

LA CONVENZIONE OIL 190/ 2019 SU VIOLENZA E MOLESTIE NEL LAVORO E I RIFLESSI SUL DIRITTO INTERNO

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Profili di convergenza tra la Convenzione n.190 e il diritto interno – 3. Tecniche di tutela e sanzionatorie: il panorama articolato tra diritto antidiscriminatorio e tutela della sicurezza e personalità morale - 4. Definizione di violenza e molestie ed esigenza di coordinamento tra diritto nazionale e internazionale

1– *Premessa* – Dopo un lungo processo di elaborazione durato 8 anni, e culminato nel Report V(2B), nel corso della sessione n.108 della Conferenza in occasione del centenario dell’OIL, tenutasi il 21 giugno 2019, è stata approvata la Convenzione n. 190 *Ending violence and harassment in the world of work*, accompagnata dalla Raccomandazione n.206 che ne specifica meglio i dettagli, con l’obiettivo di approntare nuovi strumenti di tutela in grado di contrastare la violenza sul lavoro verso uomini e donne nei diversi aspetti in cui si manifesta. L’impostazione iniziale concepita esclusivamente a tutela delle lavoratrici, sostenuta tra l’altro dall’imponente manifestazione contro le molestie sessuali da parte del movimento *#Metoo*¹ (Tomei 2019), è stata correttamente abbandonata a favore della visione universalistica. Ciò non implica, tuttavia, l’abbandono dell’importanza attribuita alle valutazioni di “genere”² come emerge, in primo luogo, dall’art.1 della Convenzione, che definisce la violenza e le molestie anche “di genere” (v *infra* § 4), e dal richiamo al “genere” da parte di altre disposizioni³. Nello stesso senso va sottolineato l’obbligo previsto nei confronti degli Stati di tenere in dovuta considerazione gli effetti della violenza domestica – che come è noto concerne principalmente le donne - e di attenuarne nella misura del possibile l’impatto nel mondo del lavoro (art. 3, *lett f*)⁴.

*Ordinaria di Diritto del lavoro già presso Università di Trento

¹ Cfr Tomei 2019

² Cfr Convenzione OIL *Premessa*: “Riconoscendo che le molestie e la violenza di genere colpiscono sproporzionatamente donne e ragazze e riconoscendo che un approccio inclusivo, integrato e in una prospettiva di genere, che intervenga sulle cause all’origine e sui fattori di rischio, ivi compresi stereotipi di genere, forme di discriminazione multiple e interconnesse e squilibri nei rapporti di potere dovuti al genere, si rivela essenziale per porre fine alla violenza e alle molestie nel mondo del lavoro”;

³ Cfr l’art. 4, c.2 che impone agli SM di adottare un approccio inclusivo, integrato e centrato sulla prospettiva di genere per contrastare la violenza e le molestie.

⁴ Un obbligo di questo tipo è sancito nei confronti delle cooperative dalla legge di Bilancio 2018, l.n. 205/2017, art.1, c.220

L'importanza della Convenzione sul piano internazionale è indiscutibile per la vastità delle consultazioni che hanno riguardato 101 paesi, ma soprattutto per l'ampiezza della regolamentazione e per la natura avanzata dei suoi contenuti basati sull'esigenza di introdurre misure idonee a prevenire e in prospettiva ad eliminare i fenomeni di violenza nel mondo del lavoro. A tal fine la Convenzione sottolinea la rilevanza di una strategia globale fondata non solo sulla repressione ma altresì sulla prevenzione⁵ e che presupponga, inoltre, l'attuazione dell'obbligo di assicurare il rispetto dei "core labour standards" dell'OIL (art.5), in particolare della libertà sindacale, come condizione per riequilibrare la situazione di potere a vantaggio dei lavoratori senza la quale neppure altri diritti potranno essere rivendicati. Nella medesima visione allargata si colloca la menzione dell'obbligo di applicare la normativa antidiscriminatoria sia nei confronti delle donne sia nei confronti dei soggetti appartenenti a gruppi vulnerabili (art. 6). In merito, come è noto, la legislazione degli Stati europei si è uniformata al diritto di matrice euro-unitaria dai primi anni '90 fino alle direttive c.d. di seconda generazione e alle disposizioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali allegata ai Trattati europei, da cui scaturisce l'inclusione delle molestie e delle molestie sessuali anche nell'ambito del diritto antidiscriminatorio dando luogo a specifiche forme di tutela (v. infra § 3).

In materia di contrasto alla violenza e alle molestie uno degli assi portanti della Convenzione riguarda l'esteso campo di applicazione soggettivo e oggettivo. Ai sensi dell'art.2 della Convenzione⁶, oltre ai lavoratori subordinati sono destinatari della tutela coloro che "lavorano indipendentemente dallo status contrattuale", nonché le persone in formazione, e coloro che operano nei settori dell'economia "informale". Si segnala, inoltre, l'altrettanto ampia definizione del luogo e del tempo in cui può avvenire la violenza o la molestia, ai sensi dell'art.3, c.1, che include la violenza o le molestie che si verificano "in occasione di lavoro, in connessione con il lavoro o che scaturiscano dal lavoro" ivi compresi tra l'altro i viaggi di lavoro e l'itinerario per recarsi e rientrare dal lavoro⁷. Nell'elenco esemplificativo dei modi in cui può manifestarsi la violenza è degno di nota il fatto che siano indicati "le comunicazioni e i messaggi virtuali" (art.3 *lett. d*) che in effetti costituiscono modalità sempre più diffuse per veicolare violenza e molestie⁸. Altrettanta attenzione si esprime nella configurazione di obblighi in capo agli

⁵ L'obbligo alla prevenzione è sancito da molte disposizioni della Convenzione ed è declinato in particolare dagli artt. 7, 8 e 9 che enumerano molteplici misure da adottare tra cui oltre alla proibizione da parte dello Stato della violenza e delle molestie sul lavoro, l'individuazione dei settori e delle attività e delle modalità di lavoro più soggette ai rischi in materia, l'obbligo dei datori di lavoro in dialogo con i sindacati di adottare misure adeguate e proporzionate di prevenzione, il ruolo delle istituzioni pubbliche di controllo soprattutto nel settore dell'economia informale.

⁶ Ai sensi dell'art.2, c.1: "La presente Convenzione protegge i lavoratori e altri soggetti nel mondo del lavoro, ivi compresi le lavoratrici e i lavoratori come definiti dalle pratiche e dal diritto nazionale, oltre a persone che lavorino indipendentemente dallo status contrattuale, le persone in formazione, inclusi tirocinanti e apprendisti, le lavoratrici e i lavoratori licenziati, i volontari, le persone alla ricerca di un impiego o candidate a un lavoro, e individui che esercitino l'autorità, i doveri e le responsabilità di datrice o datore di lavoro".

⁷ Art. 3, c.1: "La presente Convenzione si applica alla violenza e alle molestie nel mondo del lavoro che si verificano in occasione di lavoro, in connessione con il lavoro o che scaturiscano dal lavoro"

⁸ In merito per uno dei primi studi in argomento cfr Roversi 2006; di recente con particolare riferimento all'odio nei confronti delle donne Verza 2020, 157 ss. Sul versante internazionale cfr altresì la

Stati di predisporre misure adeguate a garantire assistenza alle vittime, prevedere apparati sanzionatori e di monitoraggio sull'effettivo rispetto delle misure adottate, nonchè poteri di ispezione in capo a soggetti istituzionali, secondo l'elenco dettagliato di cui all'art.4 intitolato "Principi generali".

2. – *Profili di convergenza tra la Convenzione OIL e il diritto interno* - La ratifica della Convenzione OIL da parte del Parlamento italiano⁹ si è completata il 12 gennaio 2021 senza alcun intervento legislativo di adeguamento specifico rispetto alla disciplina nazionale vigente, secondo una prassi largamente diffusa. Occorre analizzare pertanto quale sia l'impatto della Convenzione sul diritto interno che, come si è ricordato, ha una duplice matrice costituita, per un verso, dalla tutela della sicurezza e della personalità morale (dignità) dei lavoratori sancito dall'art.2087 c.c., a cui ha fatto seguito l'articolata legislazione speciale contenuta nel d.lgs. n. 81/2008 "Testo Unico sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro"; e per altro verso dalla possibilità di invocare le disposizioni che includono le molestie e le molestie sessuali tra le discriminazioni vietate¹⁰. Nel quadro complessivo vanno annoverati gli atti negoziali a partire dall'importante Accordo - quadro europeo 26 aprile 2007 dedicato alla prevenzione della violenza e delle molestie sul lavoro, che già esortava le imprese alla "tolleranza zero" nei confronti di tali fenomeni, ed ha incentivato la diffusione nei contratti collettivi nazionali di clausole che qualificano le violenze e le molestie, anche sessuali, a stregua di illecito disciplinare. In seguito sono stati stipulati vari Accordi interconfederali: dall'Accordo tra Confindustria – Cgil, Cisl, Uil del 25 gennaio 2016¹¹ per il contrasto specifico alle molestie sessuali, fino al recente Protocollo Unar – Parti Sociali 24.11.2020 per il contrasto più complessivo alle discriminazioni legate all'origine etnica nei luoghi di lavoro.

Il quadro normativo nazionale è conforme sotto molti profili alla disciplina stabilita dalla Convenzione OIL: le disposizioni del Testo Unico, come è noto, sono applicabili non solo alla violenza ma anche alle molestie, psicologiche e sessuali, in virtù sia della tutela del bene costituito dalla dignità dei lavoratori e delle lavoratrici menzionato dall'art.2087, sia dell'ampio concetto di "salute" che, accogliendo le indicazioni dell'OMS, coincide con il benessere psicologico, fisico e sociale delle persone. Da ciò deriva, fra l'altro, l'obbligo del datore di lavoro di includere le molestie in ogni loro forma nella valutazione dei fattori di rischio psicosociale sul lavoro, nonché di adottare le misure necessarie a contrastarle anche in via preventiva, in dialogo con le figure istituzionali e sindacali operanti in questa materia.

Raccomandazione Cedaw n. 35/2017 che ha incluso nella nozione di violenza di genere anche quella a carattere virtuale.

⁹ Si tratta del D.d.l. 2207/2019 d'iniziativa Boldrini e altri. La ratifica è stata disposta dalla L.n.4/2021.

¹⁰ Secondo la definizione degli artt. 2, c.3, rispettivamente dei D.Lgs. n.215/2003 e D.Lgs. n. 216/ 2003, nonché dall' art.26 D.Lgs. 198/2006 "Codice di pari opportunità". Sull'intreccio tra tutela della salute e normativa antidiscriminatoria cfr Nunin 2017, 265 ss.

¹¹ A tale accordo hanno fatto seguito accordi interconfederali stipulati a livello regionale. Fra gli altri l'AI per il settore del commercio e turismo Emilia - Romagna 22.10. 2018, l'Accordo Confapi Emilia – Romagna 17.5.2018, l'AI regionale Friuli-Venezia Giulia.

Un altro profilo di convergenza del quadro interno con quello internazionale riguarda l'ampia definizione dell'area dei soggetti protetti: ai sensi dell'art. 2, c.1, *lett.a*) d.lgs. n. 81 sono ricompresi non soltanto i lavoratori e le lavoratrici indipendentemente dal tipo di contratto di lavoro, autonomo o subordinato, ma altresì tutti coloro che si trovino nei luoghi di lavoro (come gli apprendisti, gli studenti, i clienti)¹². Altrettanto rilevante è la definizione dell'ambito temporale e spaziale ai fini del contrasto alla violenza e alle molestie. Ai sensi dell'art.28, c.2 *lett.a*) del Testo Unico la valutazione riguarda tutti i rischi possibili "durante l'attività lavorativa" (e non solo a causa dell'attività lavorativa) e "ovunque" essa si svolga, anche all'esterno dei locali aziendali, o che siano accessibili per ragioni di lavoro. Tale accezione permette di estendere la valutazione dei rischi e la predisposizione dei mezzi di tutela con particolare riguardo all'obbligo di prevenzione anche nei confronti dei telelavoratori, di coloro che prestano "lavoro agile", il lavoro domestico e/o di assistenza, i lavoratori distaccati, i *crowd workers*, i *bikers*¹³. La violenza e le molestie anche sessuali, inoltre, ai sensi dell'art.28 del Testo Unico, devono essere considerati ai fini dell'adempimento dell'obbligo di protezione contro i rischi psico-sociali, e alla promozione del benessere nei luoghi di lavoro, tra cui sono specificamente indicati quelli riguardanti le lavoratrici in gravidanza e quelli riguardanti le differenze di genere. Tale formulazione della norma conferma la rilevanza non soltanto degli aspetti biologici propri delle donne, ma anche di quelli derivanti dai ruoli sociali e culturali che caratterizzano la loro partecipazione al mercato del lavoro, e pertanto l'esigenza di adeguata competenza in capo agli operatori nonché ai dirigenti delle aziende private e pubbliche, che andrebbe assicurata mediante formazione e supporto specifico¹⁴.

Lo sviluppo delle esperienze più interessanti in materia ha portato all'adozione di protocolli per la valutazione del rischio¹⁵, nonché di codici di condotta da rispettare nei luoghi di lavoro, adottati in particolare da alcune aziende in applicazione della strategia di CSR e dalle pubbliche amministrazioni. Nel settore pubblico si segnala il ruolo degli organismi specifici, i Comitati Unici di Garanzia¹⁶, che hanno accorpato i precedenti Comitati antimobbing e Comitati per le pari opportunità, dotati di funzioni di prevenzione e di assistenza alle vittime, sovente affiancati da altre figure esterne all'azienda o pubblica amministrazione, quali le/i Consigliere/i di fiducia¹⁷. Nel settore privato, gli accordi sindacali interconfederali prevedono in chiave di prevenzione anche

¹² Cfr Cass. Pen. 14.9.2017 n. 41976.

¹³ Guariniello 2018, 19

¹⁴ Lazzari 2021, 5 ss.

¹⁵ Come il "Protocollo Caesvor", su cui Bisio 2020.

¹⁶ La Rete nazionale dei Comitati unici di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni, attuando la direttiva Min P.A. n.2/2019, in G.U. Serie Gen.n. 184/2019, ha sottoscritto il 22.11.2020 con la ministra delle PPAA e la ministra per le Pari Opportunità e la famiglia il Protocollo in tema di contrasto alla violenza, reperibile in www.portalecug.gov.it che prevede la realizzazione di iniziative di sensibilizzazione, di formazione specifica nei confronti dei dirigenti, l'attivazione di un numero dedicato per ricevere le segnalazioni da parte di chi abbia subito violenze anche in ambito familiare, a causa dell'aumento di tali fenomeni connessi allo svolgimento del lavoro in modalità *smart-working*, in modo da poter predisporre le misure più idonee per l'assistenza alla vittima.

¹⁷ Calafà 2019, 48 ss.

attività di sensibilizzazione e formazione nei confronti dei dirigenti e l'obbligo di assicurare l'istituzione di procedure a livello aziendale in caso di molestie con adeguato supporto alla vittima.

La Convenzione potrà fungere da volano per la diffusione e il consolidamento di esperienze che, oltre a quelle ricordate, hanno esaltato il ruolo degli Ispettori del lavoro nell'attività di controllo sulla valutazione dei rischi psico-sociali e sulle misure di prevenzione sfociando nella stipulazione di protocolli territoriali. Un esempio è costituito dal Protocollo del Friuli-Venezia Giulia, siglato dai sindacati e dalla Consigliera regionale di parità, che ha istituito un canale di comunicazione costante tra quest'ultima e l'Ispettorato del lavoro allo scopo di valutare tra l'altro il fenomeno complessivo delle dimissioni e di indagare se la motivazione sia dovuta al fatto di aver subito molestie anche di tipo sessuale¹⁸.

3. - *Tecniche di tutela e sanzionatorie: il panorama articolato tra diritto antidiscriminatorio e tutela della sicurezza e della personalità morale* - Quanto agli strumenti di tutela e all'apparato sanzionatorio, la Convenzione all'art.10 enuncia l'obbligo di istituire meccanismi di controllo sull'applicazione delle leggi che vietano la violenza e le molestie nel lavoro, di assicurare il diritto di accedere a strumenti di ricorso e risarcimento adeguati, sicuri ed efficaci, elencando in via esemplificativa la predisposizione di procedure che permettano la denuncia, nonché la creazione di sedi esterne all'azienda per la soluzione delle controversie e la possibilità di ottenere tutela giurisdizionale, l'introduzione di sanzioni, il supporto non solo legale ma anche medico, sociale e amministrativo nei confronti della vittima e di chi sporga denuncia.

In merito il panorama interno presenta caratteristiche differenziate a seconda che i casi rientrino nell'ambito di applicazione generale oppure sia invocabile l'applicazione del diritto antidiscriminatorio, in virtù del fatto che quest'ultimo comporta un più elevato standard di tutela processuale e rimediabile improntato all'effettività ed alla tutela risarcitoria anche dei danni non patrimoniali.

Rinviando all'analisi successiva l'approfondimento di alcune specifiche questioni originate dalla definizione dei fenomeni considerati (*infra* § 4), va anzitutto puntualizzato che il merito della definizione accolta dal diritto antidiscriminatorio per le molestie¹⁹ e per le molestie sessuali²⁰ è di rendere superfluo provare l'intenzionalità del

¹⁸ Cfr Marconi, Rampin 2019, Nunin 2019, 11.

¹⁹ Ai sensi dell'art.2, c.3 D.Lgs. 215/2003 e D.Lgs. 216 /2003, nonché dell'art.26, c.1, Codice Pari Opportunità si tratta di. “*comportamenti indesiderati 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 od offensivo*”.

²⁰ La formulazione è pressoché identica salvo che in quel caso si tratta di comportamenti “*a connotazione sessuale espressi in forma fisica, verbale o non verbale*”. L'applicazione del diritto antidiscriminatorio anche alle molestie sessuali dipende dalla visione accolta in sede europea fin dalla Raccomandazione della Commissione Europea 92/1991 sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro, con allegato codice di condotta, debitrice anche della elaborazione femminista nordamericana secondo la quale le molestie sono espressione di una situazione più generale di oppressione della donna nel mercato del lavoro che impone di contrastare il fenomeno di esclusione delle lavoratrici da condizioni di

comportamento molesto, secondo la nozione oggettiva di discriminazione di derivazione comunitaria e oramai accolta dalla nostra giurisprudenza²¹. Inoltre, la nozione di “clima intimidatorio, ostile, umiliante od offensivo”, permette di contrastare anche le c.d. molestie ambientali, ovvero quei comportamenti - inizialmente non considerati illegittimi dalla giurisprudenza in quanto ciascuno in sé considerato era privo di caratteristiche gravemente offensive²² - che tuttavia nell’insieme siano comunque in grado di produrre condizioni pesantemente negative nel luogo di lavoro con la conseguenza di indurre molto spesso la vittima a rassegnare le dimissioni. Un elemento rilevante del quadro normativo, inoltre, è l’estensione della tutela antidiscriminatoria anche nel caso di ritorsioni da parte del datore di lavoro, il cui timore spesso frena la denuncia degli atti di molestia subita, particolarmente in caso di molestie sessuali. Di conseguenza, sono affetti da nullità tutti i provvedimenti negativi adottati dal datore di lavoro come conseguenza della denuncia della molestia²³ o, in caso di molestie sessuali, dell’accettazione o rifiuto della molestia stessa²⁴. Il regime descritto è pienamente conforme al dettato della Convenzione secondo quanto previsto dall’art.10, c.1 lett. b) iv), in ordine alla necessità di assicurare adeguata protezione contro la vittimizzazione e le ritorsioni nei confronti dei querelanti, vittime, testimoni e informatori, sapendo che in ogni caso le ritorsioni sono atti illegittimi perché viziati da motivo illecito determinante. Sul piano concreto occorre, peraltro, assicurare l’assistenza che permetta di rendere effettive le condizioni per attuare la denuncia²⁵.

Sul versante giudiziario il diritto antidiscriminatorio si rivela particolarmente efficace in virtù della parziale inversione dell’onere della prova qualora si sia in presenza di “indizi precisi e concordanti, desunti anche da dati statistici”, di una discriminazione. Tale regola, più favorevole di quella prevista dall’art. 2729 c.c., è applicabile anche in caso di molestie psicologiche e di molestie sessuali, come riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza²⁶, potendo scattare in presenza di denuncia circostanziata della vittima oppure qualora siano fornite prove statistiche, come avvenuto in caso di molestie seriali da parte del datore di lavoro nei confronti

eguaglianza sostanziale mediante una strategia complessiva di valorizzazione e promozione a loro vantaggio.

²¹ Cass. 5.4.2016 n. 6575. Cfr Tarquini 2017, 49 ss.

²² Pizzoferrato 1999, 799 ss.

²³ Art. 4 D.Lgs n. 215 e 216; art. 26, c. 3-bis D.lgs. n. 198/2006.

²⁴ L’integrazione in tal senso dell’art.26, c.3-bis, D.Lgs. 98/2006, pur apprezzabile per la maggiore chiarezza con cui è individuata la tutela anti-ritorsiva in caso di denuncia di molestie, è per la verità in parte criticabile per aver voluto puntualizzare espressamente che il divieto di comportamenti ritorsivi non si applica in caso di calunnia da parte della lavoratrice. Regola in sé già pacificamente applicabile e che tuttavia alimenta lo stereotipo della donna falsa, mentitrice, che, al contrario, è proprio uno dei luoghi comuni che andrebbero abbandonati nell’ottica di incoraggiare le vittime a denunciare. In tal senso UN Women 2019.

²⁵ L’esigenza di adottare un approccio centrato sulla vittima nell’attività di assistenza modificando la culturale che spesso la considera in parte connivente è sottolineato dal citato documento U.N. Women 2019, 30 ss.

²⁶ Cass. 15.11.2016 n.23286; C. App. Trento 7.3.2017 e per approfondimenti cfr S. Scarponi, 2020, 50 ss.

delle proprie dipendenti che ha dato luogo al ricorso in giudizio della Consigliera di parità regionale²⁷.

Quanto alle tecniche di tutela e ai rimedi, la cui adeguatezza è prescritta dalla Convenzione tra i “Core principles”²⁸, le misure invocabili mediante il diritto antidiscriminatorio sono tra le più incisive e soddisfattive: il giudice accertata la discriminazione ordina la cessazione della condotta, l’eliminazione degli effetti negativi nei confronti della vittima e in caso esse assumano natura collettiva anche mediante l’ordine di attuare un piano di rimozione delle discriminazioni. Inoltre, se richiesto, stabilisce il risarcimento del danno anche non patrimoniale che dunque assume natura aggiuntiva rispetto agli altri rimedi con una evidente funzione di deterrenza e non soltanto compensativa potendosi configurare come danno *in re ipsa*. La condanna al risarcimento può essere emessa sia nei confronti del dipendente autore del comportamento lesivo sia del datore di lavoro che non sia intervenuto nonostante la segnalazione della vittima²⁹. Qualora il comportamento assuma particolare gravità la responsabilità di quest’ultimo, anche persona giuridica, è indipendente dalla sussistenza di clausole contrattuali che ne contemplino la natura disciplinare, pur essendo molto frequenti nell’evoluzione della contrattualistica³⁰.

Il risarcimento non è peraltro l’unico rimedio in quanto l’impostazione improntata all’effettività della tutela implica anche la rilevanza delle misure idonee sul versante organizzativo a prevenire l’atto lesivo o impedirne la reiterazione. In merito è da segnalare il recente approdo giurisprudenziale in caso di molestie sessuali secondo il quale occorre seguire il criterio per cui l’eventuale trasferimento dovrà riguardare l’autore delle molestie, ove risulti troppo gravoso per la vittima se disposto nei suoi confronti³¹.

Sotto altro profilo, il quadro normativo appare conforme a quanto previsto dall’art.8, c.1, lett. a) Convenzione OIL circa l’attività di controllo istituzionale nei settori dell’economia informale, data la competenza esistente in capo agli Ispettorati del lavoro, anche se purtroppo numericamente pochi in rapporto alla vastità delle funzioni da svolgere³². Di estremo rilievo, inoltre, è la funzione istituzionale svolta dalle/dai Consigliere/i di parità, nei casi di molestie di genere, che si esprime nell’assistenza alle singole vittime e nell’azione giudiziaria, con legittimazione diretta in caso di discriminazione a carattere collettivo e diritto di costituirsi parte civile in caso di azione penale. Analoga legittimazione ad agire spetta alle associazioni che siano enti esponenziali dei gruppi protetti dagli altri divieti di discriminazione Altre misure messe

²⁷ C. App. Firenze 11.7. 2013, RGL 2014, II, 624 con nota di D. Izzi e Cass. 23286/2016.

²⁸ Ai sensi dell’art.4, c.2 lett. e) e lett f), Convenzione OIL.

²⁹ Cass. 22.3.2018 n. 7097 conferma la condanna al risarcimento nei confronti di una P.A. il cui rappresentante, nonostante la denuncia della dipendente, non si era attivato per perseguire disciplinarmente il proprio dipendente che l’aveva molestata.

³⁰ Cass. 19.5.2010 n.12318 conferma la sentenza di condanna nei confronti di una S.p.a. a risarcire i danno biologico, morale ed esistenziale subito da una dipendente a causa delle molestie sessuali compiute dal legale rappresentante della società medesima.

³¹ T. Torino 7.5.2020 n.553 in www.wikilabor.it

³² Cfr per una riflessione sul ruolo delle sanzioni amministrative e le funzioni dell’Ispettorato del lavoro Novella 2017, 397.

in atto su sollecitazione delle figure istituzionali consistono nella predisposizione di reti di sostegno alle vittime allargate al coinvolgimento delle strutture sanitarie e delle forze di polizia..

Accanto alla normativa lavoristica occorre considerare, infine, quella di diritto penale a tutela di chi sia vittima di violenza o di molestia anche di tipo sessuale, tra cui l'applicazione del provvedimento di ammonimento del questore³³ che può essere disposto nei confronti del datore di lavoro autore delle molestie, con una procedura meno lunga e complessa del ricorso alla denuncia di molestia, di violenza, di stalking o di maltrattamenti secondo lo spettro delle norme penali invocabili³⁴. Dato il panorama già ampio al riguardo, occorre sottrarsi all'illusione che il ricorso a nuove fattispecie penali sia di per sé maggiormente efficace a contrastare il fenomeno, considerando altresì che la Convenzione OIL laddove sollecita gli Stati membri a prevedere sanzioni, in base all'art.4 *lett.f*), non impone necessariamente la soluzione penalistica lasciando anzi agli Stati ratificanti un ambito di scelta fra le diverse misure configurabili, a condizione naturalmente che quelle prescelte siano adeguate al perseguimento dell'obiettivo definito dalla Convenzione di prevenire ed eliminare la violenza nei luoghi di lavoro.

Come si è appena sottolineato, la condanna al risarcimento del danno emessa dal giudice in applicazione della disciplina antidiscriminatoria riguarda anche il danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. assumendo natura di "danno evento" con funzione deterrente, in conformità al principio sancito dal diritto comunitario per cui le sanzioni devono essere "effettive, adeguate e dissuasive", accolto anche da recenti orientamenti giurisprudenziali³⁵. La funzione deterrente è confermata, inoltre, dal fatto che il danno può essere liquidato nei confronti dei soggetti istituzionali e/o sindacali costituiti in giudizio ex art. 2049 c.c.

L'attuale quadro normativo potrebbe comunque essere oggetto di integrazioni, in sede di eventuale riforma, affrontando le questioni più spinose, quali la posizione della vittima che spesso non ha altra scelta che dare le dimissioni per giusta causa onde sottrarsi alle molestie. Tale soluzione, pur essendo già conforme all'art. 6, lett. g) Convenzione n. 190³⁶, è suscettibile di essere migliorata sotto il profilo sanzionatorio, per es. assimilando il caso ad un licenziamento discriminatorio con le relative conseguenze giuridiche ed economiche. Inoltre, nel settore privato potrebbero essere introdotte pene accessorie quale la perdita di benefici fiscali oppure l'impossibilità di partecipare almeno per un determinato periodo a bandi di gara per appalti pubblici,

³³ Ai sensi dell'art.8 d.l. n. 11/2009 convertito in legge n. 38/2009 recante "*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale nonché in tema di atti persecutori*".

³⁴ In merito Tar Trento 8.5.2020 n. 00056, di prossima pubblicazione su www.wikilabor.it, conferma la legittimità dell'ammonimento del Questore di Trento nei confronti di un datore di lavoro che aveva sottoposto a pesanti offese, intimidazioni e minacce una propria dipendente.

³⁵ Cfr Razzolini 2017, 454. Di particolare interesse in merito C. App. Firenze 20.4.2016, in RIDL, 2017, II, 70 con nota di Diamanti, che eleva il risarcimento passando da E. 20.000 a E. 40.000

³⁶ Tale disposizione prevede che sia riconosciuto il diritto ad abbandonare il posto di lavoro in caso di violenza o molestie senza per questo essere oggetto di ritorsioni o di qualsivoglia altra indebita conseguenza, oltre al dovere di informare la direzione.

misure che potrebbero rivestire un'efficacia deterrente analoga se non più incisiva di quella derivante dall'eventuale introduzione di nuove fattispecie di reato.

Al di fuori del campo di applicazione del diritto antidiscriminatorio gli strumenti di tutela restano quelli connessi alla tutela della salute e sicurezza nel lavoro di natura amministrativa e penale, oltre a quelli civilistici consistenti nel ricorso all'autotutela e nel risarcimento del danno che si presume debba rivestire efficacia pienamente soddisfacente ove sia rispettato l'onere della prova. Su questi ultimi aspetti in particolare incide anche la definizione della fattispecie che richiede un particolare approfondimento essendo quella accolta dalla Convenzione difforme da quella propria della disciplina nazionale.

4. *Definizione di violenza e molestie ed esigenza di coordinamento tra diritto nazionale e internazionale* - L'art. 1 della Convenzione definisce sia "la violenza e la molestia" in generale sia "la violenza e la molestia di genere". Ai sensi dell'art.1, c.1, lett. a), la prima consiste in <<un insieme di pratiche e di comportamenti inaccettabili, o la minaccia di porli in essere, sia in un'unica occasione, sia ripetutamente, che si prefiggano, causino o possano causare un danno fisico, psicologico, sessuale od economico, e include la violenza o molestia di genere>>. La seconda, definita dalla lett.b), indica <<la violenza o molestia nei confronti di persone in ragione del loro sesso o genere, o che colpiscano in modo sproporzionato persone di un sesso o genere specifico, ivi comprese le molestie sessuali>>.

Il pregio della definizione è la latitudine con cui sono individuate sia le modalità del comportamento sia la gamma dei danni nei confronti della vittima che ricomprende anche quelli potenziali con l'obiettivo di assicurare la più ampia tutela possibile. Il riferimento al "sesso" e al "genere" mostra l'influenza della nozione di violenza di genere accolta dalla Convenzione di Istanbul per la puntualizzazione della distinzione tra caratteristiche biologiche e caratteristiche socio-culturali che paiono alludere anche all'orientamento sessuale³⁷. La Convenzione OIL aggiunge che gli Stati nazionali potranno utilizzare un'unica nozione oppure due nozioni distinte.

In merito occorre una valutazione articolata per analizzarne l'impatto sul diritto vigente ove, come è noto, soltanto la definizione delle molestie sessuali riveste portata generale, pur essendo inserita nel diritto antidiscriminatorio. La definizione di molestie c.d. psicologiche offerta dal medesimo quadro legislativo non ha assunto carattere generale, con la conseguenza di un vuoto normativo riguardo ad altri tipi di vessazioni nei luoghi di lavoro pur essendovi numerose proposte in discussione in parlamento con particolare riferimento al "mobbing"³⁸. Sotto quest'ultimo profilo la rilevanza della Convenzione n.190 è indiscutibile anche alla luce del fatto che neppure l'interpretazione giurisprudenziale in merito offre un assetto uniforme.

³⁷ Ai sensi dell'Art.3, lett. c) della Convenzione del Consiglio d'Europa *sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica* del 7 aprile 2011, il "genere" consiste in "ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini".

³⁸ Si tratta delle proposte di legge in materia di "Prevenzione e contrasto alle molestie morali e alle violenze psicologiche in ambito lavorativo" all'attenzione della XI Commissione della Camera, analizzate da Broglio 2019,1 ss.

L'ampia nozione di danno accolta dalla Convenzione riferito non solo a quello attuale ma anche a quello potenziale accentua l'importanza della prevenzione onde evitare il prodursi del danno stesso e dunque non solo a carattere rimediabile o sanzionatorio *ex post*. Un altro elemento di estrema importanza riguarda il fatto che l'ipotesi in cui i comportamenti sono intenzionali - "*si prefiggano*" - è resa equivalente a quelle in cui viceversa tale elemento manchi essendovi soltanto l'oggettiva produzione del danno - "*causino o possano causare*" - tecnica che si avvicina molto alla nozione di molestie propria del diritto antidiscriminatorio di matrice comunitaria. Ne risulta attenuata così la rilevanza dell'elemento soggettivo che nel concreto può sussistere, come nel caso di *mobbing* secondo la ricostruzione che considera la volontà di persecuzione come elemento ineliminabile, ma potrebbe anche mancare pur restando il comportamento egualmente "inaccettabile" e produttivo di danno, e pertanto illegittimo, secondo una tesi già da tempo sostenuta in dottrina³⁹.

Altrettanto importante è aver considerato non necessario ai fini dell'applicazione delle tutele previste dalla Convenzione l'elemento costituito dalla reiterazione del comportamento nei confronti della vittima, ben potendo al contrario consistere anche in solo atto lesivo grave. In tal senso si avalla la visione più estesa e condivisibile del bene oggetto di tutela che nel diritto interno ha indotto a ritenere illegittimi anche fenomeni privi di ripetitività e non necessariamente rispondenti a un disegno preordinato, quale lo *straining*⁴⁰. Ne potrà derivare un alleggerimento dell'onere della prova con effetti positivi se si considera che proprio la necessità di provare l'intenzionalità della condotta imposta da una parte della giurisprudenza ha condotto spesso a negare giustizia nel caso singolo⁴¹.

Sotto altro profilo, la scelta del termine "*pratiche o comportamenti inaccettabili*" richiede un approfondimento in relazione ad alcuni problemi di coordinamento con la disciplina in materia di molestie e molestie sessuali rientranti nell'ambito di applicazione del diritto antidiscriminatorio.

La tecnica utilizzata dalla Convenzione tenta di superare il limite derivante dell'impiego del termine "*comportamento indesiderato*" che, come si è sopra ricordato, connota la definizione di molestie anche di tipo sessuale nel quadro normativo vigente, a cui è stata mossa la critica di rimandare a valutazioni eccessivamente soggettive e di non facile dimostrazione, pur essendo possibile in sede interpretativa utilizzare il criterio di ragionevolezza. Indubbiamente il termine "inaccettabili" accolto dalla Convenzione assume un significato più oggettivo, nel senso che allude a canoni di comportamento condivisi a livello sociale. Esso presta tuttavia il fianco alla critica di essere comunque indeterminato e soggetto a relativismi sociali e anche personali. Profili critici che sconsigliano, tra l'altro, di utilizzare tale definizione per un'eventuale nuova

³⁹ Cfr Albi 2008, 207 e la bibliografia richiamata

⁴⁰ Secondo un orientamento consolidato: cfr Cass 19.2.2016 n. 3291; Cass. 10 luglio 2018 n. 18164; Cass. 4.10. 2019 n. 24883.

⁴¹ Da ultimo in tema Auriemma 2019, 695; altresì Brollo cit.

fattispecie penale di reato di molestia o di molestia sessuale fondata sulla qualificazione del comportamento vietato secondo il termine “indesiderato” o “inaccettabile”⁴².

D'altra parte, non si può sottacere il fatto che la definizione accolta dal nostro ordinamento costituisce a sua volta una traduzione non appropriata delle disposizioni delle Direttive in materia, che nel testo in inglese fanno riferimento a un comportamento “*unwanted*”, cioè adottato contro la volontà della vittima⁴³, pur essendo stato tradotto con il termine “indesiderato” anche nel testo francese. Se dopo la ratifica della Convenzione n.190 vi sarà l'occasione di procedere a revisione legislativa occorrerà meglio specificare la formulazione normativa tenendo conto che si tratta di stabilire quale sia più favorevole ai fini della tutela della vittima⁴⁴, e che il riferimento ad un comportamento “avvenuto contro la sua volontà” risulta più rispondente all'esigenza di tipicità in caso si volesse introdurre una fattispecie penale.

Un altro nodo problematico del coordinamento è originato dalla definizione di diritto internazionale che, come si è ricordato, prevede quale elemento integrante della fattispecie vietata la produzione, attuale o potenziale, di un danno bio-psichico o sessuale oppure economico. Pur essendo inteso in senso ampio, la formulazione è ancorata ad una visione diversa da quella prevalsa nel nostro ordinamento nella definizione di molestie secondo le disposizioni del diritto antidiscriminatorio, che appare più tutelante. Come si è ricordato, l'elemento costitutivo della fattispecie è rappresentato dall'offesa alla dignità e dalla produzione di un ambiente di lavoro negativo, prescindendo dal danno in senso medico o economico che porrebbe a carico della vittima l'onere di fornire la prova di averlo subito o di poterlo subire, con intuibile maggiore difficoltà di ottenere giustizia. Infatti, pur essendo frequente la produzione di danno a seguito di molestie e di molestie sessuali, anche di tipo economico qualora la vittima sia indotta a dare le dimissioni per giusta causa, non è escluso che vi siano soggetti particolarmente resilienti che non subiscono danni accertabili sotto il profilo indicato dalla Convenzione.

Né appare risolutiva in proposito l'esortazione da parte della Raccomandazione che accompagna la Convenzione, senza avere peraltro portata vincolante, a fare ricorso al

⁴² Cfr Art.1 D.d.L. n. 1597/2019, a mente del quale si propone l'inserimento di un nuovo comma, dopo l'art.609 – ter del Codice Penale, con il seguente contenuto: “*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, con minacce, atti o comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, in forma verbale o gestuale, reca a taluno molestie o disturbo violando la dignità della persona è punito con la pena della reclusione da due a quattro anni. La pena è aumentata della metà se dal fatto, commesso nell'ambito di un rapporto di educazione, istruzione o formazione ovvero nell'ambito di un rapporto di lavoro, di tirocinio o di apprendistato, anche di reclutamento o selezione, con abuso di autorità o di relazioni di ufficio, deriva un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo*”.

⁴³ Il testo è identico in ciascuna disposizione delle direttive riferita ad Harassment. Con particolare riferimento alle molestie sessuali, cfr Art.2, c.2 lett d) D.06/54 Ce, *Definition*: ‘*Sexual harassment*’: ‘*where any form of unwanted verbal, non-verbal or physical conduct of a sexual nature occurs, with the purpose or effect of violating the dignity of a person, in particular when creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment*’.

⁴⁴ In sede di eventuale revisione dell'art.26 D.Lgs.198/2006 sarebbe opportuno rendere più chiara anche la descrizione delle caratteristiche dei comportamenti vietati eliminando l'apparente contraddizione derivante dall'attuale formula <<comportamenti espressi in forma fisica, verbale o non verbale>>, dove andrebbe chiarito che i termini “verbale o non verbale” non costituiscono una specifica della “forma fisica” come appare dall'inciso ma, come risulta dal testo in inglese, sono comportamenti diversi e alternativi (per es. inserendo il termine “oppure” dopo la virgola).

regime delle presunzioni. Diversamente, la definizione propria del diritto interno, come si è ricordato, è fondata sull'offesa alla dignità e sulla creazione di un ambiente intimidatorio, ostile, umiliante od offensivo; inoltre, il risarcimento del danno non patrimoniale è liquidato a richiesta della persona offesa e la sua determinazione da parte del giudice tiene conto anche della gravità e dell'odiosità del comportamento, assumendo così natura afflittiva.

La difformità tra le definizioni sotto il profilo descritto non deve necessariamente risolversi nella prevalenza di quella internazionale, dato che la disposizione nazionale vigente rispetta comunque il contenuto sostanziale della definizione propria del diritto internazionale, estendendo anzi la portata della tutela nei confronti della vittima. Anche dopo la ratifica della Convenzione sarà opportuno, pertanto, mantenere la normativa vigente come in passato è accaduto in un caso simile di difformità fra la normativa internazionale e quella interna di matrice comunitaria relativa alla nozione di discriminazione di genere⁴⁵.

In conclusione, è auspicabile che il perseguimento dell'obiettivo sancito dalla Convenzione n.190 circa l'attuazione di strumenti idonei ad assicurare la più ampia prevenzione della violenza e delle molestie nel lavoro e la tutela delle vittime, induca ad assumere criteri di armonizzazione che mantengano o migliorino gli standards già presenti nel nostro ordinamento. In tal senso sarebbe opportuno rendere ad applicazione generale le soluzioni più incisive proprie del diritto antidiscriminatorio ispirate al principio di effettività della tutela, perseguendo un assetto più sistematico del quadro complessivo rispetto a quello attualmente vigente.

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2008), *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in Il Codice civile - Commentario diretto da F.D. Busnelli, *sub art. 2087*, Giuffrè Milano
- Auriemma S. (2019), *Il mobbing al vaglio della giurisprudenza* in *ADL*, n. 3, 695 ss
- Bisio C. (2020), *Valutazione del rischio di violenze nei luoghi di lavoro*, in *Safety and Security* 21.1. 2020
- Brollo M. (2019), *Ancora sulle proposte di legge sul mobbing in discussione alla Commissione Lavoro della Camera dei deputati*, *DSL*, II, 1 ss.
- Calafà L. (2019), *La violenza e le molestie nei luoghi di lavoro: Il poliedrico approccio del diritto del lavoro gender oriented*, in G. Cosetti (a cura di) *Violenza e molestie nei luoghi di lavoro*, Milano F. Angeli
- Guariniello R. (2018), *Molestie e violenza anche di tipo sessuale nei luoghi di lavoro*, Milano Ipsoa, Wolters Kluwer
- Izzi D. (2014), *Molestie sessuali e danni non patrimoniali con funzione dissuasiva*, in *RGL*, II, 624.
- Lazzari C. (2021), *Salute e lavoro: Questioni di genere*, in q. Riv.
- Marconi S., Rampin L. (2019), *Relazione Illustrativa dell'Ispettorato Interregionale del Lavoro di Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Marche e Veneto, in merito alle convalide delle dimissioni e delle risoluzioni consensuali presentate nella Regione Friuli Venezia Giulia nell'anno 2018*, in Nunin R. (a cura di) *Il lavoro femminile in Friuli Venezia- Giulia*, Rapporto Consigliera Parità, Milano F. Angeli, 176
- Novella M. (2017), *La tutela amministrativa e penale del lavoro tra punizione e riparazione*, in *LD*, 589.

⁴⁵ Si tratta dell'art. 1 della Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le discriminazioni contro le donne (CEDAW) New York 1979, ratificata nel 1985, che è stato assorbito dall'art. 25, c.1 e 2 Codice Pari Opportunità D.Lgs.98/2006.

- Nunin R. (2017), *L'applicazione della normativa in materia di sicurezza sul lavoro come strumento di contrasto alle discriminazioni*, in O. Bonardi (a cura di) *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma Ediesse, 265 ss.
- Nunin R. (2019), *Introduzione* in Nunin (a cura di), *Il lavoro femminile in Friuli Venezia- Giulia*, Rapporto Consigliera Parità, Milano F. Angeli, 7 ss.
- Pizzoferrato A. (1998), *Molestie sessuali nei luoghi di lavoro verso una tipizzazione giuridica delle tecniche di tutela*, in *RIDL II*, 799.
- Razzolini O. (2017), *Effettività e diritto del lavoro nel dialogo fra ordinamento dell'Unione e ordinamento interno*, in *LD*, 454 ss.
- Scarponi S. (2020), *La parità di genere nel lavoro e le nuove frontiere dell'antidiscriminazione*, in S. Scarponi (a cura di) *Diritto e genere. Temi e questioni*, ES, Napoli, 50 ss.
- Roversi A. (2006), *L'odio in rete*, Bologna Il Mulino
- Tarquini E. (2017), *Il principio di non discriminazione in giudizio: I giurisprudenza nazionale tra tutele di diritto comune e fonti sovranazionali*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma Ediesse , 49 ss.
- Tomei M. (2019) *Un mondo libero da violenza e molestie. La scommessa della nuova Convenzione ILO rappresenta una svolta storica nel diritto internazionale e del lavoro*, in www.ingenere.it n. 19.11
- Verza A. (2020), *La cultura dell'odio antifemminista: mascolinità tossica nel web*, in A.Verza, S. Vida (a cura di), *Postfemminismo e neoliberalismo*, Parma Aracne, 157 ss.
- UN Women (2019), *What will it take? Promoting cultural change to end sexual harassment*. New York