

## I divieti di discriminazione per motivi di genere

di

Loredana Ferluga\*

SOMMARIO: 1. Il principio di non discriminazione per motivi di genere e le sue fonti. – 2. La nozione di discriminazione diretta per motivi di genere. – 3. Le eccezioni al divieto di discriminazione diretta. – 4. La gravidanza ed il congedo per maternità e paternità. – 5. La nozione di discriminazione indiretta per motivi di genere. – 6. La definizione normativa delle molestie cd. “di genere” e delle molestie “sessuali”. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Il principio di non discriminazione per motivi di genere e le sue fonti.* Il quadro normativo in materia di lotta alle discriminazioni per motivi di genere è composito ed estremamente articolato<sup>1</sup>. Gli obblighi di adeguamento al diritto comunitario infatti non sempre sono stati adempiuti dal legislatore nazionale con la dovuta attenzione, creando così un intreccio di correzioni e sovrapposizioni normative spesso non lineare<sup>2</sup>.

Rispetto ad altri fattori di rischio collegati all’identità personale (come il colore della pelle o l’*handicap*) o all’appartenenza ad un gruppo (come la religione o la razza), con i quali il genere talvolta tende a saldarsi dando luogo a discriminazioni “multiple”,

---

\* Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli studi di Messina.

<sup>1</sup> La letteratura in materia di discriminazioni è molto vasta. Si segnalano, da ultimo, senza carattere di completezza: M. BARBERA-A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, Torino, 2019; R. BIANCHERI-G. SPATARI (a cura di), *La situazione italiana a un quarto di secolo dalla Conferenza Mondiale sulle donne di Pechino. Il gap di genere tra ostacoli nel mondo del lavoro e stereotipi culturali*, Pisa, 2018; BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell’era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, 2017.

<sup>2</sup> F. AMATO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione. Riflessioni e prospettive per la realizzazione di una società multietnica*, in *Lav. e dir.* 2003, 127 ss.; L. CALAFA’, *Il diritto antidiscriminatorio nazionale “instabile”. Cronologia degli interventi legislativi recenti e procedure di infrazione in corso*, in L. CALAFA’-D. GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, 2009, 55 ss.; P. CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, in *Riv. giur. lav.* 2006, 561 ss.

le discriminazioni di genere mantengono una loro specificità in quanto sono regolamentate da una apposita disciplina<sup>3</sup>.

In Europa proprio il principio di parità di trattamento e di non discriminazione per motivi di sesso è stato oggetto del primo intervento in materia, sebbene in un'accezione circoscritta ai profili retributivi: l'art. 119 del Trattato di Roma del 1957, istitutivo della Comunità economica europea, allora Mercato comune (poi art. 141 TCE e ora art. 157 TFUE), stabiliva che "ciascuno Stato membro assicura, durante la prima tappa, e in seguito mantiene, l'applicazione del principio di parità delle retribuzioni fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro"<sup>4</sup>. La norma rispondeva ad una logica economico-mercantilistica, dal momento che mirava a garantire il buon funzionamento del mercato unico europeo, evitando fenomeni di concorrenza sleale tra imprese stabilite in Stati membri diversi, ma contiene una importante dichiarazione di principio, che rappresenta il fondamento dello sviluppo della politica paritaria. A partire dalla metà degli anni Settanta del secolo scorso, la connotazione mercantilistica della disciplina comunitaria viene progressivamente superata con l'approvazione delle prime direttive specifiche e, soprattutto, grazie all'intervento della Corte di Giustizia, che ha riconosciuto al principio previsto nell'art. 119 il valore di principio fondamentale dell'ordinamento giuridico comunitario con efficacia diretta, in quanto espressione di una disposizione *self-executing*<sup>5</sup>, non solo nei confronti degli Stati, ma anche dei datori di lavoro, affermando poi che la Comunità non si limita a perseguire un'unione economica, ma è chiamata a garantire il progresso sociale ed il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei<sup>6</sup>. Con

---

<sup>3</sup> L'indicazione proviene già dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del dicembre 2000, che separa la previsione di un generale divieto di discriminazione (art. 21), riferito ad una pluralità di fattori (opinioni politiche, caratteristiche genetiche, nascita, appartenenza ad una minoranza nazionale), compreso il sesso, dalla specifica previsione della parità tra uomini e donne, in tutti i campi, inclusa la vita professionale (art. 23): in dottrina, D. GOTTARDI, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 2003, 447 ss.

<sup>4</sup> V. prima ancora la Convenzione OIL n. 100 del 1951 sulla parità salariale, ratificata con legge n. 741/1956.

<sup>5</sup> Ricorda il dibattito sulla natura *self-executing* della norma, M. BARBERA, *Discriminazione ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, 105.

<sup>6</sup> Corte Giust., 25 maggio 1971, causa C-80/70, *Defrenne*; Corte Giust., 8 aprile 1976, causa C-43/75, *Defrenne*. Cfr. anche Corte Giust., 10 febbraio 2000, causa C-50/96, *Schroder*.

l'introduzione nel Trattato di Amsterdam dell'art. 13 (ora art. 19 TFUE)<sup>7</sup> e con l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 20-23) la *ratio* prettamente economica che connotava in origine il diritto comunitario viene definitivamente superata<sup>8</sup>. In quest'ottica si inquadrano le direttive di nuova generazione<sup>9</sup>, tra le quali da ultimo, con riferimento all'argomento che qui ci occupa, la direttiva n. 2006/54/CE, con la quale il legislatore comunitario ha realizzato una importante opera di rifusione delle direttive sulla parità di trattamento tra uomini e donne (dir. n. 76/207/CE, modificata dalla dir. n. 2002/73/CE), a cui si aggiungono la direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne nei regimi pubblici di sicurezza sociale (dir. n. 79/7/CE) e la direttiva sull'applicazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne che esercitano un'attività di lavoro autonomo (dir. n. 86/613/CE abrogata e sostituita dalla dir. 2010/41/CE).

Nell'ordinamento interno il diritto antidiscriminatorio segue un percorso diverso: due disposizioni costituzionali sono alla base, insieme al diritto comunitario, della legislazione italiana sulla parità dei diritti tra lavoratrici e lavoratori e sui divieti di discriminazione.

---

<sup>7</sup> Nell'art. 13 del Trattato (per una analisi della norma, L. WADDINGTON, *Testing the limits of the EC Treaty articles on non-discrimination*, in *Industrial law journal*, n. 28, 1999, 133 ss.) si legge che, fatte salve le specifiche disposizioni del trattato e nell'ambito delle competenze conferite alla Comunità, il Consiglio all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento, può prendere gli opportuni provvedimenti "per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali".

<sup>8</sup> La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, della versione consolidata del Trattato sull'Unione Europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona), poggia, del tutto in sintonia con la nostra Costituzione, "sui valori indivisibili ed universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza, e della solidarietà" (Preambolo) e sull'impegno a rispettare e tutelare "la dignità umana" quale bene inviolabile (art. 1): in dottrina, L. GALANTINO, *La legislazione antidiscriminatoria della Comunità europea, la tutela della dignità umana e il rispetto delle diversità*, in *Scritti in onore di E. Ghera*, Bari, 2008, spec. 392 ss.; M. MILITELLO, *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *WPCSDLE "Massimo D'Antona".INT - 77/2010*, 28 ss.; B. VENEZIANI, *Il lavoro tra l'ethos del diritto ed il pathos della dignità*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 2010, 257 ss.

<sup>9</sup> Dal 2003 si inizia a parlare di diritto antidiscriminatorio di "nuova generazione": M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 2003, 399 ss.; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005; L. CALAFA'-D. GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, cit.

Si tratta – come è noto – innanzitutto dell’art. 3 della nostra Carta Costituzionale, che non si limita ad enunciare il principio di uguaglianza formale (comma 1) ma va oltre con la previsione della uguaglianza sostanziale (comma 2)<sup>10</sup>, testimoniando l’inversione di rotta compiuta dal nostro ordinamento attraverso una piena valorizzazione della sfera dell’essere su quella dell’avere, che fino ad allora aveva invece rappresentato la concezione ampiamente prevalente: la persona diventa il valore fondamentale dell’ordinamento da tutelare e promuovere, specie laddove, sul piano sostanziale, si manifestino “ostacoli di ordine economico e sociale” che ne impediscono il pieno sviluppo<sup>11</sup>.

La seconda disposizione è l’art. 37 Cost., norma nella quale coesistono due prescrizioni diverse, che tuttavia non si trovano in contraddizione tra loro<sup>12</sup>: i padri costituenti da una parte pongono una direttiva di parità tra lavoratori e lavoratrici (“la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore”), mentre dall’altra evidenziano la necessità dell’intervento protettivo, con la precisazione che “le condizioni di lavoro devono consentire (*alla donna*) l’adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale, adeguata protezione”<sup>13</sup>. La difficile coesistenza tra tutela e parità nella norma costituzionale ha dato luogo nella sua attuazione ad un atteggiamento del legislatore che per lungo tempo si è tradotto in una logica protettiva (da qui il filone legislativo sulla limitazione dell’orario di lavoro, sul divieto di lavoro

---

<sup>10</sup> Il gioco dei rapporti tra i due commi dell’art. 3, e dunque tra uguaglianza formale ed uguaglianza sostanziale, costituisce l’essenza del diritto del lavoro.

<sup>11</sup> M. CINELLI, *L’«effettività» delle tutele sociali tra utopia e prassi*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, 23, il quale mette in risalto che “l’obiettivo di pieno sviluppo della persona umana, in una prospettiva di uguaglianza sostanziale, che lo Stato ha solennemente assunto come proprio fondamentale compito, e del quale l’edificio del *welfare* è, senza alcun dubbio, *magna pars*”.

<sup>12</sup> La norma è frutto di un compromesso tra la posizione della sinistra, che premeva per una visione più emancipata del lavoro femminile e della famiglia, e la concezione cattolica, che sottolineava l’essenzialità della funzione familiare della donna: per il dibattito in seno alla Costituente, v. T. TREU, *Commento all’art. 37*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, tomo I, Bologna-Roma, 1979, 155 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità, La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, 1979, 109 ss.

<sup>13</sup> Secondo l’opinione più accreditata, la legislazione protettiva non sarebbe giustificata in sé per la particolarità del lavoro femminile, ma in quanto funzionale all’obiettivo di uguaglianza sostanziale, che non implica solo parità di trattamento, ma anche uguaglianza di opportunità.

notturno, sulla tutela delle lavoratrici madre)<sup>14</sup>, poi nella fase dei divieti di discriminazione e negli anni più recenti, quando il fallimento delle politiche antidiscriminatorie lo ha indotto ad adottare misure per favorire concretamente l'accesso delle donne ai posti di lavoro, in una logica di promozione delle pari opportunità d'impiego<sup>15</sup>. Successivamente infine si è aperta la strada della metodologia cd. *mainstreaming* quale tecnica di intervento normativo volta ad assicurare non solo la protezione delle differenze, ma anche la loro considerazione nelle politiche del diritto<sup>16</sup>.

Il quadro della tutela antidiscriminatoria interna con riferimento alle discriminazioni per motivi di genere è completato da una disposizione – l'art. 15 St. lav. – che mantiene a tutt'oggi un ruolo primario nell'ambito del sistema di lotta alle discriminazioni<sup>17</sup>, nonostante la legislazione in materia nel tempo si sia arricchita: la norma, nella versione integrata dall'art. 13 della legge n. 903/1977, estende il divieto di discriminazioni originariamente previsto per motivi sindacali, politici e religiosi, operante nei confronti di ogni "patto o atto" posto in essere dal datore di lavoro in qualsiasi fase del rapporto, alle ragioni di sesso, oltre che di razza e di lingua. Più tardi, su impulso proveniente dal diritto comunitario, l'elenco dei motivi discriminatori viene ulteriormente esteso a ragioni di handicap, età, orientamento sessuale, convinzioni personali<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> M.L. DE CRISTOFARO, *Tutela e/o parità. Le leggi sul lavoro femminile fra protezione e uguaglianza*, Bari, 1979.

<sup>15</sup> Osserva R. PESSI, *Lavoro e discriminazione femminile*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 1994, 417, come "tutta l'evoluzione della disciplina di tutela del lavoro femminile si presenta, infatti, connessa con l'evolversi del problema nel sentire collettivo; così che a mano a mano del modificarsi del ruolo sociale della donna gli interventi legislativi sono venuti ad assumere connotati ed obiettivi diversi e diversificati".

<sup>16</sup> V. l'art. 1, d.lgs. n. 198/2006 (Codice delle pari opportunità tra uomo e donna), riformulato dal d.lgs. n. 5/2010 (emanato in attuazione della dir. n. 2006/54/CE), che recepisce la metodologia del *mainstreaming*: in dottrina, G. DE SIMONE, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Lav. e dir.*, 2004, 541 ss.

<sup>17</sup> G. BOLEGO, *Nozioni di discriminazione e tutela delle differenze nel rapporto di lavoro*, in *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Scritti raccolti da A. VISCOMI, Napoli, 2011, 551 ss. In senso contrario, P. CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, cit., 561.

<sup>18</sup> V. d.lgs. n. 215 e 216 del 2003 e legge n. 67 del 2006. In dottrina, L. DI PAOLA, *Discriminazioni sul posto di lavoro: si amplia l'area dei divieti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 869; e per un'analisi aggiornata del catalogo dei "fattori di rischio", A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, LVI, Padova, 2010, 97.

2. *La nozione di discriminazione diretta per motivi di genere.* Nel nostro ordinamento le nozioni di discriminazione per motivi di genere contenute nel Codice delle pari opportunità tra uomo e donna (d.lgs. n. 198/2006) riprendono quelle di discriminazione diretta ed indiretta già espresse in precedenza dal legislatore italiano.

In particolare, la definizione di discriminazione diretta è stata riformulata dal d.lgs. n. 145/2005 (emanato in attuazione della dir. n. 2002/73/CE), che ha modificato la definizione contenuta nell'art. 4, legge n. 125/1991<sup>19</sup>; la nuova definizione è ora riprodotta nell'art. 25 del Codice delle pari opportunità (comma 1), a sua volta modificato dal d.lgs. n. 5/2010, emanato in attuazione della già citata dir. *Refusion* n. 2006/54/CE.

In effetti, l'ordinamento interno, come era accaduto già con la dir. n. 2002/73/CE, non ha trasposto la direttiva *Refusion* in modo corretto: la definizione nazionale di discriminazione diretta risulta quindi diversa da quella comunitaria, non tenendo conto della possibilità del raffronto virtuale determinante ai fini del raggiungimento della prova della discriminazione subita, prevista invece dalla dir. n. 2006/54/CE<sup>20</sup>. Quest'ultima definisce la discriminazione diretta come quella "situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto un'altra persona sia, sia stata o sarebbe trattata in una situazione analoga"; l'art. 25 del Codice delle pari opportunità, nella versione modificata nel 2010, la definisce invece come "qualsiasi disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento, che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso, e, comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga"<sup>21</sup>.

Dalle definizioni emerge chiaramente che la nozione prevista dall'ordinamento interno si concentra su un'azione (atto o comportamento) e sul relativo impatto (effetto

---

<sup>19</sup> Per tutti, M.V. BALLESTRERO, *La nozione di discriminazione nella legge 125/91*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1992, 773 ss.; S. SCARPONI, *Le nozioni di discriminazioni*, in L. GAETA-L. ZOPPOLI (a cura di), *Il diritto diseguale*, Torino, 1992, 45 ss.

<sup>20</sup> M.G. GAROFALO, *Una riflessione sul Codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, 4, 719 ss.; P. CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, *cit.*, 559 ss.; O. LA TEGOLA, *Sui divieti di discriminazione per motivi di genere*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, 1, 184 ss.

<sup>21</sup> Il d.lgs. n. 5/2010 aggiunge al primo comma le parole "disposizione, criterio, prassi".

pregiudizievole)<sup>22</sup>, invece l'elemento caratterizzante ed innovativo della nozione prevista dalla direttiva riguarda la possibilità di comparare in modo virtuale le condizioni del soggetto che si ritiene discriminato con quelle di un altro lavoratore comparabile, cioè la possibilità di effettuare il raffronto tra il lavoratore discriminato ed un altro che non c'è in azienda ma che, se ci fosse e si trovasse nelle medesime condizioni, sarebbe comparabile<sup>23</sup>. L'aspetto fondamentale della definizione comunitaria, che si riscontra anche nelle direttive di nuova generazione riguardanti fattori di rischio diversi dal genere<sup>24</sup>, è dato dal fatto che essa non impone una comparazione con una situazione realmente esistente, poiché il termine di raffronto può essere costituito da un trattamento meramente ipotetico<sup>25</sup>. Tale giudizio ipotetico non viene riprodotto nell'ordinamento interno con riferimento alle discriminazioni per motivi di genere<sup>26</sup>. Ciò non significa, tuttavia, superamento del carattere comparativo del giudizio, come pure si è autorevolmente affermato<sup>27</sup>: l'opinione maggioritaria è nel senso che un giudizio di comparazione sia necessario, ciò che muta è il termine di confronto, che diviene più ampio, non più il lavoratore concretamente individuabile, ma anche il lavoratore "astrattamente identificabile"<sup>28</sup>.

Probabilmente la differente formulazione della norma interna è dovuta alla volontà di conservare una linea di continuità con la legislazione esistente<sup>29</sup>. L'art. 25, d.lgs. n. 198/2006, mantiene il nucleo teorico centrale "forte" della definizione – presente nel nostro ordinamento già nell'art. 4, legge n. 125/1991 – costituito dalla nozione c.d. oggettiva di discriminazione<sup>30</sup>, per cui ciò che rileva non è l'intenzione di

---

<sup>22</sup> L. CALAFA', *Pari opportunità e divieti di discriminazione*, in *Le Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 561.

<sup>23</sup> In questi termini, P. CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, cit., 563. V. anche D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, cit., 51; O. LA TEGOLA, *Parità e non discriminazione per ragioni di genere*, in F. CARINCI-A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, IX, Torino, 2010, 443.

<sup>24</sup> Il riferimento è alle direttive nn. 2000/43/CE e 2000/78/CE.

<sup>25</sup> G. BOLEGO, *Nozioni di discriminazione e tutela delle differenze nel rapporto di lavoro*, cit., 562.

<sup>26</sup> V. le considerazioni di D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle Direttive comunitarie di "seconda generazione"*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 2003, 423 ss.

<sup>27</sup> M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, cit., 399.

<sup>28</sup> G. BOLEGO, *Nozioni di discriminazione e tutela delle differenze nel rapporto di lavoro*, cit., 563.

<sup>29</sup> L. CALAFA', *Pari opportunità e divieti di discriminazione*, cit., 562.

<sup>30</sup> M. BARBERA, *Discriminazione ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit., 213; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio*

nuocere dell'agente, ma l'effetto dell'atto, e quindi la sua idoneità a realizzare un trattamento sfavorevole di un soggetto in quanto appartenente ad un determinato genere<sup>31</sup>. Per tale via superando le difficoltà di ordine probatorio che si presentavano tutte le volte in cui era necessario ricostruire l'intenzione psicologica del datore di lavoro<sup>32</sup>.

È appena il caso di osservare poi che la nozione contenuta nell'art. 25 del Codice delle pari opportunità si differenzia non soltanto dalla definizione comunitaria, ma anche dalle definizioni di discriminazione diretta per motivi differenti dal genere, contenute nei d.lgs. nn. 215 e 216 del 2003<sup>33</sup>, che riproducono, con formulazione identica alla nozione comunitaria di discriminazione diretta per motivi di genere, quanto stabilito rispettivamente nelle dir. nn. 2000/43/CE e 2000/78/CE<sup>34</sup>, con la conseguenza che, si è scritto, "all'esito del complesso degli interventi normativi del nuovo secolo, il divieto di discriminazione per ragioni di genere fornisce una copertura meno ampia del divieto approntato per tutti gli altri fattori di rischio, ribaltando così la storia della legislazione antidiscriminatoria, non solo nel nostro paese"<sup>35</sup>.

---

*emergenti, cit.*, 25 ss.; G. DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, in M. BARBERA (a cura di), *Commentario sistematico al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 196. Disciplina dell'attività delle consigliere e dei consiglieri di parità e disposizioni in materia di azioni positive*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 711; L. GUAGLIANONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, 247 ss. V. anche l'ampia ricostruzione di R. PESSI, *Lavoro e discriminazione femminile, cit.*, 439 ss. In giurisprudenza Cass., Sez. lav., n. 6575/2016, che riguarda il licenziamento di una lavoratrice in seguito alla comunicazione al datore di lavoro dell'intenzione di sottoporsi al trattamento di PMA e delle assenze che probabilmente si sarebbero verificate di conseguenza: S. SCARPONI, *La parità di genere nel lavoro e le nuove frontiere dell'antidiscriminazione*, in S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Temi e questioni*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, n. 45, 2020, 51 ss.

<sup>31</sup> S. GIUBBONI-S. BORELLI, *Discriminazioni, molestie, mobbing*, in M. MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Tomo II, Trattato di diritto del lavoro diretto da M. PERSIANI-F. CARINCI, Padova, 2012, 1836; A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele, cit.*, 45; S. SCARPONI, *Le nozioni di discriminazioni, cit.*, 53. In giurisprudenza, Corte Giust., 22 aprile 1997, causa C-180/95, *Draehmpaehl*; Corte Giust., 8 novembre 1990, causa C-179/88, *Dekker*; Corte Giust., 13 maggio 1986, causa C-170/84, *Bilka*.

<sup>32</sup> O. LA TEGOLA, *Parità e non discriminazione per ragioni di genere, cit.*, 445.

<sup>33</sup> V. art. 2, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 215/2003, e art. 2, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 216/2003.

<sup>34</sup> Le dir. nn. 2000/43/CE e 2000/78/CE definiscono la discriminazione diretta come quella situazione nella quale "una persona è trattata meno favorevolmente" in base ad uno dei motivi di discriminazione tutelati dalle norme "di quanto un'altra persona sia, sia stata o sarebbe trattata in una situazione analoga"

<sup>35</sup> P. CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione, cit.*, 563. V. anche le differenti considerazioni di L. GUAGLIANONE, *Le discriminazioni basate sul genere, cit.*, 247 ss.

3. *Le eccezioni al divieto di discriminazione diretta.* La nozione di discriminazione diretta, oltre che *oggettiva*, è considerata *neutra*, nel senso che sia le donne quanto gli uomini possono essere discriminati e sono titolari del diritto a non esserlo. Per completare il quadro è opportuno verificare se la nozione di discriminazione diretta possa essere considerata anche *assoluta*.

Appare pertanto opportuno soffermarsi sulle cd. cause di giustificazione delle differenze di trattamento, per distinguere le discriminazioni vietate dalle differenziazioni lecite.

A questo proposito, sia il legislatore comunitario che quello interno hanno introdotto alcune ipotesi di esenzione dal divieto di discriminazione<sup>36</sup>: si tratta di ipotesi nelle quali è la stessa legge ad indicare i casi nei quali il trattamento sfavorevole basato sul genere non costituisce discriminazione<sup>37</sup>. In particolare, il diritto comunitario consente le eccezioni con una formula ampia che rinvia a valutazioni sulla legittimità dell'obiettivo perseguito e sulla proporzionalità del requisito di sesso (art. 14, n. 2, dir. n. 2006/54/CE)<sup>38</sup>; il diritto interno, invece, più opportunamente delimita le fattispecie di esenzione riguardanti le discriminazioni per ragioni di sesso, prevedendole nell'art. 27, commi 4, 5 e 6, del Codice delle pari opportunità, nel quale sono confluiti l'art. 1, commi 4 e 5, legge n. 903/1977, e l'art. 4, comma 3, legge n. 125/1991.

La prima fattispecie di legittima differenziazione riguarda "i casi in cui il riferimento al sesso costituisca requisito essenziale per la natura del lavoro o della prestazione", sia nei concorsi pubblici che nelle forme di selezione attuate, anche a mezzo di terzi, da datori di lavoro privati e pubbliche amministrazioni, nel qual caso si può evitare che la prestazione richiesta sia accompagnata dalle parole "dell'uno o

---

<sup>36</sup> Secondo M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *Lav. e dir.*, 2004, 514, il divieto di discriminazioni dirette è assoluto, nel senso che la disparità di trattamento basata sulla diretta considerazione del genere ammette solo le eccezioni espressamente consentite, ma non ammette alcuna "giustificazione", e dunque, ove sia accertato un trattamento differenziato in base al genere, la discriminazione diretta è presunta in via assoluta.

<sup>37</sup> M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, cit., 410.

<sup>38</sup> Per la giurisprudenza comunitaria si segnala, *ex multis*, il volume N. BAMFORTH-M. MALIK-C. O' CINNEIDE, *Discrimination Law: Theory and Context. Text and Materials*, London, 2008.

dell'altro sesso" (art. 27, comma 5, Codice, già art. 4, comma 3, legge n. 125/1991)<sup>39</sup>. Ulteriore ipotesi è costituita dall'"assunzione in attività della moda, dell'arte e dello spettacolo, quando ciò sia essenziale alla natura del lavoro o della prestazione" (art. 27, comma 6, Codice, già art. 1, comma 5, legge n. 903/1977). Infine, "eventuali deroghe" sono ammesse solo per mansioni particolarmente pesanti individuate attraverso la contrattazione collettiva, che in realtà sino ad oggi ha ignorato questa possibilità (art. 27, comma 4, Codice, già art. 1, comma 4, legge n. 903/1977).

Altre rilevanti eccezioni al divieto di discriminazione diretta previste dalla legge n. 903/1977 sono poi nel tempo venute meno, come è accaduto per quella relativa al lavoro notturno (art. 5) e, più di recente, all'età di pensionamento (art. 4), le cui vicende non è possibile ripercorrere in questa sede<sup>40</sup>.

4. *La gravidanza ed il congedo per maternità e paternità.* Per il legislatore costituisce parimenti discriminazione ogni trattamento meno favorevole praticato "in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti"<sup>41</sup>. Così si esprime testualmente il comma 2 *bis* dell'art. 25 del Codice delle pari opportunità, aggiunto dal d.lgs. n. 5/2010<sup>42</sup>.

Sebbene sia da ritenere che il principio potesse essere desunto già dall'art. 3, d.lgs. n. 151/2001, la modifica apportata nel 2010 è significativa e deve essere valutata positivamente, in quanto essa, includendo nella nozione di discriminazione diretta i trattamenti sfavorevoli dovuti allo stato di maternità e paternità, anche adottive, ed in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti, rafforza la posizione in giudizio dei genitori-lavoratori<sup>43</sup>, assicurando protezione anche a situazioni che

---

<sup>39</sup> Per approfondimenti, P. CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, cit.

<sup>40</sup> M.V. BALLESTRERO-G. DE SIMONE, *Diritto del lavoro*, Torino, 2017, 295 ss.

<sup>41</sup> M. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Torino, 2020, spec. 77 ss.

<sup>42</sup> V. anche l'art 27, comma 2, del Codice pari opportunità.

<sup>43</sup> L. CALAFA', *Modello antidiscriminatorio e licenziamento dei genitori-lavoratori*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 2003, 499 ss.

altrimenti ne sarebbero prive<sup>44</sup>, ed incide in modo positivo in termini di chiarezza sul contenzioso in materia<sup>45</sup>.

In effetti, i trattamenti meno favorevoli legati allo stato di gravidanza ed alla maternità, anche indipendentemente dalla sussistenza di un termine di paragone, erano già stati da tempo qualificati come discriminazione diretta per motivi di genere dalla Corte di giustizia<sup>46</sup>. E il legislatore comunitario, proprio sulla scia degli orientamenti espressi dalla Corte, ha testualmente stabilito che “la discriminazione comprende qualsiasi trattamento meno favorevole riservato a una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità ai sensi della direttiva n. 92/85/CEE” (art. 2, comma 2, lett.c), dir. n. 2006/54/CE, e in precedenza dir. n. 2002/73/CE)<sup>47</sup>.

Più attento si è dimostrato il legislatore italiano, che con il comma 2 *bis* dell’art. 25 estende la qualificazione di discriminazione diretta ad ipotesi che non sono esplicitamente contemplate dalle direttive comunitarie, attraverso il riferimento ai trattamenti sfavorevoli dovuti allo stato di paternità, allo stato di maternità e paternità adottive ed in ragione della titolarità e dell’esercizio dei relativi diritti<sup>48</sup>. È da ritenere peraltro che sia frutto di mera dimenticanza il fatto di non avere esteso il divieto di discriminazione anche alla maternità e paternità derivanti da affidamento dei minori<sup>49</sup>.

L’estensione della nozione di discriminazione, derivante dalla modifica del 2010, deve essere valutata con favore anche con riferimento ad un altro profilo: il comma 2 *bis* consente di applicare i rimedi processuali e le sanzioni utilizzabili nella lotta alle discriminazioni anche ai trattamenti sfavorevoli causati dalla gravidanza,

---

<sup>44</sup> S. SCARPONI, *La parità di genere nel lavoro e le nuove frontiere dell’antidiscriminazione*, cit., 51 ss.

<sup>45</sup> C. COMINATO, *I divieti di discriminazione di genere nella giurisprudenza nazionale*, in L. CALAFA’-D. GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, cit., 157 ss.

<sup>46</sup> *Ex multis*, Corte Giust., 8 novembre 1990, causa C-179/88, *Dekker*; Corte Giust., 14 luglio 1994, causa C-32/93, *Webb*; Corte Giust., 30 giugno 1998, causa C-394/96, *Brown*; Corte Giust., 4 ottobre 2001, causa C-109/00, *Tele Danmark*; Corte Giust., 20 settembre 2007, causa C-116/06, *Kiiski*; Corte Giust., 11 ottobre 2007, causa C-460/06, *Paquay*.

<sup>47</sup> V. anche artt. 15 e 16, dir. n. 2006/54/CE, e clausola 4, dir. n. 2010/18/UE, che attua l’Accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale concluso da BusinessEurope, Ueapme, Ceep e Ces, e abroga la dir. n. 96/34/CE

<sup>48</sup> E’ l’art. 16, dir. n. 2006/54/CE, che attribuisce agli Stati membri la facoltà di riconoscere diritti distinti di congedo di paternità e/o adozione e di adottare le misure necessarie per tutelare tali diritti.

<sup>49</sup> In questo senso O. LA TEGOLA, *Sui divieti di discriminazione per motivi di genere*, cit., 191.

dalla maternità e dalla paternità. Si tratta di un aspetto che può portare a conseguenze pratiche importanti. Così, ad esempio, per il licenziamento intimato in violazione del divieto di cui all'art. 54, d.lgs. n. 151/2001, intimato cioè dall'inizio della gravidanza fino ad un anno di età del bambino. A lungo si è discusso sul regime giuridico da applicare a tale ipotesi di nullità del licenziamento nell'alternativa tra diritto comune e diritto speciale e solo di recente l'orientamento della giurisprudenza è nel senso di affermare il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro<sup>50</sup>. Con l'importante modifica contenuta nel comma 2 *bis*, la questione troverebbe invece soluzione per via legislativa attraverso l'applicazione dell'art. 3 della legge n. 108/1990, che prevede nei casi di licenziamento discriminatorio le conseguenze sanzionatorie stabilite dall'art. 18 St. lav. a prescindere dal numero dei dipendenti occupati.

5. *La nozione di discriminazione indiretta per motivi di genere.* La più complessa nozione di discriminazione indiretta, contenuta anch'essa nell'art. 25 del Codice delle pari opportunità (comma 2), è il risultato della riformulazione dell'art. 4, comma 2, legge n. 125/1991, ad opera del d.lgs. n. 145/2005 (emanato in attuazione della dir. n. 2002/73/CE) e, a differenza della discriminazione diretta, non ha subito modifiche da parte del citato d.lgs. n. 5/2010 (emanato in attuazione della dir. *Refusion* n. 2006/54/CE)<sup>51</sup>.

Ai sensi del secondo comma dell'art. 25, d.lgs. n. 198/2006, si ha discriminazione indiretta "quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto ai lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari"<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Sul punto, S. GIUBBONI-S. BORELLI, *Discriminazioni, molestie, mobbing, cit.*, 1855.

<sup>51</sup> Per tutti, M. BARBERA, *Discriminazione ed uguaglianza nel rapporto di lavoro, cit.*, 195; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti, cit.*, 145.

<sup>52</sup> L'esempio di scuola più noto riguarda la richiesta del possesso di una statura minima indifferenziata senza che il requisito sia essenziale alle mansioni da svolgere (profilo oggi preso in considerazione dalla legge, ed in particolare dall'art. 32, comma 2, del Codice delle pari opportunità, che rinvia ad un dpcm l'individuazione delle mansioni e qualifiche speciali per le quali è necessario definire un limite di altezza per l'accesso a cariche, professioni ed impieghi pubblici): v. Corte cost., 15 aprile 1993, n. 163, in *Foro it.*, 1994, I, 696. V. anche Corte Giust., 18

Emerge in modo chiaro che la discriminazione indiretta riguarda non direttamente un fattore di rischio la cui considerazione è vietata dalla legge (sesso, razza, lingua, età, etc.), ma un criterio neutro idoneo a provocare un impatto differenziato tra gruppi di persone considerate, sfavorendo un gruppo rispetto ad un altro<sup>53</sup>. Il criterio neutro, inoltre, “può mettere” i lavoratori in una situazione di particolare svantaggio, nel senso che per aversi discriminazione è sufficiente che il comportamento o l’atto posto in essere dal datore di lavoro sia anche solo “potenzialmente” lesivo o idoneo a produrre un effetto discriminatorio e non è necessario invece che l’effetto svantaggioso si concretizzi effettivamente<sup>54</sup>.

Nell’attuale nozione di discriminazione indiretta, poi, come si evince dal confronto con la precedente, definita come un trattamento pregiudizievole che produce uno svantaggio in modo “proporzionalmente” maggiore dei lavoratori dell’uno o dell’altro sesso (art. 4, legge n. 125/1991)<sup>55</sup> – criterio che in una formulazione differente (“quota nettamente più elevata”) si trova successivamente codificato nella nozione comunitaria prevista dalla dir. n. 97/80/CE<sup>56</sup> – il legislatore abbandona il riferimento al dato quantitativo della “proporzione” e lo sostituisce con quello del “particolare svantaggio”<sup>57</sup>. Viene in altri termini eliminato ogni riferimento al parametro

---

ottobre 2017, causa C-409/16, *Kalliri*, relativa ad una normativa greca che impone a tutti i candidati per l’ammissione al concorso per la scuola di polizia un requisito di statura minima.

<sup>53</sup> Secondo M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive, cit.*, 512, il divieto di discriminazione diretta (divieto di trattare meno favorevolmente in ragione del genere) trova fondamento nel principio di uguaglianza formale (che vieta di distinguere in base al genere), mentre il divieto di discriminazioni indirette si basa sul principio di uguaglianza sostanziale.

<sup>54</sup> P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, 90; G. DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta, cit.*, 731; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti, cit.*, 152.

<sup>55</sup> L’art. 4, legge n. 125/1991, testualmente diceva “costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all’adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell’uno o dell’altro sesso e riguardino i requisiti non essenziali allo svolgimento dell’attività lavorativa”.

<sup>56</sup> La dir. n. 97/80/CE sull’inversione dell’onere della prova nei casi di discriminazione sessuale (art. 2, par. 2) stabilisce che “sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, o una prassi apparentemente neutri colpiscono una quota nettamente più elevata di individui d’uno dei due sessi a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano adeguati e necessari e possano essere giustificati da ragioni obiettive non basate sul sesso”.

<sup>57</sup> Gran parte delle sentenze della Corte di Giustizia sulla discriminazione indiretta per motivi di genere sono basate sulla considerazione dello svantaggio “proporzionalmente maggiore” per i lavoratori dell’uno o dell’altro sesso: tra le tante, Corte Giust., 10 marzo 2005, causa C-196/02,

quantitativo dei soggetti a rischio colpiti dall'effetto pregiudizievole. Pertanto, il criterio apparentemente neutro utilizzato dal datore di lavoro potrà essere ritenuto discriminatorio a prescindere dal fatto che colpisca in modo "proporzionalmente maggiore" i soggetti appartenenti alla categoria protetta rispetto agli altri<sup>58</sup>. Dal raffronto con la precedente versione, insomma, pare attenuarsi l'elemento quantitativo a vantaggio di una valutazione anche qualitativa della discriminazione<sup>59</sup> (tanto che il criterio della disparità statistica risulta meramente opportuno e non più necessario)<sup>60</sup>, sicché il fulcro della nozione – si è sottolineato – sembra spostarsi dal gruppo all'individuo<sup>61</sup>; ed per tale motivo che la nuova nozione di discriminazione indiretta è stata criticata da una parte della dottrina che ha evidenziato come essa "rischia di mettere in ombra quella dimensione collettiva della valutazione di impatto disparato, che è evidente invece nel criterio quantitativo della proporzione"<sup>62</sup>.

Come la nozione di discriminazione diretta, quella indiretta è neutra ed oggettiva, ma per definizione non è assoluta. Nell'attuale definizione, il legislatore nazionale aggiunge all'unica giustificazione della disparità di trattamento ammessa, cioè i "requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa" (già presente nell'art. 4, comma 2, legge n. 125/1991), un nuovo criterio, mutuato dall'ordinamento comunitario e cristallizzato nell'espressione "purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi

---

*Vasiliki Nikoloudi*; Corte Giust., 9 febbraio 1999, causa C-167/97, *Seymour-Smith*; Corte Giust., 13 maggio 1986, causa C-170/84, *Bilka*.

<sup>58</sup> F. AMATO, *Il divieto di discriminazione per motivi non di genere in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, 276; M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, cit., 515; M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, cit., 411; G. DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, cit., 725; D. GOTTARDI, *Il diritto antidiscriminatorio e la nozione di discriminazione diretta e indiretta*, in S. FABENI-M.G. TONIOLLO (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, Roma, 2005, 121; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, cit., 121.

<sup>59</sup> L. GUAGLIANONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, cit., 267 ss.; C. COMINATO, *I divieti di discriminazione di genere nella giurisprudenza nazionale*, cit., 157 ss.; F. SAVINO, *Differenze di trattamento e giustificazioni legittime nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Lav. e dir.*, 2004, 574.

<sup>60</sup> M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, cit., 409 ss.; L. CALAFA', *Pari opportunità e divieti di discriminazione*, cit., 564.

<sup>61</sup> G. BOLEGO, *Nozioni di discriminazione e tutela delle differenze nel rapporto di lavoro*, cit., 563; P. CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, cit., 591; G. DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, cit., 731.

<sup>62</sup> M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, cit., 513.

impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari”<sup>63</sup>. Pertanto, non si ha discriminazione indiretta – come si è detto – quando il criterio apparentemente neutro a effetto svantaggioso riguardi “requisiti essenziali allo svolgimento dell’attività lavorativa”, “purché l’obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari”<sup>64</sup>.

In proposito mi limito a due brevi considerazioni. Innanzitutto, se il requisito è “essenziale”, è per ciò stesso appropriato e necessario, e l’obiettivo per cui è posto non può che essere legittimo<sup>65</sup>: una volta che sia accertato che il requisito è essenziale, risulta quindi superflua ogni altra indagine<sup>66</sup>. È compito del giudice valutare quando un requisito sia essenziale per lo svolgimento di un’attività lavorativa, sulla base della prova dell’essenzialità fornita dal convenuto. In secondo luogo, la nozione nazionale di discriminazione indiretta per motivi di genere è più rigorosa rispetto alla nozione comunitaria, sia che essa riguardi il genere sia che abbia ad oggetto fattori diversi, in quanto le nozioni comunitarie fanno riferimento solo alla finalità legittima ed ai mezzi appropriati e necessari. In realtà i due ordinamenti non sono in contrasto tra loro, in quanto entrambi si trovano in una prospettiva di tutela della persona in quanto tale, che non può essere pregiudicata dal possesso di elementi distintivi della sua identità, siano essi scelti (come la religione, le convinzioni personali e l’orientamento sessuale) o non scelti (come il genere, la razza, l’età, l’origine etnica o l’handicap). In tal senso sono chiare le indicazioni che provengono – come si è accennato – dalla normativa comunitaria, ed in particolare dalle nozioni di discriminazione (diretta ed indiretta), impostate su elementi quali l’allargamento della comparazione a situazioni anche ipotetiche o future, l’abbandono del mero criterio della disparità statistica e della necessità di misurare quantitativamente lo svantaggio, la valutazione anche qualitativa

---

<sup>63</sup> V. art. 2, par. 1, lett. b), dir. n. 2006/54/CE (in precedenza art. 2, par. 2, dir. n. 2002/73/CE), secondo cui si ha discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto ai lavoratori dell’altro sesso, a meno che la disposizione, il criterio o la prassi “siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari”.

<sup>64</sup> O. LA TEGOLA, *Oltre la discriminazione: legittima differenziazione e divieti di discriminazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, 3, 471 ss.

<sup>65</sup> M.V. BALLESTRERO-G. DE SIMONE, *Diritto del lavoro*, cit., 285.

<sup>66</sup> O. LA TEGOLA, *Sui divieti di discriminazione per motivi di genere*, cit., 201.

della discriminazione<sup>67</sup>. Nella stessa direzione appare proiettato l'ordinamento interno, che riconosce come il diritto a non essere discriminati sia un diritto fondamentale della persona e predispone una tutela che risulta più forte nei confronti delle vittime di discriminazione indiretta per motivi di genere rispetto ad altri fattori, ma non per questo in contrasto con il diritto comunitario pervaso dai medesimi valori.

6. *La definizione normativa delle molestie cd. "di genere" e delle molestie "sessuali"*. Il quadro relativo alla definizione della nozione di discriminazione è completato dall'art. 26 del Codice delle pari opportunità con il riferimento alle molestie<sup>68</sup>.

La norma riproduce la previsione contenuta nel d.lgs. n. 145/2005, che a sua volta, riformulando l'art. 4, legge n. 125/1991 (con l'aggiunta dei commi 2-*bis*, 2-*ter*, 2-*quater*), recepiva sostanzialmente la citata dir. n. 2002/73/CE<sup>69</sup>. Con una formulazione del tutto identica a quella prevista per i fattori di rischio diversi dal genere, essa stabilisce che "sono considerate come discriminazioni" anche le molestie cd. di genere, ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi connessi al sesso di una persona, che hanno "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" (comma 1). A questa previsione aggiunge la specifica considerazione delle molestie "sessuali", che si distinguono dalle molestie "di genere", in quanto "comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale" (comma 2)<sup>70</sup>.

Il d.lgs. n. 5/2010 ha poi aggiunto il comma 2-*bis*, secondo cui sono, altresì, considerati come discriminazione i trattamenti meno favorevoli subiti da una lavoratrice o da un lavoratore per il fatto di aver rifiutato tali comportamenti molesti o di esservi sottomessi. Il quadro è completato dal comma 3, che oltre a stabilire la già

---

<sup>67</sup> L. GALANTINO, *La legislazione antidiscriminatoria della Comunità europea, la tutela della dignità umana e il rispetto delle diversità*, cit., 393

<sup>68</sup> Il primo studio organico in argomento si deve a A. PIZZOFERRATO, *Molestie sessuali sul lavoro. Fattispecie giuridica e tecniche di tutela*, Padova, 2000.

<sup>69</sup> E' appena il caso di osservare che al fine di descrivere la fattispecie, mentre la dir. n. 2002/73/CE (art. 2, par. 3) utilizza la formula, ripresa dal legislatore nazionale, "sono considerate discriminazioni", il legislatore comunitario del 2006 (art. 2, par. 2, dir. n. 2006/54/CE) utilizza la diversa formula "la discriminazione comprende".

<sup>70</sup> V. da ultimo la l. 15 gennaio 2021, n. 4, che ratifica la Convenzione OIL 21 giugno 2019, n. 190: in dottrina, R. SANTUCCI, *Le tutele contro le molestie nel lavoro: ancora troppe debolezze e disarmonie*, in *Dirittifondamentali.it* del 10 aprile 2020, n. 1/2020, spec. 1249 ss.

prevista nullità degli atti, patti o provvedimenti concernenti il rapporto di lavoro “se adottati in conseguenza del rifiuto o della sottomissione ai comportamenti medesimi” (primo periodo), conferma che sono considerate come discriminazioni quei trattamenti sfavorevoli “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” (secondo periodo)<sup>71</sup>.

Nel codificare la nozione, il legislatore equipara la molestia alla discriminazione<sup>72</sup>. Esso invero introduce nella fattispecie illecita comportamenti che non implicano giudizi comparativi, il cui effetto non è la disparità di trattamento, ma l’offesa alla dignità delle persone, benché la stessa offesa abbia una connotazione collegata all’appartenenza ad un sesso. La nozione di molestia è apprezzabile a prescindere da un giudizio comparativo in ordine all’effetto pregiudizievole sulla vittima e si identifica per l’idoneità lesiva ed offensiva che la condotta, considerata in sé, produce sulla dignità della persona<sup>73</sup>: molestia è infatti ogni comportamento che abbia “lo scopo o l’effetto” di violare la dignità della persona, che può risultare offesa anche dalle molestie cd. ambientali. Coinvolgendo la condotta lesiva la dignità della persona, l’operazione di equiparazione si presenta complessa, giacché l’assimilazione legislativa delle molestie alle discriminazioni potrebbe operare non solo sul piano degli effetti<sup>74</sup>, al fine di estendere alle molestie l’apparato rimediale ed il regime probatorio agevolato previsto per le discriminazioni, ma anche sul piano della integrazione della fattispecie discriminatoria<sup>75</sup>. Ciò che è indubbio riguarda il fatto che il legislatore con

---

<sup>71</sup> V. in precedenza la Raccomandazione della Commissione del 27 novembre 1991 (n. 92/131/CEE).

<sup>72</sup> In dottrina sul problematico significato dell’assimilazione delle molestie alle discriminazioni, v. le considerazioni di L. VENDITTI, *Le molestie sessuali sul lavoro in Italia: fattispecie e rimedi giuridici*, in *Il dir. merc. lav.*, 2014, spec. 400 ss. V. anche D. IZZI, *Molestie sessuali e rapporti di lavoro*, in *Lav. e dir.*, 1995, 313.

<sup>73</sup> S. GIUBBONI-S. BORELLI, *Discriminazioni, molestie, mobbing*, cit., 1885.

<sup>74</sup> G. DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, cit., 731; D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle Direttive comunitarie di “seconda generazione”*, cit., 431; S. SCARPONI, *La nozione di molestia secondo il decreto di trasposizione delle direttive antidiscriminatorie. Affinità e differenze in materia di mobbing*, in S. FABENI-M.G. TONIOLLO (a cura di), *La discriminazione fondata sull’orientamento sessuale*, cit., 246 ss.

<sup>75</sup> M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, cit., 412 ss.; L. CORAZZA, *Mobbing e discriminazioni*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Vessazioni e angherie sul lavoro. Tutele, responsabilità e danni nel mobbing*, Bologna, 2007, 107; A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, cit., 62; R. DEL PUNTA,

una equiparazione sul piano degli effetti estende alle molestie gli strumenti di tutela previsti per le discriminazioni. Le molestie pertanto “sono considerate” dal legislatore “come discriminazioni”, evitando il rischio che se ne possa contestare la connotazione discriminatoria solo in quanto non implicano una comparazione tra trattamenti diversificati, nel senso che ad esse viene esteso l’apparato rimediale ed il regime probatorio tipico delle discriminazioni<sup>76</sup>, che consente alla vittima di dimostrare la sussistenza della molestia in via presuntiva, con onere del convenuto/datore di lavoro di provare il fatto negativo<sup>77</sup>.

Per configurare la fattispecie molestia (o molestia sessuale) è necessario che il comportamento del molestatore sia indesiderato dal soggetto che lo subisce<sup>78</sup>; non è invece necessario che il comportamento sia persistente, come era previsto dalla legge comunitaria del 2003, né che sia sistematico, come la giurisprudenza richiede per il contiguo fenomeno del *mobbing*. Quindi, per identificare gli elementi della fattispecie illegittima, la norma introduce nella valutazione la prospettiva della vittima. È evidente che questo criterio potrebbe produrre eccessi, specie laddove si verificano situazioni di particolare suscettibilità o sensibilità soggettiva<sup>79</sup>. Si dovrà pertanto, per quanto possibile, evitare di valorizzare esclusivamente il punto di vista soggettivo della vittima. In particolare, al fine di evitare che qualsiasi comportamento che vada

---

*Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Il danno alla persona del lavoratore*, Atti del Convegno nazionale AIDLASS – Napoli, 31 marzo-1° aprile 2006, Milano, 2007, 49 ss. Dubita che l’equiparazione delle molestie alle discriminazioni possa implicare il superamento del carattere comparativo della discriminazione, L. VENDITTI, *Le molestie sessuali sul lavoro in Italia: fattispecie e rimedi giuridici*, 401.

<sup>76</sup> Sul punto, F. DI NOIA, *Le molestie sessuali tra inversione e alleggerimento dell’onus probandi*, *Il lav. nella giurispr.*, 2017, 2, 135.

<sup>77</sup> V. Cass., 15 novembre 2016, n. 23286, in *Il dir. merc. lav.*, 2017, 353 ss., con nota di L. VENDITTI, *La protezione antidiscriminatoria contro le molestie sessuali vale anche per le regole probatorie*, nella quale la Corte, in uno dei rari casi in cui si è pronunciata in materia di molestie sessuali, ha valorizzato le disposizioni testimoniali rafforzate dalla prova statistica, individuata nel serrato avvicendamento in azienda di giovani dipendenti, che, dopo breve tempo dall’assunzione, si dimettevano senza apparente ragione.

<sup>78</sup> P. CHIECO, *Una fattispecie dai contorni sfuggenti: la molestia nei rapporti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, 68; D. IZZI, *Molestie sessuali e rapporti di lavoro*, cit., 304; R. SANTUCCI, *Le tutele contro le molestie nel lavoro: ancora troppe debolezze e disarmonie*, cit., 1224; S. SCARPONI, *La nozione di molestia secondo il decreto di trasposizione delle direttive antidiscriminatorie. Affinità e differenze in materia di mobbing*, cit., 251; L. VENDITTI, *Le molestie sessuali sul lavoro in Italia: fattispecie e rimedi giuridici*, 398 ss.

<sup>79</sup> Così L. VENDITTI, *Le molestie sessuali sul lavoro in Italia: fattispecie e rimedi giuridici*, 398. V. anche L. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, cit., 382 ss.

oltre il semplice complimento possa essere considerato come molestia in base alla esclusiva percezione soggettiva della vittima, l'indesideratezza dovrà essere valutata attentamente dal giudice attraverso fatti dedotti e provati come molestie. In questa prospettiva, piuttosto che attestarsi su una valutazione in termini di media ragionevolezza, è preferibile valorizzare gli elementi oggettivi che compongono la nozione di molestia – la violazione della dignità della persona ed il clima intimidatorio – attraverso i quali è possibile inserire nella valutazione elementi in qualche modo misurabili rispetto all'esclusivo punto di vista soggettivo della vittima<sup>80</sup>. In ogni caso, per liberarsi delle responsabilità a suo carico il molestatore potrà provare il consenso della vittima al comportamento sgradito: tale prova infatti consentirà di qualificare il comportamento lesivo della dignità da molesto, e quindi vietato, a desiderato e pertanto non soggetto a sanzioni<sup>81</sup>, anche se è opportuno sottolineare come non sia sufficiente dimostrare in negativo l'assenza di espliciti rifiuti (che possono rappresentare indice di tolleranza per mere ragioni di opportunità)<sup>82</sup>.

Con riferimento al comportamento del soggetto agente, il legislatore, sulla scia dell'ordinamento comunitario (art. 2, lett. c) e d), dir. n. 2006/54/CE), non identifica la forma in cui esso deve manifestarsi. Per la molestia sessuale specifica – come si è detto – che il comportamento può essere espresso in forma fisica, verbale e non verbale, significando che la stessa può avvenire anche attraverso un contatto fisico non gradito. Il comportamento molesto non è quindi tipizzato dal legislatore e copre, come accade per le discriminazioni, qualunque comportamento molesto cui consegua l'effetto dannoso vietato dalla legge<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> D. IZZI, *Molestie sessuali e rapporti di lavoro*, cit., 298 ss.; A. PIZZOFERRATO, *Molestie sessuali sul lavoro. Fattispecie giuridica e tecniche di tutela*, cit., 71 ss.; R. SANTUCCI, *Le tutele contro le molestie nel lavoro: ancora troppe debolezze e disarmonie*, cit., 1224; L. VENDITTI, *Le molestie sessuali sul lavoro in Italia: fattispecie e rimedi giuridici*, 398 e 400. V. anche

<sup>81</sup> P. CHIECO, *Una fattispecie dai contorni sfuggenti: la molestia nei rapporti di lavoro*, cit., 71; O. LA TEGOLA, *Parità e non discriminazione per ragioni di genere*, cit., 448.

<sup>82</sup> L. VENDITTI, *Le molestie sessuali sul lavoro in Italia: fattispecie e rimedi giuridici*, 400 (nota 23).

<sup>83</sup> P. CHIECO, *Una fattispecie dai contorni sfuggenti: la molestia nei rapporti di lavoro*, cit., 71; O. LA TEGOLA, *Parità e non discriminazione per ragioni di genere*, cit., 448; L. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, cit., 382; R. SANTUCCI, *Le tutele contro le molestie nel lavoro: ancora troppe debolezze e disarmonie*, cit., 1222, il quale aggiunge che “nel comportamento, dato il suo carattere generico, sono compresi sia atti giuridici, sia comportamenti materiali”; L. VENDITTI, *Le molestie sessuali sul lavoro in Italia: fattispecie e rimedi giuridici*, 400.

Il comportamento inoltre deve avere “lo scopo o l’effetto” di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo. Come per le discriminazioni, nella definizione legislativa delle molestie e delle molestie sessuali si ravvisa una connotazione oggettiva, che porta a considerare illegittimo sia il comportamento che abbia inteso perseguire lo scopo vietato sia il comportamento che abbia raggiunto l’effetto anche quando non sia ravvisabile l’intento dell’autore di molestare. Sotto tale profilo, l’opinione prevalente in dottrina, desunta dal dato normativo, è nel senso che anche nel caso di molestia ciò che rileva non è l’intenzione di molestare dell’agente – l’intento psicologico è pertanto irrilevante per la realizzazione della fattispecie vietata, come per le discriminazioni – ma che la lesione si sia verificata<sup>84</sup>; con la conseguenza che condotte intenzionalmente lesive, ma rimaste incompiute, non integrano comportamenti oggettivamente lesivi della dignità personale che la legge reprime se indesiderati dalla vittima<sup>85</sup>.

Come si è accennato, il legislatore indica due tipi di effetto che rendono il comportamento indesiderato molestia: la violazione della dignità e il clima negativo. Con riferimento alla prima, è opportuno osservare che testualmente il legislatore si riferisce alla dignità “della lavoratrice e del lavoratore”, locuzione che deve essere letta come dignità della “persona” lavoratrice e lavoratore<sup>86</sup>, essendo evidente che non si tratta della dignità professionale, ma della dignità declinata in ogni sua forma<sup>87</sup>. Con riferimento al clima intimidatorio, dalla dizione letterale dell’art. 26 del Codice delle pari opportunità, che utilizza la congiunzione “e”, emerge che i due tipi di effetto non sono alternativi, come negli altri casi di molestie per motivi diversi dal genere, eccezion fatta per le molestie per disabilità (dove invece la legge n. 67/2006 utilizza la disgiuntiva “ovvero”). E’ da ritenere tuttavia che uno specifico clima negativo (intimidatorio, ostile, degradante, etc.) intorno alla vittima può anche non verificarsi,

---

<sup>84</sup> V. gli Autori citati nella nota precedente.

<sup>85</sup> P. CHIECO, *Una fattispecie dai contorni sfuggenti: la molestia nei rapporti di lavoro*, cit., 70; L. VENDITTI, *Le molestie sessuali sul lavoro in Italia: fattispecie e rimedi giuridici*, 399.

<sup>86</sup> V. le osservazioni di L. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, cit., 394 ss.

<sup>87</sup> R. SANTUCCI, *Le tutele contro le molestie nel lavoro: ancora troppe debolezze e disarmonie*, cit., 1226.

senza che ciò comporti il venir meno dell'illiceità del comportamento molesto, purché persista la lesione della dignità personale<sup>88</sup>.

7. *Considerazioni conclusive.* Oggi l'Europa fornisce esempi di importanti *leadership* tutte al femminile: la Cancelliera tedesca Angela Merkel, la Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen, la Presidente della Banca centrale Christine Lagarde. In Italia, fino a qualche tempo addietro la Presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia. Anche negli Stati Uniti le donne hanno raggiunto vette finora per loro inaccessibili: particolarmente significativa la notizia che il giorno della proclamazione del Presidente erano presenti sul palco presidenziale, oltre alla Vicepresidente Kamala Harris, sette donne con ruoli primari nell'amministrazione americana, appartenenti a sette differenti etnie. Ciò tuttavia non significa aver centrato l'obiettivo della parità tra i sessi. In realtà, gli esempi riportati sono in controtendenza rispetto alle analisi delle organizzazioni internazionali e delle istituzioni europee che denunciano come il divario di genere sia lontano dall'essere superato, confermando la persistenza di disuguaglianze basate sul sesso, oltre che sugli altri fattori di rischio, pur a fronte di evoluzioni significative sul piano normativo<sup>89</sup>. Le differenze persistono anche con riferimento agli aspetti retributivi, tanto che nel 2018 in Francia è stata emanata, opportunamente, la legge che obbliga le imprese con più di 250 dipendenti a pubblicare sul loro sito l'*Index de l'égalité femmes-hommes*, un indice che misura il divario di genere sulle retribuzioni. L'indice va fino ad un massimo di cento punti distribuiti in base a cinque criteri, tra cui il divario salariale, la percentuale delle donne con le retribuzioni più elevate, la possibilità di avere gli stessi aumenti e promozioni, in particolare dopo la fruizione dei congedi parentali. Ogni criterio permette di cumulare punteggi; più ci si avvicina a cento punti, minore è la discriminazione salariale. Le imprese che hanno un *indice di parità* inferiore a settantacinque punti devono porre in essere misure correttive, al fine di mettersi in regola entro tre anni, e dal 2022, nell'ipotesi in cui non raggiungano la soglia minima o non pubblichino l'*indice*, andranno incontro a sanzioni pecuniarie fino all'1% della retribuzione. La legge francese si fonda su un meccanismo incisivo e fortemente innovativo, sconosciuto

---

<sup>88</sup> R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, cit., 52.

<sup>89</sup> V. la Dichiarazione della Commissione europea in occasione della Giornata internazionale della donna 2019.

nell'ordinamento italiano, dove è previsto un diverso e meno efficace obbligo per le aziende, anche pubbliche, con oltre 100 dipendenti di redigere un rapporto informativo (almeno ogni due anni) sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni (art. 46, d.lgs. n. 198/2006). Tuttavia, dai primi risultati emerge che quasi un quinto delle imprese francesi ha un *indice di parità* inferiore alla soglia minima fissata dalla legge; circostanza che conferma come le pratiche discriminatorie siano diffuse e la lotta contro le discriminazioni delle donne richieda ancora molto impegno.

dirittifondamentali.it