

Diritto del lavoro

Prof.ssa Silvia Borelli

I principi di non discriminazione nel diritto interno e
sovranazionale

I principi di non discriminazione

I principi di non discriminazione sono norme imperative che vietano di accordare ad un soggetto/gruppo individuato in base al fattore protetto un trattamento che produce effetti svantaggiosi.

Mediante tali principi, il giudice può sindacare le modalità di esercizio di un potere, pubblico o privato, di «scegliere, distinguere, differenziare, di normare in senso lato». Egli può cioè operare un controllo sui mezzi prescelti nell'esercizio del potere in relazione agli effetti che l'atto, il patto o la condotta è idoneo a produrre, può cioè valutare se l'interesse che giustifica l'atto capace di generare un *disparate impact* prevalga, nella fattispecie concreta, sull'uguaglianza (obiettivo).

Il soggetto che si presume discriminato può essere effettivamente 'portatore' del fattore protetto oppure può subire un trattamento svantaggioso a causa di quel fattore, pur senza esserne egli titolare (ciò avviene sia nel caso in cui il **fattore protetto è presunto** sia nelle ipotesi di **discriminazione per associazione** – v. sentenza 17 luglio 2008, causa C-303/06, *Coleman*).

L'efficacia diretta orizzontale dei principi di non discriminazione

- Nella sentenza *Kücükdeveci*, la Corte di Giustizia ha chiarito che i giudici nazionali devono disapplicare, anche nelle controversie tra privati, ogni disposizione di legge nazionale, rientrante nell'ambito di applicazione del diritto europeo, che risulti contraria ai principi generali del diritto dell'Unione.
- In caso di violazione di un principio antidiscriminatorio, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare la disposizione nazionale, “senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione da parte del legislatore, e deve applicare ai componenti del gruppo sfavorito lo stesso regime che è riservato ai membri dell'altro gruppo” (*Cresco*, § 80).

I principi di non discriminazione

- La definizione dei principi di non discriminazione ha carattere oggettivo: non è rilevante l'intento dell'agente, ma gli effetti (svantaggiosi) che conseguono alla sua condotta.
- L'adozione di una tale definizione è stata argomentata, in ambito comunitario, per l'esigenza di garantire l'effetto utile dei principi di non discriminazione che sarebbe notevolmente ridotto se gravasse sulla parte attrice l'onere di provare la colpevolezza del soggetto che ha posto in essere il comportamento vietato (sentenza 8 novembre 1990, causa C-177/88, *De kker*).

Il sindacato antidiscriminatorio

Il sindacato antidiscriminatorio segue sempre i medesimi passaggi argomentativi, pur se il modo in cui essi vengono motivati dipende dalla disciplina applicata. In ogni giudizio, occorre:

- 1) individuare la norma, l'atto, il patto o la condotta che si presumono discriminatori;
- 2) individuare il fattore protetto rilevante, e dunque la disciplina applicabile;
- 3) verificare se la fattispecie rientra nel campo di applicazione della disciplina applicabile, distinguendo in particolare l'ambito di applicazione soggettivo da quello oggettivo;
- 4) individuare un termine di comparazione (reale o ipotetico) che permetta di valutare la sussistenza di un effetto svantaggioso (generato da un diverso trattamento accordato a due soggetti/gruppi che si trovano in posizione analoga o da un analogo trattamento che produce o potrebbe produrre effetti sfavorevoli su un gruppo individuato sulla base dei fattori protetti), potendosi prescindere dal giudizio di comparazione quando il trattamento svantaggioso fa espressamente riferimento al fattore protetto o quando si fonda su un motivo (come la gravidanza) che caratterizza il soggetto/gruppo individuato in base al fattore protetto;
- 5) verificare l'effetto svantaggioso che deriva o può derivare dall'aver trattato in modo analogo situazioni differenti o dall'aver trattato in modo differente situazioni analoghe;
- 6) valutare l'esistenza di eccezioni/giustificazioni del trattamento svantaggioso (è in questo momento che viene operato il giudizio di adeguatezza, necessità e proporzionalità dell'atto che si presume discriminatorio rispetto al fine che il soggetto intende perseguire);
- 7) applicare le misure rimediale e sanzionatorie nei confronti dell'atto, del patto o della condotta discriminatoria, misure che – secondo il costante insegnamento della Corte di giustizia – debbono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

Lessico antidiscriminatorio

- Discriminazione diretta: si verifica quando, per motivi connessi al fattore protetto, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in situazione analoga (art. 25, co. 1 d. lgs. 198/2006; art. 2, 1° comma, lett. *a*), d. lgs. n. 215 del 2003; art. 2, 1° comma, lett. *a*) d. lgs. 216 del 2003; art. 2, 2° comma, legge n. 67 del 2006).
- Discriminazione indiretta: si verifica quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere le persone individuate in base a un fattore protetto in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone (art. 2, 1° comma, lett. *b*), d. lgs. 215 del 2003; art. 2, 1° comma, lett. *a*), d. lgs. n. 216 del 2003; art. 25, 2° comma, d. lgs. n. 198 del 2006; art. 2, 3° comma, legge n. 67 del 2006).

Lessico antidiscriminatorio

- Discriminazione individuale: lo svantaggio è subito da un singolo
- Discriminazione collettiva: il trattamento sfavorevole riguarda una pluralità di persone, a prescindere dal fatto che sia o meno identificabile un soggetto che asserisca di essere stato vittima di tale discriminazione.

* È possibile che una condotta generante una discriminazione collettiva leda anche il diritto individuale a non essere discriminati (c.d. condotta plurioffensiva). In una tale evenienza, possono essere esperite sia l'azione individuale (e adottate misure rimediale della discriminazione individuale), sia – laddove prevista – l'azione collettiva (e adottate le corrispondenti misure rimediale).

Lessico antidiscriminatorio

- Discriminazione multipla: la vittima del trattamento svantaggioso è individuata in base a una pluralità di fattori protetti
- Discriminazione intersezionale : la vittima del trattamento svantaggioso è individuata in base alla combinazione dei fattori protetti
- Discriminazione « per associazione »: la vittima della discriminazione non possiede le caratteristiche protette, ma ha uno stretto rapporto con le persone aventi quelle caratteristiche. La Corte di giustizia ha, ad esempio, qualificato come discriminazione diretta il trattamento sfavorevole subito da una lavoratrice normodotata, qualora sia provato che tale trattamento «è causato dalla disabilità del figlio, al quale essa presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno » (*Coleman*).
- Discriminazione per *perception*: quando l'autore del trattamento svantaggioso suppone che la vittima (o le vittime) possiedano il fattore protetto.

Per approfondire ...

- Italian Equality Network

<https://www.italianequalitynetwork.it/>

- Barbera M., Borelli S., Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione, WP Massimo D'Antona 451/2022:

<https://csdle.lex.unict.it/working-papers/wp-csdle-m-dantona-it/principio-di-eguaglianza-e-divieti-di-discriminazione>

- Barbera M., Guariso A., La tutela antidiscriminatoria, Giappichelli, 2019.

Sesso, genere, discriminazioni: riflessioni a più voci (Parte prima)

di Maria Vittoria Ballestrero, Silvia Borelli, Raffaello Santagata de Castro, Daniela Izzi

Il posto delle donne nel diritto del lavoro, di Maria Vittoria Ballestrero

Le care amiche e colleghe che hanno promosso questo interessante dibattito, invitandomi gentilmente a partecipare, hanno messo a fuoco alcune questioni di grande rilievo teorico e tecnico. La brevità dell'intervento mi induce a non addentrarmi nell'analisi delle modifiche alla nozione di discriminazione di genere introdotte dalla l. n. 162/2021, limitandomi invece a riflettere sulla questione della separatezza (o specialità) della discriminazione di genere, alla quale si lega quella dell'obsolescenza della formula "lavoro delle donne".

1. Una delle frasi più famose di Simone de Beauvoir suona così: «donna non si nasce, si diventa». Per i tempi (era il 1949), si trattava di una felice descrizione della condizione (nel senso ampio di questo termine) di una buona metà del genere umano. Una condizione su cui sessant'anni prima aveva già detto tanto Anna Kuliscioff (nel *Monopolio dell'uomo*, 1890).

Dalla pubblicazione del *Secondo sesso* sono passati più di settant'anni, e una femminista *démodée* come me pensa che oggi quella frase dovrebbe essere rovesciata: donna si nasce perché, e fino a che, si è orgogliose del proprio sesso, che non è secondo e non può essere subalterno (e non è neppure l'anello mancante tra l'uomo e il castrato: citazione di de Beauvoir). Ma donna non si "diventa": le bambine hanno il diritto di essere bambine (anche se non giocano con le bambole) e poi donne, senza essere spinte, passo dopo passo, lavoro di cura dopo lavoro di cura, conciliazione dopo conciliazione, a "diventare donne", accettando il ruolo deciso per loro dal genere maschile dominante.

Nell'arco di questi settant'anni, le donne hanno maturato consapevolezza dell'eguaglianza e cultura della differenza di genere sufficienti per affermare il diritto di nascere donne e di diventare donne liberate dal dominio, in grado di scegliere il proprio ruolo e di decidere per sé. Non sono poche le donne che oggi scalano le gerarchie maschili e arrivano a occupare e gestire posizioni di potere; il numero è crescente, grazie anche alle tanto (ingiustamente, a mio parere) criticate e spesso fraintese "quote rosa", alle quali andrebbe riconosciuto almeno un alto valore pedagogico: per le donne, ma soprattutto per gli uomini. Ma quelle che hanno sfondato il tetto di cristallo sono ancora singole donne. Il genere femminile, cioè le donne al plurale, come collettività storicamente connotata, sono ammassate su quella linea del fronte in cui ancora si combatte per i diritti elementari di dignità e libertà, per l'eguaglianza e le pari opportunità.

Queste donne sono quelle di cui da sempre mi sono interessata, e di cui mi interesserò anche in questo intervento.

2. Parlando di genere femminile in queste poche righe, di sapore inequivocabilmente *rétro*, sono andata inevitabilmente a sbattere contro un mondo concettuale in cui la dicotomia maschile/femminile si ricompone nella fluidità del genere non predefinito ma scelto, nell'identità mobile e non nell'appartenenza; un approccio individuale al genere, come comunità variabile; non un'entità collettiva (nel pregnante significato storico-culturale che correntemente si dà a questo aggettivo), ma uno spazio libero per una scelta identitaria e aperto per condividere le proprie scelte con altri.

È un mondo concettuale in cui una femminista *d'antan* stenta a orientarsi. Per evitare di smarrirmi resterò ancorata alla mia esperienza. Partirò dalla questione subordinata (l'obsolescenza della formula "lavoro delle donne"), per arrivare, attraverso una breve riflessione su di essa, alla questione principale: se abbia senso, e se sì perché, tenere distinta la nozione di discriminazione per ragione di genere (femminile) dalla nozione generale di discriminazione in base ad altre ragioni (inclusa la scelta dell'identità di genere).

3. Alla domanda se abbia ancora senso parlare di "lavoro delle donne", la mia risposta è sì, se vogliamo conservare la memoria storica della condizione femminile, no se descriviamo il diritto del lavoro degli ultimi decenni, ma di nuovo sì se entriamo nel capitolo dedicato al diritto antidi-

scriminatorio, e in quella sede ragioniamo sulla connessione tra l'eguaglianza in diritto e la diseguaglianza nei fatti.

La storia della condizione materiale e giuridica delle donne al lavoro mi ha appassionata in passato e continua ad appassionarmi, ma ovviamente non posso parlarne in questa sede; qui dovrò limitarmi a qualche breve considerazione sul diritto del lavoro, nel quale il "lavoro delle donne" ha una sua storia, che merita almeno un cenno.

I vecchi manuali di diritto del lavoro dedicavano al lavoro delle donne un capitolo a sé, separandone la trattazione da quella del lavoro in generale¹. La ragione della trattazione separata è nella storia della legislazione di cui le donne sono state insieme oggetto e destinatarie. Sintetizzando in poche righe una storia lunga quasi un secolo, si può dire che il pregiudizio sul "secondo sesso", che ne era la costante, si articolava su tre versanti della (in)capacità delle donne: due destinati a cadere dopo la prima guerra mondiale, il terzo destinato a resistere anche dopo la seconda guerra mondiale.

La capacità delle donne (maritate, le sole prese in considerazione dal codice civile) di stipulare un contratto di lavoro era subordinata all'autorizzazione maritale: come ci si premurava di chiarire, la possibilità per le donne di lavorare fuori dalle mura di casa era affidata alla saggia valutazione del marito sulla compatibilità con l'adempimento dei doveri familiari. L'autorizzazione maritale fu soppressa dalla l. n. 1176/1919 sulla capacità giuridica; la legge consentì l'accesso delle donne ai pubblici impieghi e alle libere professioni (esclusi però «quelli che implicano poteri pubblici giurisdizionali, o l'esercizio di diritti o potestà politiche, o che attengono alla difesa militare dello Stato»). Cadeva così (in linea teorica almeno) il secondo versante della (in)capacità delle donne, aprendo loro uno spazio di libertà e una prospettiva di eguaglianza: spazio e prospettive riservati alle donne borghesi, dotate di una istruzione che era ancora patrimonio di poche.

A tutte le altre, a quell'esercito di donne che si sfiancavano nei lavori dei campi, delle fabbriche, dei laboratori, e a quello non meno numeroso delle ostetriche, delle maestre (anzi "maestrine"), delle insegnanti, delle commesse, delle impiegate, non si negava certo la capacità di lavorare. Salvo precisare che c'erano lavori fatti apposta per loro (il lavoro domestico, il cucito; Barassi non dimenticava neppure il baliatico), e lavori non adatti. Dove era necessaria capacità muscolare, o dove comunque si

¹ Molti anni fa, il compianto amico Mario Napoli mi aveva chiesto di scrivere su *Barassi e il lavoro delle donne*, dandomi l'occasione di tornare a spulciare quei vecchi manuali, e di trarne qualche riflessione alla quale rinvio (in *LD*, 2002, p. 15).

dava per scontato che il rendimento del “lavoro muliebre” non potesse concorrere con quello mascolino, là dovevano intervenire le limitazioni e i divieti. Tutela del lavoro delle donne, insomma, per proteggerle dal lavoro, evitando di esporle ai rischi fisici e morali che correavano allontanandosi dalla custodia del focolare domestico; tutela poi incrementata dalla legislazione fascista, solerte nella protezione della funzione riproduttiva, ma attenta a espellere le donne dalle professioni per le quali ne aveva decretato l’inadeguatezza intellettuale e morale.

4. Il violento pregiudizio che stava dietro questo versante della (in)capacità delle donne si è dimostrato così tanto vischioso, che vent’anni dopo l’entrata in vigore della Costituzione, quando finalmente anche il legislatore italiano si è trovato a dover mettere mano al capitolo sul lavoro delle donne, cancellandone la separatezza, si è riproposto l’interrogativo sul quale, all’alba del nuovo secolo, si erano confrontate Kuliscioff e Mozzoni. Tutela o parità? Se parità, allora nessuna tutela per il lavoro delle donne?

Ho sempre ritenuto che questo interrogativo fosse, se non proprio futile, almeno mal posto: nella convinzione che sia ottusa un’idea di parità incapace di farsi carico delle diseguaglianze, e che le diseguaglianze richiedano specifiche misure di riequilibrio. Mi astengo dal ripetere per l’ennesima volta perché, a mio giudizio, il lavoratore non è un soggetto neutro, e perché per le donne al lavoro debba farsi uso – senza pregiudizi – del diritto diseguale. Tutela è un termine obsoleto, ma protezione è invece un termine vitalissimo e ricco di significati nuovi: incluso il ricorso a misure diseguali tarate sulle specifiche esigenze delle donne.

In conclusione: in un manuale di diritto del lavoro nessuno oggi dedicherebbe un capitolo a sé al “lavoro delle donne”: non c’è un lavoro riservato alle donne, che hanno il diritto di lavorare (e in effetti lavorano) come tutti gli altri. Nei manuali c’è però un capitolo nel quale le donne (al plurale), con la loro storia (materiale ma anche giuridica) e le loro differenze, con le diseguaglianze che ancora ne segnano la condizione, tornano a occupare uno spazio proprio: lo spazio del genere femminile, che riappare dietro lo schermo del lavoro eguale e apparentemente neutro.

5. Vengo così alla questione principale, alla quale ho già dato in queste poche battute una risposta implicita, che ora mi corre l’obbligo di esplicitare. Partirò, come si conviene a un giurista, dal diritto positivo, senza tuttavia entrare nell’analisi tecnica delle disposizioni, di cui cercherò solo di ricapitolare il percorso.

Razza (termine scorretto, ma usato dal legislatore internazionale, europeo e interno) e sesso sono i due fattori su cui il diritto antidiscriminatorio ha costruito le proprie basi. Ma è stata la discriminazione per ragioni di sesso (espressione “eguale” che cela il riferimento al sesso discriminato per tradizione secolare) a fornire in ambito europeo e poi interno il materiale costruttivo: un materiale che, mattone dopo mattone, ha dato luogo a un edificio complesso, fatto di definizioni, tecniche processuali, istituzioni e sanzioni. Da quel materiale sono stati estratti gli elementi utili all’edificazione di un *corpus* giuridico compatto nella struttura centrale e articolato nelle parti accessorie (istituzioni e non solo). Nel diritto europeo come in quello interno, la costruzione del grande corpo centrale (e unitario) del diritto antidiscriminatorio non ha dato luogo all’assorbimento in esso della discriminazione per ragioni di genere (dicotomico: maschile e femminile), che ha mantenuto una propria autonomia, malgrado la tendenza alla omogeneizzazione delle discipline, a partire dalle nozioni di discriminazione diretta e indiretta. Il che non impedisce che nelle trattazioni recenti il fattore genere vada perdendo di specificità: la densità storico-culturale si diluisce, e il fattore genere è attratto, privo di radici, nel corpo centrale, e lì appiattito come voce di un lungo elenco.

Le colleghe che hanno promosso questo dibattito segnalano che un nuovo intervento legislativo (la l. n. 162/2021), sembra riaprire la discussione sulla specificità o separatezza del fattore genere (femminile). In effetti così è. Anzitutto, ritoccano la definizione della discriminazione diretta e indiretta per ragioni di sesso (da un lato esplicitando quanto, a mio parere, era già implicito, ma d’altro lato mescolando, come se fossero fattori omogenei, sesso, età anagrafica, esigenze di cura personale o familiare, stato di gravidanza, maternità e paternità) la legge accentua lo stacco già esistente tra la definizione della discriminazione di genere propria del nostro diritto interno e la definizione tendenzialmente unitaria e generale di derivazione europea utilizzata per i fattori diversi dal genere. In secondo, ma non secondario, luogo, questa nuova definizione è, se così posso dire, l’accidente di un percorso costellato di misure dirette a migliorare l’efficienza delle politiche di pari opportunità, non esplicitamente riservate alle donne, ma implicitamente sì, essendo appunto le donne il target delle politiche mirate al riequilibrio della rappresentazione di genere.

Ricompare, per questa via, il “lavoro delle donne”? Non si chiama più così, ma ricompare e ha senso che ricompaia. Il senso lo chiariscono i dati sulla partecipazione delle donne al mercato del lavoro, a fronte dei quali anche un giurista è in grado di capire che le donne non hanno ancora smesso di “diventare donne”; donne dalle quali ci si aspetta la con-

sacrazione alle cure familiari, la salvaguardia della funzione riproduttiva, la rinuncia alle ambizioni.

È un fisico nucleare, ma ha i figli piccoli o i genitori anziani: era partita bene, ma resta al palo. Scelte individuali (libere, ci mancherebbe); ma se restare al palo è una condizione collettiva (che libera non è), allora vale la pena di tenere la luce ben accesa. Il “lavoro delle donne” è diventato la discriminazione del lavoro femminile: il fronte di una battaglia da continuare a combattere.

Sguardi sul diritto antidiscriminatorio e sulle recenti politiche di genere, di Silvia Borelli

1. Chi si avvicina allo studio del diritto antidiscriminatorio impara, da subito, che la normativa in questione è frammentata in quanto è il risultato della sovrapposizione degli interventi legislativi che si sono susseguiti negli anni, anche al fine di recepire la copiosa normativa sovranazionale. Spesso poi i testi normativi sono di scarsa qualità e si pone poca attenzione alla coerenza e sistematicità del diritto antidiscriminatorio.

Di conseguenza, seppur il diritto antidiscriminatorio persegue le medesime funzioni e la struttura del relativo giudizio è omogenea, le fonti di tale diritto sono molteplici e formano un puzzle incompleto, le cui tessere spesso non combaciano. Questo genera notevoli problemi agli operatori del diritto i quali, quando intendono agire o resistere in giudizio a fronte di una condotta che si presume discriminatoria, devono orientarsi tra disposizioni che divergono quanto alle deroghe e alle giustificazioni consentite, alla legittimazione ad agire, al rito, all'onere della prova, ai rimedi, alle sanzioni, ecc.

La frammentarietà e la scarsa coerenza del diritto antidiscriminatorio non hanno tuttavia impedito alle Corti di intervenire in molteplici casi per garantire che la presenza di un fattore protetto non si traduca, per le persone che sono in qualche modo a esso associate, in uno svantaggio. Le Corti hanno svolto sia una funzione suppletiva, dando attuazione ai diritti a non subire discriminazioni che il legislatore non ha saputo o non ha voluto rispettare, sia una funzione sistemica, adeguando il significato delle disposizioni di diritto antidiscriminatorio alle norme costituzionali ed eurounitarie.

Queste brevi considerazioni sono fondamentali per valutare le modifiche apportate con la l. n. 162/2021.

2. L'intervento operato con la legge in esame, seppur salutato positivamente, ha sollevato talune critiche. A parte le aggiunte retoriche e ridondanti operate nei commi 1 e 2 dell'art. 25, d.lgs. n. 198/2006, le reazioni della dottrina hanno riguardato soprattutto il comma 2-*bis* della medesima disposizione. In primo luogo, ci si è domandati perché mai si menzionino fattori – quali il sesso e l'età (peraltro solo anagrafica) – già protetti da altre disposizioni, e cosa debba intendersi per esigenze di cura personale e familiare, oltretutto indicate solo nella disposizione in esame e non nell'art. 3, d.lgs. n. 151/2001 che continua a fare riferimento solo ai trattamenti sfavorevoli «in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive». In secondo luogo, si è contestato il fatto che lo svantaggio sia rilevato rispetto «alla generalità degli altri lavoratori», ingabbiando così il giudizio di comparazione che non sempre serve a provare la discriminazione e non deve necessariamente svolgersi in relazione alla generalità dei lavoratori. In terzo luogo, si è osservato che le tre fattispecie indicate nel comma 2-*bis* non esauriscono lo spettro – ampio e volutamente indefinito – delle condotte discriminatorie. Infine, la discriminazione di cui al comma 2-*bis* rimane “innominata”, non viene cioè qualificata come diretta o indiretta.

Quanto al primo profilo, non è senz'altro condivisibile che si menzionino fattori già protetti da altre disposizioni. Si può tuttavia ragionevolmente ritenere che la giurisprudenza, operando un'interpretazione sistematica della normativa antidiscriminatoria, ometterà di dare rilievo a tale modifica e continuerà ad applicare alle discriminazioni in base al sesso i commi 1 e 2 dell'art. 25, d.lgs. n. 198/2006 e alle discriminazioni in base all'età il d. lgs. n. 216/2003. Del pari, di fronte a una discriminazione in ragione della disabilità è ragionevole pensare che le Corti applicheranno la normativa specifica (d.lgs. n. 216/2003 e l. n. 67/2006), anziché il divieto di discriminazioni in ragione delle esigenze di cura personale.

Per risolvere le antinomie che potrebbero sorgere a causa della mancata modifica dell'art. 3, d.lgs. n. 151/2001, i giudici dovrebbero invece valorizzare la *ratio legis*, ossia l'intenzione del legislatore di estendere i fattori protetti, includendo, in particolare, le esigenze di cura personale e familiare, e dovrebbero, di conseguenza, ignorare il fatto che lo stesso legislatore si è dimenticato di modificare la disposizione contenuta nel d.lgs. n. 151/2001.

Per comprendere il significato del nuovo fattore protetto – le esigenze di cura personale e familiare – si dovrebbe invece utilizzare il criterio dell'interpretazione estensiva, sollecitato dalla Corte di giustizia a fronte della normativa antidiscriminatoria (CGUE 23 aprile 2020,

n. 507/18, *NH*, § 39), la quale è stata utilizzata massicciamente anche per tutelare i *caregivers* (si v. gli artt. 15 e 16, dir. CE 5 luglio 2006 n. 2006/54; la clausola 5 dell'accordo quadro allegato alla dir. UE 8 marzo 2010 n. 2010/18 ora abrogata; l'art. 11, dir. UE 20 giugno 2019 n. 2019/1158). In tutte le disposizioni ora menzionate, i divieti di discriminazione si applicano al trattamento svantaggioso subito dal *caregiver* a seguito dell'esercizio di un diritto riconosciuto dalla legislazione europea. Ciò configura però un'eccezione all'interno del diritto antidiscriminatorio che, come noto, ha carattere autonomo in quanto può (e deve) essere impiegato in tutti i casi di esercizio del potere, per evitare che questo produca effetti svantaggiosi per una persona o un gruppo individuato sulla base di un fattore protetto (Cgue 16 luglio 2015, n. 83/14, *Chez*, § 68).

D'altro canto, il testo del co. 2-*bis* dell'art. 25 fa riferimento al trattamento svantaggioso in ragione delle esigenze di cura personale o familiare, «ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti». Di conseguenza, il giudice è tenuto ad applicare il divieto di cui all'art. 25 co. 2-*bis* a ogni trattamento sfavorevole subito a causa delle esigenze di cura, a prescindere dall'esercizio di un diritto.

Ciò è particolarmente rilevante a fronte del crescente utilizzo del diritto antidiscriminatorio per arginare gli enormi spazi che la normativa riconosce al potere datoriale di modificare la durata o la collocazione temporale della prestazione lavorativa. L'attuale normativa in materia di orario di lavoro infatti non solo non garantisce ai *caregiver* un potere di modifica delle coordinate temporali della prestazione lavorativa (come sollecitato dall'art. 9, dir. UE 2019 n. 2019/1158), ma prevede ben pochi limiti al potere del datore di lavoro di modifica di tali tempi. Di conseguenza, si estendono gli spazi di intervento del diritto antidiscriminatorio mediante il quale si può sindacare, caso per caso, se la variazione temporale richiesta dal datore di lavoro ha prodotto effetti svantaggiosi per il *caregiver* (v. di recente T. Bologna, decr. 31 dicembre 2021, n. 7559).

3. L'aver ricondotto le discriminazioni in ragione delle esigenze di cura all'ambito delle discriminazioni di genere, consente di applicare le disposizioni in materia di tutela processuale, le sanzioni e i rimedi dettati per queste ultime. Del pari, in caso di discriminazioni in ragione delle esigenze di cura, le consigliere di parità potranno agire o intervenire in giudizio ai sensi degli artt. 36 e 37, d.lgs. n. 198/2006.

Su quest'ultimo punto, si deve osservare che la l. n. 162/2021 non modifica il modello "accentrato" di tutela contro la discriminazione col-

lettiva, e continua a negare la legittimazione ad agire alle organizzazioni sindacali e alle associazioni rappresentative dell'interesse leso, come invece previsto dall'art. 5, d.lgs. n. 216/2003. A fronte del ruolo crescente del diritto antidiscriminatorio in ragione della crisi della norma inderogabile, mi pare inopportuno continuare a riconoscere alle sole consigliere, spesso non dotate delle necessarie risorse, la legittimazione ad agire in caso di discriminazioni collettive. Tanto più che le esigenze di cura configurano un fattore autonomo rispetto al genere e possono riguardare anche le famiglie arcobaleno, gli stranieri, i disabili.

Gli esempi di *strategic litigation* a difesa dei soggetti da ultimo ricordati provano che più si allargano i criteri per la legittimazione ad agire, più la difesa dei diritti a non subire discriminazioni è effettiva. Di conseguenza, l'*effet utile* del diritto dell'Unione dovrebbe indurre ad allineare i criteri di legittimazione ad agire a quanto previsto dall'art. 5, d.lgs. n. 216/2003. Peraltro, l'art. 17, dir. CE n. 2006/54 (al pari degli artt. 7, dir. CE 29 giugno 2000 n. 2000/43 e 9, dir. CE 27 novembre 2000, n. 2000/78) prescrive agli Stati di riconoscere «alle associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche» che abbiano un legittimo interesse, e non all'organismo di parità di cui all'art. 20, il diritto di avviare procedure finalizzate al rispetto degli obblighi imposti dal diritto antidiscriminatorio.

L'allargamento dei fattori protetti operato dalla l. n. 162/2021 enfatizza i problemi generati dalle discriminazioni multiple o intersezionali le quali richiederebbero di superare la frammentarietà della normativa antidiscriminatoria e di riflettere sulla struttura del relativo giudizio per capire come, in tali casi, si applichino le regole in materia di comparazione, giustificazioni, rimedi, legittimazione ad agire, ecc. Al contempo, la presenza di tali discriminazioni mette in discussione la separatezza degli organismi di parità.

Quanto al fatto che la lett. a) del comma 2-*bis* dell'art. 25, d.lgs. n. 198/2006 richieda che lo svantaggio sia rilevato rispetto «alla generalità degli altri lavoratori», occorre, ancora una volta, richiamare l'obbligo di interpretazione conforme. Le recenti conclusioni dell'avvocata generale Medina (28 aprile 2022, n. 344/20, *LF*) dimostrano quanto il modo in cui si costruisce la comparazione incida sul riconoscimento della condotta discriminatoria. La giurisprudenza della Corte di giustizia ci insegna che il termine di comparazione va individuato, caso per caso, tenendo conto degli obiettivi perseguiti dal diritto antidiscriminatorio. L'obbligo di interpretazione conforme impone dunque di andare al di là del testo della lett. a) del comma 2-*bis* e di scegliere il comparatore in ragione del trattamento svantaggioso di cui si discute e dell'esigenza di garantire un'effettiva tutela del diritto a non subire discriminazioni.

La stessa argomentazione può replicarsi per le tre fattispecie discriminatorie indicate alle lett. *a)*, *b)* e *c)* del comma 2-*bis* dell'art. 25 le quali devono, di conseguenza, intendersi come fattispecie esemplificative e non tassative. Peraltro, l'ipotesi di cui alla lett. *a)*, oltre a ricomprendere le due successive, finisce per coincidere con le condotte vietate dai commi 1 e 2 dell'art. 25. E, anzi, la lett. *a)* del comma 2-*bis*, limitandosi a richiedere una posizione di svantaggio, anziché di "particolare" svantaggio, estende l'ambito delle condotte vietate.

Infine, sul carattere "innominato" della discriminazione di cui al comma 2-*bis* dell'art. 25, d.lgs. n. 198/2006 è opportuno richiamare la giurisprudenza sui principi di non discriminazione a favore dei lavoratori non-standard. Nonostante tali principi siano formulati come regole di parità di trattamento e non vietino espressamente le discriminazioni indirette, la Corte di giustizia li ha applicati anche nei casi in cui l'effetto svantaggioso derivava dall'accordare il medesimo trattamento a situazioni, quali quelle dei lavoratori non-standard, diverse rispetto a quella in cui si trovano i lavoratori assunti a tempo pieno e indeterminato. A prescindere, dunque, dalla diversa formulazione dei principi di non discriminazione, le Corti hanno interpretato in maniera sistematica l'intera normativa antidiscriminatoria e hanno pressoché sempre utilizzato precedenti giudiziari, anche relativi a fattori diversi da quello rilevante nel caso specifico.

4. Prima di chiudere queste brevi riflessioni, sia consentito un rapido sguardo al Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e alla Strategia nazionale per la parità di genere 2021-2025, a cui la l. n. 162/2021 dà attuazione.

In entrambi i documenti, l'*enforcement* delle politiche di genere è basato sul monitoraggio del personale e sulla certificazione di parità. Il primo strumento fotografa la situazione di lavoratrici e lavoratori all'interno di un'impresa, passaggio imprescindibile per progettare qualsiasi misura diretta a realizzare un'effettiva eguaglianza di genere. La fotografia rimane però sfocata e incompleta. Inoltre, il legislatore sanziona solo i casi di mancata presentazione del rapporto o di rapporto mendace o incompleto, mentre non prevede nulla nell'ipotesi in cui i dati che emergono dal monitoraggio evidenzino conclamate disparità di genere. A ben vedere, questa è la più marcata differenza con la proposta di direttiva sulla trasparenza retributiva (COM/2021/93) che, quando verrà approvata, costringerà il legislatore nazionale a modificare e integrare quanto previsto dall'art. 46, d.lgs. n. 198/2006.

Quanto alla certificazione di parità di cui all'art. 46-*bis*, d.lgs. n. 198/2006, essa è rilasciata da soggetti accreditati a cui l'impresa potrà rivolgersi. Numerosi studi hanno messo in luce le frequenti collusioni che esistono fra i privati che rilasciano le certificazioni e le imprese che li pagano per ottenere le stesse. Inoltre, in questi processi di certificazione i rappresentanti dei lavoratori e i sindacati non hanno alcuna voce in capitolo. Di conseguenza, il legislatore ha deciso di premiare le imprese che possono permettersi di acquistare una certificazione rilasciata da soggetti privati, senza alcun controllo dell'ente pubblico e senza contraddittorio con le parti sociali.

Ancor meno condivisibile è il fatto che il PNRR e la Strategia nazionale per la parità di genere, nonostante pongano una certa attenzione sulle esigenze di cura, siano diretti a promuovere l'*empowerment* femminile. Mi pare che vi sia una certa contraddittorietà tra lo sviluppo di strategie di *empowerment* e la riflessione sulle nostre vulnerabilità che la centralità della cura impone. Può essere che tale contraddizione sia frutto della frenesia della politica moderna. Credo però che se non si chiarisce questo elemento basilare – quale femminismo vogliamo perseguire – sia impossibile progettare politiche di genere coerenti.

Discriminazione diretta e indiretta: una distinzione da ripensare?, di Raffaello Santagata de Castro

1. La recente riscrittura dell'art. 25, commi 2 e 2-*bis*, del Codice delle pari opportunità (d.lgs. n. 198/2006), operata dalla l. n. 162/2021, offre l'occasione per tornare a riflettere sulla portata delle nozioni di discriminazione diretta e indiretta. A distanza di ormai tre decenni dalla l. n. 125/1991, che, per la prima volta, ha fornito una esplicita definizione del concetto di *disparate impact* teorizzato nell'esperienza statunitense, si deve constatare come, da allora, nel campo del diritto antidiscriminatorio molta acqua sia passata sotto i ponti. L'attivismo della giurisprudenza della Corte di giustizia, che, in passato, con riferimento al fattore di discriminazione sessuale, ha contribuito fortemente alla elaborazione e al progressivo affinamento dei concetti-chiave, continua a svolgere tuttora un ruolo di primissimo piano anche in relazione ai fattori di nuovo conio, giungendo a colmare, talvolta in modo più o meno discutibile, i vuoti lasciati dai legislatori europei e nazionali, anche con la costruzione di nuove categorie concettuali (per es. la discriminazione per associazione).

Senonché, il diritto antidiscriminatorio continua a presentare non poche ambiguità di fondo su questi aspetti. L'inclusione di nuovi fattori nell'area della tutela antidiscriminatoria ha riportato, di recente, al centro dell'attenzione la questione della collocazione della linea distintiva tra discriminazione diretta e indiretta e ha offerto nuovi spunti per riflettere sulle ragioni che hanno spinto i legislatori ad adottare tale distinzione.

Il nuovo testo dell'art. 25 non sembra però fornire risposte adeguate al riguardo. Le modifiche apportate, pur rilevanti per certi aspetti, sembrano avere un impatto modesto sulla nozione "generale" di discriminazione, di genere e non: il legislatore, da un lato, si preoccupa di ampliare lo spettro dei fattori antidiscriminatori, aggiungendo accanto alla gravidanza, alla maternità e alla paternità, le esigenze di «cura personale o familiare», e, dall'altro, include, tra i possibili «comportamenti» rilevanti ai fini del concetto di discriminazione, l'ipotesi di una «modifica dell'organizzazione, delle condizioni e dei tempi di lavoro». Si tratta di una previsione che ha, essenzialmente, lo scopo di promuovere una concezione più moderna dell'equilibrio vita/lavoro e di estendere il campo dei soggetti protetti dalla normativa antidiscriminatoria. Essa trova una sponda nella direttiva n. 2019/1158, con cui il legislatore europeo mostra una particolare sensibilità sul tema in questione là dove amplia lo spazio per realizzare un'articolazione flessibile dell'orario di lavoro con finalità di conciliazione. La direttiva, dopo aver introdotto, all'art. 9, comma 1, un nuovo speciale diritto a chiedere modalità di lavoro flessibili al fine di assolvere ai compiti di cura, impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie a vietare ogni trattamento svantaggioso causato dalla domanda o dalla fruizione dei congedi previsti o dall'esercizio del diritto di chiedere orari di lavoro flessibili per motivi di assistenza (art. 11). Tuttavia, la formulazione del divieto di discriminazione introdotto nel diritto interno è volutamente più ampia: il trattamento svantaggioso è vietato laddove sia determinato da modifiche dell'organizzazione, delle condizioni e dei tempi di lavoro volto a compromettere, più in generale, la posizione lavorativa di chi assume ruoli, tipicamente femminili, quali l'assistenza all'infanzia o alla famiglia. Ipotesi, questa, riconducibile, in qualche misura, alla discriminazione per associazione.

Il fatto che il legislatore individui nelle «esigenze di cura» un *autonomo* fattore di discriminazione appare assai significativo, giacché disvela l'intento di codificare un criterio nuovo per identificare un gruppo sociale, considerato, nell'attuale contesto, bisognoso di protezione; tuttavia, qualsiasi tentativo di assimilare allo stato di gravidanza la condizione in cui si trova il genitore che ha un carico di cura di figli minori non può che rivelarsi ingannevole, impreciso e artificioso: nel caso della condi-

zione di *caregiver* sembra infatti più difficile parlare di una caratteristica intrinsecamente legata al sesso.

Per cui resta tuttora aperta la questione, che si pone in termini più generali, relativa alla determinazione della linea di confine tra discriminazione diretta e discriminazione indiretta. La casistica sinora emersa, anche in altri paesi, non sembra fugare i dubbi emersi al riguardo. I giudici nazionali ed europei hanno ammesso che, nell'ipotesi di una variazione dei regimi di orario di lavoro da parte di un'impresa, il trattamento svantaggioso per i genitori lavoratori rispetto ai genitori non lavoratori costituisca una discriminazione indiretta per genitorialità o sesso. In una recente decisione, ad esempio, il Tribunale di Bologna ha accolto il ricorso della consi-gliera di parità, ritenendo che la sostituzione, per *tutti* i dipendenti, di un unico turno di lavoro con fascia oraria "centrale" con due turni alternati, potesse rendere ai genitori lavoratori più difficoltosa la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro (e la fruizione degli istituti giuridici a ciò preposti) e in particolare la cura dei figli minori. Alla medesima conclusione erano pervenute, in un caso più risalente (*London underground Ltd*), le Corti inglesi, le quali avevano dato ragione a una donna che era stata costretta a lasciare il proprio lavoro in quanto il nuovo turno di lavoro introdotto per i macchinisti dei treni della metropolitana da un contratto collettivo poneva non poche difficoltà ai genitori *single* che dovevano accudire i propri bambini di mattina prima della scuola (anche se questo problema sembrava interessare soltanto la ricorrente).

2. Volendo chiedersi se, a fronte del nuovo comma *2-bis* dell'art. 25, possa prefigurarsi ora una strada alternativa rispetto a quella percorsa dai giudici nei casi appena richiamati, la risposta a tale quesito è senz'altro affermativa: poiché la nuova norma reprime le disparità fondate sulla condizione di *caregiver*, in futuro, per la censura di tali differenze di trattamento non vi sono più ostacoli a configurare una discriminazione (diretta o indiretta) in ragione di tale fattore, e dunque non sarà più necessario, come si è verificato sinora, ricorrere al divieto di discriminazione indiretta sulla base del sesso. Peraltro, le conseguenze pratiche che potrebbero derivare dalla scelta di qualificare tali disparità come discriminazione diretta saranno le stesse previste in caso di disparità fondate direttamente sul genere: contrariamente a quanto accade con riferimento ad altri fattori (per es. l'età), si può infatti configurare un divieto assoluto che non ammette giustificazioni di sorta (co. *2-bis* dell'art. 25); solo la qualificazione in termini di discriminazione indiretta potrà lasciare uno spazio alle giustificazioni dedotte dal convenuto.

Qualche dubbio sopravviene però, come si diceva, quando passiamo a interrogarci, in generale, su quale sia la linea di confine tra la discriminazione diretta e quella indiretta. A tal riguardo, come mostrano anche diverse analisi comparate, il diritto antidiscriminatorio presenta ancora non poche criticità. Gli esempi a riguardo potrebbero essere tanti. In alcune pronunce la CGUE condivide l'idea che per qualificare una discriminazione come diretta sia necessario accertare che le circostanze su cui si fonda la decisione dell'autore del comportamento discriminatorio siano *intrinsecamente* legate alla caratteristica protetta, benché non vi sia un legame evidente. Pochi sono però i casi in cui l'uso di tale criterio consente di dissipare ogni dubbio. È certamente annoverabile tra essi la discriminazione fondata sullo stato di gravidanza: essa costituisce per definizione una discriminazione basata sul sesso giacché la gravidanza è una prerogativa esclusivamente femminile.

Tuttavia, in molte altre ipotesi non è affatto escluso che la stessa fattispecie sia qualificabile, al tempo stesso, sia come discriminazione diretta che indiretta. Si pensi ancora al caso della scelta datoriale di adibire indistintamente l'intera platea dei dipendenti a una organizzazione dell'orario di lavoro sfavorevole per i genitori con figli. Tale provvedimento potrebbe essere considerato direttamente discriminatorio in ragione del nuovo fattore se si pone l'enfasi sul fatto che nessun genitore con figli in età da scuola dell'infanzia, materna o primaria potrà farsi carico della cura e dell'accudimento della prole; ma potrebbe anche essere identificato, viceversa, in una regola neutra astrattamente idonea a produrre un effetto particolarmente svantaggioso per una cerchia ristretta di soggetti (ossia i genitori con figli). E in tal caso l'entità della sproporzione è facilmente manipolabile giacché i giudici nazionali hanno un ampio margine di apprezzamento per determinare la composizione del campione (*pool*) dei gruppi da porre a confronto.

3. Pertanto, proprio perché il confine tra discriminazione diretta e indiretta si rivela assai labile, e le indicazioni normative sugli elementi costitutivi delle fattispecie risultano assai scarse, se non fuorvianti (si pensi al parametro di raffronto individuato nel nuovo testo nella «generalità dei lavoratori»), si ripresenta la necessità di determinare il fondamento che sorregge la distinzione tipizzata dalla normativa soprattutto al fine di verificare se sia appropriato continuare a fare affidamento su questa dicotomia per poter delimitare l'ambito entro il quale l'autore della discriminazione può formulare giustificazioni.

In altri termini, volendo ridurre all'osso la questione, e senza avere la pretesa di affrontarla qui, appare legittimo domandarsi se sia opportuno ripensare l'idea che concepisce il divieto di discriminazione diretta (per es. di genere, razziale o religiosa e ora anche per ragioni di cura) come un divieto, per sua natura, assoluto, differenziandolo da quello di discriminazione indiretta, che si contraddistingue invece per lo spazio lasciato all'operare di una ampia gamma di giustificazioni (anche a quelle basate su ragioni di mercato).

Il riconoscimento di una giustificazione di carattere generale soltanto con riferimento alle discriminazioni indirette trova un riscontro più o meno esplicito nel diritto vivente giurisprudenziale e potrebbe rinvenire una spiegazione in una precisa scelta di politica legislativa volta a ridurre il margine di apprezzamento discrezionale del giudice: è plausibile ipotizzare che se il legislatore, nel caso del divieto di discriminazioni dirette, non avesse limitato le eccezioni (per es. «requisiti essenziali e determinanti per lo svolgimento dell'attività lavorativa»), il giudice sarebbe stato tentato di dare ampio spazio a qualsiasi tipo di ragione addotta dal datore per giustificare la sua condotta. Tuttavia, la limitazione della possibilità di giustificare le disparità di trattamento non trova alcun fondamento nel richiamo ai principi fondamentali. Al contrario, è proprio la salvaguardia di un obiettivo di inclusione sociale e di pari dignità che potrebbe imporre l'introduzione di una giustificazione di carattere generale per la discriminazione sia diretta che indiretta: e infatti, in talune ipotesi, su cui si è appuntata l'attenzione della dottrina anglosassone, si è accertato che la condotta datoriale, pur riconducibile a un fattore discriminatorio, si fondava su motivazioni legittime, come quella di fornire sostegno a un gruppo svantaggiato, senza arrecare alcuna lesione alla dignità altrui. Sorprende che, in simili ipotesi, in base alla normativa vigente, non vi sia alcuna possibilità di escludere la discriminazione, sebbene la dignità sia preservata.

Peraltro, anche avendo riguardo all'altro lato della medaglia, è dubbio che ai casi di discriminazioni indirette debba in ogni caso corrispondere l'assenza di una lesione della dignità e della persona umana (o una lesione meno grave di essa). Alcuni casi discussi negli Stati Uniti mostrano invece che la discriminazione indiretta è spesso tanto problematica sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali quanto lo è la discriminazione diretta e spesso l'autore ne è ugualmente responsabile. Significativo è il caso del bando per l'assunzione come pompieri che utilizza un test di idoneità fisica con l'effetto di escludere gran parte delle donne: tale prassi presuppone una mancata e iniqua considerazione degli interessi di un gruppo svantaggiato e potrebbe avere alla base una visione

stereotipata in base alla quale le donne non sono adatte a tale mestiere perché sono troppo delicate e fragili dal punto di vista emotivo. Ebbene, per i motivi sin qui illustrati, sembra più che legittimo, a nostro avviso, infrangere il tabù che, nelle discriminazioni diretta e indiretta, impedisce di configurare negli stessi termini la giustificabilità di una regola o di una prassi, mettendo almeno in dubbio il postulato che si è consolidato, in modo più o meno esplicito, nella letteratura secondo cui la discriminazione indiretta, diversamente da quella diretta, dovrebbe sempre in linea di principio ammettere giustificazioni perché la condotta o l'atto da reprimere avrebbe in ogni caso un minore disvalore sociale e la dignità della vittima riceverebbe sempre una offesa meno grave.

La discriminazione di genere rivisitata e il puzzle da ricomporre, *di Daniela IZZI*

1. Nell'anno in cui l'Unione europea ha mostrato l'intenzione di rafforzare gli strumenti di contrasto alle disparità retributive tra uomini e donne presentando una proposta di direttiva in materia e in cui, a livello interno – a fronte del massiccio divario di genere riscontrabile in ogni ambito della vita lavorativa ed esasperato dall'emergenza pandemica – il Piano nazionale di ripresa e resilienza ha messo in campo (fra l'altro) l'impegno a istituire un sistema di certificazione della parità tra lavoratori e lavoratrici, il legislatore si è finalmente risolto a incidere su aspetti notoriamente inadeguati del codice delle pari opportunità: come il rapporto biennale sulla situazione del personale, di primario rilievo per l'individuazione delle disuguaglianze esistenti e per il monitoraggio dei progressi in proposito.

Alle innovazioni di potenziamento della disciplina recata dal d.lgs. n. 198/2006 che, alla luce del contesto generale, risultavano più prevedibili, la l. n. 162/2021 ha tuttavia abbinato un intervento alquanto maldestro sulle definizioni di discriminazione di genere contenute nell'art. 25. Ciò vale non tanto per le nozioni di discriminazione diretta e di discriminazione indiretta, al cui interno sono state inserite precisazioni che non alterano la sostanza delle due figure e che sono considerabili tutt'al più superflue; quanto piuttosto per la discriminazione originariamente legata alle situazioni di gravidanza, maternità e paternità che era stata introdotta nel comma 2-*bis* dell'art. 25 in sede di attuazione della direttiva “di rifu-sione” n. 2006/54. Questa è stata infatti rivisitata in termini profondi e inattesi, tali da creare ampie incertezze nell'interprete, spiazzato da una fattispecie normativa che pare deragliare dai consolidati binari del diritto

antidiscriminatorio e di cui si fatica a comprendere la confusa portata multifattoriale.

Guardando alla riscrittura dell'art. 25 c.p.o., non mancano dunque ragioni per ritenere che il nostro legislatore avrebbe potuto celebrare il trentesimo anniversario di una pietra miliare per la parità tra lavoratori e lavoratrici come la l. n. 125/1991 con un intervento più meditato e tecnicamente solido. Davanti a una disposizione mal congegnata qual è quella del nuovo comma 2-*bis*, comunque, non ci si può sottrarre al tentativo di fornirne una interpretazione conforme al diritto dell'Unione, avvalendosi dei punti fermi riconoscibili nella disciplina antidiscriminatoria dell'ordinamento multilivello per superare almeno qualche incongruenza della lettera normativa.

2. In linea col diritto eurounitario, le nozioni di discriminazione diretta e indiretta delineate ai commi 1 e 2 dell'art. 25 sono accomunate da alcuni imprescindibili elementi che non possono non rinvenirsi anche nella discriminazione vietata dal comma 2-*bis*, posta a cavallo tra le due figure che precedono (come avveniva a ben vedere fin dall'originaria formulazione della norma con riguardo alle penalizzazioni subite dai genitori, opportunamente ritenute reprimibili dalla giurisprudenza quand'anche perpetrate in via indiretta). Si fa riferimento alla dimensione intrinsecamente comparativa della fattispecie, che può snodarsi lungo la linea individuale del confronto tra singoli soggetti o lungo quella collettiva del confronto fra gruppi, assumendo natura reale o anche solo ipotetica; e alla connotazione oggettiva dell'illecito discriminatorio, incentrato sull'«effetto pregiudizievole» o sul «particolare svantaggio» derivante – in forma attuale o puramente potenziale – da qualunque «disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento» collegato al genere in via diretta oppure mediata.

A distinguere le due nozioni di discriminazione interviene invece la giustificazione, costruita nei termini del legittimo obiettivo perseguito con mezzi appropriati e necessari, che è esplicitamente abilitata a escludere dall'interno la ricorrenza della sola discriminazione indiretta. Il fatto che sia ormai chiaramente emersa la labilità del confine che in certe situazioni separa la discriminazione diretta da quella indiretta (si pensi a quanto spiegato da CGUE 16 luglio 2015, C-83/14, *Chez* o al dibattito innescatosi a margine della pronuncia resa dal T. Bologna 31 dicembre 2020 nel primo caso di discriminazione algoritmica) non rende opportuno, a mio parere, spingere in via interpretativa per l'annacquamento di tale distinzione.

Degli essenziali connotati delle due forme di discriminazione definite dai commi iniziali dell'art. 25, descritti qui sulla base di una lettura integrata delle norme interne con quelle dell'Unione di cui sono attuazione, nessuno è stato toccato dalle integrazioni apportate dalla l. n. 162/2021. Queste, da un lato, hanno semplicemente ribadito che il divieto di discriminazioni di genere opera anche «in fase di selezione del personale», a beneficio dei candidati all'assunzione, com'era già stabilito dall'art. 27 c.p.o.; dall'altro, hanno evidenziato che gli atti o i criteri apparentemente neutri all'origine della possibile discriminazione indiretta comprendono «quelli di natura organizzativa o incidenti sull'orario di lavoro», con una precisazione che rende più esplicito ciò che poteva comunque già evincersi dalla formulazione iniziale, volutamente ampia e generica.

3. Lo stesso riferimento alle scelte di organizzazione e di articolazione oraria del lavoro che possono compromettere le posizioni lavorative delle donne e più in generale di chi assolve responsabilità parentali – com'è testimoniato dalla giurisprudenza interna (sia T. Firenze 22 ottobre 2019 che T. Bologna 31 dicembre 2021 hanno infatti ravvisato in modifiche dell'orario di lavoro una «discriminazione indiretta in danno dei genitori lavoratori [...] e, in particolare, delle lavoratrici madri») – si ritrova nel nuovo comma 2-*bis* dell'art. 25, il cui singolare testo pare nel complesso condizionato dall'attenzione rivolta alle esigenze dei *caregivers* – non più solo madri e padri, ma anche «prestatori di assistenza» verso familiari diversi dai figli – portate alla ribalta dalla dir. n. 2019/1158 sul *work-life balance*.

Spezzando la piena convergenza contenutistica prima esistente con l'art. 3, d.lgs. n. 151/2001, rimasto intonso e atto quindi a fugare ogni dubbio su temute restrizioni del precetto “gemello” inserito nel d.lgs. n. 198/2006 in attuazione della dir. n. 2006/54 (art. 2.2, lett. c), ma anche artt. 15 e 16), l'attuale art. 25, comma 2-*bis*, c.p.o. qualifica infatti come discriminazione «ogni trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro che, in ragione del sesso, dell'età anagrafica, delle esigenze di cura personale o familiare, dello stato di gravidanza nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti, pone o può porre il lavoratore in almeno una» delle condizioni pregiudizievoli indicate nelle lettere a), b) e c).

Oltre alla moltiplicazione intervenuta nelle condizioni soggettive protette dal divieto di discriminazione, per certi versi stravagante e all'ori-

gine di diversi dubbi, suscita perplessità il modo in cui la l. n. 162/2021 ha descritto e sparpagliato gli elementi essenziali a integrare la discriminazione vietata (in forma sia diretta che indiretta, com'è ragionevole ritenere). Il pregiudizio a carico della/e vittima/e, la cui eventuale natura solo potenziale è opportunamente esplicitata, è infatti delineato tramite un elenco di tre situazioni all'apparenza alternative, le ultime due delle quali accomunate dalla presenza di ostacoli (anziché di vere e proprie barriere, come si evince dalle espressioni «limitazione delle opportunità» e «limitazione dell'accesso») facilmente collegabili alle modifiche orarie e organizzative sopra richiamate, e dal fatto di lasciare sottinteso il termine di comparazione indicato invece nella prima situazione, di portata sostanzialmente onnicomprensiva, in modo molto equivoco. Qui, parlando di «svantaggio rispetto alla generalità degli *altri* lavoratori» (corsivo mio), il legislatore deve avere inteso maldestramente riferirsi non già all'insieme dei lavoratori che versano e che non versano nelle condizioni soggettive tutelate ma, in linea – com'è d'obbligo – coi canoni del diritto antidiscriminatorio eurounitario, ai lavoratori estranei a tali condizioni, richiamate nella loro generalità con uno slancio semplificatorio motivato presumibilmente dalla volontà di non ripetere l'articolato elenco soprastante, ma foriero di possibili fraintendimenti: il che, considerato il ruolo cruciale giocato dal termine di comparazione nei giudizi per discriminazioni, sarebbe stato da evitare.

Quanto al contenuto di tale elenco, alle condizioni soggettive già presenti nell'originario comma 2-*bis* sono state affiancate (e invero anteposte), per cominciare, le esigenze di cura: sia quelle di carattere familiare latamente inteso, destinatarie della protezione antidiscriminatoria imposta dalla direttiva sul *work-life balance* (art. 11); sia quelle di carattere personale, con un allargamento del raggio di operatività della tutela di non agevole individuazione, ma che pare comunque doversi intendere circoscritto alle esigenze di cura della salute e del benessere personale già considerate dal nostro ordinamento. All'inizio di quell'elenco compare poi il ridondante richiamo al fattore del sesso intorno a cui è costruito l'intero c.p.o., già presente nella disposizione in ragione della sua collocazione, come ribadisce l'inciso che parla di discriminazione «ai sensi del presente titolo»; e a seguire l'inatteso riferimento all'età, carattere soggettivo certo non privo di connessioni con le necessità di *caregiving* o di cura della propria salute, ma sul quale è già imperniato un autonomo divieto di discriminazioni lavorative molto diverso da quello della discriminazione di genere (e più debole sotto vari profili: si v. a conferma il d.lgs. n. 216/2003).

Qual è dunque il senso e il peso di queste integrazioni? Forse, replicando la scelta compiuta – a livello prima europeo che nazionale,

peraltro – con l’aggancio al genere della tutela della genitorialità (aggancio non proprio scontato, diversamente che per la gravidanza, nonostante il netto squilibrio di genere riscontrabile nell’assolvimento dei compiti parentali), il legislatore punta ad attribuire alle neo-introdotte condizioni soggettive un regime protettivo consolidato e complessivamente forte?

Mentre non s’intravedono nel nuovo comma 2-*bis* rischi di restrizioni del preesistente standard di tutela per le posizioni genitoriali, nulla cambiando neppure rispetto alle coppie omogenitoriali (su cui si registrano intanto aperture nella realtà sociale: v. ad es. il congedo di paternità accordato alla co-mamma dal gruppo Intesa Sanpaolo in *La Stampa*, 29 maggio 2022, p. 21), si può immaginare che sia stata questa la *ratio* sottostante all’avvenuto allungamento dell’elenco, che sembra voler far convergere sul genere, con eccessiva disinvoltura, anche le discriminazioni legate alla cura propria (oltre che alla cura altrui, ove il nesso col genere emerge tuttora dai dati numerici) e all’età.

Certo i fattori alla base delle discriminazioni possono cumularsi tra loro, per semplice sommatoria oppure tramite una combinazione inscindibile, come avviene rispettivamente per le discriminazioni multiple e per le più complesse discriminazioni intersezionali, che ben si prestano entrambe a includere un carattere basico e peculiarmente trasversale quale il genere (come emerge dalle non casuali aperture in proposito contenute nei considerando 14 e 3, nell’ordine, delle dir. nn. 2000/43 e 2000/78, nell’art. 3.3. della proposta di direttiva sulla parità salariale del 4 marzo 2021 richiamata all’inizio e nella Strategia europea per la parità di genere 2020-2025). Nella riscrittura dell’art. 25, comma 2-*bis* non sembra quindi potersi escludere che sia presente un mal calibrato slancio in tal senso (*contra* Barbera, Borelli 2022, p. 11; ma in linea De Simone 2022, p. 135), almeno con riguardo ai fattori *new-entries* già oggetto di altre discipline antidiscriminatorie, con l’intento di indirizzare verso l’assetto normativo proprio del genere la gestione delle discriminazioni caratterizzate da interferenze tra questo e altri caratteri soggettivi (cfr. Fredman 2016, p. 66 ss. e spec. p. 69 s.).

Per quanto si tenti di decifrarne il significato, a ogni modo, il quadro delineato nella nuova disposizione conserva innegabili tratti di opacità. Pare dunque azzardato leggere nella confusa mescolanza di fattori di rischio ivi realizzata la definizione di una soluzione al «generale problema [...] della separazione v. omogeneizzazione del trattamento del genere rispetto agli altri fattori» e «il superamento del “modello storico” regolativo del genere e delle discriminazioni a questo legate» (Calafà 2022, p. 4): per compiere un simile passo, infatti, occorrerebbe un testo di spessore giuridico e portata sistematica diversi.

Riferimenti bibliografici

- Barbera M., Borelli S. (2022), *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 451.
- Calafà L. (2022), *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, in www.italianequalitynetwork.it.
- De Simone G. (2022), *Discriminazione, in Lavoro digitale*, a cura di M. Novella, P. Tullini, Torino: Giappichelli, p. 127.
- Fredman S. (2016), *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-discrimination Law*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.

Sex, gender, discrimination: a roundtable discussing (I), by Maria Vittoria Ballestrero, Silvia Borelli, Raffaello Santagata de Castro, Daniela Izzi

More than thirty years from the pivotal Act no. 125/1991, on substantial equal treatment between women and men, and in the aftermath of the recent Act no. 162/2021, the authors discuss the notion(s) of discrimination, re-thinking about the non-discrimination legal framework as well as on women’s work.

Keywords: Non-discrimination law; Women’s work; Gender identity; Equal opportunities.

Maria Vittoria Ballestrero è professoressa emerita di Diritto del lavoro dell’Università di Genova (corso Carbonara 7/11, 16125 Genova – Italy) mariavittoriaballestrero@yahoo.it.

Silvia Borelli è professoressa associata di Diritto del lavoro nell’Università di Ferrara (Dipartimento di Giurisprudenza, corso Ercole I d’Este 37, 44121 Ferrara – Italy) silvia.borelli@unife.it.
orcid.org/0000-0002-6440-3701.

Raffaello Santagata de Castro è professore associato di Diritto del lavoro nell’Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli” (Dipartimento di Scienze politiche, viale Ellittico 31, 81100 Caserta – Italy) raffaello.santagatadecastro@unicampania.it.
orcid.org/0000-0002-2334-6341.

Daniela Izzi è professoressa ordinaria di Diritto del lavoro nell'Università di Torino (Dipartimento di Giurisprudenza, Lungo Dora Siena 100, 10153 Torino – Italy) daniela.izzi@unito.it.
orcid.org/0000-0002-1597-8103.