trentini in aziende medio-grandi perché, da una parte, sono esclusi i lavoratori che lavorano in Trentino ma alle dipendenze di un'azienda che ha sede al di fuori dei confini provinciali; dall'altra, sono inclusi i lavoratori fuori provincia la cui sede aziendale è in Trentino.

Per essere più chiari: le aziende con sede in provincia di Trento riportano alla medesima Provincia i dati complessivi dei propri dipendenti, compresi quei lavoratori eventualmente inseriti in unità locali situate altrove (in altra Provincia, Regione o Stato). E lo stesso fanno le aziende con più di 100 dipendenti con sede al di fuori della provincia di Trento: qualora dovessero avere unità produttive situate in Trentino, sono tenute a segnalare solo alla Regione/Provincia di competenza della sede anche i dati del personale che lavora nel nostro territorio.

Sebbene nel questionario attuale l'azienda debba fornire (come in passato) un elenco completo delle unità produttive con più di 100 dipendenti, i dati per queste non sono più scorponabili dal resto. Pertanto, si è interrotto il flusso informativo che, limitatamente alle unità locali con più di 100 dipendenti ubicate in altra sede, poneva a ogni azienda l'onere di inviare i dati al diverso territorio di competenza. Viene così a mancare una parte non irrilevante di informazioni perché per queste aziende non è possibile disgiungere i risultati raccolti per la Provincia di Trento tra lavoratori che lavorano in questo territorio e gli altri situati in altri contesti.

I dati locali, dunque (e questo, ovviamente, vale per la provincia di Trento come per tutte le regioni e la provincia di Bolzano), sono generalizzabili alle imprese medio-grandi con sede in Trentino rendendo più difficile la loro interpretazione soprattutto nel caso di comparazioni con la popolazione complessiva dei lavoratori trentini".

³⁷ Cfr., in proposito, ZILLI, op. cit., 125 s.

³⁸ Effettuati sia per iscritto che oralmente a tutte le riunioni della rete delle Consigliere e dei Consiglieri di Parità tenutesi dopo l'introduzione delle innovazioni di cui al decreto interministeriale 29 marzo 2022.

³⁹ Stabilisce infatti tale disposizione che "Qualora, nei termini prescritti, le aziende di cui al comma 1 non trasmettano il rapporto, la Direzione regionale del lavoro, previa segnalazione dei soggetti di cui al comma 2," – tra cui figurano Consigliere e Consiglieri di Parità – "invita le aziende stesse a provvedere entro sessanta giorni. In caso di inottemperanza si applicano le sanzioni di cui all'articolo 11 del decreto del Presidente della Repubblica 19 marzo 1955, n. 520. Qualora l'inottemperanza si protragga per oltre dodici mesi, è disposta la sospensione per un anno dei benefici contributivi eventualmente goduti dall'azienda".

tive che lo attanagliano e come sia quindi scontato che le aziende (specie private) tenute alla compilazione lo percepiscano, in realtà, come l'ennesimo balzello burocratico privo di qualunque ragion d'essere.

4.2. La certificazione della parità di genere

Come già si accennava in precedenza, la certificazione della parità di genere (o, più semplicemente, certificazione di genere) è forse la novità più rilevante di cui alla l. n. 162 del 2021, che in proposito ha introdotto nel d.lgs. n. 198 del 2006 una nuova disposizione, l'art. 46 *bis*.

Ai sensi del suo comma 1, tale istituto ha l'obiettivo di "attestare le politiche e le misure concrete adottate dai datori di lavoro per ridurre il divario di genere in relazione alle opportunità di crescita in azienda, alla parità salariale a parità di mansioni, alle politiche di gestione delle differenze di genere e alla tutela della maternità".

Anche con riguardo all'implementazione del sistema di certificazione della parità di genere il legislatore ha previsto, nel prosieguo dell'art. 46 *bis*, l'adozione di specifica normazione secondaria, nella forma di uno o più decreti ministeriali⁴⁰. Facendo seguito a tali previsioni, il 29 aprile 2022 è stato adottato, dalla Ministra per le Pari Opportunità e la Famiglia, il decreto relativo ai "parametri per il conseguimento della certificazione della parità di genere alle imprese e coinvolgimento delle rappresentanze sindacali aziendali e delle consigliere e consiglieri territoriali e regionali di parità".

Si tratta, in sostanza, di un atto normativo suddiviso, come suggerisce il titolo, in due diverse parti. La prima, costituita dagli artt. 1 e 2, definisce per l'appunto i parametri per il rilascio della certificazione di genere e individua i soggetti deputati ad occuparsene. La seconda, rappresentata dal successivo (e ultimo) art. 3, disciplina invece l'informativa annuale sulla parità di genere, che le imprese certificate sono tenute a redigere per mantenere la certificazione precedentemente ottenuta.

Alle Consigliere e ai Consiglieri di Parità vengono affidati compiti significativi in termini di controllo proprio con riguardo a tale ultimo aspetto, su cui ora ci si intende soffermare. Per quanto concerne invece parametri e attori della certificazione di genere, nonché la sua collocazione nell'ambito del più ampio principio di trasparenza, si rinvia ai pregevoli approfondimenti recentemente pubblicati in proposito⁴¹.

Ebbene, se si guarda al ruolo di Consigliere e Consiglieri di Parità nel nuovo sistema della certificazione di genere ci si rende conto di come esso sia potenzialmente molto rilevante e, al contempo, non ben definito (per non dire generico).

⁴⁰ Formalmente si tratta di Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, in quanto il Ministro competente (quello per le Pari Opportunità e la Famiglia) è incardinato presso la relativa struttura (essendo, tra l'altro, senza portafoglio).

⁴¹ E cioè, in particolare, a CASANO, op. cit., 161 ss. e ZILLI, op. cit., 169 ss. Si v. altresì LEARDINI, *Trasparenza e rendicontazione in ottica di genere*, in *LD*, 2022, 759 ss.

Nel regolamentare l'informativa annuale sulla parità di genere, infatti, l'art. 3, comma 1 del decreto 29 aprile 2022 afferma che le aziende certificate sono tenute a trasmetterla annualmente alle Consigliere e ai Consiglieri di Parità "territoriali e regionali" (oltre che alle rappresentanze sindacali aziendali), al fine di coinvolgere tali soggetti nel relativo sistema e di consentire loro di esercitare il controllo in merito al mantenimento dei requisiti minimi per il conseguimento della certificazione di genere⁴².

In merito alle caratteristiche di tale informativa la disposizione in esame non dice molto, se non che essa deve riflettere il grado di adeguamento ad UNI/PdR 125:2022 (ovvero ai parametri che vanno rispettati per il rilascio della certificazione di genere) e che può fondarsi anche sulle risultanze dell'audit interno. In sostanza, e al di là di queste generiche indicazioni, le aziende certificate hanno ampi margini di discrezionalità nel redigerla, il che ovviamente può determinare non poche criticità (e disomogeneità) nella fase di controllo. L'art. 3, comma 2 del decreto 29 aprile 2022 si occupa poi, più propriamente, della già citata fase del controllo relativo all'informativa annuale, di cui sono chiamate/i a farsi carico Consigliere e Consiglieri di Parità (e le rappresentanze sindacali aziendali). In proposito, ancora una volta assai cripticamente, la norma in commento si limita ad affermare che, qualora tali soggetti rilevino "anomalie o criticità" sulla base di tale informativa ovvero anche (per le aziende tenute a presentarlo) dei dati derivanti dal rapporto biennale sulla situazione del personale maschile e femminile, sono tenuti a segnalarlo all'ente che ha rilasciato la certificazione di genere, previa assegnazione all'azienda interessata di un termine non superiore a centoventi giorni per la rimozione delle stesse.

A giudizio di chi scrive, da tale regolamentazione emergono una serie di problemi piuttosto rilevanti. Anzitutto è assai evidente che l'attività di controllo di cui si debbono far carico Consigliere e Consiglieri di Parità è quantitativamente e qualitativamente assai rilevante e lo diventerà ancor di più se la certificazione di genere, come pare stia avvenendo⁴³, prenderà sempre più piede. Ancora una volta, cioè, il legislatore ha affidato a questi soggetti un compito impegnativo, senza prevedere il necessario supporto e dunque esacerbando lo stato di crisi in cui essi versavano già prima dell'adozione della l. n. 162 del 2021.

Inoltre, non viene in alcun modo precisato che cosa si debba intendere con "anomalie o criticità" e non si tiene neppure in considerazione il fatto che Consigliere e Consiglieri di Parità non hanno le competenze proprie di un ente certificatore per poter valutare se sussistano, per l'appunto, "anomalie o criticità" ed, eventualmente, di quale gravità siano.

⁴² Cfr. CASANO, op. cit., 170 ss.

⁴³ Secondo i dati più recenti a disposizione (8 agosto 2024), le imprese che hanno ottenuto la certificazione di genere ammontano già a 2267, a dimostrazione del fatto che l'istituto sta avendo notevole successo: i suddetti dati sono disponibili al sito web del Governo italiano specificatamente dedicato alla certificazione di genere <https://certificazione.pariopportunita.gov.it/public/home>.

Infine, non si comprende a quali esiti possa portare la segnalazione, visto che la disposizione in esame non fa alcun riferimento ad una eventuale revoca della certificazione di genere⁴⁴.

Insomma, una procedura regolamentata in modo per nulla chiaro, che rischia non soltanto di rendere poco efficace nel tempo lo strumento della certificazione di genere, ma che rende altresì ancor più complessa e faticosa l'attività quotidiana di Consigliere e Consiglieri di Parità.

5. Qualche (timida) prospettiva di rilancio

Il quadro che emerge da quanto si è detto sin qui presenta problemi e criticità tali da mettere in dubbio la sopravvivenza stessa di Consigliere e Consiglieri di Parità, alla luce da un lato dello “svuotamento” economico-organizzativo e dall'altro della paradossale attribuzione di nuove competenze che tali figure hanno conosciuto specie negli ultimi anni. In proposito, va peraltro sottolineato come, in tempi recentissimi, abbia iniziato a emergere qualche (per ora assai timida) prospettiva di rilancio di Consigliere e Consiglieri di Parità, di natura come si accennava in Premessa sia eminentemente politica che più propriamente tecnico-giuridica.

In merito al primo aspetto, non può che salutarsi con favore il fatto che, facendo seguito alla nomina delle nuove Consigliere Nazionali di Parità (effettiva e supplente)⁴⁵, alla riunione della rete tenutasi a Roma lo scorso 10 luglio 2024 la Ministra del Lavoro e delle Politiche Sociali si sia impegnata formalmente a rifinanziare il fondo di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 198 del 2006. Tale rifinanziamento potrebbe certo dotare gli uffici di Consigliere e Consiglieri di Parità di maggiori risorse, ma andrebbe a giudizio di chi scrive accompagnato da una rivisitazione complessiva di tutta la normativa di riferimento (ovvero dei precedenti artt. 16 e 17) al fine di chiarire una volta per tutte e in modo preciso quale ruolo debbano esercitare, in proposito, gli enti di incardinamento e quali siano, invece, le attribuzioni del suddetto fondo.

La presa di posizione della Ministra del Lavoro e delle Politiche Sociali è probabilmente legata, tra l'altro, al secondo degli aspetti citati, ovvero alla circostanza che, in tempi in realtà recentissimi, il rinnovato “attivismo sociale” dell'Unione europea ha significativamente riguardato, tra le altre cose, anche i c.d. organismi di parità.

Questi ultimi sono stati infatti oggetto, pur con diversi gradi di intensità, di tre atti normativi.

⁴⁴ Che dovrebbe in realtà costituire l'esito di un processo in cui le rilevate “anomalie o criticità” non siano effettivamente rimosse dall'impresa interessata.

⁴⁵ Avvenuta con decreto interministeriale del 12 marzo 2024.

Dapprima, nel maggio del 2023, è stata adottata la direttiva n. 970 concernente la c.d. trasparenza retributiva⁴⁶, che include gli organismi di parità (il primo riferimento ai quali era contenuto nella già citata direttiva n. 2006/54/CE) nel relativo sistema, conferendo loro un ruolo significativo con riguardo tanto all'edificazione di esso quanto alla sua concreta attuazione.

Ancor più di recente, nel giugno del 2024, sono state poi licenziate le direttive n. 1499⁴⁷ e n. 1500⁴⁸, significativamente dedicate alla disciplina complessiva degli organismi di parità⁴⁹. Si tratta di provvedimenti normativi che presentano contenuti piuttosto simili tra loro, pur occupandosi di ragioni di discriminazione diverse (e avendo pure basi giuridiche differenti⁵⁰).

Sebbene non sia questa la sede per entrare nel dettaglio di tali due direttive, vi sono alcune norme in esse contenute che saltano agli occhi, specie avendo a mente la situazione in cui attualmente versano, in Italia, Consigliere e Consiglieri di Parità. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 4 di entrambe, che è dedicato alle risorse di cui gli organismi di parità debbono essere dotati. Le suddette norme, pressoché identiche, stabiliscono infatti che “gli Stati membri provvedono, in conformità delle rispettive procedure di bilancio nazionali, affinché ciascun organismo per la parità sia dotato delle risorse umane, tecniche e finanziarie necessarie per svolgere tutti i suoi compiti ed esercitare tutte le sue competenze in maniera efficace (...)”.

Considerato che, ai sensi degli atti normativi in esame, gli organismi di parità sono chiamati a realizzare un novero molto ampio e variegato di attività⁵¹, è del tutto evidente che quando il legislatore nazionale si occuperà della trasposizione di essi (il termine ultimo è fissato, per entrambe le direttive, al 19 giugno 2026) dovrà certamente decidere, anzitutto,

⁴⁶ Si tratta, nello specifico, della “Direttiva (UE) 2023/970 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023 volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza retributiva e i relativi meccanismi di applicazione”. Per un primo commento in ordine a tale provvedimento normativo si v. VALLAURI, *Direttiva (UE) 2023/970: una nuova strategia per la parità retributiva*, in *LDE*, 2023, 3, 2 ss.

⁴⁷ Si tratta della “Direttiva (UE) 2024/1499 del Consiglio, del 7 maggio 2024, sulle norme riguardanti gli organismi per la parità in materia di parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza o dall'origine etnica, tra le persone in materia di occupazione e impiego indipendentemente dalla religione o dalle convinzioni personali, dalla disabilità, dall'età o dall'orientamento sessuale e tra le donne e gli uomini in materia di sicurezza sociale e per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, e che modifica le direttive 2000/43/CE e 2004/113/CE”.

⁴⁸ Ovvero la “Direttiva (UE) 2024/1500 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulle norme riguardanti gli organismi per la parità nel settore della parità di trattamento e delle pari opportunità tra donne e uomini in materia di occupazione e impiego, e che modifica le direttive 2006/54/CE e 2010/41/UE”.

⁴⁹ Su tali organismi si v. CALAFÀ, *Equality bodies in attesa di riordino*, in *LD*, 2023, 23 ss.

⁵⁰ La Direttiva n. 1499 del 2024 è infatti fondata sull'art. 19, par. 1 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), mentre la n. 1500 si basa sull'art. 157, par. 3 del medesimo TFUE. La conseguenza più significativa di tale diversa base giuridica è consistita nella differente procedura legislativa seguita per adottare i suddetti atti normativi (speciale nel caso della direttiva n. 1499, ordinaria in quello della n. 1500).

⁵¹ Si pensi, a mero titolo meramente esemplificativo, alle attività di sensibilizzazione, prevenzione e promozione, all'assistenza alle vittime, alla possibilità di svolgere accertamenti e di rilasciare pareri o decisioni, nonché di agire in giudizio.

se e come riformare l'esistente, ma non potrà poi esimersi, nel farlo, dal prevedere che gli organismi di parità operanti sul territorio possano contare su uffici, personale e fondi sufficienti a portare avanti appropriatamente i compiti loro assegnati.

Se dunque la situazione attuale non è certo confortante, sembra di poter affermare che, proprio grazie ai recentissimi interventi dell'Unione europea, le prospettive future siano un po' meno fosche di quanto ci si sarebbe potuti aspettare fino a poco tempo fa, anche se, ovviamente, molto dipenderà dai tempi e dai modi della relativa attuazione. Su tali ultimi aspetti si proverà a dire qualcosa nel prossimo (e ultimo) paragrafo.

6. Riflessioni conclusive

Volendo infatti tentare di trarre qualche conclusione da quanto si è detto sin qui, si ritiene di poter affermare che, se la situazione attuale, per come la si è descritta, è decisamente sconfortante, sono gli spiragli aperti dalla recente legislazione eurounitaria a determinare un cauto ottimismo.

Del resto, la legislazione attuale in materia di Consigliere e Consiglieri di Parità è già ora assai progredita, essendosi tra l'altro ulteriormente evoluta negli ultimi anni, come dimostrano, in particolare, gli interventi di cui alla l. n. 162 del 2021 (su tutti: la certificazione della parità di genere). Ciò che invece non funziona correttamente è il versante pratico-applicativo di tale legislazione che, già problematico in origine, si è ulteriormente impoverito a seguito dei tagli voluti dal "Jobs Act" del 2015, a cui si sono paradossalmente accompagnate nuove competenze "a costo zero".

Di fronte a questa sorta di "schizofrenia" del sistema, l'intervento del legislatore eurounitario non può che essere salutato con favore, anche se, come si accennava poco sopra, non è al momento dato sapere come si muoveranno, nell'attuarlo, Parlamento e Governo italiani.

La prospettiva forse più concreta (e probabile) è quella di una rivisitazione complessiva dell'attuale "sistema" delle Consigliere e dei Consiglieri di Parità, che, al di là dei problemi segnalati, rappresenta comunque un'esperienza consolidata. In tale rinnovato contesto alle Consigliere e ai Consiglieri di Parità verrebbe così affidata, oltre a quella concernente il genere, anche la competenza relativa alle altre ragioni di discriminazione (di cui alla direttiva 2024/1499/UE). Ne conseguirebbe un ulteriore, assai significativo aumento della mole di lavoro dei "nuovi" organismi di parità (che si vedrebbero tra l'altro attribuiti anche gli altri compiti trasversalmente previsti delle direttive citate), con riguardo al quale la questione delle risorse si farebbe, evidentemente, ancor più impellente e decisiva.

Che un modello di questo genere possa funzionare non è di certo escluso, tutt'altro, come del resto dimostra l'esperienza di alcune/i Consigliere e Consiglieri di Parità i cui ambiti di competenza vanno già attualmente ben oltre le discriminazioni di genere⁵².

Quella del “garante contro le discriminazioni” è dunque una prospettiva molto interessante e dalle grandi potenzialità, specie alla luce del fatto che come purtroppo ben noto nelle società occidentali (e non solo) le diseguaglianze, anziché diminuire, sono in costante aumento. Si tratta peraltro anche di una prospettiva la cui attuazione concreta sarà direttamente per decretarne il successo o il fallimento, come dimostra, in negativo, l'esperienza accumulata negli ultimi anni proprio da Consigliere e Consiglieri di Parità, soprattutto a livello provinciale.

⁵² Si fa riferimento, in particolare, al Consigliere di Parità della Provincia Autonoma di Trento e alla Consigliera di Parità della Provincia Autonoma di Bolzano che, per espressa previsione della legislazione provinciale di riferimento, hanno competenza anche sul *mobbing*. La Consigliera di Parità della Provincia Autonoma di Bolzano è altresì Presidente dell'Osservatorio provinciale sui diritti delle persone con disabilità (di cui alla relativa Convenzione ONU del 2006).

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza 22 gennaio 2024, n. 2573 – Pres. Piccialli – Est. Giordano – P.M. Lignola (concl. rigetto) – A. V. e S. V.

Conferma App. Palermo, sent. n. 481/2023.

Sfruttamento lavorativo – Stato di bisogno – Vulnerabilità – Status migratorio – Indici di sfruttamento – Retribuzione – Sproporzione tra corrispettivo e qualità e quantità del lavoro prestato – Tutele.

Il termine “retribuzione”, pur evocando nel sinallagma contrattuale il rapporto di subordinazione, non confina l’applicabilità dell’indice de quo al rapporto di lavoro subordinato ma si estende a qualsiasi forma di corrispettivo per un’attività lavorativa accettata in uno stato di bisogno, di cui approfitta una parte per la disparità di forza contrattuale, ancorché qualificato o simulato sotto altri tipi contrattuali. Pertanto, il termine si riferisce a qualsiasi obbligazione corrispettiva sorta da un contratto avente ad oggetto una prestazione lavorativa pattuita approfittando dello stato di bisogno del lavoratore.

Lo sfruttamento lavorativo tra valutazione degli indici legali e *status migratorio**

Daniela Lafratta

Assegnista di ricerca nell’Università di Milano

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo. – 3. Abuso dello stato di bisogno e vulnerabilità. – 4. Gli indici di sfruttamento. – 4.1. La retribuzione palesemente difforme. – 5. Alcune osservazioni conclusive.

Sinossi: Il contributo si sofferma sul reato di sfruttamento lavorativo *ex art. 603-bis*, c.p., con particolare attenzione ai concetti di “stato di bisogno” e di “vulnerabilità, rispettivamente costitutivi dei reati di sfruttamento lavorativo e riduzione in schiavitù *ex artt. 603-bis* e 600 c.p. La sentenza del 22 gennaio 2024 ha delimitato il concetto di «retribuzione palesemente difforme» attraverso l’analisi dell’indice di sfruttamento *ex art. 603*, comma 3, *sub* 1). L’A. evidenzia la mancanza di elementi idonei a comprendere la posizione amministrativa dei lavoratori migranti interrogandosi sulla corretta qualificazione del reato.

* Il presente contributo si colloca nell’ambito del Prin 2020 prot. 2020cjl288 INSPIRE - Strategie di inclusione attraverso la partecipazione nel lavoro per il benessere organizzativo.

Abstract: *The A. focuses on the crime of labour exploitation under Article 603-bis, Criminal Code, with particular attention to the concepts of “state of need” and “vulnerability”, respectively constitutive of the crimes of labour exploitation and enslavement according to articles 603-bis and 600 of the Criminal Code. The judgment of 22 January 2024 defined the concept of “manifestly non-conforming remuneration” through the analysis of the exploitation index under Article 603, paragraph 3, sub 1). The A. highlights the lack of elements suitable for understanding the administrative position of migrant workers and questions the correct classification of the crime.*

1. Il caso

La vicenda prende le mosse dalla condanna inflitta dal Tribunale di Marsala nei confronti dei ricorrenti V.A e V.S., condannati in relazione al reato di sfruttamento del lavoro aggravato *ex art. 603-bis*, comma 1, n. 2, c.p., per aver impiegato nella propria azienda agricola quattro lavoratori extracomunitari, a fronte di una retribuzione media di 3 euro l'ora, durante giornate lavorative di 9 ore, tra luglio e novembre 2017. Con la pronuncia veniva disposta la confisca dei terreni ove era stata prestata l'attività dei lavoratori sfruttati, di proprietà degli imputati. I medesimi venivano invece assolti, con formula piena perché il fatto non sussiste, per il capo di imputazione di intermediazione fittizia *ex art. 603-bis*, comma 1, n. 1, c. p., in relazione al reclutamento di uno di tali lavoratori, per destinarlo al lavoro presso terzi, in condizione di sfruttamento. Quanto deciso dal Tribunale di Marsala del 23 aprile 2021 veniva confermato dalla Corte di appello di Palermo con sentenza del 30 gennaio 2023 n. 481, avverso la quale gli imputati proponevano ricorso per cassazione. La difesa dei ricorrenti, articola l'impugnazione sulla scorta di tre motivi. Preliminarmente, essa lamenta l'erronea applicazione della legge penale e la contraddittorietà della motivazione, avendo il giudice parametrato le paghe dei lavoratori alla retribuzione prevista dal CCNL di categoria. Per la difesa, infatti, non appare integrata la sproporzione tra la paga di 55 euro netti al giorno previsti dal contratto collettivo e gli effettivi 45 euro percepiti dai lavoratori. Il secondo e il terzo motivo di ricorso, strettamente collegati tra di loro, attengono invece alla dedotta contraddittorietà della motivazione in ordine alla confisca e mancata restituzione dei terreni.

2. Il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro

Al fine di comprendere la portata della pronuncia in commento, è necessario l'esame della disciplina penale relativa al reato *ex art. 603-bis*, c.p.

Il noto e annoso problema del lavoro irregolare ha sempre interessato il legislatore, seppur in modo poco vigoroso¹ almeno sino al 2016², quando, attraverso la l. 29 ottobre 2016 n. 199, veniva modificato l'art. 603-bis c.p., rubricato «Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro»³.

Le novità del 2016 hanno allargato il perimetro di operatività dell'incriminazione certamente oggi agevolando, dal punto di vista processuale, e ampliando, sotto il profilo sostanziale, le tutele di coloro che si trovano a prestare attività lavorativa in condizioni di sfruttamento.

La norma consta di due condotte delittuose che, rispettivamente individuano, la fattispecie base⁴ seguita dalla previsione aggravata di cui al comma 2⁵. La disposizione si chiude con l'elencazione degli indici presuntivi di sfruttamento sui cui si tornerà *infra*. Il riformato impianto normativo riscrive la precedente formulazione apportando numerose novelle. In primo luogo, viene predisposto un impianto binario, che consente di perseguire penalmente non solo la condotta dell'intermediario che fornisce manodopera a terzi, ma anche quella della parte datrice che fattualmente “sfrutta” il lavoratore⁶. In tal modo, si affianca

¹ La prima regolamentazione del fenomeno si ebbe con l'introduzione, nel codice penale, dell'art. 603-bis a opera dell'art. 12, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148. Tuttavia la norma presentò sin da subito una carente forza repressiva. Sulle lacune e sui limiti della disposizione ne tratta ampiamente DI MARTINO, “Caporalato” e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata, in *DPC*, 2015, 2, 106; RONCO, *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: problematiche applicative e prospettive di riforma*, in *LG*, 2016, 7, 665; da altro punto di vista l'inefficacia della fattispecie penale appare chiara anche sul piano processuale e di fatti, si contano appena due sentenze inerenti l'originaria applicazione dell'art. 603-bis. Sul punto si rinvia a TASCHINI, *Caporalato e sfruttamento lavorativo in agricoltura*, in *RDSS*, 2022, 4, 641; sull'impianto normativo precedente all'introduzione dell'art. 603-bis c.p., v. MOTTA, *Sulla disciplina di contrasto al grave sfruttamento lavorativo*, in *DA*, 2017, 1, 67-72. Ampissimo, anche per la completa letteratura, il lavoro monografico di MERLO, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e al “caporalato” Dai braccianti ai riders. La fattispecie dell'art. 603 bis c.p. e il ruolo del diritto penale*, Giappichelli, 2020.

² STOPPIONI, *Intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo: prime applicazioni dell'art. 603-bis c.p.*, in *DIC*, 2019, 2, 70-94. L'A. esamina l'applicazione della norma penale operando un confronto della fattispecie prima e dopo la novella.

³ Non mancano tuttavia critiche anche in ordine al riformato impianto penale. Sul punto si veda TORRE, *Lo sfruttamento del lavoro. La tipicità dell'art. 603-bis cp tra diritto sostanziale e prassi giurisprudenziale*, in *QG*, 2019, 4, 93. Il contributo, si sofferma, in particolar modo, sulla mancanza di una definizione di “sfruttamento” che viene sostanzialmente rimessa, per la sua qualificazione, ai cd. indici generando risultati non convincenti sul piano processuale; GIANFROTTA, *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: luci e ombre di una riforma necessaria. Come cambia la tutela penale dopo l'approvazione della legge n. 199/2016*, in *QG*, 2016, 7, 665; MOTTA, *op. cit.*, 86-91.

⁴ Cfr. art. 603-bis c.p., comma 1: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da 500 a 1.000 euro per ciascun lavoratore reclutato, chiunque: 1) recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori; 2) utilizza, assume o impiega manodopera, anche mediante l'attività di intermediazione di cui al numero 1), sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno».

⁵ Cfr. art. 603-bis c.p., comma 2: «Se i fatti sono commessi mediante violenza o minaccia, si applica la pena della reclusione da cinque a otto anni e la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore reclutato».

⁶ Il testo originario ometteva l'ipotesi di sfruttamento del lavoratore posto in essere dal datore di lavoro in veste di diretto reclutatore. In altri termini era punito esclusivamente il fenomeno del cd. “caporalato”. Si v. D. GAROFALO, *Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento del lavoro (non solo in agricoltura)*, in *RDSS*, 2018, 2, 233 ss.

alla figura del reclutatore/caporale⁷ quella dell'utilizzatore della manodopera⁸ che, nel previgente sistema rispondeva, al più di concorso morale⁹ con l'illecito intermediario. In secondo luogo, la «violenza o minaccia» muta la sua funzione rispetto all'originaria formulazione, da elemento costitutivo del reato a circostanza aggravante¹⁰. Si rammenti che l'impianto nativo della norma attribuiva alla «violenza o minaccia» carattere qualificatorio della condotta¹¹ e, pertanto, in assenza di tali forme di coercizione non poteva dirsi integrato il reato. L'assunto porta immediatamente a concludere che siffatta condizione ove non realizzata, rendeva non punibile il fare di chi applicava condizioni di lavoro non conformi alla legge e astrattamente riconducibili allo sfruttamento svuotando, in parte, la pena della sua funzione deterrente.

3. Abuso dello stato di bisogno o della condizione di vulnerabilità

La sentenza in commento richiama a più riprese il concetto di «stato di bisogno» ed espressamente allorché ...L'abuso dell'appena menzionato stato di bisogno raffigura un tratto in comune tra l'attuale e la previgente formulazione dell'art. 603-*bis* e rappresenta un elemento costitutivo della norma incriminatrice. Lo sfruttamento, infatti, è passibile di sanzione se e in quanto realizzato approfittando della condizione di debolezza del lavoratore¹². Tale circostanza promana dallo stato di bisogno, come elaborato dalla giurisprudenza, la quale tende a ravvisarlo nella condizione di precarietà economica ed esistenziale della vittima del reato¹³.

⁷ Merita attenzione la disamina svolta da OMIZZOLO, *Dal caporalato al padronato. Riflessioni critiche sul sistema del grave sfruttamento lavorativo*, in *MM*, 2022, 2, 9-36; sulla figura del "caporale", MOTTA, *op. cit.*, 62-64.

⁸ Il testo della norma usa l'espressione «chiunque» aprendo quindi alla figura del datore di lavoro che «utilizza, assume o impiega manodopera».

⁹ Sul concorso *ex art.* 110 c.p., ovvero sulla difficoltà oggettiva di ricondurre la condotta del datore di lavoro nell'alveo del concorso morale si guardi DI MARTINO, *op. cit.*, p. 110 e 118. In particolar modo, è degna di attenzione la ricostruzione proposta dall'A. affinché si potesse ricondurre parte datrice tra i soggetti agenti senza ricorrere al concorso di persone.

¹⁰ In dottrina si riscontrano pareri diversi sul punto. In particolare, c'è chi sostiene la natura di fattispecie autonome v. D. GAROFALO, *op. cit.*, p. 241 e chi, contrariamente sostiene, il carattere di aggravante speciale ad effetto speciale della fattispecie e ivi assoggettabile al giudizio di bilanciamento *ex art.* 69 c.p. Sul punto v. SOTTOSANTI, in *parolaalladifesa.it*, 2017, 30.

¹¹ BRASCHI, *Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: elementi costitutivi e apparato sanzionatorio*, in *LDE*, 2022, 2, 4.

¹² Entrambe le condotte *ex art.* 603-*bis*, commi 1 e 2, richiedono, per la loro configurazione, l'approffittamento dello stato di bisogno.

¹³ Così, nella giurisprudenza di legittimità, Cass. pen., Sez. IV, 16 marzo 2021, n. 24441, Cass. pen., Sez. IV, 26 febbraio 2020, n. 7569 e Cass. pen., Sez. IV, 9 marzo 2021, n. 10554, in www.cortedicassazione.it; nel caso specifico di lavoratori stranieri irregolari la Suprema Corte individua sovente lo stato di bisogno nella clandestinità dei migranti che *ex se* rappresenta approfittamento, v. Cass. pen., Sez. V, 12 gennaio 2018, n. 17939, liberamente accessibile su https://www.lavorosi.it/fileadmin/user_upload/GIURISPRUDENZA_2018/Cass.-sent.-n.-17939-2018.pdf; nella giurisprudenza di merito v. cfr. GIP Trib. Lodi, ordinanza 21 aprile 2020; GIP Trib. Milano, ord. 12 marzo 2018.

Sul piano dottrinale si è spesso attinto ai principii espressi relativamente al reato di usura¹⁴, costruendo una nozione di stato di bisogno imperniato sulla condizione di difficoltà materiale, meno intensa della necessità, ma tale da incidere comunque sulla capacità di autodeterminazione del soggetto passivo¹⁵. Siffatta situazione, pertanto, si realizza nella concreta impossibilità a reperire mezzi di sussistenza idonei a soddisfare le esigenze minime esistenziali. Tuttavia, muoversi in questo perimetro non è affatto agevole¹⁶, stante il pericolo di sconfinare nel concetto di abuso della posizione di vulnerabilità¹⁷, nozione questa ben chiarita dall'art. 2, par. 2 della direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, recentemente recepita con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24.

Il processo di riforma è finalizzato a rafforzare la protezione delle persone vulnerabili, novero che dovrebbe comprendere almeno «i minori, i minori non accompagnati, gli anziani, i disabili, le donne, in particolare se in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le persone con disturbi psichici, le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica, sessuale o di genere» (considerando 12).

Nel duplice intento di estendere, nella misura più ampia possibile, la tutela penale nei riguardi di ogni forma di sfruttamento della condizione di inferiorità della vittima, e di allineare la legislazione nazionale alle indicazioni internazionali ed europee in materia, il d.lgs. n. 24/2014 introduce significative modifiche al codice penale e al codice di procedura penale. In particolare, dando attuazione all'art. 2 della direttiva europea cit., la novella introduce il riferimento alla situazione di «vulnerabilità»¹⁸ quale «situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima». Tale elemento, di evidente gravità, rientra tra i presupposti costitutivi della fattispecie del reato di riduzione e mantenimento in schiavitù, di cui all'art. 600 c.p.¹⁹. Per esso,

¹⁴ V. D. GAROFALO, *op. cit.*, 237.

¹⁵ Ne tratta ampiamente BRASCHI, *Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: elementi costitutivi e apparato sanzionatorio*, in *LDE*, 2022, 2, 25 ss.

¹⁶ Il codice penale prevede e punisce, agli artt. 600, 601 e 603-bis, rispettivamente i reati di riduzione in schiavitù, la tratta di persone e lo sfruttamento lavorativo. Tuttavia, le disposizioni appena richiamate, pur prevedendo tra gli elementi costitutivi l'approfittamento della situazione di vulnerabilità (art. 600 e 601, c.p.) ovvero l'abuso dello stato di bisogno (603-bis, c.p.) non dispongono di alcuna definizione ovvero di elementi utili al corretto inquadramento delle condotte. Concorda in tal senso NICODEMI, *Tratta di persone, schiavitù, sfruttamento lavorativo. Le diverse forme di protezione e di tutela accordabili in considerazione della varietà delle fattispecie e dei bisogni delle persone*, in *DIC*, 2024, 1, 10; sui diversi elementi costitutivi dei reati di cui agli artt. 600, 601 e 603-bis c.p., in versione critica MOTTA, *op. cit.*, 72-75. Per una ricostruzione sul piano sovranazionale v. MONGILLO, *Forced labour e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione*, in *RTDPE*, 2019, 3-4, 630-675.

¹⁷ In termini sociologici ci si riferisce a situazioni di estrema e intollerabile povertà, disuguaglianze, discriminazioni e violenza di genere, su cui v. ampiamente DI MARTINO, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi tra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *AP*, 2019, 1, 19.

¹⁸ Fornisce un'ampissima disamina del concetto di vulnerabilità TRUCCO, *Grave sfruttamento lavorativo, caporalato, riduzione in schiavitù: la tutela della vittima alla luce del quadro normativo*, in *SE*, 2014, 193, 61-73.

¹⁹ Cfr. d.lgs. n. 24/2014, «Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI».

già la giurisprudenza di legittimità aveva peraltro qualificato la vulnerabilità quale stato di necessità talmente grave da comprimere in modo assoluto qualunque libertà di scelta²⁰.

Orbene, rispetto alla pronuncia in commento non è dato riscontrare se i lavoratori migranti sfruttati fossero, sul territorio nazionale, in posizione di regolarità del soggiorno o in condizione di irregolarità amministrativa. La mancanza non appare di poco conto proprio alla luce delle differenti risultanze derivanti dal corretto inquadramento tra stato di bisogno e vulnerabilità.

Vagliando le due situazioni, infatti, si può giungere a risultati ben diversi tra di loro, tanto in punto di pena, ivi in ordine alla gravità delle condotte poste in essere dal soggetto attivo, quanto sulla profondità della lesione alla dignità umana.

Ove si consideri i lavoratori quali soggetti regolarmente presenti, *nulla questio*. Banalmente, il titolare di permesso di soggiorno, sebbene in condizioni esistenziali dure e temporaneamente privo di mezzi di sussistenza, resta in grado di reperire altra attività lavorativa. Il possesso del valido titolo, infatti, apre un ventaglio di possibilità di miglioramento della propria condizione, tale da consentire al lavoratore, che pur ha accettato l'impiego, di tentare di occuparsi altrove. Sicché, per meglio dire, lo stato di bisogno, e quindi la necessità impellente di procurarsi i mezzi economici per il soddisfacimento delle urgenze minime essenziali, rende il processo di autodeterminazione del soggetto forse viziato, ma non talmente compromesso da impedirgli di cercare alternative. Pertanto, nel caso di specie, se i lavoratori sfruttati fossero stati in possesso di regolare permesso, sarebbe certo corretta la qualificazione del reato *ex art. 603-bis*, c.p.

Diversamente, ricadendo nella seconda ipotesi, lo scenario sarebbe ben diverso.

Un cittadino straniero, privo di cittadinanza europea, presente sul territorio nazionale ma sprovvisto di permesso di soggiorno versa in una posizione diversa dal (mero) stato di necessità. Qui, è d'obbligo una premessa: l'irregolarità amministrativa non sempre è frutto di una scelta volontaria della persona, al fine di eludere controlli e carichi (fiscali e previdenziali): anzi, al contrario, sovente la clandestinità è condizione indipendente dalla scelta del singolo²¹. I molteplici esempi raccolti e studiati²² mostrano come le vittime di sfruttamento

²⁰ Così in Cass. pen., Sez. IV, 16 marzo 2021, n. 24441, in www.cortedicassazione.it.

²¹ Ne tratta approfonditamente il recentissimo Rapporto ILO, *Proteggere i diritti dei lavoratori migranti in situazioni d'irregolarità e gestire le migrazioni irregolari per motivi di lavoro: Un compendio*, 2023, 13 e 14, in https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-rome/documents/publication/wcms_867987.pdf.

²² Gli strumenti per l'individuazione delle persone trafficate sono contenuti nelle «Linee guida per la rapida identificazione delle vittime di tratta e grave sfruttamento» allegate al «Piano nazionale di azione contro la tratta e il grave sfruttamento», previsto dall'art. 13, l. 11 agosto 2003, n. 228. Tali strumenti si sono resi necessari per consolidare e rilanciare l'azione delle istituzioni per prevenire e contrastare la tratta degli esseri umani e assicurare un'adeguata protezione delle vittime, in linea con quanto previsto dalla Convenzione di Varsavia del 16 maggio 2005, ratificata dall'Italia con l. 2 luglio 2010, n. 108. Per un'esauritiva ricognizione degli indicatori della tratta si v. FLAMINI, MASETTI ZANNINI, *La protezione dei cittadini stranieri vittime di sfruttamento lavorativo*, in *LAD*, 2022, 6, 116-119. Effettua una mappatura dei primi esiti dell'azione di sistema contenuta nel Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato 2020-2022, CORNICE, *La condizione dei braccianti agricoli di origine straniera. Tra criticità strutturali e azioni di contrasto allo sfruttamento lavorativo*, in *Sinapsi*, anno 2022, 1, 80-93. Similmente LECCESE, CANFORA, *Lavoro irregolare e agricoltura. Il Piano triennale per il contrasto*

lavorativo versino per e da lunghi periodi in condizione di clandestinità, spesso collegata al debito personale e familiare connesso al viaggio e ingresso irregolari²³.

Ictu oculi, il cittadino e (ancora di più) la cittadina straniera²⁴ privi di permesso di soggiorno sono in posizione peggiore rispetto allo stato di bisogno. Lo *status* irregolare è idoneo a integrare *ex se* la vulnerabilità dei lavoratori migranti mancando il presupposto amministrativo per la regolare costituzione del rapporto di lavoro²⁵. Tale impossibilità, insieme con la consapevolezza di non avere titolo abilitante alla permanenza sul territorio nazionale, priva inesorabilmente la persona di ogni alternativa. Questa, proprio in ragione del proprio *status* non regolare, si sentirà e sarà obbligata ad accettare qualunque condizione lavorativa, pur di soddisfare i propri bisogni minimi ed essenziali. Ma vi è più: la condizione di clandestinità genera un sentimento di paura e sfiducia nei confronti delle forze dell'ordine²⁶ nonché la percezione di un destino inesorabilmente segnato dalla impossibilità di denunciare la propria condizione²⁷: su tali sentimenti si fonda e rafforza

allo sfruttamento lavorativo, tra diritto nazionale e regole di mercato della nuova PAC, in *DA*, 2021, 1, 39-80.

²³ Si tratta del cd. *smuggling*. Le persone che si rivolgono alla organizzazione di trafficanti per ottenere il loro trasferimento illegale, non dispongono di un capitale proprio e quindi contraggono dei debiti con l'organizzazione che si occupa del loro trasferimento. Ove spesso personalmente e per condizione familiare si verifica l'incapacità di far fronte all'obbligazione, le stesse persone vittime del traffico illegale di esseri umani finiscono per essere asservite all'organizzazione criminale che ha curato l'ingresso clandestino.

²⁴ Parla di «sfruttamento intersezionale come neologismo sintattico», CALAFÀ, *Per un approccio multidimensionale allo sfruttamento lavorativo*, in *LD*, 2021, 2, 193-213.

²⁵ Sul tema v. COSTA, *Il diritto alla protezione "speciale" del migrante vittima di sfruttamento lavorativo (nota a Trib. Torino ord. 24 maggio 2022)*, in *DRI*, 2023, 1, 117-124, che affronta la questione relativa al rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale ex art. 19, commi 1 e 1.1, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, seppur nella previgente e abrogata formulazione. Il contributo si sofferma anche sul rilascio del permesso di soggiorno ex art. 18, d.lgs. n. 286/1998, formalmente volto alla tutela delle vittime di tratta e di grave sfruttamento. Più dettagliatamente sull'art. 18 TUI v. SANTORO, STOPPIONI, *Il contrasto allo sfruttamento lavorativo: i primi dati dell'applicazione della legge 199/2016*, in *DLRI*, 2019, 2, 267-284; sui soggetti e sulle condizioni per l'applicabilità dell'art. 18, TUI, v. SANTORO, GENOVESE, *L'articolo 18 (t.u. immigrazione) e il contrasto allo sfruttamento lavorativo: la fantasia del giurista tra libertà e dignità*, in *DLRI*, 2018, 3, 543-579.

²⁶ Il passaggio è mirabilmente colto dalla recentissima Cass. pen., VI Sez., 18 gennaio 2024, n. 2319, ove, ritenendo non punibili le vittime della tratta, ha precisato che «tale principio è riconosciuto sulla base di un dato fattuale, derivante dall'essere le persone trafficate frequentemente coinvolte in attività illecite, proprio a causa della pressione, anche economica, derivante dalla grave violazione dei diritti umani che subiscono, sì da escludere qualsiasi forma di autonomia decisionale per il potere ricattatorio cui sono costrette. Si tratta di un meccanismo potenzialmente idoneo ad annientare la fiducia nelle autorità del paese di destinazione per sottrarsi al circuito dello sfruttamento, e dunque all'imposizione dell'obbligo criminogeno, nel quale restano avvilluppate, con evidenti conseguenze anche in termini di vittimizzazione secondaria conseguente al processo penale che devono affrontare».

²⁷ Ci si vuol riferire alla parziale errata convinzione di non poter sporgere querela, nel timore di essere sottoposta alla procedura di espulsione amministrativa ex art. 13, comma 2, d.lgs. n. 286/1998, che costringerebbe la persona migrante al rientro in patria e al rischio di *re-trafficking*, ovvero alla concreta possibilità di restare nuovamente vittima dello stesso traffico di esseri umani; tratta la problematica relativa al possesso di titolo di soggiorno e del dovere dei servizi ispettivi di procedere a segnalazione di coloro che ne risultano privi, OLIVERI, *Lo sfruttamento lavorativo come reato. Problemi di teoria critica del diritto*, in *DD*, 2019, 1, 128-154; sotto ulteriore profilo, sovente rileva l'incapacità delle vittime a percepire lo sfruttamento lavorativo ovvero che tale abuso risulta addirittura «preferibile all'apparato normativo ostico e repressivo», si rinvia a MORNIOLO, DE FILIPPO, *La tratta a fini di grave sfruttamento lavorativo: gli interventi tra complessità e problemi di definizione*, in *CS*, 2014, 192, 25-34.

l'abuso posto in essere dagli sfruttatori che, ben consapevoli di tale sentire, credono e spesso restano impuniti²⁸.

Così intesa, la vulnerabilità²⁹, quale condizione rispetto alla quale la persona non ha alternative reali ed accettabili se non quella di approvare la sottomissione, è concetto ben diverso dallo stato di bisogno e risulta idonea ad assoggettare le persone a forme di suditanza talmente gravi da sfociare nella riduzione in schiavitù³⁰.

Per sottrazione, si ritiene che, non essendosi soffermata sulla posizione amministrativa dei lavoratori irregolarmente impiegati, non fornendo elementi idonei a ricostruire le condizioni di vita dei migranti, la pronuncia in commento pare collocarsi nella prospettiva dei soggetti regolarmente presenti sul territorio nazionale, poiché diversamente, è lecito pensare che i fatti sarebbero stati ascrivibili al più grave reato previsto e punito dall'art. 600 c.p.

Ma, sotto questo profilo, la sentenza rappresenta un'occasione persa per fornire un univoco *discrimen*³¹ tra stato di bisogno e vulnerabilità. Nel doppio silenzio, normativo e giurisprudenziale, il confine tra la fattispecie *sub* art. 600 c.p., rispetto all'art. 603-*bis* c.p., è stato individuato nell'assenza della libertà personale³². Ma tale approccio non appare condivisibile: la vulnerabilità deve invece cogliersi nell'assenza di autodeterminazione nelle proprie scelte esistenziali, e non nell'assenza della libertà personale, fatto questo gravissimo ma che si ritiene estraneo alla fattispecie in esame³³.

²⁸ Importantissimo sul tema e sui «metodi propri delle organizzazioni mafiose» posti in essere da caporali e sovente dai datori di lavoro a danno dei lavoratori stranieri, OMIZZOLO, SODANO, *Indagine sul contrasto allo sfruttamento lavorativo e di manodopera immigrata in Italia: dalla direttiva europea Sanzioni alla legge Rosarno*, in *DS*, 2016, 1, 193-229.

²⁹ Emblematica, in tal senso, la pronuncia della Cedu, caso *Choudury e altri v. Grecia*, del 30 marzo 2017. La Corte, attraverso un'interpretazione evolutiva dell'art. 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che vieta la schiavitù e il lavoro forzato, giunge a sostenere che la condizione di irregolarità dei lavoratori sfruttati integra una forma di violenza psicologica subita in ragione dello status migratorio e dell'estrema povertà in cui gli stessi versano. Su tali presupposti La Corte europea ha rilevato come i proprietari terrieri avessero approfittato della condizione di vulnerabilità delle vittime per continuare a sfruttare le prestazioni lavorative, in un momento in cui il consenso a lavorare non poteva più considerarsi libero e spontaneo. Per un commento alla pronuncia v. RUSSO, *Lo sfruttamento del lavoro negli stati membri del consiglio d'Europa: una riflessione a margine del caso Choudury*, in *RDI*, 2017, 3, 834-841; GALLUCCIO, *Tratta di persone e sfruttamento lavorativo: a Strasburgo si fa sul serio*, in *RIDPP*, 2017, 3, 1196-1199.

³⁰ Concordano in tal senso TRUCCO, *op. cit.*, 61; PECCIOLI, *Giro di vite contro i trafficanti di esseri umani: le novità della legge sulla tratta di persona*, in *DPP*, 2004, 10, 36.

³¹ I precedenti giurisprudenziali appaiono infatti non univoci. Così, in Cass. pen., Sez. IV, 01 luglio 2021, n. 25083, che richiama Cass. pen., Sez. V, 12 gennaio 2018, n. 17939, «l'approfittamento dello stato di bisogno dei lavoratori può ricavarsi dalla condizione di clandestinità degli stessi, che li rende disposti a lavorare in condizioni disagiate» e *contra* Cass. pen., Sez. IV, 6 ottobre 2020, n. 27582, secondo cui «La mera condizione di irregolarità amministrativa del cittadino extracomunitario nel territorio nazionale, accompagnata da situazione di disagio e di bisogno di accedere alla prestazione lavorativa, non può di per sé costituire elemento valevole da solo ad integrare il reato di cui all'art. 603-*bis*».

³² C'è chi ha ipotizzato che il tratto differenziale tra la fattispecie *sub* art. 600 c.p., rispetto all'art. 603-*bis* c.p. consiste nell'assenza della libertà personale. Così GORI, *La nuova legge sul grave sfruttamento lavorativo nell'ambito della normativa di contrasto al lavoro sommerso*, in *ADAPT WP*, 2017, n. 239.

³³ Si veda sul punto Cass. pen., Sez. V, 8 febbraio 2013, n. 16313, ove si è evidenziato che l'evento di riduzione o mantenimento di persone in stato di soggezione consiste nella privazione della libertà individuale cagionata con minaccia, violenza, inganno o profittando di una situazione di inferiorità psichica o fisica o di necessità. In dottrina, ampissimo D. GAROFALO, *op. cit.*, 233.

4. Gli indici di sfruttamento

Il legislatore ha elaborato circostanze presuntive dello sfruttamento lavorativo, in forma di indici, elencati nel terzo comma dell'art. 603-*bis* c.p. e consistono nelle 1) reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; 2) reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie; 3) sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro; 4) sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti. Si tratta dunque o di comportamenti ripetuti (e non più «sistematici» cioè abituali³⁴, *sub* 1 e 2) o di episodiche eventualità (*sub* 3 e 4).

Non appare superfluo precisare l'operatività disgiunta degli indici, cosicché il reato potrà dirsi perfezionato al ricorrere anche di uno solo degli indicatori e, di contro, ognuno di essi appare essere sufficiente ma non necessario³⁵.

Come osservato dal supremo collegio, è proprio attraverso la lettura e l'applicazione degli indici, ideati e previsti dal legislatore, che risulta possibile delineare il perimetro del fenomeno considerato³⁶, nella consapevolezza che costruirne una definizione giuridica onnicomprensiva³⁷ è pressoché impossibile³⁸. Per tale ragione, la scelta legislativa di individuazione delle condotte presuntive agevola l'interprete nella corretta individuazione del fenomeno e sul piano probatorio³⁹. Tuttavia, come ben precisato dalla giurisprudenza di

³⁴ Nell'impianto normativo pre-modifica (2016) la norma prevedeva la "sistematica" violazione delle norme in materia di retribuzione ovvero la sistematica violazione delle norme in materia di orario di lavoro, riposo, aspettativa obbligatoria e ferie.

³⁵ Così in motivazione di cui alla sentenza in commento, p. 3.

³⁶ In dottrina è stato osservato che ove gli indici di sfruttamento *ex art. 603-bis* vengano singolarmente considerati essi appaiono quali «zone d'ombra ove si muove il datore di lavoro per eludere la normativa di legge o di contratto collettivo, col fine di realizzare un risparmio, più o meno ingente, sul costo del lavoro». Si rinvia a Rossi, *La rilevanza dell'etero-organizzazione nel contrasto al lavoro 'grigio': qualificazione, appalto e sfruttamento lavorativo*, in *DML*, 2023, 3, 753-784.

³⁷ Come noto, la nozione di sfruttamento difetta di precisa e puntuale definizione tanto sul piano interno che nel panorama internazionale benché sia presente in varie Convenzioni e Protocolli. Ne ricostruisce il contenuto LETIZIA, *Sfruttamento lavorativo e vulnerabilità in un'ottica di genere. Le condizioni di vita e di lavoro delle lavoratrici migranti nelle serre del Ragusano*, in *LAD*, 2022, 6, 194-229.

³⁸ TASCINI, *op. cit.*, 618; TORDINI CAGLI, *Sanzione penale e diritto del lavoro*, in *LD*, 2017, 3-4, 618 ss.

³⁹ Affrontano, in particolare, il tema della funzione probatoria degli indici di sfruttamento nella fattispecie penale FIORE, *(Dignità degli) Uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, ESI, 2013, 871 ss.; DE RUBEIS, *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *DPC*, 2017, 4, 226.

legittimità, l'elenco non può considerarsi esaustivo⁴⁰, ben potendo il giudice individuare ulteriori condotte idonee a integrare la condotta illecita di parte datoriale⁴¹.

Quanto all'indice richiamato al n. 3 del comma 3 dell'art. 603-bis c.p., la previgente sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro «tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale» è stata sostituita dalla meno specifica «sussistenza di violazioni di norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro». Qui, una breve riflessione: la normativa in vigore ha probabilmente esasperato il precetto, trasformandolo in un reato di pericolo: ove però si rammenti che la sussistenza di un solo indice è sufficiente a integrare la condotta, allora qualunque violazione in materia di sicurezza, anche solo formale, diviene idonea a costituire il fatto penalmente rilevante. Si tratta di un difetto così grave, da gettare discredito sull'intero impianto: in tal senso, come è stato evidenziato, potrebbe essere sufficiente «la mancata apposizione di un qualche cartello o l'omessa redazione di un documento» da parte del datore di lavoro ad integrare la nozione di sfruttamento⁴².

4.1. La retribuzione palesemente difforme

Parimenti spinoso è il tema relativo alla retribuzione. Il motivo di impugnazione contesta l'uso della discrezionalità nell'indice di sfruttamento *sub* 1), dell'art. 603-bis, c.p. rispetto al quale gli imputati lamentano la macroscopica sproporzione (i.e. la palese difformità) tra la retribuzione prevista dal contratto di riferimento e l'importo effettivamente corrisposto ai lavoratori.

Sul punto la Corte svolge un articolato ragionamento, che si snoda attraverso due differenti direttrici: da un lato, sotto un profilo inerente la «subordinazione»; dall'altro lato, con riferimento alla «palese difformità» degli emolumenti rispetto al contenuto negozial-collettivo. Quanto al primo punto, la pronuncia ha carattere dirompente. Osserva infatti il Collegio che, se è vero che il termine «retribuzione» richiama il concetto di lavoro subordinato, è altrettanto vero che l'applicabilità di tale indice non può limitarsi a tale unica forma contrattuale. Al contrario, l'indice *sub* 1), dell'art. 603 c.p., prescindendo dal *nomen* qualificato o simulato, si estende a ogni forma di corrispettivo allorquando esso è accettato in ragione di uno stato di bisogno di cui il soggetto attivo, in ragione della propria forza

⁴⁰ TORRE, *L'obsolescenza dell'art. 603-bis c.p. e le nuove forme di sfruttamento lavorativo*, in *LLI*, 2020, 2, 72-97. Particolarmente, l'A. si sofferma su quella che definisce «rigidità e l'obsolescenza degli indici di sfruttamento» e sulla difficoltosa applicazione delle circostanze *sub* art. 603-bis nelle prestazioni lavorative non ricollegabili alla mera subordinazione.

⁴¹ Sulla questione, la Cassazione penale, respingendo questione di incostituzionalità sollevata in ordine alla lamentata lesione del principio di tassatività della norma penale, ha chiarito che «gli indici non rappresentano un elenco tassativo, non precludendo l'individuazione di altre condotte che integrino la fattispecie di abuso, posto che essi costituiscono meri indicatori della sussistenza del fatto tipico». Così in Cass. pen., Sez. IV, 7 marzo 2023, n. 9473, in www.cortedicassazione.it. Ne tratta DI MARTINO, *Questioni di legittimità costituzionale sul reato di sfruttamento lavorativo: punti e contrappunti*, in *LAD*, 2022, 6, 6-35.

⁴² PADOVANI, *Necessario un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa*, in *Gdir.*, 2016, 48, 48 ss.

contrattuale, si approfitta⁴³. In tal modo, si assoggettano alla forza dell'indice anche tutte quelle attività che non trovano un contratto collettivo di riferimento. La ragione sottesa è da rinvenirsi nella disparità di trattamento, e per l'effetto di tutela, che deriverebbe da un tale approccio.

L'argomentazione della Corte, invero assai criticata in dottrina⁴⁴, troverebbe avallo nella formulazione letterale della norma *sub* art. 603-bis, c. 3, 1), c.p. ove il legislatore utilizza il termine «comunque» per qualificare la sproporzione rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato. Secondo gli ermellini, la scelta legislativa di individuare quale parametro il contratto collettivo non potrebbe essere l'unico strumento di misura: se così fosse, proseguendo nel ragionamento, parrebbe priva di significato la formulazione letterale del precetto il quale, al contrario, offre un secondo parametro valutativo, individuato nella sproporzione tra il corrispettivo e la quantità e qualità del lavoro prestato e in qualunque modo titolato⁴⁵.

Ciò detto, è possibile vagliare il concetto di palese difformità così come interpretato dalla Corte.

La proporzionalità della retribuzione deve sempre essere conforme al dettato di cui all'art. 36 Cost., così da consentire un'esistenza libera e dignitosa al lavoratore e alla sua famiglia. Tale indicazione si pone quale linea invalicabile per la tutela della dignità di lavoratori e lavoratrici, sicché siffatto tratto di demarcazione si pone a presidio dei valori fondamentali della persona e risulta idoneo a prevalere anche nei casi in cui la contrattazione collettiva non l'abbia rispettato, come recentemente affermato, in plurime e ormai già note decisioni della Suprema Corte.

Osserva infatti la stessa che il principio della retribuzione quale soglia minima di dignità umana e sociale⁴⁶ non è passibile di deroga ad opera delle parti sociali. Su tale argomentazione, non può allora dirsi proporzionato quel corrispettivo che sia inidoneo ad assicurare al lavoratore un'esistenza libera «dal bisogno che lo ha costretto ad accettare quelle condizioni di lavoro»⁴⁷.

Diviene pertanto fondamentale delimitare il confine applicativo della “sproporzione” tra retribuzione e lavoro prestato. In tal senso, non è sufficiente un semplice confronto tra

⁴³ Con la sentenza Cass. pen. Sez. IV, 24 giugno 2022, n. 24388, la Suprema Corte ritiene configurabile il reato *ex* art. 603-bis anche a fronte di ipotesi di part-time fittizio. Ampissima sul tema COSTA, *Schiavitù, servitù e sfruttamento lavorativo (Nota a sentenza)*, Cass. 16.3.2022, n. 17095, in *RGL*, 2022, 4, 419-430.

⁴⁴ Propende per una lettura maggiormente restrittiva, in ragione del richiamo alla retribuzione, D. GAROFALO, *op. cit.*, 239 e GORI, *op. cit.*, 28.

⁴⁵ v. punti 8 e 9 della sentenza in commento.

⁴⁶ È stato osservato da Pascucci, *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, in *La retribuzione*. Atti del XIX Congresso Nazionale di Diritto del lavoro, Palermo, 17-19 maggio 2018, Giuffrè, 2019, 81 ss. come «L'art. 36, c. 1, Cost. fa assurgere il diritto alla retribuzione a diritto di rango fondamentale integrando (o correggendo) obbligatoriamente in “senso sociale” il margine (spesso ampio) di discrezionalità di fissazione del salario che il datore di lavoro avrebbe a sua disposizione nella logica scambistica del mercato».

⁴⁷ Cfr. punto 18 della sentenza in commento.

la somma oggetto di effettiva retribuzione e quella astrattamente prevista dal contratto collettivo di lavoro, secondo la linea difensiva proposta dagli imprenditori ricorrenti. Al contrario, si rende necessario raffrontare la somma corrisposta alla quantità e qualità del lavoro, tenendo conto anche delle condizioni in cui l'attività lavorativa è prestata, nonché delle ipotesi di sospensione del lavoro con diritto alla retribuzione di fatto non riconosciuta. Sicuramente si dovrà tenere conto dei giorni di riposo e ferie o di assenze per malattia non considerati⁴⁸ ma anche delle indennità di lavoro straordinario, notturno, festivo⁴⁹. È pertanto evidente come la tesi datoriale non possa trovare accoglimento, nella parte in cui fonda la propria argomentazione parametrando il corrispettivo versato al contratto collettivo con un'operazione di confronto aritmetico, senza alcuna considerazione per gli elementi della retribuzione diversi dalla mera tariffa oraria. Parimenti, si dovrà tener conto della sostenibilità del compenso rispetto ai parametri dell'art. 36 Cost., anche a prescindere dalla contrattazione collettiva.

5. Alcune osservazioni conclusive

Le questioni inerenti al fenomeno dello sfruttamento lavorativo, dal punto di vista giuridico, emergono chiaramente nella sentenza in commento. Al progressivo allargarsi della fattispecie penalistica non ha sino ad oggi fatto eco una risposta univoca in termini definitivi e processuali. Le lacune espressive e la mancanza di definizioni chiare dei concetti di stato di bisogno e della vulnerabilità richiedono attenzione, onde evitare, da un lato, di perseguire tutti e ovunque e, dall'altro, di non apprestare un'adeguata tutela delle vittime. Ove si consideri che interi comparti lavorativi risultano quasi integralmente occupati da lavoratori stranieri⁵⁰, ben si comprende la delicatezza delle questioni connesse allo *status* migratorio di questi.

La sentenza in commento, nella misura in cui non precisa la questione della regolarità o meno dei prestatori coinvolti, perde l'occasione per porre un punto fermo circa la definizione di modelli efficaci e univoci, attraverso cui qualificare correttamente le condotte penalmente rilevanti, non solo da un punto di vista oggettivo, ma anche attraverso la valutazione dello *status* migratorio della vittima.

⁴⁸ Per una interessante lettura Trib. Macerata, ord. 19 maggio 2021.

⁴⁹ Emblematico il caso di alcuni braccianti agricoli remunerati con una paga di oraria di 4,50 euro a fronte del minimo tabellare previsto dal CCNL pari a 9,93, senza le maggiorazioni per lavoro straordinario, festivo e straordinario festivo. Si v. G.u.p. Trib. di Milano, 31 luglio 2021. Nello stesso senso G.u.p. Trib. di Alessandria 17 marzo 2021, n. 105 e G.i.p. Trib. di La Spezia, 15 ottobre 2020. Ne tratta ampiamente Ferraresi, *Retribuzione e sfruttamento del lavoro: quali criteri applicativi*, in *LDE*, 2022, 2, 20.

⁵⁰ Per una panoramica completa e una ricognizione dei dati si rinvia a SANTORO, STOPPIONI, *Rapporto 2019 del laboratorio sullo sfruttamento lavorativo e la protezione delle sue vittime*, in *LAD*, 2020, 4, 220-233; SANTORO, STOPPIONI, *Rapporto 2018 sullo sfruttamento lavorativo e la protezione delle sue vittime*, in *LAD*, 2019, 3, 5-11.

Così come altre ipotesi differenziano chiaramente *quoad poenam* in ragione dello *status* della vittima, si ritiene che tale approccio dovrebbe essere garantito anche nel caso degli stranieri impiegati nel nostro Paese, per i quali i confini tra lo stato di bisogno, la vulnerabilità e lo sfruttamento lavorativo si ritengono strettamente correlati alla regolarità o meno della presenza sul territorio nazionale. Un urgente chiarimento, in questi termini, è interesse tanto dei prestatori, quanto dei datori di lavoro: per i primi, si tratta di una questione di piena tutela delle proprie condizioni personali e lavorative; per i secondi, di un riconoscimento del loro corretto agire e, al contempo, della certezza di espulsione del mercato di chi, attraverso lo sfruttamento lavorativo, danneggia le imprese rispettose della legalità.

TRIBUNALE DI PALERMO, sentenza 17 novembre 2023; Est. F. Montalto – NIDIL CGIL Palermo, FILCAMS CGIL Palermo, FILT CGIL Palermo (avv. G. Lo Monaco, M. Bidetti, C. de Marchis Gómez S. Vacirca) c. F. S.R.L. (avv. F. Tanca, F. Pagani D. Bellini)

Lavoro su piattaforma – Riders – Management algoritmico – Rating reputazionale – Discriminazione – Discriminazione collettiva – Discriminazione multipla.

Il disinteresse della società per le condizioni personali di ciascun prestatore d'opera, espresso dall'impiego di un sistema di selezione automatizzato che distribuisce le occasioni di lavoro in base al rating reputazionale fondato su criteri di produttività e assiduità, comporta una discriminazione indiretta dei lavoratori che per genere, esigenze di cura personale o familiare, età, handicap, religione, affiliazione sindacale sono svantaggiati rispetto ai "concorrenti", maggiormente produttivi e disponibili, a cui è offerto il vantaggio di accedere a migliori (se non maggiori) opportunità di lavoro.

Il potenziale discriminatorio multifattoriale dell'algoritmo di Glovo: il diritto antidiscriminatorio impone un ripensamento dei modelli organizzativi delle piattaforme digitali?

Pia De Petris

Assegnista di ricerca nell'Università di Milano Statale

SOMMARIO: 1. Introduzione. Le ombre del modello organizzativo algoritmico delle piattaforme di lavoro, fra poteri "mascherati", cecità e discriminazioni collettive. – 2. Da Deliveroo a Glovo: il potenziale discriminatorio multifattoriale del *rating* algoritmico. – 3. *Segue:* l'insussistenza della discriminazione nel sistema di riconoscimento facciale. – 4. La discriminazione algoritmica come discriminazione indiretta. – 5. Discriminazioni algoritmiche (collettive) ed effettività della tutela: la centralità dei diritti di trasparenza.

Sinossi: Il contributo, confrontandosi con la pronuncia del Tribunale di Palermo del 17 novembre 2023 che ha dichiarato la discriminatorietà multifattoriale dell'algoritmo di distribuzione delle occasioni di lavoro della piattaforma Glovo, riflette sulle diverse problematiche relative al tema delle discriminazioni algoritmiche. In particolare, si segnala che gli approdi della pronuncia in esame, oltre a confermare la capacità del diritto antidiscriminatorio di rispondere alle sfide poste dall'automazione, potrebbero avere un impatto rilevante sul ripensamento del modello organizzativo algoritmico, finora adottato dalle piattaforme.

Abstract: The essay, in comparison with the decision of the Court of Palermo of 17 November 2023 which discussed the multifactorial discrimination of the algorithm of distribution of work opportunities of the Glovo platform, reflects on the various issues relating to algorithmic discrimination. In particular, the outcome of the judgment under consideration, as well as confirming the ability of the anti-discrimination right to respond to the challenges posed by automation, could have a significant impact on the rethinking of the algorithmic organisational model adopted so far by platforms.

1. Introduzione. Le ombre del modello organizzativo algoritmico delle piattaforme di lavoro, fra poteri “mascherati”, cecità e discriminazioni collettive

Con l'ordinanza in commento, il Tribunale di Palermo, in parziale accoglimento del ricorso *ex art.* 28 d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 di Filcams, Nidil e Filt CGIL, ha accertato il potenziale discriminatorio di alcuni strumenti di *management* algoritmico utilizzati da una delle più note piattaforme di *food delivery*.

La pronuncia è particolarmente interessante perché apre un'ampia finestra d'osservazione sul modello organizzativo alla base del lavoro su piattaforma digitale, oramai oggetto di studio fecondo¹, in quanto esempio paradigmatico delle problematiche poste dall'applicazione dell'automazione nei rapporti di lavoro. Com'è noto, infatti, diverse pronunce della giurisprudenza, per risolvere la dibattuta questione qualificatoria, hanno sottolineato che dietro ai meccanismi di *management* automatizzato delle piattaforme si celano forti asimmetrie (anzitutto informative) e inedite forme di esercizio del potere organizzativo-direttivo e di controllo delle attività del lavoratore, talora persino in modalità più stringenti e penetranti di quelle tradizionali².

Dietro il finto schermo di neutralità e impersonalità, il *management* algoritmico delle piattaforme consente di dare attuazione ad un'organizzazione verticistica, apparentemente libera da vincoli di obbedienza, ma in realtà intrisa di serrati vincoli standardizzati, che

¹ La letteratura è sconfinata. Da ultimo, anche per i riferimenti, si vedano i contributi di MENEGATTI, BANDELLONI, DI NOIA, GIOVANNONE e FERRARA, in BIASI (a cura di), *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale*, Milano, 2024, 455 ss.

² Così, da ultimo, Trib. Milano 28 settembre 2023, in *ADL*, 2024, 1, 161 ss., con nota di BATTISTA. Conformemente: Trib. Palermo 24 novembre 2020, n. 3570, in *RGL*, 2021, 241 ss., con nota di RICCOBONO; Trib. Torino 18 novembre 2021, in *Labor*, 2022, 213 ss. con nota di GARILLI, DE MARCO, confermata in Appello con pronuncia del 13 settembre 2022; Trib. Milano del 20 aprile 2022, n. 1018, in *LLI*, 2022, VIII, 1, 59 ss., con nota di INGRAO.

inducono il lavoratore a conformarsi ad un *modello ideale* che è preso come parametro di riferimento per la distribuzione delle occasioni di lavoro, in un regime di spietata concorrenza e *iper* controllo, che assicura le migliori e maggiori occasioni di lavoro solo a coloro che, all'esito di costanti valutazioni di affidabilità, produttività e qualità, risultino essersi adeguati allo *standard* ideale³.

L'immagine che ne deriva è quella di un'organizzazione che, riducendo il lavoratore ad un insieme di dati, metriche e statistiche, genera una *disumanizzazione sistematica* del lavoro. Non a caso, la pronuncia in commento, a più riprese, sottolinea che l'analisi del funzionamento del sistema algoritmico dimostra un «deliberato disinteresse» e un'assoluta cecità rispetto alle differenze delle singole posizioni soggettive che possono venire in rilievo.

La cecità alle differenze è precorritrice della discriminazione⁴, che, in un contesto come quello descritto, assume forme sottili, pervasive e sistemiche⁵. A ciò si aggiunga che nello scenario operativo delle piattaforme i lavoratori operano come «atomi giuridicamente irrelati»⁶ e spesso non hanno accesso né a trasparenti informazioni sul funzionamento, di sovente opaco e indecifrabile, degli algoritmi⁷, né a adeguati canali di comunicazione (fra loro e con l'azienda), ad eccezione dei pochi e rigidissimi *format* prestabiliti dalla piattaforma. Ne consegue che, in mancanza di trasparenza⁸ e di occasioni di confronto, è più complesso individuare il trattamento disparato subito e il termine di comparazione a cui fare riferimento, rendendo più difficile percepire la discriminazione, figuriamoci sanzionarla.

Dinnanzi a questo rischio – e in generale ai rischi insiti nelle dinamiche di potere nell'«impresa algoritmica» – si dimostra fondamentale, da un lato, invocare, anche oltre la subordinazione in senso stretto⁹, il diritto antidiscriminatorio, quale «tecnica di controllo

³ Vedi per tutti PERUZZI, *Intelligenza artificiale e diritto. Uno studio su poteri datoriali e tecniche di tutela*, Torino, 2023.

⁴ In questi termini BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *LLI*, 2021, VII, 1, 10.

⁵ Sulla maggiore rischiosità della «discriminazione algoritmica» si è espressa una vasta dottrina nazionale e straniera. Per i riferimenti essenziali, sia consentito il rinvio a DE PETRIS, *Discriminazione algoritmica: presupposti e rimedi*, in BIASI (a cura di), op. cit., 225 ss. Da ultimi, sul tema si veda PERUZZI, *La discriminazione algoritmica*, in *Questa Rivista*, 2024, 1, 7 ss. e TOPO, *Nuove tecnologie e discriminazioni*, Relazione al XXI Congresso Nazionale AIDLASS, Messina, 2024, dattiloscritto, *passim*.

⁶ Cfr. TOPO, op. cit., 2 e 31 ss., che sottolinea l'enorme rischiosità delle asimmetrie informative insite nell'organizzazione algoritmica in quanto vettore di propagazione della discriminazione. Il tema è trattato anche dalla Proposta di Direttiva sul lavoro tramite piattaforme digitali approvata nella sua versione definitiva nell'aprile 2024 dal Parlamento Europeo e in attesa di approvazione ufficiale da parte del Consiglio approvazione da parte del Consiglio Europeo, dopo l'adozione avvenuta nell'aprile 2024 da parte del Parlamento, che, all'art. 20, richiede agli Stati membri di imporre alle piattaforme di creare dei canali di comunicazione privati e sicuri, in cui i lavoratori possano interagire fra loro e con i rappresentanti sindacali.

⁷ Confermato dalle diverse pronunce che hanno sanzionato le piattaforme per la violazione degli obblighi di trasparenza di cui all'art. 1-bis, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152: Trib. Palermo 3 aprile 2023, in *ADL*, 2023, 5, 1004 ss., con nota di RENZI; Trib. Palermo 20 giugno 2023, in *ADL*, 2023, 6, 1228 ss., con nota di DE PETRIS; Torino, decr., 5 agosto 2023, *ADL*, 2024, 1, 111 ss. con nota di SCELSI.

⁸ Per un *focus* ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pisa, 2022, spec. 36 ss.

⁹ Con specifico riferimento ai *riders* (genuinamente) autonomi si consideri che l'art. 47-*quinquies* d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (integrato dalla l. 2 novembre 2019, n. 128), ha espressamente previsto l'applicazione della disciplina «antidiscriminatoria e quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati, ivi compreso l'accesso alla piatta-

dell'esercizio di poteri discrezionali tendenzialmente atipici¹⁰; dall'altro, l'intervento dei soggetti collettivi, a monte, nella preventiva contrattazione delle finalità, dei parametri e delle regole degli algoritmi¹¹ e, a valle, nella difesa, anche giudiziale, dei diritti e libertà dei lavoratori coinvolti nel *management* algoritmico¹².

Finora il sindacato ha battuto quest'ultima via, avvalendosi, tramite una pluralità di ricorsi *ex art. 28 St. lav.* ed *ex art. 28 d.lgs. n. 150/2011*, di un uso strategico del contenzioso¹³, impugnato come "arma" di autotutela collettiva¹⁴, per riequilibrare velocemente le asimmetrie in un settore ontologicamente sfuggente alle tipiche dinamiche del sindacalismo storicamente radicato¹⁵.

È in questo articolato solco che si inserisce la pronuncia in commento, che è di apprezzabile interesse per l'ampiezza e la trasversalità dell'indagine sui rischi discriminatori insiti nell'impianto organizzativo gestito dagli algoritmi, contribuendo così al disvelamento dei nuovi modelli di "potere" nell'impresa digitalizzata¹⁶.

Le organizzazioni ricorrenti agiscono, infatti, ai sensi dell'art. 28 d.lgs. n. 150/2011, dell'art. 44 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 e degli artt. 4 e 5 comma 2 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, contro una discriminazione collettiva multifattoriale, che si estende fino a ricomprendere il fattore delle esigenze di cura personale e familiare (tutelato dall'art. 25 d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198)¹⁷.

Com'è noto, in caso di discriminazione collettiva, quando non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione, sono legittimate ad agire in giudizio le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso (precisamente,

forma».

¹⁰ BARBERA, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2019, 47.

¹¹ Tale conclusione, d'altronde, è in perfetta armonia con le previsioni dell'*AI Act*, che definisce "ad alto rischio" i sistemi automatizzati utilizzati «per il reclutamento o la selezione di persone fisiche». Sul punto v. PERUZZI, *La discriminazione algoritmica*, cit., 13.

¹² Come suggerito da PIZZOFERRATO, *La disciplina giuridica delle decisioni automatizzate nell'ambito del rapporto di lavoro*, in BELLAVISTA, SANTUCCI (a cura di), *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, Torino, 2022, 240 ss. e DE STEFANO, "Negotiating the algorithm": *Automation, artificial intelligence and labour protection*, WP ILO n. 246/2018, 23 ss.

¹³ In questi termini SPINELLI, *Il contenzioso strategico quale strumento di tutela dei diritti: il caso dei lavoratori delle piattaforme digitali*, in *DML*, 2022, 65 ss.; RAZZOLINI, *Riders, condotta antisindacale e ruolo del sindacato: il processo come strumento di rilancio dell'azione sindacale nella gig economy*, in *Giustiziacivile.com*, 13 settembre 2021, 24; GAUDIO, *Algorithmic management, sindacato e tutela giurisdizionale*, in *DRI*, 2022, 33 ss.

¹⁴ Secondo l'insegnamento di GIUGNI, *La memoria di un riformista*, Bologna, 2007, 82 ss. In questa prospettiva: LASSANDARI, *L'azione giudiziale come forma di autotutela collettiva*, in *LD*, 2014, 309.

¹⁵ Cfr. TULLINI, *L'economia digitale alla prova dell'interesse collettivo*, in *LLI*, 1, 2019.

¹⁶ Sul "disvelamento" delle dinamiche di potere cfr. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *LDE*, 2020, 2; NOVELLA, *Poteri del datore di lavoro nell'impresa digitale: fenomenologia e limiti*, in *LD*, 2021, 3-4, 451 ss.; e per maggiori riferimenti sia consentito il rinvio a DE PETRIS, *Sul "potere algoritmico" dell'impresa digitale*, in BELLAVISTA, SANTUCCI (a cura di), op. cit., 41 ss.

¹⁷ Sul punto v. NUZZO, *La intrinseca natura discriminatoria dei modelli organizzativi basati sui punteggi di eccellenza per i più affidabili e produttivi*, in *RIDL*, 2024, 4, spec. 767 ss.

le rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale¹⁸).

Si tratta di uno strumento strategico per il sindacato che può agire contro la discriminazione in via precauzionale e in nome proprio¹⁹ (valicando i canoni della tradizione giurisprudenzialista²⁰), in quanto interprete e portatore di interessi che appartengono ad una pluralità indeterminata di soggetti portatori di un fattore protetto e lesi (anche solo in via potenziale) dalla discriminazione.

2. Da Deliveroo a Glovo: il potenziale discriminatorio (multifattoriale) del rating algoritmico

La vicenda sottoposta all'attenzione del Tribunale di Palermo è speculare a quella già affrontata dal Tribunale di Bologna²¹, che, con ordinanza del 31 dicembre 2020, aveva, per la prima volta nel panorama europeo, sanzionato la “discriminazione algoritmica” insita nel sistema automatizzato di distribuzione delle offerte di lavoro nella piattaforma Deliveroo. Pur cambiando la piattaforma e, in concreto, il tipo di algoritmo gestionale i fatti di causa sono sovrapponibili, perché i meccanismi e la logica di funzionamento del modello organizzativo costituiscono un minimo comun denominatore nel vasto panorama delle piattaforme digitali di lavoro²². In entrambi i casi, infatti, l'algoritmo distribuisce vantaggi e svantaggi a seconda dell'aderenza del comportamento del lavoratore al “parametro di eccellenza”, per cui la prenotazione delle future sessioni di lavoro è riservata ai lavoratori con maggior punteggio. Viceversa, i lavoratori meno produttivi e con maggiori tassi di assenteismo, privati della possibilità di accedere alla prenotazione dei turni (e, di conse-

¹⁸ Cfr. art. 44, comma 10, d.lgs. n. 286/1998 e l'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 216/2003.

Nel caso di specie, il giudice, in sede di questioni preliminari, conferma la legittimazione ad agire delle ricorrenti, facendo riferimento agli indici rivelatori applicati in giurisprudenza, oltreché ai precedenti conformi, oggetto di svariate sentenze, che, nel confermare la rappresentatività delle ricorrenti, hanno sconfessato la maggiore rappresentatività del sindacato Ugl-Riders e la legittimità del Ccnl siglato in data 15 settembre 2020 (cfr. Trib. Milano, 28 marzo 2021, n. 889, in *LLI*, 2021, 17 ss., con nota di Donini; Trib. Firenze, ord., 24 novembre 2021, in *ADL*, 2022, 2, 322, con nota di De Petris; Trib. Bologna, 12 gennaio 2023, in *GI*, 2023, 2438 ss., con nota di De Petris).

¹⁹ «Come ente rappresentativo e non come rappresentante dei propri iscritti», come sottolinea BALLESTRERO, *Ancora sui rider: La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, 2021, 1, 104.

²⁰ Da ultimo NAPPI, *L'Inverso rapporto tra polimorfismo e efficienza nelle tutele processuali antidiscriminatorie*, Relazione al XXI Congresso Nazionale AIDLASS, Messina, 2024, dattiloscritto, 23 ss.

²¹ Trib. Bologna 31 dicembre 2020, su cui *ex pluris* si v. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche*, cit., 1 ss.; BALLESTRERO, op. cit., 104 ss.; BIASI, *L'algoritmo di Deliveroo sotto la lente del diritto antidiscriminatorio ... e del relativo apparato rimediabile*, in *ADL*, 2021, 3, 780 ss.; FAIOLI, *Discriminazioni digitali e tutela giudiziaria su iniziativa delle organizzazioni sindacali*, in *DRI*, 2021, 204 ss.; PERULLI, op. cit., 7 ss.; PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *LLI*, vol. 7, 1, 2021, 48 ss.

²² Trib. Milano 28 settembre 2023, cit., che, per Uber Eat descrive un sistema automatizzato sovrapponibile a quello oggetto.

guenza, di far crescere il proprio *rating* reputazionale) sono progressivamente estromessi dal ciclo produttivo.

Al centro della motivazione della pronuncia bolognese si poneva, in particolare, uno specifico criterio del sistema algoritmico, che attribuiva una penalizzazione in tutti i casi di cancellazione tardiva dalla sessione di lavoro prenotata, a prescindere dalla finalità dell'assenza. Anzi, nella sua programmazione, l'algoritmo era stato addestrato per simulare la partecipazione del lavoratore (così da evitare penalizzazioni del punteggio reputazionale) solo in caso di malfunzionamenti del sistema e sinistri stradali ma non già per le ipotesi di assenze tutelate (nel caso di specie, lo sciopero).

È in questa ("intenzionale"²³) cecità che si annida il potenziale discriminatorio dell'algoritmo, programmato per trattare allo stesso modo situazioni differenti (l'assenza ingiustificata con quella tutelata) e tale da condizionare l'accesso al (le occasioni di) lavoro ad un criterio apparentemente obiettivo e neutrale (la produttività) ma, in concreto, idoneo a penalizzare ingiustificatamente i lavoratori in sciopero, determinando così una discriminazione indiretta, lesiva del fattore protetto delle convinzioni personali, comprensivo anche delle opinioni sindacali²⁴.

Sulla base di tali conclusioni, è chiaro che a venire in rilievo, quale fattore protetto, non c'è solo quello della partecipazione sindacale ma potenzialmente tutti quei fattori che risultano incompatibili con gli *standard* di produttività e assiduità richiesti dall'algoritmo²⁵. È proprio su questo aspetto che insiste la pronuncia del Tribunale di Palermo qui commentata, che rispetto al precedente felsineo, si caratterizza per un più ampio spettro di indagine sui diversi criteri del sistema concorrenziale basato sulla profilazione algoritmica, rinvenendo profili di discriminazione multipla additiva²⁶ per genere, esigenze di cura personale o familiare, disabilità, credo religioso ed età.

È bene precisare che il Tribunale è stato chiamato a valutare la discriminatorietà potenziale di tali sistemi, dal momento che le ricorrenti non hanno dedotto specifici episodi di discriminazione, né specifiche vittime (trattandosi di una discriminazione collettiva). In risposta alle eccezioni della difesa per cui non si può accertare una discriminazione astratta ed ipotetica prescindendo «*da elementi di fatto concreti, comprovanti l'effettività della*

²³ Tale passaggio è valorizzato da BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche*, cit., 12 ss., secondo cui il giudice avrebbe potuto rinvenire una discriminazione diretta, muovendo dalle argomentazioni della Corte di Giustizia nel caso *Chez* (16 luglio 2015, C-83/2014), dato che gli effetti discriminatori sono ragionevolmente conoscibili o previsti dal decisore umano.

²⁴ Nel segno della Cass., 2 gennaio 2020, n. 1, in *RIDL*, 2020, II, 377, per cui «nell'ambito della categoria generale delle convinzioni personali può essere ricompresa [...] anche la discriminazione per motivi sindacali con il conseguente divieto di atti o comportamenti idonei a realizzare una diversità di trattamento o un pregiudizio in ragione dell'affiliazione o della partecipazione del lavoratore ad attività sindacali».

²⁵ Cfr. BALLESTRERO, op. cit., 104.

²⁶ Tale fattispecie discriminatoria si rinviene quando due o più fattori di discriminazione interagiscono fra loro, sommandosi l'uno all'altro nella medesima situazione, ma mantengono (a differenza di quelle intersezionali) la propria autonomia, così da venire in rilievo anche singolarmente. Per un *focus* si veda GABRIELE, *Le discriminazioni multiple nell'intreccio delle fonti*, in *DML*, 2021, 2, 359 ss.

*discriminazione*²⁷, il giudice *de quo* ribadisce la piena ammissibilità dell'azione anche in mancanza di allegazione di concreti episodi di discriminazione, dal momento che l'illecito discriminatorio è integrato se si accerta (anche solo) la concreta potenzialità lesiva della condotta²⁸.

Confermata l'ammissibilità dell'azione civile contro la discriminazione potenziale, il giudice accoglie (parzialmente) il ricorso, dichiarando la discriminatorietà del sistema automatizzato "premiante" che è alla base dello smistamento delle offerte di lavoro.

In particolare, dall'istruttoria dibattimentale è emerso che, come per Deliveroo e Uber Eat, anche l'algoritmo di Glovo distribuiva le occasioni di lavoro in base ad un sistema premiale (cd. "valutazione di eccellenza"), basato quattro parametri: a) l'efficienza, sulla scorta delle recensioni dei clienti; b) la produttività, in base al numero di consegne effettuate nella media di ventotto giorni (cd. "criterio del contributo"); c) l'affidabilità, sulla base dell'attitudine ad accettare le corse con più richiesta, come quelle del fine settimana e dei giorni festivi (cd. "criterio delle ore ad alta domanda"); d) l'assiduità, ossia la mancata assenza negli *slot* prenotati (cd. clausola "*no show*").

Secondo il giudicante, i criteri del "contributo" (sub. b) e delle "ore ad alta domanda" (sub. c), utilizzati per il calcolo automatizzato del *rating*, se da un lato premiano i lavoratori più partecipativi e produttivi, dall'altro attribuiscono svantaggi ai corrieri che per condizione personale, familiare, età o disabilità sono costretti ad assentarsi con maggiore frequenza. Rispetto a ciò, sono alquanto deboli le difese della resistente secondo cui lo svantaggio prodotto sarebbe minimale perché il punteggio di eccellenza influisce direttamente nell'attribuzione delle sessioni di lavoro ma non già nell'assegnazione del numero degli ordini, segnalando che sono pochi i casi di piena saturazione dei turni. Infatti, è chiaro che il punteggio di eccellenza influisce *indirettamente* sulle occasioni di lavoro e l'affermazione per cui i casi di saturazione con la prenotazione siano pochi conferma l'esistenza del possibile svantaggio discriminante. Infatti, ai fini della verifica di una discriminazione, lo svantaggio ai danni del portatore del fattore protetto non deve presentare il carattere della gravità²⁹ e può consistere anche in trattamenti meno favorevoli rispetto ad un giudizio comparativo,

²⁷ Si tratta di una conclusione che poteva essere sostenibile in forza delle definizioni di discriminazione (diretta e indiretta) di cui all'art. 4 l. 10 aprile 1991, n. 125, che, prima dell'intervento modificativo del d.lgs. 30 maggio 2005, n. 145, richiedevano l'effettiva sussistenza di un effetto pregiudizievole e dunque l'effettiva lesione del diritto del singolo a non subire discriminazioni. Ora è pacifico che sia sufficiente l'esistenza di uno svantaggio potenziale. Per un approfondimento sul punto v. BORRELLI, *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, Torino, 2007, 47 ss.

²⁸ Come dimostrano i precedenti della C. Giust. nel Caso *Feryn* 10 luglio 2008, C- 54/07, in *RIDL*, 2009, II, 243, con nota di SAVINO, sulla discriminatorietà delle dichiarazioni datoriali circa l'indisponibilità potenziale ad assumere lavoratori marocchini; e, analogamente, ma con riferimento al fattore protetto dell'orientamento sessuale, nei Casi *Accept* (25 aprile 2013, C-81/82) e *Taormina* 23 aprile 2020, C-507-18, NH c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI-Rete Lenford e Cass., 15 dicembre 2020 n. 28646.

²⁹ Come sottolinea C. giust., sentenza 16 luglio 2015 C - 8314 *Chetz* lo «svantaggio particolare» non deve essere necessariamente inteso in senso di particolare gravità ma deve trattarsi di svantaggio «apprezzabile».

anche ipotetico³⁰. Nel caso di specie esso si sostanzia nella mancata possibilità di prenotare lo *slot* di lavoro in anticipo rispetto agli altri lavoratori non portatori di fattori protetti, con risvolti più svantaggiosi anche sull'organizzazione della propria vita privata, rispetto ai concorrenti. Inoltre, secondo l'impianto organizzativo predisposto, la mancata prenotazione del turno impedisce al soggetto di accrescere il proprio punteggio, svantaggiandolo nell'accesso alle migliori (se non maggiori) occasioni di lavoro.

Con specifico riguardo poi al criterio "ore ad alta domanda" (sub c), l'attribuzione di un maggior punteggio a chi lavora nel finesettimana è discriminante, secondo il giudice, per i lavoratori che, nei giorni del sabato e della domenica, devono assentarsi dal lavoro per osservare le prescrizioni del proprio credo religioso. In realtà, i rischi discriminatori del sistema premiante di Glovo si pongono solo con riguardo alla fede ebraica, che richiede ai suoi fedeli di osservare lo *shabbat* nel giorno del sabato. Viceversa, la libertà di professare gli altri culti non sarebbe pregiudicata da questo criterio (es. islamici ed avventisti dedicano alle pratiche religiose il venerdì, non ricompreso nel criterio; e la fede cristiana non richiede di astenersi completamente dal lavoro nel giorno della domenica). Anche in questo caso, il sistema di reclutamento ed organizzazione del lavoro è "cieco" e contrario al dovere di assicurare la parità di trattamento delle persone», perché non contempla una distinzione tra appartenenti a diverse confessioni religiose, fermo restando che l'algoritmo (i.e. il datore di lavoro che se ne avvale) non può deliberatamente ignorare il diritto del lavoratore di astenersi dal lavoro nel giorno della settimana dedicato alle pratiche religiose³¹. Con riferimento, infine, al criterio del cd. "no show", il Tribunale palermitano conferma le medesime conclusioni di quello bolognese, ravvisando una discriminazione indiretta in ragione del carattere neutrale del criterio in sé, applicato a tutti i lavoratori della piattaforma, ma idoneo, in concreto, a penalizzare quelli che revocano la disponibilità per esercitare il diritto di sciopero. Come Deliveroo, anche Glovo adotta modello organizzativo (algoritmico) che «disinteressandosi deliberatamente dei motivi di assenza dei corrieri, penalizza chi eserciti un diritto sindacale trattandolo nello stesso modo di chi non eserciti alcun diritto». È interessante, però, notare che, a detta della società, stavolta nell'algoritmo sarebbe stato introdotto un "correttivo", poiché il lavoratore, intenzionato a partecipare allo sciopero, avrebbe potuto aggirare la penalizzazione del punteggio, effettuando comunque il *check-in* (25 minuti prima dell'inizio della sessione di lavoro³²) e rifiutando di volta in volta gli ordini proposti.

In altre parole, il correttivo consisteva nell'imposizione di una sola e precisa modalità di sciopero. Si tratta di una pretesa arbitraria. La forma di esercizio del diritto di sciopero è

³⁰ Cfr. SANTUCCI, *Appunti sul diritto antidiscriminatorio nei rapporti di lavoro*, in ID., *L'effettività, l'efficacia del diritto del lavoro del lavoro. Saggi di un quinquennio*, Torino, 2021, 97.

³¹ Così Cass., 22 febbraio 2016, n. 3416, *DJ*.

³² https://delivery.glovoapp.com/it/faq/bc_delivering/check-in/. Sul punto si vedano, in particolare, le osservazioni di INGRAO, *Critica della ragione artificiale*, cit., 173-174, sul rilievo innovativo della pronuncia in esame.

libera e scevra da vincoli, «se non quelli che si rinvergono in norme che tutelano posizioni soggettive concorrenti, su un piano prioritario, come il diritto alla vita o all'incolumità personale» oppure, sul piano paritario, quello derivante dalla necessità di non compromettere irreparabilmente la produttività aziendale, intesa come la possibilità di continuare a svolgere l'iniziativa economica privata, tutelata *ex art. 41 Cost.*³³. Nel caso di specie, non sembra che la modalità di sciopero richiesta dalle ricorrenti, consistente nell'aderire allo sciopero senza effettuare il *check-in*, possa valicare i limiti al diritto di sciopero³⁴. Di fatti, come segnala il giudice *de quo*, la modalità imposta dalla piattaforma è assimilabile a quella in cui il lavoratore si presenta sul luogo di lavoro ma rifiuta di fornire la prestazione (perché in sciopero), mentre la seconda, richiesta dalle ricorrenti, è assimilabile a quella in cui il lavoratore, aderendo allo sciopero, non si presenta affatto sul luogo di lavoro all'orario prestabilito: posta in questi termini, nessuno potrebbe dubitare della legittimità di entrambe le modalità di esercizio del diritto di sciopero.

3. *Segue: l'insussistenza della discriminazione nel sistema di riconoscimento facciale*

Le ricorrenti avevano sottoposto al vaglio giurisprudenziale anche il sistema di riconoscimento facciale, accusato di realizzare una potenziale discriminazione per provenienza geografica. Secondo quanto emerso dall'istruttoria dibattimentale, per utilizzare l'*app mobile*, ogni corriere deve sottoporsi, almeno una volta al giorno, al riconoscimento facciale. Nel caso in cui tale riconoscimento non vada a buon fine, dopo un determinato numero di tentativi, il sistema algoritmico dispone, temporaneamente, la disconnessione forzata dell'*account*, precludendo la possibilità di prenotare nuove sessioni di lavoro, finché la società non verifichi la corrispondenza tra il corriere e l'effettivo utilizzatore dell'*app*. Secondo le ricorrenti, la discriminatorietà si anniderebbe nella previsione di un diverso numero di tentativi consentiti a seconda della città (otto tentativi a Palermo e Genova, sei a Padova e Reggio Emilia, diciassette a Torino), dal momento che la minor tolleranza, «a seconda della provenienza geografica del *riders*», potrebbe compromettere le possibilità di accesso al lavoro e al guadagno.

Il Tribunale esclude il carattere discriminatorio della misura organizzativa in esame, per una pluralità di condivisibili ragioni. Anzitutto, il differente trattamento riguarderebbe corrieri che, appartenenti a città diverse che non sono in concorrenza tra loro, non possono ricevere un pregiudizio dal criterio che concede un maggior numero di tentativi ai colleghi

³³ Cass., 3 dicembre 2015, n. 24653, *DJ*.

³⁴ Non è questa la sede opportuna per analizzare la complessa questione dei limiti al diritto di sciopero. Sul punto e per la ricostruzione dei principali orientamenti giurisprudenziali si rinvia a SANTONI, *Lo sciopero*, Napoli, 2001; ID., *Lezioni di diritto del lavoro. Le fonti, il sindacato, lo sciopero*, Napoli, 2020, 186 ss.

di altri ambiti territoriali. Verrebbe, dunque, meno la struttura dell'illecito discriminatorio che si fonda su un giudizio di comparazione³⁵.

Inoltre, il criterio impostato nell'algoritmo è legato non già alla provenienza geografica del corriere, desumibile solo dai dati personali, ma dal luogo di svolgimento della prestazione. Come chiarito dalla società, la differenziazione è operata sulla base del numero di illegittime cessioni di *account* riscontrate nelle singole città e non su di un pregiudizio territoriale.

Si consideri, infine, che il sistema di riconoscimento facciale è stato introdotto per contrastare le odiose forme di “caporalato digitale”, accertate nel lavoro su piattaforma³⁶. Rispetto a tale esigenza, la previsione di un numero massimo di accessi consentito, pur pregiudizievole in astratto, appare, in concreto, una misura appropriata e proporzionata.

4. La discriminazione algoritmica come discriminazione indiretta

Come anticipato, la pronuncia in commento conferma la soluzione offerta dal giudice bolognese, per cui la discriminazione algoritmica rinvenibile nel sistema automatizzato di accesso al lavoro su piattaforma integra la fattispecie della discriminazione indiretta, concretizzandosi nell'applicazione (tramite codificazione algoritmica) di disposizioni, criteri e parametri apparentemente neutri ma (potenzialmente) idonei a svantaggiare alcune categorie protette, senza essere giustificati da una finalità legittima perseguita attraverso mezzi proporzionati³⁷.

La questione della natura della discriminazione algoritmica è molto complessa e per valutare la bontà della soluzione offerta dalla giurisprudenza occorre svolgere qualche precisazione.

Come nel precedente felsineo, anche questo Tribunale si è trovato ad analizzare un algoritmo deterministico (c.d. *rule based*), caratterizzato da un processo decisionale articolato ma comunque poco complesso, perché statico: l'algoritmo segue le regole impartite, il processo di calcolo è basato sulla logica. Tuttavia, vi sono algoritmi dal funzionamento più complesso (cd. *machine learning*), in cui il processo decisionale, grazie alla costante rielaborazione dei *big data*, funziona in base a relazioni statistico-probabilistiche, attraverso

³⁵ Si veda ancora SANTUCCI, op. cit., 97.

³⁶ Si consideri la vicenda che ha coinvolto la piattaforma Uber Eat, condannata per intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro ex art. 603-bis, comma 3, c.p., dal Trib. di Milano n. 2805/2021, in *LD*, 2021, 2, 225 e ss. con nota di CASSANO.

³⁷ Sulle nozioni di discriminazione, diretta e indiretta, senza pretese di esaustività, si vedano, da ultimi, BARBERA, BORRELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT- 451/2022, 128 ss. e SANTAGATA DE CASTRO, *Le discriminazioni sul lavoro nel “diritto vivente”*. *Nozione, giustificazione, prova*, Napoli, 2019.

un processo di calcolo dinamico, in cui la macchina autoapprende dai dati analizzati ed elabora altre regole rispetto a quelle impartite, con risultati non prevedibili *ex ante*.

Rispetto alla natura della discriminazione il distinguo è fondamentale³⁸, perché il fenomeno discriminatorio deve analizzarsi dal punto di vista del meccanismo decisorio che produce la discriminazione e, superata la correlazione tra discriminazione diretta e intenzionalità, non è escludibile *a priori* che possano realizzarsi ipotesi di discriminazione algoritmica diretta³⁹, che, a differenza di quella indiretta, non lascia spazio a giustificazioni. In altre parole, non è possibile qualificare *a priori* la discriminazione algoritmica come discriminazione indiretta, solo perché il datore di lavoro impiega un criterio apparentemente neutro (l'algoritmo) che in concreto produce effetti discriminatori. Infatti, casi di discriminazione diretta potrebbero verificarsi negli algoritmi meno sofisticati allorché il programmatore, intenzionalmente o meno, codifica nell'algoritmo un criterio vietato dalla normativa antidiscriminatoria; oppure, negli algoritmi più artificiosi, la discriminazione diretta potrebbe annidarsi nei criteri *cd. proxy* intrinsecamente legati ad una caratteristica protetta⁴⁰.

Viceversa, laddove il *proxy* non è direttamente collegabile al fattore protetto, ma, in forza di correlazioni statistico-probabilistiche, caratterizza l'appartenenza ad una categoria protetta, pare preferibile ritenere che si tratti di una discriminazione indiretta, non potendo valorizzare, ai fini dell'individuazione della discriminazione diretta, il mero utilizzo consapevole del *proxy* discriminatorio⁴¹.

Il caso di specie sembra rientrare in quest'ultima ipotesi, perché i criteri "*proxy*" di discriminazione (criterio delle ore ad alta domanda, criterio *cd. no show*, criterio del contributo) apparentemente neutrali (trovando applicazione nei confronti di tutti i lavoratori) non sono inscindibilmente e intrinsecamente correlabili con l'appartenenza alle varie categorie protette. Tuttavia, in concreto, tali criteri, equiparando l'assenza tutelata a quella ingiustificata, generano uno svantaggio statisticamente maggiore nei confronti di una classe di lavoratori che, per la pluralità di fattori protetti, potrebbe assentarsi con più frequenza.

Appurato che si tratti di discriminazione indiretta, per integrare gli estremi dell'illecito discriminatorio occorre escludere la sussistenza di una giustificazione oggettiva consistente nel perseguimento di una finalità legittima perseguita attraverso mezzi appropriati e necessari (art. 3, comma 6, d.lgs. n. 216/2003).

³⁸ PERUZZI, *La discriminazione algoritmica*, cit., 8 ss.

³⁹ Come sottolineano ADAMS-PRASSI, BINNS, KELLY-LYTH, *Directly discriminatory algorithms*, in *The Modern Law Review*, 2023, 144 ss.; BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche*, cit., 3; e, seppur con maggiore cautela, DE SIMONE, *Discriminazione*, in NOVELLA, TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, Torino, 2022, 127 e GAUDIO, *Le discriminazioni algoritmiche*, in *LDE*, 2024, 8 ss.

⁴⁰ Sul punto, in particolare, DE SIMONE, op. cit., 139-140 che ravvisa una discriminazione diretta solo allorché il *proxy* è caratteristica tipica ed esclusiva della categoria protetta (es. stato di gravidanza-genere); conformemente anche GAUDIO, *Le discriminazioni algoritmiche*, cit., 9.

⁴¹ DE SIMONE, op. cit., 140, BALLESTRERO, op. cit., 6; *Contra* BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche*, cit., 13.

Sul punto, le “giustificazioni” prodotte dalla società sono assolutamente carenti⁴². La difesa, infatti, non ha presentato alcun argomento relativo alla necessità del sistema organizzativo automatizzato, né alla proporzionalità dei parametri/criteri impostati nel sistema. Le eccezioni della convenuta si sono concentrate su due argomenti: a) “minimizzare” l’impatto svantaggioso (affermando che gli *slot* saturati dalle prenotazioni sono pochi o che il criterio cd. *no show* ha un impatto limitato al 5% del punteggio di eccellenza); b) perseguire la tutela degli altri lavoratori (non portatori del fattore protetto) effettivamente intenzionati ad effettuare consegne in un determinato *slot*. Tali argomentazioni, oltre ad essere una conferma della penalizzazione in caso di mancato accesso alle prenotazioni, sono insufficienti a soddisfare i *test* di proporzionalità e necessità richiesti a giustificazione di una discriminazione indiretta.

In effetti, pur essendo agevole comprendere che il sistema di attribuzione dei carichi di lavoro secondo premialità e penalità, risponde alla finalità (in sé legittima) di efficientamento produttivo, è difficile però argomentare che sia necessario e proporzionato un mezzo come l’algoritmo in esame che, per assicurare la più efficiente distribuzione del lavoro, non contempla che il lavoratore possa assentarsi, neppure per esercitare i suoi diritti fondamentali. Il ricorso all’automazione per la legittima finalità di efficientamento organizzativo implica una valutazione sulla proporzionalità dello strumento utilizzato che risponde ad un corretto bilanciamento fra le esigenze d’impresa e quelle di vita dei lavoratori appartenenti alle categorie protette, che hanno diritto a non essere discriminati. Rispetto a ciò, è dirimente che la piattaforma avrebbe potuto soddisfare il suo interesse economico organizzativo introducendo dei correttivi nella programmazione dell’algoritmo, che avrebbero potuto limitare il rischio di discriminazione. Occorre, dunque, inserire un distinguo fra le assenze ingiustificate e quelle tutelate (in relazione ai diversi fattori protetti), anziché ignorare deliberatamente le individualità dei lavoratori posti in competizione tra loro. È questo «deliberato disinteresse della società per le condizioni personali di ciascun prestatore d’opera» a determinare una «discriminazione indiretta dei lavoratori che per condizione personale, familiare, età o handicap, credo religioso e affiliazione sindacale sono svantaggiati rispetto ai “concorrenti”».

⁴² Come segnala TOPO, op. cit., 31, nella sentenza sono stati marginalmente trattati i profili relativi ai test di verifica di necessità della misura adottata e di proporzionalità dello strumento applicato, in quanto non approfonditi dalle difese del convenuto.

5. Discriminazioni algoritmiche ed effettività della tutela: la centralità dei diritti di trasparenza

La pronuncia commentata costituisce una prova di “*stress test*” del diritto antidiscriminatorio rispetto alle problematiche della discriminazione algoritmica che, a varie lungitudini, minacciano l'effettività della tutela.

La pronuncia dimostra che, anche rispetto ai nuovi canali di discriminazione, le potenzialità repressive del diritto antidiscriminatorio sono molteplici. L'idoneità a colpire condotte oggettive, anche solo potenzialmente offensive e anche laddove le vittime non siano individuabili assicura un'ampia protezione, che anticipa la garanzia ad un momento precedente all'effettiva lesione del fattore protetto. Nel giudizio, poi, il regime agevolato della prova⁴³ gioca a favore del lavoratore (nel caso di specie delle oo.ss. ricorrenti) e a discapito dell'impresa, chiamata a spiegare il funzionamento dell'algoritmo e a giustificare la necessità e proporzionalità dei criteri che ne sono alla base.

A ciò si aggiunge che, accertata la discriminazione, il giudice può condannare, come nel caso di specie, il titolare dell'organizzazione algoritmica ad astenersi dall'utilizzo dei sistemi discriminatori e, sentite le organizzazioni sindacali, a adottare un piano di rimozione degli effetti delle medesime discriminazioni. A questa condanna segue quella risarcitoria (a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale) che, non potendo assolvere ad una funzione compensativa (data l'assenza di una vittima immediatamente identificata o identificabile), risponde ad una funzione “dissuasiva”⁴⁴, che costituisce un'ulteriore anticipazione della tutela allo scopo di garantire l'effettività del divieto di discriminazione.

Si consideri inoltre che, sempre a garanzia dell'effettività della tutela, le ricorrenti avevano domandato anche la condanna *ex art. 614-bis c.p.c.* per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione degli obblighi di fare e la condanna a adottare una valutazione di impatto dei sistemi di profilazione e di gestione automatizzata del rapporto. Tuttavia, entrambe le domande sono state rigettate.

Rispetto all'*astreinte*, il giudice, senza entrare nella questione circa la sua applicabilità ai giudizi delle discriminazioni sul lavoro⁴⁵, osserva (discutibilmente) che la misura sarebbe

⁴³ Cfr. SANTAGATA DE CASTRO, SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina*, in *ADL*, 2015, 4/5, 820 ss. e, da ultimo, NAPPI, *op. cit.*, 25 ss.

⁴⁴ In ossequio all'arresto delle Sez. Un. 21 luglio 2021, n. 20819, in *ADL*, 2021, con nota di PERUZZI, che ha seguito all'orientamento espresso con la sentenza 5 luglio 2017, n. 16601, *MGL*, 2019,1 su cui BALLETTI, *Danni punitivi, moduli sanzionatori e standard di tutela nel diritto del lavoro*. Sul tema, da ultimi, BIASI, *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro: compensazione, sanzione, deterrenza*, Milano, 2022, 69 ss. e MAZZANTI, *Risarcimento del danno polifunzionale e tutela del lavoratore*, Bergamo, 2023.

⁴⁵ Si consideri che lo stesso Tribunale (ord. 20 giugno 2023, cit.) in merito al rilascio delle informazioni di trasparenza *ex art. 1-bis d.lgs. n. 152/1997* ha riconosciuto l'applicazione dell'*astreinte* ai giudizi *ex art. 28 St. Lav.* Per un *focus* sia consentito il rinvio a DE PETRIS, *L'art. 28 l. n. 300/1970 come strumento di effettività del diritto alla “trasparenza algoritmica”*, cit., 1251 ss.

stata eccessivamente afflittiva, richiedendosi «una sostanziale rivisitazione dell'organizzazione aziendale, peraltro con il coinvolgimento delle stesse organizzazioni sindacali».

La seconda domanda, invece, viene respinta, perché «priva di fondamento normativo», dal momento che l'art. 28 d.lgs. 150/2011 non lo prevede espressamente.

In ogni caso, anche in assenza di condanna esplicita, la piattaforma (datore o committente) è ugualmente assoggettata agli obblighi di trasparenza introdotti dall'art. 1-*bis* d.lgs. n. 152/1997, come modificato dai decreti Trasparenza (d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104) e Lavoro (d.l. n. 4 maggio 2023, n. 48), che in caso di utilizzo di sistemi (integralmente) automatizzati impone vasti obblighi informativi, comprensivi anche degli «impatti potenzialmente discriminatori delle metriche (algoritmiche)», il che rende di riflesso obbligatorio lo svolgimento preventivo della valutazione d'impatto⁴⁶. In effetti, il riconoscimento dei nuovi diritti (individuali e collettivi) di trasparenza algoritmica costituisce un vero e proprio presidio di effettività della tutela contro le discriminazioni automatizzate. E, in caso di violazione degli obblighi di trasparenza (inclusa la valutazione d'impatto discriminatorio⁴⁷), le organizzazioni sindacali potranno agire in giudizio invocando l'«altro» art. 28 (l. 20 maggio 1970, n. 300)⁴⁸, che con la sua celerità procedimentale, il suo carattere di urgenza e l'attitudine a formare il giudicato rilancia l'effettività degli obblighi di trasparenza algoritmica. In definitiva, lo «*stress test*» sembra a sua volta superato e il diritto antidiscriminatorio si conferma all'altezza della sfida. Anzi, è significativo e fa ben sperare che, data l'ampiezza dello spettro discriminatorio indagato, il giudice richieda una «sostanziale rivisitazione dell'organizzazione aziendale». In effetti, stavolta ad essere travolto dal sindacato antidiscriminatorio non è un singolo criterio del sistema di *management* algoritmico dell'impresa-piattaforma, ma l'intera architettura organizzativa di distribuzione delle offerte di lavoro basata sul *rating* reputazionale⁴⁹, che finora ha consentito alle piattaforme di assicurare la più efficiente (ed economica) organizzazione del lavoro facendo a meno di richiedere la *formale* obbligatorietà della prestazione.

L'adeguamento della struttura organizzativa automatizzata ai principi di trasparenza e non discriminazione potrebbe così portare a radicali ripensamenti delle dinamiche organizzative del lavoro su piattaforma e, di riflesso, dell'inquadramento giuridico dei suoi rapporti di lavoro.

⁴⁶ Cfr. PERUZZI, *La discriminazione algoritmica*, cit., 14.

⁴⁷ Sul punto si veda INGRAO, *Critica della ragione artificiale. la discriminazione algoritmica intersezionale e gli obblighi di parità di trattamento in ipotesi di impiego*, in *RGL*, 2/2024, 171, che sottolinea «la funzione «strumentale» degli obblighi d'informazione sindacale» in relazione alla prova della discriminazione algoritmica.

⁴⁸ Cfr. nt. 7.

⁴⁹ Sul punto anche NUZZO, op. cit., 769 e PAREO, *I modelli organizzativi fondati su meccanismi premiali indifferenti alla presenza di fattori protetti sono discriminatori*, in *ADL*, 2024, 3, 649.

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza 14 dicembre 2023, n. 35066; Pres. Tria – Est. Patti – x.x. (Avv. Berti) c. U. s.p.a. (Avv.ti Lotti, Daverio, Florio)
Conferma App. Milano, sent. 487/2020.

Licenziamento – Giusta causa – Molestie – Extralavorative – Discriminazione di genere

Legittimo il licenziamento per giusta causa del dipendente che abbia tenuto condotte molestie nei confronti di altre dipendenti della stessa azienda, anche se in ambito extralavorativo, in quanto gravemente pregiudizievoli sia per queste che per la comune datrice.

Molestie in ambito extralavorativo come giusta causa di licenziamento

Ilenia Torella

Dottoranda di ricerca in diritto del lavoro nell'Università di Cassino e del Lazio meridionale

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. La normativizzazione delle molestie di genere e delle molestie sessuali tra disciplina lavoristica e antidiscriminatoria. – 3. Oltre la norma: la responsabilità datoriale e la rilevanza disciplinare delle molestie commesse dal collega in ambito lavorativo... – 4. ...(*segue*) ed extralavorativo – 5. Molestie sul lavoro tra silenzio e timori: alcuni dati.

Sinossi: Partendo dalla pronuncia con cui la Cassazione ha riconosciuto la legittimità del licenziamento per giusta causa di un dipendente a seguito di condotte moleste e violente realizzate, in ambito extralavorativo, nei confronti di due colleghe, il contributo offre una ricostruzione dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale del concetto di molestie di genere e si sofferma sui poteri-doveri del datore di lavoro, sia a fini prevenzionistici che di contrasto del fenomeno, nonché sui profili di responsabilità disciplinare e sull'utilizzabilità della giusta causa di licenziamento, anche con specifico riguardo alle molestie realizzate in ambito extralavorativo, richiamando le novità della recente Convenzione OIL n. 190 del 2019 e sottolineando la necessità di un cambiamento sociale che veda tutti protagonisti.

Abstract: Starting from the decision by which the Court of Cassation recognized the legitimacy of the dismissal for just cause of an employee as a result of harassing and violent conduct carried out, in the non-working environment, against two colleagues, the contribution provides a reconstruction of the legislative and jurisprudential evolution of the concept of gender harassment and focuses on the powers and duties of the employer,

both for prevention and against the phenomenon, as well as the disciplinary liability profiles and the usability of the right cause of dismissal, also with specific regard to harassment carried out outside the workplace, recalling the novelties of the recent ILO Convention n. 190 of 2019 and stressing the need for a social change that involves everyone as protagonists.

1. Il caso

Un dipendente di una banca viene licenziato per giusta causa per aver intrattenuto rapporti extralavorativi con due donne dipendenti della stessa banca, in tempi diversi, ritenuti «gravemente pregiudizievoli sia per queste che per la comune datrice». In particolare, il dipendente risulta essersi reso protagonista di un comportamento «oltre modo petulante» e, in alcuni casi, addirittura violento – tradottosi, nei fatti, in diffusione di notizie false, attenzioni non richieste e veri e propri episodi di violenza fisica, tanto che le due dipendenti, come si evince dalle pronunce di merito, in considerazione della situazione che si era venuta a creare, avevano richiesto un trasferimento ad altra sede – così mostrando, lo stesso, «di essere immune da limiti e discipline [...] nella gestione nei rapporti extraprofessionali coi colleghi». Condotta che risultava ancor più grave in considerazione del ruolo da questo ricoperto all'interno dell'azienda – *team leader* con mansioni di coordinamento e supporto di colleghi in rapporto diretto con i clienti – tanto da determinare una irrimediabile lesione del rapporto fiduciario con il datore di lavoro.

A seguito del rigetto dinanzi al Tribunale e alla Corte d'Appello di Milano dell'impugnazione del licenziamento, il dipendente propone ricorso per Cassazione con sei motivi.

Tra questi, il terzo, quarto e quinto motivo, che costituiscono il “cuore” della impugnazione (e della relativa decisione), vengono esaminati congiuntamente e dichiarati in parte inammissibili e in parte infondati con sentenza n. 35066 del 14 dicembre 2023.

Nello specifico, con il terzo motivo il ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 2105 c.c., sostenendo l'irrilevanza disciplinare dei comportamenti tenuti dal lavoratore nei confronti di una delle due colleghe «in quanto di natura privata e pertanto riguardanti la sfera extralavorativa», motivo per cui, secondo la difesa, questi non avrebbero «alcun comprovato riflesso sull'oggettiva compromissione della fiducia datoriale sul puntuale adempimento della prestazione lavorativa del dipendente».

Con il quarto e quinto motivo viene dedotta, rispettivamente, la violazione e falsa applicazione degli artt. 2106 e 2119 c.c., per aver il giudice di merito operato valutazioni su una fattispecie astratta e non sul fatto concretamente contestato, ravvisando l'irrilevanza dei mezzi istruttori dedotti per il suo accertamento, anche in relazione alla proporzionalità della sanzione disciplinare, nonché degli artt. 610 c.p. e 115 c.c., deducendo così la nullità della sentenza.

Nell'esaminare tali motivi, la Suprema Corte chiarisce la distinzione tra molestie sul lavoro e molestie sessuali, richiamando in proposito la Convenzione OIL n. 190 sull'eliminazione

della violenza e delle molestie sul luogo di lavoro¹ e rigetta il ricorso del lavoratore qualificando il comportamento dello stesso come molestie sul lavoro, ancorché le stesse furono realizzate al di fuori del contesto lavorativo. Accerta, inoltre, la rilevanza disciplinare di tali molestie in quanto, per la natura e le possibili conseguenze, in contrasto con gli obblighi connessi all'inserimento del dipendente nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa e con i doveri di correttezza e buona fede, anche nei comportamenti extralavorativi. Dichiara, infine, come giustificate le preoccupazioni della società datrice e, quindi, «idonee alla definitiva perdita di fiducia della banca nei confronti del sottoposto» le condotte contestate.

2. La normativizzazione delle molestie di genere e delle molestie sessuali tra disciplina lavoristica e antidiscriminatoria

Il concetto di molestie sul lavoro viene «normativizzato»² dal legislatore nazionale sulla base di un percorso evolutivo suddivisibile in due momenti³: il primo, avviato agli inizi degli anni '90, durante il quale la tutela contro le molestie viene ricondotta esclusivamente agli obblighi in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro; il secondo, avviato a partire dagli anni 2000, nel quale le molestie vengono ricondotte nell'alveo della disciplina antidiscriminatoria, realizzando un notevole ampliamento della tutela in ambito lavorativo. Nello specifico, la prima tappa evolutiva della disciplina in esame vede come protagonisti i giudici nazionali, i quali giungono a qualificare le molestie come «lesioni della personalità morale del lavoratore e, quindi, come specifica violazione dell'obbligo di sicurezza ex art. 2087 c.c., rafforzato dai principi costituzionali raccolti negli artt. 2, 32 e 41 Cost.»⁴. Nello stesso periodo, un forte impulso verso il rafforzamento della tutela contro le molestie sul lavoro è offerto, a livello europeo, dalla Risoluzione del Parlamento europeo sulla violenza contro le donne dell'11 giugno 1986 e dalla Raccomandazione della Commissione euro-

¹ Adottata a Ginevra il 21 giugno 2019 e ratificata dall'Italia con Legge 15 gennaio 2021 n. 4. Sulla Convenzione cfr. SCARPONI, *La convenzione OIL 190/2019 su violenza e molestie nel lavoro e i riflessi sul diritto interno*, in *RGL*, 2021, I, 23 ss.; *Id.*, *Dopo la ratifica della Convenzione OIL n. 190/2019 su violenza e molestie nei luoghi di lavoro: un cantiere normativo ancora aperto*, in *LLC*, 2022, https://bit.ly/Scarponi_WP; ALESSI, *La Convenzione ILO sulla violenza e le molestie sul lavoro*, in *LD*, 3, 2023; MARINELLI, VALLAURI, *Legge 15 gennaio 2021, n. 4 (in Gazz. Uff., 26 gennaio 2021, n. 20). - Ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro n. 190 sull'eliminazione della violenza e delle molestie sul luogo di lavoro, adottata a Ginevra*, in *LDE*, 1, 2023.

² GIACONI, *Le molestie nei confronti delle lavoratrici*, in *QG*, 4, 2022, 119.

³ Nello specifico, SANTUCCI, *Le tutele contro le molestie nel lavoro: ancora troppe debolezze e disarmonie*, in *DF*, 1, 2020, 1216, disponibile al link <https://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2020/06/Santucci-Le-tutele-contro-le-molestie-nel-lavoro.-ancora-troppe-debolezze-e-disarmonie.pdf>, suddivide tale percorso evolutivo distinguendo «Il quadro legislativo di riferimento prima del nuovo millennio» e quello del «nuovo millennio».

⁴ *Ibidem*.

pea del 27 novembre 1991 sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro (92/131/CEE), nonché, a livello internazionale, dalla Raccomandazione generale dell'ONU n. 19 del 1992 sulla violenza contro le donne e dalla Carta sociale europea (rivista a Strasburgo il 3 maggio 1996)⁵.

La seconda tappa evolutiva, invece, prende avvio da una serie di direttive comunitarie⁶ che riconducono le molestie nel concetto di discriminazione.

Al riguardo, occorre premettere che la nozione di molestie è riferibile non solo alle molestie di genere e sessuali, ma anche a tutti quei comportamenti indesiderati posti in essere per motivi di razza o di origine etnica (art. 2, comma 3, del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215) o di religione, convinzioni personali, *handicap*, età, nazionalità, orientamento sessuale (artt. 2, comma 3, del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216)⁷.

Le molestie di genere (a cui è riconducibile la fattispecie concreta esaminata e alle quali, dunque, si avrà esclusivo riguardo nel presente scritto) e le molestie sessuali, tuttavia, presentano importanti profili di specialità, in considerazione del fatto che le stesse non esauriscono «i propri effetti nella sfera psicosociale della persona»⁸ ma risultano strettamente connesse alla più ampia questione della violenza di genere, in considerazione del modello sociale in cui esse si realizzano, ancora oggi macchiato da dinamiche di potere frutto di logiche patriarcali⁹.

Nello specifico, l'art. 26, commi 1 e 2, del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (c.d. Codice delle pari opportunità tra uomo e donna), considera come discriminazioni (dirette) anche le molestie, definite come «quei comportamenti indesiderati, posti in essere per ragioni connesse al sesso», nonché «le molestie sessuali, ovvero quei comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale». A tale definizione, si aggiunge, poi, la previsione per cui entrambi i comportamenti, per essere qualificati come molestie, devono caratterizzarsi dallo scopo o dall'effetto «di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante,

⁵ Poi integrata dal Protocollo addizionale del 5 maggio 1998 e ratificata con legge 9 febbraio 1999, n. 30.

⁶ Direttive CE 2002/73 (attuata con d.lgs. 30 maggio 2005, n. 145), 2004/113 (attuata con d.lgs. 6 novembre 2007, n. 196) e 2006/54 (attuata con d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5).

⁷ Per un approfondimento sulle nozioni normative di molestia cfr. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, 379 ss.; SANTUCCI, op. cit., 1221 ss. Più in generale, sul tema cfr. IZZI, *Molestie sessuali e rapporti di lavoro*, in *LD*, 1995, 285; PIZZOFERRATO, *Molestie sessuali sul lavoro. Fattispecie giuridica e tecniche di tutela*, Cedam, Padova, 2000; CALAFÀ, *La violenza e le molestie nei luoghi di lavoro: il poliedrico approccio del diritto del lavoro gender oriented*, in GOSETTI (a cura di), *Violenza e molestie sessuali nei luoghi di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 2019, 36 ss.

⁸ CORAZZA, *Diritto antidiscriminatorio e oltre: Il lavoro delle donne come questione redistributiva*, Relazione in AIDLaSS – XXI Congresso nazionale Messina, 23-25 maggio 2024, *Diritto antidiscriminatorio e trasformazioni del lavoro*, 30 ss.

⁹ *Ibidem*. Sul tema cfr. PASQUARELLA, *La violenza di genere attraverso la lente del giuslavorista. Azioni di tutela e strumenti a supporto della vittima*, in *VTDL*, 2020, numero speciale, 1485 ss.

umiliante o offensivo»¹⁰. Nessuna rilevanza, invece, assume l'intenzionalità del comportamento, stante «l'approccio oggettivo»¹¹ sviluppato dal diritto antidiscriminatorio.

Il comma 2-*bis* precisa, poi, che sono altresì considerati come discriminazione (indiretta) i trattamenti meno favorevoli subiti da una lavoratrice o da un lavoratore per il fatto di aver rifiutato comportamenti qualificabili come molestie o molestie sessuali o per il fatto di essersi sottomessi.

Tale «equiparazione»¹² (o, secondo altri, «integrazione»¹³) delle due fattispecie ha consentito un ampliamento delle tutele sul piano processuale e sanzionatorio.

In primo luogo, infatti, si considera applicabile alle molestie il c.d. alleggerimento dell'onere probatorio tipicamente previsto dalla disciplina antidiscriminatoria¹⁴, ritenendosi sufficiente, ai fini dell'accertamento della molestia in sede di giudizio, la mera allegazione e dimostrazione di indizi precisi e concordanti e non richiedendosi, invece, la gravità della presunzione. Al convenuto spetterà, viceversa, l'onere di dimostrare l'insussistenza della stessa.

Peraltro, attraverso una ricostruzione «individualista» delle molestie, si è sottratto l'accertamento della discriminatorietà delle stesse alla necessità di confrontare – anche solo idealmente o potenzialmente – la condizione della vittima del comportamento indesiderato con quella di altri soggetti in posizione analoga¹⁵.

In secondo luogo, si è realizzata l'estensione di quelle tecniche rimediali espressamente previste per le discriminazioni dirette e indirette prevedendo, al comma 3, la nullità degli

¹⁰ Art. 26, comma 2, d.lgs. n. 198/2006. Come osservato da SANTUCCI, *op. cit.*, 1226, i due scopi o effetti non sono alternativi (come nel solo caso delle molestie per disabilità), ma devono coesistere.

¹¹ RECCHIA, *Non maleducazione, ma molestia: la Cassazione avalla il licenziamento per giusta causa per insulti omofobi*, in *RIDL*, 2, 2023, 2, 279.

¹² La formulazione utilizzata dal legislatore secondo cui le molestie in questione «sono considerate come discriminazioni» ha indotto gran parte della dottrina a ritenere che le stesse «non coincidono con le discriminazioni» (SANTUCCI, *op. cit.*, 1220), ma «devono essere trattate alla medesima stregua» (GIACONI, *op. cit.*, 123). Dello stesso avviso DE SIMONE, *Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la direttiva CE 2002/73*, in *RIDL*, 3, 2004, 403; DI NOIA, *Le molestie sessuali tra inversione e alleggerimento dell'onere probandi*, in *IG*, 2, 2017, 133;

¹³ BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, 2003, 399 ss. Sul punto cfr. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *DLRI*, 2006, 233 ss., secondo cui la disposizione «sembra alludere [...] ad un'integrazione della fattispecie e non ad una mera equiparazione di effetti», sottolineando, tuttavia, i «costi» di tale operazione, in considerazione del fatto che la molestia (nello specifico, quella sessuale) costituisce un'offesa «diretta ai beni della dignità e libertà sessuale piuttosto che un peccato contro l'eguaglianza come avviene nelle discriminazioni».

¹⁴ V. Cass., 5 giugno 2013, n. 14206, su cui SANTAGATA DE CASTRO, SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (parte II)*, in *ADL*, 2015, 4-5, 832 ss., che riprende la decisione della CGUE, 17 luglio 2008, n. C-303/06, *Coleman c. Attridge Law e SteveLaw*. La pronuncia della Suprema Corte viene poi ripresa da Cass., 15 novembre 2016, n. 23286. In senso contrario M.T. CARINCI, *Il bossing fra inadempimento dell'obbligo di sicurezza, divieti di discriminazione e abuso del diritto*, in *RIDL*, 2, 2007, 133. Sembra inoltre escludere l'applicazione delle garanzie previste per la discriminazione di genere, ad esempio quelle in ambito probatorio, DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, cit.

¹⁵ VOZA, *Eguaglianza e discriminazioni nel diritto del lavoro. Un profilo teorico*, Relazione in AIDLaSS – XXI Congresso nazionale Messina, 23-25 maggio 2024, *Diritto antidiscriminatorio e trasformazioni del lavoro*, 47. Sulla non necessità di effettuare una comparazione v. anche SANTUCCI, *op. cit.*, 1229; LAZZERONI, *op. cit.*, 386; GIACONI, *op. cit.*, 124.

atti, patti, provvedimenti adottati in conseguenza del rifiuto o della sottomissione a molestie o molestie sessuali, nonché di quei trattamenti sfavorevoli da parte del datore di lavoro che costituiscono una reazione ad un reclamo o ad una azione volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne¹⁶.

Ancora, il comma 3-*bis* sancisce la «natura ritorsiva»¹⁷ e, quindi, la nullità di ogni misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, determinata dalla denuncia della vittima.

In un'ottica di prevenzione, infine, il comma 3-*ter*¹⁸ richiama gli obblighi datoriali in materia di sicurezza *ex art.* 2087 c.c., valorizzando iniziative di natura informativa e formativa e l'impegno di imprese, sindacati, datori di lavoro nonché lavoratori e lavoratrici «ad assicurare il mantenimento nei luoghi di lavoro di un ambiente di lavoro in cui sia rispettata la dignità di ognuno e siano favorite le relazioni interpersonali, basate su principi di eguaglianza e di reciproca correttezza».

Le tecniche rimediali e processuali della disciplina antidiscriminatoria, in altre parole, non superano, bensì affiancano la funzione preventiva (in parte trascurata¹⁹) e il regime di responsabilità datoriale previsti dalla disposizione codicistica.

Proprio sulla necessaria valorizzazione del coordinamento tra le due discipline, peraltro, si inseriscono l'Accordo quadro europeo sulle molestie e la violenza sul luogo di lavoro del 2007, in attuazione del quale è stato sottoscritto, tra Confindustria e Cgil, Cisl, Uil, l'Accordo quadro sulle molestie e la violenza nei luoghi di lavoro del 25 gennaio 2016. Ancora, tra i principali accordi recentemente stipulati dalle parti sociali sul tema si ricordano la Dichiarazione congiunta in materia di molestie e violenze di genere sui luoghi di lavoro del 12 febbraio 2019 sottoscritta nel settore credito da Abi e Fabi, First-Cisl, Fisac-Cgil, Uilca e Unisin Falcri Silcea Sinfub; l'Accordo interconfederale in tema di discriminazioni e per il contrasto delle molestie e delle violenze di genere nei luoghi di lavoro sottoscritto il 30 gennaio 2020 da Agci, Confcooperative, Legacoop e Cgil, Cisl, Uil; il protocollo di intesa sulle pari opportunità nei luoghi di lavoro siglato il 12 settembre 2022 tra Unionfood e Fai-Cisl, Flai-Cgil, Uila-Uil²⁰.

A livello internazionale, invece, particolare importanza assume la recente Convenzione OIL n. 190 del 2019 in materia di violenza e molestie sui luoghi di lavoro (affiancata dalla relativa Raccomandazione n. 206), ratificata con legge 15 gennaio 2021, n. 4.

In estrema sintesi, la Convenzione OIL offre la prima definizione riconosciuta a livello internazionale di violenza e molestie nel mondo del lavoro, attraverso una nozione parti-

¹⁶ Art. 26, comma 3, d.lgs. n. 198/2006.

¹⁷ GIACONI, *op. cit.*, 123.

¹⁸ Introdotto dall'art. 1, comma 218, lettera b), legge 27 dicembre 2017, n. 205.

¹⁹ GIACONI, *op. cit.*, 121.

²⁰ Per un approfondimento sul ruolo della contrattazione collettiva sul tema cfr. ALTILIO, NEGRI, *Violenza di genere: il contributo della contrattazione collettiva nella prevenzione e nel contrasto*, Wp n. 5, 2024, Adapt University Press.

colarmente ampia che ricomprende al suo interno «un insieme di pratiche e di comportamenti inaccettabili, o la minaccia di porli in essere, sia in un'unica occasione, sia ripetutamente, che si prefiggano, causino o possano comportare un danno fisico, psicologico, sessuale o economico, e include la violenza e le molestie di genere»²¹. Altrettanto ampia è la definizione dell'ambito soggettivo (art. 2) e oggettivo (art. 3) della Convenzione, la quale fa riferimento alla già estesa interpretazione del concetto di lavoratore/lavoratrice e datore/datrice di lavoro ai fini della disciplina in esame, nonché ad ogni fase del rapporto di lavoro, applicandosi espressamente alla violenza e alle molestie «che si verifichino in occasione di lavoro, in connessione con il lavoro o che scaturiscano dal lavoro»²².

Sempre nell'ambito di detta Convenzione, emerge con chiarezza già dall'art. 4 la valorizzazione della «strategia prevenzionistica»²³ che, in quanto norma di portata generale, sottolinea la necessità di «adottare un approccio inclusivo, integrato e incentrato sulla prospettiva di genere per la prevenzione e l'eliminazione della violenza e delle molestie nel mondo del lavoro». Norme più dettagliate sono contenute nella sez. IV (artt. dal 7 al 9), la quale colloca le politiche di prevenzione e contrasto alle molestie nel quadro della tutela di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, inserendo dei riferimenti tanto alla gestione della salute e sicurezza (art. 9, lett b)), quanto alla valutazione dei rischi (art. 9, lett c)) e alle attività formative e informative (art. 9, lett d)), anziché «contenerla»²⁴ nell'alveo della disciplina antidiscriminatoria.

Tale collocazione, peraltro, risulta perfettamente coerente con quanto previsto dal Testo unico in materia di salute e sicurezza (d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81), il quale già dispone che la valutazione dei rischi deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli connessi alle differenze di genere.

3. Oltre la norma: la responsabilità datoriale e la rilevanza disciplinare delle molestie commesse dal collega in ambito lavorativo...

L'insuperabile collegamento tra molestie e disciplina in materia di salute e sicurezza consente di approfondire gli aspetti relativi all'eventuale responsabilità datoriale, connessa, a sua volta, con la responsabilità disciplinare del soggetto autore della condotta in esame.

²¹ Art. 1, lett a), Convenzione OIL n. 190, 10 giugno 2019.

²² La disposizione prosegue con un'elencazione «esemplificativa» delle ipotesi in cui la molestia si considera realizzata in ambito lavorativo. Cfr. SCARPONI, *La convenzione OIL 190/2019 su violenza e molestie nel lavoro e i riflessi sul diritto interno*, cit. 24 ss.

²³ ALESSI, op. cit., 586.

²⁴ GIACONI, op. cit., 128.

A tal fine, occorre innanzitutto distinguere l'ipotesi in cui l'autore delle molestie sia il datore di lavoro dall'ipotesi in cui la molestia venga realizzata da un collega.

Nel primo caso, infatti, non sorgono particolari problemi in relazione all'individuazione della responsabilità, imputabile direttamente in capo al datore di lavoro, sia dal punto di vista penale (*ex art. 660 c.p.*) che civile.

Più complesso, invece, è il caso in cui la molestia venga commessa da un collega, essendo in questo caso rinvenibile non solo una responsabilità diretta dello stesso, ma anche una potenziale responsabilità del datore di lavoro *ex art. 2087 c.c.*, nel caso in cui, al di là dello stretto nesso con l'attività lavorativa svolta dal molestatore, vengano dimostrate omissioni o negligenze da parte del datore il quale, attraverso misure di prevenzione e protezione, avrebbe potuto contribuire alla realizzazione di un ambiente sicuro per tutto il personale²⁵. Secondo un'opinione severa (ma condivisibile), infatti, la responsabilità datoriale risulta configurabile proprio nel caso in cui lo stesso, una volta venuto a conoscenza del fatto, non si sia adoperato tempestivamente, anche avviando un procedimento disciplinare a carico del presunto molestatore²⁶. Ai sensi dell'*art. 2087 c.c.*, infatti, il datore di lavoro è obbligato a «tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro», predisponendo tutte le misure necessarie a prevenire, interrompere ed eliminare i possibili (o concreti) fattori di rischio. Tra queste misure, con specifico riferimento alle molestie, sono da ricomprendersi quelle disciplinari, considerato il potenziale contrasto di tali condotte con gli obblighi di diligenza e di fedeltà prescritti dagli *artt. 2104 e 2105 c.c.* e con i principi generali di correttezza e buona fede di cui agli *artt. 1175 e 1375 c.c.*, fermo restando, in ogni caso, l'obbligo di verifica della proporzionalità fra l'infrazione e la sanzione.

D'altronde, è stato correttamente osservato che «l'obbligo, gravante *ex lege* sul datore, di salvaguardare l'ambiente di lavoro trova quale suo contraltare il dovere di porre fine alle cause che lo determinano»²⁷. Al riguardo, l'attivazione del procedimento disciplinare potrebbe rappresentare «la decisione che meglio tutela tutte le parti coinvolte», consentendo al datore di lavoro di raccogliere le informazioni necessarie in pendenza del procedimento, alla presunta vittima di non vedere sminuita la situazione vissuta, al presunto autore della molestia di potersi difendere nell'ambito delle giustificazioni e, in caso di adozione del provvedimento disciplinare, di impugnare la stessa nel rispetto dell'ordinario paradigma di distribuzione dell'onere della prova²⁸.

²⁵ *Ivi*, 122.

²⁶ GIACONI, *op. cit.*, 130; COMANDÈ, *Prima di tutto l'ambiente di lavoro: giusta causa di licenziamento per i molestatori*, in *RIDL*, 2, 2010, 2, 352. Sul punto anche STAMERRA, *L'importanza della scala valoriale dell'ordinamento nella qualificazione della giusta causa*, in *LG*, 1, 2024, 62; GIULIANI, *Affissione del codice disciplinare e proporzionalità del licenziamento per giusta causa*, in *GI*, 7, 2015.

²⁷ COMANDÈ, *op. cit.*, 352.

²⁸ GIACONI, *op. cit.*, 131.

Peraltro, in alcuni casi riconducibili a fattispecie tra loro diverse – tra cui molestie fondate su comportamenti razzisti da parte di un dipendente contro i colleghi di lavoro²⁹ e *mobbing*³⁰ – la responsabilità datoriale è stata ricondotta anche all'art. 2049 c.c., sulla base del presupposto che le mansioni affidate al dipendente abbiano reso possibile o comunque agevolato il comportamento produttivo del danno³¹.

Sulla configurabilità di un obbligo datoriale in tal senso, tuttavia, residuano molte incertezze, a differenza di quanto previsto in relazione alle più gravi molestie sessuali. Per quest'ultime, infatti, sussiste un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale è da considerarsi legittimo il licenziamento senza preavviso (*ex art. 2119 c.c.*) del dipendente che abbia molestato sessualmente una (o un) collega di lavoro, anche in assenza di esplicita previsione nel codice disciplinare³² e, soprattutto, è rinvenibile un esplicito obbligo – *ex art. 26, comma 3-ter, prima parte, del d.lgs. 198/2006* – dei datori di lavoro di assicurare «condizioni di lavoro tali da garantire l'integrità fisica e morale e la dignità dei lavoratori [...] al fine di prevenire il fenomeno delle molestie sessuali nei luoghi di lavoro»³³. Tale previsione, infatti, richiamando espressamente l'art. 2087 c.c., comporta indubbiamente una responsabilità in capo al datore in mancanza dell'adozione delle misure che prevengano molestie sessuali; responsabilità che, tuttavia, non sembrerebbe altrettanto certamente essere estensibile alle “altre” molestie, in quanto non espressamente richiamate dalla disposizione³⁴.

Al riguardo, comunque, preme osservare che se non un obbligo, quantomeno un onere di adozione di misure finalizzate a prevenire la realizzazione di condotte moleste in ambito lavorativo potrebbe essere dedotto dalla seconda parte della medesima disposizione ove si prevede, come già anticipato, che le imprese, i sindacati, i datori di lavoro e i lavoratori e le lavoratrici si impegnano ad assicurare il mantenimento nei luoghi di lavoro di un ambiente di lavoro in cui sia rispettata la dignità di ognuno e siano favorite le relazioni interpersonali, basate su principi di eguaglianza e di reciproca correttezza.

²⁹ Trib. Milano, 24 gennaio 2020, n. 2836.

³⁰ Cass., Sez. VI, 11 giugno 2021, n. 16534, la quale afferma che la responsabilità del datore di lavoro non è esclusa dalla circostanza che la condotta di *mobbing* provenga da un altro dipendente, posto in posizione di supremazia gerarchica rispetto alla vittima, ove il datore di lavoro sia rimasto colpevolmente inerte nella rimozione del fatto lesivo. Nel caso di specie, tuttavia, il datore di lavoro non era stato messo a conoscenza delle presunte condotte persecutorie nei confronti della dipendente e dunque il giudice ha rigettato la domanda risarcitoria della ricorrente.

³¹ Cass., 25 luglio 2013, n. 18093; 25 marzo 2013, n. 7403; Cass., Sez. III, 15 giugno 2016, n. 12283; Sez. III, 15 aprile 2019, n. 10445.

³² Cfr. Cass., 18 settembre 2009, n. 20272, in *RIDL*, con nota di COMANDÈ, op. cit.; 18 aprile 2000, n. 5049, in *NGCC*, 2001, 1, 511, con nota di GRAZIANO.

³³ Art. 26, comma 3-ter, d.lgs. n. 198/2006.

³⁴ SANTUCCI, op. cit., 1242.

Ciò, a maggior ragione, a seguito delle importanti indicazioni offerte nella Convenzione OIL n. 190, la quale ribadisce l'inaccettabilità³⁵ e l'incompatibilità della violenza e delle molestie con il lavoro dignitoso.

A titolo meramente esemplificativo, peraltro, si ricorda che nel lavoro pubblico è la stessa legge a prevedere che «ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo, si applica comunque la sanzione disciplinare del licenziamento»³⁶, «senza preavviso»³⁷, nel caso di «reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui»³⁸. Ancora, la contrattazione collettiva di comparto³⁹, in base alla gravità della molestia, distingue tra ipotesi sanzionabili con la sospensione dal lavoro con privazione della retribuzione fino ad un massimo di 10 giorni, da un minimo di 11 giorni fino a 6 mesi, nonché con il licenziamento con preavviso, fatto salvo quanto previsto dalla disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo.

Nel settore privato, tra le previsioni più rilevanti, si evidenzia quanto previsto dall'Accordo quadro sulle molestie e la violenza nei luoghi di lavoro del 2016, in forza del quale le parti rimandano alla necessità di «adottare nelle aziende una apposita dichiarazione in cui l'impresa sancisce una politica di tolleranza zero nei casi di molestie o violenza nel luogo di lavoro»⁴⁰. Al riguardo, si prevede l'esplicito impegno alla adozione di «misure adeguate nei confronti di colui o coloro» che hanno posto in essere le condotte in esame, comprese le misure disciplinari tra cui, espressamente, il licenziamento.

In tale quadro, dunque, particolarmente rilevante risulta la sentenza in commento, attraverso cui la Cassazione riconosce la legittimità della giusta causa di licenziamento anche in caso di molestie di genere non riconducibili alle più gravi molestie sessuali. Sulla stessa linea, peraltro, si segnala altresì la recente ordinanza n. 7029 del 2023⁴¹, con cui la Cassazione rovescia la ricostruzione operata dalla Corte d'Appello di Bologna – che aveva attribuito alle illazioni sulla sfera sessuale il rilievo di una «condotta inurbana», comunque grave, ma non tanto da giustificare il licenziamento – evidenziando la necessità di inserire la nozione «elastica» di giusta causa di licenziamento nella «corretta scala valoriale di riferimento», essendo la stessa una «clausola generale che richiede di essere concretizzata

³⁵ Sul significato da attribuire all'espressione cfr. SCARPONI, *La convenzione OIL 190/2019 su violenza e molestie nel lavoro e i riflessi sul diritto interno*, cit., 35 e ALESSI, op. cit., 583.

³⁶ Art. 55-*quater*, comma 1, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

³⁷ Art. 55-*quater*, comma 3, d.lgs. n. 165/2001.

³⁸ Art. 55-*quater*, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 165/2001.

³⁹ Cfr. Ccnl Funzioni Centrali 2019-2021 (art. 43); Ccnl Funzioni locali 2019-2021 (art. 72); Ccnl Istruzione e ricerca 2019-2021 (art. 25); Ccnl Sanità (art. 84).

⁴⁰ ALTILIO, NEGRI, op. cit., 9.

⁴¹ Cass., 9 marzo 2023 n. 7029, con nota di RECCHIA, op. cit.; STAMERRA., op. cit., 56 ss.; LANZARA, *È legittimo il licenziamento per giusta causa del dipendente che irride il collega circa il suo orientamento sessuale*, in *MGL*, 3, 2023, 607 ss.

dall'interprete tramite valorizzazione dei fattori esterni relativi alla coscienza generale e dei principi tacitamente richiamati dalla norma»⁴².

Tali pronunce, infatti, offrono un importante contributo nella qualificazione delle molestie – e, più in generale, delle discriminazioni – andando oltre la mera definizione normativa o contrattuale, ma effettuando una valutazione sulla base di valori comuni che costituiscono espressione dei principi generali dell'ordinamento. Il descritto meccanismo valutativo, infatti, oltre a valorizzare le previsioni costituzionali e, nel caso specifico, le disposizioni in tema di eguaglianza, parità di genere, inviolabilità dei diritti dell'uomo e tutela della dignità della persona in tutte le formazioni sociali, ivi compreso il luogo di lavoro⁴³, potrebbe contribuire alla realizzazione di quel necessario ed indispensabile cambiamento sociale⁴⁴ di cui spesso si parla, generando (ci si augura) una diffusa presa di coscienza non solo sul disvalore di determinati comportamenti, ma anche sulle conseguenze che gli stessi possono determinare sul piano delle responsabilità, anche dal punto di vista disciplinare, con possibili effetti anche deterrenti.

Tutto ciò “sfruttando”, in qualche modo, l'ampiezza e la generalità della nozione di giusta causa, chiamata a «ricercare ‘valori’ fuori dai rigidi confini dell'ordinamento positivo»⁴⁵ attraverso l'«opera creativa della magistratura»⁴⁶, la quale, andando “oltre la norma”, può contribuire all'evoluzione del «sistema giuridico-normativo»⁴⁷.

4. ...*(segue)* ed extralavorativo

In parte più complessa è la qualificazione, sul piano disciplinare, della condotta molesta di un (o una) collega nel caso in cui la stessa venga commessa al di fuori del luogo di lavoro. Al riguardo, come in parte anticipato, spunti interessanti provengono dalla Convenzione OIL n. 190 – richiamata per la prima volta⁴⁸ proprio dalla sentenza in commento – la quale conferma l'applicabilità della stessa anche «alla violenza e alle molestie nel mondo del lavoro che si verificano in occasione di lavoro, in connessione con il lavoro o che scaturiscano dal lavoro», ricomprendendo, nel successivo elenco esemplificativo, anche le condotte realizzate: «durante spostamenti o viaggi di lavoro, formazione, eventi o attività sociali correlate con il lavoro» (lett. c)); «a seguito di comunicazioni di lavoro, incluse

⁴² *Ibidem*

⁴³ STAMERRA, op. cit., 59.

⁴⁴ Cfr. RECCHIA, op. cit., 283, il quale valorizza a tal fine la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione.

⁴⁵ RESCIGNO, *Appunti sulle “clausole generali”*, in *RDCom*, 1998, I, 1.

⁴⁶ CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in *DLRI*, 145, 1, 2015.

⁴⁷ RECCHIA, op. cit., 283.

⁴⁸ MARINELLI, *La Cassazione prende finalmente atto dell'esistenza della Convenzione OIL n. 190/2019 sull'eliminazione della violenza e delle molestie nel mondo del lavoro*, in *LDE*, 1, 2024, 3.

quelle rese possibili dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione» (lett d)); «durante gli spostamenti per recarsi al lavoro e per il rientro dal lavoro» (lett. f))⁴⁹. Tali indicazioni, infatti, consentono di estendere la nozione di “molestie sul lavoro” a condotte realizzate in ambienti diversi dall'effettivo luogo di lavoro, purché sussista un determinato legame con il lavoro stesso, che può riguardare tanto circostanze di tempo e di luogo, quanto circostanze in cui sussista un nesso causale con l'attività lavorativa.

In relazione al caso *de quo*, i fatti di causa descritti nel corso dei primi due gradi di giudizio, tra cui l'utilizzo delle *chat* aziendali, sembrano potersi comprendere nel suddetto elenco, che si dimostra dunque utile per i giudici ai fini della valutazione del necessario legame tra condotta extralavorativa e rapporto di lavoro.

Più in generale, comunque, la rilevanza disciplinare di condotte extralavorative⁵⁰ risulta strettamente connessa alla possibilità che le stesse producano effetti sul rapporto fiduciario che lega il dipendente al datore di lavoro.

Sul punto non mancano precedenti giurisprudenziali dai quali si evince la possibilità che anche fatti commessi “all'esterno” dell'ambiente lavorativo possano produrre effetti sul rapporto, purché sussista un legame – anche solo «potenziale ma oggettivo»⁵¹ – con lo stesso, tale da ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario tra le parti. Nello specifico, tali fatti devono risultare «idonei, per le concrete modalità con cui si manifestano, ad arrecare un pregiudizio, anche non necessariamente di ordine economico, agli scopi aziendali»⁵².

Il lavoratore, infatti, è tenuto non solo a fornire la prestazione richiesta ma altresì, quale «obbligo accessorio», a non porre in essere, anche al di fuori dall'ambito lavorativo, comportamenti tali da ledere gli interessi morali e materiali del datore di lavoro o compromettere il rapporto fiduciario⁵³.

Ancora, sul punto, la Cassazione ribadisce con la sentenza in esame che il lavoratore deve astenersi dal porre in essere «non solo i comportamenti espressamente vietati ma anche

⁴⁹ Art. 3, Convenzione OIL n. 190 del 2019.

⁵⁰ Sul tema cfr., *ex multis*, ROCCHI, *Condotte extralavorative antecedenti all'assunzione e giusta causa di licenziamento*, in *ADL*, 4/2020, 2, 981 ss.; BARON, *Condotte extra-lavorative penalmente rilevanti e licenziamento ex art. 2119 c.c.*, in *IG*, 10, 2019, 921; OLIVELLI, *L'uso di droghe e la giusta causa di licenziamento*, in *IG*, 6, 2019, 613 ss.; MURENA, *Le recenti riforme legislative e la “crisi” della giusta causa*, in *DLM*, 1, 2018, 113 ss.; FRIGO, *Sulla rilevanza disciplinare di condotte extralavorative illecite e ... reticenti*, in *RIDL*, 4, 2016, 2, 800 ss.; FABOZZI, *Rilevanza dei comportamenti extralavorativi e risoluzione del rapporto di lavoro*, in *MGL*, 2015, 492; GALLO, *Quando l'obbligo di fedeltà si estende ai comportamenti extralavorativi*, in *IG*, 6, 2015, 599 ss.; CALVELLINI, *Comportamenti extralavorativi e giusta causa nelle società concessionarie di servizi pubblici*, in *RGL*, 3, 2015, 2, 442 ss.; DAGNINO, *La rilevanza delle condotte extralavorative tra giusta causa di licenziamento nel settore autoferrotranviario e insussistenza del fatto contestato*, in *RIDL*, 2014, II, 790 ss.; PISANI, *Licenziamento e sanzioni per fatti privati dei dipendenti: profili procedurali e sostanziali*, in *ADL*, 2005, 1, 277 ss.; PALLA, *Lesione del vincolo fiduciario e risoluzione del rapporto di lavoro per fatti extra-lavorativi*, in *RIDL*, 1997, II, 607 ss.; ANGELINI, *Ancora in materia di giusta causa di licenziamento per fatti e comportamenti estranei al rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 1994, II, 536 ss.; M.T. CARINCI, *Vita privata del lavoratore e licenziamento. Una sentenza su cui riflettere*, in *GI*, 1989, 1203 ss.

⁵¹ Cass., 29 marzo 2023, n. 8944.

⁵² Cfr. Trib. Avellino, 31 gennaio 2023, che richiama sul punto Cass., 18 settembre 2012, n. 15654.

⁵³ Cass., 19 gennaio 2015, n. 77.

qualsiasi altra condotta che, per la natura e per le possibili conseguenze, risulti in contrasto con gli obblighi connessi al suo inserimento nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa, dovendosi integrare l'art. 2105 c.c. con gli artt. 1175 e 1375 c.c., che impongono l'osservanza dei doveri di correttezza e di buona fede anche nei comportamenti extralavorativi, sì da non danneggiare il datore di lavoro»⁵⁴.

Ciò considerato, sembrano potersi distinguere ipotesi di molestie extralavorative qualificabili come “molestie sul lavoro” perché legate allo stesso da una connessione spazio-temporale o causale – alle quali sarà applicabile l'intera disciplina *supra* descritta (riconducibile tanto agli obblighi in materia di salute e sicurezza, quanto alle norme in tema di discriminazioni di genere) e per le quali il datore di lavoro potrà esercitare il proprio potere disciplinare anche con riferimento ad ipotesi “meno gravi” – e molestie extralavorative non qualificabili come molestie sul lavoro, ma comunque rilevanti disciplinarmente poiché tali da essere idonee a ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario con il datore e alle quali sarà potenzialmente applicabile la disciplina *ex art.* 2119 c.c.

D'altro canto, qualora le molestie extralavorative non possano giustificare un licenziamento senza preavviso, ad esempio poiché inidonee ad arrecare un pregiudizio al datore di lavoro e ad incidere sul vincolo fiduciario che lega le parti, ad esse non potrà essere attribuita alcuna rilevanza disciplinare in assenza di una connessione (che rientri nei canoni descritti dalla Convenzione OIL) con il rapporto di lavoro.

5. Molestie sul lavoro tra silenzio e timori: alcuni dati

A conclusione del presente scritto, si ritiene possa essere utile analizzare alcuni dati recenti sul tema delle molestie e violenze sui luoghi di lavoro e provare ad effettuare alcune riflessioni.

Sulla base di un'analisi pubblicata dall'Istat il 1° luglio 2024 (relativa a dati 2022-2023)⁵⁵, si stima che siano 2,322 milioni le persone tra i 15 e i 70 anni che hanno subito almeno una molestia sul lavoro nel corso della vita. Tra queste, 1 milione 900 mila sono donne. In particolare, il 13,5% delle donne di 15-70 anni, che lavorano o hanno lavorato (soprattutto le più giovani di 15-24 anni, 21,2%) e il 2,4% degli uomini di 15-70 anni che lavorano o hanno lavorato, hanno subito molestie sul lavoro a sfondo sessuale nel corso dell'intera vita. Tra queste sono ricompresi «sguardi offensivi, offese, proposte indecenti, fino ad atti più gravi come la molestia fisica»⁵⁶.

⁵⁴ Cass., 14 dicembre 2023, n. 35066, punto 9; Sul punto cfr. Cass., 9 gennaio 2015, n. 144, in *LG*, 2015, 6, 599, con nota di GALLO; 10 febbraio 2015, n. 2550; 15 ottobre 2021, n. 28368, in *CED*, 2021.

⁵⁵ Istat, *Le molestie: vittime e contesto*. Anno 2022-2023, 1° luglio 2024. <https://www.istat.it/it/files//2024/07/REPORT-Molestie.pdf>.

⁵⁶ *Ibidem*.

Nonostante le molestie subite siano state qualificate da più di metà delle vittime donne (poco meno di metà uomini) come “molto o abbastanza gravi”, entrambi denunciano di rado (tra le donne, solo il 2,3% ha contattato le forze dell’ordine e il 2,1% altre istituzioni ufficiali) e in pochissimi casi ne parlano sul lavoro.

Nello specifico, sul posto di lavoro le vittime donne si sono rivolte a consulenti solo nell’8% dei casi e direttamente al datore di lavoro o al loro superiore solo nel 14,9%. Ancora inferiore è il dato per gli uomini, i quali si sono rivolti al datore di lavoro o al superiore nell’8,8% dei casi, e alla figura che ha la responsabilità di intervenire quando si verificano questi fatti nel 6,8%.

Ancora, nonostante l’ampiezza del fenomeno, da una recente analisi giurimetrica è emerso che su un totale di 3.918 sentenze individuate attraverso la ricerca delle parole chiave mobbing, straining, bossing, bullismo, molestie, discriminazioni e stalking occupazionale, quelle relative alle molestie si aggirano intorno all’1,6 per cento del totale⁵⁷ (quindi poco più di 60).

Tali dati confermano la ritrosia delle vittime di molestie ad esternare la situazione vissuta e a procedere giudizialmente, probabilmente anche a causa del timore, avvertito dalle stesse, di un ulteriore peggioramento della situazione⁵⁸.

Alla luce di quanto sopra, si ribadisce la rilevanza della sentenza in oggetto, non solo perché riporta all’attenzione un tema troppo spesso “nascosto” dalle vittime e “banalizzato” dal parlare comune, ma anche perché rappresenta un importante segnale tanto per le stesse – che possono trovare il coraggio, in casi giudiziari simili conclusi con risultati positivi, di segnalare a chi di competenza il verificarsi di situazioni presumibilmente moleste – quanto per i datori di lavoro i quali, posti a conoscenza della realizzazione di condotte moleste, possono, con minor timore di risultati giudiziari incerti, agire con fermezza per prevenire e contrastare tali fenomeni, anche (ma non solo) sul piano disciplinare.

⁵⁷ TAMBASCO, *Violenza e molestie nel mondo del lavoro. Un’analisi della giurisprudenza italiana*, OIL, Roma, 2022.

⁵⁸ MAZZANTI, *Molestie sessuali e trasferimento discriminatorio*, in *IG*, 4, 2021, 412.

Preuve des discriminations: la consécration française d'un «droit à la preuve» permet-elle de mieux garantir les droits des victimes?*

Frédéric Guiomard

Professeur à l'Université Toulouse – Capitole IDP, EA 1902

SOMMAIRE : SECONDE PARTIE – LE DROIT À LA PREUVE EST-IL VÉRITABLEMENT UTILE À LA RÉOLUTION DES LITIGES RELATIFS AUX DISCRIMINATIONS. – 2.1. L'incertitude théorique du droit à la preuve. – 2.1.1. Un rattachement improbable aux droits de la personne. – 2.1.2. Un droit-créance au statut mal identifié. – 2.2. Les incertitudes pratiques du droit à la preuve.

Abstract: *The proof is a key dimension in the fight against discrimination before the courts. Employees often lack sufficient evidence to establish unequal treatment, and the elements available to workers often cannot be used as they might violate the privacy rights of other workers. The case law of the ECHR and ECJ attempts to overcome these obstacles with various tools, such as the principle of equality of arms, a part of the equitable procedure, and the concept of the effectiveness of substantive law. France, with its different legal tradition, addresses this issue through the means of a “right to proof” granted to litigants. On the surface, this notion seems protective of victims of discrimination, as it allows them to claim a fundamental right to produce evidence on par with other workers’ fundamental rights and the right to business secrecy. Indeed, this evolution has led to significant changes in the access and use of data in discrimination litigations. However, the idea of a “right to proof” is theoretically difficult to explain, and the protection offered to litigants is not entirely clear. It is fully dependent on the application of a proportionality test, the outcome of which is rather uncertain.*

Keywords: Discrimination – Proof of discrimination – Effectiveness – Right to prove

* La première partie de l'essai a été publiée sur le n. 2 de 2024.

SECONDE PARTIE

LE DROIT À LA PREUVE EST-IL VÉRITABLEMENT UTILE À LA RÉOLUTION DES LITIGES RELATIFS AUX DISCRIMINATIONS ?

La jurisprudence française s'est référée à l'idée d'un droit à la preuve des justiciables pour interpréter les règles probatoires relatives aux discriminations, tant en ce qui concerne la production de preuves que leur sollicitation.

L'idée d'un droit appartenant au justiciable paraît a priori satisfaisante, car elle permet de mettre l'accent sur ses besoins en vue de faire valoir des droits substantiels.

Toutefois, la construction de cette notion provient avant tout d'un usage *défensif* de l'idée d'un droit à la preuve : celui-ci n'est invoqué que dans la perspective de dépasser les restrictions à la production de preuves susceptibles de porter atteinte à la vie privée de la partie adverse. Le droit à la preuve n'existe pas indépendamment de cet usage, pour mesurer l'étendue de ces propositions de preuve recevables ou de celles dont on peut demander la production forcée en justice. Il n'est donc pas directement utilisé en tant qu'outil d'action positif afin de promouvoir l'effectivité des droits substantiels. Le droit à la preuve souffre alors d'une double faiblesse congénitale : les incertitudes théoriques qui entourent le concept (1) et l'imprécision des garanties qu'il fournit au justiciable (2).

2.1. L'incertitude théorique du droit à la preuve

Du point de vue de la théorie juridique, l'idée même qu'il existerait un droit à la preuve est surprenante. Bien que la notion ne semble pas entièrement spécifique au droit français¹, elle semble assez symptomatique d'une tendance des juristes français de traduire dans le langage des « droits » les facultés offertes par les règles du droit positif. Pour autant, ce rattachement aux droits subjectifs semble illusoire (2.1.1), et la question mériterait d'être mieux traitée au travers la protection de l'effectivité des droits et la promotion d'un droit-créance à l'égard du service public de la justice (2.1.2).

2.1.1. Un rattachement improbable aux droits de la personne

Des auteurs ont déjà présenté les différents arguments qui montrent le caractère trompeur de la référence d'un droit à la preuve qui serait conçu comme un droit subjectif. Si l'idée de droits subjectifs processuels n'est pas à exclure, c'est sans doute au prix d'une déformation de l'idée classique de droit subjectif, qui suppose que puisse être identifié clairement le débiteur d'une obligation².

¹ Cf. MEKKI, *Vérité et preuve. Rapport français*, in AA.VV., *La preuve. Journées internationales 2013 d'Amsterdam, Pays-Bas et Liège, Belgique*, coll. Travaux Henri Capitant, vol. LXIII, LB2V et Bruylant, 2015, 825.

² CADIEF et JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 11e éd., LexisNexis, n° 317.

Ces auteurs doutent donc aujourd'hui de la pertinence de cette référence à un droit à la preuve. Le droit à la preuve ne confère aucune prérogative à l'encontre de l'adversaire, elle ne fonde ni une prérogative à l'égard d'une chose ni un rapport d'obligation entre les personnes³. Selon Xavier LAGARDE, le droit à la preuve est ainsi caractérisé par son absence de consistance, et sa mobilisation dans le procès n'oblige guère le juge : « le supposé droit à la preuve se dissout intégralement dans la décision de justice⁴ ».

Tous les auteurs ne partagent pas ce point de vue, et l'appellation « droit à la preuve », conçue, à tort ou à raison comme une prérogative du plaideur demeure une référence jurisprudentielle utilisée pour évaluer les productions ou demandes de production forcée de preuve.

À vrai dire, l'analyse de l'indétermination de la signification du droit à la preuve ne fait que reprendre une leçon bien connue du réalisme juridique tel que le conçoit Alf ROSS⁵. La désignation des prérogatives juridiques en termes de « droits » (à l'instar du droit de propriété) n'a pas une signification déterminée. En soi, le droit constitue un « simple mot, un mot vide dépourvu de tout référent ». Disposer d'un « droit à la preuve » ne signifie donc rien de particulier en dehors des différentes prérogatives qui sont reconnues dans la production des preuves.

Cette consistance très malléable du droit à la preuve permet de comprendre qu'il est assez difficile de trouver un véritable fil directeur à l'évolution de l'interprétation jurisprudentielle. Sans doute, le sens général est-il de garantir avec fermeté le respect d'un équilibre entre la protection du respect de la vie privée et le droit de la preuve. La mise à l'écart de l'exigence de loyauté dans la production des preuves ne signifie donc pas nécessairement que la Cour de cassation va offrir une interprétation plus vigoureuse de la production forcée des preuves, notamment dans les litiges relatifs aux discriminations ou au harcèlement⁶ ; elle ne présage pas non plus véritablement de l'étendue des atteintes au secret professionnel ni des restrictions à l'appropriation des documents de l'entreprise.

Pour autant, l'indétermination du contenu ne signifie pas que le concept de droit à la preuve n'aurait aucune portée en droit. Le droit à la preuve est pensé comme l'instrument de la résolution d'un conflit entre différents intérêts juridiquement protégés⁷. Le droit à la preuve, rattaché au droit à un procès équitable permet alors de mettre sur un plan équivalent les droits du justiciable avec des droits fondamentaux opposés par la partie adverse. Il comporte en ce sens une double dimension, à la fois processuelle, délimitant l'étendue des prérogatives des justiciables dans le procès, et substantielle, en assurant la protection

³ Cfr. HOFFSCHIR, *Périsse le principe de loyauté plutôt que le droit à la preuve !*, Dalloz actualité, 9 janvier 2024.

⁴ LAGARDE, *Le droit à la preuve. Réflexions sur une notion bancale*, Rec. Dalloz, 2023, 1526.

⁵ ROSS, *Tû-Tû*, in ROSS (trad. E. Matzner & E. Millard).

⁶ V. HUGLO, *Ouvrir le droit à la preuve en sauvegardant des intérêts contradictoires*, in *Sem. Soc. Lamy*, 29 janvier 2024, n° 2077, 13.

⁷ Cfr. VERGES, VIAL, LECLERC, *Droit à la preuve*, PUF, Themis, 2015, n° 275.

des droits substantiels, à l'instar du droit à la non-discrimination, qui se verraient privés de garantie sans un accès aux preuves nécessaires⁸.

2.1.2. Un droit-créance au statut mal identifié

Si le droit à la preuve trouve difficilement à être rattaché à la pensée des droits subjectifs, il semble tout aussi difficile à intégrer dans la classification des droits fondamentaux ou des droits de l'homme.

Il existe différentes typologies des droits fondamentaux, selon la finalité que l'on peut donner à cet exercice⁹. Le droit à la preuve entre difficilement dans cette typologie en raison de son caractère hybride d'un droit procédural au service de la protection des autres droits. Il peut être classé d'abord au titre des droits civils et politiques, qui garantissent l'état des personnes dans une société. La liberté de produire des preuves, spécialement, est l'une des dimensions de la garantie des droits et libertés en justice, il est donc tout à fait logique de l'inclure dans les droits fondamentaux du procès équitable, comme le fait implicitement la Cour européenne des droits de l'homme. Le Conseil constitutionnel ne proclame pas directement ce droit, mais reconnaît la protection des droits de la défense assez généralement sans en préciser le contenu, en les rattachant à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁰.

Mais le propre des droits de l'homme est d'être indivisibles et difficiles à séparer les uns des autres¹¹. Les droits du procès équitable constituent un soutien indispensable à la garantie de tous les autres droits. Ainsi, le droit à la preuve est-il indispensable pour garantir le droit à l'égalité et à la non-discrimination, mais aussi un support essentiel pour permettre la mise en œuvre des droits de seconde génération, les droits économiques, sociaux et culturels : l'accès à l'assurance chômage et à tous les dispositifs de l'État providence exige une protection juridictionnelle. Et même les droits dits de troisième génération ou de solidarité (droit à l'environnement, à la paix, au développement) ne peuvent se faire sans une garantie juridictionnelle des droits. Il est dès lors impossible de rattacher le droit à la preuve à une catégorie ou l'autre des droits fondamentaux, et ce d'autant plus qu'il est

⁸ Cf. pour la reconnaissance d'une dimension hybride (processuelle et matérielle) et fondamentale au droit à la preuve LARDEUX, *Le droit à la preuve : tentative de systématisation*, in *RTD Civ.*, 2017, 1.

⁹ HENNEBEL, *Classement et Hiérarchisation des Droits de L'Homme (Typology and Hierarchy of Human Rights)*, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle, Economica*, 2010, 26, in <https://ssrn.com/abstract=1981256>; DE SCHUTTER, *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne : une typologie de l'acquis*, in BRIBOSIA, HENNEBEL, *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, 315-349, <http://hdl.handle.net/2078.1/96941> ; LOCHACK, *Mutation des droits de l'homme et mutation du droit*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1984, 2, 49.

¹⁰ C. Const. Cons. 14 sept. 2018, M. Mehdi K., no. 2018-730 QPC § 5.

¹¹ BELAND, A. HANSEN, *La question de la citoyenneté sociale au Royaume-Uni : vers une réflexion européenne ?*, in *DS*, 1998, 11, 918.

appréhendé dans les litiges à travers la recherche de l'effectivité de la garantie des droits de la défense, ce qui exige de protéger des dimensions variées de ces droits¹².

Toutefois, si le droit à la preuve est difficile à situer dans les différentes générations de droits fondamentaux (de manière significative, sa reconnaissance est assez tardive d'ailleurs), il peut plus clairement être classé non pas dans la catégorie des libertés, qui exigent une abstention de l'État, mais celle des droits-créance, qui exigent de l'État une action positive afin de garantir leur exercice effectif. La liberté de produire des preuves suppose que l'État garantisse que les juges ne fassent pas de restriction à la production des preuves, et le droit de demander la production forcée des preuves exige une action positive des juges, et l'organisation d'un service public de la justice capable d'assurer la garantie effective des droits du justiciable.

Plutôt que de penser le droit à la preuve sur le mode d'un droit subjectif du plaideur qui permettrait d'exiger quelque chose de précis, il semble donc plus pertinent de penser le droit à la preuve sur le mode d'un droit-créance, comme l'indique d'ailleurs sa désignation même de « droit à... ». Il renforce la place faite à la quête de la vérité dans le procès, que n'assurent pas toujours les règles classiques d'administration de la preuve¹³. Il impose au juge non seulement d'admettre largement les propositions de preuve, sous réserve de la préservation des droits fondamentaux dans le cadre d'un contrôle de finalité et de proportionnalité, et il l'astreint à jouer un rôle actif dans la procédure afin de garantir les droits des justiciables. Le droit français est encore à mi-chemin en ce sens. D'un côté, le rôle actif des juges dans la recherche des preuves est énoncé dans les textes généraux de la procédure civile et rappelé dans les textes spéciaux relatifs aux discriminations. De l'autre, ces pouvoirs judiciaires demeurent pour l'essentiel des facultés laissées à la libre appréciation du juge, maître de déterminer ce que sont les insaisissables « motifs légitimes » du recours à une mesure d'instruction pour conserver ou établir une preuve. La jurisprudence qui a été présentée précédemment sur la déclinaison de l'article 145 montre que certaines preuves peuvent être exigées dès lors qu'elles apparaissent comme indispensables, mais cette exigence est très souple, car elle dépend de l'appréciation de la légitimité de la demande et du caractère indispensable de la mesure à l'issue du contrôle de proportionnalité. La jurisprudence sur l'utilisation des pouvoirs d'instruction au cours des autres litiges continue de protéger le caractère discrétionnaire des choix du juge.

Il faudrait dès lors aller plus loin si l'on souhaite protéger le droit à la preuve comme un droit-créance. Celui-ci requiert une organisation de la justice au service du justiciable, garantissant l'accès à l'ensemble des preuves nécessaires au respect d'un droit, le juge étant tenu de répondre aux demandes qui sont portées devant lui, sauf à justifier de raisons, tenant à l'inutilité des demandes ou à l'atteinte que cela porte à d'autres droits.

¹² Voir pour une réflexion sur la signification de la garantie de l'effectivité des droits ODOUL-ASOREY, *L'effectivité dans le droit des relations collectives de travail dût par la Cour de cassation*, in *RT*, 2024, 2, 89.

¹³ LAGARDE, *op. cit.*; MEKKI, *op. cit.*

On mesure immédiatement les réserves que pourrait susciter une telle perspective si elle n'encadre pas davantage les pouvoirs d'instructions des magistrats. La particularité des droits-créances est en effet de déterminer avec précisions les conditions des droits à des prestations publiques, alors que la garantie des droits et libertés appelle une pesée fine des droits et des intérêts en présence.

Le droit à la preuve prend dès lors difficilement place dans les catégories juridiques habituelles, soit comme un droit subjectif, soit comme un droit-créance : l'appellation « droit à la preuve » traduit davantage une facilité de langage qu'un concept juridique clairement défini.

Peut-être le vocabulaire choisi par les cours européennes est-il à cet égard moins trompeur : le terme « droit à la preuve » n'est jamais évoqué comme tel (sauf décisions isolées). La référence à une « possibilité raisonnable de présenter sa cause » situe exactement le débat du côté des garanties qui doivent être procurées aux justiciables. Elles doivent inclure à la fois le droit de présenter ses preuves, le droit de solliciter la production de preuves par le juge, et l'exigence du rôle qu'il joue un rôle actif dans la procédure.

Plus précisément, ces garanties doivent être orientées vers une finalité déterminée, qui est possibilité d'établir la véracité des faits afin d'obtenir une protection effective des droits reconnus. La Cour européenne des droits de l'Homme a, en ce sens, constamment rappelé depuis l'arrêt Perez la nécessité de ne pas « garantir des droits théoriques ou illusoire, mais des droits concrets et effectifs¹⁴ », ce qui justifie d'accueillir largement les preuves produites. Elle admet le recours à des modes de preuve variés, incluant des faisceaux de preuve et des statistiques¹⁵. Cependant, la Cour européenne des droits de l'Homme ne va pas jusqu'à affirmer clairement que l'effectivité de la garantie de certains droits comme la non-discrimination exige que le juge joue un rôle actif dans la production des preuves, question relevant pour l'essentiel du juge national. De son côté, le droit de l'Union européenne s'est octroyé de longue date une importance à la garantie des normes antidiscriminatoires¹⁶, ce qui justifie une construction particulière de l'administration de la preuve. Pour ce qui est du rôle du juge, la Cour de justice considère que l'allégation d'une discrimination au cours du recrutement ne suffit pas pour contraindre le juge à ordonner la production d'informations concernant les autres candidats¹⁷. Toutefois, elle mentionne dans le même temps la garantie de l'effectivité des droits et la nécessité de ne pas priver les justiciables de l'effet utile des directives. Dès lors, il est laissé aux juridictions le pouvoir d'apprécier si le refus de produire les preuves par l'adversaire porte atteinte à l'effectivité

¹⁴ CEDH, grande ch., 12 février 2004, n° 47287/99, Perez c/ France, n° 80.

¹⁵ CEDH, grande ch., 13 novembre 2007, n° 57325/00, DH et autres c/ République tchèque.

¹⁶ CJCE, 10 avril 1984, Sabine von Colson et Elisabeth Kamann contre Land Nordrhein-Westfalen, Aff. 14/83.

¹⁷ CJUE, 19 avril 2012, aff. C-415/10, Meister.

du droit à la non-discrimination, en dépassant si besoin la protection de la confidentialité provenant du droit au respect de la vie privée ou des données personnelles¹⁸.

Au total, on peut conclure que la protection du droit à la preuve souffre d'une faiblesse conceptuelle, permettant de tracer un cadre clair protégeant l'étendue des droits reconnus aux justiciables et la mission du juge. Sans reprendre l'expression « droit à la preuve », le droit européen protège des prérogatives comparables à travers l'idée d'une effectivité de la garantie des droits substantiels, sans apporter de garantie plus précise.

On mesure que ces différentes approches peinent à cerner clairement les droits des parties et les devoirs des juges confrontés à une demande de production de preuves.

2.2. Les incertitudes pratiques du droit à la preuve

Le droit à la preuve est tributaire d'une appréciation subtile des droits des justiciables, à travers le contrôle du caractère indispensable de la production des pièces, et du caractère proportionné des atteintes portées aux autres droits de la partie adverse, combinée avec l'appréciation de la légitimité de la demande de production de pièces dans le cadre de l'article 145 CPC.

Classiquement, ce type de contrôle peut se voir reprocher son imprévisibilité quant à l'issue du contrôle opéré : tout est affaire d'une pesée d'intérêts qui n'est pas sans laisser place à la subjectivité du juge. L'effectivité de la protection d'un droit fondamental est alors tributaire de cette dernière.

Selon la formule avancée par l'Assemblée plénière, « le juge doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence, le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi ».

Elle imbrique ainsi un certain nombre de formules laissées à l'appréciation du juge : on ne sait pas par exemple si le juge doit porter une attention séparée au « caractère équitable de la procédure dans son ensemble » ou si celle-ci ne dépend que de la mise en balance des deux droits en présence.

La formule ne livre pas non plus aucune indication sur la manière dont se fait une mise en balance, qui est une simple image. L'importance des intérêts en jeu est alors un facteur déterminant : les atteintes à la vie privée de la partie adverse par la production de preuves ne sont admissibles qu'au nom d'intérêts légitimes supérieurs. Mais la démarche n'est pas d'une grande précision. Certains arrêts conduisent à caractériser ces intérêts : les preuves de l'employeur sont jugées recevables si elles sont faites au nom de la protection du droit

¹⁸ CJUE, 21 juillet 2011, aff. C-104/10, Kelly, n° 54.

à la santé des patients d'un hôpital¹⁹, la protection du secret des affaires²⁰, ou la protection de la santé et de la sécurité des salariés²¹. A contrario, la protection exigée par un droit fondamental comme la non-discrimination devrait exiger qu'on ne lui oppose que des intérêts ou droits essentiels, et non la simple protection d'intérêts économiques indistincts. Cette démarche de pondération est perceptible dans les différents arrêts rendus, mais elle laisse place à une marge d'appréciation considérable, qui la rend incertaine. Par ailleurs, la Cour de cassation se réfère au caractère « indispensable » de la preuve pour qu'elle puisse être produite, c'est-à-dire à ce qui est « absolument nécessaire (objectivement ou subjectivement) pour répondre à une certaine fin²² », mais elle ne livre aucune indication sur la manière de l'interpréter.

La chambre sociale de la Cour de cassation a donc essayé de présenter une méthode à destination du juge : celui-ci doit d'abord « s'interroger sur la légitimité du contrôle opéré par l'employeur et vérifier s'il existait des raisons concrètes qui justifiaient le recours à la surveillance et l'ampleur de celle-ci. Il doit ensuite rechercher si l'employeur ne pouvait pas atteindre un résultat identique en utilisant d'autres moyens plus respectueux de la vie personnelle du salarié. Enfin, le juge doit apprécier le caractère proportionné de l'atteinte ainsi portée à la vie personnelle au regard du but poursuivi²³ ».

Cette méthode permet de mieux comprendre les opérations de contrôle auquel le juge doit se livrer en présence d'une preuve illicite. Elle ne dissipe pas toute équivoque ou marge d'appréciation, mais elle permet de mieux cerner le type d'arguments que peuvent présenter les parties.

Il existe toutefois une dyssymétrie importante entre la position du salarié et celle de l'employeur. Celui-ci dispose dans l'entreprise de toutes sortes d'informations sur le salarié dans l'entreprise. En cas de soupçon de faits illicites (vol, attitude déloyale, divulgation d'informations...), il lui suffit de mettre en place un dispositif de surveillance précis à l'insu du salarié pour accéder à des informations qui pourront apparaître a posteriori comme indispensable. A contrario, le salarié ne peut mettre en place des dispositifs de surveillance systématiques, et il n'a aucun droit d'accès aux informations détenues par l'employeur. Les contentieux montrent donc que la question se pose rarement de la production de documents obtenus à l'insu de l'employeur. Le salarié est obligé de solliciter du juge qu'il ordonne la production de documents. La jurisprudence n'a pas évolué en la matière de façon aussi significative que sur le terrain de la liberté de produire ses preuves. Le

¹⁹ Soc. 4 octobre 2023, n° 22-18.217, F-D ; voir aussi sur la protection de personnes handicapées prises en charge par une association Poitiers 4 mai 2016, n° 15/04170, RJS 11/2016, n° 672.

²⁰ Soc. 30 Septembre 2020, n° 19-12.058 :P.

²¹ Cfr. Soc. 22 mars 2023, n° 21-24.729, RJS 5/2023, n° 295 (l'argument est ici celui retenu par la Cour d'appel).

²² Trésor de la Langue Française Informatisé, V° Indispensable (adjectif).

²³ Soc. 14 février 2024, 22-23.073, P, Dalloz actualités 4 mars 2024 obs. PAGNERRE ; Soc. 8 mars 2023, 21-17.802, P, RJS 4/2024 n° 235 ; la formule ne mentionne que le licenciement illicite, ce qui laisse dans l'incertitude la méthode en cas de preuve déloyale, pour laquelle la Cour de cassation ne reprend pas cette indication Cf. Soc. 17 janvier 2024, 22-17.474, P.

contrôle de proportionnalité met un frein à la quête de preuves trop nombreuses dès lors que les informations potentiellement utiles sont difficiles à identifier à l'avance. L'évolution a toutefois été considérable ces dernières années pour ce qui est de l'accès aux données sur les rémunérations. Il reste que certains contentieux, comme ceux relatifs aux refus d'embauche pour des raisons discriminatoires, s'avèrent plus difficiles à engager. Peut-être faudrait-il aussi développer en la matière la preuve par statistique.

En conclusion, l'exploration de la reconnaissance d'un droit à la preuve en France montre une certaine ambivalence dans l'évolution de la preuve des discriminations. D'un côté, ce droit traduit une volonté de favoriser la transparence des choix des entreprises pour mieux cerner les pratiques discriminatoires, sans pouvoir opposer systématiquement la vie privée ou les secrets du monde professionnel. À ce titre, le droit à la preuve présente un potentiel de mieux protéger l'accès aux preuves. Mais de l'autre, l'expression est trompeuse et trouve difficilement sa place dans les catégories juridiques, ce qui se traduit par un régime juridique qui ne garantit pas suffisamment clairement l'effectivité de la garantie des droits substantiels.

