

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

In questo numero

RICERCHE
Il contrasto al divario retributivo di genere

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE
Contrattazione decentrata, misure di welfare e conciliazione

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Licenziamento e patto di prova nel regime sanzionatorio del Jobs Act

Discriminazioni nel lavoro digitale: il caso Foodinho

Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore pubblico nell'ipotesi di

reiterazione di contratti a termine seguita da stabilizzazione nella PA

Giurisprudenza penale: sfruttamento del lavoro, proporzionalità e

sufficienza della retribuzione

Responsabilità penale del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza

Scarcerazione del lavoratore detenuto e Naspi

Rappresentatività comparativa secondo il TAR Lazio

Infortuno sul lavoro in ambito domestico e onere della prova

LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE

Disciplina dell'orario di lavoro nella contrattazione aziendale del 2023

Contrasto alla violenza di genere e contrattazione nazionale

Salute e sicurezza nel lavoro tramite piattaforma: il caso degli shopper

Sorveglianza sanitaria e malattia del lavoratore

DIRITTO EUROPEO E INTERNAZIONALE DEL LAVORO

Amazon Francia: sorveglianza "intrusiva e pressante" dei magazzinieri

Le ferie ai tempi della pandemia

N. 2/XXXIV - 2024



Diritto delle Relazioni Industriali fa parte della
International Association of Labour Law Journals



Diritto delle Relazioni Industriali

2

2024

Publicazione Trimestrale - Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (convertito in L. 27/02/2004 n° 46) articolo 1, comma 1, DCB (VARESE)

DIRITTO DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI

Rivista fondata da Luciano Spagnuolo Vigorita e già diretta da Marco Biagi

DIREZIONE

Tiziano Treu, Mariella Magnani, Michele Tiraboschi (*direttore responsabile*)

COMITATO SCIENTIFICO

Gian Guido Balandi, Francesco Basenghi, Mario Biagioli, Andrea Bollani, Roberta Bortone, Alessandro Boscati, Guido Canavese, Umberto Carabelli, Bruno Caruso, Laura Castelvetti, Giuliano Cazzola, Gian Primo Cella, Maurizio Del Conte, Raffaele De Luca Tanajo, Vincenzo Ferrante, Marco Ferraresi, Pietro Ichino, Vito Sandro Leccese, Fiorella Lunardon, Arturo Maresca, Oronzo Mazzotta, Gaetano Natullo, Luca Nogler, Angelo Pandolfo, Roberto Pedersini, Marcello Pedrazzoli, Giuseppe Pellacani, Adalberto Perulli, Giampiero Proia, Mario Ricciardi, Mario Rusciano, Riccardo Salomone, Franco Scarpelli, Paolo Sestito, Luciano Spagnuolo Vigorita, Patrizia Tullini, Armando Tursi, Pier Antonio Varesi, Gaetano Zilio Grandi, Carlo Zoli, Lorenzo Zoppoli.

COMITATO EDITORIALE INTERNAZIONALE

Antonio Baylos Grau (*Castilla la Mancha*), Janice Bellace (*Pennsylvania*), Jesús Cruz Villalón (*Stigitz*), Simon Deakin (*Cambridge*), Anthony Forsyth (*Melbourne*), Julio Grisolia (*Buenos Aires*), Thomas Haipeter (*Duisburg*), Patrice Jallet (*Montreal*), José João Abrantes (*Lisbona*), Maarten Keune (*Amsterdam*), Csilla Kolonay Lehoczy (*Budapest*), Lourdes Mella Méndez (*Santiago de Compostela*), Antonio Ojeda Avilés (*Stigitz*), Shinya Ouchi (*Tokyo*), Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (*Madrid*), Juan Raso Delgue (*Montevideo*), Manfred Weiss (*Frankfurt*).

REDAZIONE

Emanuele Dagnino (*redattore capo*), Francesco Alfano, Alessio Caracciolo, Lilli Viviana Casano, Michele Dalla Sega, Francesca De Michel, Maria Del Frate, Michele Faioli, Marco Ferraresi (*coordinatore Osservatorio giurisprudenza italiana*), Giorgio Impellizzeri, Giuseppe Ludovico, Anna Manfredini, Pietro Manzella (*revisor linguistico*), Mariagrazia Militello, Michele Murgio, Giovanni Battista Panizza, Veronica Papa, Sara Prosdocimi, Giovanni Pigliarini, Giovanna Pistore, Alessandra Quaini, Pierluigi Rausci, Nicolò Rossi, Raffaello Santagata, Francesco Seghezzi, Michele Squeglia, Paolo Tomassetti.

COMITATO DEI REVISORI

Francesco Basenghi, Vincenzo Bavaro, Mario Biagioli, Marina Brollo, Luca Calcaterra, Piera Campanella, Bruno Caruso, Mattico Corti, Maurizio Del Conte, Vincenzo Ferrante, Luigi Fiorillo, Donata Gottardi, Stefano Giubbboni, Pietro Ichino, Vito Sandro Leccese, Fiorella Lunardon, Marco Marazza, Arturo Maresca, Oronzo Mazzotta, Luca Nogler, Marco Novella, Antonella Occhino, Pasquale Passalacqua, Marcello Pedrazzoli, Adalberto Perulli, Giampiero Proia, Orsola Razzolini, Roberto Rompi, Anna Trojsi, Patrizia Tullini, Armando Tursi, Antonio Vallebona, Pier Antonio Varesi, Gaetano Zilio Grandi, Carlo Zoli, Antonello Zoppoli, Lorenzo Zoppoli.

Centro Studi Internazionali e Comparati del Dipartimento di Economia Marco Biagi
Diritto Economia Ambiente Lavoro – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia,
Viale Berengario, 51 – 41100 Modena (Italy) – Tel. +39 059 2056742; Indirizzo e-mail:
droi@unimore.it

Dipartimento di Studi Giuridici – Università degli Studi di Pavia
Corso Strada Nuova, 65 – 27100 Pavia (Italy) – Tel. +39 0382 984013; Indirizzo e-mail:
droi@unipv.it

Segreteria di redazione: Laura Magni laura.magni@adapt.it

Diritto delle Relazioni Industriali si impegna a procedere alla selezione qualitativa dei materiali pubblicati sulla base di un metodo di valutazione formalizzata e anonima di cui è responsabile il Comitato dei revisori. Tale sistema di valutazione è coordinato dalla direzione che si avvale anche del Comitato scientifico e del Comitato editoriale internazionale.

Amministrazione: Casa editrice Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A.,
via Monte Rosa, 91 – 20149 Milano – tel. 02/38.089.200 – fax 02/38089432
Internet: www.giuffrefrancislefebvre.it – e-mail: vendite@giuffrefr.it

Pubblicità:

Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Servizio Pubblicità, via Monte Rosa, 91 – 20149 Milano –
tel. 02/38.089.380 – fax 02/38089426
e-mail: periodici@giuffrefr.it

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2024

Unione europea € 150,00
Paesi extra Unione europea € 225,00
Prezzo di un singolo numero € 38,00
(Extra U.E. € 60,00)
Sconto 10% per i soci AISRI – soci ADAPT – abbonati Bollettino ADAPT – soci AIDP – soci GDP

RIVISTA ON-LINE ALL'INTERNO DI "BIBLIOTECA RIVISTE" DAL 1991

U.E. € 120,00*
*IVA esclusa
La rivista on-line riproduce, in pdf, i contenuti di ogni fascicolo dall'anno indicato fino all'ultimo numero in pubblicazione.
La sottoscrizione dell'abbonamento garantisce un accesso di 365 giorni dalla data di sottoscrizione.
In seguito alla sottoscrizione sarà inviata all'abbonato una password di accesso.
Il sistema on-line Biblioteca Riviste permette la consultazione dei fascicoli attraverso ricerche:

- full text
- per estremi di pubblicazione (numero e anno fascicolo)
- per data

In caso di sottoscrizione contemporanea alle due riviste cartacee qui di seguito indicate **sconto 10% sulla quota di abbonamento:**

	Unione europea	Paesi extra Unione europea
<i>Diritto delle Relazioni Industriali</i>	€ 150,00	€ 225,00
<i>Rivista Italiana di Diritto del Lavoro</i>	€ 185,00	€ 255,00

L'abbonamento alla rivista cartacea decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri relativi all'annata, compresi quelli già pubblicati.

Il pagamento può effettuarsi direttamente all'Editore:

- con versamento sul c.c.p. 721209, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
- a ricevimento fattura (riservata ad enti e società);
- acquisto on-line tramite sito "shop.giuffre.it";
- oppure tramite gli Agenti Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. a ciò autorizzati (cfr. www.giuffrefrancislefebvre.it/it/agenzia/).

Il rinnovo dell'abbonamento deve essere effettuato entro il 31 marzo di ciascun anno.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimborsamento dell'importo.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - via Monte Rosa, 91 - 20149 Milano.

I contributi pubblicati in questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma

Registrazione presso il Tribunale di Milano al n. 1 del 4 gennaio 1991
R.O.C. n. 6569 (già RNS n. 23 vol. 1 foglio 177 del 2/7/1982)

Direttore responsabile: MICHELE TIRABOSCHI



Pubblicità inferiore al 45%
Stampato da Galli Edizioni S.r.l. - Varese

DIRITTO delle RELAZIONI INDUSTRIALI

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

N. 2

XXXIV-2024

 **GIUFFRÈ**
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

SOMMARIO - n. 2/2024

Ricerche: *Il contrasto al divario retributivo di genere*

VINCENZO FERRANTE <i>Divario retributivo di genere: novità e conferme dalla direttiva (UE) 2023/970</i>	313
ELENA PASQUALETTO <i>La complicata nozione di discriminazione di genere dopo la legge n. 162/2021</i>	349
ELISABETTA TARQUINI <i>Parità retributiva di genere e trasparenza salariale</i>	380
GABRIELE CONSONNI <i>La certificazione della parità di genere: la UNI/PdR 125:2022</i>	395
LUISA ROSTI <i>Le cause del divario retributivo di genere</i>	410

Relazioni industriali e risorse umane

SEBASTIANO CASTELLUCCI <i>Contrattazione collettiva decentrata e misure di welfare occupazionale nella conciliazione dei tempi</i>	433
--	-----

Osservatorio di giurisprudenza italiana

MARCO BIASI <i>Sulle conseguenze del licenziamento intimato sull'errato presupposto della validità del patto di prova nel regime sanzionatorio del Jobs Act (nota a Cass. 14 luglio 2023, n. 20239)</i>	455
RITA CARUSO <i>Discriminazioni algoritmiche indirette e multifattoriali nel lavoro digitale: il caso Foodinho (nota a Trib. Palermo 17 novembre 2023)</i>	462
FEDERICA CORBO <i>La decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore pubblico nell'ipotesi di reiterazione di contratti a termine seguita da stabilizzazione presso la pubblica amministrazione (nota a Cass., sez. un., 28 dicembre 2023, n. 36197)</i>	471

MARCO FERRARESI <i>La giurisprudenza penale sullo sfruttamento del lavoro confonde proporzionalità e sufficienza della retribuzione</i> (nota a Cass. pen. 22 gennaio 2024, n. 2573)	478
ENRICO GRAGNOLI <i>La responsabilità penale del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza</i> (nota a Cass. pen. 26 settembre 2023, n. 38914)	486
MICHELE MOLÈ <i>La scarcerazione del lavoratore detenuto (poi) disoccupato dà diritto alla Naspi: la Cassazione conferma</i> (nota a Cass. 5 gennaio 2024, n. 396)	492
EDOARDO MARIA POIANI LANDI <i>La valutazione della maggiore rappresentatività comparativa secondo il TAR Lazio: presupposti e criticità</i> (nota a TAR Lazio 30 ottobre 2023, n. 16048)	498
IRENE TAGLIABUE <i>Infortunio sul lavoro in ambito domestico: grava sul datore di lavoro l'onere della prova</i> (nota a Cass. ord. 24 agosto 2023, n. 25217)	503

Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione

FRANCESCO ALIFANO <i>L'orario nella contrattazione collettiva aziendale: tendenze del 2023</i>	513
CHIARA ALTILIO, STEFANIA NEGRI <i>Violenza di genere e contrattazione collettiva nazionale</i>	524
FEDERICA CAPPONI <i>Salute e sicurezza nel lavoro tramite piattaforma digitale: il caso degli shopper</i>	533
EMANUELE DAGNINO <i>Sorveglianza sanitaria e malattia del lavoratore: l'inadeguatezza di un'impostazione (e un'interpretazione) restrittiva...</i>	543

Osservatorio di diritto europeo e internazionale del lavoro

MICHELE MOLÈ <i>Surveiller et punir: Amazon Francia e la sanzione del Garante dei dati per la sorveglianza "intrusiva e pressante" dei suoi magazzinieri</i>	553
ANDREA SGROI <i>È stata una vacanza? Le ferie ai tempi della pandemia</i> (nota a C. Giust. 14 dicembre 2023, causa C-206/22, Sparkasse Südpfalz)	561

La complicata nozione di discriminazione di genere dopo la legge n. 162/2021

Elena Pasqualetto

Sommario: 1. La complicazione e la specializzazione della nozione di discriminazione di genere. – 2. Il divieto di discriminazioni nei confronti di candidate e candidati in fase di selezione. – 3. I comportamenti e le modifiche di natura organizzativa o incidenti sull'orario di lavoro. – 4. La tipizzazione dei comportamenti organizzativi in termini di discriminatorietà. – 5. I “nuovi” fattori di discriminazione. – 6. Gli effetti del comportamento discriminatorio e la comparazione dello svantaggio. – 7. Il solo apparente “scollamento” con l'articolo 3 del decreto legislativo n. 151/2001.

1. La complicazione e la specializzazione della nozione di discriminazione di genere

La legge n. 162/2021, nel modificare l'articolo 25 del Codice delle pari opportunità (CPO) (decreto legislativo n. 198/2006), sembra aver complicato la nozione di discriminazione di genere, tornando a specializzarla rispetto alle altre, numerose, definizioni di discriminazione presenti nel nostro ordinamento ⁽¹⁾. Infatti, se è vero che per i fattori diversi dal genere in ambito eurounitario e, a cascata, anche nell'ordinamento interno, le varie nozioni nel tempo sono venute omogeneizzandosi ⁽²⁾ e se è vero che questo processo aveva sostanzialmente interessato anche la discriminazione di genere, ora quest'ultima torna a caratterizzarsi in modo significativo rispetto alle altre proprio per effetto delle aggiunte e dei ritocchi che sono stati inseriti nell'articolo 25, anche se non è chiaro quale fosse veramente l'intento perseguito dal legislatore.

** Professoressa associata di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Padova. Il testo riprende ed integra la relazione tenuta presso l'Almo Collegio Borromeo pavese, in data 13 ottobre 2023, nell'ambito del convegno organizzato dal Comitato Pari opportunità dell'Ordine degli Avvocati di Pavia, dal titolo Il contrasto al divario retributivo di genere nei recenti interventi del legislatore.*

⁽¹⁾ Sulla specialità o separatezza della discriminazione di genere, cfr. M.V. BALLESTRERO, *Il posto delle donne nel diritto del lavoro*, in *LD*, 2022, n. 3, p. 501.

⁽²⁾ Anche se un rilevante problema di disomogeneità resta anche per le definizioni attinenti all'origine etnica (e fattori ad essa assimilati), contenute invero sia nel d.lgs. n. 215/2003, sia nel d.lgs. n. 286/1998, il *Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*.

Ed invero, come si cercherà di spiegare, la legge n. 162/2021, sia pure all'apparente fine di allargare la nozione di discriminazione e di rafforzare le conseguenti tutele, ha operato in modo confuso e forse ha creato più problemi di quelli che pensava di risolvere. Lo rivelano abbastanza facilmente l'esegesi della nuova disposizione ed il tentativo di inserirla nel contesto del diritto antidiscriminatorio, che, come è noto, risente molto della sua matrice eurounitaria ed in conformità a questa deve essere interpretato.

Come è già stato messo in evidenza in dottrina, le modifiche di cui si tratta si inseriscono in una feconda stagione di riforme delle regole in materia di parità tra uomini e donne, che è iniziata qualche anno fa ed è ancora in corso, ricevendo impulso sia dall'Agenda ONU 2030 ⁽³⁾, sia dal PNRR, in particolare dalla quinta Missione, che impone, tra le altre cose, di realizzare una Strategia nazionale per garantire la parità di genere ⁽⁴⁾. Questa particolare sensibilità per temi che mettono in connessione genere e lavoro è stata anche stimolata da una maggiore consapevolezza del problema della marginalità del lavoro delle donne (e, in specie, di quelle impegnate in compiti di cura familiare), problema acuitosi durante il periodo dell'emergenza coronavirus ⁽⁵⁾. Ed invero nel volgere di pochi anni sono stati emanati molti provvedimenti normativi che toccano in modo più o meno diretto la materia: oltre alla citata legge n. 162/2021, il decreto equilibrio (decreto legislativo n. 105/2022) ⁽⁶⁾, il *Family Act* (legge delega n. 32/2022, non ancora attuata) e, da ultimo, la legge n. 15/2024, il cui articolo 9 delega il Governo a recepire la direttiva (UE) 2023/970 del 10 maggio 2023 sulla parità retributiva tra uomini e donne. Altre leggi, che saranno ricordate più avanti, si sono occupate comunque di discriminazioni (anche non di genere), al punto che si può dire che il diritto del lavoro sia ormai veramente disseminato di regole

⁽³⁾ C. GAROFALO, *Il problematico allargamento della nozione di discriminazione nel codice delle pari opportunità*, in *LDE*, 2023, n. 1, p. 2.

⁽⁴⁾ E a tal fine consente di attingere alle risorse del *Next Generation EU*. In argomento M.C. CATAUDELLA, *La parità di genere: una priorità "trasversale" del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *LPO*, 2022, n. 1-2, p. 1.

⁽⁵⁾ Si veda in argomento F. MARINELLI, *Gender gap e mercato del lavoro alla luce della pandemia: il punctum dolens e la ripartizione tra i generi dei compiti di cura genitoriale*, in *RIDL*, 2021, n. 1, I, p. 65 ss.

⁽⁶⁾ Attuativo della direttiva (UE) 2019/1158 del 20 giugno 2019 (c.d. direttiva equilibrio).

antidiscriminatorie, forse con qualche rischio di troppo per i datori di lavoro.

Tornando tuttavia a dire qualcosa sulla specialità della nozione di discriminazione di genere ⁽⁷⁾, va evidenziato come in realtà tale processo di “specializzazione” sia iniziato già tempo fa, in quanto la definizione oggi contenuta nel Codice delle pari opportunità viene da lontano.

La prima affermazione di un divieto di discriminazioni per ragioni di sesso risale alla legge n. 903/1977 (la famosa ed indimenticata legge di parità), la quale, in realtà, non conteneva una vera e propria descrizione di cosa sia una discriminazione, limitandosi ad affermare (all’articolo 1, primo comma) che «è vietata qualsiasi discriminazione fondata sul sesso», con la variante «è vietata qualsiasi discriminazione tra uomini e donne» e ciò, ad esempio, per quanto riguarda l’accesso al lavoro (articolo 1), oppure con riferimento all’attribuzione delle qualifiche, delle mansioni e alla progressione in carriera (articolo 3). Qualcosa di più specifico emergeva dal secondo comma dell’articolo 1, che aggiungeva che la discriminazione in fase di accesso era vietata anche se attuata attraverso il riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza ⁽⁸⁾. Anche questa però non era una descrizione di ciò che costituisce strutturalmente una discriminazione per sesso, ma un modo per inglobare in tale nozione anche le disparità di trattamento legate alla gestazione, alla maternità o alla famiglia, quindi si trattava piuttosto di una specificazione relativa ai fattori di discriminazione vietati.

⁽⁷⁾ Senza dimenticare che la nozione di discriminazione contenuta nell’art. 25 CPO va integrata con quanto previsto in altre importanti disposizioni dello stesso testo normativo, ed in specie dall’art. 26, che assimila le molestie e le molestie sessuali alle discriminazioni vere e proprie e lo stesso fa per i trattamenti meno favorevoli che il lavoratore o la lavoratrice subiscono per aver rifiutato tali molestie o per essersi sottomessi. Importante è anche l’art. 41-*bis* (introdotto con il d.lgs. n. 5/2010), sulla c.d. vittimizzazione, che estende la tutela giurisdizionale a ogni comportamento pregiudizievole posto in essere, nei confronti della persona lesa da una discriminazione o di qualunque altra persona, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne.

⁽⁸⁾ Era vietata altresì (dall’art. 1, comma 2, lett. *b*) la diversità di trattamento attuata «in modo indiretto, attraverso meccanismi di preselezione ovvero a mezzo stampa o con qualsiasi altra forma pubblicitaria che indichi come requisito professionale l’appartenenza all’uno o all’altro sesso». Non sembra tuttavia che, nonostante l’impiego dell’aggettivo “indiretto”, questa costituisse un’embrionale nozione di discriminazione indiretta.

È poi stata emanata la legge n. 125/1991, che ha distinto la discriminazione diretta (articolo 4, comma 1) da quella indiretta (articolo 4, comma 2), con una formulazione che nel 2006 è stata travasata (senza modifiche) nell'articolo 25 CPO. Nel 2008, con il decreto-legge n. 59/2008 ⁽⁹⁾, nella definizione di discriminazione diretta è stato aggiunto l'inciso «nonché l'ordine di porre in essere un atto o un comportamento». Successivamente il decreto legislativo n. 5/2010 ha ritoccato il comma 1 dell'articolo 25, con l'inserimento delle parole «qualsiasi disposizione, criterio, prassi» ma, soprattutto, ha dato alla luce il comma 2-*bis*, in una versione all'epoca molto succinta, il cui evidente scopo non era quello di definire cosa sia la discriminazione, ma quello di stabilire a quali altre condizioni personali una disparità di trattamento possa essere collegata per essere considerata discriminazione per ragioni di sesso. Si è precisato infatti che sono tali anche i trattamenti meno favorevoli legati allo stato di gravidanza, di maternità, di paternità (anche adottive) ovvero adottati in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti, andando in tal modo oltre quanto era già stato previsto dalla legge n. 903/1977. Ancora una volta quindi si trattava di una specificazione che incideva sui fattori di differenziazione vietati.

Ora, con le modifiche del 2021, l'ambizione del legislatore è invece evidentemente quella di definire in modo più preciso la fattispecie, di chiarire cioè quali ne sono le componenti possibili e/o necessarie, allargando nel contempo lo spettro dei fattori di discriminazione vietati. Numerosi sono dunque gli innesti nel corpo della definizione originaria, ma se alcuni sono tutto sommato abbastanza "innocui", altri invece risultano assai problematici, sia da un punto di vista strettamente esegetico sia – e soprattutto – dal punto di vista della collocazione sistematica delle norme risultanti nel (già complesso) diritto antidiscriminatorio (anche solo) nazionale.

2. Il divieto di discriminazioni nei confronti di candidate e candidati in fase di selezione

Tra gli inserimenti meno impattanti vi sono senz'altro quelli che si riferiscono alle candidate e ai candidati in fase di selezione e che hanno

⁽⁹⁾ Convertito dalla l. n. 101/2008, in attuazione della direttiva (CE) 2006/54 del 5 luglio 2006 (c.d. direttiva di rifusione).

trovato spazio sia nel comma 1 (sulla discriminazione diretta), sia nel comma 2 (sulla discriminazione indiretta) dell'articolo 25. Come infatti è già stato rilevato da più parti, si tratta di una mera ripetizione di regole già presenti nel sistema ⁽¹⁰⁾. Ed invero l'articolo 27 CPO vieta le disparità di trattamento che vengano perpetrate nelle fasi che precedono la costituzione del rapporto di lavoro. Ma forse il legislatore ha ritenuto opportuno stigmatizzare questo tipo di discriminazioni anche nell'apertura dell'articolo 25 perché purtroppo esse sono piuttosto frequenti, oltre che non facilmente contrastabili.

A riprova di ciò vi è una significativa giurisprudenza, sia interna che della Corte di Giustizia ⁽¹¹⁾, che considera discriminatori comportamenti datoriali rivolti a soggetti (generalmente donne) a cui viene, in vari modi, negato o reso difficile l'accesso al lavoro proprio per ragioni legate al genere oppure a condizioni personali che al genere sono strettamente connesse, come lo stato di gravidanza o di famiglia.

Per quanto riguarda la giurisprudenza nazionale si possono ricordare alcune sentenze abbastanza recenti, tutte riguardanti lavoratrici in gravidanza. Ad esempio il Consiglio di Stato ⁽¹²⁾ ha considerato illegittima l'esclusione di una candidata dal concorso per allievi finanziari perché

⁽¹⁰⁾ La dottrina è sostanzialmente concorde su ciò: S. BORELLI, *Sguardi sul diritto antidiscriminatorio e sulle recenti politiche di genere*, in *LD*, 2022, n. 3, p. 503, parla di «aggiunte retoriche e ridondanti»; per C. GAROFALO, *op. cit.*, p. 4, si tratta di modifiche di natura rafforzativa e non innovativa. Nello stesso senso S. SCARPONI, *Legge n. 162/2021 "Modifiche al Codice di Pari Opportunità": un tassello importante verso l'eguaglianza uomo-donna nel lavoro*, in www.labourlawcommunity.org, 7 dicembre 2021.

⁽¹¹⁾ Ed invero la Corte di Giustizia ha in più occasioni chiarito che i divieti di discriminazione operano anche nella fase preassuntiva, tenuto conto della rilevanza che l'accesso al lavoro riveste nella vita personale, che lo rende in linea di principio analogo, sotto un profilo assiologico, alla perdita del lavoro conseguente al licenziamento: si veda in tal senso C. Giust. 14 marzo 2017, causa C-188/15, *Asma Bougnaoui e Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole SA*. Nella sentenza 8 novembre 1990, causa C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, la Corte ha precisato che un trattamento discriminatorio di questo tipo non può essere giustificato con il pregiudizio economico che il datore di lavoro afferma di subire assumendo una lavoratrice incinta.

⁽¹²⁾ C. Stato 24 dicembre 2021, n. 8578, in www.dirittoantidiscriminatorio.it, 4 marzo 2022, con nota di A. PIOVESANA, *Concorso G.d.F.: discriminata la donna in gravidanza*.

in gestazione. Il Tribunale di Roma ⁽¹³⁾ ha definito discriminatoria la condotta di un'azienda che non aveva neppure preso in considerazione la candidatura di due assistenti di volo in ragione del loro stato di gravidanza ⁽¹⁴⁾. Sempre il Tribunale di Roma ⁽¹⁵⁾ è giunto alle medesime conclusioni con riferimento alla decisione di un'amministrazione di non assumere un'infermiera inserita in una graduatoria in quanto in stato di gravidanza al momento della chiamata ⁽¹⁶⁾. Ed ancora lo stesso Tribunale ⁽¹⁷⁾ ha accolto il ricorso di una lavoratrice somministrata presso l'Agenzia italiana del farmaco, che era stata l'unica, fra 44 lavoratori somministrati, alla quale non era stata rinnovata la missione alla scadenza del contratto e ciò in ragione del fatto che, in quel periodo, era in attesa di un bambino. Ma ha ragionato in modo del tutto diverso la Corte di Cassazione ⁽¹⁸⁾, che ha escluso si possa parlare di discriminazione se

⁽¹³⁾ Trib. Roma decreto 23 marzo 2022, in *Boll. ADAPT*, 2022, n. 13 (su cui G. LIGORIO, *Discriminazione di genere in fase preassuntiva per le lavoratrici gestanti: un interessante decreto del Tribunale di Roma*, in *Boll. ADAPT*, 2022, n. 15), e in *www.dirittoantidiscriminatorio.it*, 4 aprile 2022, con nota di A. PIOVESANA, *Discriminatorio escludere dalla selezione le candidate gestanti*. La decisione del Tribunale si segnala anche per un peculiare impiego della prova statistica.

⁽¹⁴⁾ Il Tribunale, pronunciandosi su di un ricorso proposto in via d'urgenza *ex art.* 38 CPO, non ha peraltro accolto la domanda delle ricorrenti nella parte in cui chiedevano che fosse ordinato alla società resistente di assumerle. Per il Tribunale infatti ciò esorbita dal potere giudiziale, in quanto la costituzione coattiva del rapporto di lavoro confliggerebbe con le prerogative riconosciute al datore di lavoro in base ai principi espressi dall'art. 41 Cost. Alle lavoratrici è stato pertanto liquidato solo il risarcimento del danno da perdita di *chances*.

⁽¹⁵⁾ Trib. Roma 16 febbraio 2021, n. 1489.

⁽¹⁶⁾ L'amministrazione, attraverso lo scorrimento della graduatoria, aveva assunto soggetti collocati in posizioni inferiori rispetto a quella della ricorrente.

⁽¹⁷⁾ Trib. Roma ord. 22 aprile 2021, in *www.dirittoantidiscriminatorio.it*, 11 ottobre 2021, con nota di A. PIOVESANA, *Discriminazioni per gravidanza nella somministrazione di lavoro*, che mette in evidenza come l'ordinanza, considerata l'oggettiva lesività della condotta datoriale, abbia ritenuto sussistente la discriminazione pur in assenza di uno specifico intento in tal senso. Il datore di lavoro, all'esito dello speciale procedimento antidiscriminatorio di cui all'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011, è stato condannato al risarcimento del danno, calcolato in riferimento alle retribuzioni perse dalla lavoratrice dalla data di cessazione dell'astensione obbligatoria sino a quella in cui i rapporti con gli altri colleghi erano stati prorogati.

⁽¹⁸⁾ Cass. ord. 13 giugno 2023, n. 16785, in *FI*, 2023, n. 10, I, c. 2901, e in *www.dirittoantidiscriminatorio.it*, 19 luglio 2023, con nota di A. PIOVESANA, A. ZILLI, *Gravidanza e incarico (revocabile?) da parte della p.a.* Per la Cassazione la situazione descritta comporta – ove l'impedimento ed il conseguente divieto ricorrano fin dal primo

l'assunzione della lavoratrice con un contratto a termine è impedita dal fatto che le mansioni cui essa dovrebbe essere assegnata le sono vietate ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo n. 151/2001 (il Testo Unico sulla genitorialità).

In alcuni casi poi la giurisprudenza si occupa degli ostacoli che le lavoratrici incontrano nel momento del rinnovo del contratto a termine, vicenda che in effetti equivale ad un'assunzione. La Corte di Cassazione⁽¹⁹⁾ ha ravvisato una discriminazione basata sul sesso nel rifiuto (non certo giustificabile con ragioni di tipo economico), da parte di una PA, di rinnovare il contratto a tempo determinato ad una lavoratrice in gravidanza. Anche il Tribunale di Milano⁽²⁰⁾ ha definito discriminatoria la condotta del datore di lavoro che non aveva rinnovato il contratto alla dipendente dopo la comunicazione di questa di essere incinta. Sulla discriminarietà del mancato rinnovo di un contratto a termine, determinato dalla gravidanza della lavoratrice, si è pronunciata più volte anche la Corte di Giustizia, ad esempio con la sentenza *Jiménez Melgar*⁽²¹⁾ e con la sentenza *Tele Danmark*⁽²²⁾.

Non va neppure passato sotto silenzio come anche la normativa interna talvolta nasconda ancora qualche disposizione che consente di attuare, in modo più o meno scoperto, ingiustificate disparità di trattamento proprio nella fase di accesso al lavoro. Di recente la Corte costituzionale, con la sentenza 4 dicembre 2023, n. 211, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcuni articoli del decreto legislativo n. 443/1992⁽²³⁾, nella parte

giorno di lavoro e perdurino per l'intero periodo del rapporto, destinato alla sostituzione di uno specifico lavoratore, in relazione ad un incarico infungibile con tratti di spiccata professionalità – la nullità del contratto ex art. 1418, secondo comma, c.c. Si tratta invero di un'ipotesi di sostanziale impossibilità giuridica dell'oggetto ed al contempo di illiceità della causa in concreto. La PA può dunque legittimamente revocare l'assunzione, equivalendo tale atto alla condotta del contraente che non osservi il contratto stipulato, ritenendolo inefficace perché affetto da nullità.

⁽¹⁹⁾ Cass. 26 febbraio 2021, n. 5476, in *LG*, 2021, n. 5, p. 551, e in *RIDL*, 2021, n. 3, II, p. 472.

⁽²⁰⁾ Trib. Milano 12 giugno 2023.

⁽²¹⁾ C. Giust. 4 ottobre 2001, causa C-438/99, *Maria Luisa Jiménez Melgar c. Ayuntamiento de Los Barrios*.

⁽²²⁾ C. Giust. 4 ottobre 2001, causa C-109/00, *Tele Danmark A/S c. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*.

⁽²³⁾ Contenente l'Ordinamento del personale del Corpo di Polizia penitenziaria. La dichiarazione di incostituzionalità ha riguardato gli artt. 27, comma 2, e 28, comma 4.

in cui non prevedevano ⁽²⁴⁾ che le vincitrici del concorso per vice-ispettori del Corpo di Polizia penitenziaria, le quali avessero ottenuto l'idoneità al servizio a seguito della partecipazione al primo corso di formazione successivo all'assenza dal lavoro per maternità, fossero immesse in ruolo con la medesima decorrenza, ai fini giuridici, riconosciuta agli altri vincitori del medesimo concorso. Secondo i giudici costituzionali infatti tale normativa, nel differire l'immissione in ruolo delle vincitrici della selezione sospese per maternità, determinava un'ingiustificata disparità di trattamento delle donne in ragione della loro condizione, in contrasto con i principi di cui agli articoli 3, 31 e 37 Cost. Ed in questa sentenza la Corte, nel richiamare la normativa, anche di rango ordinario, sulla parità di trattamento uomo-donna nel lavoro, menziona proprio l'articolo 25 CPO ⁽²⁵⁾.

In un'altra occasione la Corte costituzionale ha dichiarato la incostituzionalità di una norma di una legge regionale della Liguria ⁽²⁶⁾, la quale prevedeva che i vincitori (in realtà necessariamente le vincitrici) di un concorso che, al momento dell'assunzione, si trovassero in interdizione anticipata dal lavoro o in congedo di maternità non potessero essere assunti, ma avessero solo titolo a permanere in graduatoria e ad essere richiamati in caso di ulteriore utilizzo della graduatoria stessa da parte

⁽²⁴⁾ Un meccanismo come quello invocato dal giudice *a quo* era stato in realtà nel frattempo introdotto con il d.lgs. n. 172/2019, non applicabile però al caso che aveva dato luogo al ricorso alla Corte costituzionale.

⁽²⁵⁾ La sentenza segue di non pochi anni una decisione dello stesso tenore della Corte di Giustizia UE del 2014 (sentenza 6 marzo 2014, causa C-595/12, *Loredana Napoli c. Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria*), che ha ritenuto non conforme al diritto dell'Unione europea la disciplina italiana concernente i corsi di formazione per la nomina a vice-Commissario della Polizia penitenziaria, nella parte in cui essa si limitava a riconoscere alla donna che avesse fruito del congedo per maternità (esclusa per questa sua condizione dal corso di formazione) il diritto di partecipare ad un corso organizzato in data successiva ma incerta, non essendo le autorità competenti obbligate a organizzare detto corso secondo scadenze prestabilite. Ma già in precedenza la Corte, con sentenza 16 febbraio 2006, causa C-294/04, *Carmen Sarkatzis Herrero c. Instituto Madrileño de la Salud (Imsalud)*, aveva ritenuto che il differimento dell'entrata in servizio come dipendente di ruolo conseguente al congedo di maternità costituisse un trattamento sfavorevole vietato, poiché in contrasto con la direttiva (CEE) 76/207 del 9 febbraio 1976.

⁽²⁶⁾ Art. 2, comma 2, della l.r. Liguria n. 29/2018, nella parte in cui sostituiva il comma 11 dell'art. 16 della l.r. Liguria n. 15/1996.

dell'amministrazione al termine di tale periodo ⁽²⁷⁾. Per la Corte tale disposizione, nel privare le candidate di una concreta possibilità di immisione in ruolo, con la perdita dei connessi benefici giuridici ed economici, comprometteva il loro accesso all'impiego, nell'ipotesi in cui la graduatoria non divenisse oggetto di ulteriore utilizzo, determinando una palese discriminazione in ragione dello stato di gravidanza e di maternità, concretizzantesi nella perdita di *chances*, collegata a un effettivo ingresso in ambito lavorativo.

A tradursi in ostacoli di tipo discriminatorio (in forma questa volta indiretta) all'accesso all'impiego sono infine le previsioni, spesso contenute nei bandi di concorso o comunque in procedure di assunzione, che richiedono requisiti di partecipazione identici per uomini e donne, quando è notorio o dimostrabile che si tratta di requisiti più difficilmente posseduti dalle donne ⁽²⁸⁾.

Vi è dunque effettivamente una cospicua casistica di disparità di trattamento in fase di accesso e questo, come si diceva, può avere suggerito al legislatore di inserire nell'articolo 25 l'inciso dedicato ai candidati e alle candidate all'assunzione.

⁽²⁷⁾ Anche questa norma era stata in realtà in un secondo momento abrogata, senza determinare tuttavia, ad avviso della Corte, la cessazione della materia del contendere.

⁽²⁸⁾ L'esempio classico è quello del requisito di statura, al cui inserimento tra le condizioni per accedere agli impieghi pubblici l'art. 31 CPO dedica uno specifico divieto. In argomento, tra le più recenti, Cass. ord. 3 luglio 2023, n. 18668 (in *ADL*, 2023, n. 6, II, p. 1285, con nota di M. CASIELLO, *Il requisito staturale minimo e la discriminazione di genere celata*), che ordina alla datrice di lavoro di immettere in servizio la ricorrente; Cass. ord. 28 giugno 2023, n. 18522; Cass. ord. 24 maggio 2023, n. 14448; App. Roma 5 luglio 2021, n. 2676; Cass. 4 febbraio 2019, n. 3196. Ma ci sono altri criteri potenzialmente discriminatori che possono ridurre le possibilità di accesso al lavoro delle donne: ad esempio per C. Stato 27 aprile 2012, n. 2472 (in *RIDL*, 2012, n. 3, II, p. 692) è indirettamente discriminatoria la previsione, in un bando di concorso, di un identico punteggio per donne e uomini in prove di idoneità fisica, nelle quali si valuta il rendimento in attività che comportano sforzo muscolare. In un'altra vicenda però C. Stato 10 maggio 2010, n. 2754, ha negato che attuasse una discriminazione indiretta il bando di un Comune che richiedeva il possesso della patente A (più rara fra le donne) per la copertura di due posti di agente della Polizia municipale.

3. I comportamenti e le modifiche di natura organizzativa o incidenti sull'orario di lavoro

Una novità di maggior rilievo è senz'altro quella che riguarda l'innesto, all'interno del comma 2 dell'articolo 25 ⁽²⁹⁾, della frase secondo cui possono essere considerati discriminazione indiretta ⁽³⁰⁾ i comportamenti, apparentemente neutri, «di natura organizzativa o incidenti sull'orario di lavoro». Anche in questo caso si tratta di una specificazione di per sé non necessaria a far sì che tale tipo di condotte possano essere considerate una discriminazione ⁽³¹⁾. Ma, ancora una volta, il legislatore ha voluto evidentemente accendere un riflettore su una delle modalità con cui, più di frequente, vengono attuate subdole disparità di trattamento. Ed infatti le discriminazioni si nascondono facilmente proprio nelle pieghe delle decisioni organizzative, in quei territori in cui il datore di lavoro dispone di ampia discrezionalità ⁽³²⁾.

Si può pensare ad esempio al fatto che, se è vero che la normativa sul part-time non consente al datore di introdurre modifiche unilaterali dell'orario di lavoro concordato, per adottare le quali è cioè necessario il consenso del lavoratore ⁽³³⁾, quando invece si tratta di un prestatore assunto a tempo pieno il potere di modifica esiste ed il datore ne può fare e spesso ne fa ampio uso. Accade quindi che i lavoratori si trovino, anche di punto in bianco, di fronte a variazioni dei turni di lavoro che sconvolgono la loro (spesso delicata) organizzazione familiare. Ecco però che

⁽²⁹⁾ E, come si vedrà, una formulazione quasi identica si ritrova nel comma 2-bis dell'art. 25 dopo la sua riscrittura.

⁽³⁰⁾ Si può ricordare a tale proposito che solo per la discriminazione indiretta opera la causa di giustificazione legata all'essenzialità dei requisiti, alla legittimità dell'obiettivo e all'appropriatezza e necessità dei mezzi impiegati, anche se a volte il confine che separa la discriminazione diretta da quella indiretta è molto labile: così D. IZZI, *La discriminazione di genere rivisitata e il puzzle da ricomporre*, in *LD*, 2022, n. 3, p. 514.

⁽³¹⁾ In questo senso L. CALAFÀ, *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, in *www.italianequalitynetwork.it*, 7 gennaio 2022.

⁽³²⁾ Per tale motivo questo aspetto delle modifiche all'art. 25 è valutato positivamente da S. SCARPONI, *Madri e padri al lavoro: le ambiguità irrisolte del quadro normativo nazionale*, in *LD*, 2023, n. 2, p. 399, che parla di una codificazione dell'applicazione del divieto di discriminazioni nel caso di modifiche organizzative, e cioè «nonostante l'imperfetta formulazione della norma».

⁽³³⁾ Talora mediato da quello del sindacato, attraverso il contratto collettivo. Il lavoratore può peraltro esprimere il suo consenso attraverso l'accettazione di una clausola elastica.

con il ritocco dell'articolo 25 qui in esame appare forse più chiaro che se tali modifiche si ripercuotono negativamente sul prestatore in ragione del sesso oppure dello stato di maternità o paternità – o anche (come si vedrà meglio dopo) delle sue esigenze di cura personale o familiare – si può configurare una discriminazione indiretta per ragioni di genere o assimilate.

Ed analogo discorso può essere fatto per un altro importante tipo di modifica organizzativa che spesso viene usata impropriamente dalle aziende, magari dietro lo schermo delle «comprovate esigenze tecniche, organizzative o produttive» di cui all'articolo 2103, ottavo comma, c.c., proprio per “mettere all'angolo” lavoratori o lavoratrici per inconfessabili ragioni legate al genere e/o a ciò che vi è collegato, e cioè il trasferimento da un'unità produttiva all'altra.

Ma la lista delle decisioni organizzative ora più facilmente “a rischio” di essere stigmatizzate come discriminatorie è molto lunga. Si pensi alla decisione di recedere dal patto di lavoro agile, che è di per sé legittima se viene adottata in conformità all'articolo 19 della legge n. 81/2017 – quindi a fronte di un giustificato motivo, appunto di tipo organizzativo – ma che se impatta su un soggetto protetto può essere agevolmente tacciata di discriminarietà.

Occorre ovviamente, come stabilisce il comma 2 dell'articolo 25, che l'effetto prodotto sia quello di mettere il lavoratore in una «posizione di particolare svantaggio» rispetto ai lavoratori dell'altro sesso e quindi una comparazione resta pur sempre necessaria. Se, peraltro, si vuole dare peso anche ad un altro dei ritocchi dell'articolo 25 operati dalla legge n. 162/2021, forse non serve neanche più verificare che lo svantaggio sia “particolare” e dunque significativo anche da un punto di vista quantitativo.

E si può pure aggiungere che una battaglia più mirata contro le discriminazioni “organizzative” può avere dei riflessi positivi anche sulle differenziazioni retributive, che sono infatti spesso collegate a politiche aziendali non sufficientemente attente ai problemi della conciliazione vita-lavoro. Si intravede così un filo rosso che lega la legge n. 162/2021 alla direttiva (UE) 2023/970 sulla parità retributiva ed alla legge che dovrà a breve darvi attuazione. Nel frattempo la giurisprudenza può con una certa facilità continuare ad affermare che rientra nella discrezionalità negoziale del datore di lavoro stabilire la misura delle indennità legate a specifiche mansioni, i c.d. superminimi, sia pure con il limite delle

condotte discriminatorie ⁽³⁴⁾: questo in quanto «una diversità salariale tra uomo e donna non è, di per sé, indice di tale discriminazione, né di un danno, non esistendo un diritto alla parità di trattamento per questi emolumenti» ⁽³⁵⁾.

Va detto peraltro che anche con riferimento alle modifiche organizzative e, in particolare, a quelle che incidono sull'orario di lavoro, non manca una giurisprudenza già sensibile a prospettazioni di questo tipo. Fra le decisioni più interessanti vi è quella del Tribunale di Bologna ⁽³⁶⁾ relativa ad una discriminazione collettiva perpetrata nei confronti dei lavoratori genitori di figli minori ed in particolare delle lavoratrici madri, queste ultime quindi soggetti che cumulano il fattore di rischio costituito dal sesso femminile con quello costituito dalla genitorialità. In questo famoso caso il giudice ha riconosciuto il carattere indirettamente discriminatorio della condotta, tenuta da un'impresa subentrata in un contratto d'appalto, consistente nella modifica dell'orario di lavoro, distribuito su due turni in luogo del turno unico precedente e ha ordinato al nuovo datore di lavoro l'adozione di un piano di rimozione degli effetti discriminatori, con condanna al risarcimento dei danni non patrimoniali a favore della Consigliera di parità. Anche il Tribunale di Firenze ⁽³⁷⁾ ha ravvisato

⁽³⁴⁾ È quanto si legge in Trib. Perugia 14 luglio 2021, n. 175. In materia si segnala tuttavia anche Trib. Aosta 5 gennaio 2016, in *FI*, 2016, n. 2, I, c. 716, per la quale costituisce discriminazione diretta fondata sul sesso il riconoscimento ad una donna con qualifica di dirigente di un trattamento retributivo inferiore a quello attribuito a dipendenti con qualifica di quadro o comunque con inquadramento inferiore, irrilevante essendo l'intenzionalità della condotta deteriore.

⁽³⁵⁾ Sull'inesistenza di un dovere datoriale di parità di trattamento in materia retributiva cfr. Cass. 8 gennaio 2002, n. 132, in *MGL*, 2002, n. 5, p. 339; Cass., sez. un., 17 maggio 1996, n. 4570, in *RIDL*, 1996, n. 4, II, p. 765.

⁽³⁶⁾ Trib. Bologna decreto 31 dicembre 2021, in *RIDL*, 2022, n. 2, II, p. 247, con nota di M. PERUZZI, *Orario di lavoro e discriminazione per genitorialità: la soluzione giurisprudenziale prima della l. n. 162/2021*, e in www.questionegiustizia.it, 17 marzo 2022, con nota di L. CURCIO, *Lavoratrici madri e discriminazione per genitorialità in caso di modifiche di orario lavorativo: la cura dei figli riguarda ancora soprattutto le donne...* Nel caso di specie il datore aveva applicato in modo indifferenziato all'intera platea di dipendenti (genitori e non) il nuovo sistema di turni, senza dimostrare che ciò era strettamente necessario per il soddisfacimento di specifiche e comprovate esigenze dell'impresa.

⁽³⁷⁾ Trib. Firenze ord. 22 ottobre 2019, in *RIDL*, 2020, n. 4, II, p. 659, con note di D. IZZI, *Discriminazioni verso i genitori e risarcimento dei danni in funzione sanzionatoria*, e di G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Brevi note sui profili processuali della*

una discriminazione indiretta a danno delle lavoratrici madri nell'adozione di alcune rilevanti modifiche del regime di flessibilità oraria, che rendeva loro difficile la conciliazione vita personale-lavoro, mentre per il Tribunale di Ferrara ⁽³⁸⁾ attua analoga discriminazione il datore che modifica i turni di lavoro a tutti i dipendenti al rientro dal lavoro dalla maternità, danneggiando tuttavia in modo particolare la madre di un figlio disabile.

Non si deve ovviamente dimenticare che, affinché si configuri una discriminazione indiretta, è necessario che non ricorrano le scriminanti previste nell'ultima parte del comma 2 dell'articolo 25, per il quale la situazione di particolare svantaggio creata con la condotta datoriale è accettabile se riguarda requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, l'obiettivo è legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento sono appropriati e necessari ⁽³⁹⁾.

Dunque con i ritocchi del 2021 su questa parte dell'articolo 25 il legislatore (come già la giurisprudenza) dimostra di dare il giusto peso alle esigenze di *work-life balance* che emergono anche da altre norme che caratterizzano la recente stagione del diritto del lavoro attento ai temi del genere, della genitorialità e della condivisione dei compiti all'interno della famiglia, in una sorta di circolo virtuoso che mette in collegamento disposizioni contenute in contesti diversi ma non troppo lontani l'uno dall'altro.

4. La tipizzazione dei comportamenti organizzativi in termini di discriminarietà

Ed invero, sempre a proposito dei comportamenti organizzativi, si può compiere una breve digressione che ci dimostra come la normativa giuslavoristica, nell'arco di poco tempo, sia andata addirittura oltre i risultati raggiungibili con la riformulazione di questa parte dell'articolo 25 CPO.

discriminazione indiretta: onere della prova ed apparato sanzionatorio. Nel caso di specie si trattava di una discriminazione collettiva e ad agire era stata la Consigliera di parità.

⁽³⁸⁾ Trib. Ferrara 25 marzo 2019.

⁽³⁹⁾ Non dimenticando che il legislatore interno, nel formulare questa causa di giustificazione aggiungendo anche l'elemento del requisito essenziale, è stato ancor più severo di quello eurounitario, come risulta dalla definizione di discriminazione indiretta di cui alla direttiva di rifusione.

A tal fine va ricordato che il tema delle discriminazioni che possono essere attuate attraverso provvedimenti datoriali che incidono sull'organizzazione è preso in considerazione anche dal decreto equilibrio. Questo testo normativo ha invero tipizzato come discriminazioni (o ritorsioni: qui evidentemente non si è voluto fare lo sforzo di tenere distinte le due nozioni) alcune decisioni che attengono proprio alla tematica degli orari di lavoro e che possono impattare su alcune categorie di soggetti tra cui vi sono i genitori, quindi persone protette anche dalle regole "generalì" sulle discriminazioni di genere e assimilate.

Ci si riferisce più specificamente alle modifiche apportate dal decreto legislativo n. 105/2022 al comma 3-*bis* dell'articolo 18 della legge n. 81/2017, sulle priorità nella concessione del lavoro in modalità agile. Questo comma ⁽⁴⁰⁾ nella sua formulazione originaria riconosceva la priorità solo a due categorie di soggetti e cioè alle lavoratrici nei tre anni successivi al godimento del congedo di maternità ed ai lavoratori con figli di disabili ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge n. 104/1992 ⁽⁴¹⁾. La norma era criticabile per aver escluso dal novero dei beneficiari altre tipologie di soggetti altrettanto meritevoli di considerazione (le persone con disabilità, i lavoratori con malattie croniche od oncologiche, gli anziani) ed in effetti alcuni accordi aziendali ⁽⁴²⁾ avevano opportunamente esteso il beneficio ad altre categorie. Ma la principale contestazione riguardava il modo in cui si era tenuto conto delle esigenze legate alla genitorialità, posto che si riconosceva la priorità di accesso al lavoro agile solo alla madre (rientrata dal congedo di maternità) e non al padre, consolidando l'idea che anche in un periodo nel quale il bambino non ha più il bisogno fisiologico di avere vicino la mamma sia comunque quest'ultima – e non il papà – la naturale fruitrice di una modalità lavorativa che le consente di stare di più "a casa".

⁽⁴⁰⁾ Introdotto dalla l. n. 145/2018, legge di bilancio per il 2019.

⁽⁴¹⁾ Cioè figli con minorazioni, singole o plurime, che abbiano ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione.

⁽⁴²⁾ In questo senso E. DAGNINO, M. MENEGOTTO, L.M. PELUSI, M. TIRABOSCHI, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017. Formule contrattuali – Schemi operativi – Mappatura della contrattazione collettiva*, ADAPT University Press, 2017, p. 114; I. CALIA, *Le modifiche alla l. n. 81/2017 e al d.lgs. n. 81/2015: uno sguardo d'insieme* (artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 105/2022), in D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILÌ, A. TROISI (a cura di), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, ADAPT University Press, 2023, p. 586.

Dopo le modifiche apportate dal decreto equilibrio le categorie di soggetti che godono di priorità sono quattro e fra queste vi sono innanzitutto le lavoratrici e i lavoratori con figli fino a 12 anni e i lavoratori con figli disabili ⁽⁴³⁾. La norma dunque, nella sua nuova veste, si muove non solo nella logica della conciliazione vita familiare-lavoro, ma anche e soprattutto in quella della condivisione dei compiti di cura tra i genitori e quindi della promozione della parità di genere, non contenendo più quella distinzione che perpetuava lo stereotipo (già di per sé abbastanza radicato nel tessuto sociale) per il quale è giusto e “naturale” che siano le madri ad occuparsi di più dei figli, anche dopo i primi mesi di vita ⁽⁴⁴⁾.

Ma quel che più interessa in questa sede è il fatto che la tutela che essa riconosce ai soggetti appartenenti alle categorie che si sono viste (tra cui ci sono, appunto, soggetti individuabili in base alla loro condizione di genitore, con alcune specificazioni in più: età o disabilità dei figli) si completa con la previsione per cui «la lavoratrice o il lavoratore che richiede di fruire del lavoro agile non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro. Qualunque misura adottata in violazione del precedente periodo è da considerarsi ritorsiva o discriminatoria e, pertanto, nulla». Questo significa che è la legge stessa a qualificare come discriminatorio o ritorsivo il comportamento del datore che adotta nei confronti di questi soggetti uno dei provvedimenti gestionali menzionati, peraltro senza limiti di tempo.

⁽⁴³⁾ Le altre due categorie sono i lavoratori con disabilità grave accertata *ex art.* 4, comma 1, l. n. 104/1992, e i *caregivers* ai sensi dell'art. 1, comma 255, della l. n. 205/2017.

⁽⁴⁴⁾ In argomento, cfr. E. DAGNINO, *Priorità per l'accesso al lavoro agile a ad altre forme di lavoro flessibile*, in D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILÌ, A. TROJSI (a cura di), *op. cit.*, p. 607 ss., il quale ritiene tuttavia che il decreto equilibrio non abbia attuato adeguatamente l'art. 9 della direttiva equilibrio, sul diritto, per genitori e prestatori di assistenza, di richiedere modalità di lavoro flessibili. La disciplina interna invero non riconosce un diritto potestativo al lavoro agile e si deve anche ritenere che la richiesta debba essere presa in considerazione e valutata come prioritaria solo se il datore di lavoro intende utilizzare il lavoro agile nella sua azienda e se le mansioni del richiedente sono compatibili con tale modalità. Inoltre non è definita una procedura relativa alla presa in carico della richiesta del lavoratore, comprensiva delle tempistiche della risposta e di eventuali motivazioni. Anche S. SCARPONI, *Madri e padri al lavoro: le ambiguità irrisolte del quadro normativo nazionale*, cit., p. 398, stigmatizza lo scarto esistente tra la direttiva e la normativa interna di trasposizione. Critica è anche la posizione di A.R. TINTI, *Il posto della cura. Note su conciliazione dei tempi e flessibilità*, in *LD*, 2023, n. 2, p. 401.

Tutti gli altri lavoratori, non appartenenti a queste categorie, che chiedano di lavorare in modalità agile e subiscano una delle condotte elencate, dovranno invece dimostrare che si tratta di una vera e propria discriminazione o ritorsione, appellandosi all'articolo 25 CPO, con tutte le difficoltà in termini di prova che ne conseguono ⁽⁴⁵⁾.

In sostanza, dopo il decreto equilibrio se si è titolari di un diritto di priorità si riesce a godere facilmente delle tutele derivanti dalla normativa antidiscriminatoria. La tecnica che consiste nel tipizzare (sostanzialmente anche se magari non dichiaratamente) certi comportamenti come ipotesi di discriminazione è presente peraltro anche in altri contesti ⁽⁴⁶⁾ e, se è vero che risolve alcuni problemi interpretativi e applicativi, in alcuni casi forse è sfuggita al controllo del legislatore. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi del padre lavoratore che abbia goduto del congedo di paternità alternativo o del "nuovo" congedo di paternità obbligatorio ⁽⁴⁷⁾, il quale, se viene licenziato entro l'anno dalla nascita del bambino, è considerato come se fosse stato discriminato, come emerge dalla previsione della nullità del recesso ⁽⁴⁸⁾.

5. I "nuovi" fattori di discriminazione

Le maggiori criticità riguardano tuttavia la nuova formulazione del comma 2-*bis*, il quale, come già accennato, sembra voler meglio definire la nozione stessa di discriminazione, senza specificare se si tratta di quella diretta o di quella indiretta, riferendosi quindi presumibilmente ad entrambe ⁽⁴⁹⁾. Come tuttavia si vedrà, forse l'inserimento di alcuni dei

⁽⁴⁵⁾ Ma forse, per quanto si dirà in seguito, oggi con maggiori probabilità di successo.

⁽⁴⁶⁾ Una sorta di tipizzazione è, ad esempio, quella contenuta nell'art. 2-*bis* della l. n. 104/1992 (inserito anch'esso dal decreto equilibrio), di cui si dirà a breve.

⁽⁴⁷⁾ Il primo così ridenominato (all'art. 28) ed il secondo inserito nel d.lgs. n. 151/2001 (all'art. 27-*bis*) dal decreto equilibrio.

⁽⁴⁸⁾ Ed invero il decreto equilibrio ha esteso le tutele di cui all'art. 54 del d.lgs. n. 151/2001 al padre che gode del congedo obbligatorio, allineando la disciplina a quella già prevista per il padre che usufruisce del congedo alternativo *ex* art. 28, d.lgs. n. 151/2001.

⁽⁴⁹⁾ Secondo D. IZZI, *La discriminazione di genere rivisitata e il puzzle da ricomporre*, cit., p. 513, la discriminazione vietata dal comma 2-*bis* è «posta a cavallo tra le due figure che precedono». Secondo G. DE SIMONE, *Discriminazione*, in M. NOVELLA, P. TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, Giappichelli, 2022, p. 136, si tratta di una discriminazione consapevolmente (o forse confusamente) non qualificata né nell'uno né

nuovi fattori produce effetti interessanti proprio sulla distinzione tra le due tipologie o ne fa sfumare l'importanza, almeno in alcuni casi.

La riscrittura della norma incide, in effetti, innanzi tutto sull'elenco dei fattori di discriminazione vietati. Rispetto ad un testo previgente (come si è visto risalente al 2010) che si limitava a menzionare «lo stato di gravidanza, di maternità o paternità (anche adottive) e la titolarità o esercizio dei relativi diritti», oggi sono contemplati anche il sesso ⁽⁵⁰⁾, l'età anagrafica e le esigenze di cura personale e familiare.

Prima di analizzare gli specifici problemi esegetici e sistematici che questo innesto solleva vale la pena ricordare come la tendenza ad incrementare il novero dei fattori di discriminazione, in modo peraltro assai poco accorto, emerge anche da altri recenti interventi normativi, tra cui la legge n. 238/2021, che ha inserito nell'articolo 15 Stat. lav. il fattore "nazionalità", o il decreto legislativo n. 24/2023, sulla tutela del c.d. *whistleblower*, con il quale si è allungato l'elenco dei fattori di cui all'articolo 4 della legge n. 604/1966, aggiungendo che è nullo anche il licenziamento conseguente all'esercizio di un diritto ovvero alla segnalazione, alla denuncia all'autorità giudiziaria o contabile o alla divulgazione pubblica effettuate ai sensi del decreto legislativo stesso. Questa tecnica normativa alimenta la discussione sul carattere tassativo o esemplificativo dei fattori ⁽⁵¹⁾, sulla quale anche la Corte di Giustizia ha mostrato negli anni un atteggiamento non del tutto lineare ⁽⁵²⁾, ma in questa sede preme piuttosto interrogarsi su diverse questioni, una delle quali riguarda la

nell'altro senso (l'A. la definisce "innominata"), il che non giova certo alla chiarezza dell'impianto normativo. Per R. SANTAGATA DE CASTRO, *Discriminazione diretta e indiretta: una distinzione da ripensare?*, in *LD*, 2022, n. 3, p. 509, l'inserimento di alcuni nuovi fattori (e specificamente delle esigenze di cura personale e familiare) in questo comma consente in molti casi (come quelli, sopra ricordati, risolti dalla giurisprudenza e relativi a modifiche degli orari di lavoro impattanti sui genitori) di non dover più ricorrere al divieto di discriminazione indiretta sulla base del sesso, con un innegabile avanzamento sul piano delle tutele. Sul punto si tornerà più avanti.

⁽⁵⁰⁾ Ma per questo fattore è evidente che si tratta di una mera (inutile) ripetizione di quanto già previsto al comma 1.

⁽⁵¹⁾ Essa sembra infatti deporre a favore della tesi della tassatività, non contraddetta dall'idea che i singoli fattori siano suscettibili di interpretazione estensiva. Ed inverso la Corte di Giustizia ammette quest'ultimo tipo di lettura, accogliendo ad esempio una nozione ampia di handicap, comprensiva anche della malattia di lunga durata, in una direzione che anche la giurisprudenza interna ha iniziato a seguire.

⁽⁵²⁾ In argomento M. BARBERA, S. BORELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2022, n. 451, p. 8 ss.

ragione per la quale siano stati mescolati criteri diversi, come se fossero omogenei o comunque in qualche modo collegati al fattore che sta al centro della normativa di cui al Codice delle pari opportunità, e cioè il genere. Lascia perplessi anche la considerazione del fatto che per alcuni di questi vi è già una normativa antidiscriminatoria *ad hoc*. Questo è sicuramente vero per l'età anagrafica, della quale si occupa il decreto legislativo n. 216/2003 (con il corredo peraltro di tutta una serie di eccezioni e cause di giustificazioni molto peculiari) e si potrebbe pensare che sia vero anche per il fattore delle esigenze di cura personale o familiare. Vale dunque la pena soffermarsi prima di tutto su quest'ultimo, cercando di capire che cosa realmente comprenda.

A questo proposito non pare corretto spezzare la locuzione e considerare separatamente, come pure è stato proposto, le cure personali e quelle familiari: si ritiene cioè che le esigenze di cura di cui si tratta siano quelle di cui possono essere destinatari, alternativamente, il lavoratore medesimo o i suoi familiari ⁽⁵³⁾. L'accento sembra essere, in altre parole, sul concetto di cura prima che sui soggetti che ne beneficiano e ciò anche in considerazione dell'estrema ampiezza e genericità delle formule impiegate, che fanno riferimento al lavoratore stesso (la cura personale) e alla sua famiglia (la cura familiare).

A favore di siffatta lettura milita in prima battuta la lettera della legge, la quale (a prescindere dall'uso della disgiuntiva "o" piuttosto che della congiunzione "e", che non sembra decisivo) mette – appunto – assieme i due aggettivi. Ma soprattutto conta la considerazione della deriva che prenderebbe la norma nel caso in cui si volesse frantumare la locuzione, come dimostra invero la molteplicità e la diversità delle interpretazioni che sono state prospettate.

Si è detto, ad esempio, che le esigenze di cura familiare sarebbero quelle imposte dalla direttiva sul *work-life balance*, mentre quelle di cura personale sarebbero «le esigenze di cura della salute e del benessere già considerate dal nostro ordinamento» ⁽⁵⁴⁾. Altra dottrina intravede nelle esigenze di cura personale un riferimento alla disabilità ⁽⁵⁵⁾, il che non appare di per sé sbagliato se è vero che fra i lavoratori che hanno

⁽⁵³⁾ Sembra voler considerare in modo unitario l'espressione anche R. SANTAGATA DE CASTRO, *op. cit.*, p. 508, per il quale la norma «disvela l'intento di codificare un criterio nuovo» per identificare un gruppo sociale bisognoso di protezione.

⁽⁵⁴⁾ D. IZZI, *La discriminazione di genere rivisitata e il puzzle da ricomporre*, cit., p. 515.

⁽⁵⁵⁾ S. BORELLI, *op. cit.*, p. 503.

particolari necessità di dedicare cure a se stessi vi sono senza dubbio le persone con disabilità, ma resta in tal modo oscura la ragione per la quale il legislatore avrebbe utilizzato un'espressione diversa da quella – consolidata nel diritto antidiscriminatorio del lavoro – di disabilità, qualora avesse voluto semplicemente fare riferimento a questo concetto ⁽⁵⁶⁾.

Questo dubbio è invero presente nel pensiero di un'altra Autrice ⁽⁵⁷⁾, la quale, se bene si è inteso, da un lato fa rientrare nelle esigenze di cura familiare le esigenze di conciliazione vita-famiglia-lavoro, purché «differenti rispetto a quelle collegate all'esercizio dei diritti connessi alla maternità e alla paternità e a quelle dei *caregivers*, come definiti dall'art. 1, comma 255, l. n. 205/2017», dall'altro esclude che al concetto di esigenze di cura personale si possa ricondurre la disabilità bio-psicosociale, posto che i lavoratori disabili sono già destinatari di una tutela antidiscriminatoria specifica, e precisamente di quella di cui al decreto legislativo n. 216/2003, «in parte riconducibile al nuovo art. 2-bis della l. n. 104/1992». Questa dottrina conclude sostenendo che il comma 2-bis ha un campo di applicazione residuale, riguardando tutti i casi in cui il lavoratore, portatore di uno dei fattori di rischio enunciati, non può vantare determinati diritti contemplati da specifiche disposizioni.

Questa sembra in effetti la chiave di volta per uscire dall'intricato labirinto di ipotesi.

Si deve partire infatti dalla considerazione che il citato l'articolo 2-bis della legge n. 104/1992 ⁽⁵⁸⁾ vieta le discriminazioni nei confronti dei lavoratori che chiedono o usufruiscono dei benefici derivanti da tutta una serie di norme, quali l'articolo 33 della legge medesima, gli articoli 33 e 42 del decreto legislativo n. 151/2001, l'articolo 18, comma 3-bis, della legge n. 81/2017, l'articolo 8 del decreto legislativo n. 81/2015. Il divieto opera altresì, per espressa previsione di legge, per gli stessi lavoratori, qualora usufruiscano di altri benefici loro concessi in relazione alla condizione di disabilità che li connota personalmente o che affligge coloro ai quali viene prestata assistenza e cura. Si tratta dunque di una norma che disegna in modo molto pignolo il perimetro delle tutele da essa garantite, per cui il legislatore del 2021 ha forse avvertito la necessità di introdurre una "clausola di chiusura", che consenta di far rientrare

⁽⁵⁶⁾ Che trova la sua tutela non solo nel d.lgs. n. 216/2003, ma anche nella l. n. 67/2006.

⁽⁵⁷⁾ C. GAROFALO, *op. cit.*, p. 8.

⁽⁵⁸⁾ Inserito dal d.lgs. n. 105/2022, quindi in realtà dopo le modifiche dell'art. 25 CPO qui in esame.

nell'ombrello protettivo della tutela antidiscriminatoria chiunque abbia una (ovviamente dimostrabile) esigenza di cura personale e familiare che va al di là di quelle in qualche modo tipizzate.

In realtà, per arrivare a questa conclusione sarebbe sufficiente valorizzare ⁽⁵⁹⁾ un altro elemento (in effetti preesistente alle modifiche di cui alla legge n. 162/2021) della norma contenuta nel comma 2-*bis*. I trattamenti o le modiche che costituiscono discriminazione sono cioè quelli adottati «in ragione» degli specifici fattori elencati, e non solo quelli adottati «in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti». Questo significa che non è necessario che la normativa ricollegli al fattore uno specifico diritto, ma che il fatto di trovarsi di per sé nelle condizioni previste dalla norma può bastare al configurarsi di una discriminazione, anche se, ovviamente, il lavoratore deve dimostrare la stretta connessione tra il trattamento peggiorativo ed il fattore di cui è portatore. Ma evidentemente questo snodo non era ben chiaro al legislatore del 2021, che ha voluto rafforzare la funzione del comma 2-*bis* quale clausola di chiusura anche impiegando questa sorta di formula riassuntiva. Se si compie dunque questo impegnativo sforzo di razionalizzazione di un testo giustamente definito di «scadente qualità» ⁽⁶⁰⁾, forse si ottiene qualche non irrilevante risultato.

Per riportare l'esempio di una vicenda nella quale sarebbe stato più facile ravvisare una discriminazione se una norma così confezionata fosse stata all'epoca vigente si può ricordare un caso deciso con un'ordinanza del Tribunale di Trento, datata 8 settembre 2020 ⁽⁶¹⁾, in piena emergenza Covid. La questione riguardava una lavoratrice, madre sola di una bambina di 9 anni, licenziata per essersi assentata ingiustificatamente dal lavoro per 11 giorni durante la prima ondata pandemica. La madre affermava di aver chiesto ed esaurito il congedo Covid di 15 giorni previsto dall'articolo 23 del "decreto cura Italia" ⁽⁶²⁾ e di aver chiesto di usufruire, durante il periodo di sospensione della attività didattiche (via via prorogato dall'autorità governativa) di ferie residue e permessi già maturati. La richiesta era stata respinta dall'azienda e la dipendente, assentatasi ugualmente, era stata licenziata per ragioni disciplinari. Il giudice di

⁽⁵⁹⁾ Come in effetti fa S. BORELLI, *op. cit.*, p. 504.

⁽⁶⁰⁾ È l'espressione usata da M. BARBERA, S. BORELLI, *op. cit.*, p. 34.

⁽⁶¹⁾ In *RIDL*, 2021, n. 1, II, p. 158, con nota di M.L. VALLAURI, *Fatica ad affermarsi il divieto di discriminazione per maternità*.

⁽⁶²⁾ D.l. n. 18/2020, convertito dalla l. n. 27/2020.

Trento ha escluso la natura discriminatoria o ritorsiva del recesso, ma ha ritenuto che esso fosse privo di giusta causa, essendo fondata la richiesta della lavoratrice di astenersi dal lavoro. Ed invero per il Tribunale, se è vero che, ai sensi dell'articolo 2019 c.c., spetta al datore di lavoro individuare il periodo di godimento delle ferie e che i permessi previsti dal contratto collettivo, per non ostacolare il normale andamento dell'attività produttiva, vanno fruiti in periodi di minore attività e mediante rotazione, nel caso in esame, da un lato il carattere impellente dell'esigenza della ricorrente appariva manifesto, in quanto essenziale alla tutela di interessi protetti anche a livello costituzionale (articolo 30, primo comma, Cost.), dall'altro la società datrice non aveva allegato alcuna circostanza da cui evincere impedimenti di carattere produttivo alla fruizione, da parte della donna, delle ferie e delle ore di permesso accumulate, considerate ampiamente in grado di coprire i giorni di assenza addebitati disciplinarmente. La società datrice pertanto, secondo il giudice, anziché procedere in via sanzionatoria nei confronti della lavoratrice, avrebbe dovuto consentirle di fruire delle ferie e dei permessi già maturati e, compatibilmente con le esigenze produttive, anche di quelle maturande nell'anno 2020.

Nella decisione vi è un riferimento anche alle norme, di legge e collettive, sui congedi per gravi motivi familiari, sostenendosi che «appare indubbio che la necessità di assistere una figlia dell'età di 9 anni convivente senza la presenza dell'altro genitore, la quale, a causa dell'emergenza Covid non possa avvalersi del servizio scolastico, integri un grave motivo familiare afferente a una situazione che comporta un impegno particolare della lavoratrice nell'assistenza della minore», dal che si deduce che «la società datrice avrebbe dovuto consentire alla lavoratrice di fruire di un congedo non retribuito per gravi motivi familiari ex art. 169 CCNL durante l'intero periodo di sospensione delle attività didattiche»⁽⁶³⁾.

Ora è evidente che, alla luce di una disposizione costruita (sia pure malamente) come il “nuovo” comma 2-*bis* dell'articolo 25, il passo che il giudice avrebbe potuto compiere per individuare nella condotta datoriale una discriminazione legata alla maternità e alla cura (nel caso specifico di una figlia minore) sarebbe stato assai breve e le tutele riconosciute alla

⁽⁶³⁾ Come rileva M.L. VALLAURI, *op. cit.*, p. 169, a tal fine l'azienda avrebbe dovuto interpretare in modo estensivo la richiesta di ferie avanzata dalla lavoratrice.

madre sarebbero state più corpose ⁽⁶⁴⁾. Nella vicenda in esame la lavoratrice era invero portatrice di due delle caratteristiche soggettive menzionate dalla norma: la maternità e l'esigenza di cura familiare (quest'ultima non qualificata in modo tale da giustificare il ricorso allo specifico congedo emergenziale): dunque proprio quel mix di fattori che è presente nel comma 2-*bis*.

Il riferimento alle esigenze di cura personale e familiare può dunque essere sfruttato, per quanto riguarda i genitori, per ricomprendere nella protezione diversi tipi di necessità di gestione familiare, ad esempio quelle legate ai figli adulti. Le esigenze di cura personali, a loro volta, possono essere individuate in quelle che affliggono il lavoratore per generiche ragioni di salute, non riconducibili ad un vero e proprio stato di disabilità, neppure se inteso nel senso allargato e ormai condiviso di disabilità biopsicosociale. È vero che così si corre il rischio che il fattore di discriminazione perda la sua naturale funzione selettiva, dato che tutti i lavoratori potrebbero, nel corso della propria vita lavorativa, risultare portatori di questo multi-fattore, ma questo in realtà accade già con altri criteri tradizionali, come l'età o il genere, ed in ogni caso non avrebbe davvero alcun senso intendere il richiamo alla famiglia come un richiamo alla genitorialità nella stessa misura in cui è già protetta dalle restanti parti dell'articolo 25 e quello alla cura personale come un rinvio alla disabilità, posto che si tratterebbe di ripetizioni assolutamente inutili.

⁽⁶⁴⁾ Basti pensare che lo stesso Tribunale, per rafforzare la tesi dell'inesistenza di una giusta causa di licenziamento, ha fatto leva anche sul «carattere giustificato dell'assenza dal lavoro in quanto dovuta a impossibilità di svolgere la prestazione per causa non imputabile alla lavoratrice». Il giudice ha ritenuto infatti che «le prestazioni di lavoro nelle giornate di assenza oggetto di addebito fossero divenute inesigibili per la ricorrente e, quindi, impossibili per causa a lei non imputabile» ed ha aggiunto che «questa statuizione trova riscontro in due dati legislativi che appaiono indicativi dell'esistenza di una situazione, in capo ai dipendenti genitori di figli in età scolare, che andava ben oltre la mera *difficultas* nell'adempiere l'obbligazione di lavoro». Il Tribunale ha citato a tale proposito l'art. 23 del decreto cura Italia, deducendone che il riconoscimento del diritto di astenersi dal lavoro «presuppone necessariamente che la prestazione di lavoro era divenuta impossibile – *melius* inesigibile – a causa della necessità di assistere i figli insorta a seguito della sospensione delle attività didattiche». E l'estensione del congedo operata a maggio 2020 dal decreto rilancio (d.l. n. 34/2020, convertito dalla l. n. 77/2020), con effetti fino al 31 luglio dello stesso anno, comprovava che la situazione considerata dal legislatore al momento dell'emanazione del decreto cura Italia era persistita fino a quella data, mentre la ricorrente aveva goduto solo di 15 giorni di congedo Covid.

Conta ovviamente moltissimo il fatto che questo fattore – sinteticamente definibile come quello delle esigenze di cura – sia stato inserito nel contesto di un articolato destinato a regolare la discriminazione di genere nel senso già molto allargato di cui si diceva all’inizio, posto che è assai frequente che a subire trattamenti “diversi” siano proprio lavoratori che non sono solo visti nella loro dimensione di donne, uomini, genitori (anche *in progress*), ma che sono connotati da ulteriori peculiari caratteristiche personali ⁽⁶⁵⁾. I nuovi fattori menzionati nel comma 2-*bis* vanno cioè letti alla luce di quelli preesistenti e servono a rendere più agevole la loro applicazione e quindi la “scoperta” della discriminazione. Questo vale anche per il fattore anagrafico, il cui inserimento non può essere (questa volta necessariamente) null’altro che un richiamo a regole già esistenti ⁽⁶⁶⁾, ma se l’elemento età si cumula ad uno degli altri motivi nominati può venire più agevolmente in evidenza la discriminazione di genere allargata.

Sono state invocate a questo proposito le discriminazioni multiple o intersezionali ⁽⁶⁷⁾, peraltro menzionate a più riprese anche dalla recente direttiva sulla parità retributiva e definite come la combinazione di discriminazioni fondate sul sesso e discriminazioni fondate su di un altro fattore protetto ⁽⁶⁸⁾. Deve esserci ovviamente un’interazione fra i diversi fattori, che aumenta il rischio di trattamenti deteriori o li provoca. Ma, al di là delle catalogazioni, è condivisibile l’idea per la quale il legislatore ha voluto colpire proprio questo tipo di inaccettabili disparità di trattamento, allo scopo di consentire più facilmente l’utilizzo delle tecniche di

⁽⁶⁵⁾ Ma R. SANTAGATA DE CASTRO, *op. cit.*, p. 508, definisce artificioso qualsiasi tentativo di considerare le esigenze di cura come caratteristiche intrinsecamente legate al sesso.

⁽⁶⁶⁾ A proposito di ciò S. BORELLI, *op. cit.*, p. 503, pronostica che la giurisprudenza, operando un’interpretazione sistematica della normativa antidiscriminatoria, continuerà a fare riferimento, per questo tipo di disparità di trattamento, al d.lgs. n. 216/2003.

⁽⁶⁷⁾ Per D. IZZI, *La discriminazione di genere rivisitata e il puzzle da ricomporre*, cit., p. 516, non si può escludere che nella riscrittura del comma 2-*bis* ci sia appunto un «mal calibrato slancio in tal senso». Secondo G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 135, il comma *de quo* pare fare riferimento alle discriminazioni multiple, anche se solo in relazione ad alcuni fattori. Di diverso avviso sembrano invece M. BARBERA, S. BORELLI, *op. cit.*, p. 11.

⁽⁶⁸⁾ La direttiva menziona quelli di cui alle direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE. Alla discriminazione intersezionale nell’UE è dedicata anche la relazione A9-0190/2022 del Parlamento europeo, sulla situazione socioeconomica delle donne di origine africana, mediorientale, latinoamericana e asiatica.

tutela (anche processuale) legate al genere (e soprattutto a quello femminile) nelle assai frequenti situazioni in cui questo fattore interferisce con altre condizioni personali ed in specie con quelle che sono state aggiunte all'elenco del comma 2-*bis*.

E soprattutto, come si anticipava e come è stato già bene evidenziato ⁽⁶⁹⁾, la circostanza di avere inserito le esigenze di cura tra i fattori di discriminazione produce un ulteriore risultato positivo. Se infatti queste esigenze sono specificamente ad autonomamente menzionate nella norma, non è più necessario seguire il tortuoso percorso della discriminazione indiretta per provare che un trattamento dispari riservato ad un lavoratore genitore o ad una lavoratrice ponga questi soggetti in una posizione di particolare svantaggio (come prevede il comma 2 dell'articolo 25) “perché” essi hanno delle particolari necessità di cura. L'esigenza di cura, elevata di per sé a fattore vietato, conquista cioè un posto diverso in seno alla fattispecie di cui all'articolo 25 e quindi anche e proprio all'interno di quella diretta ⁽⁷⁰⁾. Ne consegue che, tra l'altro, essa non ammette giustificazioni di sorta.

Così ragionando si riesce dunque a salvare (non certo nella forma, ma quanto meno nella sostanza) questa parte del comma 2-*bis*, anche se, si può ribadire, se questa era l'intenzione del legislatore l'operazione è stata condotta in modo che solo eufemisticamente si può definire maldestro. A ciò si aggiunga che l'inserimento dei “nuovi” fattori nell'articolo 25 e dunque nel Codice delle pari opportunità rischia di creare commistioni e confusioni, posto che ciascuna delle definizioni contenute nel diritto antidiscriminatorio è collegata ad altre regole (come quelle sulle eccezioni e sulle cause di giustificazione ⁽⁷¹⁾, oppure sulle assimilazioni ⁽⁷²⁾) e costituisce inoltre la porta di accesso a tutto un complesso di tutele, anche di tipo processuale. Come è noto, per i fattori età e disabilità si applica il

⁽⁶⁹⁾ R. SANTAGATA DE CASTRO, *op. cit.*, p. 509.

⁽⁷⁰⁾ E, valorizzando questo ragionamento, il giudice del lavoro sarebbe più facilmente pervenuto ad individuare una discriminazione diretta anziché indiretta in un caso (deciso da Trib. Catanzaro ord. 9 dicembre 2023, in www.italianequalitynetwork.it, 17 gennaio 2024, con nota di D. COLABRARO, *Ancora su orario di lavoro e compiti di cura. Commento a Trib. Catanzaro 9.12.2023*) nel quale una lavoratrice, madre di tre figli, tra cui uno gravemente disabile, aveva subito un cambiamento degli orari di lavoro (o comunque un'applicazione rigida del sistema di turni praticato in azienda) per ragioni legate proprio alle sue necessità di accudimento del minore.

⁽⁷¹⁾ Questo è vero soprattutto per il fattore età.

⁽⁷²⁾ Ciò vale *in primis* per il genere: si pensi alle regole, ricordate in precedenza, sulle molestie e sulla vittimizzazione.

decreto legislativo n. 216/2003, il cui articolo 5 riconosce la legittimazione ad agire, oltre che ovviamente agli stessi soggetti discriminati, alle organizzazioni sindacali, alle associazioni e alle organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, che possono agire in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione e dei suoi familiari ⁽⁷³⁾ oppure autonomamente, in casi di disparità di trattamento collettivo, qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone che lo subiscono. Il procedimento da seguire è regolato dall'articolo 4, il quale a sua volta rinvia all'articolo 28 del decreto legislativo n. 150/2011. Invece per il fattore genere (e criteri assimilati) legittimati ad agire, oltre ai soggetti discriminati, in caso di discriminazione collettiva ai sensi degli articoli 36 e 37 CPO sono le Consigliere o i Consiglieri di parità, che possono agire o intervenire in giudizio anche in via d'urgenza.

A questo punto, per evitare il sovrapporsi di regole e procedure diverse, l'unica soluzione, che sembra anche coerente con la ricostruzione qui proposta, consiste nel ritenere che se la discriminazione riguarda esclusivamente un fattore preesistente (come l'età), si debba continuare ad applicare lo strumentario processuale (ed anche le regole su eccezioni e giustificazioni) che gli è proprio, mentre sarà possibile attingere al complesso di tutele dedicato al genere solo se vi sia una commistione (o intersezione che dir si voglia) fra fattori diversi: ad esempio genere ed età, genitorialità ed esigenze di cura. Per il criterio "nuovo" delle esigenze di cura (interpretato, come si è detto, in modo diverso rispetto alla mera genitorialità e alla disabilità) non ci saranno invece alternative al ricorso allo strumentario tipico del Codice delle pari opportunità.

6. Gli effetti del comportamento discriminatorio e la comparazione dello svantaggio

Un altro aspetto di particolare delicatezza riguarda il fatto che il comma 2-*bis*, nella sua attuale versione, si propone di descrivere gli effetti che il trattamento deve o può produrre sul lavoratore affinché si possa configurare un'ingiusta disparità di trattamento. In tal modo si realizza però una contaminazione di quello che era il contenuto e il senso originario della disposizione, che (come si è visto) si limitava a specificare quali

⁽⁷³⁾ Come precisato dalla l. n. 238/2021.

condizioni personali del lavoratore o della lavoratrice fossero assimilate al genere, mentre ora è divenuta una norma che integra la struttura della fattispecie.

A ciò si aggiunga che, nel descrivere tali effetti, vengono usate formule disomogenee. Ed invero alla lettera *a* si dice, in modo molto generico, che il trattamento fatto al lavoratore è quello che semplicemente lo pone (anche solo potenzialmente) in una posizione di svantaggio rispetto alla generalità degli altri lavoratori. È una formulazione molto ampia, e non solo perché, diversamente dal comma 2, non parla di “particolare” svantaggio, ma proprio per il suo significato intrinseco, sembrando invero in grado di comprendere le espressioni di cui alle lettere *b* e *c*. Ma forse con queste, ancora una volta, il legislatore ha voluto solo sottolineare alcune forme peculiari di svantaggio ed ha scelto così di menzionare la «limitazione delle opportunità di partecipazione alla vita o alle scelte aziendali» (lettera *b*) e la «limitazione dell'accesso ai meccanismi di avanzamento e di progressione nella carriera» (lettera *c*), anche se per le condotte da ultimo menzionate potrebbe operare già l'articolo 29 CPO.

In ogni caso l'insistenza su questo tipo di limitazioni è probabilmente dovuta al fatto che è proprio in questo modo che spesso si “trattano peggio” i lavoratori protetti. La discriminazione può cioè di fatto concretizzarsi in condotte magari in sé impalpabili, meno definite di un trasferimento o di un licenziamento, ma che soffocano comunque le giuste aspettative del prestatore a realizzare la sua professionalità all'interno dell'organizzazione datoriale (azienda o pubblica amministrazione che sia), al pari di tutti i colleghi.

Anche la Cassazione si è occupata più volte di vicende nelle quali le lavoratrici (solitamente dipendenti di enti pubblici) lamentano discriminazioni indirette nell'ambito di procedure selettive per passaggio a fasce retributive superiori o per progressioni di carriera e ciò in quanto fra i criteri selettivi vi è sovente quello dell'esperienza maturata, che viene calcolata per i lavoratori part-time riproporzionando i periodi di servizio alla minore attività lavorativa svolta, laddove a svolgere lavoro a tempo parziale sono prevalentemente le donne. Un caso emblematico è stato quello deciso dalla Cassazione nella sentenza 29 luglio 2021, n. 21801⁽⁷⁴⁾, ma una più recente decisione, che ha ancora una volta ravvisato in

⁽⁷⁴⁾ Nel caso di specie la Corte ha imputato al giudice di secondo grado di non aver effettuato in modo corretto la comparazione necessaria a verificare il prodursi dell'effetto discriminatorio indiretto. Il giudice avrebbe cioè dovuto in primo luogo prendere

questo modo di procedere della PA una discriminazione indiretta, è l'ordinanza 19 febbraio 2024, n. 4313 ⁽⁷⁵⁾.

Interessante è anche quanto deciso dal Tribunale di Siracusa ⁽⁷⁶⁾, che ha definito indirettamente discriminatorio un accordo collettivo nazionale che prevedeva, quale unico criterio per costruire una graduatoria in vista della trasformazione dei rapporti di lavoro da part-time a full-time (decisione cui era collegata quella relativa al trasferimento ad altra sede) quello della "effettiva prestazione lavorativa", il quale era stato applicato escludendo dal numero delle ore lavorate quelle non svolte da una lavoratrice in astensione anticipata per gravidanza a rischio e poi in congedo di maternità.

in considerazione l'insieme di tutti i lavoratori assoggettati alla disposizione pretesamente discriminatoria, insieme nel quale dovevano essere inseriti anche i prestatori a tempo pieno. Avrebbe poi dovuto confrontare tra loro le proporzioni dei lavoratori colpiti e di quelli non colpiti dall'asserita disparità di trattamento e ciò sia all'interno della manodopera di sesso maschile, sia nell'ambito di quella di genere femminile. Avrebbe infine dovuto fare adeguata applicazione della causa di giustificazione di cui al comma 2 dell'art. 25 CPO, tenendo conto del fatto che, se è vero che l'esperienza di servizio costituisce senza dubbio un requisito essenziale per il riconoscimento della progressione economica, ciò non esclude automaticamente la natura discriminatoria dei criteri che a tale esperienza sono collegati (come, nel caso di specie, quello che faceva leva sul carattere a tempo pieno o parziale del rapporto). Infatti l'obiettività del criterio dipende dal complesso delle circostanze del caso concreto ed in particolare dalla relazione tra la natura della funzione esercitata e l'esperienza che viene accumulata attraverso l'esercizio di tale funzione per un certo numero di ore di lavoro.

⁽⁷⁵⁾ Un diverso ragionamento si ritrova tuttavia in Trib. Milano 8 settembre 2015, n. 2546, per la quale il riproporzionamento del punteggio dei dipendenti in part-time nella valutazione dell'esperienza di servizio maturata e, a parità di punteggio, quale criterio di preferenza, lungi dal costituire una forma di discriminazione indiretta nei confronti dei lavoratori a tempo parziale, appare una determinazione ragionevolmente premiante nei confronti di coloro che vantino una maggiore presenza in servizio nel corso degli anni, la quale, correttamente, non viene fatta coincidere con l'anzianità di servizio ma con le ore di lavoro effettivamente prestate.

⁽⁷⁶⁾ Trib. Siracusa 10 maggio 2017, n. 378, in *RIDL*, 2017, n. 3, II, p. 522, con nota di L. LAZZERONI, *Azione antidiscriminatoria e decadenza dalla impugnazione del trasferimento della lavoratrice*, la quale giustamente precisa come probabilmente nel caso di specie si trattava di una discriminazione diretta. Non si deve peraltro dimenticare che, secondo l'art. 22, comma 3, del d.lgs. n. 151/2001 i periodi di congedo di maternità vanno computati nell'anzianità di servizio a tutti gli effetti, compresi quelli relativi alla 13^a mensilità e alle ferie. Per le dipendenti pubbliche opera anche l'art. 9, comma 3, del d.lgs. n. 150/2009, il quale stabilisce che «nella valutazione di performance individuale non sono considerati i periodi di congedo di maternità, di paternità e parentale».

È certo comunque che le conseguenze elencate nelle tre lettere del comma 2-*bis* non esauriscono lo spettro dei possibili effetti svantaggiosi, almeno se si deve continuare a dare il giusto peso all'espressione «trattamento meno favorevole», usata dal comma 1, e a quella di «particolare svantaggio», usata dal comma 2.

Alcuni ulteriori profili della nozione di discriminazione per ragioni di genere non sono stati toccati nella loro essenza. Ad esempio la definizione resta di tipo oggettivo: non rileva l'intento del discriminatore ma l'effetto prodotto, che a sua volta può essere attuale o anche solo potenziale. In particolare la mera potenzialità è espressamente prevista sia nel comma 2 che nel comma 2-*bis*.

Viene poi mantenuta ferma, anche nel comma 2-*bis*, un'altra delle caratteristiche "tradizionali" della nozione *de qua*: la dimensione comparativa, per la quale si deve operare un confronto tra il trattamento riservato al soggetto che si ritiene discriminato e quello riservato ad altri soggetti. Su questo punto le modifiche introdotte sono però disorganiche e non tengono conto dell'ormai consolidata lettura che sminuisce l'essenzialità della comparazione o comunque non la ritiene necessaria sempre ed a tutti i costi, ammettendo anche un confronto ipotetico. Su questa lunghezza d'onda si colloca, ad esempio, il Tribunale di Venezia ⁽⁷⁷⁾, per il quale, poiché la maternità è uno stato biologicamente connesso ad una condizione di genere, non è necessario, per il configurarsi di una discriminazione, un termine di paragone della presunta disparità di trattamento, rappresentato da un lavoratore non in stato di gravidanza.

A ciò si aggiunga che, se nel comma 1, sulla discriminazione diretta, il confronto va compiuto tra singoli («trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o un altro lavoratore in situazione analoga»), nel caso della discriminazione indiretta il raffronto richiesto dalla norma va fatto invece tra il singolo e una pluralità di soggetti («posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso»). E qui può sorgere un problema perché, con una formulazione ancora diversa da queste, il nuovo comma 2-*bis*, alla lettera *a*, nel descrivere il comportamento che costituisce discriminazione, con particolare riferimento agli effetti che deve produrre la condotta datoriale, dice che essa deve porre (o poter porre) il lavoratore in una condizione di svantaggio (non necessariamente particolare) «rispetto alla generalità degli altri lavoratori». L'espressione è stata giustamente criticata dalla dottrina, per la quale il

⁽⁷⁷⁾ Trib. Venezia 15 febbraio 2022, n. 728.

giudizio di comparazione (oltre a non essere sempre necessario) viene così “ingabbiato”, laddove non sempre occorre operare un confronto con il trattamento riservato alla generalità dei lavoratori ⁽⁷⁸⁾.

È evidente allora che per uscire da questo intrico bisogna interpretare questa espressione utilizzando il metodo dell’interpretazione conforme. Dagli insegnamenti della Corte di Giustizia si deduce che è necessario superare la lettera della legge (in questo caso il testo della lettera *a* del comma 2-*bis*) e individuare il riferimento comparativo in ragione del trattamento di cui si tratta, tenendo conto che l’esigenza primaria resta quella di garantire un’effettiva tutela del diritto a non subire discriminazioni ⁽⁷⁹⁾.

7. Il solo apparente “scollamento” con l’articolo 3 del decreto legislativo n. 151/2001

L’ultimo problema interpretativo nasce dal fatto che si è creato uno scollamento (più apparente che reale, come si dirà) con l’articolo 3 del decreto legislativo n. 151/2001. Anche questa disposizione contiene infatti una definizione di discriminazione per ragioni connesse al sesso, la quale non è stata modificata nel 2021 e dunque continua, in modo molto più asciutto, ad enumerare, accanto al sesso, lo stato di gravidanza, di maternità, di paternità (anche adottive), ovvero la titolarità e l’esercizio dei relativi diritti. Essa dunque non contiene una descrizione di ciò che costituisce una discriminazione, ma si limita a sancire il relativo divieto, collegandolo a questi fattori.

Potrebbe anche non apparire non del tutto chiaro il senso di una norma sul divieto di discriminazione per ragioni di genere all’interno del decreto legislativo n. 151/2001 (ove è stata inserita con il decreto legislativo n. 5/2010), ma forse essa non fa che ribadire che le differenziazioni

⁽⁷⁸⁾ M. BARBERA, S. BORELLI, *op. cit.*, p. 34. L. CALAFÀ, *op. cit.*, parla di un giudizio di comparazione chiaramente “orientato”, nel senso di previamente definito. Per D. IZZI, *La discriminazione di genere rivisitata e il puzzle da ricomporre*, cit., p. 515, il legislatore, incappando in una formulazione “maldestra”, non intendeva dire che il confronto si deve fare con tutti i lavoratori (sia quelli che posseggono, sia quelli che non posseggono la caratteristica tutelata), ma che va fatto (in conformità ad una lettura coerente con i canoni che provengono dall’ordinamento eurounitario) con tutti coloro che non presentano tale caratteristica.

⁽⁷⁹⁾ In questo senso S. BORELLI, *op. cit.*, p. 505.

di trattamento legate alla genitorialità e a tutto ciò che le è in qualche modo collegato sono discriminazioni di genere e devono sottostare alla relativa disciplina, per la quale va fatto quindi riferimento al Codice delle pari opportunità. Ed invero la giurisprudenza, di fronte a disparità di trattamento che vengono perpetrate nei confronti delle lavoratrici per ragioni connesse alla maternità, tende ad applicare l'articolo 25 CPO piuttosto che l'articolo 3 del decreto legislativo n. 151/2001 (spesso neppure citato), anche perché nel primo sono contenute le regole processuali utili a reprimere questo tipo di condotte datoriali. Ad esempio, il Tribunale di Milano⁽⁸⁰⁾ ha definito come discriminatorio il mancato pagamento della retribuzione ad una lavoratrice che aveva usufruito della c.d. maternità anticipata e, successivamente, del congedo di maternità obbligatorio. Analogamente il Tribunale di Busto Arsizio⁽⁸¹⁾ ha affermato che la mancata corresponsione dell'indennità di maternità in un importo inferiore a quello stabilito dagli articoli 22 e 23 del decreto legislativo n. 151/2001 si risolve in una condotta discriminatoria nei confronti della lavoratrice. Ad ogni modo l'articolo 3 del decreto legislativo n. 151/2001 rinvia espressamente al Codice delle pari opportunità⁽⁸²⁾ e quindi va assolutamente letto alla luce della nuova e più articolata nozione risultante dalle integrazioni del 2021. La virtuosa circolarità, già creata, tra le regole presenti in questi due importantissimi testi non può certamente venire meno per il solo fatto che una delle due definizioni non ha subito lo stesso aggiornamento dell'altra, anche se il legislatore ha mostrato, anche in questa occasione, la solita deprecabile mancanza di cura nella tecnica di redazione delle norme e una colpevole carenza di consapevolezza della complessità del sistema. Ma forse (almeno) in quest'ultimo caso si tratta solo di un peccato veniale.

⁽⁸⁰⁾ Trib. Milano 22 maggio 2023, in *LDE*, 2023, n. 3, commentata da I. SEGHEZZI, *È condotta discriminatoria il mancato pagamento della retribuzione alla lavoratrice madre*.

⁽⁸¹⁾ Trib. Busto Arsizio 16 novembre 2020, n. 297.

⁽⁸²⁾ Esso vieta infatti testualmente qualsiasi discriminazione per ragioni connesse al sesso «secondo quanto previsto dal decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198».

Abstract

La complicata nozione di discriminazione di genere dopo la legge n. 162/2021

Obiettivi: l'articolo si propone di analizzare la nozione di discriminazione di genere di cui all'art. 25 del d.lgs. n. 198/2006 dopo le modifiche di cui alla l. n. 162/2001, che hanno inciso sia sulla struttura della fattispecie, sia sull'elenco dei fattori di discriminazione che – evidentemente – il legislatore ritiene in qualche modo collegati con il fattore base, il genere appunto. **Metodologia:** la reale innovatività degli interventi operati sulla definizione viene verificata alla luce della più recente giurisprudenza in materia e dell'interpretazione dottrinale. **Risultati:** di particolare rilievo risultano gli inserimenti in tema di comportamenti organizzativi datoriali e quello sul “nuovo” fattore delle esigenze di cura personale familiare. **Limiti e implicazioni:** la ricerca si concentra sul confronto tra la previgente e l'attuale definizione di discriminazione di genere, che torna a specializzarsi rispetto alle altre nozioni di discriminazione presenti nel nostro ordinamento. **Originalità:** è stato compiuto un notevole sforzo di sistematizzazione per tentare di risolvere i non irrilevanti problemi di coordinamento tra la nuova definizione ed altre regole presenti del diritto antidiscriminatorio (come quelle di cui al d.lgs. n. 216/2003 o all'art. 3 del d.lgs. n. 151).

Parole chiave: discriminazione, genere, comportamenti organizzativi, esigenze di cura personale e familiare.

The complicated notion of gender discrimination after Law No. 162

Objectives: the article aim to analyze the notion of gender discrimination in Article 25 of Legislative Decree No. 198/2006 after the amendments made by the Law No. 162/2001, which affected both the structure of the notion and the list of discrimination factors that – evidently – the legislator considers in some way connected with the basic factor, the gender. **Methodology:** the real innovativeness of the interventions made on the definition is verified in the light of the most recent case law on the subject and doctrinal interpretation. **Results:** of particular note are the insertions on the subject of employer organizational behavior and the one on the “new” factor of family personal care needs. **Limits and implications:** the research focuses on comparing the former and current definition of gender discrimination, which returns to specialization with respect to other notions of discrimination in our legal system. **Originality:** a considerable systematization effort has been made in an attempt to solve the significant coordination problems between the new definition and other present rules of anti-discrimination law (such as those in Legislative Decree No. 216 of 2003 or Article 3 of Legislative Decree No. 151).

Keywords: discrimination, gender, organizational behavior, personal and family care needs.