

Le tutele contro le molestie nel lavoro: ancora troppe debolezze e disarmonie*

di

Rosario Santucci *

SOMMARIO: 1. Un fenomeno purtroppo attuale e una normazione ancora insufficiente. – 2. Il quadro legislativo di riferimento prima del nuovo millennio. – 3. Nel nuovo millennio il salto di qualità ma nel disordine: l'equiparazione alle discriminazioni. - 4. Le definizioni normative delle molestie: un filo per orientarsi nel labirinto. – 5. Le tutele "derivate" (da quelle sulle discriminazioni) e "adattate" contro le molestie. - 6. Le istituzioni contro le molestie e le violenze: un *deficit* da colmare. - 7. Un *focus* critico sulle tutele ulteriori contro la molestia sessuale e di genere. – 8. La contrattazione collettiva. – 9. Altre tecniche di prevenzione – 10. Profili penalistici - 11. La convenzione n. 190/2019 dell'ILO: tratti essenziali per una regolamentazione futura. - 12. Suggestioni conclusive.

1. Un fenomeno purtroppo attuale e una normazione ancora insufficiente

Il tema delle molestie sul lavoro s'impone tuttora, purtroppo, alla riflessione giuslavoristica, se non a quella generale, civile ed etica. Nonostante il rafforzamento normativo degli ultimi trent'anni finalizzato a contrastarle (insieme con le discriminazioni e le violenze sul lavoro), il fenomeno emerge ancora ampiamente vuoi per la maggiore consapevolezza e la reazione dei molestati, vuoi per le denunce del movimento femminista "metoo" - nato nel 2007 e diffuso come *hashtag* proprio per farne conoscere l'estensione e contrastarlo specie con riguardo alle molestie sessuali -, e per quelle, finanche più clamorose, che hanno preso l'abbrivio dopo l'intervista del 10 ottobre 2017 all'attrice Asia Argento che rivelava

* Il presente contributo riprende, in una versione elaborata, la relazione svolta al convegno "Molestie sessuali nel lavoro dopo la Convenzione ILO. Quali politiche in Italia e in Europa", organizzato dalla Rete Noi Donne, Roma, 12 novembre 2019, ed è offerto dall'autore alla raccolta degli Atti del Convegno su: "Le norme antidiscriminatorie del lavoro nell'Unione europea" (Benevento 3 settembre 2019 – Università del Sannio), raccolta che non è stata pubblicata in volume per l'emergenza Corona-Virus e che trova ospitalità, insieme ad altri contributi, in questa rivista, secondo le prescrizioni del suo regolamento.

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università del Sannio (Benevento).

di essere stata stuprata nel 1997 da Harvey Weinstein, produttore di Hollywood, accusato poi da più donne di numerose molestie e stupri¹. Per il nostro Paese, l'Istat conferma - sia pure limitatamente alla fattispecie più ripugnante, quella sessuale - la gravità del fenomeno². Rileva, con riferimento al 2015-2016, che un milione e quattrocentomila donne tra i 15 e i 65 anni - ben l'8,9% delle lavoratrici - nel corso della vita lavorativa ha subito molestie fisiche sul luogo di lavoro oppure veri e propri ricatti sessuali (prestazioni o disponibilità sessuali: *quid pro quo* per ottenere un lavoro, conservarlo o progredire in carriera) da parte di colleghi, superiori, datori di lavoro o altre persone³.

In occasione della giornata internazionale per l'eliminazione della violenza contro le donne (25 novembre 2019) l'Istat ha diffuso un report statistico sui più comuni stereotipi di genere in Italia di donne e uomini che rappresentano un Paese in cui è chiara la genesi di molestie e violenze contro le donne. Per il 32,5% degli intervistati "per l'uomo, più che per la donna, è molto importante avere successo nel lavoro", per il 31,2% "gli uomini sono meno adatti ad occuparsi delle faccende domestiche", per il 27,9% è "soprattutto l'uomo che deve provvedere alle necessità economiche della famiglia", per il 16,1% quando scarseggia il lavoro "i datori di lavoro dovrebbero dare la precedenza agli uomini rispetto alle donne" ed infine per l'8,8% è l'uomo che "deve prendere le decisioni più importanti riguardanti la famiglia". Se si aggiunge poi che sulla violenza sessuale, tra i vari pregiudizi, per il

¹ Il 12 ottobre 2017 viene lanciato l'*hashtag* "quellavoltache" per raccogliere le testimonianze delle donne italiane vittime di molestie. Alcune, specie quelle sul lavoro, si possono leggere in AA.VV., *#quellavoltache storie di molestie*, manifestolibri, 2018. Per un vasto materiale di testimonianze e per un'analisi storica e critica del fenomeno v. P. ROMITO e M. FERESIN (a cura di), *Le molestie sessuali. Riconoscerle, combatterle, prevenirle*, Carocci, Roma, 2019 (in questo volume è sconvolgente il racconto riguardante molestie e violenze sulle lavoratrici agricole in Italia, Spagna e Marocco: v. 73 ss.; a tale ultimo riguardo cfr. anche M. OMIZZOLO, *Sotto padrone. Uomini, donne e caporali nell'agromafia italiana*, Feltrinelli, Milano, 2019, spec. 257 ss.). Cfr. anche O. RICCI, *Toglioni le mani di dosso*, Chiarelettere, Milano, 2015.

² Cfr. il *report* del 13 febbraio 2018 riguardante l'indagine campionaria sulla "Sicurezza dei cittadini", effettuata nel 2015-2016 per analizzare il fenomeno delle molestie a sfondo sessuale subite da uomini e da donne e dei ricatti sessuali sul lavoro subiti dalle donne nel corso della propria vita e nei tre anni precedenti l'intervista.

³ S'intendono per molestie fisiche, nell'indagine Istat, "i tentativi di toccare, accarezzare, baciare la donna contro la sua volontà, gli atti di esibizionismo e i pedinamenti, le telefonate o i messaggi osceni, la visione di immagini sessuali o i materiali porno".

23,9% le donne possono provocarla con il loro modo di vestire, lo *sconcerto* è completo⁴. A ben riflettere la molestia e la violenza condividono con le discriminazioni, beninteso con i necessari distinguo relativi alla differenziata gravità delle fattispecie, un identico *humus* culturale, di disprezzo e di intolleranza del “differente”, che conduce l’autore, spesso detentore di potere, a comportarsi in modo inaccettabile e/o delinquenziale, dalla discriminazione alla violenza. Nel caso della molestia sessuale la molla ulteriore è rappresentata dalla rapacità sessuale nei confronti delle donne o delle persone di sesso od orientamento sessuale diverso.

La repressione, pur importante in quanto anche dissuasiva, è comunque insufficiente, essendo necessaria, per marginalizzare il fenomeno, una forte, decisa ed effettiva azione preventiva. Occorrerebbe agire innanzitutto a livello culturale, prendendo le mosse dall’educazione scolastica. Non possono perciò non condividersi gli obiettivi dell’art. 1, co. 16, della l. n. 107 del 2015, ma è dubbio il perseguimento effettivo degli stessi. La disposizione stabilisce che il “piano triennale dell’offerta formativa assicura l’attuazione dei principi di pari opportunità promuovendo nelle scuole di ogni ordine e grado l’educazione alla parità tra i sessi, la prevenzione della violenza di genere e di tutte le discriminazioni, al fine di informare e di sensibilizzare gli studenti, i docenti e i genitori sulle tematiche indicate dall’articolo 5, co. 2, del d. l. n. 93/2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 119/2013”. Nelle linee guida per l’attuazione della disposizione emergono in modo chiaro la matrice della discriminazione e della violenza e le *chance* di ridurle attraverso percorsi educativi. Nel ricondurre la disposizione legislativa nell’ambito dei principi fondamentali di pari dignità e non discriminazione della Costituzione (art. 2, 3, 4, 6, 21, 30, 34, 37, 51) e nei valori costitutivi antidiscriminatori del diritto internazionale ed europeo (art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo) e in coerenza con gli impegni assunti dall’Italia con la ratifica della Convenzione del Consiglio

⁴ Un’importante testimonianza è fornita da L. GRUBER, *Il potere delle donne contro la politica del testosterone. Basta*, Mondadori, Milano, 2019, che in una sorta di *reportage* dal fronte della battaglia (le donne sotto attacco) indica anche la strategia per la vittoria delle donne e pure degli uomini: competenze, formazione, *equal pay*, rottura del soffitto di cristallo.

d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul; l. 27 giugno 2013 n. 77), che in particolare all'articolo 14 definisce il ruolo della scuola nella prevenzione della violenza contro le donne, le linee guida attuative dell'azione educativa per prevenire la violenza di genere e tutte le forme di discriminazione hanno identificato gli snodi su cui intervenire: modificare il modello educativo di riferimento da "individualista" a "relazionale", superando i pregiudizi di genere e in generale quelli fondati sulle diversità da considerare differenze che arricchiscono. Va sottolineato che le iniziative nel campo della formazione rientrano in un più ampio Piano strategico nazionale sulla violenza maschile contro le donne 2017-2020, adottato nel 2017 dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica⁵.

Gli studi di genere avevano comunque da tempo messo a fuoco le costruzioni sociali stereotipate su sesso, genere e orientamento sessuale, indicando percorsi educativi di decostruzione delle disuguaglianze e di promozione del rispetto delle differenze⁶. Questi studi hanno consegnato all'attenzione anche normativa non solo la distinzione fra sesso, genere, orientamento sessuale e il loro reciproco rapporto ma anche la riflessione critica e gli approcci necessari per svelare e combattere disuguaglianze, discriminazioni e violenze. Il genere non sarebbe che l'esito dell'organizzazione sociale della differenza sessuale, che costituirebbe la base biologica dell'individuo. "Il termine sesso consente di classificare gli individui come inequivocabilmente maschi o femmine in base agli elementi anatomici, ovvero ai caratteri sessuali primari di cui sono in possesso alla

⁵ In sintonia è la legge a tutela della dignità dei minori per la prevenzione e il contrasto del *cyberbullismo* (n. 71/2017), che spesso si concretizza in molestie: l'obiettivo principale è quello di "contrastare il fenomeno del *cyberbullismo* in tutte le sue manifestazioni, con azioni a carattere preventivo e con una strategia di attenzione, tutela ed educazione nei confronti dei minori coinvolti, sia nella posizione di vittime sia in quella di responsabili di illeciti, assicurando l'attuazione degli interventi senza distinzione di età nell'ambito delle istituzioni scolastiche".

⁶ V. R. CHIGI, *Fare la differenza*, il Mulino, Bologna, 2019: l'autrice dedica significativamente il libro alla madre che "sempre l'ha fatta sentire capace"; R. CHIGI, R. SASSATELLI, *Corpo, genere e società*, il Mulino, Bologna 2018; F. SARTORI, *Differenze e disuguaglianze di genere*, il Mulino, Bologna, 2009.

nascita e a quelli secondari che si sviluppano successivamente⁷. Per contro il genere indica i tratti culturali, come tali mutevoli nel tempo e nello spazio, che definiscono atteggiamenti e comportamenti nonché le caratteristiche psicologiche tipiche di uomini e donne in una determinata realtà sociale ed in uno specifico periodo storico⁸. Occorre essere avvertiti però che il genere va riconosciuto esclusivamente ai valori simbolici connessi all'attinenza genetica e riproduttiva; non deve pertanto considerarsi quale fattore determinante nel definire a priori i destini dei soggetti all'interno di traiettorie previste in base alle caratteristiche sessuali ritenute innate. Il concetto di genere – che nasce a metà degli anni '70 nell'ambito di studi femministi anglosassoni – serve proprio ad evidenziare la natura artificiale del rapporto fra il fattore biologico e le sue derivazioni sociali. Esso ha consentito “di superare l'innatismo – che da sempre spiega e giustifica la segregazione delle donne all'interno della famiglia e la loro esclusione dal sociale – per palesare la costruzione del modello femminile, ma anche maschile dominante; (...) di sottolineare l'importanza e la rilevanza empirica di un'analisi sessuata della realtà, che consente alla donna di uscire dall'invisibilità e dalla marginalità che l'hanno caratterizzata nel corso della storia; (...) di far emergere le disuguaglianze tra maschi e femmine nei diversi campi del sociale in cui esse si manifestino⁹. Non a caso il *gender mainstreaming* – principio adottato dalla Conferenza dell'ONU di Pechino del 1995 e dal IV programma del 1996-2000 dell'Unione europea – promuove le pari opportunità tra uomini e donne a tutti i livelli.

Anche sull'orientamento sessuale – che indica la direzione verso cui s'indirizza l'attrazione sesso-affettiva di un individuo e che rientra tra i fattori discriminanti da contrastare sono state approfondite nell'ordinamento tanto europeo quanto italiano – si è svolto un approccio culturale critico che, fondato anche su ricerche empiriche, ha evidenziato la sussidiarietà della convergenza tra

⁷ Non vanno trascurate le posizioni di scienziati secondo cui, oltre a maschi e femmine, vi sarebbero persone intersessuali e quindi anche sul sesso occorrerebbe guardare la realtà in modo “decostruito”: v. ancora R. CHIGI, *op. cit.*, 17.

⁸ F. SARTORI, *op. cit.*, 16.

⁹ F. SARTORI, *op. cit.*, 18. V. anche R. CHIGI, *op. cit.*, 13 ss. e I. MASSA PINTO, *Costituzione e generi: argomenti interpretativi e teorie sulla differenza sessuale*, in *BJ*, n. 2/2019.

identità di genere e orientamento sessuale (eterosessualità) e dell'inversione sessuale (non è necessario femminilizzarsi per dirsi *gay* né è necessario mascolinizzarsi per sentirsi lesbica)¹⁰.

Non vi è dubbio pertanto sull'importanza dell'educazione e della cultura di genere. Serve però effettività nelle politiche e nelle azioni e monitoraggio sulla realizzazione degli obiettivi, che purtroppo finora difettano.

Le misure di prevenzione dovrebbero poi ampliarsi con il riferimento al lavoro – e anche oltre - sia con il rafforzamento dell'azione delle figure istituzionali sul territorio (come ad esempio le consigliere di parità), sia, nei luoghi di lavoro, con l'istituzione di commissioni o referenti di fiducia e di procedure *ad hoc*, con la promozione di formazione e informazione, la previsione di sanzioni adeguate ed effettive.

Vi sono in alcuni campi progressi rispetto al passato dovuti all'incidenza degli approcci di genere e alle normative di contrasto, promosse a livello internazionale e soprattutto europeo; ma se si combinano i numerosi indicatori fattuali relativi alle condizioni sociali e lavorative delle donne il cammino da compiere è ancora lungo e difficile¹¹. E siamo soltanto al "genere", che costituisce la punta di diamante della lotta alla discriminazione¹².

¹⁰ V. ancora R. CHIGI, *op. cit.*, 25 ss.

¹¹ V. la Sintesi della XXI Indagine AlmaLaurea sul Profilo dei Laureati 2018 secondo cui le donne, "che da tempo costituiscono oltre la metà dei laureati in Italia, rappresentano tra i laureati del 2018 il 58,7% del totale, quota stabile negli ultimi dieci anni. Le donne hanno un'incidenza del 64,5% nei corsi magistrali a ciclo unico, 8,3 punti percentuali in più rispetto a quanto osservato tra i laureati magistrali biennali (56,3%) e 6,0 punti in più rispetto ai laureati di primo livello (58,6%)". Però si rileva "una forte differenziazione nella composizione per genere dei vari ambiti disciplinari. Nei corsi di primo livello le donne costituiscono la forte maggioranza nei gruppi insegnamento (93,3%), linguistico (83,8%), psicologico (80,4%) e professioni sanitarie (70,3%). Di converso, esse risultano una minoranza nei gruppi ingegneria (26,6%), scientifico (26,9%) ed educazione fisica (32,7%). Tale distribuzione è confermata anche all'interno dei percorsi magistrali biennali. Nei corsi magistrali a ciclo unico le donne prevalgono nettamente in tutti i gruppi disciplinari: dal 96,0% nel gruppo insegnamento al 53,3% nel gruppo medicina e odontoiatria". Nel mercato del lavoro il tasso di occupazione femminile è più basso rispetto alla media europea e nel lavoro il *gender gap* retributivo è molto ampio (v. il *Global gender gap report 2018* del *World economic forum*, nonché la comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo, 20.11.2017 per l'adozione del Piano d'azione UE per il 2017-19 "Affrontare il problema del divario retributivo di genere"; la Dichiarazione della Commissione europea nella giornata per la parità retributiva del 31 ottobre 2019 dove sono indicate le azioni svolte e i propositi per

Delle molestie s'è occupata di recente l'ILO nella Convenzione n. 190 del 21 giugno 2019 (e nella coeva Raccomandazione n. 106), finalizzata alla "eliminazione della violenza e delle molestie nel mondo del lavoro". Anche l'ILO punta alla prevenzione, oltre che alla protezione, ad ampio raggio. Essa tratta di importanti misure che si aggiungeranno a quelle del nostro ordinamento. In effetti non si può affermare che questo ne sia privo, anche perché in materia ci sono obblighi europei anche risalenti, ma sicuramente il quadro normativo presenta numerose criticità. Perciò ne è opportuna una valutazione preliminare rispetto all'esame della Convenzione ILO, in quanto la sua semplice aggiunta, con la ratifica, potrebbe rischiare di peggiorare, piuttosto che migliorare, il sistema di garanzie sia per il diversi approcci, sia per il più limitato livello di garanzie, dovuto ai contesti internazionali variegati e per lo più lacunosi.

2. Il quadro legislativo di riferimento prima del nuovo millennio

Entrando nel merito del quadro normativo nazionale, il salto di qualità nel contrasto alle molestie è sicuramente avvenuto all'inizio del nuovo millennio¹³. Prima le molestie - specie quella sessuale - trovavano una tutela *giurisprudenziale* ed erano qualificate 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. Per la giurisprudenza l'integrità psicofisica e quella morale del lavoratore, come di qualsiasi altro soggetto, sono riconosciute come beni essenziali e primari dalla Costituzione, che nell'art. 32 garantisce la salute "come fondamentale diritto dell'individuo", nell'art. 41 pone precisi limiti all'esplicazione dell'iniziativa economica privata con lo stabilire, fra l'altro, che la stessa *non* può svolgersi in modo da recare danno alla "dignità umana" e nell'art. 2 tutela i diritti inviolabili dell'uomo anche nelle

contrastare il *gender gap* retributivo; le Conclusioni del Consiglio Europeo del 10 dicembre 2019 sulla "Parità di genere nelle economie dell'UE: la via da seguire"; e da ultimo la Risoluzione del Parlamento europeo del 30 gennaio 2020 sul divario retributivo di genere).

¹² V. i dati negativi delle discriminazioni per ragioni etniche, di razza e di *handicap*.

¹³ In termini ricostruttivi, prima della svolta legislativa, v. per tutti D. IZZI, *Molestie sessuali e rapporti di lavoro*, in *LD*, 1995, 285 ss.; A. PIZZOFERRATO, *Molestie sessuali sul lavoro. Fattispecie giuridica e tecniche di tutela*, Cedam, Padova, 2000.

formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, richiedendo l'adempimento dei doveri di solidarietà sociale. Questi principi, "aventi carattere immediatamente precettivo, debbono essere tenuti presente nell'interpretazione di qualsiasi disposizione di legge o regolamentare e debbono essere osservati, alla stregua di regole inderogabili imposte dall'ordinamento, nello svolgimento di qualunque attività posta in essere sia al di fuori di qualsivoglia vincolo contrattuale, sia nell'esecuzione di un contratto. Pertanto (...) dell'art. 2087 c.c. deve darsi una interpretazione conforme ai suddetti principi, nessuno escluso, in modo tale che dalla sua formulazione letterale (...) debba ricavarsi un significato corrispondente all'intenzione del legislatore in aderenza al dettato costituzionale (...). Ciò premesso (...) deve essere immediatamente ricavato un dato letterale essenziale, consistente nella espressa previsione dell'obbligo del datore di lavoro di "tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro". E, poiché tale obbligo - avente, come pacificamente si afferma da parte della dottrina e della giurisprudenza, indubbia natura contrattuale - può essere violato da un comportamento sia commissivo, sia omissivo, è certo che stante la previsione di legge, sul datore di lavoro incombe il dovere, non solo di adottare, come mezzo al fine, tutte le misure che "secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica" sono atte a conservare i suddetti diritti dei lavoratori, ma anche ad astenersi da quei comportamenti che possono far sorgere o favorire la lesione dei medesimi diritti: in altre parole, proprio dal tenore letterale della disposizione contenuta nel codice civile è agevole desumere a carico del datore di lavoro l'esistenza di un obbligo primario e di un obbligo strumentale, essendo al suddetto datore di lavoro, innanzi tutto, vietato di porre in essere quei comportamenti commissivi dai quali possa derivare la lesione dei beni garantiti (dalla medesima disposizione di legge e dagli articoli della Costituzione sopra indicati) e, inoltre, essendogli fatto obbligo di predisporre quelle cautele che valgono a tutelare i beni in questione. Di tal che (...) il contenuto dell'obbligo previsto dall'art. 2087 c.c. non è circoscritto al rispetto della legislazione tipica della prevenzione cosiddetta protettiva, che statuisce precisi adempimenti positivi tramite l'adozione di misure

adatte al caso concreto, ma soprattutto richiede che non venga posto in essere un comportamento che violi il diritto alla integrità psicofisica del lavoratore; l'esistenza di tale comportamento, infatti in quanto determinato da dolo o da colpa e attuato nel luogo e durante l'orario e il compimento dell'attività di lavoro, costituisce di per sé fonte di responsabilità contrattuale per il datore di lavoro, integrando lo stesso un inadempimento della suddetta obbligazione primaria prevista dalla legge (oltre che dei doveri di buona fede e di correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.). (...) non è dubbio che le molestie sessuali e i veri e propri atti di libidine violenti, indicati dalle ricorrenti come fonte di prostrazione così grave da indurle a recedere dal rapporto di lavoro e come causa del sorgere di un danno patrimoniale, biologico e morale, debbono essere compresi in quel comportamento commissivo di cui si è sopra parlato e che è lesivo, oltre che dei beni essenziali tutelati negli articoli della Costituzione sopra indicati, anche dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore menzionati dall'art. 2087 c.c."¹⁴. E ancora: poiché la molestia sessuale può avere come vittima entrambi i sessi e in entrambi i casi sussiste l'obbligo del datore di lavoro di adottare i provvedimenti a tutela "dell'integrità fisica e della personalità morale", come testualmente impone l'art. 2087 c.c. attraverso i comportamenti che si rendono necessari, è considerato legittimo il licenziamento per giusta causa *ex art. 2119 c.c.* del molestatore¹⁵.

Al fianco, e in funzione di impulso, della giurisprudenza un argine nei confronti dell'illecito si rinviene anche nella normativa comunitaria e internazionale, con diversa e crescente incisività. A livello comunitario si segnalano prima la Risoluzione del Parlamento europeo sulla violenza contro le donne dell'11 giugno 1986, poi il 27 novembre 1991 la Raccomandazione 92/131/CEE della Commissione sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro. La Raccomandazione contrasta la molestia sessuale e di genere predisponendo anche un codice di condotta al fine di fornire orientamenti pratici a datori di lavoro,

¹⁴ Cass. 17 luglio 1995 n. 7768 (tutte le sentenze citate nel testo sono reperibili nelle banche dati dei siti delle Corti superiori oppure in *Leggiditaliprofessionale.it* o *DeJure*).

¹⁵ Cfr. Cass. 18 aprile 2000 n. 5049. Sulle tecniche giurisprudenziali v. A. PIZZOFERRATO, *op. cit.*, 165 e 259 ss.

sindacati e lavoratori/lavoratrici sul problema della tutela della dignità degli uomini e delle donne sul posto di lavoro. Con il codice la Raccomandazione si prefigge “la prevenzione di molestie a sfondo sessuale e, nel caso in cui esse si verificano, la garanzia di un ricorso immediato e semplice a procedure adeguate per affrontare il problema e prevenirne il ripetersi”; inoltre intende “incoraggiare lo sviluppo e l’attuazione di politiche e prassi intese a creare un ambiente di lavoro scevro da ricatti a connotazione sessuale e un clima di lavoro in cui uomini e donne rispettino reciprocamente l’inviolabilità della loro persona”¹⁶.

A livello internazionale – tra gli atti più rilevanti – vanno ricordate la Raccomandazione generale dell’ONU n. 19 del 1992 sulla violenza contro le donne e soprattutto la Carta sociale europea (riveduta a Strasburgo il 3 maggio 1996, integrata dal Protocollo addizionale del 5 maggio 1998 e ratificata con l. n. 30/1999) che all’art. 26 fa espressamente riferimento alla tutela della dignità dei lavoratori e al contrasto alle molestie sessuali.

La contrattazione collettiva pure a partire dagli anni ‘90 si occupa del problema, in modo difforme e in modo mediamente *soft*¹⁷.

3. Nel nuovo millennio il salto di qualità ma nel disordine: l’equiparazione alle discriminazioni

Il quadro normativo ha acquisito all’inizio del nuovo millennio – come già accennato - una forte specificità, grazie alla spinta europea¹⁸.

¹⁶ V. al riguardo A. PIZZOFERRATO, *op. cit.*, 50 ss.

¹⁷ Sulle normative internazionali e per un’analisi accurata delle discipline contrattuali v. ancora A. PIZZOFERRATO, *op. cit.*, risp. 63 ss. e 215.

¹⁸ Nello stesso senso L. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, 379 ss.; sulle molestie nei luoghi di lavoro cfr. R. DIAMANTI, *Le molestie sessuali, la discriminazione, l’abuso*, in *RIDL*, 2017, I, 69 ss.; *DML* n. 3/2014, 261 ss. con gli articoli di A. MURCIA CLAVERÍA, *El acoso sexual en España: regulación y problemática jurídica*; S. LAULOM, *Le harcèlement sexuel en France: entre santé et sécurité au travail et discrimination*; L. VENDITTI, *Le molestie sessuali sul lavoro in Italia: fattispecie e rimedi giuridici*; G. DE SIMONE, *Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la direttiva CE 2002/73*, in *RIDL*, 2004, I, 399 ss. V. anche in generale S. GIUBBONI, S. BORELLI, *Discriminazioni, molestie, mobbing*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, 2, *Contratto di lavoro e organizzazione* diretto da M. MARAZZA, Padova, 2012, 1887; A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi e tutele*, Cedam, Padova, 2010; P. CHIECO, *Una fattispecie dai contorni sfuggenti: la molestia nei rapporti di*

I referenti normativi sono il d.lgs. n. 145/2002, che ha integrato la l. n. 125/1991 con l'art. 4, commi 2 *bis-2quater*, ora riprodotto nell'art. 26 d.lgs. 198/2006 (codice pari opportunità), i dd. lgs. nn. 215 e 216 del 2003 (artt. 2, co. 3), in attuazione delle direttive comunitarie¹⁹, e la l. n. 67 del 2006 che ha previsto misure (ulteriori) per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità, vittime di discriminazioni (art. 2, co. 3), al di là di quella prevista per le discriminazioni in materia di occupazione e condizioni di lavoro (*ex d.lgs. n. 216/2003*).

Sono contrastate anche le molestie e le molestie sessuali nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura (art. 55-*bis* codice pari opportunità), in attuazione della Direttiva 2004/113/CE del Consiglio del 13 dicembre 2004 sul principio della parità di trattamento tra uomini e donne in materia; ed è tutelato anche chi rifiuta molestie, molestie sessuali o di sottomettersi alle stesse (artt. 55-*ter*, co. 6, 55-*quater*)²⁰.

Le disposizioni citate stabiliscono che le molestie in questione "sono considerate come discriminazioni". Per il legislatore dunque le molestie non coincidono con le discriminazioni. Ciò è evidenziato dal fatto che la nozione legislativa sostanziale di molestia è diversa da quella di discriminazione e la molestia può comportare effetti discriminatori. Tanto è vero che i commi 2-*bis*, 3 e 3-*bis* dell'art. 26 del d.lgs. n. 198/2006 tutelano la lavoratrice o il lavoratore vittime

lavoro, in RIDL, 2007, I, 71 ss.; M. MISCIONE, *Una forma sempre attuale di discriminazione: le molestie sessuali*, in DPL, inserto, n. 25/2005.

¹⁹ Il d.lgs. n. 145 attua la direttiva 2002/73/CE in materia di parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro (successivamente la Direttiva 2006/54/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e d'impiego (rifusione) ha riordinato il quadro normativo europeo); il d.lgs. n. 215 attua la direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000 per la parità di trattamento tra persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (art. 2, co. 3); il d.lgs. n. 216 attua la direttiva 200/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (art. 2, co. 3).

²⁰ Gli artt. 55-*septies* e 55-*novies* si occupano anche di azioni preventive. Sul tema cfr. D. LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Giappichelli, Torino, 2008; A. LORENZETTI, *Le discriminazioni di genere nell'accesso a beni e servizi sanitari. Ovvero delle tensioni irrisolte del diritto antidiscriminatorio*, in BJ, n. 2/2019.

di discriminazioni per reazione, anche giudiziaria, alle molestie di genere e sessuale.

Equipararle alle discriminazioni significa applicare loro la stessa disciplina e le stesse forme di tutela previste dalle discriminazioni²¹. L'applicazione della tutela si desume dal fatto che le disposizioni specifiche (onere della prova e garanzie processuali) non limitano, né ridimensionano, né calibrano diversamente l'equiparazione²². In ogni caso – come più avanti si vedrà – occorre che si verifichi “se” e “quanto” comunque adattare le citate tutele per le discriminazioni alle molestie, perché nell'applicazione delle tutele si evidenziano problemi di adeguamento, e valutare quanto convenga la tutela unica trasversale.

4 (segue). Le definizioni normative delle molestie: un filo per orientarsi nel labirinto

Le molestie sono definite come comportamenti indesiderati posti in essere per ragioni connesse al sesso (art. 26, co. 1, d.lgs. 198/2006), ovvero per motivi di razza o di origine etnica (art. 2, co. 3, del d.lgs. n. 215/2003) o di religione, convinzioni personali, handicap, età, orientamento sessuale (art. 2, co. 3, del d.lgs. n. 216/2003), aventi 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 offensivo²³. L'art. 2, co. 4, della l. n. 67 definisce le molestie motivate dalla disabilità,

²¹ Sul punto cfr. F. DI NOIA, *Le molestie sessuali tra inversione e alleggerimento dell'onus probandi*, in *LG*, 2017, 2, 133 ss., spec. 135.; Cass. 15 novembre 2016 n. 23286; R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *DLRI*, 2006, 233 ss. che molto acutamente sottolinea i costi teorici dell'operazione diretta a considerare la molestia come integrazione della fattispecie discriminatoria, anche se sembra escludere l'applicazione delle garanzie previste per la discriminazione di genere (ad es. in ambito probatorio) (235); D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 57 ss. e 188 ss. sia pure con riferimento al diritto dell'Unione europea. Per la diversa visione della molestia come discriminazione cfr. M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, 2003, 399 ss. al fine di sganciare la discriminazione dall'esigenza di una valutazione comparativa.

²² V. ancora Cass. n. 23286/2016

²³ Per un caso di molestie per motivi di razza cfr. Trib. Milano 22 marzo 2012, che ha ordinato al datore di lavoro di affiggere anche un comunicato che inviti tutto il personale ad astenersi, nei rapporti tra colleghi e nelle riunioni di lavoro, da espressioni volgari od offensive a sfondo razziale; il Trib. Terni 24 giugno 2009 esclude la molestia per motivi religiosi nella condotta del

come quei comportamenti indesiderati che violano la dignità e la libertà di una persona con disabilità, ovvero creano un clima di intimidazione, di umiliazione e di ostilità nei suoi confronti. Per la molestia sessuale si precisa che il comportamento indesiderato, a connotazione sessuale, può essere espresso in forma fisica, verbale o non verbale (art. 26, co. 2, d.lgs. 198/2006)²⁴.

La nozione di molestie nell'ambito civilistico è dunque disomogenea²⁵. Alcuni elementi della molestia non mutano, altri fondatamente o no si differenziano. Traspaiono pertanto differenze giustificate o irrazionali di trattamento che costringono ad interpretazioni sistematiche e inducono in ogni caso a ritenere più che maturo il momento di cambiare ancora "registro" e affrontare meglio la questione. Se il "poco", prima del 2000, non bastava, il "troppo" del terzo millennio stroppia, specie se è disordinato e disorganico.

Un'attenzione specifica deve essere dedicata alle componenti della nozione di molestia in quanto la loro identificazione si riverbera tanto sulla delimitazione della fattispecie quanto sulla sostanza probatoria.

1) Non vi è 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), con la possibilità dunque, attraverso una fattispecie aperta e teleologicamente determinata, di includere qualsiasi comportamento molesto²⁶. Nel comportamento, dato il suo carattere generico, sono compresi sia atti giuridici, sia comportamenti materiali.

Per la molestia sessuale si specifica che il comportamento può essere espresso in forma fisica, verbale e non verbale. Anche in questo caso si traspone il disposto della direttiva. Ciò va inteso nel senso che la molestia può concretarsi, oltre che in gesti o parole, comunicate con qualsiasi mezzo, anche in un contatto

dirigente scolastico, che invita i docenti a mantenere in aula il crocifisso, per rispettare la volontà degli studenti.

²⁴ Un esempio può essere dato dall'affissione nel luogo di lavoro di un calendario pornografico: v., al riguardo, Trib. Torino 19 dicembre 2011, che ha considerato discriminatorio il licenziamento di una lavoratrice che aveva richiesto di rimuovere il calendario.

²⁵ Ciò grazie anche al d.l. n. 59/2008, conv. con modif. in l. n. 101/2008 (art. 8-*sexies* co. 1 lett. a), che ha reso omogenea la nozione del d.lgs. n. 215 a quella delle altre fattispecie.

²⁶ V. già L. LAZZERONI, *op. cit.*, 382.

fisico indesiderato. A questo riguardo il legislatore stabilisce una configurazione diversa da quella che emerge in sede penale nell'interpretazione giurisprudenziale, non essendoci un'autonoma figura di reato. Varie sentenze penali²⁷, sulla base di quanto disposto dall'art. 609-bis del cod. pen. in tema di reati sessuali, configurano con il contatto fisico il delitto di violenza sessuale tentata e non quello di molestia sessuale (art. 660 cod. pen), dovendosi quest'ultimo ritenere integrato solo in presenza di espressioni volgari a sfondo sessuale ovvero di atti di corteggiamento invasivo ed insistito diversi dall'abuso sessuale. La molestia sessuale, forma particolare di molestia *ex art. 660 c.p.*, estratta dalla disposizione penale, prescinde da contatti fisici a sfondo sessuale e si estrinseca o 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. In definitiva coincide con tutte quelle condotte sessualmente connotate diverse dall'abuso sessuale che vanno oltre il semplice complimento o la mera proposta d'instaurazione di un rapporto interpersonale²⁸. Nella nozione di molestia in campo civilistico risulta dunque compreso anche quel comportamento che dal punto di vista penale integra la violenza sessuale (o il tentativo di violenza sessuale). E' contraddittorio oppure no avere due nozioni diversificate? A ben riflettere, no. Perché per perseguire il reato occorre una querela di parte e per integrare la fattispecie penale occorrono elementi soggettivi dell'*autore del reato* (intenzionalità, dolo, colpa) ed oggettivi, là dove nel campo civilistico abbiamo invece una sanzione per un comportamento indesiderato (elemento soggettivo *della vittima*), a cui deve aggiungersi alternativamente uno scopo (elemento soggettivo *dell'agente*) ovvero uno o più effetti (elementi *oggettivi*), prescindendosi dall'intenzione dell'agente. Quindi il diritto civile ha un ambito di tutela più ampio di quello penale.

²⁷ Cfr. Trib. Firenze sez. I penale 8 agosto 2016; Trib. Trento sez. penale 26 ottobre 2013; Cass. pen. n. 7365/2012; Cass. pen. Sez. III n. 27042/2010; Cass. pen. n. 27762/2008.

²⁸ Quando si passa "a toccamenti non casuali suscettibili di eccitare la concupiscenza sessuale si è al di fuori della molestia e si realizza quanto meno il tentativo di atto sessuale" (Cass. pen. n. 27762/2008).

La specificazione si spiega anche con il fatto di impedire qualsiasi incertezza sulla tipologia di comportamenti molesti.

2) Un importante elemento della fattispecie è costituito dal carattere “indesiderato” del comportamento. Giustamente si è rilevato che questo va inteso nel senso che *esso* deve risultare *contrario* ai desideri della vittima. Si introduce pertanto, nella valutazione, il punto di vista della vittima e alla stessa si risparmiano “incombenze probatorie altrimenti eccessive, permettendole di ottenere tutela anche a fronte di comportamenti la cui indesideratezza sia il diretto risultato della particolare sensibilità soggettiva”²⁹. Secondo alcuni però l’indesideratezza dovrebbe essere attentamente valutata “per fugare il rischio che la repressione delle molestie passi attraverso l’esclusivo punto di vista *soggettivo* della vittima”³⁰ o che qualsiasi relazione e approccio si prestino a valutazioni giuridiche. Si può ritenere tuttavia che, proprio per rendere più agevole e più ampio il contrasto, l’indesideratezza vada considerata proprio nel modo indicato (la contrarietà al desiderio della vittima) e il bilanciamento, piuttosto che condurlo “sul filo di criteri di media ragionevolezza” del comportamento³¹, sia realizzato dagli altri elementi che compongono – *oggettivando* - la nozione di molestia (violazione della dignità della persona, clima intimidatorio, degradante, umiliante o offensivo).

3) Il comportamento indesiderato, per considerarsi “molesto”, deve essere realizzato “per ragioni connesse al sesso” (art. 26 d.lgs. n. 198/2006) oppure per agli altri “motivi” di diversità indicate dai d.lgs. n. 215 e 216 (tra cui figurano gli *handicap*) o ancora per “motivi connessi alla disabilità” (art. 2, co. 4, l. n. 67 del 2006); la molestia sessuale deve essere un comportamento “a connotazione sessuale” (art. 26 d.lgs. n. 198/2006). Per collegare il comportamento ai vari fattori sensibili, sulla scorta anche delle direttive europee (con riferimento alla molestia di genere il comportamento indesiderato è “connesso al sesso di una persona”; nella molestia sessuale il comportamento è “a connotazione sessuale”; negli altri casi si

²⁹ V. ancora L. LAZZERONI, *op. cit.*, 383.

³⁰ O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2019, 434-435.

³¹ O. MAZZOTTA, *op. ult. cit.*, 435.

stabilisce che il comportamento è adottato per “uno dei motivi” differenziali), la disomogeneità regna sovrana e si utilizzano i termini “motivi” o “ragioni” in modo da indurre ad immaginare una concezione volontaristica della molestia. Ma la disomogeneità terminologica - che distingue tra molestia sessuale e per disabilità dalle altre molestie - comporterebbe un irrazionale, differenziato esito tra le fattispecie. Tenendo conto del fatto che, invece, come fra un momento si ribadirà, per la molestia si adotta l’identica prospettazione “oggettiva” della discriminazione, il dato normativo va interpretato nel senso proprio della *connotazione* dei comportamenti, di comportamenti cioè all’apparenza fondati sulle caratteristiche differenziali e pertanto indesiderati³². Se si facesse riferimento ai motivi, si dovrebbe dimostrare l’intenzionalità del molestatore; ma la vittima *non* deve dimostrare necessariamente le intenzioni del molestatore. Si può anche ipotizzare che talvolta il legislatore non si sia espresso terminologicamente bene là dove il tipo di nesso tra comportamenti e fattori deve essere proprio il “rapporto” tra gli stessi, quindi comportamenti “in ragione dei fattori differenziali”.

4) Anche sulla componente strettamente oggettiva le nozioni si presentano in parte variegate.

Nella maggior parte delle fattispecie i comportamenti devono 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; in alcuni casi si parla di violazione della dignità della persona (la norma sulla disabilità) e, in qualche caso, la creazione del clima è posta in alternativa alla violazione della dignità e le qualificazioni si restringono (intimidazione, umiliazione, ostilità). Un bel ginepraio, se si considera il complesso delle disposizioni.

Innanzitutto, però, va esaltata la conferma della componente oggettiva della molestia, alla pari della discriminazione: il comportamento deve avere “l’effetto”; quindi, è eventuale la prova dell’intenzione³³. Il legislatore, tranne che nella molestia relativa alla disabilità, indica anche lo scopo come conseguenza del

³² In questo senso sembra già orientata L. LAZZERONI, *op. cit.*, 387.

³³ Cfr. da ultimo Trib. Firenze 22 ottobre 2019 n. 1414.

comportamento: ma è indicazione superflua, quando la componente centrale della nozione è l'effetto.

Nel precisare quale sia l'effetto che rende molesto il comportamento indesiderato, il legislatore precisa due tipi di conseguenze: la violazione della dignità e il clima. Ad eccezione della molestia per disabilità – che si sovrappone a quella per handicap, considerata nel d.lgs. 216, e ne supera la disciplina in quanto il “più” contiene il “meno” -, in tutti gli altri casi di molestie, seguendo quanto disposto dalle direttive, i due tipi di effetto devono coesistere, mentre nel primo sono alternativi. La strada scelta dalla l. n. 67 del 2006 sulla disabilità è senz'altro preferibile perché facilita il contrasto alle molestie, fissa un onere probatorio più leggero.

Approfondendo l'analisi dei due tipi di “effetto”, va indagato su cosa si debba intendere per violazione della dignità della persona.

Preliminarmente va segnalata l'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. In via interpretativa non può che dedursi un implicito riferimento alla persona della lavoratrice e del lavoratore perché è evidente che non si tratta della violazione esclusiva della dignità professionale.

Per quanto attiene alla dignità della persona, poiché si fa riferimento ad un concetto normativo non espressamente chiarito, seppure fondamentale e di rilevanza costituzionale (artt. 3, 36 e 41 Cost.)³⁴, qui soccorrono le elaborazioni, sedimentate negli anni, relative agli indicatori qualificatori della dignità, che la rappresentano come principio fondamentale alla stregua di quelli di libertà e di eguaglianza, con i quali reciprocamente si relaziona e ne costituisce il presupposto. La dignità afferma il rispetto della persona umana in quanto tale, il divieto di pensare la persona umana come mezzo e l'obbligo di trattarla come fine (di kantiana memoria) e in quanto soggetto che ha diritto ad avere diritti. Nella Carta

³⁴ Su complessità e rilevanza del principio illuminante è S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2012, spec. 179 ss.

dei diritti fondamentali dell'Unione europea il Titolo I è intitolato alla dignità, che la considera inviolabile e impone di rispettarla e tutelarla; nello stesso Titolo significativamente sono contenute norme finalizzate a garantire il diritto alla vita, all'integrità della persona, alla proibizione della schiavitù e del lavoro forzato, alla proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti³⁵. Non è un caso poi che l'ILO (Conv. n. 190/2019), sulla scorta della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (10 dicembre 1948) – secondo cui “tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti” - reputi la molestia e la violenza come un abuso dei diritti umani, incompatibile con il lavoro dignitoso³⁶. La dignità declinata anche con riferimento ai rapporti sociali e di lavoro può anche sintetizzarsi nella garanzia per tutti del rispetto di se stesso e degli altri³⁷.

Il riferimento della norma alla violazione della dignità della persona risulta dunque pertinente ed efficace.

Sono chiare le qualificazioni relative al clima (complesso di condizioni e situazioni) che può essere creato, qualificazioni che devono ritenersi non ricorrere contemporaneamente. La scelta della l. n. 67 di restringere i caratteri del clima, come già detto, va considerato positivamente perché riduce il superfluo: degradante e umiliante sono sinonimi; lo stesso vale per ostile e offensivo e in ogni caso nell'ostile rientra l'offensivo.

³⁵ Sul carattere polisemico e fondamentale del principio cfr. anche F. D. BUSNELLI, *Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana*, in RDC, 2019, 1071 ss.; S. PRISCO, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in BJ, n. 2/2019; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Esi, Napoli, 2017, 191 ss.; V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *www.diritti fondamentali.it*, n. 1/2013; L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, in RDC, 2011, 761 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia (1. Teoria del diritto)*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2007. V. anche le numerosissime sentenze della Corte costituzionale: a mo' di esempio cfr. il filone giurisprudenziale sul diritto alla riservatezza dalla sent. n. 38/1973 alla sent. n. 20/1979 nonché quello sull'autodeterminazione nella sfera privata e familiare dalla sent. n. 45/2005 alla sent. n. 162/2014.

³⁶ Secondo S. RODOTÀ, *op. cit.*, 184 ss., il tragitto che ha portato alla rilevanza costituzionale dell'eguaglianza, con il passaggio dall'*homo hierarchicus* all'*homo aequalis*, ha portato poi nel secondo dopoguerra all'*homo dignus*; “e la rilevanza assunta dalla dignità induce a proporre una lettura che la vede come sintesi di libertà e eguaglianza, rafforzate nel loro essere fondamento della democrazia”.

³⁷ Cfr. a tal proposito R. SENNETT, *Rispetto. La dignità umana in un mondo di diseguali*, il Mulino, Bologna, 2009; e ancora S. RODOTÀ, *op. cit.*, 193 ss.

5. Le tutele “derivate” (da quelle sulle discriminazioni) e “adattate” contro le molestie

Alle molestie si applicano le tutele approntate per le discriminazioni. Si tratta tanto di particolari garanzie quanto di azioni in giudizio per contrastarle più efficacemente. In quest’ambito vanno ricomprese anche le azioni realizzabili dalle istituzioni della parità (consiglieri di parità, comitati unici di garanzia, commissione nazionale di parità). Poiché – come risulta evidente - le molestie differiscono dalle discriminazioni e il legislatore non ha fornito adattamenti delle tutele, sembra necessario “testarne” l’applicazione.

a) La disciplina dell’onere della prova nei casi di discriminazione è contenuta in due disposizioni diverse (art. 40 d.lgs. 198/2006 per le discriminazioni di genere e art. 28 co. 4 d.lgs. 150/2011 per le altre discriminazioni). In linea essenziale esse stabiliscono che quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, idonei a fondare la presunzione, in termini precisi e concordanti, dell’esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l’onere della prova sull’insussistenza della discriminazione³⁸. E’ noto che la Cassazione³⁹ è intervenuta sulla qualità di tale onere riferendosi specificamente alle discriminazioni di genere ma proiettando luce su entrambe le disposizioni. Partendo dal presupposto di analoga regola presente nella Direttiva comunitaria n. 2006/54/CE in tema di pari opportunità nei rapporti di lavoro (che raggruppa in un unico testo i principali contenuti delle direttive anteriori in tema di non discriminazione nonché gli sviluppi risultanti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, con riguardo all’onere della prova e da analoga disposizione già prevista dall’art. 4 della Direttiva n. 1997/1980, sull’onere della prova, oramai abrogata), la Corte di Cassazione ritiene che non vi sia una vera e propria

³⁸ Sulla problematica sia consentito il rinvio a R. SANTAGATA DE CASTRO, R. SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (parte I e II)*, in *ADL*, 2015, nn. 3 e 4. Il tema è ripreso di recente da R. SANTAGATA DE CASTRO, *Le discriminazioni sul lavoro nel «diritto vivente»*, ESI, Napoli, 2019; M. CERBONE, *Rimedi processuali per la tutela dei lavoratori stranieri extracomunitari: l’azione civile contro la discriminazione*, in *MGL*, n. 1/2020.

³⁹ V. sent. n. 14206/2013.

un'*inversione* dell'onere della prova, ma soltanto un *alleggerimento* del carico probatorio gravante sull'attore, prevedendo che questi allegghi e dimostri circostanze di fatto dalle quali desumere, per inferenza, che la discriminazione abbia avuto luogo e faccia scattare l'onere per il datore di lavoro di dimostrare l'insussistenza della discriminazione⁴⁰. Rendere più agevole l'accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti, con la modificazione degli oneri probatori, ha una rilevanza e una giustificazione costituzionale, assicurando concretezza al valore dell'uguaglianza a favore di categorie di soggetti lesi da comportamenti odiosi e difficilmente dimostrabili con prova piena.

Ciò detto si è posto il problema dell'utilizzazione della prova statistica in quanto, a differenza delle discriminazioni, nel caso delle molestie sembra non esistere il *tertium comparationis*. Nella nozione di molestie manca il riferimento al comportamento tenuto o che avrebbe potuto tenersi verso altro soggetto in condizione analoga⁴¹. Qualsiasi giudizio di diversità/uguaglianza fra due gruppi di persone in rapporto ad un determinato *standard* di misura è sempre un giudizio ternario, in cui il *tertium comparationis* è dato dal (diverso od uguale) trattamento ricevuto dai due gruppi. Il problema è emerso a livello giurisprudenziale che, nel caso concreto, si è trovata ad occuparsi della prova presuntiva delle molestie sessuali ai danni di due lavoratrici fondata su plurime deposizioni di molestie nei confronti di altre lavoratrici e sulla corroborazione della prova statistica fornita dall'ufficio della Consigliera di Parità della Regione Toscana, costituita da un serrato *turn over* tra le giovani dipendenti assunte dal ricorrente, che dopo un breve periodo di lavoro si dimettevano senza apparente ragione⁴². Secondo la Cassazione,

⁴⁰ La Cassazione cita al riguardo C.G.E. 104/11 resa nella Causa C-104/10 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla *High Court of Ireland*, causa *Patrick Kelly/National University of Ireland – University College, Dublin*). V. anche Trib. Firenze 1414/2019, *cit.*

⁴¹ In tale senso già L. LAZZERONI, *op. cit.*, 383.

⁴² Sent. n. 23286/2016. In qualche altra sentenza emerge la sussistenza della molestia sessuale e del diritto della vittima al risarcimento del danno biologico, morale ed esistenziale (v. App. Torino 17/7/2006) sulla base di un esame probatorio completo e articolato, fondato sulle dichiarazioni della vittima e su quelle di testimoni attendibili (la sentenza è stata convalidata da Cass. n. 12318/2010).

ricalcando la decisione della Corte di giustizia nel caso Coleman⁴³, è doverosa l'applicazione della regola probatoria di cui all'art. 40. Ciò sia per la collocazione della generale equiparazione fra discriminazioni di genere e molestie sessuali sancita nel d.lgs. n. 198/2006 art. 26, comma 2, che precede la disposizione, contenuta nel successivo art. 40, concernente la ripartizione dell'onere probatorio in sede giudiziaria, senza che a tale riguardo il legislatore abbia ritenuto di dover limitare, ridimensionare o diversamente puntualizzare l'equiparazione precedente, sia per l'equiparazione tra discriminazione e molestia disposta dalla direttiva comunitaria (art. 19 dir. 2006/54/CE), sia perché si può ricorrere all'argomento "differenziale meramente negativo" (comportamento non tenuto nei confronti di altre categorie di lavoratori) e quindi conformarsi alla normativa euro-unitaria, come interpretata dalla Corte di Giustizia.

La lettura giurisprudenziale appare sostenibile proprio per la qualità dell'onere della prova, che è imposto non come inversione sebbene solo come attenuazione. Quindi alcuni elementi di fatto, oltre che sussistere ed essere provati dal ricorrente, da chi si ritenga molestato, sono valutabili dal giudice quanto all'attendibilità (sia pur alla luce dei parametri più tenui rispetto a quelli richiesti dall'art. 2729 c.c. per le presunzioni)⁴⁴.

b) La tutela giudiziaria contro le discriminazioni è utilizzabile nel caso delle molestie. Il quadro giuridico al riguardo risente del processo di stratificazione normativa e dell'approccio disorganico alla materia, pur se con il d.lgs. n. 150/2011 (sulle disposizioni complementari al c.p.c. relative alla riduzione e alla semplificazione dei procedimenti civili di cognizione) si è pervenuti ad una razionalizzazione dei riti su alcune controversie in materia di discriminazione (art. 28). Resiste pertanto una diversità di regole con riguardo ad azioni e legittimati attivi tra le discriminazioni di genere e le altre forme di discriminazione.

⁴³ Sent. 17 luglio 2008, C-303/2006.

⁴⁴ V. al riguardo Cass. n. 14206/2013 e i rilievi critici di R. SANTAGATA DE CASTRO, R. SANTUCCI, *op. cit.*, 832 ss.

Per meglio focalizzare il tipo e la qualità di intervento previsto per soggetti pubblici e/o collettivi conviene prendere le mosse dall'azione individuale che, per qualche aspetto, è comune alle tutele antidiscriminatorie e contro le molestie.

Per tutte le discriminazioni (politica, religiosa, razziale, di lingua, di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali), l'azione individuale in giudizio può essere esperita in via ordinaria sulla base dell'art. 15 st.lav. (come modificato e integrato dall'art. 13 l. 903/1977 e da ultimo dal d.lgs. 216/2003) che ha visto un ampliamento del novero delle discriminazioni da considerare, e ottiene, come effetto – ma non solo, come più avanti si dirà – la dichiarazione di nullità di ogni atto o patto discriminatorio. La fattispecie oggetto del divieto di discriminazione è aperta dal punto di vista strutturale, essendo determinata solo teleologicamente, e comprende, oltre ad alcuni atti tipici espressamente menzionati nella disposizione (l'occupazione, il licenziamento, l'assegnazione di qualifiche e mansioni, i trasferimenti, i provvedimenti disciplinari), ogni altro atto o patto (di gestione del rapporto di lavoro), in grado di recare altrimenti pregiudizio al lavoratore o alla lavoratrice per gli stessi motivi discriminatori.

Per rafforzare l'effettività dell'azione individuale è stato previsto un procedimento speciale, che coniuga urgenza e tutela inibitoria e ripristinatoria, assistita da sanzione penale, strutturato sulla falsariga di quello previsto dall'art. 28 st. lav. La legittimazione attiva nella tutela contro le discriminazioni è però attribuita al singolo lavoratore, perdendosi in buona parte l'efficacia dell'azione collettiva.

Per il procedimento speciale, occorre considerare separatamente le tutele contro le discriminazioni.

Con riguardo a quella di genere, l'azione è prevista dall'art. 38 del codice delle pari opportunità (d.lgs. 198/2006 e successive integrazioni e modificazioni), anche se introdotta sin dal primo intervento in materia di parità tra donne e uomini nel lavoro (art. 15 l. 903/1977). L'art. 38, primo e ultimo co., afferma in modo chiaro il carattere individuale dell'azione: qualora siano posti in essere comportamenti

discriminatori, si consente al lavoratore – per meglio dire alla “persona che vi abbia interesse” – o, per sua delega, alle organizzazioni sindacali, alle associazioni e alle organizzazioni rappresentative del diritto o dell’interesse leso, o alla consigliera o al consigliere provinciale o regionale di parità, di ricorrere al giudice al fine di ottenere un decreto immediatamente esecutivo, contenente l’ordine di cessazione del comportamento e di rimozione degli effetti, e un provvedimento, se richiesto, di risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita. L’inottemperanza al decreto o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione è punita con l’ammenda fino a 50.000 euro o l’arresto fino a sei mesi.

Rispetto all’art. 28 st.lav. nel quale la legittimazione attiva è riconosciuta agli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse, qui il lavoratore è libero di conferire la delega a qualsiasi organizzazione sindacale, senza alcun filtro selettivo. Anzi la facoltà del lavoratore è molto ampia, potendo scegliere anche organizzazioni e associazioni rappresentative dell’interesse leso oppure la consigliera o il consigliere di parità. Anche la struttura di questa norma è aperta per quanto concerne le discriminazioni: richiama infatti tanto le discriminazioni poste in essere in violazione dei divieti specificamente indicati dal capo II, titolo primo, libro III del codice delle pari opportunità e dall’art. 11 d.lgs. 66/2003 in materia di lavoro notturno, quanto quelle nell’accesso al lavoro, nella promozione e formazione professionale, nelle condizioni di lavoro, compresa la retribuzione, nonché in relazione alle forme pensionistiche complementari. L’apparato sanzionatorio è molto più incisivo di quello previsto per l’azione ordinaria.

Per le discriminazioni non di genere è prevista l’applicazione del rito sommario di cognizione *ex* art. 702 *bis* c.p.c. (art. 28, co. 1, d.lgs. 150/2011). Tale disposizione prevede infatti che le controversie in materia di discriminazione - *ex* art. 44 d.lgs. 286/1998 (per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi), art. 4 d.lgs. 215/2003 (per razza o origine etnica), art. 4 d.lgs. 216/2003 (per religione, convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale), art. 3 l. 67/2006 (per disabilità) e art. 55 *quinquies* d.lgs.

198/2006 (per ragioni di sesso nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura) - sono regolate dal rito sommario di cognizione nel quale, oltre all'attenuazione dell'onere della prova, si può condannare al risarcimento del danno anche non patrimoniale, ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole (pure nei confronti della pubblica amministrazione). Al fine di impedire la ripetizione della discriminazione il giudice può ordinare di adottare un piano di rimozione delle discriminazioni accertate. Il giudice inoltre può ordinare la pubblicazione del provvedimento, per una sola volta e a spese del convenuto, su un quotidiano di tiratura nazionale, salvo il caso di discriminazione per disabilità.

La ragione dell'esclusione alle discriminazioni di genere è oscura, derivando probabilmente dal difetto di coordinamento delle discipline.

Un rafforzamento della tutela contro le discriminazioni è realizzata con la previsione di un'azione pubblica (istituzionale), promuovibile dal consigliere di parità, competente per territorio, autonomamente (in via ordinaria o di urgenza *ex art. 37 del codice delle pari opportunità*), che può anche scegliere, in alternativa alla via giudiziaria, la strada della conciliazione. Il giudice, nella sentenza che accerta le discriminazioni, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, ordina all'autore della discriminazione di definire un piano di rimozione delle discriminazioni accertate, sentite, nel caso si tratti di datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, gli organismi locali aderenti alle organizzazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative sul piano nazionale, nonché la consigliera o il consigliere di parità regionale competente per territorio o la consigliera o il consigliere nazionale. Nella sentenza il giudice fissa i criteri, anche temporali, da osservarsi ai fini della definizione ed attuazione del piano.

Ferma restando l'azione in via ordinaria, la consigliera o il consigliere regionale e nazionale di parità possono proporre ricorso in via d'urgenza davanti al Tribunale in funzione di giudice del lavoro o al Tribunale amministrativo regionale territorialmente competenti. Il Tribunale in funzione di giudice del lavoro adito, nei

due giorni successivi, convocate le parti e assunte sommarie informazioni, ove ritenga sussistente la violazione di cui al ricorso, con decreto motivato e immediatamente esecutivo oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita, ordina all'autore della discriminazione la cessazione del comportamento pregiudizievole e adotta ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti delle discriminazioni accertate, ivi compreso l'ordine di definizione ed attuazione da parte del responsabile di un piano di rimozione delle medesime (con applicazione di quanto già previsto nel caso di azione ordinaria). Contro il decreto è ammessa, entro quindici giorni dalla comunicazione alle parti, opposizione avanti alla medesima autorità giudiziaria territorialmente competente, che decide con sentenza immediatamente esecutiva. La tutela davanti al giudice amministrativo è disciplinata dall'articolo 119 del codice del processo amministrativo.

L'inottemperanza delle decisioni dei giudici è punita con l'ammenda fino a 50.000 euro o l'arresto fino a sei mesi e comporta altresì il pagamento di una somma di 51 euro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento da versarsi al Fondo di cui all'art. 18 e la revoca dei benefici di cui all'art. 41 co. 1 del codice delle pari opportunità (forma di coazione indiretta all'osservanza dell'ordine del giudice). Il giudizio instaurato sulla base dell'azione istituzionale autonoma conduce ad un ordine del giudice di definizione di un piano collettivo di rimozione degli effetti discriminatori, scadenzato nel tempo e non necessariamente definito di obblighi di assunzione delle lavoratrici.

Affidare a figure istituzionali il contrasto anche giudiziario delle discriminazioni appare soluzione efficace e conforme con le direttive comunitarie in materia.

Anche l'intervento in giudizio di soggetti collettivi è importante, specie quello autonomo. Esso si realizza innanzitutto per delega del lavoratore.

Si è già detto delle discriminazioni di genere (e quindi per le molestie di genere e sessuali) per le quali non è prevista un'azione autonoma dei soggetti collettivi. Per le discriminazioni relative alla razza e all'etnia (d.lgs. 215/2003), il lavoratore può rilasciare la delega ad associazioni ed enti inseriti in un apposito

elenco, approvato dal Ministero per le pari opportunità e individuati sulla base delle finalità programmatiche e della continuità dell'azione (art. 5 d.lgs. 215/2003) e l'Unar può fornire assistenza nei procedimenti giurisdizionali o amministrativi intrapresi dalle persone che si ritengano lese da comportamenti discriminatori, anche secondo le forme di cui all'art. 425 c.p.c. (vale a dire richiesta di informazioni e osservazioni alle associazioni sindacali).

Le associazioni e gli enti inseriti nell'elenco di cui sopra sono legittimati ad agire *autonomamente* nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione (art. 5 co. 3 d.lgs. 215/2003). La tutela giurisdizionale è disciplinata dall'art. 4 d.lgs. 215/2003, che, prevista la possibilità di promuovere il tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 410 c.p.c., rinvia adesso alla regolamentazione fissata dall'art. 28 d.lgs. 150/2011.

Per le altre discriminazioni (religione, convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale), i soggetti collettivi sono le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso che agiscono per delega del soggetto passivo della discriminazione oppure in via autonoma, nei casi di discriminazione collettiva, qualora non siano individuabili, in modo diretto e immediato, le persone lese dalla discriminazione (art. 5 d.lgs. 216/2003)⁴⁵. Anche in questo caso, l'art. 4 d.lgs. 216/2003 rinvia alla regolamentazione dell'art. 28 del d.lgs. 150/2011.

Il sistema di tutela, in questo aspetto, va oltre quello minimo comunitario, ma sicuramente necessita di un'attenta rivisitazione che sappia conferire effettività specie con attenzione alla legittimazione attiva di natura collettiva o pubblica. La stratificazione, l'irrazionalità, il disordine normativo e le ambiguità non favoriscono inoltre il contrasto alle discriminazioni. Anche in questo contesto le disfunzioni organizzative, l'onerosità del processo e la mancanza di un'adeguata conoscenza tecnica della legislazione in materia ostacolano il perseguimento dell'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale delle vittime da

⁴⁵ Per una recente applicazione v. Trib. Roma 21 giugno 2012; Cass. 26 gennaio 2020 n. 1.

discriminazioni e molestia e accrescono la diffidenza nei confronti della via giudiziaria.

c) Il nostro sistema protettivo ha previsto espressamente il risarcimento del danno anche non patrimoniale per la violazione delle norme sulle discriminazioni e di conseguenza sulle molestie, dimostrando sensibilità per offrire tutela ai diritti della personalità del lavoratore⁴⁶. Il danno da molestie era già considerato sulla base dell'art. 2087 c.c. in forza di un'interpretazione giurisprudenziale che allargava la categoria del danno non patrimoniale dalle sole ipotesi previste dalla legge (come dispone l'art. 2059 c.c.) ai casi in cui sia accertata la lesione di un diritto inviolabile della persona⁴⁷. Ciò quindi ha significato che, una volta provata l'esistenza della discriminazione e della molestia, ferma restando la responsabilità datoriale *ex art. 2087 c.c.*⁴⁸, il giudice può condannare al risarcimento del danno non patrimoniale che si presume derivi dalla lesione della dignità della persona e dei beni tutelati nelle normative di protezione contro le discriminazioni e le molestie (art. 28 d.lgs. n. 150/2011; il d.lgs. n. 198/2006 stabilisce che il giudice condanna al risarcimento anche patrimoniale se il risarcimento è richiesto: v. art. 37, co. 3, e 38,

⁴⁶ Sulla questione in generale P. CENDON (a cura di), *Trattario di diritto civile, Illeciti-Danni. Risarcimento*, Giuffrè, Milano, 2013, spec. 630 ss.

⁴⁷ In modo conclusivo dell'orientamento in questione e condividendone il risultato v. l'importante sentenza delle S.U. n. 26972/2008 che ha anche ritenuto aggregabile nel danno non patrimoniale tutte le diverse figure di danno alla persona del lavoratore (biologico, esistenziale etc.). Per una ricostruzione critica della questione e per l'individuazione di visibili contraddizioni nell'argomentazione delle Sezioni Unite e la valorizzazione del ruolo primario dell'art. 2043 c.c. a scapito dell'art. 2059 c.c. ricondotto al danno morale soggettivo, v. P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 904 ss., spec. 910 ss.

⁴⁸ V. Trib. Firenze 20 aprile 2016; Cass. n. 7097/2018 ha affermato il seguente principio: "Nel rapporto di impiego pubblico contrattualizzato, qualora un dipendente ponga in essere sul luogo di lavoro una condotta lesiva (nella specie molestia sessuale) nei confronti di un altro dipendente, il datore di lavoro rimasto colpevolmente inerte sulla rimozione del fatto lesivo è chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 2087 nei confronti del lavoratore oggetto della lesione, ha diritto di rivalersi a titolo contrattuale nei confronti del dipendente per la percentuale attribuibile alla responsabilità del medesimo; ciò in quanto il dipendente nel porre in essere la suddetta condotta lesiva è venuto meno ai doveri fondamentali connessi al rapporto di lavoro quali sono gli obblighi di diligenza e di fedeltà prescritto dagli artt. 2104 e 2105 e ai principi generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. letti anche in riferimento al principio di buon andamento della PA di cui all'art. 97 Cost. che devono conformare non solo lo svolgimento dell'attività lavorativa ma anche i rapporti tra dipendenti pubblici nel luogo di lavoro". In qualche altra occasione è stato considerato appropriato il licenziamento per giusta causa del dipendente coinvolto (Trib. Torino 2 gennaio 2015). Sulla responsabilità civile della p.a. per reati dei propri dipendenti cfr. la recente pronuncia di Cass. S.U. n. 13246/2019.

co. 1)⁴⁹. Il risarcimento del danno non patrimoniale è ricondotto dalla giurisprudenza nell'ambito della categoria della responsabilità contrattuale e, comunque, pur restando preclusa l'ammissibilità all'interno dell'unica fattispecie risarcibile "danno non patrimoniale" di separati e autonomi risarcimenti di specifiche fattispecie di sofferenza (danno alla vita di relazione, danno estetico, danno esistenziale etc.), il giudice ha comunque l'obbligo di tenere conto "di tutte le peculiari modalità di atteggiarsi del danno non patrimoniale nel singolo caso, tramite l'incremento della somma dovuta a titolo risarcitorio in sede di c.d. personalizzazione della liquidazione"⁵⁰.

Ulteriore vantaggio dell'art. 28, co. 5, del d.lgs. n. 150/2001 è la possibilità del giudice, con l'ordinanza che definisce il giudizio, al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, di ordinare "di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate. Nei casi di comportamento discriminatorio di carattere collettivo, il piano è adottato sentito l'ente collettivo ricorrente". Anche per le discriminazioni di genere esiste una misura simile: nel caso di discriminazioni di carattere collettivo, il giudice nella sentenza "ordina all'autore della discriminazione di definire un piano di rimozione delle discriminazioni accertate" (sentite, se si tratti di datore di lavoro, le r.s.a. ovvero in loro mancanza gli organismi locali aderenti alle organizzazioni di

⁴⁹ V. Cass. n. 26614/2019 e Trib. Firenze, *cit.* Cfr. anche Cass. n. 18884/2019 (ord.) tanto più con riferimento ad un'ipotesi non prevista espressamente dal legislatore: la mancata fruizione del riposo settimanale è fonte di danno non patrimoniale "che deve essere presunto perché l'interesse del lavoratore leso dall'inadempimento datoriale ha una diretta copertura costituzionale nell'art. 36 Cost., sicché la lesione dell'interesse espone direttamente il datore di lavoro al risarcimento del danno (segue Cass. S.U. n. 24563/2016). Diversamente Trib. Como 16 agosto 2019 che non riconosce in caso di discriminazione danno non patrimoniale o morale in quanto non è stato in alcun modo provato

⁵⁰ Cass. n. 21716/2013; Cass. n. 12318/2010 che ha ritenuto correttamente motivata la sentenza di merito (App. Torino 17 luglio 2006) che, con riferimento a molestie sessuali, aveva liquidato equitativamente un danno non patrimoniale, utilizzando quanto al danno morale il criterio dell'odiosità della condotta lesiva nei confronti di persona in posizione di soggezione e, quanto al danno esistenziale, quello della rilevanza del clima di intimidazione creato nell'ambiente lavorativo dal comportamento del datore di lavoro e del peggioramento delle relazioni interne al nucleo familiare della lavoratrice molestata in conseguenza dell'illecito subito. V. anche Trib. Firenze, *cit.*, che tra l'altro ritiene sulla scorta delle discipline europee la necessità di determinare il quantum in misura idonea a soddisfare la funzione non solo riparatoria ma anche dissuasiva del rimedio.

categoria maggiormente rappresentative sul piano nazionale nonché la consigliera di parità regionale o la consigliera o il consigliere nazionale). Nella sentenza il giudice fissa i criteri, anche temporali da osservarsi ai fini della definizione ed attuazione del piano.

6. Le istituzioni contro le molestie e le violenze: un deficit da colmare

Il contrasto delle discriminazioni e la promozione delle pari opportunità sono affidati anche a soggetti istituzionali, in quanto, secondo le *best practice* di altri paesi e le direttive comunitarie in materia, la rete istituzionale garantisce maggiore effettività alle tutele e sostegno alle politiche in materia (v. art. 15 della Direttiva 2000/43/CE del 29 giugno 2000 su razza e origine etnica; art. 20 della Direttiva 2006/54/CE del 5 luglio 2006 su pari opportunità e parità di trattamento fra uomini e donne, c.d. di rifusione). Nell'ambito del codice delle pari opportunità (artt. 8-20 d.lgs. 198/2006, come integrato e riformato dal d.lgs. n. 151/2015) si ritrova la disciplina degli organismi pubblici che si occupano di pari opportunità tra uomo e donna (Comitato Nazionale Pari Opportunità, Consiglieri di parità, Conferenza nazionale delle consigliere e dei consiglieri di parità). Il Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni (CUG) è istituito nelle amministrazioni pubbliche (art. 57, commi 01-05, d.lgs. n. 165/2001). Per quel che concerne le discriminazioni fondate su motivi attinenti alla razza o all'origine etnica, il d.lgs. 216/2003 (art. 7) ha istituito presso la presidenza del Consiglio dei Ministri un Ufficio per la promozione della parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni (UNAR), diretto da un responsabile nominato dal Presidente del consiglio o da un Ministro delegato.

Nell'ambito dei loro compiti non sono citate espressamente le molestie, ma queste vi rientrano per l'equiparazione alle discriminazioni⁵¹.

E' stato poi specificamente istituito il "Forum permanente contro le molestie gravi e la violenza alle donne per orientamento sessuale e identità di genere" (d. P.

⁵¹ V. la relazione al Presidente del consiglio dei ministri e al Parlamento del 2018 (in www.unar.it)

C. M. 13 dicembre 2007). Il Forum è “sede di dialogo e confronto fra istituzioni e società civile in materia di prevenzione e contrasto alle molestie e alla violenza di genere e per orientamento sessuale, nonché di sostegno e inclusione delle vittime”. Il Forum svolge altresì funzioni consultive nei confronti del Ministro per i diritti e le pari opportunità, al quale formula pareri e proposte.

Quanto alla sufficienza di tali apparati e alla loro incisività occorrerebbero anche in questi casi uno sforzo di razionalizzazione, di rafforzamento di poteri e competenze, includendo esplicitamente molestie e violenze sul lavoro, e l'assicurazione di indipendenza rispetto agli organi di governo, un ampliamento dunque della rete pubblica con riguardo a tutti i fattori differenziali sensibili che producono o favoriscono la nascita di molestie e violenze. Il Forum poi non risulta attivo!

7. Un focus critico sulle tutele ulteriori contro la molestia sessuale e di genere

Sulle molestie “di genere” e “sessuali” il codice delle pari opportunità è stato integrato e rafforzato dal d.lgs. n. 5/2010 e dalla l. n. 205/2017: per un verso, hanno adeguato meglio la disciplina alle indicazioni della direttiva comunitaria (v. art. 24 dir. 2006/54/CE del 5 luglio 2006 di rifusione), per l'altro verso appaiono caratterizzate da uno scarso rigore prescrittivo. Di maggiore gravità appare l'ingiustificata esclusione delle altre molestie dalla maggiore tutela, anche se occorre ricordare che il comma 6 dell'art. 28 del d.lgs. n. 151/2011 stabilisce che il giudice, ai fini della liquidazione del danno, tiene conto che “l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento”.

In primo luogo si è voluto proteggere il molestato (di genere e sessuale) *che rifiuta* la molestia. Per il comma 2-bis (ex d.lgs. n. 5) sono considerati “come discriminatori” anche i trattamenti meno favorevoli subiti da una lavoratrice o un lavoratore per il fatto di aver rifiutato i trattamenti molesti. Per il comma 3 gli atti, i

patti o i provvedimenti riguardanti il rapporto di lavoro dei lavoratori o delle lavoratrici vittime di comportamenti di cui ai commi 1, 2 e 2-bis (il riferimento a tale ultimo comma è dovuta all'integrazione della l. n. 205) sono nulli se adottati in conseguenza del rifiuto o della sottomissione ai comportamenti medesimi. Si colpiscono in questo modo i trattamenti deteriori praticati per rifiuto di molestia e di ricatto sessuale o *quid pro quo*, disponendone la nullità dopo averne affermato l'equiparazione alle discriminazioni. Si applicano pertanto le tutele e le garanzie previste per queste ultime.

In secondo luogo il comma 3-bis (aggiunto dalla l. n. 205) garantisce la tutela per il lavoratore o la lavoratrice *che agisce in giudizio* per la dichiarazione della discriminazione per molestia o molestia sessuale: non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, determinati dalla denuncia.

In terzo luogo il licenziamento ritorsivo o discriminatorio del *denunciante la molestia o la molestia sessuale*, il mutamento di mansioni ai sensi dell'art. 2103 c.c. nonché qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei confronti del *denunciante* sono nulli.

Qui è presente un'ulteriore equiparazione: quella tra licenziamento ritorsivo e discriminatorio e al primo si applica la tutela prevista per il secondo superandosi, in questo caso, la distinzione operata dalla giurisprudenza tra i due. Per la giurisprudenza infatti il motivo ritorsivo si sostanzia in un motivo illecito *ex art. 1345 c.c.*, deve essere il motivo determinante ed esclusivo per il quale il datore di lavoro intima il licenziamento, nel senso che il motivo lecito formalmente addotto risulti insussistente nel riscontro giudiziale e il lavoratore deve fornire la prova, anche presuntiva, dell'intento di rappresaglia⁵². Però la verifica dei fatti allegati dal lavoratore, ai fini all'applicazione della tutela prevista dall'art. 18, co. 1, Stat. Lav. novellato dalla l. n. 92/2012, richiede il previo accertamento della insussistenza

⁵² Cfr. Cass. n. 3986/2015; Cass. n. 9468/2019.

della causale posta a fondamento del licenziamento⁵³. La prova della unicità e determinatezza del motivo non rileva, invece, nel caso di licenziamento discriminatorio, che ben può accompagnarsi ad altro motivo legittimo ed essere comunque nullo⁵⁴.

La tutela non è garantita quando, anche con sentenza di primo grado, è accertata la responsabilità penale del denunciante per i reati di calunnia o diffamazione o infondatezza della denuncia⁵⁵. L'infondatezza sembra richiamare l'ipotesi di assenza totale di condizioni che rendano credibile la denuncia. Si tratta di un contrappeso di non poco conto che, istituendo una connessione con il processo penale non concluso, svilisce la garanzia e rende la procedura altamente incerta, rimessa ai tempi del processo penale, rispetto al quale poi si determinano effetti pur senza la definitività della condanna.

Questo vale anche nel caso di infondatezza della denuncia. Qui – irrazionalmente – l'infondatezza potrebbe aversi anche nel caso in cui il fatto non costituisca reato in mancanza dell'elemento soggettivo laddove la molestia, nel diritto civile equiparata alla discriminazione, è configurata anche con la mancanza dell'intento molestatore.

Occorre poi rammentare anche l'art. 41-bis del d.lgs. n. 198 (inserito dal d.lgs. n. 5/2010) in quanto dedicato alla vittimizzazione: la tutela giudiziaria prevista per le discriminazioni si applica altresì avverso ogni comportamento "pregiudizievole posto in essere, nei confronti di una persona lesa da una discriminazione o di qualunque altra persona, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne". La norma è importante ma vanno sottolineate la limitazione alle

⁵³ V. Cfr. Cass. n. 31395/2019.

⁵⁴ Cfr. Cass. n. 28453/2018 e n. 6575/2016; v. anche App. Roma 30 gennaio 2018 secondo cui licenziamento discriminatorio e licenziamento ritorsivo vanno tenuti distinti non solo per ragioni strettamente definitorie, ma anche per motivazioni legate al diverso riparto degli oneri probatori. Diversamente Cass. n. 24648/2015 che riporta il licenziamento ritorsivo nell'ambito di quello discriminatorio richiedendo la prova dell'intento ritorsivo.

⁵⁵ Il comma 3 considera discriminatori – questa volta non equipara ma ne afferma la coincidenza – i trattamenti sfavorevoli da parte del datore di lavoro che costituiscono una reazione ad un reclamo o ad un'azione volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne.

discriminazioni di genere e il difetto di coordinamento con il sistema protettivo relativo alle molestie.

Infine il comma 3-ter dell'art. 26 (aggiunto dalla l. n. 205), nel richiamare l'art. 2087 c.c., ne amplia la portata in quanto i datori di lavoro sono obbligati ad assicurare "condizioni di lavoro tali da garantire l'integrità fisica e morale e la dignità dei lavoratori, anche concordando con le organizzazioni sindacali dei lavoratori iniziative, di natura informativa e formativa, più opportune al fine di prevenire il fenomeno delle molestie sessuali nei luoghi di lavoro". Si tratta di un importante rafforzamento della prevenzione, con obbligo che ricade sul datore di lavoro e conseguente responsabilità in mancanza dell'adozione delle condizioni che prevengano molestie sessuali. Il rafforzamento è promosso in ottica bilaterale considerata giustamente quella più partecipata, capillare e diffusa. La disposizione infine richiede l'impegno da parte di tutti - imprese, sindacati, datori di lavoro, 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 sui principi di eguaglianza e di reciproca correttezza. Gli obiettivi della normativa sono assolutamente importanti. Si pecca, ancora, tanto per la limitazione dell'obbligo datoriale alle molestie sessuali quanto per il tenue "impegno" richiesto per tutti. Sarebbe stato più opportuno utilizzare la categoria del dovere per favorire la prevenzione di qualsiasi tipo di discriminazione e di molestia con conseguenze disciplinari e risarcitorie anche dissuasive.

8. La contrattazione collettiva, i codici di condotta, le commissioni paritetiche sulle pari opportunità

La funzione che svolge la contrattazione collettiva è importante sia nella prevenzione, sia nella repressione delle molestie e delle violenze sul lavoro ma si può pretendere di più.

Nel lavoro pubblico privatizzato, l'art. 55-*quater* del d.lgs. n. 165/2001 prevede: - il licenziamento disciplinare senza preavviso quando si verifici "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"; - il licenziamento - si presume - con preavviso per "... lett. f-bis) gravi e reiterate violazioni dei codici di comportamento ai sensi dell'art. 54, comma 3". Nei contratti collettivi la molestia e la molestia sessuale appaiono come infrazioni disciplinari che portano alla sospensione del servizio o al licenziamento⁵⁶. La violazione colposa o dolosa delle regole sull'esercizio del potere disciplinare costituisce illecito disciplinare in capo ai dipendenti preposti alla loro applicazione (artt. 55, co. 1, e 55-sexies, co. 3 e 4). L'art. 55-sexies, co. 1, dispone infine la responsabilità disciplinare per condotte pregiudizievoli per l'amministrazione. Sulla scorta della 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 e in base poi all'apertura del codice delle pari opportunità, 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 professionale, i contratti collettivi hanno adottato misure preventive e procedurali per contenere il fenomeno. Una funzione di prevenzione, di sensibilizzazione e di assistenza alle vittime delle molestie svolgono, nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, i Consiglieri di fiducia, istituiti dai codici di condotta relativi alle molestie sessuali nei luoghi di lavoro la cui adozione è resa obbligatoria dai contratti collettivi⁵⁷. Il Consigliere è incaricato di fornire consulenza e assistenza al dipendente oggetto di molestie sessuali e di contribuire alla soluzione del caso. Propone azioni e iniziative

⁵⁶ V. ad esempio il contratto collettivo nazionale di lavoro relativo al personale del comparto istruzione-ricerca 2016-2018 art. 101, co. 8 e 9 o quello riguardante le funzioni centrali 2016-2018, art. 62.

⁵⁷ V. ad esempio l'art. 50 - Codice di condotta relativo alle molestie sessuali nei luoghi di lavoro contenuto nella Raccolta delle disposizioni contrattuali del *Comparto Università Personale non dirigente* Gennaio 2017 o la disposizione contenuta nel contratto ministeri - raccolta delle disposizioni contrattuali, che riprende l'art. 17 del CCNL del 12 giugno 2003 e, in allegato ai contratti, lo Schema di codice di condotta da adottare nella lotta contro le molestie sessuali.

di formazione e informazione, volte a promuovere un clima organizzativo idoneo ad assicurare la pari dignità e la libertà di tutte le persone nei luoghi di lavoro.

Anche nel settore privato si riscontrano misure del genere con il coinvolgimento delle commissioni bilaterali sulle pari opportunità⁵⁸.

Il 25 gennaio 2016 le parti sociali (Confindustria e Cgil, Cisl e Uil) hanno stipulato un accordo quadro su molestie e violenza nei luoghi di lavoro, recependo e traducendo l'accordo quadro europeo del 2007 stipulato da *Business europe, Ueapme, Ceep e Ces*. In attuazione dello stesso hanno ribadito che “- ogni atto o comportamento che si configuri come molestia o violenza nei luoghi di lavoro, secondo le definizioni dell'Accordo, è inaccettabile; - è, pertanto, riconosciuto il principio che la dignità delle lavoratrici e dei lavoratori non può essere violata da atti o comportamenti che configurano molestie o violenza; - i comportamenti molesti o la violenza subiti nel luogo di lavoro vanno denunciati; - le lavoratrici, i lavoratori e le imprese hanno il dovere di collaborare al mantenimento 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”.

Non impressiona bene dell'Accordo europeo, recepito nel sistema italiano sia pure su base convenzionale, la nozione di molestia differente da quella legislativa e della direttiva europea, perché punta sull'inaccettabilità del comportamento e sull'assoggettamento a ripetuti e deliberati abusi: in questo ricaccia la molestia nell'ambito di un forte soggettivismo e di un contrasto che deve attendere la ripetizione del comportamento.

9 Altre tecniche di prevenzione

La prevenzione passa anche attraverso la tutela della sicurezza. La riconduzione all'art. 2087 c.c. è stata già segnalata. Prima della normativa specifica sulle molestie, la norma codicistica fungeva da filtro per l'affermazione dei diritti

⁵⁸ V. ad esempio il Contratto collettivo del terziario 30 marzo 2015 tra Confcommercio e Cgil, Cisl e Uil, art. 36; ccnl settore metalmeccanico per le lavoratrici e i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti 26 novembre 2016, art. 7.

della personalità del lavoratore garantiti dalla Costituzione e per tutte le conseguenze risarcitorie per rimediare tanto all'inosservanza dei sistemi di prevenzione quanto per risarcire la vittima del danno subito. Per la prevenzione non ci sono dubbi sul rafforzamento operato dal d.lgs. n. 81/2008 (testo unico sulla sicurezza). L'art. 28 colloca tra i rischi lavorativi oggetto di valutazione da parte del datore di lavoro quelli "connessi alla differenza di genere" oltre quelli per lavoratrici in gravidanza (elenco esemplificativo) e in generale quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari.

Per le amministrazioni pubbliche si può poi richiamare l'art. 7, co. 1, del d.lgs. n. 165/2001 come sostituito dall'art. 21, comma 1 lett. b) della l. n. 183/2010 secondo cui le pubbliche amministrazioni "garantiscono parità e pari opportunità tra uomini e donne e l'assenza di ogni forma di discriminazione, diretta e indiretta, relativa al genere all'età, all'orientamento sessuale, alla razza, all'origine etnica, alla disabilità, alla religione o alla lingua nell'accesso al lavoro, nel trattamento e nelle condizioni di lavoro, nella formazione professionale, nelle promozioni e nella sicurezza sul lavoro". Le pubbliche amministrazioni garantiscono "altresì un ambiente di lavoro improntato al benessere organizzativo e si impegnano a rilevare, contrastare ed eliminare ogni forma di violenza fisica o psichica al proprio interno".

10. Profili penalistici

Esiste, com'è noto, una fattispecie penale generale: il reato di molestia o disturbo alle persone (art. 660 c.p.). Si tratta di una contravvenzione e l'art. 660 stabilisce che "chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo è punito con l'arresto fino a 6 mesi o con l'ammenda fino a euro 516". La giurisprudenza penale riconduce talvolta i comportamenti molesti in una pluralità di reati (ad esempio, la violenza privata: qualsiasi comportamento teso ad incutere timore e a suscitare la preoccupazione di subire un danno ingiusto finalizzato ad ottenere che, mediante tale intimidazione, il soggetto passivo sia indotto a fare,

tollerare od omettere qualcosa⁵⁹) e ha ricordato che il reato di cui all'art. 660 c.p. mira "a prevenire il turbamento della pubblica tranquillità attivato mediante l'offesa alla quiete privata ed è pertanto procedibile d'ufficio"⁶⁰. La legge n. 69/2019 che ha modificato il codice penale e il codice di procedura penale in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere ha previsto altre figure delittuose che potrebbero intersecare la molestia: ad esempio la diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 612-ter c.p.)⁶¹.

Riferito il reato alla molestia sessuale, il suo elemento soggettivo è stato individuato nell'insistente comportamento di chi corteggia in maniera non gradita una donna (profferendo al suo indirizzo espressioni a contenuto esplicitamente sessuale) seguendola in strada sì da costringere la vittima a cambiare abitudini, essendo tale condotta rivelatrice di "petulanza" oltre che "di biasimevole motivo"⁶². Petulanza o altro biasimevole motivo cadono nella connotazione dell'elemento psicologico tanto da imporre la verifica del dolo, consistente nella volontà di interferire in modo inopportuno nell'altrui sfera di libertà⁶³. Di conseguenza si stabilisce che il fatto *non costituisce reato* nel caso di insussistenza dell'elemento psicologico a base della condotta tipica consumatasi nei suoi elementi oggettivi.

Sull'elemento oggettivo del reato la giurisprudenza è intervenuta per precisare il requisito della *pubblicità* o dell'*apertura* al pubblico del luogo di commissione della molestia o del disturbo:

- a) luogo aperto al pubblico è ogni luogo al quale ciascuno può accedere in determinati momenti oppure il luogo nel quale può accedere una categoria di persone che abbia determinati requisiti; quindi vanno considerati aperti al

⁵⁹ V. Cass. pen. n. 29261/2017.

⁶⁰ Cfr. Cass. Pen. n. 43704/2002. Secondo la Cass. (sent. pen. 19924/2014) la diversità del bene giuridico consente la sopravvivenza della fattispecie ex 660 c.p. anche dopo l'introduzione degli atti persecutori (612-bis c.p.) dove il bene protetto è la libertà personale e morale della persona.

⁶¹ V. in generale B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *Commento alla L. 19 luglio 2019, n. 69 in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pacini, Pisa, 2020.

⁶² Cfr. Cass. Pen. n. 55713/2017; già in passato v. Cass. pen. n. 3494/1994.

⁶³ V. Cass. Pen. n. 5759/2015.

pubblico l'androne di un palazzo e la scala comune a più abitazioni (figuriamoci un luogo di lavoro);

b) il requisito della pubblicità è realizzato quando l'uno o l'altro soggetto si trovino nei luoghi indicati (pubblico o aperto al pubblico) ma che vi si trovino contestualmente nei rispettivi luoghi, altrimenti in mancanza di contestualità mancherebbe la potenzialità lesiva della molestia;

c) in alternativa alla pubblicità, per integrare la contravvenzione, è necessaria l'utilizzazione del telefono come mezzo del reato. Il mezzo telefonico assume rilievo proprio per il carattere invasivo della comunicazione al quale il destinatario non può sottrarsi se non disattivando l'apparecchio telefonico con conseguente lesione della propria libertà di comunicazione costituzionalmente garantita (art. 15, co. 1, Cost.). In coerenza al principio rigoroso della tipicità espressione delle ragioni di stretta legalità che devono presiedere all'interpretazione della legge penale, il termine telefono può essere equiparato a qualsiasi mezzo di trasmissione tramite rete telefonica o cellulare delle bande di frequenza, di voci, di suoni imposti al destinatario, senza la possibilità di sottrarsi all'immediata interazione con il mittente. Pertanto è esclusa l'ipotizzabilità del reato con il mezzo della posta elettronica che richiede un'azione positiva da parte del destinatario⁶⁴. Nel caso della molestia telefonica il destinatario può sottrarsi solo disattivando l'apparecchio telefonico. Ciò non si verifica con la posta elettronica. Ma con il progresso tecnologico tale posta può essere connessa a messaggi che avvisano invio e ricezione della posta elettronica. In questo caso c'è intrusione nella sfera di libertà del destinatario⁶⁵.

Se manca l'elemento oggettivo del reato, il fatto non *sussiste*.

Con importanti sentenze la Cassazione⁶⁶ ha stabilito che il reato di molestie non ha natura necessariamente abituale, sicché può essere realizzato anche con una sola azione purché particolarmente sintomatica dei requisiti della fattispecie tipizzata. L'atto per essere molesto deve risultare non solo sgradito a chi lo riceve ma

⁶⁴ Cass. Pen. n. 40716/2018.

⁶⁵ V. Cass. Pen. n. 5759/2015.

⁶⁶ V. Cass. Pen. n. 43439/2010 e n. 3758/2014.

dev'essere anche ispirato da biasimevole ovvero riprovevole motivo o rivestire il carattere della petulanza che consiste in un modo di agire pressante ed indiscreto tale da interferire sgradevolmente nella sfera privata di altri. Si è affermato che per integrare il reato di molestie è richiesto un atteggiamento di arrogante invadenza e di intromissione continua e inopportuna nell'altrui sfera di libertà, con la conseguenza che la pluralità di azioni di disturbo integra l'elemento materiale del reato⁶⁷.

In altra sentenza il giudice marca la linea di distinzione tra molestia sessuale e abuso. La molestia sessuale, forma particolare di molestia *ex art. 660 c.p.*, prescinde da contatti fisici a sfondo sessuale e si estrinseca o 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. In definitiva coincide con tutte quelle condotte sessualmente connotate diverse dall'abuso sessuale che vanno oltre il semplice complimento o la mera proposta d'instaurazione di un rapporto interpersonale. Insomma quando si passa "a toccamenti non casuali suscettibili di eccitare la concupiscenza sessuale si è al di fuori della molestia e si realizza quanto meno il tentativo di atto sessuale"⁶⁸.

Come già detto, ferma restando l'opportunità di una razionalizzazione e di un aggiornamento del codice penale, l'esistenza di una diversa nozione, penalistica e civilistica, non rappresenta un problema e le azioni, civili e penali, viaggiano su percorsi autonomi⁶⁹. Anzi è evidente che la tutela civilistica si presenta più ampia

⁶⁷ V. in tal senso specie con riferimento allo *spamming* Cass. Pen. n. 36779/2011.

⁶⁸ Cass. Pen. n. 27762/2008, cit..

⁶⁹ Cfr. D. VIGONI, *L'effetto vincolante del giudicato penale in altri settori dell'ordinamento: i.e. coordinate normative*, in *RDP*, 4-5/2017, 912 ss., che sottolinea la regola di autonomia e separazione rispetto al passato, la reciproca indipendenza delle azioni, la pluralità di accertamenti. Riportando la sent. delle S.U. della Cass. civile n. 13682/2001, la sospensione del processo civile o amministrativo è prevista solo eccezionalmente in due circostanze: nel caso di pregiudizialità della causa penale rispetto a quella civile (art. 295 c.p.c.); quando la sospensione è prevista da specifica norma, a condizione che la sentenza possa esplicare efficacia di giudicato ai sensi dell'art. 651 c.p.p. e sempre che sia stata già esercitata l'azione penale. Relativamente a quest'ultima circostanza, si ritiene che riguardo alle modalità di esercizio dell'azione civile, si riscontrano norme che prevedono la sospensione del procedimento civile. L'interferenza concreta viene individuata soltanto quando si esercita l'azione civile in sede civile dopo la sentenza di primo grado oppure si trasferisce l'azione dopo la costituzione di parte civile nel processo penale: in entrambi i casi fatte salve le eccezioni previste dalla legge il processo civile è

di quella penale: colpisce i comportamenti a prescindere dal voluto; colpisce comportamenti che potrebbero dar vita al reato di violenza sessuale o di tentativo (art. 609-bis c.p.: si costringe taluno a compiere o subire atti sessuali) punibile però – tranne alcune ipotesi - a querela della parte offesa (art. 609-septies c.p.). L'art. 185 co. 2 c.p. obbliga, in conseguenza del reato, al risarcimento del danno non patrimoniale che va inteso come risarcimento delle sofferenze fisiche o psichiche subito dalla persona offesa o dal terzo danneggiato, definito anche *pretium o pecunia doloris*⁷⁰; il risarcimento del danno non patrimoniale per l'illecito civile rimedia al danno che, seppure nell'ambito di una nozione unitaria, ricomprende tutti gli altri danni provati dal danneggiato (esistenziali, biologici, ...).

11. La convenzione 190 dell'ILO: tratti essenziali per una regolamentazione futura

L'organizzazione internazionale – al termine di un importante e faticoso lavoro preparatorio⁷¹ - in occasione della celebrazione del suo centenario ha deciso di intervenire perché ha ritenuto che le molestie e le violenze costituissero “una violazione o un abuso dei diritti umani” e “una minaccia per le pari opportunità, inaccettabile e incompatibile con il lavoro dignitoso” e ha constatato, nelle legislazioni vigenti dei Paesi di tutto il mondo, lacune o mancanza di leggi protettive. Il suo obiettivo è quello di promuovere misure di protezione e di prevenzione, sollecitando o impegnando “tutti” – Paesi membri, datori di lavoro, lavoratori, organizzazioni sindacali – a realizzare “una cultura del lavoro basata sul rispetto reciproco e sulla dignità dell'essere umano”. Gli Stati membri, per l'ILO,

sospeso fino alla sentenza penale definitiva. Non vi sarà interferenza nel caso in cui si proporrà l'azione civile in sede civile prima della sentenza penale di grado. Una qualche interferenza sembra risiedere anche nella costituzione di parte civile nel processo penale (art. 74 ss. c.p.p.): in questo modo l'ambito cognitivo e decisorio del giudice penale perché saranno oggetto di prova anche i fatti inerenti alla responsabilità che deriva dal reato. Occorre poi rilevare l'autorità del giudicato penale rispetto al processo civile. Sul piano oggettivo i fatti materiali (intendendo condotta, nesso di causalità, evento) accertati dal giudice penale sono vincolanti purché siano stati ritenuti rilevanti ai fini della decisione penale. Sono escluse antiggiuridicità, qualificazione ed elemento soggettivo; la vincolatività riguarda le parti del processo penale (v. 920-921).

⁷⁰ Sul punto v. C. FIORE, *Diritto penale*, vol. II, Utet, Torino, 1999, 239 ss.

⁷¹ V. tra le varie indagini il Rapporto del 2017 su *Violence and harassment against women and men in the world of work*.

hanno “l’importante responsabilità di promuovere un ambiente generale di tolleranza zero nei confronti della violenza e delle molestie al fine di agevolare la prevenzione di tali comportamenti e pratiche e che tutti gli attori del mondo del lavoro devono astenersi da molestie e violenze, prevenirle e combatterle”. L’ottica partecipativa dell’ILO si riflette anche nell’idea del modo di approcciare la questione, che giustamente ed efficacemente non può essere che cooperativo. Nella premessa della Convenzione l’ILO riconosce anche che violenza e molestie influiscono sulla salute psicologica, fisica e sessuale, sulla dignità e sull’ambiente familiare e sociale della persona e colpiscono in modo sproporzionato donne e ragazze. Per la loro rimozione vuole perciò che s’intervenga su cause e fattori di rischio, vale a dire stereotipi di genere, forme di discriminazioni multiple e interconnesse, squilibri nei rapporti di potere dovuti al genere. Focalizza poi l’attenzione anche sulla violenza domestica perché si ripercuote su occupazione, produttività, salute e sicurezza.

Si può pensare che, approfittando della ratifica della Convenzione n. 190 dell’OIL, si possa varare un sistema organico (il sogno dei giuristi!) di tutele contro le molestie e le violenze nei luoghi di lavoro, sia di protezione (a tutti i livelli civile, penale e amministrativo, laddove il civile vada a contrastare anche le molestie oggettive, quelle non volute, e il civile e il penale siano ben raccordati chiarendo bene la nozione di molestia e di molestia sessuale), sia di prevenzione che dovrebbe riguardare tutte le tipologie di molestie.

La Convenzione dell’ILO per un verso conferma quanto già è attualmente fondato sul quadro normativo interno, ancorché disorganico e con deficit per qualche forma di molestia, per un altro verso si rivolge agli Stati membri perché adottino politiche variegata per affrontare il fenomeno, politiche in parte già perseguite con varie tecniche dal nostro ordinamento, sia pure in ordine “sparso”. Il nostro legislatore dovrebbe dunque intervenire, oltre che per la ratifica, per l’attuazione della Convenzione e per la revisione della disciplina a tutto tondo.

Un primo aspetto rilevante della Convenzione è rivestito dalla definizione delle violenze e delle molestie (art. 1). Per la Convenzione, a) per “violenza e molestie”

nel mondo del lavoro s'intende un insieme di comportamenti e di prassi inaccettabili, o la minaccia di porli in essere, che si realizzano in una sola occasione o ripetutamente, che hanno per scopo di causare, causano o sono suscettibili di causare un danno di tipo fisico, psicologico, sessuale o economico, e comprende la violenza e la molestia fondate sul genere; b) per "violenza e molestie fondate sul genere" s'intende la violenza e le molestie nei confronti di persone in ragione del loro sesso o genere o che colpiscano in modo sproporzionato le persone d'un sesso o d'un genere specifico, comprese le molestie sessuali.

La definizione – come evidente – è diversa da quella fatta propria dal nostro ordinamento sulla scorta delle direttive europee. La ratifica della Convenzione aprirebbe dunque il problema della sintonia tra le definizioni della fattispecie e questo dovrebbe indurre ad una rivisitazione della disciplina. Si ribadisce la rischiosa definizione della Convenzione che introduce il parametro dell'inaccettabilità, utilizzabile solo se rimessa alla sensibilità soggettiva, e quella della possibile ripetitività del comportamento.

Un secondo aspetto importante riguarda l'ambito di applicazione (art. 2). La Convenzione lo estende per un verso ai lavoratori subordinati o no, di tutte le tipologie contrattuali, alle persone in formazione, compresi i tirocinanti e gli apprendisti, ai volontari, alle persone in cerca di impiego o candidate a un lavoro, ai licenziati; per un altro verso agli "individui che esercitino autorità, i doveri e le responsabilità" di datore di lavoro. Inoltre dispone l'applicazione a tutti i settori pubblici e privati all'economia formale e informale, alle aree urbane e rurali. Infine ne stabilisce l'applicazione a tutte le violenze e le molestie che si verificano "in occasione del lavoro, in connessione del lavoro o che scaturiscono dal lavoro" precisando con un elenco gli spazi e i tempi sì da includerne il maggior numero possibile (ad esempio gli spostamenti per recarsi al lavoro e per il rientro dal lavoro). Detto elenco si deve considerare esemplificativo, essendo stati forniti parametri (occasione, connessione, origine) che consentono di valutare la messa in atto o no della protezione.

L'importanza della previsione è fuori discussione e per il nostro ordinamento sarebbe opportuno un raggio di attuazione ampio in modo da tutelare i lavoratori, senza qualificazione alcuna, e da colpire anche i detentori di "autorità" (si pensi al mondo dell'istruzione) o ancora ai datori di lavoro di fatto (o chi per loro) nell'economia sommersa.

Per quel che riguarda i principi fondamentali (artt. 4- 6) l'art. 4 sintetizza l'essenza della Convenzione disponendo che, a seguito della sua ratifica, gli Stati membri "sono tenuti a rispettare, promuovere e attuare il diritto di tutti ad un mondo del lavoro libero dalla violenza e dalle molestie"; il diritto alla parità e alla non discriminazione in materia di impiego e professione deve essere garantito da ciascun membro anche "per i lavoratori e per altri soggetti appartenenti ad uno o più gruppi vulnerabili o a gruppi in situazione di vulnerabilità che risultino sproporzionatamente colpiti da violenza e molestie nel mondo del lavoro" (art. 6). Quindi il contrasto (divieto, sanzioni, risarcimento, ispezioni) e la prevenzione (educazione, sensibilizzazione, orientamento, monitoraggio) devono riguardare non solo le molestie di genere e sessuali ma tutte quelle fondate su fattori differenziali.

La parte IV, intitolata alla protezione e prevenzione, si occupa più della seconda che della prima. E' fondata innanzitutto sull'impegno dei membri a definire e proibire la violenza e le molestie nel mondo del lavoro. E poi sull'impegno degli stessi ad adottare misure che prevengano la violenza e le molestie con il coinvolgimento delle autorità pubbliche, i datori di lavoro e le organizzazioni sindacali, che tengano conto delle specificità dell'economia informale o dei settori o delle professioni in cui lavoratrici e lavoratori risultino maggiormente esposti alla violenza e alle molestie, del fatto che violenze e molestie siano inclusi, insieme con i rischi psicosociali correlati, nella gestione della salute e della sicurezza sul lavoro. E ancora si richiede l'impegno a garantire informazione e formazione ai lavoratori e a tutti i soggetti interessati in merito ai rischi di violenza e di molestie e alle relative misure di prevenzione e protezione, tra cui diritti e responsabilità che derivano dall'adozione delle politiche in materia (ad es. regole sulle molestie nei luoghi di

lavoro; inserimento degli stessi nei codici disciplinari). In materia di prevenzione occorre considerare anche l'art. 11 della Convenzione che si sofferma su orientamento, formazione e sensibilizzazione.

Si tratta, come evidente, di impegni importanti – alcune misure già sono presenti nel nostro ordinamento – che ancora una volta andranno realizzati in tutte le realtà lavorative.

Un'ampia clausola (art. 11) è dedicata alla verifica dell'applicazione delle leggi e dei regolamenti in materia e ai meccanismi di ricorso e di risarcimento del danno, che dovranno essere adeguati ed efficaci, nonché a meccanismi di denuncia e di risoluzione delle controversie che siano sicuri, equi, efficaci (nei luoghi di lavoro, al di fuori degli stessi, tribunali o altre giurisdizioni, protezione contro le vittimizzazioni e le ritorsioni per querelanti, vittime, testimoni e informatori, sostegno legale, sociale, medico e amministrativo a favore dei querelanti e delle vittime). Attenzione è dedicata anche alla violenza domestica: dovranno essere adottate misure adeguate al fine di "riconoscere gli effetti della violenza domestica e, nella misura in cui ciò sia ragionevolmente fattibile, attenuarne l'impatto nel mondo del lavoro.

In chiusura (art. 12) la Convenzione ricorda che la sua attuazione passa anche tramite contratti collettivi o altre misure conformi alle procedure nazionali (includendovi l'ampliamento o l'adattamento delle misure esistenti in materia di salute e sicurezza sul lavoro).

12. Suggestioni conclusive

La ricognizione delle regole, unitamente a quelle prospettabili in base alla Convenzione dell'ILO, dimostra la difficoltà del contrasto, la necessità di giungere ad una disciplina organica, rivisitata e autonoma delle molestie. Necessitano regole ben definite che aiutino le vittime a reagire – si sa, del resto, che la reazione non è facile essendo implicata anche la relazione lavorativa – e promuovano azioni preventive idonee a sradicare le cause di violenze e molestie.

Non va dimenticato il contributo negativo che può essere offerto dal declino del tasso protettivo del lavoro subordinato che, rendendo più precaria la conservazione del posto di lavoro, espone lavoratrici e lavoratori ai ricatti di chi esercita illecitamente e arbitrariamente i poteri datoriali. Il problema attuale non è legato solo alla subordinazione ma riguarda ad ampio raggio qualsiasi forma lavorativa, dove può concretarsi la molestia. Il sistema è frammentario, disomogeneo nel contrastare tutte le forme e le finalità delle molestie, non coordinato tra tutele civilistiche, amministrativistiche (rafforzare innanzitutto il controllo dell'Ispettorato del lavoro) e penalistiche e affidato un po' troppo alle interpretazioni e applicazioni giudiziarie. Si potrebbe approfittare per rafforzare anche la protezione dalle discriminazioni specie sul piano delle azioni collettive.

Altra lacuna da colmare attiene alla prevenzione, che si può ottenere attraverso l'informazione, la formazione, la cultura, le pratiche delle istituzioni (consiglieri di parità; cug) e degli organismi *adhocratici* (creati in azienda o associazioni rappresentative), orientati appunto a tagliare alla radice la discriminazione, a far rispettare identità delle persone e differenze, smantellando gli stereotipi e denunciando *qualsiasi* episodio, verbale e no, discriminatorio (o direttamente molesto) che dia vita a molestie e violenze.

Occorrerebbe promuovere la contrattazione collettiva o prassi aziendali sia per la repressione, sia per la prevenzione e sostenere le vittime delle molestie (come nel caso della violenza di genere). Non è previsto espressamente l'utilizzazione del congedo per le donne vittime di violenza di genere (art. 24 d.lgs. n. 80/2015). La prossimità della molestia alla violenza indurrebbe ad un'applicazione analogica, bloccata però dal carattere eccezionale delle regole sulle sospensioni del rapporto di lavoro. Le conseguenze psicologiche derivanti dall'essere stata vittima di molestia potrebbe già comportare l'applicazione della disciplina sulla malattia. Ma la previsione sul congedo appare necessaria e dovrebbe essere promossa.

Se il nostro ordinamento vuole tenere fede ai valori e principi costituzionali ed internazionali, è necessario avanzare verso diritti e azioni che garantiscano effettività all'intervento. Si potrà così edificare una società che, rispettosa delle

differenze, si arricchirà di queste stesse in modo geometrico a livello individuale, collettivo e pubblico, in coerenza con l'essenza della dignità che connota ogni persona⁷².

dirittifondamentali.it

⁷² V. L. FERRAJOLI, *Le ragioni dell'uguaglianza*, in M. CARTABIA e T. VETTOR (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Giuffrè, Milano, 2009, 28 ss.

Bibliografia

- AA. VV., *#quellavoltache storie di molestie*, manifestolibri, 2018.
- V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *www.diritti fondamentali.it*, n. 1/2013.
- M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, *DLRI*, 2003, 399.
- F. D. BUSNELLI, *Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana*, in *RDC*, 2019, 1071.
- P. CENDON (a cura di), *Trattario di diritto civile, Illeciti-Danni. Risarcimento*, Giuffrè, Milano, 2013.
- M. CERBONE, *Rimedi processuali per la tutela dei lavoratori stranieri extracomunitari: l'azione civile contro la discriminazione*, in *MGL*, n. 1/2020.
- P. CHIECO, *Una fattispecie dai contorni sfuggenti: la molestia nei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, 2007, I, 71.
- R. CHIGI, *Fare la differenza*, il Mulino, Bologna, 2019.
- R. CHIGI, R. SASSATELLI, *Corpo, genere e società*, il Mulino, Bologna 2018.
- R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *DLRI*, 2006, 233.
- G. DE SIMONE, *Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la direttiva CE 2002/73*, in *RIDL*, 2004, I, 399.
- R. DIAMANTI, *Le molestie sessuali, la discriminazione, l'abuso*, in *RIDL*, 2017, I, 69 ss.
- F. DI NOIA, *Le molestie sessuali tra inversione e alleggerimento dell'onus probandi*, in *LG*, 2017, 2, 133.
- L. FERRAJOLI, *Le ragioni dell'uguaglianza*, in M. CARTABIA e T. VETTOR (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Giuffrè, Milano, 2009, 28.
- L. FERRAJOLI, *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia (1. Teoria del diritto)*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2007.
- C. FIORE, *Diritto penale*, vol. II, Utet, Torino, 1999.
- S. GIUBBONI, S. BORELLI, *Discriminazioni, molestie, mobbing*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, 2, *Contratto di lavoro e organizzazione* diretto da M. MARAZZA, Cedam, Padova, 2012, 1887.
- L. GRUBER, *Il potere delle donne contro la politica del testosterone. Basta*, Mondadori, Milano, 2019.
- D. IZZI, *Molestie sessuali e rapporti di lavoro*, in *LD*, 1995, 285.
- D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005.
- A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi e tutele*, Cedam, Padova, 2010.
- L. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, 379.
- S. LAULOM, *Le harcèlement sexuel en France: entre santé et sécurité au travail et discrimination*, in *DML* n. 3/2014, 261.
- L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, in *RDC*, 2011, 761.
- I. MASSA PINTO, *Costituzione e generi: argomenti interpretativi e teorie sulla differenza sessuale*, in *Bj*, n. 2/2019.
- O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Wolters Kluwer – Cedam, Milano, 2019.
- M. MISCIONE, *Una forma sempre attuale di discriminazione: le molestie sessuali*, in *DPL*, inserto, n. 25/2005.
- A. MURCIA CLAVERÍA, *El acoso sexual en España: regulacion y problematica juridica*, in *DML* n. 3/2014, 261.
- M. OMIZZOLO, *Sotto padrone. Uomini, donne e caporali nell'agromafia italiana*, Feltrinelli, Milano, 2019.

- P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Esi, Napoli, 2017.
- A. PIZZOFRERATO, *Molestie sessuali sul lavoro. Fattispecie giuridica e tecniche di tutela*, Cedam, Padova, 2000.
- S. PRISCO, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in *BJ*, n. 2/2019.
- O. RICCI, *Togliami le mani di dosso*, Chiarelettere, Milano, 2015.
- S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2012.
- B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *Commento alla L. 19 luglio 2019, n. 69 in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pacini, Pisa, 2020.
- P. ROMITO e M. FERESIN (a cura di), *Le molestie sessuali. Riconoscerle, combatterle, prevenirle*, Carocci, Roma, 2019.
- R. SANTAGATA DE CASTRO, *Le discriminazioni sul lavoro nel «diritto vivente»*, Napoli, 2019.
- R. SANTAGATA DE CASTRO, R. SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (parte I e II)*, in *ADL*, 2015, nn. 3 e 4.
- F. SARTORI, *Differenze e disuguaglianze di genere*, il Mulino, Bologna, 2009.
- R. SENNETT, *Rispetto. La dignità umana in un mondo di diseguali*, il Mulino, Bologna, 2009.
- L. VENDITTI, *Le molestie sessuali sul lavoro in Italia: fattispecie e rimedi giuridici*, in *DML* n. 3/2014, 261.
- D. VIGONI, *L'effetto vincolante del giudicato penale in altri settori dell'ordinamento: i.e. coordinate normative*, in *RDP*, 4-5/2017, 912.

Abbreviazioni delle riviste

ADL	= Argomenti di diritto del lavoro
BJ	= BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto
DLRI	= Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
DML	= Diritto del mercato del lavoro
DPL	= Diritto e pratica del lavoro
LD	= Lavoro e diritto
LG	= Il lavoro nella giurisprudenza
MGL	= Massimario giurisprudenza del lavoro
RDC	= Rivista di diritto civile
RDP	= Rivista di diritto processuale
RIDL	= Rivista italiana di diritto del lavoro