

Molestie sessuali sul lavoro: elementi di convergenza e nodi da sciogliere connessi alla ratifica della Convenzione OIL 190/2019

Stefania Scarponi¹

Sommario: 1. *Premessa.* - 2. *Tecniche di tutela e sanzionatorie nel diritto del lavoro: coerenza con la Convenzione OIL e possibili miglioramenti.* - 3. *La questione della definizione delle molestie e l'esigenza di coordinamento tra diritto nazionale e internazionale.*

1 – Premessa

In vista della ratifica della Convenzione OIL e di un eventuale intervento legislativo nazionale non si può prescindere dalla disciplina vigente in Italia che sul versante del diritto del lavoro si basa su una duplice matrice: quella del diritto antidiscriminatorio risultante dall'attuazione delle direttive europee mediante le disposizioni contenute nel Codice Pari Opportunità, e quella del diritto della sicurezza nei luoghi di lavoro, basata sull'obbligo sancito dall'art.2087 del codice civile a carico del datore di lavoro di garantire la salute e la sicurezza e il rispetto della dignità dei propri dipendenti adottando tutte le misure necessarie a tal fine, a cui ha fatto seguito l' articolata legislazione speciale contenuta nel Testo Unico d.lgs. n. 81/2008.

Il quadro normativo nazionale presenta molti contenuti già in linea con la disciplina stabilita dalla Convenzione OIL sul contrasto alla violenza nei luoghi di lavoro, la cui importanza sul piano internazionale è indiscutibile per l'ampiezza della regolamentazione e per la natura avanzata dei suoi contenuti, e che contribuisce a rilanciare la

¹ Stefania Scarponi, ordinario di Diritto del lavoro, già presso Università di Trento

consapevolezza della gravità del fenomeno e l'esigenza di assicurare l'applicazione effettiva delle disposizioni in materia.

Tra i principali assi portanti vi è l'importanza della prevenzione², l'estensione della gamma dei soggetti protetti, ai sensi dell'art.2, e l'altrettanto ampia definizione, contenuta nell'art.3, del luogo e del tempo in cui può avvenire la violenza che deve essere contrastata, che include tra l'altro anche i viaggi di lavoro e l'itinerario per recarsi e rientrare dal lavoro. Sotto questo profilo si evidenzia una omogeneità con il nostro ordinamento che già contiene disposizioni analoghe nel Testo Unico sulla salute sicurezza nei luoghi di lavoro applicabili anche alle molestie, psicologiche e sessuali, in virtù sia della tutela della dignità dei lavoratori e delle lavoratrici 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'importante obbligo del datore di lavoro di includerle nella valutazione preventiva dei fattori di rischio sul lavoro, nonché di adottare misure necessarie a contrastarle anche in via preventiva, in dialogo con le figure istituzionali e sindacali operanti in questa materia. Un altro rilevante elemento di convergenza del quadro normativo italiano 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)³.

Il discorso si fa più complesso per ciò che riguarda la definizione di molestia e le tecniche di tutela, ambito in cui occorre, peraltro, distinguere tra molestie psicologiche e molestie sessuali, nonché l'area di generale applicazione da quella che rientra nel campo di applicazione specifico del diritto antidiscriminatorio di matrice europea. Secondo il nostro ordinamento, mentre il fenomeno delle molestie psicologiche, usualmente definite con il termine "mobbing", è tuttora privo di una definizione

² L'obbligo alla prevenzione è sancito da molte disposizioni della Convenzione ed è declinato in particolare dall'8 che enumera molteplici misure da adottare.

³ Cass. Pen. 14.9.2017 n. 41976, in R. Guariniello, *Molestie e violenza anche di tipo sessuale nei luoghi di lavoro*, IPSOA, 2018.

normativa a carattere generale⁴ pur essendo oggetto di cospicua interpretazione giurisprudenziale, quello relativo alle molestie sessuali ha una definizione contenuta nell'art.26 del Codice di pari opportunità che riveste portata generale in ambito lavoristico.

Concentrandoci su queste ultime, va ricordato che l'applicazione del diritto antidiscriminatorio alle molestie sessuali dipende dalla visione accolta in sede europea fin dalla Raccomandazione della Commissione Europea del 1992⁵, debitrice 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 eguaglianza sostanziale mediante una strategia complessiva di valorizzazione e promozione a loro vantaggio. Una visione ampia fatta propria altresì dalla Convenzione OIL, che all'art. 6 impone di assicurare il rispetto di tutti i diritti fondamentali nel lavoro, tra cui quelli sindacali, nei confronti delle donne, oltretutto delle persone appartenenti a gruppi che li rendono particolarmente vulnerabili alle molestie.

Ciò non esclude certo l'importanza della disciplina specifica, ed è sotto questo profilo che è rilevante approfondire la comparazione tra la Convenzione e il diritto nazionale.

2. Tecniche di tutela e sanzionatorie nel diritto del lavoro: coerenza con la Convenzione OIL e possibili miglioramenti

Il citato art.26 Codice pari opportunità definisce le molestie a stregua di *“comportamenti indesiderati a connotazione sessuale espressi in forma fisica, verbale o non verbale, 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”*. Il merito di questa definizione, è non solo di aver eliminato la necessità di provare l'intenzionalità del comportamento molesto, secondo la nozione oggettiva di discriminazione, ma altresì di permettere di contrastare anche le c.d. molestie ambientali, ovvero quei comportamenti che, pur se ciascuno in sé considerato privo di caratteristiche gravemente offensive e inizialmente non considerati illegittimi dalla giurisprudenza, nell'insieme siano

⁴ Esistono molteplici proposte di legge in materia. Per un'analisi cfr. M. Brollo, *Ancora sulle proposte di legge sul “mobbing”* in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro* 2/2019, 1 ss.

⁵ Racc. 92/131 CEE del 27.11. 1991 sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro

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.

È noto, peraltro, che la denuncia delle molestie costituisce uno dei nodi fondamentali e più problematici in materia, per il timore della vittima di non essere creduta o di subire ritorsioni, benché vietate in quanto considerate come discriminazioni in base alla normativa generale. Infatti, sono nulli tutti i provvedimenti adottati dal datore di lavoro come conseguenza dell'accettazione o rifiuto della molestia stessa⁶.

A tal proposito il diritto antidiscriminatorio si rivela particolarmente efficace, sul piano della tutela giudiziaria, in quanto sul versante dell'onere probatorio, ai sensi dell'art.40 Cpo, in presenza di indizi precisi e concordanti, desunti anche da dati statistici, è prevista la parziale inversione dell'onere della prova di una discriminazione, regola di cui la giurisprudenza ha riconosciuto l'applicazione anche nei confronti delle molestie sessuali in quanto rientranti appunto nel campo di applicazione della disciplina antidiscriminatoria⁷. L'inversione parziale scatta in presenza di una denuncia circostanziata della vittima, oppure qualora siano fornite prove statistiche, come avvenuto in un caso di ricorso in giudizio della Consigliera di parità contro molestie seriali da parte di un datore di lavoro nei confronti delle proprie dipendenti⁸, ma altrettanto utilizzabile anche in caso di azione giudiziaria individuale.

Sul piano delle tecniche di tutela e dei rimedi, che costituisce una delle parti sottolineate dalla Convenzione tra i "Core principles"⁹, il diritto antidiscriminatorio prevede misure incisive: il giudice ordina la cessazione della condotta, l'eliminazione degli effetti negativi nei

⁶ In proposito, l'integrazione dell'art.26 avvenuta nel 2017 con l'obiettivo di perfezionare la tutela anti-ritorsiva in caso di denuncia avanti al giudice, 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 cfr. per l'approfondimento delle problematiche legate alla denuncia di molestie il documento a cura di UN Women novembre 2019, *What will it take? Promoting cultural change to end sexual harassment*.

⁷ Cass. Sez. Lav. n. 23286/ 2016. Sul punto mi permetto di rinviare a S. Scarponi, *La parità di genere nel lavoro e le nuove frontiere dell'antidiscriminazione*, in *Diritto e genere. Temi e questioni*, ES, 2020, 50.

⁸ C.A. Firenze 11 luglio 2013, n *Rivista Giuridica del Lavoro* 2014, II, 624 con nota di D. IZZI, *Molestie sessuali e danni non patrimoniali con funzione dissuasiva*.

⁹ Ai sensi dell'art.4, c.2 lett. e) e lett f), Convenzione OIL

confronti della vittima, e se richiesto stabilisce il risarcimento del danno non soltanto a carico dell'autore del comportamento ma altresì nei confronti del datore di lavoro che non sia intervenuto nonostante la segnalazione della vittima.

La diretta responsabilità di quest'ultimo discende altresì dalla citata disciplina in materia di tutela della dignità e della salute dei propri dipendenti, sancita dall'art.2087 cod.civ. Il datore di lavoro è infatti tenuto a sanzionare il dipendente che sia autore di un comportamento molesto, con la conseguenza che la sua inattività produce conseguenze risarcitorie anche nei suoi personali confronti¹⁰. Inoltre, come sopra ricordato, ha l'obbligo della prevenzione connessa alla protezione contro i rischi psico-sociali e alla promozione del benessere nei luoghi di lavoro (art.28 del testo Unico sulla sicurezza nei luoghi di lavoro, d.lgs 81/2009), tra cui sono specificamente indicati quelli riguardanti le lavoratrici in gravidanza e quelli riguardanti le differenze di genere. Lo sviluppo delle esperienze in materia ha portato all'adozione di protocolli per la valutazione del rischio¹¹, oppure codici di condotta da rispettare nei luoghi di lavoro, adottati in particolare da alcune aziende e pubbliche amministrazioni, ove inoltre sono operanti organismi specifici, quali i Comitati Unici di Garanzia e/o le Consigliere di fiducia¹². Gli accordi sindacali interconfederali, inoltre, hanno previsto in modo specifico la realizzazione di attività di sensibilizzazione e formazione nei confronti dei dirigenti e strumenti per intervenire a livello endo-aziendale in caso di molestie supportando la vittima¹³. La valutazione dei rischi e le misure di prevenzione adottate, a loro volta, sono soggetti alle verifiche da parte degli Ispettori del lavoro e al riguardo si segnalano protocolli territoriali siglati con la partecipazione dei sindacati e della Consigliera di parità che istituiscono un canale di comunicazione costante tra quest'ultima e

¹⁰ Cass. Sez.Lav. 19.5.2010 12318 sulla condanna di una S.p.a. a risarcire i danni subiti per molestie sessuali compiute da un dirigente della società medesima.

¹¹ Come il "Protocollo Caesvor", richiamato da C. Bisio, *Valutazione del rischio di violenze nei luoghi di lavoro*, in *Safety and Security* 21.1.2020

¹² Cfr. L. Calafà, *La violenza e le molestie nei luoghi di lavoro: Il poliedrico approccio del diritto del lavoro gender oriented*, in *Violenza e molestie nei luoghi di lavoro* a cura di G. Cosetti, Franco Angeli 2019, 48

¹³ Accordo Interconfederale nazionale tra Cgil-Cisl-Uil e Confindustria 25 gennaio 2016, in applicazione dell'Accordo quadro europeo del 26 aprile 2007, a cui hanno fatto seguito AI in altri settori nonché a livello regionale. Vanno menzionate anche le clausole dei CCNL che includono le molestie nei comportamenti sanzionabili fino al licenziamento dell'autore delle molestie.

l'Ispettorato per valutare il fenomeno delle dimissioni e permettere di indagare sull'eventuale motivazione dovuta a molestie sessuali¹⁴.

Sotto tali profili, pertanto, il quadro normativo pare già conforme a quanto previsto dalla Convenzione OIL in ordine alla rilevanza della responsabilità dei datori di lavoro, e altresì all'attività di controllo istituzionale nei settori dell'economia informale, data la competenza esistente anche in questo campo in capo agli Ispettorati del lavoro, anche se purtroppo ancora numericamente pochi in rapporto alla vastità delle funzioni da svolgere. Di estremo rilievo, inoltre, è la funzione istituzionale svolta dalle/dai Consigliere/i di parità non solo nell'assistenza delle singole vittime e nell'azione giudiziaria, con legittimazione diretta in caso di discriminazione a carattere collettivo come quella sopra ricordata, e possibilità di costituirsi parte civile in caso di azione penale, ma anche attraverso l'attività di informazione e predisposizione di reti di sostegno alle vittime, allargate al coinvolgimento delle strutture sanitarie e delle forze di polizia, come risulta da esperienze in atto.

La normativa lavoristica può comunque essere integrata dagli strumenti di diritto penale predisposti in generale a tutela delle donne vittime di violenza. Tra questi va segnalato il provvedimento di diffida del questore da poter invocare anche 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 di norme penali invocabili al riguardo.

Il quadro normativo vigente potrebbe essere migliorato, peraltro, sotto il profilo sanzionatorio in sede civilistica sottraendosi all'illusione che il ricorso a nuove fattispecie penali sia di per sé maggiormente efficace a contrastare il fenomeno. La Convenzione OIL non impone necessariamente la soluzione penale laddove sollecita gli Stati membri a prevedere sanzioni, in base all'art.4 lett. (f), lasciando anzi agli Stati ratificanti un ambito di scelta a condizione naturalmente che le misure siano adeguate al perseguimento dell'obiettivo definito dalla Convenzione di prevenire ed eliminare la violenza nei luoghi di lavoro.

In proposito, è opportuno ricordare che nell'attuale regime basato sul diritto antidiscriminatorio, e dunque anche in caso di molestie, la

¹⁴ Si veda la relazione dell'Ispettorato interregionale del lavoro, in R. Nunin, *Il lavoro femminile in Friuli Venezia- Giulia*, Rapporto Consigliera Parità, F. Angeli 2019.

condanna al risarcimento del danno è emessa dal giudice su richiesta della vittima, e riguarda anche il danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. assumendo così natura di “danno evento” con funzione deterrente, in conformità al criterio di “dissuasività” sancito in sede europea dall’art.18 D.06/54 e richiamato da recenti orientamenti giurisprudenziali¹⁵, e può essere liquidato anche nei confronti dei soggetti istituzionali e/o sindacali che si siano costituiti in giudizio ex art. 2049 c.c..

L’attuale quadro normativo potrebbe comunque essere oggetto di integrazioni, in sede di eventuale riforma, per es. prendendo in considerazione l’opportunità di rafforzare la posizione della vittima che spesso non ha altra scelta che dare le dimissioni per giusta causa onde sottrarsi alle molestie¹⁶, introducendo una disciplina che equipari tali dimissioni ad un vero e proprio licenziamento discriminatorio con le relative conseguenze giuridiche ed economiche. Altri tipi di sanzione accessorie potrebbero essere introdotte, come la perdita di benefici fiscali a carico del datore di lavoro autore delle molestie, oppure l’impossibilità di partecipare a bandi di gara per appalti pubblici, misure che potrebbero rivestire un’efficacia deterrente analoga se non più incisiva di quella derivante dall’eventuale introduzione di nuove fattispecie di reato.

3. La questione della definizione delle molestie e l’esigenza di coordinamento tra diritto nazionale e internazionale

Un nodo rilevante da sciogliere riguarda la definizione di molestia sessuale, in cui si registra una difformità tra quella accolta dalla Convenzione e quella già presente nella normativa euro-unitaria e nazionale ai sensi del citato art.26 Codice Pari Opportunità. 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

¹⁵ In merito, C.A. Firenze 20.4.2016, in Rivista italiana diritto del lavoro, 2017, II, 70 con nota di Diamanti, richiama l’art. 18 Direttiva n.54/ 06 sull’eguaglianza u/d nel lavoro per elevare il risarcimento allo scopo di assicurarne la funzione dissuasiva, passando da E. 20.000 a E. 40.000. Cfr O. Razzolini, *Effettività e diritto del lavoro nel dialogo fra ordinamento dell’Unione e ordinamento interno*, in Lavoro e Diritto, 2017, 454.

¹⁶ Anche in tal senso emerge la coerenza con l’art. 6, lett. g) della Convenzione n. 190, che 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

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>>.

Nel testo della norma internazionale, dunque, manca una definizione specifica di molestie sessuali salvo quella rientrante nella definizione a carattere generale che, a sua volta, fa leva sulla nozione di “*pratiche o comportamenti inaccettabili*”. Pur tentando di superare il limite derivante dell'impiego del termine “indesiderato” che connota la definizione di molestie sessuali nel quadro normativo vigente, a cui è stata mossa la critica di rimandare a valutazioni eccessivamente soggettive e di non facile dimostrazione, essa presta comunque il fianco alla critica di essere indeterminata e soggetta a relativismi sociali e anche personali. Profili critici che se sono superabili nel diritto del lavoro, lo sono molto di meno se si intende utilizzare la medesima definizione per individuare una nuova fattispecie penale di reato di molestia sessuale, ancorata al termine di comportamenti “indesiderati”, come avviene nel d.d.l. n. 1597/2019¹⁷. L'eventuale fattispecie penale non dovrebbe neppure essere ancorata al termine “inaccettabili” utilizzato dalla Convenzione OIL, per le stesse ragioni di indeterminatezza che sono incompatibili con le esigenze di precisione proprie del diritto penale.

In merito va rilevato criticamente che in effetti la definizione dell'art.26 CPO costituisce una traduzione non appropriata del testo della Direttiva n.54/06, che nel testo in inglese fa riferimento a comportamenti “unwanted” e cioè comportamenti adottati contro la volontà della vittima¹⁸, pur essendo stato tradotto con il termine “indesiderato” anche

¹⁷ Nel d.d.l. all'art.1, 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”.

¹⁸ D.06/54 Ce , Art.2, Definition, c.2 lett d): ‘ Sexual harassment’: ‘ where any form of unwanted

nel testo francese. La disciplina italiana potrebbe pertanto essere oggetto di revisione, sostituendo l'aggettivo "indesiderato" con una formula che indichi più chiaramente che il comportamento avviene "contro la volontà della vittima", soluzione che appare assolutamente indispensabile se si entra nel campo penalistico.

In sede di eventuale revisione dell'art.26 sarebbe opportuno rendere più chiara anche la descrizione delle caratteristiche dei comportamenti vietati eliminando l'apparente contraddizione derivante dalla 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).

Un altro nodo critico emergente dalla definizione di diritto internazionale è legato al fatto che essa prevede come elemento integrante della fattispecie vietata la produzione, attuale o potenziale, di un danno. Pur essendo inteso in senso ampio (fisico, psicologico, sessuale o economico) il riferimento al danno pone in ogni caso a carico della vittima l'onere di fornire la prova di averlo subito o di poterlo subire, con intuibile maggiore difficoltà di ottenere giustizia. La possibilità di utilizzare le presunzioni non scioglie definitivamente i dubbi sollevati dal ricorso a questo tipo di definizione, che pare ancorata più alla tecnica debitrice dell'approccio legato alla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro che non a quello antidiscriminatorio. Diversamente, la definizione contenuta nell'art. 26, c.2 Cpo, come si è ricordato, prescinde dalla produzione di un danno personale: gli elementi costitutivi della fattispecie sono l'offesa alla dignità oppure la c.d. molestia ambientale. In tal senso è opportuno richiamare quanto già detto in tema di risarcimento del danno che in base al diritto antidiscriminatorio rientra nella categoria del "danno – evento" connaturato all'offesa alla dignità della persona, salvo che vi siano ulteriori danni che la vittima dovrà provare.

La difformità tra le definizioni non deve necessariamente risolversi nella prevalenza di quella internazionale, dato che la disposizione nazionale vigente rispetta comunque il contenuto sostanziale della

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".

definizione propria del diritto internazionale, estendendo anzi il campo della tutela nei confronti della vittima. Anche dopo la ratifica della Convenzione sarà opportuno, pertanto, mantenere la normativa vigente, provvedendo ad istituire un opportuno coordinamento, come in passato è accaduto in un caso simile di difformità fra normativa internazionale e interna (di matrice comunitaria) relativamente alla nozione di discriminazione¹⁹.

¹⁹ Si tratta dell'art. 1 della Convenzione sull'eliminazione di tutte le discriminazioni contro le donne (CEDAW) New York 1979, ratificata nel 1985, e dell'art. 25, c.1 e 2 Codice Pari Opportunità di trasposizione delle Direttive europee in materia di eguaglianza u/d sul lavoro.