

# EQUAL

RIVISTA DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

## IN EVIDENZA:

- L'inclusione delle diversità nel (e attraverso il) lavoro sportivo
- Monocommittenza tra avvocati e qualificazione del rapporto
- Patologie croniche e tutela antidiscriminatoria
- Le fondazioni lirico-sinfoniche, la natura giuridica e l'abuso del contratto a termine
- Licenziamento per superamento del periodo di comporto e disabilità
- La violenza di genere in ambito familiare e la legittimità del licenziamento
- Rettifica dei dati e identità di genere
- *Las acciones positivas para las mujeres en el Derecho español de seguridad social*

n. 3-4 / 2025

Rivista bimestrale

**COMITATO DI DIREZIONE**

Matteo Borzaga, Barbara de Mozzi, Valerio Maio, Anna Zilli

**COMITATO SCIENTIFICO**

Emilio Balletti, Judith Brockmann, Marina Brollo, Carlo Cester, Gabriele Carapezza Figlia, Fulvio Cortese, Domenico Garofalo, Barbara Godlewska-Bujok, Esther Happacher, Enrico Gragnoli, Frédéric Guiomard, Ljubinka Kovacevic, Fiorella Lunardon, Marco Pertile

**COMITATO DI REDAZIONE**

Vincenzo Cangemi, Alessia Gabriele, Carmela Garofalo, Laura Torsello

**COMITATO DI REFERAGGIO**

Alessandro Boscati, Stefano Caffio, Davide Casale, Lorenzo Maria Dentici, Loredana Ferluga, Paola Ferrari, Emanuela Fiata, Valeria Filì, Laura Foglia, Gabriele Franza, Emanuele Menegatti, Gabriella Nicosia, Antonello Olivieri, Annalisa Pessi, Antonio Preteroti, Federico Maria Putaturo Donati Viscido Di Nocera, Angela Riccardi, Alessandro Riccobono, Fabrizia Santini, Rosario Santucci, Alessandra Sartori, Elena Signorini, Anna Trojsi, Lucia Valente, Riccardo Vianello

Amministrazione:

Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Ospedaletto (PI)

Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300

[www.pacineditore.it](http://www.pacineditore.it) • [info@pacineditore.it](mailto:info@pacineditore.it)

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

# Indice

## Saggi

ANNA ZILLI, <i>L'inclusione delle diversità nel (e attraverso il) lavoro sportivo: donne, giovani e disabili entrano in campo</i> .....»	247
ELENA PASQUALETTO, <i>La monocommittenza tra avvocati: la qualificazione del rapporto dal punto di vista giuslavoristico</i> .....	265
GIADA DELLA ROCCA, <i>Patologie croniche e tutela antidiscriminatoria: alla ricerca del lavoro "dignitoso"</i> .....»	289
MARIA BARBERIO, <i>Le fondazioni lirico-sinfoniche, la natura giuridica e l'abuso del contratto a termine: ormai classici di repertorio</i> .....	309

## Giurisprudenza

STEFANO CAFFIO, <i>Licenziamento per superamento del periodo di comporta e disabilità</i> .....»	333
[Corte di Cassazione, sez. lav., sentenza 5 giugno 2024, n. 15723]	
ALESSIA GABRIELE, <i>La rilevanza della violenza di genere in ambito familiare e la legittimità del licenziamento</i> .....»	347
[Corte di Cassazione, sez. lav., sentenza 11 dicembre 2024, n. 31866]	
SIMONE FRANCA, <i>Rettifica dei dati e identità di genere. Il diritto alla protezione dei dati personali come dispositivo di salvaguardia di diritti e libertà fondamentali</i> .....»	363
[Corte di Giustizia UE, sentenza 13 marzo 2025, causa C-247/23]	

## Dialogues

JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO, <i>Las acciones positivas para las mujeres en el Derecho español de seguridad social ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i> .....»	375
--	-----



# L'inclusione delle diversità nel (e attraverso il) lavoro sportivo: donne, giovani e disabili entrano in campo

*The inclusion of diversity in (and through) sport work: women, young people and disabled people enter the pitch*

**Anna Zilli**

*Professoressa associata di Diritto del lavoro nell'Università di Udine*

**SOMMARIO:** 1. La riforma dello sport nel prisma dell'inclusione. – 2. La condizione delle sportive. – 3. I giovani tra scuola, sport e lavoro: un percorso fecondo. – 4. Lo sport paralimpico. – 5. Alcune osservazioni conclusive: *les jeux (ne) sont (pas) faits*.

*Sinossi:* Il contributo affronta il tema dell'inclusione dalla prospettiva della riforma dello sport, anche alla luce dei numerosi correttivi (l'ultimo dei quali, contenuto nel d.l. n. 25/2025) che hanno parzialmente riscritto il testo originario del d.lgs. n. 36/2021. L'approdo è una ricostruzione di luci e ombre di un fenomeno ormai di massa e sempre più settore di impiego, ma che ancora rimane «l'unico spettacolo che, per quante volte tu lo veda, non sai mai come andrà a finire».

*Abstract:* *The essay addresses the issue of inclusion from the perspective of the reform of sport, also considering the large number of amendments (the last of which, contained in Legislative Decree no. 25/2025) that have partially rewritten the original text of Legislative Decree no. 36/2021. The Author offers a reconstruction of the lights and shadows of a phenomenon that is now mass and increasingly a sector of employment, but which remains «the only show that, no matter how many times you see it, you never know how it will end».*

**Parole chiave:** Sport – Inclusione – Donne – Giovani – Atleti paralimpici

**Key words:** Sport – Inclusion – Women – Youth – Paralympic athletes

## 1. La riforma dello sport nel prisma dell'inclusione

L'attesa riforma dello sport<sup>1</sup> è giunta in un momento nel quale l'attività ricreativa *par excellence*, specie quella non “di vertice”, stava soffrendo particolarmente: prima, a causa delle stringenti limitazioni imposte dalla pandemia da Covid-19<sup>2</sup> e, poi, in relazione all'emergenza climatica (con le sue ricadute in termini di eventi catastrofici) ed economica (conseguente anche alla guerra in corso nel territorio ucraino e ai collegati rincari dei prezzi). Si tratta certamente di un segnale importante, che colloca il «Riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici e di lavoro sportivo», approvato con il d.lgs. n. 36 del 28 febbraio 2021, in scia con la recente riforma del c.d. Terzo settore, condotta in porto con il d.lgs. n. 117 del 3 luglio 2017. I due percorsi si collegano strettamente: in primo luogo nella misura in cui molti enti sportivi sono, e rimarranno, soggetti ascrivibili a tale contesto, sia nell'ambito del volontariato organizzato, sia nell'impiego retribuito<sup>3</sup>. Altresì, li connette la capacità aggregativa dell'uno e dell'altro, ove si intrecciano intense relazioni tra i soggetti coinvolti.

Il *fil rouge* della riforma in commento emerge chiaramente nell'indicazione di principi e obiettivi del d.lgs. n. 36/2021, ove si afferma «il valore culturale, educativo e sociale dell'attività sportiva, quale strumento di miglioramento della qualità della vita e di tutela della salute, nonché quale mezzo di coesione territoriale» (art. 3, d.lgs. n. 36/2021).

La promozione dell'attività motoria, dell'esercizio fisico strutturato e dell'attività fisica adattata all'*ageing* costituiscono, infatti, «strumenti idonei a facilitare l'acquisizione di stili di

<sup>1</sup> Il 18 e il 19 marzo 2021 sono stati pubblicati in Gazzetta Ufficiale i cinque decreti legislativi attuativi della riforma dell'ordinamento sportivo, di cui alla l. n. 86 dell'8 agosto 2019, recante «Deleghe al Governo in materia di disposizioni di ordinamento sportivo, di professioni sportive nonché di semplificazione», sui cui ampiamente PITTALIS, *L'attuazione della legge delega 8 agosto 2019, n. 86 in tema di ordinamento sportivo, professioni sportive e semplificazione*, in *CG*, 2021, 6, 737. Oltre al d.lgs. 28 febbraio 2001, n. 36, qui in commento, sono stati approvati nella stessa data: il d.lgs. n. 37, avente ad oggetto l'attuazione dell'articolo 6, relativo alle «Misure in materia di rapporti di rappresentanza degli atleti e delle società sportive e di accesso e esercizio della professione di agente sportivo»; il d.lgs. n. 38 di attuazione dell'articolo 7, sulle «Misure in materia di riordino e riforma delle norme di sicurezza per la costruzione e l'esercizio degli impianti sportivi e della normativa in materia di ammodernamento o costruzione di impianti sportivi»; il d.lgs. n. 39, avente ad oggetto la traduzione della delega, di cui all'articolo 8 di «Semplificazione di adempimenti relativi agli organismi sportivi» e il d.lgs. n. 40, avente ad oggetto l'attuazione dell'articolo 9, recante «Misure in materia di sicurezza nelle discipline sportive invernali». Con il d. lgs. 5 ottobre 2022, n. 163 (in Gazzetta Ufficiale il 2 novembre 2022) sono state adottate le «Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 36, in attuazione dell'articolo 5 della legge 8 agosto 2019, n. 86, recante riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici, nonché di lavoro sportivo». Da ultimo, il d.l. 14 marzo 2025, n. 25 (in Gazzetta Ufficiale il 6 marzo 2025) ha previsto l'adozione di «Misure urgenti per la funzionalità dell'Unione italiana tiro a segno dei Gruppi sportivi», intervenendo nuovamente sul d.lgs. 36/2001.

<sup>2</sup> L'insieme dei provvedimenti di sospensione delle attività, riassunti in <https://temi.camera.it/leg18/temi/le-misure-adottate-a-seguito-dell-emergenza-coronavirus-covid-19-nell-ambito-dello-sport.html> ha colpito assai duramente sia gli atleti, sia la c.d. Industria dello sport, per la quale sono stati disposti plurimi sostegni, anche quali contributi a fondo perduto (v. In <https://www.sport.governo.it/it/emergenza-covid-19/contributi-a-fondo-perduto-in-favore-delle-societa-e-associazioni-sportive-dilettantistiche/>) in parte connessi anche alla riforma di cui qui si tratta, su cui v. *infra*.

<sup>3</sup> BARBETTA, ECCHIA, ZAMARO, *Le istituzioni non profit in Italia. Dieci anni dopo*, Bologna, 2016; LORI, PAVOLINI, *Cambiamenti organizzativi e ruolo societario delle organizzazioni di Terzo settore*, in *PS*, 2016, 41; CAMPEDELLI, SGRITTA, *Il non profit: conoscenza e cambiamento*, *ivi*, 21.

vita corretti e funzionali all'inclusione sociale, alla promozione della salute, nonché al miglioramento della qualità della vita e del benessere psico-fisico sia nelle persone sane sia nelle persone affette da patologie». Sicché, la pratica sportiva in un «ambiente sicuro e sano» deve essere un diritto riconosciuto per chiunque e, in particolare, ai «minori, anche attraverso il potenziamento delle strutture e delle attività scolastiche», ai «cittadini con disabilità, garantendone l'accesso alle infrastrutture sportive, quale misura volta ad assicurarne il pieno inserimento nella società civile» nonché alle sportive, attraverso la promozione delle «pari opportunità delle donne nelle prestazioni di lavoro sportivo, tanto nel settore professionistico, quanto in quello dilettantistico» (art. 3, d.lgs. n. 36/2021).

Pertanto, l'introduzione di una «disciplina organica del rapporto di lavoro sportivo»<sup>4</sup> va letta come strumento posto «a tutela della dignità dei lavoratori e rispettosa della specificità dello sport» (art. 3, cit.), che già affondava le proprie radici nella tutela (indiretta, ma intensa) della Costituzione italiana (artt. 2, 3, 18, 32)<sup>5</sup> e che, oggi, viene consacrata nell'art. 33 della Carta, dove, a fianco di arte e scienza, si aggiunge che «La Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme».

La prospettiva è quella di un orizzonte molto più vasto, in un percorso inclusivo ben chiarito, sin dal dicembre 2000, da parte del Consiglio europeo, con l'adozione di una Dichiarazione relativa alle caratteristiche specifiche dello sport e alle funzioni sociali in Europa<sup>6</sup>, di cui tener conto nell'attuazione delle politiche comuni. Nella Dichiarazione di Nizza, infatti, si precisa che, benché l'Unione non disponga di competenze dirette in questo settore, questa «deve tener conto delle funzioni sociali, educative e culturali dello sport, che ne costituiscono la specificità, al fine di rispettare e di promuovere l'etica e la solidarietà necessarie a preservarne il ruolo sociale» anche in applicazione delle differenti disposizioni del Trattato, che, nel tempo, hanno avuto enorme impatto sugli ordinamenti sportivi nazionali e sul movimento sportivo internazionale.

<sup>4</sup> Sulla riforma italiana del lavoro sportivo v. almeno i contributi di NUNIN, VETTOR, ZUBIN, TULISSI, FAVELLA, DE MARTINO, BIASI, BARBA RAMOS, *La riforma del lavoro sportivo*, in *VTDL*, 2024, 2, 286; LAMBERTUCCI, *Il lavoro sportivo subordinato tra disciplina speciale e normativa generale di tutela: prime considerazioni sulla riforma del 2021*, in *ADL*, 2024, 1, 1; FRAIOLI, *La riforma del lavoro sportivo di cui al d.lgs. n. 36/2021*, in *MGL*, 2023, 1, 55; VETTOR, *La nuova riforma del lavoro sportivo: prime analisi alle disposizioni integrative e correttive al d.lgs. n. 36/2021 (d.lgs. n. 163/2022)*, *ibidem*, 129; RUFFO, *Il lavoro sportivo tra teoria della subordinazione e ambigue novità legislative*, in *RGL*, 2023, I, 127; DI MATTINA, *La figura del lavoratore sportivo, tra qualificazione giuridica e tipologia contrattuale applicabile*, in *Olympialex review*, 2023, 1-2, 72; ZOLI, *La riforma dei rapporti di lavoro sportivo tra continuità e discontinuità*, in *RGL*, 2022, I, 41; SIMEOLI, *Lavoro sportivo*, in AA.VV., *Il lavoro privato*, Giuffrè, Milano, 2022, 781; GRAGNOLI, *I profili di specialità del rapporto di lavoro degli sportivi professionisti*, in *RDES*, 2021, 2, 263; ROCCHINI, *Dal dilettante al lavoratore sportivo. Prime osservazioni sulla riforma dello sport*, in *MGL*, 2021, 407.

<sup>5</sup> Benché apparsa *expressis verbis* soltanto con la riforma regionalista (*ex l. cost. n. 3/2001*), il novellato art. 117 Cost. affida l'«ordinamento sportivo» alla legislazione concorrente Stato-Regioni. Attribuiti alle «periferie» gli aspetti organizzativi della pratica sportiva rimangono certamente attratte alla competenza statale esclusiva le questioni relative alla condizione degli sportivi come lavoratori (e, quindi, anche gli aspetti legati alla disciplina pensionistica, fiscale, sanitaria).

<sup>6</sup> *Allegato IV - Dichiarazione relativa alle caratteristiche specifiche dello sport e alle sue funzioni sociali in Europa di cui tener conto nell'attuazione delle politiche comuni*, in [https://www.europarl.europa.eu/summits/nice2\\_it.htm#an4](https://www.europarl.europa.eu/summits/nice2_it.htm#an4)

Lo sport, infatti, è soggetto all'applicazione dell'*acquis* comunitario e le politiche europee realizzate in altri settori hanno un impatto considerevole e crescente. Non va dimenticato che l'ideale olimpico dello sviluppo dello sport per promuovere la pace e la comprensione fra le Nazioni e le culture e l'istruzione dei giovani è nato in Europa ed è stato promosso dal Comitato olimpico internazionale e dai comitati olimpici europei. Nel contesto del Vecchio Continente, lo sport riesce a esercitare una forte attrattiva per i cittadini, la maggioranza dei quali pratica con regolarità un'attività sportiva, sia in modo autonomo, sia attraverso una delle settecentomila società esistenti, le quali, a propria volta, fanno capo a una nutrita schiera di associazioni e federazioni<sup>7</sup>. Attraverso la pratica sportiva, vengono veicolati importanti valori, come lo spirito di gruppo, la solidarietà, la tolleranza e la correttezza, contribuendo, così, allo sviluppo e alla realizzazione personali, che concorrono nel rafforzare la cittadinanza attiva.

Lo sport si è, dunque, caratterizzato come fenomeno collettivo determinante, d'importanza crescente, in grado di contribuire in modo significativo agli obiettivi strategici di solidarietà e prosperità perseguiti dall'Unione europea.

Dal punto di vista sociale, si tratta di una sfera dell'attività umana dotata di un potenziale notevole nel riunire e raggiungere tutti, indipendentemente dall'età o dall'origine. Altresì, non può essere taciuto come questo sia un settore che, nel tempo, ha conosciuto un forte incremento di occupazione, anche in territori marginali, interagendo col turismo anche come strumento di sviluppo regionale e locale, come può leggersi negli studi di contabilità, sui profili economici degli eventi sportivi di vasta scala e sugli effetti della mancata pratica sportiva<sup>8</sup>.

Anche lo sport, però, si è trovato ad affrontare nuove minacce, quali la pressione commerciale, lo sfruttamento dei giovani giocatori, il *doping*, il razzismo, la violenza, la corruzione e il riciclaggio del denaro. La necessità di affrontare l'eterna «sfida delle differenze»<sup>9</sup> è stata resa ancor più urgente dalla pandemia, che ha acuito le tensioni sociali e duramente colpito proprio il settore sportivo: sia nella rarefazione degli eventi sportivi a ogni livello, sia nella pratica, financo amatoriale, costretta a realizzare il contenimento epidemiologico. In questo contesto, la riforma dello sport si è snodata lungo un quinquennio e, tra arresti e rinvii, è entrata in vigore per *tranche*<sup>10</sup>. Per primo, è entrato in vigore l'apparato social-

<sup>7</sup> V. in <https://sport.ec.europa.eu/news/new-eurobarometer-on-sport-and-physical-activity>. Secondo l'Annuario Statistico Italiano Istat 2020, in <https://www.istat.it/it/archivio/251048>, nel 2019 il 35,0% della popolazione con più di 3 anni di età ha praticato almeno uno sport nel tempo libero, il 26,6% in maniera continuativa e l'8,4% saltuariamente.

<sup>8</sup> Secondo i dati Eurostat, *Employment in sport*, 2021, in <https://ec.europa.eu/eurostat> nel 2020, in Europa, il numero di persone impiegate nello sport è aumentato in 21 dei 27 Stati membri dell'UE tra il 2015 e il 2020, di 100.000 unità rispetto al 2015, il che equivale ad un aumento complessivo dell'8,4%.

<sup>9</sup> D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *GDLRI*, 1991, 455-487.

<sup>10</sup> In particolare, il d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, conv. con modificazioni dalla l. 24 febbraio 2023, n. 14, ha emendato l'art. 52, c. 1 e 2-*bis*, superando la legge di conversione del d.l. c.d. Sostegni *bis* (d.l. n. 73/2021, conv. con l. n. 106/2021) e riscrivendo i tempi di entrata in vigore della riforma

mente e genuinamente “propulsivo” della riforma in commento, pur con le limitazioni che la partenza scaglionata ha comportato. In particolare, dal 1° gennaio 2022, si applicano il d.lgs. n. 40/2021, in materia di sicurezza delle discipline sportive invernali (nella sua interezza) e, soprattutto, alcuni articoli del d.lgs. n. 36/2021, quali l’art. 10 (riconoscimento, ai fini sportivi, di società e associazioni), l’art. 39, che disciplina il fondo per il passaggio al professionismo negli sport femminili; l’art. 40 sulla promozione della parità di genere nello sport e gli articoli del titolo VI (articoli 43 – 50) sulle pari opportunità per gli atleti paralimpici nell’accesso ai gruppi sportivi militari e ai corpi civili dello Stato. Il complessivo apparato definitorio e normativo (comprese le regole sul lavoro dei giovani sportivi) è andato a regime dal 1° luglio 2023 (benché con le modifiche introdotte dal d.lgs. 5 ottobre 2022, n. 163).

Al momento, quindi, convivono, pur con grandi difficoltà, residui del vecchio impianto, fondato sulla distinzione tra professionisti e non, e il nuovo modello, volto a superare ogni forma di discriminazione, nel solco tracciato dal diritto europeo<sup>11</sup>. In questo contesto, ci si concentrerà sugli aspetti di novità dello sport, in generale, e del lavoro sportivo, in particolare, come “palestra” nell’inclusione delle diversità, declinate nel genere, età e disabilità, anche nella prospettiva intersezionale.

## 2. La condizione delle sportive

Dopo i fasti olimpici (e paralimpici, su cui v. *infra*) dello sport femminile, descrivere la situazione delle atlete italiane è complesso e apparentemente incomprensibile. Si tratta certamente di una tra le più evidenti ed estese discriminazioni che caratterizzano ancora il nostro Paese<sup>12</sup>. Come noto, la l. n. 91 del 1981 si fonda(va) sulla *summa divisio* tra chi (solo) gioca e si tiene in forma e chi (giocando) lavora e guadagna, cioè, contrapponendo l’attività sportiva *professionistica* e quella *non professionistica*<sup>13</sup>. La scelta era stata conferita all’arbitrio delle Federazioni affiliate al Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI), secondo le condi-

<sup>11</sup> DI FILIPPO, *La libera circolazione dei calciatori professionisti alla luce della sentenza Bosman*, in *RIDL*, 1996, 2, 209.

<sup>12</sup> VETTOR, *La riforma dello sport. Valori, principi e diritti nella prospettiva del lavoro*, in *VTDL*, 2024, 2, 293; DI MATTINA, *Il rapporto di lavoro sportivo*, Giuffrè, Milano, 2023, qui spec. 205 - 215; DIACCI, *Atlete dilettanti, una reale discriminazione di genere*, in *Persona e danno*, 16 gennaio 2018, in <https://www.personaedanno.it/articolo/atlete-dilettanti-una-reale-discriminazione-di-genere-patrizia-diacci>.

<sup>13</sup> Sul criterio formalistico di attribuzione della qualità di sportivo professionista, l’impostazione è stata assai discussa. Per ampie riflessioni v. almeno, nel tempo, MAZZOTTA, *Lavoro sportivo*, in AA.VV., *Una legge per lo sport?*, in *FI*, 1981, V, 303; PERSIANI, *Sub art. 3*, in *Commentario alla legge 23 maggio 1981 n. 91*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1982, 561; GRASSELLI, *L’attività sportivo-professionistica: disciplina giuridica delle prestazioni degli atleti e degli sportivi professionisti*, in *FL*, 1982, I, 27; ZOLI, *Sul rapporto di lavoro sportivo professionistico*, in *GC*, 1985, I, 2088; GIUGNI, *La qualificazione di atleta professionista*, in *RDS*, 1986, 166 e, più recentemente, VIDIRI, *Il lavoro sportivo tra codice civile e norma speciale*, in *RIDL*, 2002, 1, 39; TOSI, *Sport e diritto*, in *ADL*, 2002, 3, 717; BELLUMAT, *Il lavoro sportivo*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, 2007, Torino, 2008; PELLACANI, *Il lavoro sportivo*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, in RESCIGNO e GABRIELLI (diretto da) *Trattato dei contratti*, 2009, 1403; DENTICI, *Il lavoro sportivo tra professionismo e dilettantismo: profili di diritto interno e comunitario*, in *EDP*, 2009, 4, 1059.

zioni da questo indicate per l'istituzione del settore professionistico, rappresentate dalla effettiva rilevanza economica del fenomeno e dal riconoscimento da parte della relativa Federazione Internazionale<sup>14</sup>.

Tale impostazione aveva finito per determinare disparità di trattamento tra atleti che, sul piano sostanziale, meritavano lo stesso trattamento normativo<sup>15</sup>, alimentando discriminazioni di genere, poiché la scelta in ordine alla qualificazione dei rapporti ha lungamente penalizzato le sportive. In una evidente spirale negativa, infatti, i settori più poveri sono lungamente rimasti ai margini, anche in virtù del mancato riconoscimento della loro pratica come professionistica; di tal che, quei comparti non sono cresciuti, a beneficio delle attività (e del genere) già tralaticciamente più forti e strutturati (ergo, più ricchi).

Questo criterio formale era stato assai contestato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, che già attribuiva rilevanza prevalente al carattere 'economico' della prestazione svolta<sup>16</sup>. Soltanto a seguito della odierna riforma, viene finalmente abbandonato l'impianto fondato sulle (sole) sei discipline qualificate come professionistiche dal CONI<sup>17</sup>, nessuna delle quali comprendente la pratica sportiva *se svolta dalle donne*. Come noto, infatti, la scelta delle Federazioni, sin qui, era stata quella di riconoscere l'attività professionistica solo nei settori del calcio, ciclismo (qui, solo per le gare su strada e su pista approvate dalla Lega ciclismo), pugilato, motociclismo, golf e pallacanestro *maschili*, determinando la conseguente poverissima attività sportiva *femminile*.

Come enunciato dal nuovo art. 38, d.lgs. n. 36/2021 (riscritto dall'art. 16, d.lgs. n. 163/2022), invece, «l'area del professionismo è composta dalle società che svolgono la propria attività sportiva con finalità lucrative nei settori che, indipendentemente dal genere, conseguono la relativa qualificazione dalle Federazioni Sportive Nazionali o dalle Discipline Sportive Associate secondo le norme emanate dalle federazioni e dalle discipline sportive stesse, con l'osservanza delle direttive e dei criteri stabiliti dal CONI per la distinzione dell'attività dilettaistica da quella professionistica, in armonia con l'ordinamento sportivo internazionale». Ma la previsione per cui «la qualificazione di una disciplina sportiva come professionistica opera senza distinzione di genere», originariamente disposta nell'art. 38 in commento, è stata abrogata dal correttivo: pertanto, è di nuovo rimessa alle Federazioni la scelta tra l'approccio *gender neutral*, ovvero il mantenimento della segregazione per genere.

Il passaggio al settore professionistico mantiene un importante significato, nonostante l'introduzione del più ampio concetto di lavoratore sportivo, definito oggi, al di là del

<sup>14</sup> MEZZACAPO, *Il rapporto di lavoro degli atleti c.d. professionisti di fatto: questioni aperte e prospettive di riforma*, in *LPO*, 2019, 11-12, 604

<sup>15</sup> VIDIRI, *op. cit.*, 45.

<sup>16</sup> BELLUMAT, *op. cit.*, 2007.

<sup>17</sup> All'interno delle singole discipline, le federazioni sportive hanno individuato le varie 'categorie professionistiche' (ad esempio, per il calcio: serie A, B, C1 e C2 (solo!) Maschile; per la pallacanestro: serie A1 e A2 (solo!) Maschile), per cui si arriva al paradosso che la stessa attività è professionistica al maschile e dilettaistica al femminile.

contesto, riguardando «l'atleta, l'allenatore, il direttore tecnico, il direttore sportivo, il preparatore atletico e il direttore di gara che, senza alcuna distinzione di genere e indipendentemente dal settore professionistico o dilettantistico, esercita l'attività sportiva verso un corrispettivo» (art. 25, d.lgs. n. 36/2021) e includendo quale «lavoratore sportivo anche ogni tesserato [...] che svolge verso un corrispettivo le mansioni rientranti, sulla base dei regolamenti dei singoli enti affilianti, tra quelle necessarie per lo svolgimento di attività sportiva, con esclusione delle mansioni di carattere amministrativo-gestionale» (come aggiunto dall'art. 13, d.lgs. n. 163/2022).

Grazie alla riforma, dunque, anche i c.d. dilettanti, in presenza delle caratteristiche giuslavoristiche, potranno stipulare contratti di lavoro [subordinato, anche quale apprendista (su cui v. *infra*), autonomo, di collaborazione (in forma di coordinata e continuativa o di prestazione occasionale)], trovando nel diritto e nel giudice del lavoro la tutela normativa ed economica, oltre che previdenziale, dell'attività svolta<sup>18</sup>. Altresì, la nuova disciplina prevede la condizione dei volontari (già «amatori» nella versione originaria del d.lgs. n. 36/2021, poi novellata dal d.lgs. n. 163/2022) che mettono «a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere lo sport, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretto, ma esclusivamente con finalità amatoriali» al di là di qualsiasi forma di rapporto di lavoro (art. 29), eventualmente a fronte di «rimborsi forfetari per le spese sostenute per attività svolte anche nel proprio comune di residenza, nel limite complessivo di 400 euro mensili, in occasione di manifestazioni ed eventi sportivi riconosciuti dalle Federazioni sportive nazionali, dalle Discipline sportive associate, dagli Enti di promozione sportiva, anche paralimpici, dal CONI, dal CIP e dalla società Sport e salute S.p.a.» (art. 3, comma 3, d.l. n. 71/2024).

Ma solo la promozione dell'attività come professionistica porta con sé la presunzione di subordinazione, definita dall'art. 27, che pone il/la professionista in una situazione assai più *confortevole* rispetto al lavoratore sportivo in generale, per il quale la qualificazione seguirà le regole ordinarie del diritto comune (art. 25).

Per sostenere il passaggio (da compiersi entro «otto mesi dall'entrata in vigore del presente decreto») è stato espressamente istituito, *ex art.* 39, d.lgs. n. 36/2021, un Fondo per passaggio al professionismo e l'estensione delle tutele sul lavoro negli sport femminili. Collocato nel bilancio della Presidenza del Consiglio dei ministri, esso è accessibile per le Federazioni Sportive Nazionali che abbiano deliberato il passaggio al professionismo sportivo di campionati femminili «entro il 31 dicembre 2022» (quindi senza proroghe rispetto alla previsione originaria), andando, però, a sostenere progettualità che hanno poco a che fare con il lavoro delle sportive. I finanziamenti posso, infatti, essere chiesti non solo per il «sostegno al reddito e alla tutela medico-sanitaria delle atlete» [lett. a), 1], la «promozione dello sport femminile»

---

<sup>18</sup> CENSI, MAGLIARO, *Riforma dello sport: occasione persa per definire gli ambiti giuslavoristici e fiscali degli sportivi*, in *FS*, 2021, 6, 534.

[lett. b), 4], l'«allargamento delle tutele assicurative e assistenziali delle atlete» [lett. b, 6] e, in generale, per la «sostenibilità economica della transizione al professionismo sportivo» [lett. b), 5], ma anche per svolgere «attività di sanificazione delle strutture sportive e di ristrutturazione degli impianti sportivi» nell'ambito dell'emergenza sanitaria da Covid-19 [lett. a), 2], nonché per operare la «riorganizzazione e miglioramento delle infrastrutture sportive [lett. b), 1] e sostenere la «qualifica e formazione dei tecnici» [lett. b), 3].

La tecnica usata è quella degli «interventi trainanti», per cui chi voglia accedere al Fondo deve destinare almeno la metà dei finanziamenti richiesti alle finalità di cui ai numeri 2) e 6) della lettera b) e, cioè, al miglioramento delle condizioni delle atlete, sotto la vigilanza delle associazioni delle sportive, delle società e degli allenatori (art. 38, c. 6, d.lgs. n. 36/2021).

Si tratta certamente di importanti azioni positive per la promozione della parità di genere, obiettivo anche del successivo art. 40, d.lgs. n. 36/2021, ove il primo tema affrontato è quello della rappresentanza, ritenuto giustamente cruciale nella prospettiva dell'inclusione delle diversità nel mondo dello sport. L'intervento di imperio si giustifica, nella misura in cui la partecipazione paritaria dei generi, è giusta ed equa, in omaggio alla previsione dell'art. 3, comma 2, Cost., che obbliga alla rimozione degli «ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». A tal fine, le Regioni, le Province autonome e il CONI, negli ambiti di rispettiva competenza, devono attivarsi per sostenere e favorire «l'inserimento delle donne nei ruoli di gestione e di responsabilità delle organizzazioni sportive e anche al proprio interno» (art. 40, comma 1), attraverso l'adozione di un regolamento che individui «i principi informativi degli statuti delle Federazioni Sportive Nazionali, delle Discipline Sportive Associate e delle Associazioni Benemerite [...] mediante l'indicazione: a) delle varie aree e ruoli in cui promuovere l'incremento della partecipazione femminile; b) delle misure volte a favorire la rappresentanza delle donne nello sport» (art. 40, comma 2).

Più ampiamente, la questione della sottorappresentazione femminile in tutte le sedi decisionali è assai nota e dibattuta, tanto da aver convinto il legislatore all'adozione addirittura dello strumento delle c.d. quote di genere, sia pure confinato, *ex l. n. 120/2011 Golfo-Mosca*<sup>19</sup>, agli organi di controllo delle società quotate e delle società controllate pubbliche, secondo un meccanismo graduale, recentemente ribadito e intensificato<sup>20</sup>, di progressiva partecipazione muliebre alla *governance*<sup>21</sup>. L'esperienza maturata nel (primo) decennio di

<sup>19</sup> Per tutti un innovativo approccio BROLO, *Le "quote di genere" negli organi di governo delle società: dalle norme agli strumenti*, in *Labor*, 2016, 5-6, 349.

<sup>20</sup> DE CESARE, *Nessuna breccia nel «soffitto di cristallo»: il rinnovo della legge Golfo-Mosca*, in *federalismi.it*, 2021, 8, 35; BUZZACCHI, *Il rilancio delle quote di genere della legge Golfo-Mosca: il vincolo giuridico per la promozione di un modello culturale*, in *federalismi.it*, 2020, 21, 35.

<sup>21</sup> SARALE, *Quote di genere e sistema monistico: precisazioni e omissioni nella legge Golfo Mosca*, in *AGE*, 2016, 1, 213.

sperimentazione ha molto da insegnare sulle tecniche e sugli effetti della *diversity* nelle istituzioni coinvolte. Benché, come detto, sino a oggi il percorso sia stato limitato a un ristretto *cluster*<sup>22</sup>, la presenza delle donne nei vertici aziendali si è dimostrata conveniente per le organizzazioni stesse, perché si è rivelata capace di fertilizzare il contesto, aumentandone l'efficienza e la competitività e sostenendone l'innovazione<sup>23</sup>.

Altresì, la presenza femminile ha determinato una maggior trasparenza nei processi decisionali, anche in funzione anticorruzione<sup>24</sup>, e, al di là del *pink-washing*<sup>25</sup>, cioè di un furbo ma superficiale ritocco all'immagine, l'attenzione per la diversità di genere ha migliorato la reputazione delle organizzazioni coinvolte, contribuendo ad attrarre o mantenere i talenti<sup>26</sup>.

Si tratta di tecniche del tutto confacenti alle necessità del mondo sportivo, ove tale collaudato modello può essere utilmente esportato e, dalla *governance* societaria, introdotto nell'ambito in esame. Si noti, peraltro, che il mondo dello sport ha dovuto anche adeguarsi ai «principi di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198» e, cioè, al Codice delle pari opportunità, già nel 2021, a pena di un intervento del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottarsi «su proposta dell'Autorità politica delegata in materia di sport» (art. 40, comma 2). Le discriminazioni dirette e indirette di cui sono vittime le atlete, nell'esercizio della loro attività sportiva, sembrerebbero, finalmente, avere i giorni contati. Dal ruolo di eterne dilettanti (con compensi chiamati rimborsi...), le sportive sono pronte al grande balzo verso la condizione del professionismo, che premi la continuità, l'esclusività e la dedizione del loro impegno sportivo.

Le questioni da affrontare sono molte, la principale delle quali attiene alla tutela e del sostegno alla maternità. La cronaca anche giudiziaria<sup>27</sup> ha riportato numerosi esempi delle incredibili clausole c.d. anti-maternità: secondo l'associazione *Assist*<sup>28</sup>, si tratta di un malcostume assai diffuso, per cui l'atleta che resta incinta, come nei peggiori racconti risalenti alle c.d. clausole di nubilato, vede risolto unilateralmente il contratto.

<sup>22</sup> DESANA, MASSA FELSANI, *Democrazia paritaria e governo delle imprese. Nuovi equilibri e disallineamenti della disciplina*, in *federalismi.it*, 2020, 24, 1.

<sup>23</sup> Per l'analisi economica v., fra gli altri, DEL BOCA, MENCARINI, PASQUA, *Valorizzare le donne conviene*, Mulino, 2012; per la prospettiva giuridica v. SANTUCCI, NATULLO, ESPOSITO, SARACINI, *"Diversità" culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, Franco Angeli, 2009.

<sup>24</sup> BIANCO, *Onestà di genere*, in *Arel*, 2012, 2, 154.

<sup>25</sup> ILO, *Women in Business and Management: The business case for change*, 2019, in [https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS\\_700953/lang--it/index.htm](https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_700953/lang--it/index.htm)

<sup>26</sup> SCHOIER, DE LUCA, VESSIO, *Cause-Related Marketing and Trust: Empirical Evidence on Pinkwashing*, in *MC*, 2017, 2, 51.

<sup>27</sup> Sul caso della pallavolista L. Lugli vs Volley Pordenone, si v. la cronaca in [https://www.repubblica.it/sport/volley/2021/05/14/news/lara\\_lugli\\_pordenone\\_ritira\\_citazione-301046682/](https://www.repubblica.it/sport/volley/2021/05/14/news/lara_lugli_pordenone_ritira_citazione-301046682/).

<sup>28</sup> Si v. sul punto la campagna "IOLOSO", volta a sensibilizzare l'opinione pubblica sulla condizione delle donne atlete, in <https://assititaly.it/ioloso>

Ma, anche senza sfociare nella patologia, il percorso delle sportive di fronte alla maternità è irto di ostacoli. La l. di Bilancio 2018 (art. 1, comma 369, l. 27 dicembre 2017, n. 205) ha istituito un fondo per la maternità, riservato, però, esclusivamente alle atlete di altissimo livello. In prima battuta, il DPCM 26 febbraio 2019 ha individuato soltanto 36 (!) beneficiarie, aventi diritto a percepire la somma di mille euro mensili per dieci mesi: sia per la platea delle aventi diritto, sia per l'importo, si tratta purtroppo di una goccia nel mare dello sport al femminile.

A seguire, il contributo mensile è stato portato a dodici mensilità, che attingono a un *budget* di un milione di euro: sicché, con un rapido calcolo, si può osservare come, ove optassero per la fruizione dell'intera somma, potrebbero essere accontentate 83 atlete (!), le quali, avendo interrotto la propria attività agonistica in relazione alla gravidanza e puerperio, siano in possesso dei requisiti fissati dall'art. 8 del DPCM 24 marzo 2023. Con riferimento alla stagione sportiva in corso o nella precedente, infatti, queste atlete [cittadine italiane, o di un altro paese membro dell'Unione Europea, oppure in possesso di permesso di soggiorno in corso di validità e con scadenza di almeno sei mesi successiva a quella della richiesta] debbono aver svolto, in via esclusiva o prevalente, di un'attività sportiva agonistica riconosciuta dal CONI o dal CIP, al di fuori dei gruppi militari o altri gruppi che garantiscano una forma di tutela previdenziale per la maternità, in assenza di redditi superiori a 15.000 euro annui, derivanti da altre attività di lavoro o non. Inoltre, al momento della domanda, le atlete devono, alternativamente: aver partecipato negli ultimi cinque anni a una olimpiade o a un campionato o coppa del mondo, oppure a un campionato o coppa europei riconosciuti dalla Federazione di appartenenza; aver fatto parte almeno una volta negli ultimi cinque anni di una selezione nazionale della Federazione di appartenenza in occasione di gare ufficiali; aver preso parte, per almeno due stagioni sportive, a un campionato nazionale federale.

Si rammenti che, nel 2009, era stata presentata all'uopo una proposta di legge<sup>29</sup>, poi confluita in un d.d.l. recante «Norme in materia di previdenza e di tutela della maternità per gli atleti non professionisti», approvato in prima lettura dalla Camera il 14 luglio 2011 e, poi, naufragato al Senato<sup>30</sup>. L'obiettivo era, al là della qualificazione del rapporto sportivo in termini di professionismo o meno, garantire a coloro che praticano, in modo esclusivo, un'attività sportiva agonistica dilettantistica a livello nazionale o internazionale da almeno un anno, alcune tutele della genitorialità, quantomeno paragonabili a quelle del lavoro autonomo<sup>31</sup>.

È vero che nel decennio trascorso è cresciuta la consapevolezza che un'operazione *minimalista* risulterebbe in contrasto non solo con i principi costituzionali in tema di lavoro

<sup>29</sup> P.d.l. n. 134/2009 - AC n. 1286/XVI, *Disposizioni per il sostegno dello sport femminile e per la tutela della maternità delle atlete*, in <http://documenti.camera.it/leg16/dossier/Testi/CU0065a.htm>

<sup>30</sup> V. in <https://leg16.camera.it/126?Leg=16&pd=1286>

<sup>31</sup> BROLLO, ZILLI, *Le imprese sportive delle donne*, in BROLLO, SERAFIN (a cura di), *Donne, politica e istituzioni: le imprese delle donne*, Udine, 2012, 197.

subordinato (come interpretati dalla Corte cost. sin dalla sentenza n. 115 del 1994), ma pure con le indicazioni del diritto europeo. Tuttavia, il supporto infine approntato è soggetto a requisiti piuttosto stringenti e – per lo scarso *budget* a disposizione – nemmeno certi: rimane dunque l'attesa per una disciplina in grado di coniugare le specificità dello sport con la tutela della maternità riconosciuta alle “normali” lavoratrici, di modo che la pratica sportiva “di mestiere” non si traduca, come spesso accade, nella rinuncia alla genitorialità da parte delle atlete.

### **3. I giovani tra scuola, sport e lavoro: un percorso fecondo.**

Con l'abrogazione della l. 23 marzo 1981, n. 91, a decorrere dal 1° luglio 2023, sono finalmente entrate in vigore le regole relative al lavoro dei giovani sportivi (art. 52, d.lgs. n. 36/2021, come modificato dal d.lgs. correttivo n. 163/2022).

Sul tema, la riforma dispone un disegno complessivo, volto alla tutela dei giovani atleti sin dalle prime fasi del percorso. L'art. 16, d.lgs. n. 36/2021 si concentra sul tesseramento dei minorenni, che deve essere richiesto dai genitori «tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del minore», del quale si acquisisce il consenso a partire dai 14 anni di età (c. 2, come modificato dall'art. 7, d.lgs. n. 163/2022, in sostituzione dell'accesso a 12 anni).

Si introduce, altresì, una sorta di *ius soli* sportivo e scolastico, permettendo ai «minori di anni diciotto che non sono cittadini italiani, anche non in regola con le norme relative all'ingresso e al soggiorno, laddove siano iscritti da almeno un anno a una qualsiasi classe dell'ordinamento scolastico italiano» di «essere tesserati presso società o associazioni affiliate alle Federazioni Sportive Nazionali, alle Discipline Sportive Associate o agli Enti di Promozione Sportiva, anche paralimpici, con le stesse procedure previste per il tesseramento dei cittadini italiani». Il tesseramento così condotto rimane valido «fino al completamento delle procedure per l'acquisizione della cittadinanza italiana» (commi 3-4).

L'obiettivo principale è quello di garantire a tutti i giovani atleti, senza distinzione e discriminazioni, di praticare lo sport in sicurezza, in un ambiente sano e sicuro. Per tale motivo, sono fondamentali le norme di prevenzione e protezione disposte dalla disciplina in commento.

A tutela della salute e della sicurezza dei minorenni che svolgono attività sportiva, si prevede l'introduzione di idonei adempimenti e obblighi, anche informativi, da parte delle società e associazioni sportive, tra cui la designazione di un responsabile della protezione dei minori, allo scopo, tra l'altro, di combattere ogni tipo di abuso e di violenza, garantendo la protezione dell'integrità fisica e morale dei giovani sportivi (art. 33, comma 6). Altresì, si precisa che, ai minori che praticano attività sportiva, si applica espressamente la disciplina del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 39, recante l'attuazione della Dir. 2011/93/UE del Par-

lamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile (art. 33, comma 7).

Il d.lgs. n. 36/2021 pone come ulteriore obiettivo della riforma dello sport, oltre alla regolamentazione del rapporto di lavoro sportivo, la formazione degli atleti, la protezione della salute e sicurezza di coloro che partecipano ad attività sportive e, in modo particolare, dei giovani. Si rammenta, infatti, che la Costituzione, all'art. 31, c. 2, protegge la gioventù e che l'Italia aderisce alla Dichiarazione dei diritti del fanciullo, in cui viene affermato che «il fanciullo ha diritto a svilupparsi in modo sano e normale, fisicamente, intellettualmente, moralmente, spiritualmente e socialmente, in condizioni di libertà e dignità» (art. 1, l. 27 maggio 1991, n. 176)

Viene finalmente dato rilievo all'aspetto della formazione non solo sportiva, ma, soprattutto, personale e scolastica del minore, attraverso l'utilizzo dell'apprendistato sportivo. Questa previsione viene anche in supporto dei mandati bilanci delle società sportive che, specie al tempo della grande crisi pandemica, vanno alla ricerca di soluzioni contrattuali che alleggeriscano il costo delle tutele lavoristiche, fiscali e previdenziali correlate al tipo del lavoro subordinato<sup>32</sup>.

Già i *club* della vecchia serie C – oggi Lega Pro – avevano invocato l'applicazione, anche in ambito sportivo, dell'apprendistato, eterno incompiuto nel diventare la forma privilegiata di ingresso nel mercato del lavoro per i giovani<sup>33</sup>. Con l'ambizione di supportare la «valorizzazione della formazione dei giovani atleti, per garantire loro una crescita non solo sportiva, ma anche culturale ed educativa, nonché una preparazione professionale che favorisca l'accesso all'attività lavorativa anche alla fine della carriera sportiva, e ferma restando la possibilità di realizzazione dei percorsi per le competenze trasversali e per l'orientamento», l'art. 30 della riforma consente alle società *professionistiche* o alle associazioni sportive *dilettantistiche* (come introdotto dall'art. 18, d.lgs. n. 163/2022) di stipulare contratti di apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, per il diploma di istruzione secondaria superiore e per il certificato di specializzazione tecnica superiore, di cui all'articolo 43 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nonché contratti di apprendistato di alta formazione e di ricerca, di cui all'articolo 45 del medesimo decreto legislativo. Il correttivo ha previsto che le società sportive professionistiche possano assumere i lavoratori sportivi anche con contratto di apprendistato professionalizzante, di cui all'articolo

<sup>32</sup> TULISSI, *Apprendistato professionalizzante e Serie A: questo matrimonio (non) s'ha da fare?*, in VTDL, 2024, 2, 293 e anche ID., *L'apprendistato irrompe nello sport. Quali conseguenze per il mondo del calcio?*, in LDE, 2023, 2, 1; DI MARTINO, *Le nuove tutele previdenziali e assicurative per i lavoratori sportivi*, *ibid.*, 361 e, *amplius*, in ID., *La specialità del lavoratore sportivo. Nozioni, tipi contrattuali, disciplina e tutele*, Cacucci, 2024.

<sup>33</sup> TIRABOSCHI, *La disoccupazione giovanile in tempo di crisi: rifondare il diritto del lavoro o ripartire da formazione e apprendistato*, in ALESSANDRINI (a cura di), *La formazione al centro dello sviluppo umano. Crescita, lavoro, innovazione*, Milano, 2013, 71; D. GAROFALO, *L'apprendistato nel decreto legislativo n. 81/2015*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, 2015, 241.

44, comma 1, primo periodo, del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81: in tale ipotesi, il limite minimo di età è fissato a 15 anni e il massimo a 23 anni (art. 18, d.lgs. n. 163/2022). La novella non si limita a importare il percorso formativo “*standard*” nel mondo del sport: al contrario, si prevedono importanti variazioni rispetto alla disciplina ordinaria. In primo luogo, l'apprendistato sportivo è indicato come contratto a tempo determinato: infatti, «al termine del periodo di apprendistato, fissato nel contratto, quest'ultimo si risolve automaticamente» (art. 30, comma 2). Trattandosi di un contratto a termine<sup>34</sup>, non si applicano le regole in tema di recesso, *ex art.* 2118 c.c. (esspressamente escluse, *ex art.* 30), né la prosecuzione automatica come «ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato». Questa scelta è stata osteggiata dalle organizzazioni sindacali<sup>35</sup>, che l'hanno ritenuta incomprensibile e incoerente rispetto alle regole dell'apprendistato “comune”, in cui il contratto prosegue come ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, nel caso in cui nessuna delle parti receda.

Nella nuova disciplina si prevede che la società o associazione sportiva che stipuli un contratto di lavoro sportivo, successivamente alla scadenza del contratto di apprendistato e senza soluzione di continuità rispetto a quest'ultimo, sia tenuta a corrispondere il premio di formazione tecnica<sup>36</sup> in favore della diversa società o associazione presso la quale l'atleta abbia precedentemente svolto la propria attività dilettantistica (art. 31, d.lgs. n. 36/2021). La nuova norma, diversamente dalla precedente, attribuisce il premio di formazione tecnica non solo alla società o associazione sportiva presso la quale il giovane atleta ha svolto la sua ultima attività dilettantistica, ma in maniera proporzionale, a tutte le società sportive in cui l'atleta ha compiuto il proprio percorso di formazione (come riscritto dall'art. 19, d.lgs. n. 163/2022)<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Sulla questione già M. MARINELLI, *Diritto comunitario e recesso dello sportivo dal contratto di lavoro a tempo determinato*, in *EDP*, 3, 2008, 583.

<sup>35</sup> V. le audizioni parlamentari in [https://www.camera.it/leg18/1132?shadow\\_primapagina=11745](https://www.camera.it/leg18/1132?shadow_primapagina=11745).

<sup>36</sup> La misura del premio di formazione tecnica è individuata dalle singole federazioni secondo modalità e parametri che tengano conto in modo adeguato dell'età degli atleti, della durata e del contenuto patrimoniale del rapporto tra questi ultimi e le società o associazioni con la quale concludano il primo contratto di lavoro sportivo. Già l'art. 6 della l. n. 91/1981 aveva disposto che nel «caso di primo contratto deve essere stabilito dalle Federazioni Sportive Nazionali un premio di addestramento e formazione tecnica soltanto in favore della società od associazione sportiva presso la quale l'atleta ha svolto la sua ultima attività dilettantistica o giovanile» e che «alla società od alla associazione sportiva che, in virtù di tesseramento dilettantistico o giovanile, ha provveduto all'addestramento e formazione tecnica dell'atleta, viene riconosciuto il diritto di stipulare, il primo contratto professionistico con lo stesso atleta». Il vincolo sportivo, inteso come limite alla libertà contrattuale dell'atleta [su cui v. almeno MUSUMARRA, ROMANO, *Il vincolo sportivo e la disciplina del rapporto di lavoro sportivo*, in IUDICA (a cura di), *Diritto Sportivo*, Torino, 2020, 144] doveva, infine, essere eliminato entro il 1° luglio 2023, poi rinviato al 31 dicembre 2023 per i tesseramenti che costituiscono rinnovi, senza soluzione di continuità, di precedenti tesseramenti, secondo le previsioni del d.lgs. correttivo n. 163/2022. Con la l. n. 120/2024, di conversione del d.l. n. 89/2024 la libertà contrattuale dell'atleta è stata rinviata al 1° luglio 2024 (ovvero, al 1° luglio 2025 per i tesseramenti che costituiscono rinnovi, senza soluzione di continuità, di precedenti tesseramenti).

<sup>37</sup> *Ex multis*, per ricostruire il tema: AMATO, *Il vincolo sportivo e le indennità di formazione e di addestramento nel settore calcistico*, in COLUCCI, VACCARO (a cura di), *Vincolo sportivo e indennità di formazione. I regolamenti federali alla luce della sentenza Bernard*, Sports Law and Policy Centre, 2010, 84; COLUCCI, *Gli atleti italiani: liberi di formarsi, liberi di giocare?*, in *RDES*, 2011, I, 29; SIOTTO, *Giocatori «promessa» e libera circolazione dei calciatori professionisti: la Corte di Giustizia europea riconosce un indennizzo per la formazione*, in *RIDL*, 2011, I, 197-201.

Invero, la questione del vincolo è stata discussa ed emendata, sicché, *ex art.* 41, d.l. 22 giugno 2023, n. 75 (conv. con modificazioni dalla l. 10 agosto 2023, n. 112), a decorrere dal 1° luglio 2023, anche al fine di tutelare i vivai giovanili e i relativi investimenti operati dalle associazioni e società sportive dilettantistiche, la previsione dell'art. 31, comma 1, d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 36, non si applica agli atleti «*che non hanno rapporti di lavoro di natura professionistica*», per i quali le federazioni sportive nazionali e le discipline sportive associate possono prevedere un tesseramento soggetto a vincolo per una durata massima di due anni. Continua a resistere il vincolo sportivo (ma solo sino al 1° luglio 2025) per i soli tesseramenti che costituiscano «rinnovi, senza soluzione di continuità, di precedenti tesseramenti».

Il compito di determinare le modalità e le condizioni per i trasferimenti, compresi i premi di formazione tecnica, dei giovani atleti è assegnato ai regolamenti delle federazioni sportive nazionali e delle discipline sportive associate. L'introduzione di questa previsione realizza adeguatamente la tutela di tutte le società o associazioni che abbiano investito tempo e denaro nella formazione dei giovani atleti. A differenza della previgente disciplina, a garanzia della piena libertà del giovane sportivo, il d.lgs. n. 36/2021 non riconosce un diritto di prelazione per la stipula del primo contratto professionistico in capo alla società o associazione che abbiano addestrato e formato la promessa sportiva. In tal modo, il legislatore ha voluto assicurare maggiore libertà di scelta e di circolazione al giovane lavoratore, premiando adeguatamente chi ha “cresciuto” il giovane sportivo.

Altresì, nello sport non trovano applicazione le regole limitative del rapporto tra apprendisti e «maestranze specializzate e qualificate in servizio presso il medesimo datore di lavoro» (art. 42, comma 7, d.lgs. n. 81/2015), sicché non vi è limite alla numerosità degli apprendisti, con ovvio beneficio dei bilanci delle società e delle associazioni sportive.

Ci si preoccupa, infine, di garantire percorsi universitari. Per ciò che concerne l'apprendistato del terzo tipo, la formazione degli atleti può essere, infatti, conseguita anche con le classi di laurea L-22 (Scienze Motorie e di laurea magistrale), LM-47 (Organizzazione e gestione dei servizi per lo sport e le attività motorie), LM-67 (Scienze e tecniche delle attività motorie preventive e adattative), nonché LM-68 (Scienze e tecniche dello sport), affidando la definizione degli *standard* professionali e formativi relativi ai percorsi di istruzione e formazione finalizzati all'acquisizione dei titoli e delle qualifiche a «uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri o dell'Autorità politica da esso delegata in materia di sport, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, con il Ministro dell'istruzione, e con il Ministro dell'università e della ricerca» (art. 30, comma 4). Con lo stesso strumento potranno, altresì, essere individuate ulteriori misure di promozione della formazione, anche professionale, dei giovani atleti: sia in ordine alle Linee guida europee sulla doppia carriera degli atleti del 28 settembre 2012 e dei successivi documenti della Commissione europea, sia per lo sviluppo di misure mutualistiche a sostegno dei settori

giovanili, sia per il reinserimento professionale al termine della carriera sportiva, certamente agevolato per chi riesca a portare a termine il percorso di doppia carriera<sup>38</sup>.

Il 10 dicembre 2024 la Conferenza Stato-Regioni e Province autonome ha raggiunto l'«intesa, ai sensi dell'articolo 30, comma 6, del decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 36, e dell'articolo 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sullo schema di decreto [...] recante linee guida per la doppia carriera degli studenti-atleti» che, al momento, non ha ancora visto la luce, benché discusso e presentato in plurime sedi. Muovendo dalle difficoltà di conciliazione tra sport e sistema educativo, il d.p.c.m. vorrebbe offrire le linee guida per un cambiamento, prima ancora che burocratico, culturale, rispetto alla condizione dei giovani sportivi, che rappresenta la preconditione necessaria per il riconoscimento della onerosità derivante dalla pratica sportiva di elevato livello.

#### 4. Lo sport paralimpico

Anche alla luce della nuova sensibilità per il tema della disabilità, la riforma ha inteso dedicare ampio spazio alla condizione delle e degli atleti paralimpici, i cui successi sportivi diventano, via via, più rilevanti e noti. Sicché, il punto di partenza è superare la concezione delle discipline paralimpiche come attività sportiva di minore valore, plasticamente rappresentato dall'iniquo squilibrio, in danno di questi *special teams*, nei premi-medaglia, oggetto di campagne di mobilitazione pubblica<sup>39</sup> e interrogazioni parlamentari<sup>40</sup>.

La riforma valorizza, oggi, il Comitato Italiano Paralimpico (pari ordinato al CONI, ex d.lgs. 29 agosto 2023, n. 120, che prevede «Disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi 28 febbraio 2021, nn. 36, 37, 38, 39 e 40»), istituendo le sezioni paralimpiche nell'ambito dei gruppi sportivi delle Fiamme Azzurre – Polizia penitenziaria (art. 43), Fiamme Oro – Polizia di Stato (art. 44), del Fiamme Rosse – Corpo nazionale dei vigili del fuoco (art. 45) e prevedendo una corsia preferenziale di reimpiego degli atleti nei ruoli di tali amministrazioni.

Altresì, anche nell'ambito della Difesa è istituito il «Gruppo Sportivo Paralimpico della Difesa - GSPD» che, oltre a favorire un generale processo di recupero e di integrazione del personale, militare e civile, disabile della Difesa in servizio o in congedo, promuove lo sport paralimpico di eccellenza, mediante l'iscrizione di atleti di interesse nazionale e la partecipazione nelle diverse discipline, a competizioni in ambito nazionale e internazio-

---

<sup>38</sup> BASTIANON, *La doppia carriera degli atleti*, Giappichelli, 2019, 3.

<sup>39</sup> [https://www.change.org/o/assist\\_-\\_associazione\\_nazionale\\_atlete](https://www.change.org/o/assist_-_associazione_nazionale_atlete).

<sup>40</sup> In merito alla disparità di trattamento economico tra atleti paralimpici e atletici olimpici, in relazione ai premi a loro riconosciuti si v. le interrogazioni agli atti del Senato, in <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1310491.pdf> e della Camera, in <http://www.infoparlamento.it/tematiche/interrogazioni-interpellanze-risoluzioni-mozioni/camera-dei-deputati-410364-interrogazione-in-merito-alla-disparita-di-trattamento-economico-tra-atleti-paralimpici-e-atletici-olimpici>.

nale (art. 47). Allo stesso modo si procede per il tesseramento degli atleti con disabilità fisiche e sensoriali accolti nella «Sezione Paralimpica Fiamme Gialle» (art. 48).

Tali gruppi sportivi paralimpici stipulano con gli atleti con disabilità fisiche e sensoriali contratti di lavoro sportivo (mentre ai normodotati è, in genere, offerto un contratto come volontari in ferma prefissata), in quanto risultati idonei e in posizione utile all'esito delle apposite procedure selettive, nella numerosità e per le discipline individuate con decreto del Ministro competente.

Si osservi, infine, come nella versione originale dell'art. 48, l'esperienza almeno triennale maturata dagli atleti paralimpici, non più idonei all'attività agonistica, divenisse un criterio di preferenza nei concorsi pubblici, inserito al n. 20-*bis*) del d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487, valorizzato nei concorsi banditi per l'accesso nei ruoli del personale civile del Ministero della Difesa. La preferenza è ora sostituita, *ex art.* 13, d.l. n. 25/2025, dall'accesso ai ruoli «del Ministero dell'economia e delle finanze nei limiti dei posti vacanti e nell'ambito delle facoltà assunzionali disponibili a legislazione vigente» con garanzia del «regime pensionistico e previdenziale dell'amministrazione di destinazione». Il passaggio, che sarà regolato da un successivo decreto interministeriale del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione, si accompagna alla previsione per cui gli atleti paralimpici sono esentati dal sostenere la prova di idoneità relativa alla patologia o condizione invalidante, così come certificata dalle Commissioni Mediche competenti per territorio, che ne determina la categoria paralimpica di appartenenza (art 1, commi 34-36, d.lgs. 29 agosto 2023, n. 120).

Si apre finalmente anche agli atleti con disabilità il percorso interno alle Forze armate e ai corpi dello Stato, ove i campioni sono inquadrati, dal punto di vista giuridico e amministrativo, quali membri appartenenti all'istituzione presso cui si esercitano. Nell'immediato, l'inserimento consente loro di allenarsi e di ricevere, contestualmente, grado e stipendio pari a quelli di chi è in servizio. Al termine della carriera agonistica, il nuovo modello offre agli atleti paralimpici (come ai colleghi normodotati) un futuro lavorativo certo, eventualmente nell'amministrazione civile dello stato. I risultati positivi di questo modello sono evidenti: oltre il 60 per cento delle medaglie conquistate dall'Italia alle Olimpiadi e in competizioni internazionali è merito di atleti che provengono dai gruppi sportivi statali: l'apertura di questo scenario anche agli atleti con disabilità realizza, oltre a principi di giustizia ed equità, anche l'interesse al miglior successo, per il Paese, nelle competizioni internazionali.

La prospettiva, di conseguenza, conferma il motto per cui «l'importante non è vincere, ma partecipare», ove, però, la presenza a giochi e tornei deve essere intesa con l'effettiva possibilità, per tutti, di prendere parte al movimento sportivo in attuazione dell'art. 3, comma 2, Cost.

## 5. Alcune osservazioni conclusive: *les jeux (ne) sont (pas) faits*

I profili indagati, relativi alla condizione di donne, giovani e persone con disabilità nel contesto del lavoro sportivo, mostrano un percorso che muove dalla specialità verso la normalizzazione e dall'esclusione verso l'inclusione.

Quanto al primo aspetto, può notarsi come il d.lgs. n. 36/2021, pur confermando significative peculiarità della settore sportivo, ne avvicina globalmente la disciplina a quella generale<sup>41</sup>, secondo un processo già in atto nelle corti, specialmente a livello europeo.

Il superamento dello schema di contrapposizione tra professionisti/lavoratori *vs* dilettanti/non lavoratori e, soprattutto, non lavoratrici ha riconosciuto e, al contempo, contribuito a determinare un ulteriore «assottigliamento di confini e differenziazioni tra fattispecie contrattuali»<sup>42</sup>. Sicché, pare potersi affermare che il lavoro sportivo si inserisca a pieno titolo nella progressiva costruzione di *standard* minimi di tutela “per chi lavora”, che ha recentemente portato ad un complessivo ripensamento delle garanzie nel lavoro autonomo<sup>43</sup> e all'ormai matura riflessione *multilevel* sul salario minimo legale.

Relativamente al secondo profilo, il quadro che il lavoro sportivo riformato permette di delimitare è quello in cui non basta (più) il riconoscimento della garanzia salariale, pure fondamentale: le tutele assistenziali e previdenziali, il diritto alla procreazione e la protezione della maternità, le pari opportunità e l'inclusione delle diversità costituiscono un pacchetto inscindibile, in cui i diritti si rinforzano l'un l'altro, ovvero si indeboliscono vicendevolmente, quando uno di essi viene compromesso.

Altresì, la riforma riconduce *ad unum* il fenomeno sportivo, superando una visione maschio-calcio-centrica, in favore di una lettura organica, che si fa carico delle carriere ma anche del ritiro dall'attività, preso atto anche del fortissimo rischio di indigenza degli atleti<sup>44</sup>. Anche in questo, il lavoro sportivo si è avvicinato alle tensioni che caratterizzano il mondo del lavoro nel complesso, costringendo alla riflessione, anche comparata<sup>45</sup>, sulla tenuta del modello di *welfare*, pensato per la fabbrica e ora giunto negli stadi.

<sup>41</sup> Contra, BIASI, *Causa e tipo nella riforma del lavoro sportivo. Brevi osservazioni sulle figure del lavoratore sportivo e dello sportivo amatore nel d.lgs. n. 36/2021*, in *LDE*, 3, 2021.

<sup>42</sup> ZOLI, L. ZOPPOLI, *Lavoratori, volontari e amatori tra sport e terzo settore*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 443/2021.

<sup>43</sup> ZILLI, *Oltre la subordinazione, nella pandemia: il progetto di un focus sul reddito da lavoro degli autonomi*, in *LDE*, 2, 2021.

<sup>44</sup> Secondo la ricerca di LOMBARD INTERNATIONAL ASSURANCE, in <https://eu.lombardinternational.com/it-IT/Newsroom/News-Insights/Insights-2019/Lombard-International>, in Europa il 40% dei calciatori sono a rischio di indigenza cinque anni dopo il ritiro, percentuale che sale al 60% nel Regno Unito e al 70% per i cestisti Usa. Addirittura, i campioni del *football* americano, nel 78% dei casi, si riducono in povertà già nel biennio successivo alla fine dell'attività. Sugli strumenti di sostegno *amplius* MISCIONE, *Le indennità di disoccupazione. NASpI, Ds agricola, Dis-Coll*, Torino, 2021, qui spec. 76.

<sup>45</sup> SIEKMANN, PARRISH, SMOKVINA, BODIROGA-VUKOBRAT, SANDER, *Social Dialogue in Professional Sports. On some topics about European sports law*, 2013, Aachen.

Si tratta di un percorso avviato, al momento, soltanto sulla carta, mentre i giochi sono ancora da fare. Questa riflessione pare restituirci la consapevolezza che «lo sport è l'unico spettacolo che, per quante volte tu lo veda, non sai mai come andrà a finire»<sup>46</sup>, consentendo di immaginare la riforma in commento come laboratorio del lavoro “che verrà”, anche al di là del contesto sportivo.

# La monocommittenza tra avvocati: la qualificazione del rapporto dal punto di vista giuslavoristico

## *Single-clientship among lawyers: equality and reasonableness in the qualification of this relationship from the point of view of Labour Law*

**Elena Pasqualetto**

*Professoressa associata di Diritto del lavoro nell'Università di Padova*

**SOMMARIO:** 1. Premessa: il prototipo dell'avvocato monocommittente. – 2. Il contesto normativo e giurisprudenziale. – 3. Le (pretese) ragioni alla base dell'incompatibilità. – 4. Gli elementi distonici nel sistema della legge professionale. – 5. L'avvocato dipendente in alcuni ordinamenti. – 6. Alcune (im)possibili soluzioni: il lavoro subordinato e le collaborazioni etero-organizzate. – 7. Un'(im)probabile soluzione: il lavoro parasubordinato. – 8. Le proposte per una regolamentazione del fenomeno e una breve riflessione conclusiva.

*Sinossi:* Il saggio approfondisce il tema della monocommittenza tra avvocati ed in specie la questione dell'inquadramento, dal punto di vista del diritto del lavoro, del rapporto che lega il professionista legale ad un solo committente. Si cerca, in particolare, di verificare se la regola, posta dalla legge professionale, sull'incompatibilità tra professione di avvocato e lavoro subordinato corrisponda effettivamente ad un principio intangibile, rispettoso dei precetti di uguaglianza e ragionevolezza, cui si lega la discrezionalità del legislatore, considerando a tal fine alcuni elementi distonici presenti nella stessa legge e confrontando la normativa italiana con quella di altri ordinamenti. Si tenta di capire anche se l'avvocato con unico committente possa essere considerato un lavoratore parasubordinato. Vengono analizzate infine le principali proposte di regolamentazione del fenomeno della monocommittenza in discussione negli ultimi tempi.

*Abstract:* *The essay delves into the issue of single-clientship among lawyers and the question of framing, from a Labour Law point of view, the relationship that binds a lawyer to a single client. An attempt is made, in particular, to ascertain whether the rule, laid down by the Legal Profession Law, on the incompatibility betwe-*

*en the lawyers' profession and (subordinate) employment corresponds to an intangible principle, respectful of the precepts of equality and reasonableness, to which is attached the discretion of the legislator, considering certain distorting elements present in the Law and comparing the Italian legislation with that of other countries. An attempt is also made to understand whether a lawyer with a single client could be considered self-employed. Finally, the A. analyses the main proposals for regulating the phenomenon of Single-Clientship under discussion in recent times.*

**Parole-chiave:** Monocommittenza - Avvocato - Subordinazione - Parasubordinazione

**Key words:** Single-clientship – Lawyer - Subordinate employment – Self-employment

## 1. Premessa: il prototipo dell'avvocato monocommittente

Il tema della monocommittenza tra avvocati, e cioè della (pretesa) irriducibilità allo schema del lavoro subordinato del rapporto che lega il professionista legale ad un solo committente, è da qualche tempo al centro dell'interesse dei giuristi, del mondo dell'avvocatura<sup>1</sup> e, in parte, anche della politica e sembra improcrastinabile una regolamentazione del fenomeno, pur con tutte le difficoltà legate al fatto che, prima di tutto e come risulta in modo molto chiaro da un approfondito Studio di Cassa Forense del 2023<sup>2</sup>, non si tratta assolutamente di un fenomeno dai contorni ben definiti, in quanto le variabili che caratterizzano la monocommittenza sono tantissime<sup>3</sup>.

Nella assoluta consapevolezza di tale estrema complessità, è possibile tentare di esprimere sulla questione il punto di vista del diritto del lavoro, concentrandosi, per semplicità e necessità, su quello che si può comunque definire come una sorta di prototipo dell'avvocato monocommittente, che è in effetti quella figura che maggiormente sembra prestarsi ad un inquadramento giuslavoristico e, contemporaneamente, sembra necessitare di una disciplina *ad hoc*.

Il prototipo di professionista *de quo* è rappresentato da quell'avvocato che, senza avere una propria clientela, presta la sua opera all'interno di uno studio legale, di varie dimensioni e struttura, in favore di un solo committente, che è il titolare dello studio legale, a sua volta una persona fisica oppure uno studio associato o una società tra professionisti. In realtà, dallo Studio di Cassa Forense emerge che l'unico committente dell'avvocato è talvolta costituito da un'impresa o da un ente di diversa natura e quindi da un soggetto

---

<sup>1</sup> In argomento MORAMARCO, *Sul tema dell'avvocato "monocommittente" la categoria si compatta*, in *Guida Dir.*, 2018, 48, 75.

<sup>2</sup> Si tratta dello *Studio sulla monocommittenza tra gli avvocati*, realizzato da Cassa Forense in collaborazione con la Fondazione Luigi Einaudi nel 2023, in *www.cfnews.it*.

<sup>3</sup> Lo sottolinea anche ROMEO, *L'avvocato in regime di monocommittenza: tra autonomia e subordinazione*, in *IG*, 2018, 8, 775.

estraneo al settore legale ma, per le ragioni ora esposte, in questa sede ci si concentrerà sull'ipotesi classica, nella quale cioè anche il committente è un professionista legale.

Tornando dunque a tale modello, va detto che la sua unica (o assolutamente prevalente<sup>4</sup>) fonte di reddito professionale è rappresentata dai compensi che gli vengono corrisposti, dietro presentazione di fattura, dallo studio per il quale svolge la sua attività<sup>5</sup>.

In termini generali si può dire che l'inserimento dell'avvocato monocommittente all'interno dell'organizzazione dello studio legale in cui opera presenta in molti casi, almeno di fatto, numerose assonanze con l'inserimento del lavoratore subordinato nella struttura del datore di lavoro e anche la dipendenza economica sembra essere un tratto condiviso con ciò che è ordinariamente presente nel lavoro subordinato, pur nella consapevolezza che tale forma di dipendenza non costituisce un elemento in sé necessario al configurarsi di una relazione del tipo di quella descritta dall'art. 2094 c.c., anche se rappresenta senz'altro una delle ragioni per cui il lavoratore subordinato risulta destinatario di particolare tutele. Generalmente poi sono ravvisabili nel vincolo tra l'avvocato e il suo unico committente numerosi altri specifici indici presuntivi di subordinazione, quegli indici cioè che la giurisprudenza, impiegando il noto (pur se a volte contestato<sup>6</sup>) metodo tipologico, utilizza per qualificare come subordinato un rapporto al quale le parti hanno in realtà attribuito un diverso *nomen juris*. L'avvocato monocommittente infatti ha quasi sempre una sua postazione di lavoro all'interno della struttura dello studio legale committente e non è raro che gli sia chiesto di osservare un orario di lavoro predeterminato. È poi il *dominus* dello studio che stabilisce i periodi di possibile assenza e cioè - utilizzando il lessico giuslavoristico - le ferie. Il compenso gli è corrisposto a cadenze ed in misura fissa, quasi come uno stipendio, pur (come già detto) dietro presentazione di fattura.

A volte, peraltro, il professionista *de quo* è un giovane avvocato che, superato l'esame di abilitazione, resta all'interno dello studio nel quale ha fatto la pratica e continua a lavorare esclusivamente (o quasi) sulle pratiche e con la clientela del committente. Altre volte però si tratta di un avvocato che ha già tentato la strada della professione in totale autonomia, ma si è poi trovato costretto ad inserirsi in un altro studio. E spesso questa "scelta" (ammesso che sia veramente tale) diventa irreversibile.

Come si è anticipato, in favore di questo tipo di professionisti da molte parti della stessa avvocatura<sup>7</sup> si sono alzate da tempo voci che auspicano, se non il riconoscimento di tutele

---

<sup>4</sup> Ed infatti sempre il citato Studio fa rientrare nella variegata categoria della monocommittenza anche gli avvocati che percepiscono il 90% del proprio reddito da un collega, dato che anche nei casi in cui il compenso ricevuto dallo studio nel quale si è inseriti è solo "assolutamente prevalente" si pongono problemi di qualificazione non dissimili da quelli che si affronteranno in questa sede.

<sup>5</sup> La percezione della totalità (o quasi) dei redditi da un solo committente è peraltro spesso legata all'accettazione di un regime di esclusiva.

<sup>6</sup> Ci si riferisce principalmente alle critiche di VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2023, 189, che lo definisce un metodo "per approssimazione", che non potrebbe essere alternativo al metodo sussuntivo.

<sup>7</sup> Ne dà ampiamente conto ancora una volta il citato Studio di Cassa Forense, che ricorda le numerosissime mozioni formu-

in quantità e qualità identiche o paragonabili a quelle di cui godono i lavoratori subordinati, quanto meno una regolamentazione del fenomeno, che in effetti non è preso in alcuna considerazione dalla normativa, ed in specie dalla legge professionale (e cioè la l. 31 dicembre 2012, n. 247), se non in negativo e cioè al fine di escludere che possa trattarsi di lavoro dipendente<sup>8</sup>.

Ma è innegabile che tale normativa ha “in mente” una figura diversa di avvocato, più tradizionale, veramente autonomo anche nell’organizzazione del proprio lavoro in termini di luoghi, orari, strumenti, secondo un modello che appare invece spesso superato o che comunque non si attaglia alla figura di cui ci sta occupando in questa sede<sup>9</sup>. La conseguenza è che questi professionisti rischiano di trovarsi spesso in una condizione di debolezza contrattuale, che li costringe ad accettare in modo sostanzialmente non contrattabile i termini della collaborazione, ciò che può diventare cruciale in riferimento ad aspetti decisivi, come quelli relativi all’entità dei compensi o alla durata stessa del rapporto. Il permanere della collaborazione può invero essere messo a rischio da vicende di un certo rilievo, come una maternità o problemi di salute dell’avvocato<sup>10</sup>.

Come si diceva, sembra in ogni caso arrivato veramente il momento di regolamentare il fenomeno, anche perché ciò attiene alla tutela della dignità della persona stessa, ancor prima che del professionista. Se ci si riferisce alla figura di avvocato con le caratteristiche sopra descritte, non si può negare che si tratta in fondo di un lavoratore che, come tutti, ha delle giuste aspettative di garanzia della propria personalità e della propria professionalità, valore quest’ultimo che, a sua volta, è funzionale far sì che l’avvocato possa svolgere l’alto compito che la legge professionale gli affida e cioè quello di «garantire al cittadino l’effettività della tutela dei diritti» (art. 2, comma 2), «tenendo conto del rilievo sociale della difesa» (art. 3, comma 2).

---

late nell’ambito dei Congressi nazionali Forensi di Catania del 2018 e di Lecce del 2022, oltre alle proposte di legge all’esame del Parlamento, tra cui spiccano quella presentata il 28 marzo 2018 e nota come proposta Gribaudo e quella presentata il 15 ottobre 2020 e nota come proposta D’Orso (entrambe dal nome della prima deputata tra i proponenti). Da ultimo una disciplina del rapporto *de quo* è contenuta nell’ambito di una più generale proposta di riforma dell’Ordinamento forense, presentata dal Consiglio Nazionale Forense il 24 aprile 2025.

<sup>8</sup> Anche la CGIL nel 2017 ha promosso una raccolta di firme per sostenere una proposta di legge che ponga fine all’incompatibilità, trovando l’appoggio dell’Associazione Nazionale Forense e della Mobilitazione Generale degli Avvocati: lo riferisce E. COLOMBELLI, *Il futuro della professione dell’avvocato: il caso francese*, in *www.bollettinoADAPT*, 13 marzo 2017.

<sup>9</sup> Per CARRATTIERI, *Il lungo viaggio dell’avvocato monocommittente*, in *www.bolognaforense.net*, 6 giugno 2022, «libertà, autonomia e indipendenza restano sì le caratteristiche di chi sceglie di aprire uno studio legale in proprio, magari condividendo gli spazi con altri professionisti, per dividerne i costi, ma non è più l’unica modalità di svolgimento della professione legale».

<sup>10</sup> È stata anche coniata per questa figura la formula dell’“*avocat sans papier*”, prendendo a prestito un’espressione che di solito si usa per categorie di soggetti in ben altra posizione nella scala sociale, come gli immigrati senza permesso di soggiorno.

## 2. Il contesto normativo e giurisprudenziale

Non sembra esistere tuttavia allo stato, come meglio si dirà, la possibilità giuridica di qualificare come di lavoro subordinato il rapporto tra l'avvocato monocommittente e lo studio legale che lo ospita e ciò essenzialmente per quanto stabilito dalla legge professionale. Questo assetto caratterizza peraltro in modo netto la professione forense e la contraddistingue nell'ambito della più ampia cerchia delle professioni liberali, posto che, come è noto, architetti, ingegneri, medici, veterinari, commercialisti, consulenti del lavoro non trovano nelle rispettive normative ordinistiche un'analoga preclusione<sup>11</sup>.

Anche di recente la Sezione lavoro della Cassazione, con la sentenza del 4 novembre 2024, n. 28274<sup>12</sup>, si è espressa contro la riconduzione del rapporto *de quo* al lavoro subordinato, anche se in realtà proprio la citata decisione lascia intravedere uno spiraglio in tal senso, sia pure attraverso il percorso ad ostacoli rappresentato dalla proposizione di una questione di legittimità costituzionale. Ed infatti la Suprema Corte ha condiviso il ragionamento della Corte d'Appello, che aveva sostanzialmente applicato il metodo tipologico al caso concreto<sup>13</sup>, analizzando e verificando se fossero presenti i più consolidati indici di subordinazione, arrivando a sciogliere questo dubbio in senso negativo<sup>14</sup>. Per questo motivo la Cassazione ha poi sostenuto l'irrilevanza della questione, in quanto un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità delle norme sull'incompatibilità con il lavoro subordinato non avrebbe comunque potuto produrre effetti nel caso di specie. Questo però significa che nell'ipotesi in cui gli indici di subordinazione fossero stati presenti in misura adeguata la questione di legittimità costituzionale, almeno dal punto di vista della sua rilevanza, avrebbe potuto essere sollevata. Ad ogni modo, come si diceva, allo stato attuale la qualificazione del rapporto come subordinato sembra impedita essenzialmente dalla previsione di incompatibilità stabilita dall'art. 18, unico comma, lett. d), della l. n. 247/2012, per il quale la professione di avvocato è incompatibile «con qualsiasi attività di lavoro subordinato anche se con orario di lavoro limitato».

<sup>11</sup> E vi è invero un discreto numero di decisioni in tema di qualificazione come subordinato del rapporto di questi professionisti, tra cui Cass., 11 ottobre 2024, n. 26558, su due veterinari operanti all'interno di uno studio veterinario; Cass., 4 febbraio 2011, n. 3594, riguardante una professionista – probabilmente una commercialista – e uno Studio associato legale e tributario; Cass., 25 maggio 2004, n. 10043, sul rapporto tra due medici e una clinica privata; Cass., 3 giugno 1994, n. 5389, relativa ad un medico che lavorava in un'azienda termale.

<sup>12</sup> Per un commento alla sentenza si rinvia a MANFREDI, *Esclusa la natura subordinata per l'attività lavorativa prestata dall'avvocato all'interno di studi associati*, in *Guida Lav.*, 2025, 2, 37.

<sup>13</sup> La vicenda è nata dal "licenziamento" (in realtà una decisione unilaterale di interruzione del rapporto da parte del committente) di un'avvocata che aveva lavorato in modo continuativo (per ben tredici anni) all'interno di un grande studio legale associato, con un regime di esclusiva. Subito il recesso, l'avvocata aveva chiesto la riqualificazione del rapporto come subordinato, la dichiarazione di nullità del licenziamento con relativa reintegrazione e la condanna al risarcimento del danno patrimoniale per violazione dell'art. 2087 c.c., oltre ai danni per avere subito una discriminazione di genere e di età. In subordine la ricorrente reclamava l'applicazione dell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015.

<sup>14</sup> In verità la Corte non ha escluso la sussistenza di tali indici, ma ne ha drasticamente svalutato la rilevanza, sostenendo che si trattava di regole introdotte nello studio legale ed osservate al solo fine di coordinare il lavoro di tante persone.

E non sembra neppure possibile arrivare a quel (neanche tanto) più modesto risultato di applicare al rapporto dell'avvocato con l'unico committente la disciplina del lavoro subordinato *senza* giungere ad una vera e propria riqualificazione dello stesso, passando attraverso l'art. 2 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, sulle cosiddette collaborazioni etero-organizzate, le famigerate co.co.org. Ci si riferisce a quei rapporti di collaborazione continuativa a carattere prevalentemente personale nei quali al prestatore non viene lasciata quell'autonomia di organizzazione che dovrebbe sussistere nel lavoro autonomo (anche nella versione – meno autonoma – del lavoro parasubordinato) in quanto si tratta di rapporti pervasi dalla c.d. etero-organizzazione e cioè da forme di ingerenza del committente sulle modalità di svolgimento della prestazione che vanno oltre quello che dovrebbe essere il mero coordinamento (che, peraltro, dovrebbe essere concordato) di cui parla l'art. 409 c.p.c.<sup>15</sup>. Ma, come si diceva, il citato art. 2, con il suo portato di tutele per il prestatore (e, specularmente, di vincoli per il committente) risulta inutilizzabile nel caso dell'avvocato monocommittente in conseguenza del fatto che tale disposizione, pur accontentandosi dell'etero-organizzazione e non richiedendo la verifica dell'etero-direzione del lavoro, al comma 2 esonera dal meccanismo garantista / sanzionatorio da esso previsto (e cioè dalla sottoposizione del rapporto alle regole del lavoro subordinato) tutta una serie di rapporti, tra cui vi sono proprio le «collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali (così la lett. b)».

È noto invero che il legislatore da sempre ritiene che i liberi professionisti costituiscano una categoria meno esposta al rischio di forme di sfruttamento lavorativo collegate ad opportunistiche qualificazioni del rapporto ed è proprio questa convinzione che spiega la tradizionale mancata applicazione nei loro confronti di quei meccanismi agevolati di riconduzione nell'alveo del lavoro subordinato (o anche solo di applicazione della relativa disciplina) che invece vengono utilizzati per altre tipologie di lavoratori autonomi, come si vedrà anche parlando di quanto era stato previsto dal d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. A questo proposito però si potrebbe aggiungere una considerazione, immaginando che gli ostacoli man mano frapposti dalla normativa, in modo più o meno diretto, alla qualificazione del rapporto del professionista legale con l'unico committente come di lavoro subordinato (o anche solo al godimento delle relative tutele) siano stati pensati per evitare forme di "sfruttamento" da parte di un datore di lavoro che, essendo un cliente/assistito del professionista, non sia un egli stesso avvocato. Seguendo questo ragionamento, dunque, la legge non avrebbe preso in considerazione la diversa ipotesi in cui lo "sfruttamento" provenga proprio da soggetti che sono, prima di tutto, appartenenti al medesimo ordine professionale.

<sup>15</sup> Cass., 24 gennaio 2020, n. 1663 parla di «ingerenza funzionale dell'organizzazione predisposta unilateralmente da chi commissiona la prestazione».

Ad ogni modo, quello che qui conta è il fatto che rispetto all'applicazione dell'art. 2 ci si trova, nel nostro caso, in un vicolo cieco.

Potrebbe sembrare, a questo punto, che per dare una collocazione giuslavoristica all'avvocato monocommittente, l'unica "scappatoia" sia quella del lavoro parasubordinato, ma anche con riferimento a questa prospettiva si profilano due ostacoli.

In primo luogo, l'art. 18, unico comma, lett. a), della legge professionale stabilisce l'incompatibilità anche con «con qualsiasi altra attività di lavoro autonomo svolta continuativamente o professionalmente». In secondo luogo, questa prospettiva non sembra comunque adeguata a risolvere i problemi qui in esame, e questo essenzialmente per la non coincidenza tra la fattispecie descritta dall'art. 409 c.p.c. e il prototipo dell'avvocato monocommittente.

### 3. Le (pretese) ragioni alla base dell'incompatibilità

Prima, tuttavia, di analizzare tale ultima questione sembra utile approfondire le ragioni per le quali l'avvocato monocommittente appare quasi "accerchiato" dalle regole (peraltro non specificamente di diritto del lavoro) che impediscono possa essere considerato un dipendente dello studio legale per il quale lavora in esclusiva (o quasi), ingessando la relazione nello schema tradizionale (ma forse poco adeguato alla realtà dei fatti) del rapporto di lavoro autonomo.

Come si è anticipato, il principale ostacolo è rappresentato dall'art. 18, unico comma, lett. d), della legge professionale. Questa previsione riprende quanto già in precedenza stabilito dall'art. 3 del R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578, che prevedeva (ed ancora prevede<sup>16</sup>) l'incompatibilità della professione di avvocato con «con ogni altro impiego retribuito, anche se consistente nella prestazione di opera di assistenza o consulenza legale».

Le ragioni alla base di tale incompatibilità risiedono, secondo coloro che difendono tale impostazione, nel fatto che l'avvocato deve svolgere la sua professione in condizioni di assoluta autonomia, indipendenza e libertà di giudizio e non potrebbe pertanto subire quei condizionamenti sul contenuto della sua attività che necessariamente si verificherebbero qualora si ammettesse che egli operi sotto le direttive di un datore di lavoro, quale sarebbe il titolare dello studio all'interno del quale svolge la sua professione.

Anche la Cassazione, nella citata sentenza n. 28274/2024, ha affermato che l'incompatibilità della professione forense con qualsiasi attività di lavoro subordinato «si basa sul principio di ordine sistematico della irrinunciabilità delle garanzie di autonomia e indipendenza dell'avvocato, a tutela sia del corretto esercizio della professione nei confronti del cliente,

---

<sup>16</sup> L'art. 1, comma 1, del d.lgs. 1° dicembre 2009, n. 179 ha ritenuto indispensabile la permanenza in vigore, a norma dell'art. 14 della l. 28 novembre 2005, n. 246, del R.D.L. n. 1578/1933, limitatamente ad alcuni articoli, fra i quali vi è anche l'art. 3 (anche sul quale in effetti nella vicenda decisa da Cass. n. 28274/2024 era stato chiesto di sollevare questione di legittimità costituzionale).

sia del ruolo al medesimo spettante per la tutela dei diritti fondamentali e, in ultima analisi, per la garanzia dello Stato di diritto nel suo complesso».

Va detto a questo proposito che in effetti la legge professionale insiste in modo quasi ossessivo sull'autonomia, la libertà e l'indipendenza intellettuale e di giudizio dell'avvocato. Ne parlano, innanzi tutto, l'art. 1, comma 2, lett. b), per il quale la legge stessa «garantisce l'indipendenza e l'autonomia degli avvocati, indispensabili condizioni dell'effettività della difesa e della tutela dei diritti», e l'art. 2, sulla disciplina della professione di avvocato, che, al comma 1, stabilisce che «l'avvocato è un libero professionista che, in libertà, autonomia e indipendenza, svolge le attività di cui ai commi 5 e 6». Ancora, nell'art. 3, sui doveri e la deontologia, si legge (al comma 1) che «l'esercizio dell'attività di avvocato deve essere fondato sull'autonomia e sulla indipendenza dell'azione professionale e del giudizio intellettuale». L'art. 4, sulle associazioni tra avvocati, al comma 1 stabilisce che «la partecipazione ad un'associazione tra avvocati non può pregiudicare l'autonomia, la libertà e l'indipendenza intellettuale o di giudizio dell'avvocato nello svolgimento dell'incarico che gli è conferito», sanzionando con la nullità ogni patto contrario. L'art. 4-bis, sull'esercizio della professione forense in forma societaria, al comma 3, dopo aver chiarito che «anche nel caso di esercizio della professione forense in forma societaria resta fermo il principio della personalità della prestazione professionale» e che «l'incarico può essere svolto soltanto da soci professionisti in possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento della specifica prestazione professionale richiesta dal cliente», aggiunge che i soci professionisti «assicurano per tutta la durata dell'incarico la piena indipendenza e imparzialità, dichiarando possibili conflitti di interesse o incompatibilità, iniziali o sopravvenuti». E qualcosa si dirà poi sugli avvocati degli enti pubblici o di altri enti, anche privati, partecipati in modo prevalente da enti pubblici, dei quali si occupa l'art. 23 della l. n. 247/2012.

La tutela di questi aspetti della professione è affidata al Consiglio dell'Ordine, tra i cui compiti e prerogative, secondo l'art. 29, lett. h), vi è la tutela dell'indipendenza e del decoro professionale, oltre che la promozione di «iniziative atte ad elevare la cultura e la professionalità degli iscritti e a renderli più consapevoli dei loro doveri». E anche il Consiglio Nazionale Forense ha il dovere (ai sensi dell'art. 35, lett. h) di collaborare «con i Consigli dell'Ordine circondariali alla conservazione e alla tutela dell'indipendenza e del decoro professionale».

Uno stretto collegamento tra i predetti valori e la regola dell'incompatibilità emerge peraltro anche da quanto sostenuto di recente dal Consiglio Nazionale Forense in merito alla peculiare figura dell'addetto all'ufficio del processo, considerato dalla legge un lavoratore subordinato a tempo determinato. Per l'art. 11, comma 2-bis, del d.l. 9 giugno 2021, n. 80<sup>17</sup> l'assunzione, da parte del Ministero della Giustizia, come addetto all'ufficio del processo, pur equivalendo ad un anno di tirocinio professionale per l'accesso alle professioni di avvocato e di notaio, com-

<sup>17</sup> Convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2021, n. 113.

porta la sospensione dall'esercizio dell'attività professionale per tutta la durata del rapporto con l'amministrazione pubblica. Il Consiglio, pronunciandosi con sentenza del 4 febbraio 2023, n. 4, ha respinto la tesi secondo cui tale normativa avrebbe fatto venir meno «il presupposto dell'assoluta rigidità della causa di incompatibilità tra lavoro subordinato e professione legale», sostenendo che il divieto di cumulo dei due ruoli è posto a tutela dell'interesse pubblico collegato all'inviolabilità del diritto di difesa e subisce eccezione esclusivamente nei casi, di strettissima interpretazione, tassativamente previsti dalla legge professionale.

Si tratta però a questo punto di capire se veramente il configurarsi di un rapporto di dipendenza ai sensi dell'art. 2094 c.c. impedisca (impedirebbe) all'avvocato con un unico committente di esercitare la propria professione nel rispetto di questi valori. Se ciò fosse vero, infatti, anche una dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 18, unico comma, lett. d), della legge professionale non risolverebbe il problema, ma anzi immetterebbe nel sistema un elemento di insanabile contraddizione, in quanto aprirebbe sì la porta alla riqualificazione come subordinato del rapporto *de quo*, ma lo farebbe in un contesto di regole che tale qualificazione respingono.

La domanda da porsi è dunque: c'è veramente incompatibilità tra autonomia, indipendenza, libertà intellettuale e di giudizio e lavoro subordinato?

La giurisprudenza sembra schierata nel senso di dare una risposta positiva a tale quesito, anche se tra le pieghe di alcune decisioni si leggono talvolta affermazioni contrarie all'idea di una incompatibilità ontologica, come si vedrà più avanti con riferimento agli avvocati dipendenti di enti pubblici.

A parere di chi scrive una risposta a questa domanda può dipendere – tra le altre cose – dal significato, dal contenuto che si ritiene di dare al potere direttivo ed in particolare dal fatto che lo si ritenga qualcosa di diverso dal potere organizzativo. Rileva, cioè, il fatto di condividere o meno l'idea per la quale il potere direttivo consiste nel potere datoriale di entrare nel merito, nel contenuto – potremmo dire nel cuore – della prestazione del dipendente, specificando il contenuto delle mansioni, e questo anche nel caso in cui si tratti di un lavoro di alta qualificazione e professionalità e cioè proprio di uno di quei lavori per i quali la giurisprudenza ha coniato la formula della subordinazione attenuata<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Cfr. Cass., 25 febbraio 2019, n. 5436, per la quale «ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e subordinato in caso di prestazioni di natura intellettuale o professionale, l'elemento dell'assoggettamento del lavoratore alle direttive altrui si presenta in forma attenuata in quanto non agevolmente apprezzabile a causa dell'atteggiarsi del rapporto, sicché occorre fare riferimento a criteri complementari e sussidiari, come quelli della collaborazione, della continuità delle prestazioni, dell'osservanza di un orario determinato, del versamento a cadenze fisse di una retribuzione prestabilita, del coordinamento dell'attività lavorativa all'assetto organizzativo dato dal datore di lavoro, dell'assenza in capo al lavoratore di una sia pur minima struttura imprenditoriale, la cui valutazione di fatto, rimessa al giudice del merito, se immune da vizi giuridici ed adeguatamente motivata, è insindacabile in sede di legittimità, ove è censurabile soltanto la determinazione dei criteri generali ed astratti da applicare al caso concreto». Nella specie si trattava del rapporto di lavoro tra una biologa ed un laboratorio di analisi di una casa di cura. Ma si vedano anche altre sentenze, alcune delle quali riferite al lavoro del dirigente, tra cui: Cass., 22 aprile 2022, n. 12919; Trib. Lucca, 2 marzo 2022, n. 54; Trib. Chieti, 7 settembre 2021, n. 269; Cass., 19 agosto 2021, n. 23143; Trib. Chieti, 6 aprile 2021, n. 103; Cass. 29 ottobre 2020, n. 23927; Trib. Roma, 18 maggio 2020, n. 2477; Cass., 4 maggio 2020, n. 8444; Trib. Vicenza, 31 gennaio 2020, n. 377.

La tesi per la quale il “potere direttivo puro” può e deve essere scorporato da quello organizzativo (e quindi, non potendo confondersi con esso, non può che consistere – come si diceva – nel potere di entrare nel merito, nel contenuto, nel cuore della prestazione lavorativa) sembra in effetti imposta dall’art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, sulle collaborazioni etero-organizzate. Se infatti non si operasse tale scorporazione questa norma rischierebbe di essere qualificata come norma apparente e cioè come una previsione che, non facendo altro che codificare, mettere per iscritto, il metodo tipologico o la concezione della subordinazione attenuata, nulla aggiungerebbe a quanto già desumibile da quella lettura “morbida” dell’art. 2094 c.c. che la giurisprudenza opera ormai da tempo proprio attraverso il predetto metodo o la predetta concezione.

Se non che la tesi della norma apparente è già stata, condivisibilmente, respinta da una parte della dottrina<sup>19</sup> e anche dalla – pur scarna – giurisprudenza in materia. In questo senso in particolare si è espressa la Suprema Corte nella famosa sentenza sul lavoro dei *riders*, e cioè Cass., sez. lav., 24 gennaio 2020, n. 1663, che ha valorizzato l’art. 2, definendolo come norma non di fattispecie ma di disciplina<sup>20</sup>. Seguendo questa linea di pensiero appare dunque necessario, ai fini della qualificazione di un rapporto come subordinato, verificare l’effettivo esercizio – o quanto meno la potenziale esercitabilità, in fatto e in diritto – sia del potere organizzativo che di quello “direttivo puro”, cosa che però potrebbe (o comunque questa è la lettura dominante in giurisprudenza e sostenuta anche da una parte dell’avvocatura) rendere effettivamente insanabile il contrasto tra esercizio della professione legale e rapporto di lavoro dipendente, e ciò per le ragioni che si sono sopra esposte e che ruotano attorno ai connotati di libertà, autonomia e indipendenza del “metiere” dell’avvocato<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Per un efficace riepilogo e analisi della discussione dottrinale sviluppatasi sull’art. 2, della quale non è possibile dare conto in questa sede, si veda GIUBBONI, *I nuovi confini della subordinazione. Studi sul campo di applicazione del diritto del lavoro*, Rubbettino, 2024, 146 e ss.

<sup>20</sup> Per una lettura molto critica di tale sentenza si veda però PERULLI, *La prima pronuncia della Corte di Cassazione sull’art. 2, co.1, d. lgs. n. 81/2015: una sentenza interlocutoria*, in *LDE*, 2020, 1.

<sup>21</sup> In altre parole, sembra che per espressa volontà del legislatore l’avvocato non possa essere assoggettato al potere direttivo di un datore di lavoro, in quanto ciò si scontrerebbe con l’autonomia e l’indipendenza di cui egli deve godere nell’esercizio della sua professione. Quindi, anche se il legale è inserito, dal punto di vista organizzativo, all’interno di uno studio di cui non è (in alcuna misura) titolare, il collega committente non può, non deve, per usare qualche banale esempio, imporgli di scrivere una certa cosa in un atto o in un parere o costringerlo comunque a gestire un cliente o una qualunque questione giuridica attenendosi a direttive specifiche, pena la violazione dei principi di cui alla legge professionale. In sostanza il potere direttivo non deve e non può esserci, ma non per una mera difficoltà fattuale di esercizio dello stesso da parte di chi riceve la prestazione (come accade per quelle figure di lavoratori ad alta qualificazione, soprattutto per le quali la giurisprudenza ha elaborato la teoria della subordinazione attenuata o utilizza il metodo tipologico), ma perché è la legge che lo vieta. Ne consegue che in tutti i casi dei quali si discute in questa sede, nei quali, cioè, l’avvocato è inserito da un punto di vista organizzativo nello studio del committente, questa pur composita circostanza non può essere valutata dal giudice come sufficiente a riqualificare il rapporto come di tipo subordinato, in quanto si verrebbe a creare un rapporto “giuridicamente impossibile”. Né, per le ragioni che si sono viste a proposito dell’art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 e delle sue eccezioni, sarebbe comunque possibile per il giudice parlare di collaborazione etero-organizzata al fine di applicare al rapporto le tutele tipiche del diritto del lavoro.

Si arriva però in questo modo al nocciolo duro della questione, perché non è in realtà poi così pacifico che l'avvocato non possa essere libero, autonomo e indipendente nello svolgimento delle attività tipiche della professione anche se intrattiene un rapporto di dipendenza con chi lo ospita e lo compensa per il lavoro che svolge. Il dubbio sorge considerando altre previsioni della legge professionale, che sembrano introdurre degli elementi di distonia in un sistema apparentemente arroccato contro il binomio professione di avvocato-lavoro subordinato.

#### **4. Gli elementi distonici nel sistema della legge professionale**

L'accento può essere messo, in particolare, su tre elementi normativi distonici che emergono dalla stessa legge professionale.

Il primo è costituito dalle norme che consentono agli avvocati di operare come dipendenti di enti pubblici. L'art. 23 della l. n. 247/2012 ammette che gli avvocati degli uffici legali specificamente istituiti presso gli enti pubblici stipulino con tali enti un contratto di lavoro (pacificamente di tipo subordinato), a condizione che venga loro assicurata «la piena indipendenza ed autonomia nella trattazione esclusiva e stabile degli affari legali dell'ente ed un trattamento economico adeguato alla funzione professionale». Ed invero nel contratto di lavoro va specificamente «garantita l'autonomia e l'indipendenza di giudizio intellettuale e tecnica dell'avvocato», il quale deve essere iscritto in un elenco speciale annesso all'albo. Le stesse regole valgono nel caso in cui gli enti pubblici siano stati trasformati in persone giuridiche di diritto privato, sino a quando restino partecipate prevalentemente da enti pubblici. In questa ipotesi<sup>22</sup> il rapporto dell'avvocato con l'ente è regolato non solo dal contratto individuale e dalla disciplina legale sul lavoro pubblico privatizzato<sup>23</sup>, ma anche dalla contrattazione collettiva di comparto<sup>24</sup>. Si tratta quindi di un caso in cui è palese e accettata la convivenza tra lavoro dipendente e professione, svolta ugualmente in condizioni di autonomia e indipendenza di giudizio, sia dal punto di vista intellettuale che tecnico.

La Corte costituzionale e la Cassazione si sono, per la verità, pronunciate più volte sul punto, giustificando la regola derogatoria qui in esame con l'affermazione per cui si tratta

---

<sup>22</sup> Come messo in evidenza da ROMEO, *L'avvocato in regime di monocommittenza: tra autonomia e subordinazione*, cit., 774.

<sup>23</sup> Nell'ambito della quale c'è, ad esempio, la normativa sul mutamento di mansioni di cui all'art. 52 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, di cui ha fatto applicazione, nel rapporto con un avvocato dell'ufficio legale di un ente pubblico non economico, Cass., 25 luglio 2022, n. 23219, ammettendo «un ampio esercizio dello *ius variandi* e quindi di assegnazione ad altri compiti, nei limiti in cui non si realizzi in concreto una sottrazione pressoché integrale delle funzioni da svolgere, vietata anche nell'ambito del pubblico impiego, o un intenzionale comportamento vessatorio, causativo di danni».

<sup>24</sup> Il che peraltro non esclude che anche gli avvocati dipendenti da enti pubblici avanzino delle rivendicazioni quanto al riconoscimento della loro professionalità.

di una norma eccezionale<sup>25</sup>. Così si è espressa, ad esempio, Corte cost., 22 maggio 2013, n. 91, senza fornire però una soddisfacente spiegazione di tale deroga e limitandosi a dedurre dal carattere di eccezionalità della stessa la conseguenza per cui essa deve essere oggetto di stretta interpretazione. In questo modo tuttavia non si esclude – ma anzi si alimenta – il sospetto che proprio la derogabilità, pur in via eccezionale, della regola dissimuli il carattere non ontologico dell'incompatibilità.

Neppure lo Studio di Cassa Forense del 2023 sembra sciogliere tutte le perplessità al riguardo. Esso sottolinea il fatto che, da un lato, il rapporto di lavoro subordinato si costituisce in esito al superamento di un concorso pubblico e, dall'altro, che la deroga qui in esame in fondo non è che un residuo di quanto previsto prima della privatizzazione dei rapporti di pubblico impiego, risalente agli anni '90 del secolo scorso. Aggiunge però anche che quella dell'avvocato che lavora "dentro" l'ente pubblico è vera subordinazione, sia pure nella forma attenuata che la giurisprudenza ammette per i lavori caratterizzati da elevata professionalità, arrivando a concludere, testualmente, che «in questa categoria riposa davvero e pienamente una convivenza tra subordinazione e professione legale».

Ed anche la Cassazione<sup>26</sup>, dopo aver premesso che qualsiasi attività lavorativa, sia essa di natura intellettuale o manuale, è ontologicamente compatibile con la configurabilità del rapporto di lavoro come autonomo o subordinato, si è lasciata sfuggire, sia pure in un *obiter dictum*, che «ad esempio, l'attività dell'avvocato, normalmente di natura libero professionale e, quindi, autonoma, può essere inserita in una organizzazione datoriale come attività di lavoro subordinato (si pensi agli avvocati dello Stato o dell'INPS o di altri istituti assicuratori)». L'unica vera peculiarità dell'ipotesi qui in esame consiste quindi, secondo chi scrive, nel fatto che il professionista opera esclusivamente nell'interesse del committente pubblico, che è il soggetto che va difeso e quello per il quale vanno predisposti atti giudiziari, consulenze e pareri<sup>27</sup>. La specificità della relazione sta dunque nella circostanza per cui vi è una coincidenza tra chi si pone come datore di lavoro e chi risulta essere cliente/assistito dell'avvocato, il che potrebbe spiegare la deroga alla regola generale ma, da un altro punto di vista, mette in luce come la tanto decantata incompatibilità non sia poi così tetragona e non possa quindi essere considerata come espressione di un principio inattaccabile.

La seconda "contraddizione" deriva dall'art. 2, comma 6, della legge professionale, che consente l'instaurazione di rapporti di lavoro subordinato o la stipulazione di contratti di prestazione di opera continuativa e coordinata quando essi abbiano «ad oggetto la consulenza

<sup>25</sup> Così anche Cass., sez. un., 14 marzo 2002, n. 3733. Molte sentenze sono richiamate da Cass. n. 28274/2024.

<sup>26</sup> Si tratta di Cass., 25 maggio 2004, n. 10043.

<sup>27</sup> Ed in effetti la citata sentenza della Corte costituzionale n. 91/2013 sottolinea come la norma comporti che gli avvocati dipendenti da enti pubblici possano svolgere attività professionale solo in relazione ad affari propri dell'ente presso il quale prestano la loro opera. Da ciò la Corte ha fatto conseguire l'illegittimità costituzionale di una legge della Regione Campania (l.r. 19 gennaio 2009, n. 1) che consentiva agli avvocati regionali di svolgere attività di patrocinio in giudizio e di consulenza anche in favore di soggetti diversi dalla Regione (enti strumentali della Regione e società con capitale interamente sottoscritto dalla medesima).

e l'assistenza legale stragiudiziale, nell'esclusivo interesse del datore di lavoro o del soggetto in favore del quale l'opera viene prestata». Da ciò si desume che c'è una parte importante dell'attività tipica dell'avvocato che può legittimamente essere svolta anche nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato o anche parasubordinato, pur se è vero che si tratta di quella parte che non è esclusiva della professione legale, dato che la consulenza e l'assistenza legale stragiudiziale possono essere fornite anche da altri professionisti, come consulenti del lavoro o commercialisti, nell'ambito delle loro specifiche competenze.

Risulta comunque che vi è solo un nucleo irriducibile dell'attività dell'avvocato che viene considerato ontologicamente incompatibile con la subordinazione e si tratta di quanto descritto dal comma 5 dell'art. 2 della l. n. 247/2012 e cioè dell'assistenza, della rappresentanza e della difesa nei giudizi davanti a tutti gli organi giurisdizionali e nelle procedure arbitrali rituali. In effetti di queste attività tale comma dice che sono «esclusive dell'avvocato, fatti salvi i casi espressamente previsti dalla legge».

Ma se sono l'autonomia e l'indipendenza di giudizio a rilevare ai fini della questione che qui ci occupa, perché tali valori non dovrebbero contare anche quando viene svolta attività di consulenza e di assistenza legale stragiudiziale, magari nell'ambito di un arbitrato irrituale? È solo il fatto di operare di fronte ad un tribunale o ad un arbitro che esige che l'attività del legale sia connotata da autonomia, indipendenza, libertà di giudizio? Le perplessità che questo interrogativo solleva sono di non poco conto.

Un terzo elemento di distonia, anche se forse di diversa portata, è costituito dalle eccezioni alla regola sull'incompatibilità che riguardano gli insegnanti di scuola secondaria e i professori e i ricercatori universitari, compresi quelli a tempo pieno. L'art. 19 della legge professionale ammette infatti che un soggetto possa operare sia come avvocato, sia come dipendente, e specificamente come dipendente di una scuola, di un'università o di un ente di ricerca pubblico, utilizzando a tal fine le proprie competenze in materia giuridica ma non per svolgere l'attività tipica del legale, bensì per insegnare o fare ricerca. Si tratta in sostanza di un soggetto che, oltre a operare come libero professionista, intrattiene un rapporto di lavoro nel quale mette in campo le sue competenze in ambito giuridico e lo fa nella modalità del lavoro dipendente a tempo parziale (se insegnante o ricercatore) oppure a tempo definito (se docente universitario). O, ancora, può trattarsi di un docente o ricercatore universitario a tempo pieno, il quale dedica le ore non occupate dal lavoro di docenza o di ricerca alla professione legale, sfruttando, in quest'ultima ipotesi, il fatto che in ambito universitario, anche se si è assunti a tempo pieno, non si è soggetti a rigidi vincoli di orario e cioè ad un vero e proprio "timbro del cartellino" e restano dunque, almeno potenzialmente, energie e tempo per fare dell'altro. E se è vero che questa previsione non contraddice direttamente l'idea per la quale l'avvocato non può svolgere la sua professione in condizioni di subordinazione, resta però che essa contribuisce in qualche misura ad incrinare l'immagine monolitica dell'avvocato dedito in modo esclusivo alla professione, quale traspare da altre previsioni della legge professionale.

Come si è visto dunque gli elementi distonici rispetto a un'idea di assoluta incompatibilità con il lavoro subordinato all'interno della stessa l. n. 247/2012 non mancano e ad aggravare il quadro vi è un'affermazione di un certo peso contenuta nello Studio di Cassa Forense, ove si legge

che la norma sull'incompatibilità di cui all'art. 18, unico comma, lett. d) in realtà «è rivolta ad impedire la coesistenza dell'iscrizione all'albo degli avvocati con attività di lavoro subordinato *diverse* da quella legale, ma il dispositivo viene comunemente applicato (...) anche alle forme di lavoro dipendente aventi ad oggetto mansioni legali o di avvocato»<sup>28</sup>. Questa lettura sembra consentita dall'ampia formula usata, che fa riferimento a «qualsiasi attività di lavoro subordinato». Ma se si tratta veramente di un'interpretazione estensiva, in sé non necessaria o incontestabile, ne deriva che il tabù di cui stiamo parlando non è poi così incrollabile.

## 5. L'avvocato dipendente in alcuni ordinamenti

A quanto sin qui messo in evidenza si aggiunge il fatto che in alcuni ordinamenti diversi dal nostro, ma non troppo lontani da un punto di vista territoriale o culturale<sup>29</sup>, si ammette tranquillamente che l'avvocato possa lavorare come dipendente.

In particolare, in Francia è disciplinata la figura dell'*avocat salarié*, titolare di tutta una serie di diritti, relativi al salario, all'orario di lavoro, al riposo settimanale, alle ferie, ad alcuni congedi retribuiti e al licenziamento<sup>30</sup>. Quello che maggiormente rileva ai nostri fini è però il fatto che il riconoscimento di queste tutele sul piano lavoristico non esclude che l'avvocato conservi la propria indipendenza dal punto di vista professionale.

Anche in Germania esiste il legale dipendente di un altro avvocato. Tale rapporto sorge quando quest'ultimo deve attenersi a istruzioni che escludono egli possa condurre un'analisi indipendente della situazione giuridica. Come contropartita, si applicano a questa relazione le regole generalmente previste per il lavoro dipendente, ad esempio in materia di orario di lavoro e ferie.

Per altri dettagli sugli avvocati dipendenti in Francia e in Germania si rinvia in ogni caso allo Studio di Cassa Forense, che ne tratta diffusamente, mentre vale la pena di spendere qualche parola in più per la Spagna dove, con Regio decreto n. 1331 del 17 novembre 2006, è stato disciplinato il rapporto di lavoro degli avvocati che prestano servizi presso studi legali, individuali o collettivi. Nelle sue premesse il Regio decreto definisce tale rapporto come *speciale*, facendolo comunque rientrare nella più ampia categoria del lavoro subordinato. Tale normativa fa derivare dal necessario rispetto, da parte di questi avvocati, delle norme che riguardano la professione, il riconoscimento nei loro confronti di «un maggiore grado di autonomia, indipendenza tecnica e flessibilità nell'organizzazione

<sup>28</sup> E continua «come è il caso, ad esempio, dei dipendenti di uffici legali di aziende private, che non possono restare iscritti all'Ordine».

<sup>29</sup> Per uno sguardo *overseas* si veda invece MOSCARITOLO, *La crisi delle professioni legali: spunti dal caso americano*, in *www.bolletinoADAPT*, 16 luglio 2016.

<sup>30</sup> Sui problemi della professione forense in Francia (anche se non specificamente sulla questione della monocommittenza) si veda COLOMBELLI, *Il futuro della professione dell'avvocato: il caso francese*, in *www.bolletinoADAPT*, 13 marzo 2017.

e nella direzione del loro lavoro», cui corrispondono, specularmente, alcune limitazioni ai poteri di gestione e controllo della loro attività da parte dei titolari degli studi legali, «nella loro qualità di datori di lavoro e avvocati».

Agli avvocati, nello svolgimento del loro lavoro, sono richiesti requisiti più severi per quanto riguarda l'osservanza (tra l'altro) dei doveri di diligenza e riservatezza. È però anche preteso un maggiore rispetto, da parte dei titolari degli studi legali e degli avvocati stessi, dei principi di buona fede e fiducia reciproca. Regole particolari riguardano ancora le incompatibilità e i conflitti di interessi ed è ribadita la «rigorosa sottomissione degli avvocati alle regole e alle pratiche dell'etica professionale della professione legale, a quello dell'ordine degli avvocati e al conseguente regime disciplinare». Tutti questi obblighi «non strettamente lavorativi» vanno rispettati dagli avvocati «contestualmente ai loro diritti e doveri lavorativi».

L'uso di queste formule fa capire come il legislatore spagnolo sia perfettamente conscio del problema di una possibile frizione fra regole di diversa origine (quelle specifiche della professione e quelle del rapporto di lavoro subordinato), ma come ritenga di poterlo risolvere con il contemporaneo e forse più intenso coinvolgimento dell'avvocato dipendente nel consapevole rispetto di tutte. Viene sottolineato anche il fatto che l'avvocato ha un ruolo che trascende quello della tutela degli interessi dei clienti e dello studio legale nel quale opera, partecipando egli alla funzione pubblica dell'amministrazione della giustizia. Da tutto ciò consegue l'impossibilità giuridica di applicare in modo integrale a questo rapporto la disciplina comune sul lavoro subordinato, ciò che si traduce in tutta una serie di adattamenti delle regole ordinarie. Ad esempio, si dice che il dovere di obbedienza che deriverebbe dalla normativa sul lavoro dipendente risulta “indebolito o limitato” e che l'orario di lavoro va regolamentato in modo flessibile.

Resta tuttavia il fatto che si tratta di un rapporto inequivocabilmente riconducibile alla macro-categoria del lavoro subordinato.

## **6. Alcune (im)possibili soluzioni: il lavoro subordinato e le collaborazioni etero-organizzate**

Chiusa questa breve parentesi comparata e tornando a parlare della situazione normativa italiana, è emerso che essa è estremamente complessa, ma se è vero che il problema deve essere affrontato, si può tentare di abbozzare alcune possibili soluzioni *de iure condendo* di diritto del lavoro, diverse da quelle contenute nelle proposte di legge già presentate e nelle numerose mozioni presentate ai Congressi nazionali e di cui dà conto, ancora una volta, lo Studio di Cassa Forense. La soluzione più diretta ed efficace sarebbe ovviamente quella di abrogare tutte le norme sulle incompatibilità e quindi non solo la lett. d) dell'unico comma dell'art. 18 più volte citato (assieme al “sempreverde” art. 3 del R.D.L. n. 1578/1933), ma anche tutte quelle

altre norme che vi sono (almeno secondo la prevalente lettura) direttamente connesse<sup>31</sup>. Si tratta però di una soluzione drastica (e forse anche politicamente impraticabile) sulla quale non ha quindi senso soffermarsi ulteriormente.

Un'altra possibile soluzione di questo intricato rebus, anche se compromissoria ma – tutto sommato – di non soverchia difficoltà e, soprattutto, non impattante con i principi cui la professione tiene (giustamente) tanto, potrebbe essere quella di incidere sull'art. 2, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 81/2015, togliendo “il tappo” che impedisce non tanto la riqualificazione del rapporto (impedimento che verrebbe fatto salvo), quanto piuttosto il riconoscimento, all'avvocato con unico committente, delle tutele tipiche del lavoro subordinato. Si tratta, ovviamente, di una soluzione che presuppone un intervento del legislatore o (cosa che sembra però più difficile) della Corte costituzionale.

Sulle difficoltà a pervenire a tale risultato attraverso una pronuncia del giudice delle leggi si è invero espressa anche la Cassazione con la sentenza dello scorso novembre, ritenendo la questione di legittimità costituzionale manifestamente infondata. Il fulcro del ragionamento della Corte riguarda la non applicabilità del principio di indisponibilità del tipo in riferimento ad una norma che, come l'art. 2, comma 2, effettivamente non dispone del tipo, cioè non preclude di qualificare come subordinati rapporti che abbiano oggettivamente tale natura, ma si limita a non consentire l'estensione della disciplina del lavoro dipendente a rapporti ai quali, secondo il legislatore, le caratteristiche della subordinazione evidentemente difettano.

Secondo la Corte invero rientra nell'ambito del potere discrezionale del legislatore decidere quale sia l'ambito di operatività di meccanismi estensivi di tutele come quello previsto dall'art. 2. Tale potere, come aggiunge la Cassazione, va ovviamente esercitato «in conformità ai canoni di ragionevolezza ed uguaglianza» e, nel caso di specie, la non manifesta irragionevolezza della scelta di escludere i professionisti iscritti agli albi è legata al «presupposto, assolutamente plausibile, del possesso da parte del professionista di un potere contrattuale che lo rende immune dalle pratiche elusive e di sfruttamento cui il legislatore ha voluto porre rimedio».

A ciò la Corte aggiunge che le figure escluse dal meccanismo di cui all'art. 2 sono quelle facenti capo ad un ordine professionale e quindi, anche e soprattutto per questo, rientranti nel campo delle professioni protette. Si tratta dunque, per la Cassazione, di una di quelle “esclusioni soggettive” di cui parla la relazione illustrativa al d.lgs. n. 81/2015, ritenendole tollerabili. Prima, tuttavia, di esprimere qualche critica su questo ragionamento, vale la pena di ricordare che, come si accennava sopra, l'impossibilità per i professionisti iscritti ad albi di go-

---

<sup>31</sup> La tesi è sostenuta da ROMEO, *L'avvocato in regime di monocommittenza: tra autonomia e subordinazione*, cit., 2018, 777, per il quale l'art. 18 della legge professionale va modificato «perché impedisce una lettura più flessibile sul regime delle incompatibilità, rendendo in pratica impossibile un accesso ad un auspicabile regime di tutela dell'avvocato monocommittente, possibilmente mutuato dalle logiche tipiche del diritto del lavoro».

dere di meccanismi riqualificatori automatici (o comunque standardizzati nei presupposti) costituisce una soluzione già sperimentata dal diritto del lavoro.

Oltre all'art. 2, comma 2, di cui si sta parlando, qualcosa di simile era stato infatti previsto dall'art. 69-*bis* del d.lgs. n. 276/2003, il quale contemplava la possibilità di considerare (cioè riqualificare) come rapporti di co.co.co. a progetto con il committente "prevalente" le prestazioni lavorative (qualificate dalla parte semplicemente come di lavoro autonomo) rese da soggetti titolari di posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto (le c.d. "partite IVA"), qualora ricorressero particolari condizioni.

Tali condizioni erano legate alla durata del rapporto (la collaborazione con il medesimo committente doveva durare complessivamente più di otto mesi per due anni consecutivi); all'entità del corrispettivo derivante da tale collaborazione (che doveva costituire più dell'80% dei corrispettivi annui complessivamente percepiti dal collaboratore nell'arco di due anni solari consecutivi, potendo anche essere fatturato a soggetti diversi, ma riconducibili al medesimo centro d'imputazione di interessi); all'inserimento fisico del professionista nell'organizzazione del committente (il collaboratore doveva disporre di una postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente). In realtà era sufficiente il ricorrere di due solo delle predette condizioni per potersi operare la riqualificazione, la quale innescava peraltro a sua volta un meccanismo assai pericoloso, potendo facilmente portare (attraverso l'art. 69, in considerazione della sicura mancanza di uno specifico progetto) addirittura all'ulteriore riqualificazione del rapporto come di lavoro subordinato. Era, ovviamente, riconosciuta al committente la possibilità di fornire la prova contraria dell'avvenuta instaurazione di un rapporto di tipo parasubordinato e, soprattutto, il meccanismo presuntivo non operava comunque in tutta una serie di situazioni (previste ai commi 2 e 3), fra le quali proprio il fatto che si trattasse di «prestazioni lavorative svolte nell'esercizio di attività professionali per le quali l'ordinamento richiede l'iscrizione ad un ordine professionale».

Non sembra peraltro che la norma abbia avuto frequente applicazione<sup>32</sup>, anche per la sua breve vita: l'art. 69-*bis* era stato infatti inserito nel decreto Biagi con la riforma Fornero del 2012 ed è stato abrogato circa tre anni dopo, con il d.lgs. n. 81/2015. In questa sede tuttavia interessa sottolineare, da un lato, la (forse giusta, almeno sino a qualche tempo fa) refrattarietà del mondo delle professioni a sistemi di riqualificazione presuntiva, dall'altro, l'estrema attualità della questione.

Ma, tornando all'esclusione dei professionisti dall'ambito di applicazione della norma sulle co.co.org., va detto che in realtà proprio le parole della Cassazione nella sentenza n. 28274 del 2024 consentono di evidenziare come il ragionamento da essa condotto non possa valere sempre. Se il presupposto dal quale sono partiti i giudici è il fatto che l'avvocato disponga effettivamente di forza contrattuale quando concorda i termini della sua colla-

---

<sup>32</sup> In argomento si veda Cass., 8 maggio 2019, n. 12173.

borazione con lo studio che lo ospita, allora tutte le volte in cui le circostanze rivelino la mancanza di tale potere, ecco che l'abbandono del "lavoratore" alle leggi del mercato della professione legale non appare più così ragionevole o ispirato al principio di uguaglianza, come invece la Corte ritiene. E si apre così uno spiraglio per una rivalutazione della questione circa la sottoponibilità al vaglio di costituzionalità dell'eccezione di cui all'art. 2, comma 2, lett. b).

## 7. Un'(im)probabile soluzione: il lavoro parasubordinato

Un'ultima prospettiva per assicurare agli avvocati monocommittenti un adeguato complesso di tutele di stampo lavoristico potrebbe essere quella della parasubordinazione. Si tratta di capire però se la normativa escluda che il lavoro dell'avvocato possa essere svolto in questa forma<sup>33</sup>.

Se si analizza, innanzi tutto, la normativa giuslavoristica, una vera e propria esclusione rispetto a questa tipologia di rapporti non sembra essere mai esistita. Ed infatti tale preclusione non è stata introdotta neppure quando, con il decreto Biagi del 2003 e successivamente con la riforma Fornero del 2012, il legislatore ha stretto moltissimo le maglie della fattispecie, imponendo alle parti che intendessero dar vita ad un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa di ricondurlo «a uno o più progetti specifici determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore»: così il primo comma dell'art. 61 del d.lgs. n. 276/2003. Il terzo comma del medesimo articolo escludeva invero dal campo di applicazione della disciplina relativa alle neo-nate collaborazioni a progetto (co.co.pro.), tra l'altro, le «professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali», il che significava che chi esercitava una professione c.d. ordinistica (in generale – non è detto che questo valga per la professione di avvocato) poteva continuare a stipulare contratti di co.co.co. privi di uno specifico progetto e non soggetti alle regole particolari di cui al d.lgs. n. 276/2003. Questa previsione, anzi, poteva essere vista proprio come una conferma della compatibilità tra libere professioni e lavoro parasubordinato nella versione classica senza progetto.

Quello che invero al legislatore dell'epoca interessava era evitare il rischio che l'applicazione integrale della nuova disciplina sul lavoro a progetto trascinasse con sé alcune

<sup>33</sup> Lo Studio di Cassa Forense non si esprime in modo chiaro sul punto, limitandosi a rilevare come la condizione del professionista legale con unico committente presenti sul piano sistematico molte analogie con il lavoro subordinato, le quali «pongono problemi analoghi a quelli affrontati nella disciplina del lavoro parasubordinato». Lo Studio parla del fatto che le professioni ordinistiche sarebbero rimaste sempre al margine della disciplina del lavoro parasubordinato, ma in realtà si riferisce all'esclusione dalla normativa sul contratto a progetto e da quella sulle co.co.org., che sono ben altra cosa. Aggiunge che il legislatore ha mostrato sempre una certa diffidenza all'applicazione di queste tutele, ritenendo che «le professioni ordinistiche rispondano tradizionalmente allo schema del lavoro autonomo e, in particolare, la professione di avvocato, per la sua natura tecnico-specialistica, sia incompatibile con il lavoro subordinato e così anche con quelle forme di lavoro "simsulsubordinato" (Vallebona, 2019) che si celano dietro i contratti di lavoro parasubordinato».

regole assai “pericolose”, quelle cioè che avrebbero potuto facilmente condurre ad una riqualificazione del rapporto di co.co.pro. come di lavoro subordinato.

Ciò poteva infatti verificarsi innanzi tutto nell’ipotesi prevista dal primo comma dell’art. 69 del d.lgs. n. 276/2003, per il quale «i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l’individuazione di uno specifico progetto» dovevano essere «considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto». La seconda ipotesi era invece quella prevista dal secondo comma dell’art. 69, che però in fondo non faceva altro che ribadire il potere di riqualificazione della relazione riconosciuto al giudice nel caso in cui egli accerti che esso si sia venuto a configurare quale rapporto di lavoro subordinato. La terza ipotesi (anch’essa contenuta nel secondo comma dell’art. 69) era forse quella più particolare. Per essa, a meno di una prova contraria a carico del committente, i rapporti di co.co.co., anche a progetto, venivano considerati rapporti di lavoro subordinato sin dalla data di costituzione nel caso in cui l’attività del collaboratore si fosse svolta «con modalità analoghe a quella svolta dai lavoratori dipendenti dell’impresa committente, fatte salve le prestazioni di elevata professionalità che potevano essere individuate dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Ad ogni modo, come è noto, tutto il “pacchetto” delle regole sul lavoro a progetto di cui al decreto Biagi è stato spazzato via nel 2015 dal Jobs Act, che si è quindi “portato via” anche la norma che in qualche modo presupponeva la compatibilità fra professioni e lavoro parasubordinato non a progetto.

Ma, anche ammettendo che, in assenza di puntuali divieti nell’ambito del diritto del lavoro, siffatta compatibilità permanga per le professioni liberali in generale, il discorso si fa più complesso se ci riferisce specificamente alla categoria di professionisti che qui interessa e cioè agli avvocati. Resta, cioè, dubbio che si possano considerare questi soggetti come lavoratori parasubordinati dello studio per il quale prestano in modo esclusivo la propria attività professionale e questo, come si accennava all’inizio, essenzialmente per due motivi. In primo luogo, un problema è rappresentato dall’art. 18, unico comma, lett. a) della legge professionale, il quale stabilisce l’incompatibilità anche con «con qualsiasi altra attività di lavoro autonomo svolta continuativamente o professionalmente». Che questa previsione vada interpretata nel senso di impedire all’avvocato di operare come parasubordinato nei confronti di uno studio legale è dato per scontato, ad esempio, dal Rapporto sull’Avvocatura del 2024 di Cassa Forense e Censis<sup>34</sup>, ove si parla delle proposte di legge che «prevedono di far decadere l’incompatibilità fra la professione forense e il lavoro dipendente o parasubordinato».

A parere di chi scrive però la norma in esame non è di così piana lettura, perché non è chiaro cosa essa intenda quando si riferisce a qualsiasi *altra* attività. In effetti, nel ca-

---

<sup>34</sup> In [www.cassaforense.it](http://www.cassaforense.it).

so dell'avvocato monocommittente l'ipotetico lavoro parasubordinato non costituirebbe un'altra attività rispetto a quella professionale, ma sarebbe solo la forma nella quale la professione viene esercitata, cioè, descriverebbe solo il rapporto con il titolare dello studio.

E si può aggiungere un'altra cosa, assai rilevante, su questo punto: se il significato della previsione di cui alla lett. a) fosse quello che semplicisticamente gli si attribuisce, l'avvocato che lavora dentro lo studio non potrebbe avere con il titolare dello stesso neppure un rapporto di lavoro autonomo continuativo non coordinato, che è in effetti quello cui la lett. a) sembra riferirsi, laddove è proprio questo il tipo di rapporto che ordinariamente si costituisce. La posizione attuale di tutti gli avvocati monocommittenti sarebbe dunque drasticamente *contra legem*.

Ma anche a voler dare della disposizione di cui alla lett. a) un'interpretazione più "tradizionale", resta il secondo problema cui si accennava, e cioè il fatto che va verificato caso per caso se nell'ipotesi della monocommittenza vi siano tutti gli elementi richiesti dall'art. 409 c.p.c. ed in particolare, da un lato, quell'accordo sulle modalità di coordinamento della prestazione che sembra rappresentare il tratto veramente caratteristico della fattispecie, dall'altro, l'organizzazione autonoma della propria attività lavorativa da parte dell'avvocato / collaboratore. Ed è proprio quest'ultimo aspetto a rappresentare il punto dolente della questione, perché nelle ipotesi cui ci si riferisce parlando di monocommittenza è proprio l'autonomia nell'organizzazione del lavoro che latita. In sostanza sembra dunque di potersi dire che il prototipo dell'avvocato monocommittente non corrisponde affatto alla fattispecie del lavoratore parasubordinato.

## **8. Le proposte per una regolamentazione del fenomeno e una breve riflessione conclusiva**

Sembra dunque che ci si trovi veramente, dal punto di vista del diritto del lavoro, in un vicolo cieco, dal quale risulta assai difficile uscire, quanto meno a normativa invariata.

Per questo motivo, come si è accennato all'inizio, negli ultimi anni c'è stato un fiorire di proposte, di varia provenienza, di regolamentazione del fenomeno, nelle quali sono sperimentate le più diverse soluzioni<sup>35</sup>. Si va dalla cancellazione della norma sull'incompatibilità all'aggiunta di una nuova eccezione a tale regola, sino alla creazione di una fattispecie nuova, un "rapporto di lavoro speciale", non riconducibile al lavoro subordinato.

<sup>35</sup> ROMEO, *L'avvocato in regime di monocommittenza: tra autonomia e subordinazione*, cit., 775 propone, ad esempio, la costituzione di un albo speciale.

In questa sede ci si limiterà a dire qualcosa sulle due più famose e discusse proposte di legge presentate negli ultimi anni, oltre che sulla recentissima proposta del Consiglio Nazionale Forense.

La proposta Gribaudo<sup>36</sup> è intitolata alla modifica dell'art. 19 della l. n. 247/2012, relativo alle eccezioni alle norme sull'incompatibilità. Nella presentazione viene denunciato senza troppi giri di parole il fatto che spesso nel modo di lavorare del legale con unico committente, data la presenza di tutti gli indici di subordinazione, è occultato «un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato». L'avvocato monocommittente, definito un "precario", non ha però un contratto e un'adeguata retribuzione, né alcuna tutela in caso di cessazione del rapporto. Tale dinamica, consentita e favorita dalla legge professionale, crea un'inaccettabile distorsione, anche perché questo avvocato, di fatto dipendente, non gode né delle tutele del lavoratore subordinato, né delle libertà del professionista.

La proposta consiste nel modificare l'art. 19, aggiungendo una nuova eccezione alla regola dell'incompatibilità di cui all'art. 18, unico comma, lett. d), con l'obiettivo di eliminare tale divieto, alla duplice condizione però che l'avvocato monocommittente svolga solo l'attività propria della professione forense e lo faccia in via esclusiva in favore di un altro avvocato<sup>37</sup>.

Le regole introdotte direttamente dalla proposta di legge sono in realtà molto poche: si tratta di due soli articoli. Il primo, senza toccare l'art. 18, aggiunge un nuovo comma (il 3-*bis*) all'art. 19, ove sembra<sup>38</sup> farsi riferimento alla possibile costituzione di un rapporto di lavoro sia subordinato che parasubordinato. A questi avvocati (senza apparente distinzione) si applicano le norme del contratto collettivo. Nel caso in cui il compenso non sia definito dal contratto collettivo, opera comunque il principio di proporzionalità rispetto alla quantità e alla qualità della prestazione da eseguire, avuto riguardo all'impegno temporale richiesto e alla «retribuzione prevista dal CCNL applicabile al committente con riferimento alle figure professionali di competenza e di esperienza analoghe a quella dell'avvocato». Per altri aspetti (come quelli attinenti alla contribuzione) l'art. 2 rinvia ad un decreto dei Ministeri del Lavoro e della Giustizia<sup>39</sup>. È demandata a tale decreto anche la questione più delicata, quella relativa alla definizione dei parametri in base ai quali considerare la monocommittenza come lavoro subordinato o parasubordinato. Tra gli indicatori suggeriti ci sono «la durata temporale del rapporto, la presenza di una postazione fissa presso il

---

<sup>36</sup> Tale proposta (proveniente dalle fila del Partito Democratico) è stata presentata una prima volta il 28 marzo 2018 e poi ripresentata nel dicembre 2022.

<sup>37</sup> Potrebbe trattarsi anche di un'associazione professionale o di una società tra professionisti, anche multidisciplinare.

<sup>38</sup> La norma in realtà non è molto chiara, da diversi punti di vista.

<sup>39</sup> Da adottarsi in esito al confronto con molti altri soggetti, quali le (non meglio definite) parti sociali, il Consiglio Nazionale Forense, l'Organismo Congressuale Forense, la Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense e, infine, le associazioni forensi riconosciute come più rappresentative dal Congresso Nazionale Forense.

datore di lavoro o il committente, la partecipazione ai risultati economici dell'attività, la previsione e l'eventuale indennizzo di clausole di esclusività».

La proposta D'Orso<sup>40</sup> consta di ben 13 articoli e si propone di regolare il fenomeno senza farlo confluire nella categoria del lavoro subordinato e dunque senza abrogare la lett. d) dell'unico comma dell'art. 18 della legge professionale. Viene disciplinato un rapporto speciale, definito semplicemente come rapporto di collaborazione professionale dell'avvocato in regime di monocommittenza, consistente in «una prestazione d'opera intellettuale regolata dagli art. 2222 e seguenti del codice civile». Esso può sorgere quando il professionista svolge la sua attività per un altro avvocato<sup>41</sup> in modo continuativo e, se non proprio esclusivo, almeno prevalente, a fronte della corresponsione di un compenso con cadenza preferibilmente mensile, fisso o variabile<sup>42</sup>. Il rapporto nasce da un contratto scritto, a pena di nullità, con un contenuto predeterminato (ai fini della prova), che riguarda la durata (che può essere determinata o determinabile), il compenso, il periodo di prova<sup>43</sup>, il preavviso di recesso. Relativamente al contenuto della collaborazione, le modalità e le “indicazioni strategiche” vanno definite in accordo tra le parti (anche verbalmente e per ogni singolo incarico), tenendo conto dell'interesse del cliente “affidato” all'avvocato monocommittente e delle regole deontologiche.

La nuova disciplina si diffonde poi a regolare i molteplici profili del nuovo rapporto speciale, come quelli relativi al compenso ed ai rimborsi spese, alla concorrenza, alla riservatezza, alla sospensione del rapporto, al recesso, al preavviso, agli aspetti fiscali e previdenziali. L'ambizione è dunque quella di non lasciare scoperta nessuna delle questioni cruciali e soprattutto i profili lavoristici del nuovo rapporto. Le due proposte di cui si è detto sono in circolazione ormai da parecchio tempo e, anche per questo, si deve pensare che resteranno tali. Nuovo slancio all'idea di una regolamentazione del fenomeno sembra invece provenire da quanto previsto nel contesto della recentissima proposta di riforma dell'Ordinamento Forense, presentata dal Consiglio Nazionale Forense il 24 aprile 2025, che consente (all'art. 18) all'avvocato di operare in regime di monocommittenza come lavoratore autonomo. È anche disciplinato (all'art. 19) il contratto di collaborazione continuativa (ma non esclusiva) dell'avvocato con un altro legale.

La fattispecie di cui all'art. 18 appare peraltro costruita sulla falsariga di quella di cui alla proposta D'Orso. Premesso infatti che l'avvocato può esercitare la sua professione quale monocommittente, in via continuativa ed esclusiva, solamente a favore di un altro avvo-

---

<sup>40</sup> Si tratta di una proposta del Movimento 5 Stelle, presentata il 15 ottobre 2020.

<sup>41</sup> Che può essere anche un'associazione professionale o una società tra avvocati.

<sup>42</sup> La legge è destinata ad applicarsi anche alle collaborazioni professionali già in essere, concedendosi alle parti sei mesi di tempo per stipulare il contratto di collaborazione. In mancanza «si applicano le disposizioni minime inderogabili della legge stessa». Eventuali accordi verbali o adottati in violazione della legge sono sostituiti di diritto da accordi conformi alla legge stessa.

<sup>43</sup> Probabilmente da intendersi come elemento non essenziale, visto che l'indicazione scritta degli elementi nel contratto è richiesta solo a fini di prova.

cato (che operi anche nelle diverse forme associative o societarie consentite dalla legge), si stabilisce che il rapporto *de quo* non è da considerarsi di lavoro subordinato, conservando la natura di prestazione d'opera professionale intellettuale di cui agli artt. 2222 c.c. e seguenti. Si precisa altresì che l'esercizio di tale attività «non configura un'ipotesi di incompatibilità ai sensi di cui all'art. 29, comma 1, lett. a)» di cui alla «nuova» legge professionale. All'interno di questo articolo viene infatti trasferita la tradizionale regola per cui «la professione di avvocato è incompatibile: a) con qualsiasi altra attività di lavoro subordinato, anche se con orario di lavoro limitato, e di lavoro autonomo svolta continuativamente o professionalmente». La precisazione deve essere intesa nel senso che l'incompatibilità non si determina perché il lavoro svolto presso uno studio legale, pur se caratterizzato da continuità, non è «altro» rispetto a quello tipico dell'avvocato.

Ciò premesso, si richiede la predisposizione in forma scritta del contratto, il quale, ai fini della prova, deve contenere tutta una serie di elementi, che attengono alla durata del rapporto, al compenso, ai rimborsi spese (comprese quelle necessarie per ottenere il titolo di avvocato specialista), al periodo di prova, al preavviso di recesso. Altre regole riguardano i beni strumentali, la formazione, il segreto professionale e la riservatezza, il patto di non concorrenza, le sospensioni per ragione legate alla genitorialità o a problemi di salute.

L'art. 19 della proposta in esame è dedicato invece al «contratto di collaborazione continuativa», al di fuori delle ipotesi di monocommittenza. Sembra, cioè, che si voglia semplicemente riconoscere alcune tutele all'avvocato che collabora in modo continuativo ma non esclusivo per un altro soggetto del settore legale. La definizione dei principali aspetti del rapporto (durata, compenso, rimborsi spese) è lasciata tuttavia all'autonoma determinazione delle parti (che deve trovare definizione all'interno di un contratto scritto), mentre l'unica vera garanzia riguarda il sopravvenire di un'ipotesi di indisponibilità temporanea (legata a gravidanza, maternità, paternità, malattia o infortunio), che comporta la sospensione del rapporto per (al massimo) 180 giorni, con divieto di recesso da parte del committente e mancata erogazione del corrispettivo. Questo contratto non viene dunque assolutamente ricondotto alla fattispecie del lavoro parasubordinato di cui all'art. 409 c.p.c., anche se la costituzione di un rapporto di tale natura resta, a parere di chi scrive e con le precisazioni di cui sopra, giuridicamente possibile anche se, di fatto, assai improbabile. Per concludere brevemente, si può azzardare che se quest'ultima proposta dovesse andare a buon fine, come è prevedibile anche in considerazione del valore aggiunto che le deriva dal fatto di provenire da uno dei protagonisti del mondo dell'avvocatura stessa, si ridimensionerebbero alcune delle richieste di riconoscimento di tutele avanzate in relazione al fenomeno della monocommittenza, ma non sarebbe del tutto sopito il problema della qualificazione del rapporto, almeno nei casi di ricorrenza degli indici presuntivi di subordinazione, posto che il principio di indisponibilità del tipo contrattuale vincola anche il legislatore e, come si è cercato di argomentare, l'incompatibilità tra professione e lavoro subordinato non sembra derivare da un principio dotato di pari dignità nel sistema delle fonti.



# Patologie croniche e tutela antidiscriminatoria: alla ricerca del lavoro “dignitoso”

## *Chronic diseases and anti-discrimination protection: looking for a “decent” work*

**Giada Della Rocca**

*Ricercatrice confermata e Professoressa aggregata di Diritto del lavoro nell'Università di Roma “Tor Vergata”*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. Malattie croniche e disabilità. – 3. Tutela antidiscriminatoria e previsione di un comportamento “specifico” per i lavoratori con disabilità. – 4. (segue) Accomodamenti ragionevoli nella fase funzionale e nella fase estintiva del rapporto di lavoro. – 5. Malattie croniche e lavoro “dignitoso”.

*Sinossi:* Il saggio esamina la tendenziale assimilabilità tra malattie croniche e disabilità a partire dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale e alla luce del recente decreto sulla disabilità n. 62/2024 e la conseguenziale applicazione delle tutele garantite ai lavoratori con disabilità, come un distinto computo del periodo di comportamento e gli accomodamenti ragionevoli, anche ai lavoratori con malattie croniche, al fine di garantire loro un lavoro “dignitoso” compatibile con le loro condizioni di salute.

*Abstract:* *The essay examines the tendency for assimilation between chronic diseases and disability starting from community and national jurisprudence and in the light of the recent decree on disability n. 62/2024 and the consequential application of the protections guaranteed to workers with disabilities, such as a different calculation of the sick leave period and reasonable accommodations, also to workers with chronic illnesses in order to guarantee them a “decent” work compatible with their health conditions.*

**Parole chiave:** Malattie croniche – Disabilità – Periodo di comportamento – Accomodamenti ragionevoli – Lavoro dignitoso

**Key words:** Chronic diseases – Disability – Sick-leave – Reasonable accommodations – “Decent” work

## 1. Premessa

*Senectus ipsa est morbus*. Sebbene, grazie al progresso scientifico, si registri un miglioramento delle condizioni di salute durante la vecchiaia, la citazione di Terenzio sintetizza l'inevitabile collegamento tra l'avanzare dell'età e il graduale sviluppo di malattie acute e croniche.

A ben vedere, la necessità di tutelare i lavoratori con patologie croniche è ormai una “questione sociale”<sup>1</sup>, in considerazione del progressivo invecchiamento della popolazione<sup>2</sup>, cui si associa un'aumentata vulnerabilità della salute, unito ad una prolungata permanenza nel mondo del lavoro, grazie al continuo innalzamento dell'età pensionabile. Questione che investe diversi profili che attengono all'impatto delle malattie croniche sul sistema di protezione sociale e sul rapporto di lavoro, in particolare, per quanto qui occorre, l'aumento dell'aspettativa di vita non sempre corrisponde ad un proporzionale aumento dei periodi di salute<sup>3</sup>. Infatti, la diffusione di malattie croniche impedisce al lavoratore che ne è affetto, per periodi prolungati, la prosecuzione dell'attività lavorativa e, sovente, al suo rientro al lavoro richiede “accomodamenti ragionevoli” per conciliare la nuova condizione di salute con la prestazione lavorativa.

Il passaggio dalla società dell'invecchiamento a quella della longevità lascia emergere forti disuguaglianze nelle condizioni di salute che la nuova definizione di disabilità europea – non più centrata sull'aspetto meramente medico di “menomazioni” bensì riletta secondo il modello bio-psico sociale dal contenuto relativo o “relazionale” – consente di colmare grazie all'ampliamento del fulcro della tutela antidiscriminatoria a favore dei lavoratori affetti da patologie croniche tendenzialmente ricompresi, come si dirà più avanti, all'interno di tale definizione.

Ne è testimonianza l'acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale in merito al periodo di comportamento delle assenze per disabilità “di fatto” riconducibili a malattie croniche che ha coinvolto proprio i profili della strategia antidiscriminatoria. In particolare, per quanto

<sup>1</sup> D. GAROFALO, *La risoluzione del rapporto di lavoro per malattia*, in *DRI*, 2023, 2, 376; DE FALCO, *Licenziamento per superamento del comportamento e discriminazione indiretta del lavoratore disabile: un tema di giustizia sociale*, in *Bollettino Adapt*, 20 febbraio 2023, n. 7; BERNARDINI, *Disabilità, giustizia, diritto*, Giappichelli, 2016, 41.

<sup>2</sup> Sul tema dell'invecchiamento demografico e l'impatto sul mercato del lavoro, LUDOVICO, *Dalla società dell'invecchiamento alla società della longevità*, in *LDE*, 2025, 1; PASCUCI, *Longevity economy e invecchiamento nel contesto lavorativo*, in *LDE*, 1, 2025; MARAZZA, *Lavoro, longevità e nuove dimensioni della prevenzione nell'approccio “total worker health”*, in *DSL*, 2024, 127 ss.; BATTISTI, *Fattore demografico e misure per il lavoro*, Giappichelli, 2024, 1 ss.; GAMBACCIANI, *Invecchiamento demografico e diritto del lavoro*, in *MGL*, 2020, 929; BOZZAO, *Longevità lavorativa e politiche di welfare: nuove sfide e prospettive*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 2022, 1-31; FILI, *Anziano/a*, in BROLO, BILOTTA, ZILLI, (a cura di), *Lessico della dignità*, Forum, 2021, 25 ss.; TIRABOSCHI, *Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, in *Adapt labour Studies, e-book series*, n. 27, 2014, 1-9.

<sup>3</sup> Come evidenziato da LUDOVICO, *Dalla società dell'invecchiamento alla società della longevità*, op. cit., 8-9, sulla durata dell'aspettativa di vita e la qualità della sopravvivenza «rilevano differenze particolarmente significative che derivano da diversi fattori di natura socioeconomica, come il livello del reddito e di istruzione, la qualità dell'occupazione, la zona geografica di residenza e le abitudini di vita».

attiene all'obbligo positivo in capo al datore di lavoro di adottare soluzioni o "accomodamenti ragionevoli" della organizzazione aziendale, ricomprendendo in tale strumento di tutela anche l'obbligo per il datore di lavoro di applicare un differente conteggio (se non addirittura lo scomputo)<sup>4</sup> delle assenze ai fini del calcolo del periodo di comportamento o, ancora, l'obbligo di comunicare preventivamente all'interessato l'approssimarsi della scadenza del periodo di comportamento<sup>5</sup>, anche in assenza di specifiche previsioni contrattuali, allo scopo di pervenire ad un prolungamento dello stesso, attraverso la fruizione di ferie residue o la richiesta di un'aspettativa non retribuita (ove prevista dal contratto collettivo).

## 2. Malattie croniche e disabilità

Rinviando l'analisi di tali posizioni ai paragrafi successivi, appare, innanzitutto, necessario stabilire cosa si intenda per malattia cronica<sup>6</sup>, visto che non esiste un concetto chiaro a livello giuridico. Le principali definizioni utilizzate in ambito europeo sono quelle fornite dall'*Organizzazione Mondiale della Sanità* (OMS) e dall'*European Health Interview survey* (EHIS). La prima definisce le malattie croniche come quelle patologie non trasmissibili da una persona all'altra che presentano le caratteristiche di lunga durata e generalmente una lenta progressione. Secondo la definizione dell'EHIS, invece, le malattie croniche sono riconducibili a patologie di lunga durata oppure a quei problemi di salute che durano o che si prevede che durino per almeno sei mesi. In entrambe le definizioni si pone l'attenzione in particolare sul concetto della "lunga durata" di queste patologie che, nella

<sup>4</sup> Si condivide l'opinione di CRISTOFOLINI, *Licenziamento per superamento del periodo di comportamento e divieto di discriminazione per disabilità*, in *IG*, 2022, 12, 1133 che con lo scomputo delle assenze si finirebbe per imporre al datore di lavoro di mantenere in organico un lavoratore impossibilitato a svolgere la prestazione per un tempo sostanzialmente indefinito.

<sup>5</sup> Condivisibilmente, D. GAROFALO, *La risoluzione del rapporto di lavoro per malattia*, cit., 375, «non si ravvisa in capo al datore alcun obbligo di rendicontazione»; MARESCA, *Disabilità e licenziamento per superamento del periodo di comportamento*, in *LDE*, 2, 2024, 10, ritiene che informare il disabile del diritto a richiedere l'aspettativa prevista dal Ccnl non sia conforme alla nozione legale di accomodamento ragionevole in quanto, «in questi casi, il disabile è, al pari degli altri dipendenti, titolare di un diritto al cui esercizio non è di ostacolo la disabilità». In giurisprudenza, da ultimo, Cass. 8 agosto 2024, n. 22455, in *Labor*, 9 marzo 2024, con nota di ZAMPIERI, *Comporto e affidamento incolpevole: quando sussiste l'onere di comunicare l'approssimarsi della scadenza del comporto*; Cass. 15 maggio 2024, n. 13491 in *Labor*, 28 agosto 2024 con nota di GRIVET FETÀ, *L'obbligo del datore di lavoro di comunicare l'imminente superamento del periodo di comporto, tra contrattazione collettiva, doveri di buona fede ed elemento costitutivo della fattispecie di licenziamento*.

<sup>6</sup> *Amplius*, TIRABOSCHI, *Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, in *Adapt Labour Studies*, 2014, e-Book series n. 27, 1-9; Id., *Salute e lavoro: un binomio da ripensare. Questioni giuridiche e profili di relazioni industriali*, in *DRI*, 2023, 229-276; VARVA (a cura di), *Malattie croniche e lavoro. Una prima rassegna ragionata della letteratura di riferimento*, in *Adapt Labour Studies*, 2014, e-Book series n. 27; Id., *Malattie croniche e lavoro tra normativa e prassi*, in *RIDL*, 2018, 1, 112; FERNANDEZ MARTINEZ, *L'evoluzione del concetto giuridico di disabilità: verso un'inclusione delle malattie croniche?* in *DRI*, 2017, I, 74 e ss.; LEVI, *Sostenibilità del lavoro e tutela della salute in senso dinamico: la prospettiva privilegiata delle malattie croniche*, in *DRI*, 2023, 277; DAGNINO, *La tutela del lavoratore malato cronico tra diritto vivente e (mancate) risposte di sistema*, in *DRI*, 2023, 334-356; CARCHIO, *Rischi e tutele nel reinserimento lavorativo delle persone con malattie croniche e trapiantate: prime riflessioni alla luce del d.lgs. n. 62/2024*, in *DSL*, 2024, 2, 162 ss.; sia consentito rinviare anche a DELLA ROCCA, *La malattia del lavoratore subordinato tra vecchie e nuove tutele*, Giappichelli, 2024, 14.

maggior parte dei casi, durano gran parte della vita di chi ne soffre. L'Istituto Superiore di Sanità le definisce «un ampio gruppo di malattie, che comprende le cardiopatie, l'ictus, il cancro, il diabete e le malattie respiratorie croniche, le malattie mentali, i disturbi muscolo-scheletrici e dell'apparato gastrointestinale, i difetti della vista e dell'udito, le malattie genetiche, con un lungo decorso che possono essere anche particolarmente invalidanti»<sup>7</sup>. In generale con malattie croniche ci si riferisce «ad alterazioni patologiche non reversibili che richiedono una speciale riabilitazione e un lungo periodo di supervisione, osservazione, cura»; in via esemplificativa: malattie cardiovascolari e respiratorie, disordini muscolo-scheletrici, Hiv/Aids, sclerosi multipla, numerose tipologie di tumori, diabete, obesità, epilessia, depressione e altri disturbi mentali<sup>8</sup>. Le malattie croniche possono essere causa di disabilità temporanee o permanenti più o meno gravi, ma caratterizzate da una condizione instabile, evolutiva in senso positivo o spesso negativo. Nel caso di neoplasie maligne, vi può essere una “disabilità oncologica” intesa come uno stato di diminuita capacità psico-fisica che crea ostacoli al normale svolgimento delle attività quotidiane a causa degli esiti della patologia tumorale sui diversi organi e apparati o anche a causa degli effetti collaterali delle terapie antineoplastiche<sup>9</sup>. Un altro esempio è la sclerosi multipla che col progredire dei sintomi può comportare disabilità intesa come limitazione alla piena ed efficace partecipazione alla società su una base di parità con gli altri<sup>10</sup>.

La possibilità di legare le malattie croniche al concetto di disabilità (ai fini dell'applicazione della tutela antidiscriminatoria prevista nella Dir. 2000/78/CE, recepita in Italia con il d.lgs. n. 216 del 2003) ha trovato impulso nel dibattito europeo e in particolare in quelle pronunce con cui la Corte di Giustizia ha mutato la propria originaria posizione, passando dalla adozione di un modello biomedico o individuale di disabilità, in cui disabilità e malattia erano nettamente distinte e l'*handicap* era fondato sulla nozione di “menomazione” in senso stretto, ad un approccio bio-psico-sociale<sup>11</sup>, dal contenuto relazionale, in cui si

<sup>7</sup> Vedi <https://www.epicentro.iss.it/croniche/>.

<sup>8</sup> TIRABOSCHI, *Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, cit., 2.

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *Disabilità oncologica. Accomodamenti ragionevoli e flessibilità per il lavoratore malato di cancro: la giusta via per la reale inclusione lavorativa*, in *Adapt labour studies*, e-Book series n. 64, 2017, 121.

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *Sclerosi multipla e disabilità: il lavoro agile come misura di “accomodamento ragionevole”?* in *Adapt labour studies*, e-Book series n. 64, 2017, 129.

<sup>11</sup> La C. giust. ha nel tempo cambiato la sua posizione sul concetto di disabilità a partire dalla sentenza *Chacon Navas*, (11 luglio 2006, causa C-13/05) che, basandosi su un modello c.d. biomedico esclude la possibilità di assimilare i due concetti, fino alle sentenze *HK Danmark* (11 aprile 2013, cause C-335/11 e C-337/11), *Kaltoft* (18 dicembre 2014, causa C-354/13) *Daouidi* (1 dicembre 2016, causa C-395/2015) e *Ruiz Conejero*, (18 gennaio 2018, causa C-270/16) in cui, avvalendosi di un modello c.d. bio-psico-sociale, tendono ad equiparare le malattie con limitazioni a lungo termine con la disabilità. Per una ricostruzione sistematica del concetto giuridico di disabilità attraverso la posizione della Corte di Giustizia si rinvia a FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *L'evoluzione del concetto di disabilità: verso un'inclusione delle malattie croniche?*, cit.; PASTORE, *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *RDSS*, 2016, 1, 209; CHIAROMONTE, *L'inclusione sociale dei lavoratori disabili fra diritto dell'Unione europea e orientamenti della Corte di giustizia*, in *VTDL*, 2020, 4, 897 e ss.; NUNIN, *Disabilità, lavoro e principi di tutela nell'ordinamento internazionale*, in *VTDL*, 2020, 4, 879 e ss.; MARINO, *Il diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza delle Corti*, in *LD*, 2021, II, 399 ss.; LAMBERTUCCI, *Disabilità e discriminazione tra diritto*

pone in rilievo la condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile, qualora tale malattia comporti una limitazione di lunga durata, risultante da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita socio-professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori.

La tendenziale omologazione tra malattie croniche e disabilità ha trovato poi ausilio nella nozione di disabilità offerta dall'art. 1 della Convenzione ONU sui diritti con le persone con disabilità (ratificata e resa esecutiva con la legge n. 18 del 2009), secondo cui la disabilità è «una limitazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche *durature* che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori». Una definizione mutevole e in evoluzione, in cui l'origine di tali menomazioni non rileva: che sia a causa di traumi o per patologie croniche, curabili o incurabili, il punto rilevante è che ostacolino in maniera *duratura* la vita sociale/professionale di chi ne è colpito.

Tali impostazioni hanno condotto a sfumare i confini tra malattia cronica e disabilità e, sebbene i due concetti non siano (sempre) sovrapponibili<sup>12</sup>, ormai la giurisprudenza tende ad includere nella nozione di disabilità qualsiasi condizione patologica duratura che derivi da *deficit* fisici, psichici o intellettivi, purché comporti una duratura limitazione nella vita professionale. Nel nostro ordinamento solo con l'emanazione del d.lgs. 3 maggio 2024, n. 62<sup>13</sup>, terzo decreto attuativo della legge delega in materia di disabilità n. 227/2021<sup>14</sup>, viene recepita la definizione di disabilità euro-unitaria (all'art. 2, comma 1, lett. a) intesa quale risultato dell'interazione tra la persona con «durature compromissioni fisiche, mentali, intellettive, del neurosviluppo o sensoriali» e le barriere di diversa natura che impediscono o limitano la sua partecipazione nei diversi contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri – su-

---

*comunitario e diritto interno*, in *DML*, 2020, 33.

<sup>12</sup> MARESCA, *Disabilità e licenziamento per superamento del periodo di comporta*, cit., 6; DELLA ROCCA, *La malattia del lavoratore subordinato tra vecchie e nuove tutele*, cit., 69-70. Secondo Cass. 28 ottobre 2021, n. 30478, alla stregua della sentenza della C. giust. *Chacon Navas*, (11 luglio 2006, causa C-13/05) (ormai superata dalle successive, ndr), «*bandicap* (permanente) e malattia (temporanea) non appaiono concetti fra loro assimilabili».

<sup>13</sup> L'art. 40 del decreto dispone che il provvedimento entra in vigore il 30 giugno 2024, fatta eccezione per talune disposizioni (come il procedimento di valutazione previsto agli artt. 5-6-7) che si applicheranno a decorrere dal 1° gennaio 2025 in via sperimentale (*ex art. 33 del decreto*) in 9 province, ora esteso ad altre 11, con definitiva piena applicazione dal 1° gennaio 2027 (come da comunicato stampa dell'Inps del 21 febbraio 2025).

<sup>14</sup> La legge delega 22 dicembre 2021 n. 227 in materia di disabilità ha previsto l'adozione di più decreti legislativi per la revisione e il riordino delle disposizioni vigenti in materia di disabilità. Il primo, d.lgs. 13 dicembre 2023, n. 222, concerne la riqualificazione dei servizi pubblici in materia di inclusione e accessibilità da parte dei soggetti con disabilità; il secondo, d.lgs. 5 febbraio 2024, n. 20, reca l'istituzione dell'Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità, la cui operatività è prevista dal 1° gennaio 2025. Per una prima analisi, DAGNINO, *La tutela del lavoratore malato cronico tra diritto vivente e (mancate) risposte di sistema*, in *DRI*, 2023, 350; DE FALCO, *Ragionando attorno alla legge delega in materia di disabilità: una prospettiva giuslavoristica*, in *RCP*, 2022, 5, 1738 ss.; ELMO, *Condizione di disabilità e stato di salute del lavoratore alla luce del decreto legislativo n. 62 del 2024*, in *DSL*, 2025, 1, 58.

perando in tal modo il “disallineamento”<sup>15</sup> tra normativa europea e internazionale (Dir. 2000/78/CE artt. 1 e 5, Convenzione ONU del 2006), da un lato, e disciplina nazionale (l. 104 del 1992, l. n. 68 del 1999, d.lgs. n. 216 del 2003, l. n. 18 del 2009), dall’altro.

Tuttavia, a differenza della nozione di disabilità europea, ove non occorre alcun riconoscimento ufficiale o istituzionale, il d.lgs. n. 62/2024 non prescinde da un accertamento di tale condizione (affidato in via esclusiva all’Inps dal 1° gennaio 2027) che viene svolto attraverso un duplice procedimento di valutazione: il primo, prevede una “valutazione di base” attivabile solo tramite un certificato medico introduttivo. Tale procedimento unifica meritoriamente il processo dell’accertamento dell’invalidità civile, della cecità civile, della sordocecità e degli elementi utili alla definizione della condizione di non autosufficienza, andando a coprire quindi ogni diversa tipologia di disabilità. Ad esso seguirà un “procedimento di valutazione multidimensionale”, basato sul modello bio-psico-sociale, in *collaborazione* con la stessa persona con disabilità, finalizzato alla predisposizione del progetto di vita per l’inclusione. Tale progetto dovrà comprendere i servizi, interventi e misure nelle aree di apprendimento specificate (apprendimento, socialità ed affettività; formazione, lavoro; casa e habitat sociale), nonché gli accomodamenti ragionevoli, espressamente previsti all’art. 17 del d.lgs. n. 62/2024.

Va evidenziato, inoltre, che per la valutazione di base l’art. 11 prevede l’adozione della classificazione internazionale delle malattie (ICD) dell’Organizzazione mondiale della sanità e della classificazione internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute (ICF)<sup>16</sup>. La disabilità nell’ICF si svincola dal concetto prettamente medico e diventa un concetto relazionale e multidimensionale che tiene conto dei fattori ambientali e personali in un’ottica biopsicosociale, in cui è l’intera persona e il suo benessere complessivo che viene preso in considerazione, individuando così gli ostacoli da rimuovere e gli interventi da realizzare affinché possa vivere un’esistenza attiva e dignitosa. L’utilizzo congiunto tra il modello medico e il modello sociale comporta un approccio integrato alla disabilità e fornisce un quadro più ampio e significativo della salute delle persone che porterà, verosimilmente, a ricomprendere gran parte delle malattie croniche all’interno del concetto di disabilità.

<sup>15</sup> D. GAROFALO, *La risoluzione del rapporto di lavoro per malattia*, cit., 403. Sul punto si rinvia a DELLA ROCCA, *La malattia del lavoratore subordinato*, cit., 21-22 ed *ivi* per riferimenti.

<sup>16</sup> La sostanziale differenza tra l’ICD-10 e l’ICF è che il primo codifica le condizioni di salute, quindi la malattia; il secondo descrive il funzionamento della persona contemplandone anche i fattori esterni. Su tale classificazione, BRUZZONE, *La salute in un mondo del lavoro dalle coordinate sempre più incerte*, in BRUZZONE (a cura di), *Salute e persona nella formazione, nel lavoro e nel welfare. Multidisciplinarietà e logistiche condivise*, Adapt University Press, 2017, 4; LEONARDI, SCARATTI, *Persone con malattie croniche nel mondo del lavoro in Europa e modello biopsicosociale. Il progetto PATHWAYS*, in *Adapt labour studies*, e-Book series n. 64, 2017, 96-108.

### 3. Tutela antidiscriminatoria e previsione di un comportamento “specifico” per i lavoratori con disabilità

Alla luce delle considerazioni che precedono, appare evidente come il periodo di comportamento, per il difficile ruolo svolto quale strumento di contemperamento di opposti interessi – quello del lavoratore di disporre di un congruo periodo di tempo per curarsi senza perdere i mezzi di sostentamento e quello del datore di lavoro all’effettiva esecuzione della prestazione lavorativa – sia diventato oggetto di un animato dibattito, tanto da suscitare interrogativi sull’attualità della risalente formulazione che lo prevede, l’art. 2110 c.c.<sup>17</sup>. Un ruolo che la diffusione delle malattie croniche ha reso ancora più complesso per il delicato bilanciamento tra diritti o tra valori confliggenti ad esso sottesi: il diritto fondamentale alla salute *ex art. 32 Cost.* e la libertà d’iniziativa economica privata *ex art. 41 Cost.*, con una tendenziale prevalenza del primo sul secondo<sup>18</sup>.

A ben vedere, in presenza di una contrattazione collettiva disomogenea, la giurisprudenza maggioritaria, sotto la spinta della tutela antidiscriminatoria, ha teso ad assimilare molte malattie croniche alla disabilità “di fatto”<sup>19</sup>, trasmutando il criterio, apparentemente neutro, dell’identico periodo di comportamento tra lavoratori con disabilità e non in una prassi discriminatoria nei confronti di soggetti in posizione di particolare svantaggio. In questa prospettiva, il licenziamento del lavoratore con disabilità comminato in ragione del superamento di un periodo di comportamento di uguale durata rispetto a quello dei lavoratori non disabili sarebbe nullo in quanto discriminatorio, con conseguente applicazione del primo comma

<sup>17</sup> D. GAROFALO, *La risoluzione del rapporto di lavoro per malattia*, cit., 357, secondo il quale bisogna «chiedersi se questa disposizione sia tutt’ora compatibile con una realtà ben diversa da quella in cui la norma venne introdotta».

<sup>18</sup> *Ex plurimis*, Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12568 pur sostenendo che «il valore della tutela della salute è prioritario all’interno dell’ordinamento – atteso che l’art. 32 Cost. lo definisce come “fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività”» ha precisato che il periodo di comportamento rappresenta «un punto di equilibrio fra l’interesse del lavoratore a disporre di un congruo periodo di assenze per ristabilirsi a seguito di malattia o infortunio e quello del datore di lavoro di non doversi fare carico a tempo indefinito del contraccolpo che tali assenze cagionano all’organizzazione aziendale». Nello stesso senso, da ultimo, Cass. 28 luglio 2022, n. 23674.

<sup>19</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a DELLA ROCCA, *Determinazione del periodo di comportamento del disabile “di fatto”: contrattazione collettiva carente e giurisprudenza allo sbaraglio*, in *RIDL*, 1, 2024, 127-155. Per i casi di malattie gravi, di lunga durata, invalidanti ricondotte al concetto di disabilità cfr. lobectomia per neoplasia maligna al polmone (Trib. Roma 3 dicembre 2024, n. 12377); carcinoma alla mammella (Cass. 5 giugno 2024, n. 15723), doppia neoplasia linfoproliferativa cronica (Cass. 2 maggio 2024, n. 11731), fibromialgia muscolo tensiva e l’obesità (Tribunale di Roma 18 dicembre 2023, n. 124423), gonalgia bilaterale (Trib. Rovereto 30 novembre 2023 n. 44), diabete mellito di tipo 2 (App. Trento, 6 luglio 2023, n. 8), la sclerosi multipla degenerativa (App. Napoli 17 gennaio 2023, n. 168 e App. Palermo 15 febbraio 2022), la coxartrosi (App. Milano 9 dicembre 2022, n. 1128); sarcoidosi (Trib. Lecco 26 giugno 2022), una miastenia *gravis* (Trib. Milano 18 maggio 2022), un flebolinfodenoema all’arto inferiore destro (Trib. Milano, 2 maggio 2022, in *www.wikilabour.it*), un mieloma (Trib. Milano, 16 agosto 2022, n. 1938); il diabete mellito di tipo 2 (App. Genova, 21 luglio 2021, n. 211); la paresi del radiale sinistro con ipoplasia muscolare arto superiore sinistro (Trib. Santa Maria Capua Vetere, 11 agosto 2019, in *DeJure*), malattie mentali (Trib. Milano 24 settembre 2018), il disturbo della personalità schizoide (Trib. Pavia 31 ottobre 2020), un’ipertensione arteriosa (App. Genova 21 luglio 2020 e Trib. Pavia 16 marzo 2021, n. 876), oppure malattie oncologiche (Trib. Mantova 22 settembre 2021) come un craniofaringioma (Trib. Mantova 16 luglio 2018, n. 1060), un adenoma alla prostata (App. Torino 26 ottobre 2021); una doppia neoplasia linfoproliferativa (App. Firenze, 26 ottobre 2021).

dell'art. 18 St. Lav. (nella versione aggiornata della l. 92/2012) nonché dell'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015.

L'orientamento prevalente<sup>20</sup>, inaugurato con la sentenza della Cassazione n. 9095 del 2023 con un'evidente finalità nomofilattica, ritiene infatti che costituisce discriminazione indiretta, ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. b) della Dir. 2000/78/CE, applicare il medesimo periodo di comportamento dei lavoratori non disabili ai lavoratori disabili, in quanto quest'ultimi sarebbero statisticamente più esposti al "rischio di maggiore morbilità" e quindi buona parte delle loro assenze potrebbero proprio essere conseguenti a malattie connesse allo stato di disabilità. Pertanto, eventuali norme di un contratto collettivo che prevedano un unico e indifferenziato periodo di comportamento, senza distinzioni tra disabili e non, sarebbero nulle. Le parti collettive più sensibili alla problematica delle malattie croniche sono intervenute, seppur in maniera frammentaria, introducendo dei correttivi alla durata *standard* del periodo di comportamento in ragione della "gravità" o "particolarità" delle patologie, senza collegarlo (salvo rari casi) esplicitamente alla condizione della disabilità<sup>21</sup>. Infatti, alcuni contratti collettivi talvolta introducono un termine di comportamento prolungato per i lavoratori affetti da "gravi" patologie croniche, in particolare malattie oncologiche o neurodegenerative, "effetti invalidanti temporanei o permanenti", altri escludono dal computo le assenze legate alle terapie salvavita e assimilabili *day hospital*<sup>22</sup> o ricoveri, oppure specificano solo alcune patologie (per es. la sclerosi multipla, ictus, Aids conclamato) e non altre.

<sup>20</sup> Cass. 24 aprile 2025, n. 10890; Cass. 7 gennaio 2025, n. 170, in *Labor*, 15 febbraio 2025, con nota di DELLA ROCCA, *Ancora sul periodo di comportamento dei lavoratori con disabilità: questioni aperte in attesa di una contrattazione collettiva specifica*; Cass. 21 novembre 2024, n. 30095; Cass. 6 settembre 2024, n. 24052; Cass. 5 giugno 2024, n. 15723; Cass. 31 maggio 2024, n. 15282; Cass. 23 maggio 2024, n. 14402 con nota di BUOSO, *Conferme sull'auspicata differenziazione collettiva del periodo del disabile e sull'"ineludibile" interlocuzione alla base degli accomodamenti ragionevoli*; Cass. 22 maggio 2024, n. 14316 e Cass. 2 maggio 2024, n. 11731 entrambe in *DRI*, 2024, 1171, annotate da LUCIANI, *Il comportamento nel licenziamento del disabile "europeo" tra tutela antidiscriminatoria e accorgimenti ragionevoli*; Cass. 21 dicembre 2023, n. 35747, in *Labor*, 22 febbraio 2024, annotata da SALVAGNI, *Malattia collegata all'handicap, discriminazione indiretta e nullità del licenziamento del disabile per superamento del periodo*; Cass. 31 marzo 2023, n. 566 con nota di DIANA, *Il superamento del periodo di comportamento e la discriminazione indiretta del lavoratore disabile: spunti interpretativi ed ipotesi alternative*, in *LPO News*, 22 gennaio 2024; Cass. 31 marzo 2023, n. 9095 in *RIDL*, 2023, II, 254 con nota di DONINI, *L'applicazione indistinta del periodo è discriminatoria se la malattia è riconducibile a disabilità*; e in *DRI*, 2023, 515 con nota di CANEVE, *Lavoratori con patologie croniche e conservazione del posto di lavoro: le soluzioni presenti nella contrattazione collettiva*. Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali SALVAGNI, *Il "prisma" delle soluzioni giurisprudenziali in tema di licenziamento del disabile per superamento del periodo: discriminazione indiretta, clausole contrattuali nulle, onere della prova e accomodamenti ragionevoli*, in *LPO*, 2023, 3-4, 215-242; VARVA, *Discriminazione per handicap e comportamento adeguato ai lavoratori con disabilità: questioni emergenti dalla recente giurisprudenza*, *RIDL*, 2023, 4, 531 ss.; DAGNINO, *Comporto, disabilità e disclosure: note a margine di una querelle giurisprudenziale*, in *ADL*, 2023, 1, II, 241-245; DE MOZZI, *Il licenziamento del lavoratore disabile*, in DEL PUNTA, GOTTARDI, NUNIN, TIRABOSCHI, *Salute e benessere dei lavoratori: profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, Adapt University Press, 2020, 3-4.

<sup>21</sup> Per un'analisi sui principali contratti collettivi, ALIFANO, *Discriminazione per disabilità, comporto e contrattazione collettiva*, in *Adapt WP*, n. 7/2024; VARVA, (a cura di), *Malattie croniche e lavoro. Una prima rassegna ragionata della letteratura di riferimento*, in *Adapt labour Studies*, 2014, e-Book series n. 27; STEFANOVICHJ, *Disabilità e non autosufficienza nella contrattazione collettiva. Il caso italiano nella prospettiva della Strategia europea sulla disabilità 2010-2020*, in *Adapt Labour Studies*, n. 33, 2014, 21.

<sup>22</sup> Cass. 6 giugno 2024, n. 15845 ribadisce che il *day hospital* non rientra nel calcolo del periodo di comporto.

A riguardo, un recente arresto giurisprudenziale<sup>23</sup> ha sottolineato che la contrattazione collettiva, per sottrarsi al rischio di trattamenti discriminatori a danno dei lavoratori con disabilità, deve disciplinare in modo “esplicito” la posizione di particolare svantaggio del disabile, poiché anche una patologia non grave ma in *nesso causale* diretto ed immediato con la disabilità, richiede una particolare protezione. Pertanto, secondo i giudici, non è sufficiente ad elidere il suddetto rischio una disciplina negoziale che tenga conto solo del profilo oggettivo dell’astratta gravità o particolarità delle patologie, senza valorizzare anche l’aspetto soggettivo della disabilità. Una tale previsione andrebbe a ricomprendere la moltitudine e varietà di patologie croniche sottese alla disabilità, superando così la necessaria elencazione che, per quanto esaustiva, rischierebbe sempre di non contemplare qualche patologia più rara con ulteriore rischio di discriminazione diretta.

Una questione centrale tuttavia risiede nella conoscenza o conoscibilità dello *status* di disabilità<sup>24</sup> in quanto, secondo i giudici, non rileva che a monte la disabilità non sia stata accertata e riconosciuta ai sensi della l. n. 104/1992 o della l. n. 68/1999 (come modificate dal d.lgs. n. 62 del 2024), mediante un procedimento unitario di valutazione affidato all’Inps, o, ancora, non rientri nelle varie definizioni di inidoneità o inabilità dettate da discipline settoriali di diritto interno, essendo sufficiente che venga acclarata anche *ex post* attraverso le certificazioni mediche prodotte dal lavoratore in sede giudiziale, che includono anche quelle con la diagnosi, non a conoscenza del datore di lavoro. In tal caso, la tutela del lavoratore con disabilità viene assicurata solo dal contenzioso giudiziale mentre l’effettiva realizzazione della parità di trattamento impone che la posizione di svantaggio di tali lavoratori venga protetta durante il rapporto e questo richiede che il datore di lavoro sia al corrente della condizione di disabilità del proprio dipendente per effettuare un corretto calcolo delle assenze per malattia (qualora vi sia un nesso causale) ed approntare gli eventuali accomodamenti ragionevoli necessari, caso per caso, che tengano conto delle specifiche esigenze di tutela del lavoratore.

Autorevole dottrina<sup>25</sup> già nel 1979 sottolineava che «il datore di lavoro debba essere informato per intero sul risultato dell’accertamento sanitario» in quanto, tra l’altro, non cono-

<sup>23</sup> Cass. 7 gennaio 2025, n. 170, cit.; Cass. 6 settembre 2024, n. 24052; Cass. 23 maggio 2024, n. 14402 cit.

<sup>24</sup> Sul tema della conoscenza o conoscibilità dello *status* di disabilità, CHIES, *Il licenziamento della persona con disabilità per superamento del comportamento. Riflessioni civilistiche in tema di conoscenza della condizione di disabilità*, in *DRI*, 2024, 299; LUCIANI, *Il comportamento nel licenziamento del disabile “europeo” tra tutela antidiscriminatoria e accorgimenti ragionevoli*, cit., 1175; SALVAGNI, *Il licenziamento del lavoratore disabile per superamento del comportamento nella interpretazione della Cassazione: la conoscenza del fattore di rischio e “l’onere di fronte” a carico delle parti per applicare l’accomodamento ragionevole*, in *Labor*, 2 novembre 2024; FRANZA, *Quando l’effettività genera paradossi. Sull’esclusione del periodo di comportamento della malattia imputabile a disabilità*, in *IG*, 2022, 65; AVANZI, *Il licenziamento discriminatorio per superamento del “comporto”: la nozione di handicap e la “conoscenza” del datore di lavoro*, in *Labor*, 27 giugno 2022; PASCARELLA, *L’applicazione di un termine di comportamento indifferenziato per superamento periodo di comportamento del lavoratore disabile. L’applicazione di un termine indifferenziato*, in *LDE*, 2024, 2, 6-11; NARDELLI, *Il difficile bilanciamento tra tutela della disabilità e della privacy*, in *VTDL*, 2023, 4, 1066; sia consentito rinviare anche a DELLA ROCCA, *La malattia del lavoratore subordinato tra vecchie e nuove tutele*, cit., 136 ss.

<sup>25</sup> ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1979, 93-96.

scere la diagnosi lo esporrebbe «al rischio di adottare nei confronti del lavoratore provvedimenti che poi verranno annullati dal giudice (al quale comunque dovrà essere noto per intero il risultato dell'accertamento)». Orientamento, tra l'altro, già applicato a determinati fini<sup>26</sup> nella Pubblica Amministrazione dove per conseguire dei benefici *ad hoc*, la Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 2 del 28/09/2010 rileva che «esistono però alcune situazioni particolari in cui il datore ha necessità di conoscere la diagnosi». In queste situazioni l'amministrazione è tenuta ad applicare il regime generale a meno che non abbia la documentazione che consenta di derogarvi ed è innanzitutto interesse del dipendente che si assenta che l'amministrazione abbia tutti gli atti necessari per applicare in maniera corretta la normativa di riferimento.

Tuttavia, le informazioni sullo stato di malattia rientrano nelle “particolari categorie” di dati personali relativi alla salute (*ex* dati “sensibili”) di cui all'art. 9 del Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR)<sup>27</sup>, il cui trattamento è oggetto di divieto posto dal paragrafo 1 del citato art. 9 del GDPR, salvo, tra le altre ipotesi, che l'interessato non abbia prestato il proprio consenso esplicito al trattamento per una o più finalità specifiche.

Pertanto, il datore di lavoro, non potendo essere edotto della patologia causa dell'assenza del lavoratore - in quanto nell'attestato di malattia viene generalmente segnata solo la prognosi, mentre la diagnosi è indicata nel certificato medico diretto all'INPS - si trova esposto al rischio di vedersi “convertire” un licenziamento per superamento del comporto in un licenziamento discriminatorio con conseguente nullità (e applicazione della tutela reale “forte”).

Come è noto, la discriminazione opera in modo oggettivo in ragione del mero rilievo del trattamento peggiore per il lavoratore con disabilità; tuttavia, prima di imputare al datore di lavoro una responsabilità oggettiva per una condizione che potrebbe non essere nota durante il rapporto, e quindi fondata su fatti conoscibili ed accertabili solo *ex post*, appare necessario distinguere due ipotesi di disabilità: un conto è la disabilità certificata, altro la disabilità “di fatto”.

Nel caso di disabilità già riconosciuta e certificata nelle sedi competenti, si può presumere che il datore di lavoro abbia colpevolmente ignorato la disabilità del proprio dipendente,

<sup>26</sup> Ciò accade nelle ipotesi di esenzione dalla decurtazione della retribuzione e dal regime della reperibilità ai fini della visita fiscale.

<sup>27</sup> Sulla tutela della *privacy* nel rapporto di lavoro, ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, op.cit.; AIMO, *Il trattamento dei dati personali del lavoratore: la legge sulla privacy e lo Statuto dei lavoratori*, in *Contratto e impresa. Europa*, 1998, 3, 426 ss.; CHIECO, *Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento di dati personali del lavoratore*, Cacucci, 2000; BELLAVISTA, *Poteri dell'imprenditore e privacy*, in ZILIO GRANDI (a cura di), *I poteri del datore di lavoro nell'impresa*, Cedam, 2002, 41; PRETEROTI, *Raccolta di dati e pertinenza*, in *La protezione dei dati personali*, BIANCA, BUSNELLI (a cura di), in *Le nuove leggi commentate*, Cedam, 2007, 1443-1452; TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, 2013; DEL FEDERICO, *Il trattamento dei dati personali dei lavoratori e il Regolamento 2016/679/UE. Implicazioni e prospettive*, in TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, 61 ss.; C. PISANI, PROIA, TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2022; MAURO, *Profilazione dei lavoratori in malattia e tutela della privacy: la strada in salita per l'integrazione tra GDPR e normativa nazionale*, in *Bollettino Adapt*, n. 34, 8 ottobre 2018.

in quanto il lavoratore con disabilità o è stato assunto ai sensi della l. n. 68/1999 oppure ha acquisito, nel corso del rapporto, la certificazione ex l. n. 104/1992 (come modificati dal d.lgs. n. 62/2024). Tuttavia, considerato che il D.M. 18 aprile 2012 prevede la possibilità, nell'attestato di malattia diretto al datore di lavoro, di barrare la casella relativa allo "stato patologico *sotteso o connesso* alla situazione di invalidità riconosciuta," è onere del medico curante<sup>28</sup> che lo redige, a seguito della visita medica, barrare la relativa casella così da collegare la malattia alla disabilità, in presenza di un nesso causale che solo il medico può accertare, dando così modo al datore di lavoro di effettuare un corretto conteggio delle assenze.

Il tema diventa più delicato in presenza di una disabilità non certificata ma "di fatto" legata per lo più a patologie croniche. Infatti, per quanto attiene alla *privacy* rispetto alla malattia in genere vale quanto espresso da Cass. 31 ottobre 2018, n. 2367 secondo la quale «l'interpretazione delle norme preposte alla tutela della riservatezza, con particolare riferimento ai dati sensibili quali certamente sono quelli concernenti le condizioni di salute del dipendente malato, induce a ritenere che il datore di lavoro debba essere a conoscenza soltanto della conferma della prognosi da parte del medico fiscale e che, dunque, qualsiasi indicazione – anche concernente le visite specialistiche prescritte – dalla quale possa essere desunta la diagnosi, debba ritenersi contrastante con la normativa sulla tutela della *privacy*». Anche in tal caso, come è stato condivisibilmente affermato<sup>29</sup>, è il medico curante che dovrebbe indicare nell'attestato di malattia, col consenso del lavoratore, che si tratta genericamente di "malattia connessa a disabilità", senza necessità di diagnosi, così da rispettare la *privacy* del lavoratore in ordine alla patologia specifica di cui è affetto e consentire, allo stesso tempo, al datore di lavoro una corretta gestione delle assenze ai fini del calcolo del periodo di comporta.

#### **4. (segue) Accomodamenti ragionevoli nella fase funzionale e nella fase estintiva del rapporto di lavoro**

La problematica appena esposta assume rilevanza anche per quanto attiene all'obbligo per il datore di lavoro di effettuare accomodamenti ragionevoli<sup>30</sup> in presenza di una disabilità

<sup>28</sup> Il lavoratore malato ha un obbligo di giustificazione che adempie recandosi dal medico curante per la visita medica sarà poi onere del medico redigere l'attestato di malattia per il datore di lavoro (solo con prognosi) e il certificato di malattia (con diagnosi) da trasmettere all'Inps, mentre il lavoratore dovrà solo comunicare il numero di protocollo al proprio datore di lavoro affinché possa scaricarlo telematicamente, sul punto DELLA ROCCA, *La malattia del lavoratore subordinato tra vecchie e nuove tutele*, cit., 156 ss.

<sup>29</sup> MARESCA, *Disabilità e licenziamento per superamento del periodo di comporta*, cit., 7.

<sup>30</sup> Sul tema in generale D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *ADL*, 2019, 1226; D'ASCOLA, *Il ragionevole adattamento nell'ordinamento comunitario e in quello nazionale. Il dovere di predisporre adeguate misure organizzative quale limite al potere di recesso datoriale*, in *VTDL* 2022, 2, 185; BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, 82 e 107; MALZANI, *Soluzioni*

del proprio dipendente. Accomodamenti che contemplano un variegato ventaglio di interventi da plasmare in maniera “personalizzata” su ogni singolo lavoratore in condizione di disabilità in funzione delle esigenze delle situazioni concrete (ossia caso per caso) al fine di ridurre o eliminare le relative limitazioni nella vita professionale, col solo limite che ciò non richieda da parte del datore di lavoro un onere sproporzionato.

Come è noto, l’obbligo di accomodamenti ragionevoli rappresenta il perno attorno al quale ruota la nuova strategia antidiscriminatoria a livello sovranazionale e prende forma a partire dalla Dir. n. 2000/78/CE che, all’art. 5, prescrive la predisposizione di “soluzioni ragionevoli” per garantire la parità di trattamento dei disabili attraverso la rimozione degli ostacoli che impediscono la loro realizzazione e partecipazione alla vita sociale e lavorativa. Dopo la condanna della Corte di Giustizia<sup>31</sup>, l’art. 5, comma 3, della Dir. 2000/78/CE è stato recepito con l’art. 3, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 216/2003, che ha imposto ai datori (pubblici e privati) obblighi organizzativi e comportamentali di contenuto positivo consistenti nell’adozione di misure e adattamenti necessari ed “appropriati”, purché tali misure non impongano un “onere finanziario sproporzionato o eccessivo” rispetto alle dimensioni, alle risorse e allo “stato di salute” dell’impresa, stante le esigenze di continuità aziendale e di “mantenimento degli equilibri finanziari”<sup>32</sup>. Anche l’art. 2 della Convenzione ONU del 2006, nella ridefinizione della disabilità, ha espressamente ricompreso nella nozione di discriminazione fondata sulla disabilità il “rifiuto di adattamenti ragionevoli” da parte del datore di lavoro. Infine, l’art. 17 del d.lgs. n. 62 del 2024 ha aggiunto l’art. 5-*bis* alla legge n. 104/1992<sup>33</sup> con il quale introduce espressamente per i fruitori di tale ultima legge l’accomodamento ragionevole, rinviando all’art. 2 della Convenzione suddetta.

---

*ragionevoli ed effettività della tutela antidiscriminatoria del lavoratore disabile*, in *RGL*, 2017, 3, 475; CHIAROMONTE, *L’inclusione sociale dei lavoratori disabili fra diritto dell’Unione europea e orientamenti della Corte di giustizia*, in *VTDL*, 2020, 4, 897; LEVI, *Sostenibilità del lavoro e tutela della salute in senso dinamico: la prospettiva privilegiata delle malattie croniche*, cit., 282; TORSELLO, *I ragionevoli accomodamenti per il lavoratore disabile nella valutazione del Centro per l’impiego*, in *VTDL*, 2022, 2; SPINELLI, *La sfida degli “accomodamenti ragionevoli” per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in *DML*, 2017, 50; SALVAGNI, *Nozione eurounitaria di handicap, discriminazione indiretta e accomodamenti ragionevoli*, in *LDE*, 2, 2024; PACIFICO, *Accomodamenti ragionevoli per il lavoro delle persone con disabilità: innovazioni legislative e orientamenti giurisprudenziali*, in *DML*, 2024, 557; FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *L’inclusione lavorativa e gli “accomodamenti ragionevoli”: prime riflessioni*, in *Adapt labour studies, e-book series*, n. 64, 2017, 109-119.

<sup>31</sup> C. giust. 4 luglio 2013, C-312/11 in *RIDL*, 2013, 935. con nota di CINELLI, *Insufficiente per la Corte di giustizia la tutela che l’Italia assicura ai lavoratori disabili: una condanna realmente meritata?*.

<sup>32</sup> Cass. 23 febbraio 2021, n. 4896 in *LG*, 10, 2021, 93; Cass. 9 marzo 2021 n. 6497, in *ADL*, 2021, 4, II, 1055 con. nota di DE PRETIS, *L’obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli nei luoghi di lavoro: approdi definitivi della Suprema Corte e questioni ancora aperte*. Sul punto ALESSI, *Disabilità, accomodamenti ragionevoli e oneri probatori*, in *RIDL*, 2023, II, 617; AIMO, *Inidoneità sopravvenuta alla mansione e licenziamento: l’obbligo di accomodamenti ragionevoli preso sul serio dalla Cassazione*, in *RIDL*, 2019, II, 161-167; DE FALCO, *L’accomodamento per i lavoratori disabili: una proposta per misurare ragionevolezza e proporzionalità attraverso l’INAIL*, in *LDE*, 2021, 3.

<sup>33</sup> CANEVE, CUCCHISI, *Le novità introdotte dal d.lgs. n. 62/2024 in materia di accomodamenti ragionevoli e le loro implicazioni per il diritto del lavoro*, in *Boll. Adapt*, 3 luglio 2024, n. 3; PACIFICO, *Accomodamenti ragionevoli per il lavoro delle persone con disabilità: innovazioni legislative e orientamenti giurisprudenziali*, cit., 570.

Tuttavia, le condotte che il datore di lavoro è tenuto ad adottare non sono state “deliberatamente” tipizzate<sup>34</sup> ma sono oggetto di un elenco esemplificativo (al considerando 20 della Dir. 2000/78/CE)<sup>35</sup> che ricomprende una serie di tutele aggiuntive che operano in ogni fase del rapporto di lavoro<sup>36</sup>. È la giurisprudenza<sup>37</sup> a precisare che le modifiche e gli adeguamenti richiesti (volti all’inclusione e accessibilità) devono intendersi *lato sensu* organizzativi e riguardano interventi strutturali attivi sul luogo di lavoro (destinati all’eliminazione delle barriere di diversa natura che ostacolano la piena ed effettiva partecipazione dei disabili alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori) e modifiche organizzative che incidono sia nella fase funzionale del rapporto di lavoro – relative per lo più a modalità di lavoro flessibile – sia nella fase estintiva dello stesso, in riferimento ad un *repêchage* rafforzato in caso di inidoneità sopravvenuta alla prestazione che sia riconducibile allo *status* di disabilità<sup>38</sup>.

Per quanto attiene alla fase funzionale essi riguardano: la modulazione dei ritmi di lavoro grazie ad orari flessibili (per consentire tempi di recupero a causa delle ridotte capacità fisiche), la riduzione dei tempi di lavoro<sup>39</sup> anche con il *part-time*<sup>40</sup> (per conciliarli con quel-

<sup>34</sup> DE LUCA TAMAJO, *Le tecniche interpretative nel diritto del lavoro tra cognitivismo e bilanciamento “creativo”*, in *RIDL*, 2023, I, 483, «il legislatore, come accade sempre più spesso, ha deliberatamente scelto di trasporre nell’ordinamento interno la formula delle fonti sovranazionali, affidandosi ad una nozione a contenuto variabile, consapevole della difficoltà di una tipizzazione delle condotte prescrivibili e della necessità che sia conferito all’interprete il compito di individuare lo specifico contenuto dell’obbligo, guidato dalle circostanze del caso, ma anche dalla sua sensibilità culturale, ovviamente nei limiti della banda di oscillazione della “ragionevolezza”».

<sup>35</sup> L’elencazione ha carattere esemplificativo e la non tassatività è confermata dall’iscrizione alle soluzioni di cui all’art. 5 della Dir. 2000/78/CE di ulteriori provvedimenti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, v. C. gius. UE, sez. II, 11 aprile 2013, n. 335, *HK Danmark c. Dansk almennyttigt Boligselskab* (C-335/11) e *HK Danmark c. Dansk Arbejdgiverforening* (C-337/11), in *D&L*, 2013, 1-2, 42: «L’articolo 5 della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che la riduzione dell’orario di lavoro può costituire uno dei provvedimenti di adattamento di cui a tale articolo»; GUARISO, *Nota a Corte giustizia UE, sez. II, 11 aprile 2013, n. 335, C-335/11 e C-337/11*, in *D&L*, 1-2, 2013, 43 ss.

<sup>36</sup> Cass. 9 marzo 2021, n. 6497, cit.

<sup>37</sup> Cass. 9 marzo 2021, n. 6497, cit.; Cass. 21 maggio 2019, n. 13649; Cass. 19 marzo 2018, n. 6798; Trib. Lecco 9 febbraio 2023 in *DRI*, 2023, 4, 1057-1063 con nota di AMBROSIO, *Le soluzioni ragionevoli quali argomenti a favore della tutela antidiscriminatoria*; ALESSI, *Disabilità, accomodamenti ragionevoli e oneri probatori*, cit., 617; DE FALCO, *L’accomodamento per i lavoratori disabili: una proposta per misurare ragionevolezza e proporzionalità attraverso l’INAIL*, in *LDE*, 2021, 3.

<sup>38</sup> La Corte di Giustizia si è espressa a riguardo più volte: C. giust. 10 febbraio 2022, C- 485/20; C. giust. 18 gennaio 2024, C-631/22. Da ultimo v. Corte d’Appello di Venezia, n. 55/2024.

<sup>39</sup> Nella sentenza *HK Danmark* (11 aprile 2013, cause C-335/11 e C-337/11) la Corte di giustizia si sofferma sulla nozione di “accomodamento ragionevole”, tra cui fa rientrare la riduzione dell’orario di lavoro. Nella nostra giurisprudenza, sulla riduzione dell’orario di lavoro, quale accomodamento ragionevole, cfr. Trib. Ivrea, 6 luglio 2018; App. Napoli, del 17 gennaio 2023; C. giust. 11 aprile 2013, C-335/11, C-337/11; FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *Disabilità oncologica. Accomodamenti ragionevoli e flessibilità per il lavoratore malato di cancro: la giusta via per la reale inclusione lavorativa*, cit., 124; TIRABOSCHI, *Diritto al part-time per malattia grave*, in *La Nuvola del Lavoro*, 2 marzo 2015; DAGNINO, *La tutela del lavoratore malato cronico tra diritto vivente e (mancate) risposte di sistema*, in *DRI*, 2023, 342; LEVI, *Sostenibilità del lavoro e tutela della salute in senso dinamico: la prospettiva privilegiata delle malattie croniche*, cit., 291.

<sup>40</sup> È noto che in riferimento ai lavoratori affetti da patologie oncologiche, il legislatore ha espressamente previsto all’art. 8, comma 3, d.lgs. n. 81/2015 (confermando disposizioni contenute in precedenti norme: art. 46, comma 1, lett. t), del decreto legislativo n. 276 del 2003, che ha aggiunto l’articolo 12-*bis* alla legge n. 61 del 2000) il diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in lavoro a tempo parziale, con la possibilità di tornare al rapporto di lavoro *full time* in qualsiasi momento.

li delle cure e delle visite mediche o diagnostiche), o ancora una flessibilità del luogo di svolgimento della prestazione lavorativa (in particolare il lavoro agile<sup>41</sup>, accomodamento per eccellenza, e il trasferimento<sup>42</sup>), la redistribuzione dei compiti (in maniera da assegnare al lavoratore con disabilità mansioni compatibili con le proprie patologie)<sup>43</sup>, o la messa a disposizione di processi formativi<sup>44</sup> per lo svolgimento di altre mansioni compatibili col nuovo stato di salute del lavoratore malato, sempre, però, nei limiti finanziari congrui, ragionevoli, non sproporzionati o eccessivi<sup>45</sup>.

Nella fase estintiva del rapporto di lavoro, gli accomodamenti ragionevoli intervengono nel caso di modifica delle mansioni *ex art.* 42 del d.lgs. n. 81/2008, disposta a seguito di un giudizio di inidoneità conseguente ad una patologia che integri anche la disabilità nell'ampia accezione suddetta. Infatti, le patologie croniche, spesso irreversibili, ingravescenti o a sindrome ricorrente, possono causare una condizione di inidoneità, relativa o assoluta, al lavoro di durata indeterminata o indeterminabile, riconducibile alla disabilità in quanto comportano delle limitazioni alla vita professionale del lavoratore che ne è colpito. Da qui

<sup>41</sup> Cass. 10 gennaio 2025, n. 605, in *MGL*, 2025, 1, con nota di SALVAGNI, *La vis espansiva del ragionevole accomodamento organizzativo: lo smart working a tutela della condizione psico-fisica del disabile*; Cass. 9 marzo 2021, n. 6497, cit.; Cass. 28 ottobre 2019, n. 27502; Trib. Pavia 29 aprile 2020, n. 1266; Trib. Roma, 28 ottobre 2020; Trib. Roma 5 ottobre 2020; Trib. Roma 18 dicembre 2023, n. 124423; Trib. Trieste 21 dicembre 2023, in *Boll. Adapt*, 2024, n. 1; per un commento CUCCHISI, *Il diritto al lavoro agile fra accomodamenti ragionevoli e normativa emergenziale. Spunti dalla recente giurisprudenza di merito*, in *Bollettino Adapt*, 2024, n. 7. Sul tema TURRIN, *L'accesso "preferenziale" al lavoro agile tra disabilità e condizione di fragilità: analogie e differenze*, in *q. Rivista*, 2024, 2, 1-22; VERZULLI, *Disabilità, malattia cronica, fragilità: il lavoro agile come accomodamento ragionevole*, in *DSL*, 2024, 1, 6-7; BROLLO, *Fragilità e lavoro agile*, in *LDE*, 2022, 4; Ead., *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, in *ADL*, 2022, 3, I, 405-428; MALZANI, *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in *DLM*, 2018, I, 32.

<sup>42</sup> Cass. 21 novembre 2024, n. 30080, in *LPO*, 2025, 1, 91, con nota di DELLA ROCCA, *Trasferimento e accomodamenti ragionevoli: il rifiuto del datore di lavoro è un atto discriminatorio*; Trib. Bari, ord. 25 marzo 2021 in *RIDL*, 2021, 597 con nota di ALESSI, *Disabilità, accomodamenti ragionevoli e oneri probatori*.

<sup>43</sup> Sulla redistribuzione dei compiti tra lavoratori in maniera da assegnare al prestatore mansioni compatibili con le proprie patologie cfr. Trib. Pisa, 16 aprile 2015, nonché Trib. Roma, 8 maggio 2018.

<sup>44</sup> CALCATERRA, *L'obbligo di formazione ex art. 2103, terzo comma, come accomodamento ragionevole*, in *LDE*, 2024, 1, 9; TIRABOSCHI, *Per un diritto del lavoro al servizio della persona: le tutele per i lavoratori affetti da patologie oncologiche e tumore al seno*, in *DRI*, 2, 2006, 530; FERNANDEZ MARTINEZ, *La risoluzione del rapporto di lavoro dei malati cronici: comparazione su aspetti applicativi critici nelle varie normative*, in BRUZZONE (a cura di), *Salute e persona nella formazione, nel lavoro e nel welfare. Multidisciplinarietà e logistiche condivise*, Adapt University Press, 2017, 90; DELOGU, "Adeguare il lavoro all'uomo": *l'adattamento dell'ambiente di lavoro alle esigenze della persona disabile attraverso l'adozione di ragionevoli accomodamenti*, in *AmbienteDiritto.it*, 2024, 1, 13; BELLINI, *L'estensione dell'obbligo di repêchage tra gli obblighi formativi e il principio di ragionevolezza. Brevi note alla sentenza del Tribunale di Lecco del 31 ottobre 2022*, in *LDE*, 1, 2023; AMORIELLO, *Riflessioni sull'ampiezza dell'obbligo di repêchage a seguito della modifica dell'art. 2103 c.c. ad opera del d.lgs. 81/2015*, in *LDE*, 1, 2024. In giurisprudenza, Trib. Bari 17 dicembre 2024, in *LPO News*, 5 marzo 2025, con nota di SALVAGNI, *Licenziamento del disabile per impossibilità sopravvenuta: la tutela rafforzata degli accomodamenti ragionevoli quale fattispecie aperta non tipizzabile*.

<sup>45</sup> Cfr. Cass. 23 febbraio 2021, n. 4896; Cass. 22 ottobre 2018, n. 26675; Trib. Lodi 9 febbraio 2023. Su proporzione e ragionevolezza, DIAMANTI, *Gli "accomodamenti ragionevoli" nel licenziamento per inidoneità sopravvenuta tra indicazioni di metodo e concrete valutazioni*, in *LDE*, 3, 2021, 11; Id., *Il licenziamento per inidoneità sopravvenuta tra ripescaggio, accomodamenti ragionevoli e scelte organizzative aziendali*, in *RIDL*, 2022, 4, II, p. 619; D'ASCOLA, *Il ragionevole adattamento nell'ordinamento comunitario e in quello nazionale. Il dovere di predisporre adeguate misure organizzative quel limite al potere di recesso datoriale*, cit., 179 ss.; SPINELLI, *La sfida degli "accomodamenti ragionevoli" per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, cit., 43; BRESCIANI, *Le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione dell'obbligo di attuare i ragionevoli accomodamenti, fra licenziamento nullo o ingiustificato*, in *VTDL*, 2022, 2, 279 ss.

il problema della ricollocazione e la verifica dell'esistenza in azienda di altre mansioni, cui poter adibire il dipendente malato cronico, divenuto inidoneo ad espletare le sue attività consuete, con la chiara finalità di trovare un'alternativa valida al suo licenziamento e garantirgli, nei limiti del possibile, il mantenimento del posto di lavoro.

In questo caso, il datore di lavoro, per il combinato disposto dell'art. 42 del d.lgs. n. 81/2008 con l'art. 3, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 216/2003, non solo deve verificare la presenza in azienda di posizioni compatibili con il nuovo stato di salute del dipendente, ma deve adoperarsi anche per effettuare un *quid pluris* rispetto al semplice *repêchage*, un *repêchage* "rafforzato"<sup>46</sup>. Il datore di lavoro dovrà quindi adottare ogni necessaria "modifica" organizzativa ragionevole che adatti le condizioni lavorative alla persona del lavoratore con disabilità, arrivando financo a ricomprendere un onere aggiuntivo di formazione della persona con disabilità<sup>47</sup>, che non implichi un onere finanziario sproporzionato.

È di tutta evidenza come, anche per l'adempimento dell'obbligo di accomodamenti ragionevoli, assuma importanza, per il datore di lavoro, la conoscenza o conoscibilità dell'eventuale stato di disabilità dei propri dipendenti, soprattutto ancora una volta quando si tratti di disabilità "di fatto", non preventivamente accertata e certificata. I giudici, consapevoli della problematica, in un primo momento hanno riconosciuto un onere di comunicazione in capo al lavoratore<sup>48</sup>, in seguito hanno affermato che il datore di lavoro può avere contezza della disabilità con l'ordinaria diligenza<sup>49</sup> attraverso la sorveglianza sanitaria *ex art.* 41 del d.lgs. n. 81/2008 ovvero *desumendola* attraverso le certificazioni mediche e/o

<sup>46</sup> Cfr. Cass. 9 gennaio 2025, n. 460; Cass. 22 maggio 2024, n. 14307, in *RGL newsletter*, n. 12/2024, 1, con nota di SALVAGNI, *Nullità del licenziamento per ridotta capacità lavorativa del disabile: violazione di accomodamenti ragionevoli configura una discriminazione diretta*; Cass. 22 maggio 2024, n. 10568; Cass. 29 maggio 2023, n. 15002; Cass. 13 novembre 2023, n. 31471 in *LPO news*, 27 novembre 2023, con nota di SALVAGNI, *Il licenziamento per la ridotta capacità lavorativa è discriminatorio: il collegamento funzionale tra situazione di handicap, accomodamenti ragionevoli e repêchage*; Cass. pen. 22 dicembre 2023, n. 35850; Cass. 29 ottobre 2019, n. 27502 in *MGL*, 2020, 4, 1095 con nota di BRESCIANI, *Sussiste l'obbligo datoriale di adottare accomodamenti ragionevoli anche in caso di sopravvenuta inidoneità del lavoratore, ma solo se è riconducibile alla nozione di disabilità*. In dottrina, MALZANI, *Inidoneità alla mansione e soluzioni ragionevoli: oltre il repêchage*, in *ADL*, 2020, 4, 967; PERUZZI, *Diritto antidiscriminatorio e illegittimità del licenziamento per inidoneità psicofisica: (ri)costruzione di una fattispecie*, in *LDE*, 2020, 2, 1 e ss.; ID., *Il licenziamento illegittimo del lavoratore inidoneo/disabile alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in DEL PUNTA, GOTTARDI, NUNIN, TIRABOSCHI (a cura di), *Salute e benessere dei lavoratori: profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, *Adapt University Press*, 2020, 25; ASSENNATO, *Il licenziamento come extrema ratio ed il repêchage rafforzato del lavoratore con disabilità*, in *LPO news*, 6 febbraio 2024; sia inoltre consentito rinviare a DELLA ROCCA, *La malattia del lavoratore subordinato*, op. cit., 120.

<sup>47</sup> DE MOZZI, *Sopravenuta inidoneità alle mansioni, disabilità e licenziamento*, in *LDE*, 2020, 10.

<sup>48</sup> Cfr. Trib. Bologna 19 maggio 2022, n. 230; Trib. Vicenza 27 aprile 2022, n. 181, con nota di COPPOLA, *La natura discriminatoria del licenziamento del dipendente disabile per superamento del comparto: una questione tutt'altro che risolta*, in *RIDL*, 2022, 4, 595; Trib. Rovereto 8 marzo 2022, n. 16; App. Palermo 14 febbraio 2022, n. 111; Trib. Venezia, ord. 7 dicembre 2021, n. 6273; App. Torino 26 ottobre 2021; App. Torino 3 novembre 2021, n. 604 in *Bollettino Adapt*, 10 gennaio 2022, 1, con nota di UBERTIS, *Licenziamento per superamento del comparto: trattamento differenziato per il dipendente invalido, che qualifica l'onere di comunicazione "un principio di civiltà giuridica"* (p. 2).

<sup>49</sup> Cass. 31 maggio 2024, n. 15282; Cass. 23 maggio 2024, n. 14402, in *RIDL*, 2024, II, 376, con nota di BUOSO, *Conferme sull'auspicata differenziazione collettiva del comparto del disabile e sull'"ineludibile" interlocuzione alla base degli accomodamenti ragionevoli*; Cass. 22 maggio 2024, n. 14316.

documentazione inviate dal dipendente in quanto *sintomatiche* di un particolare stato di salute costituente una situazione di *handicap*.

Per quanto attiene alla sorveglianza sanitaria (*ex art. 41 d.lgs. n. 81/2008 come modificato dalla legge n. 203/2024*)<sup>50</sup>, in effetti può essere uno strumento utile, in particolare la visita medica precedente alla ripresa del lavoro a seguito di un'assenza per motivi di salute di durata superiore ai sessanta giorni (ora "obbligatoria" nella misura in cui il medico competente la riterrà necessaria), che però può essere considerata solo un "sintomo" rivelatore della sussistenza di una patologia duratura ma non anche di disabilità, posto che non ogni patologia duratura implica lo *status* di disabilità. In tale ambito, il ruolo del medico competente risulta particolarmente delicato, tanto più che la sua valutazione non dovrà essere più una verifica strettamente medica delle condizioni di salute del lavoratore ma, alla luce del concetto di disabilità bio-psico-sociale, dovrà valutarle nel suo insieme, tenendo conto dell'interazione persona-ambiente e di tutte le componenti del funzionamento della persona, da quelle fisiche a quelle psicologiche e sociali. In quest'ottica, sarebbe auspicabile una "collaborazione sinergica"<sup>51</sup> con la figura del *Disability manager*, di cui è stata promossa l'istituzione all'art. 1, punto e), del d.lgs. n. 151 del 2015, in quanto responsabile del processo di inserimento delle persone con disabilità nei luoghi di lavoro, il cui ruolo si rivela importante anche per l'individuazione delle soluzioni ottimali di inclusione lavorativa attraverso l'individuazione degli accomodamenti ragionevoli, da valutare caso per caso. Infine, in riferimento alla documentazione inviata dal dipendente, se si tiene conto di quanto più volte espresso dal Garante per la *Privacy*<sup>52</sup> – per il quale "gli organismi sanitari devono mettere in atto specifiche procedure dirette a prevenire nei confronti di estranei un'esplicita correlazione tra l'interessato e reparti o strutture, indicativa dell'esistenza di un particolare stato di salute", cautele che «devono essere orientate anche alle eventuali certificazioni richieste per fini amministrativi non correlati a quelli di cura (ad es. per giustificare un'assenza dal lavoro...)» – per il datore di lavoro *desumere* lo stato di salute del proprio dipendente attraverso le certificazioni mediche o dalla documentazione inviata appare "impossibile". Infatti, come già evidenziato, nell'attestato di malattia è ammessa solo la prognosi e non deve essere indicata alcuna informazione (diagnosi, indicazioni di visite specialistiche, struttura presso la quale è stata erogata la prestazione, timbro con la specializzazione del sanitario) che possa far risalire allo stato di salute dell'interessato, salvo che, come sopraddetto, il medico curante non indichi nell'attestato di malattia la

<sup>50</sup> DAGNINO, *Sorveglianza sanitaria e malattia del lavoratore: l'inadeguatezza di un'impostazione (e un'interpretazione) restrittiva*, in *DRI*, 2024, 2, 548-549.

<sup>51</sup> Sulla connessione tra medico competente e responsabile dei processi di inserimento lavorativo, LEVI, *Sostenibilità del lavoro e tutela della salute in senso dinamico: la prospettiva privilegiata delle malattie croniche*, cit., 289.

<sup>52</sup> Cfr. Provvedimento del 26 settembre 2024, Newsletter n. 398 del 9 febbraio 2015, doc. web n. 3710265; Provvedimento generale del 9 novembre 2005.

connessione tra patologia e disabilità o sia lo stesso lavoratore a “collaborare” informando il proprio datore di lavoro.

E pertanto, come sostenuto nell'ultimo arresto della Cassazione<sup>53</sup>, all'onere di “attivazione” in capo al datore di lavoro, tenuto ad acquisire informazioni (direttamente) dal lavoratore circa l'eventualità che le sue assenze per malattia siano connesse allo stato di disabilità, deve corrispondere un comportamento “non ostruzionistico” (o meglio, collaborativo) del lavoratore stesso, restando quindi ineludibile il dialogo, l'“interlocuzione e il confronto tra le parti” quale presupposto essenziale per l'adozione di qualsivoglia accomodamento ragionevole. Orientamento, tra l'altro, in linea con quanto stabilito all'art. 17 del d.lgs. n. 62/2024 che stabilisce la facoltà per la persona con disabilità di richiedere, con apposita istanza scritta, l'adozione di un accomodamento ragionevole, anche formulando una proposta e partecipando al procedimento dell'individuazione dello stesso.

## 5. Malattie croniche e lavoro “dignitoso”

L'accennato orientamento normativo e giurisprudenziale emerso in questi ultimi anni evidenzia come il diritto alla salute e la libertà d'iniziativa economica non siano valori costituzionalmente collocati sullo stesso piano, essendo oggetto di un bilanciamento ineguale in cui al precetto dell'art. 32 Cost. viene data prevalenza su quello dell'art. 41 Cost. Infatti, il datore di lavoro vede sempre più circoscritto il proprio raggio d'azione in modo che gli siano inibite tutte le scelte e i comportamenti che potrebbero recare danno ai controvalori costituzionalmente prevalenti, come l'utilità sociale, la salute, l'ambiente, la sicurezza, la dignità umana. Salute e dignità rappresentano, quindi, tra gli altri, un limite all'autonomia privata costituzionalmente previsto, un limite al libero esercizio delle attività economiche<sup>54</sup>. Basti pensare alla recente rilettura dell'art. 2087 c.c., norma intorno a cui ruota il rapporto tra salute e lavoro, che impone un obbligo generale dinamico teso a garantire “la

<sup>53</sup> Cass. 7 gennaio 2025, n. 170, cit.; Cass. 31 maggio 2024, n. 15282; Cass. 23 maggio 2024, n. 14402, cit.; Cass. 22 maggio 2024, n. 14316, cit. Per un commento, SALVAGNI, *Il licenziamento del lavoratore disabile per superamento del comporto nella interpretazione della Cassazione: la conoscenza del fattore di rischio e “l'onere bifronte” a carico delle parti per applicare l'accomodamento ragionevole*, in *Labor*, 2 novembre 2024.

<sup>54</sup> *Ex plurimis*, Corte Cost. 16 luglio 1999, n. 309, afferma che il nucleo irriducibile del diritto alla salute è protetto dalla Costituzione innanzitutto “come ambito inviolabile della dignità umana”; Cass. 2 luglio 2024, n. 18094; Cass. 13 novembre 2023, n. 31471, in *RGL*, 2024, II, 149, con nota di COMES, “A misura d'uomo”: la salute quale limite alla libertà di iniziativa economica privata, tra accomodamenti ragionevoli ed eccessiva onerosità; CHINI, *Accomodamenti davvero ragionevoli? Tra tutela antidiscriminatoria del disabile e libera organizzazione dell'impresa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, 5, 1668; D'ASCOLA, *Il ragionevole adattamento nell'ordinamento comunitario e in quello nazionale. Il dovere di predisporre adeguate misure organizzative quale limite al potere di recesso datoriale*, cit., 195 ss.; FERRARA, *Disabilità e comporto, dalla conservazione alla protezione del posto di lavoro: spunti per un ragionevole bilanciamento*, in *RGL*, 2024, 397; BONO, *Limiti al licenziamento del lavoratore disabile a garanzia della parità di trattamento*, in *RGL*, 2019, 2, II, 289; ALPA, *La dignità come limite dell'autonomia privata*, in *Liber Amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, ESI, 2018, I, 51 ss.; P. BECCHI, *Dignità umana*, in POMARICI, *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Giappichelli, 2007, 160-161.

salute dei lavoratori in tutti gli aspetti connessi con il lavoro”, arrivando finanche a configurare il c.d. benessere organizzativo<sup>55</sup>.

Il rilievo prevalente assegnato al valore salute, calato nell’ambito di nostro interesse, comporta che il diritto del lavoratore alla tutela della propria salute risulta prevalente rispetto all’interesse datoriale all’esecuzione della prestazione lavorativa. A ben vedere, le condizioni di salute appaiono ormai tendenzialmente preclusive della risoluzione del rapporto e impongono piuttosto interventi personalizzati tesi non solo alla protezione del posto di lavoro ma anche alla tutela della dignità della persona che lavora<sup>56</sup>, interventi tali da rendere ancora utile e produttiva la prestazione dei lavoratori affetti da patologie croniche e comunque consona alle loro nuove condizioni di salute.

Il concetto di dignità umana come dignità sociale – ribadito nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea che all’art. 25 sancisce il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e all’art. 31 il diritto del lavoratore a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose – induce a ritenere che età avanzata e patologie croniche, come accennato in premessa, siano due condizioni strettamente connesse e possano rappresentare fattori combinati di disabilità (*rectius*, di fragilità)<sup>57</sup> e di conseguente rischio di discriminazione tali da richiedere interventi mirati di sostegno all’occupazione nonché strategie di inclusione.

La stessa nozione di disabilità europea - recepita dal nostro legislatore col d.lgs. n. 62/2024, che, come si è premesso, ricomprende qualsiasi «limitazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche *durature* che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori» - ha una portata tendenzialmente onnicomprensiva di qualsiasi condizione di fragilità durevole legata

<sup>55</sup> È ormai evidente la rilevanza che assume un ambiente di lavoro salubre, “sano” in linea con un approccio socio-ecologico di salute in cui il benessere complessivo della persona va considerato in sé e nel rapporto con l’ambiente. Sul punto MALZANI, *Benessere e sicurezza dei lavoratori: oltre la disabilità*, in *VTDL*, 2020, 978; BUOSO, *Definire e qualificare il benessere organizzativo*, in *DSL*, 2019, 26; PASCUCCI, *Il rilievo giuridico del benessere organizzativo nei contesti lavorativi*, in *Prisma Economia Società Lavoro*, 2016, 21-31. In giurisprudenza, sulla responsabilità del datore di lavoro dell’ambiente di lavoro “stressogeno”, cfr. Cass. 7 febbraio 2023, n. 3692 e, da ultimo, fra tante, Cass. 6 agosto 2024, n. 22161; Cass. 7 giugno 2024, n. 15957; Cass. 26 febbraio 2024, n. 5061 in *Labor*, 15 aprile 2024 con nota di SERRA, *Sull’ambiente di lavoro stressogeno: una nuova pronuncia di Cassazione*; Cass. 31 gennaio 2024, n. 2870 e Cass. 19 gennaio 2024, n. 2084, in *MGL*, 2024, 2, 168. con nota di CAPONETTI, *To mob or to mob? No...to stress or not to stress!*.

<sup>56</sup> L’importanza del “*decent work*” come “stella polare” in grado di (e utile ad) indirizzare ed orientare la regolazione in materia sociale a livello sovranazionale e, a cascata, nazionale, è stata evidenziata nel recente studio BROLLO, ZOLI, LAMBERTUCCI, BIASI, *Dal lavoro povero al lavoro dignitoso. Politiche, strumenti, proposte*, Adapt University Press, e-book series n. 101, 2024, 3; ZILIO GRANDI (a cura di), *La dignità “del” e “nel” lavoro*, Giappichelli, 2023; VALLAURI, *Disabilità e lavoro. Il multiforme temperamento di libertà di iniziativa economica, diritto al lavoro e dignità (professionale) della persona disabile*, in BOFFO, FALCONI, ZAPPATERRA (a cura di), *Per una formazione al lavoro. Le sfide della disabilità adulta*, Firenze University Press, Firenze, 2012, 60.

<sup>57</sup> MAZZANTI, *La fragilità tra poliedricità e multifattorialità*, in FILLI (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità? Ragionando degli effetti dell’invecchiamento della popolazione sulla società, sul mercato del lavoro e sul welfare*, Adapt University Press, 2022, 26; FERRARA, *Il lavoratore fragile tra nuove tutele ed emergenti sfide: il fattore età*, in *RGL*, 2021, 238 ss.; TAMBURRO, *La nozione di fragilità nel prisma del rischio alla salute*, in *MGL*, 2024, 1, 133-143.

alla salute nel suo concetto unitario multidimensionale, ovverosia quello di “uno stato di completo benessere fisico, psichico e sociale”. Conseguentemente, la nuova nozione di disabilità e la tutela antidiscriminatoria diventano così una chiave di volta per l’attuazione dell’art. 3 della Costituzione a protezione dei lavoratori fragili.

L’art. 3 della Costituzione, infatti, con il suo riferimento alla “pari dignità sociale”, non può che essere riletto anche alla luce di tale nozione come baluardo a difesa da eventuali diseguaglianze e discriminazioni che le condizioni di fragilità possono comportare. Si tratta pertanto di tutelare i soggetti “fragili” che mantengono una residua capacità lavorativa al fine di garantire loro un’occupazione dignitosa, non solo dal punto di vista retributivo (di cui all’art. 36 Cost.) ma anche professionale.

Una professionalità, menzionata espressamente nel nuovo testo dell’art. 2103 c.c. che garantisce la possibilità di acquisire competenze “diverse” e, nel caso del lavoratore con disabilità, comporta l’opportunità di sviluppare nuove capacità compatibili con il suo stato di salute. In tal senso, un ruolo importante è svolto dalla formazione<sup>58</sup> che rientra, infatti, esplicitamente tra gli accomodamenti ragionevoli elencati in via esemplificativa all’art. 5 della Dir. 2000/78, nel caso in cui il patrimonio professionale del lavoratore con disabilità risulti obsoleto all’esito della modifica organizzativa per adibirlo a mansioni confacenti al nuovo stato di salute.

Alla luce di tale quadro, emerge come il lavoratore con patologie croniche possa, per un verso, utilmente conciliare momenti di cura e quindi di assenza dal posto di lavoro, mediante la previsione da parte del contratto collettivo di un comportamento “specifico” e, per altro verso, continuare a lavorare qualora permanga una, anche parziale, capacità residua al lavoro (valutata dal medico competente). In quest’ultimo caso, il lavoratore dovrà essere adibito a mansioni confacenti alla sua nuova condizione di salute, con un progetto lavorativo personalizzato di adattamento delle condizioni di lavoro, grazie ai vari strumenti ricompresi negli accomodamenti ragionevoli, in particolare quelli formativi e quelli relativi alle modalità spazio-temporali flessibili di lavoro.

Accomodamenti nella veste di strumento bivalente in grado di coniugare la flessibilità col benessere lavorativo e finalizzati, da una parte, all’inclusione e alla garanzia della dignità professionale dei soggetti “fragili o vulnerabili” e, dall’altra, alla tutela delle condizioni di salute di questi stessi soggetti, sempre entro i limiti di ragionevolezza e proporzionalità già detti.

In definitiva, gli “accomodamenti” ben si inseriscono nella rinnovata “tensione antropocentrica”<sup>59</sup> del diritto del lavoro e vanno intesi come norma a precetto generico con cui l’ordinamento mira a modellare l’organizzazione aziendale sulle condizioni di salute dei lavoratori “fragili” ossia di coloro che hanno una sorta di *maggiore esposizione al*

<sup>58</sup> CALCATERRA, *L’obbligo di formazione ex art. 2103, terzo comma, come accomodamento ragionevole*, cit., 11.

<sup>59</sup> BIASI, *Brevissime note sul decent work e sul (diritto del) lavoro in trasformazione*, in *LDE*, 2025, 1.

“*rischio di sofferenza*” legato a determinate condizioni di salute psico-fisiche che creano limitazioni durature rispetto all’ambiente in cui gli stessi sono inseriti<sup>60</sup>.

I divieti di discriminazione e gli accomodamenti ragionevoli rappresentano, quindi, gli strumenti che l’ordinamento ha predisposto per consentire una “partecipazione” alla vita sociale e professionale “dignitosa” dei lavoratori con disabilità, nell’ampia accezione bio-psicosociale che ricomprende i malati cronici, attraverso la rimozione delle barriere che impediscono di vivere in condizioni di effettiva uguaglianza.

---

<sup>60</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a DELLA ROCCA, *Accomodamenti ragionevoli tra inclusione lavorativa e tutela della salute*, in *MGL*, 2024, 4, 694 ss. ed *ivi* per ulteriori riferimenti.

# Le fondazioni lirico-sinfoniche, la natura giuridica e l'abuso del contratto a termine: ormai classici di repertorio

## *Opera and Symphony Foundations, Legal Nature and the Abuse of Fixed-Term Contracts: Now Established Repertoire Classics*

**Maria Barberio**

*Ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università di Modena e Reggio Emilia*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. La (da sempre) discussa natura delle fondazioni lirico-sinfoniche. – 3. I rapporti di lavoro negli enti lirici. – 4. L'abuso del contratto a termine: il risarcimento del danno è una misura effettiva? Qualche riflessione anche alla luce delle modifiche del decreto Salva infrazioni. – 5. La prassi delle transazioni tombali: una discriminazione in cerca di un fattore di rischio? – 6. I riflessi in tema di competenza del corretto inquadramento della condotta datoriale. – 7. Qualche conclusione, anche alla luce del nuovo rinvio pregiudiziale alla CGUE.

*Sinossi:* L'articolo, a partire dall'analisi della complessa natura giuridica delle fondazioni lirico-sinfoniche, delinea i tratti essenziali del rapporto di lavoro del settore e la problematica dell'abuso del contratto a termine, su cui si è concentrata l'attenzione della giurisprudenza nazionale ed unionale. L'impossibilità di convertire il contratto a tempo indeterminato, a fronte di una deroga alla disciplina comune, solleva dubbi sull'efficacia degli strumenti a contrasto del "preariato lirico" e, nello specifico, sulla misura risarcitoria, anche a seguito dei recenti interventi legislativi. Infine, si analizza l'inquadramento delle transazioni "estorsive", escludendone la natura discriminatoria, con tutte le conseguenze che seguono sul piano processuale, anche in ordine alla competenza.

*Abstract:* Starting from the analysis of the complex legal nature of opera-symphony foundations, the article outlines the essential aspects of the employment relationship in the industry as well as the issue related to the misuse of the fixed-term contract, which has gathered significant attention from the national and European jurisprudence. The impossibility of converting the permanent contract, as a consequence of a derogation from the general law, raises concerns around the effectiveness of the legal measures aimed at tackling the precariousness of the opera-symphony industry, especially regarding the compensatory mechanisms, also in

*light of the recent legislative interventions. Lastly, the contribution investigates the classification of settlements so-called “with extortion”, rejecting their discriminatory nature, with all its impact on the procedural level, including in terms of jurisdiction.*

**Parole chiave:** Fondazioni lirico-sinfoniche – Natura pubblica – Abuso del contratto a termine – Misura effettiva – Risarcimento del danno – Transazioni – Autonomia contrattuale – Discriminazione – Condotta ritorsiva

**Key words:** Opera-symphony foundations – Public nature – Misuse of the fixed term contract – Effective measures – Compensatory measure – Transaction – Freedom of contract – Discrimination – Retaliatory conduct

## 1. Introduzione

Le fondazioni lirico-sinfoniche sono divenute ormai il viatico di questioni giuslavoristiche di estremo interesse, passate in rassegna da diverse pronunce giurisprudenziali, nazionali ed unionali, con cui occorre senz'altro confrontarsi.

Le diverse questioni intrecciano un nodo da sciogliere in via preliminare inerente alla natura di questi enti, giacché accedere alla qualificazione pubblica, para-pubblica, ibrida o privata equivale a far venire in rilievo orizzonti normativi completamente differenti. Inoltre, l'evidenziazione delle “peculiarità” degli enti lirici è, altresì, funzionale vuoi a vagliare la ragionevolezza della deroga, confermata a più riprese dal legislatore, rispetto al diritto comune in tema di abuso del contratto a termine e vuoi a valutare anche l'adeguatezza delle previsioni poste a contrasto del c.d. “precariato lirico”, con particolare riferimento al tema dell'effettività della misura risarcitoria.

Infine, in una prospettiva più sistematica, la ricorrente prassi di richiedere la sottoscrizione di una transazione “tombale” sui pregressi contratti di lavoro a termine come *condicio sine qua non* per la instaurazione di un nuovo – l'ennesimo – rapporto di lavoro a tempo determinato ha insinuato il dubbio che questa condotta datoriale rappresenti un comportamento discriminatorio, eleggendo l'autonomia contrattuale a nuovo fattore di rischio. Occorre, dunque, tentare di tracciare il confine tra comportamento ritorsivo e discriminazione per “convinzioni personali” per evitare una illegittima estensione del cappello della nozione di discriminazione.

## 2. La (da sempre) discussa natura delle fondazioni lirico-sinfoniche

Come anticipato, per affrontare le diverse questioni brevemente descritte nella premessa, risulta prolettico un breve inquadramento della natura degli enti lirici<sup>1</sup>, atteso che questo elemento è stato posto, ancora di recente, dalle Sezioni Unite<sup>2</sup> come fondante la peculiarità delle deroghe alla disciplina comune del rapporto di lavoro nelle Fondazioni lirico-sinfoniche (di seguito, anche solo Fondazioni).

Nate come istituti di diritto privato – le c.d. società anonime<sup>3</sup> – poi trasformate in enti di diritto pubblico dal r.d. 3 febbraio 1936 n. 438<sup>4</sup>, sono state, infine, oggetto di una privatizzazione di lunga gestazione<sup>5</sup> che, ancora oggi, non può dirsi certamente pacifica<sup>6</sup>.

Questo tormentato inquadramento può spiegarsi a partire da una necessaria ammissione di fondo: le fondazioni lirico-sinfoniche non riescono ad agire completamente con gli strumenti tipici di un'impresa privata giacché non sono destinatarie di capitali sufficienti ad assicurarne la sopravvivenza, a partire anche dagli ingenti costi della manodopera<sup>7</sup>. Ciò spiega perché beneficiano di forme di sostegno e sovvenzioni pubbliche, elargite per la

<sup>1</sup> CONTALDO, *La disciplina giuridica delle fondazioni lirico sinfoniche alla luce delle norme più recenti*, in *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, 2021, II, 57 ss.

<sup>2</sup> Il riferimento è alle sentenze gemelle Cass., sez. un., 12 febbraio 2023, n. 5542-5556, in *LDE*, con nota di ANDRETTA.

<sup>3</sup> IUDICA, *Presentazione*, in IUDICA (a cura di), *Fondazioni ed enti lirici*, Cedam, 1998, XII ss.

<sup>4</sup> Con tale regio decreto, trasformato in l. 4 giugno 1936 n. 438, si affermò la natura pubblica delle Fondazioni lirico-sinfoniche, attuandone anche una regolamentazione organica. Questa qualificazione venne ribadita anche dall'art. 5 della c.d. legge Corona (l. 14 agosto 1967, n. 800) ed è rimasta immutata fino all'intervento del d.lgs. 367/1996. Per una analisi puntuale degli interventi appena citati, si rimanda a SANTONI, *I rapporti di lavoro nelle fondazioni lirico sinfoniche*, Esi, 2021, 11 ss.

<sup>5</sup> In estrema sintesi, il procedimento di trasformazione, che era avviato con gli artt. 5 ss. del d.lgs. n. 367 del 1996, è stato realizzato successivamente con il d.lgs. 23 aprile 1998, n. 134 (*Trasformazione in fondazione degli enti lirici e delle istituzioni concertistiche assimilate, a norma dell'art. 11, comma 1, lettera b, della legge 15 marzo 1997, n. 59*). Con esso il Governo ha disposto, *ope legis*, la trasformazione in oggetto, ritenendo che la veste giuridica privata consentisse ai suddetti enti di svolgere più proficuamente la propria attività. La Corte costituzionale ha, tuttavia, dichiarato l'illegittimità del d.lgs. da ultimo citato per eccesso di delega (sentenza n. 503 del 2008). In seguito, però, l'art. 1 del d.l. 24 novembre 2000, n. 345 (Disposizioni urgenti in tema di fondazioni lirico-sinfoniche), convertito dalla legge, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 26 gennaio 2001, n. 6, ha nuovamente disposto la trasformazione in fondazioni di diritto privato degli enti lirici, con decorrenza dal 23 maggio 1998. E ciò al fine di salvaguardare con effetto *ex tunc* l'uniformità e la continuità degli assetti istituzionali già riformati dal d.lgs. n. 134 del 1998. La normativa presentava diversi limiti (per l'inquadramento dei quali v. SANTONI, *op. cit.*, 14 ss.), rispetto ai quali si è ritenuto opportuno intervenire mediante il d.l. n. 64 del 2010, emanato con l'obiettivo primario di incidere sull'organizzazione e sul funzionamento delle fondazioni lirico-sinfoniche con «un primo, immediato e urgente intervento volto a riformare, negli assetti fondamentali, un settore in profonda crisi come quello [...] lirico-sinfonico [...] al fine di razionalizzare le spese degli enti lirici [per il solo personale di entità superiore al valore economico del finanziamento statale] e nel contempo implementare, oltre alla produttività del settore, i livelli di qualità delle produzioni offerte» (così la relazione al disegno di legge di conversione presentato al Senato della Repubblica il 30 aprile 2010).

<sup>6</sup> Cass., sez. un., 12 febbraio 2023, n. 5542, cit.

<sup>7</sup> Sulle modalità con cui viene affrontato questo specifico problema del personale MAINARDI, CASALE, *Il personale delle Fondazioni lirico-sinfoniche dopo la conversione del decreto-legge n. 64/2010*, in *Aedon*, 3/2010.

persecuzione di un obiettivo di indubbio rilievo costituzionale: lo sviluppo della cultura e la tutela del patrimonio storico artistico nazionale (artt. 9 e 43 Cost.)<sup>8</sup>.

Tali elargizioni sono accompagnate da una prerogativa di controllo statale e da una verifica della rispondenza del loro utilizzo a principi pubblicistici di risparmio di spesa, di trasparenza e di evidenza pubblica. In buona sostanza, la persecuzione di una chiara finalità pubblicistica, realizzata quasi esclusivamente mediante sovvenzioni statali, finirebbe per adulterare la natura privata dell'ente lirico, contaminandolo di quel carattere pubblico, sufficiente a scardinare alcune tutele e financo a giustificare l'indeterminata precarizzazione dei lavoratori del settore lirico, ancorandola al divieto contenuto nell'art. 36 d.lgs. n. 165 del 2001<sup>9</sup>.

In verità, le "spie" del carattere pubblico delle Fondazioni sono numerose: persistente perseguimento di una funzione pubblicistica d'interesse nazionale in campo musicale; finanziamento, in misura quasi totalitaria, da parte dello Stato<sup>10</sup>; sottoposizione al controllo sulla gestione finanziaria della Corte dei conti (art. 15, comma 5, d.lgs. n. 367 del 1996) e patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (art. 1, comma 3, d.l. n. 345 del 2000); ed, infine, nonché conseguentemente, vincolatività nei loro confronti della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici<sup>11</sup>.

La privatizzazione, pertanto, attivata con l'intento di perseguire una gestione «improntata a criteri equilibrio se non di profitto»<sup>12</sup>, a partire da una *governance* maggiormente snella, è stata irrimediabilmente compromessa da diversi fattori: la dipendenza dai finanziamenti

<sup>8</sup> Per un inquadramento della caratura costituzionale del lavoro nei luoghi della cultura, PILATI, *Il lavoro nei luoghi della cultura alla luce dei principi costituzionali*, in PILATI, RAZZOLINI (a cura di), *Il lavoro autonomo nei luoghi della cultura*, ESI, 2022, 29 ss.

<sup>9</sup> Per l'inquadramento del divieto di conversione M. MARINELLI, *Il contratto a termine nelle fondazioni liriche*, in VTDL, 2020, III, 816 ss.

<sup>10</sup> Il sostegno economico alle istituzioni culturali è attuato secondo le modalità descritte dalla l. 7 ottobre 2013 n. 112, c.d. Legge Bray (su cui v. BERNABINI, *Le norme della Legge Bray per salvare e rilanciare le fondazioni lirico sinfoniche in difficoltà*, in *www.danzaeffebi.com*, 2013) ed in particolare, i nuovi criteri di destinazione del Fondo Unico per lo Spettacolo (di seguito FUS), istituito dalla legge n. 163 del 1985, sono stati previsti dall'art. 11, commi 20, 20-bis e 21. Nello specifico, il comma 20 – confermando che la quota destinata alle fondazioni lirico-sinfoniche è determinata annualmente con decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, sentita la Consulta per lo spettacolo, ed è attribuita ad ogni fondazione con decreto del Direttore generale per lo spettacolo dal vivo, sentita la commissione consultiva per la musica – ha modificato i criteri di erogazione dei contributi (prima previsti dal D.M. 29 ottobre 2007). Successivamente, l'art. 2 della l. n.175/2017 ha previsto che, con decreto legislativo da adottare entro 12 mesi dalla data della sua entrata in vigore (dunque, entro il 27 dicembre 2018), si sarebbe proceduto alla revisione dei criteri di ripartizione del contributo statale alle fondazioni lirico-sinfoniche, anche tramite lo scorporo delle risorse del FUS. Con la legge di bilancio del 2023 il FUS assume la denominazione di "Fondo nazionale per lo spettacolo dal vivo" (art. 1, comma 631) e i criteri di ripartizione sono stati da ultimo adottati nel decreto ministeriale 9 febbraio 2024, n. 49, rubricato "Riparto del Fondo nazionale per lo spettacolo dal vivo - anno 2024". V. CERRINA FERONI, *Organizzazione, gestione e finanziamento dei teatri d'opera in Europa*, in CERRINA FERONI, NEGRI, FROBOESE (a cura di), *Organizzazione, gestione e finanziamento dei teatri d'opera: esperienze europee e confronto*, Giappichelli, 2014, 43 e *passim*.

<sup>11</sup> Deve essere menzionata anche l'inclusione espressa nel novero degli Organismi di diritto pubblico soggetti al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (vecchio Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE).

<sup>12</sup> MARASÀ, *Fondazioni, privatizzazioni e impresa: la trasformazione degli enti musicali in fondazioni di diritto privato*, in *SI*, 1996, 1095, (in particolare 1098).

pubblici generata dalle importanti difficoltà economiche e finanziarie derivanti dalla scarsa capacità di attrarre finanziamenti privati e dalla problematicità nel coordinamento e nella realizzazione di economie di scala e di ottimizzare l'utilizzo delle risorse<sup>13</sup>; la complessità normativa e gestionale derivante dalla sovrapposizioni di normative che vengono in rilievo; la continua ricerca di un equilibrio tra la definizione di una pianta organica stabile e le necessità di flessibilità, tipica del settore dello spettacolo, che si scontra con le esigenze di tutela dei lavoratori, generando un ricorso massiccio a contratti a tempo determinato nonché frequenti controversie; ed infine, la frammentazione del sistema delle Fondazioni. Si afferma, dunque, una forte tensione tra la veste formale dell'ente, ribadita anche nella riforma del 2010, e alcuni indizi del carattere pubblico delle Fondazioni che hanno portato a concludere che si tratti, quantomeno, di soggetti ibridi o para-pubblici<sup>14</sup>.

Probabilmente non è neppure necessario scomodare il concetto di ibridazione, atteso che ormai l'ente pubblico è ontologicamente proteiforme, con conseguente rinuncia all'affermazione di una sua definizione univoca<sup>15</sup>, richiedendo la problematica del suo inquadramento un approccio evidentemente casistico che si basa sulla comparazione degli indici sintomatici di pubblicità e dei dati normativo-regolamentari<sup>16</sup>.

Non è, difatti, possibile affidare il *discrimen* al solo criterio formale, per cui, ai sensi dell'art. 4 della legge sul "parastato" (l. n. 70 del 1975) nessun ente pubblico può essere costituito se non per legge, non potendosi interpretare questa previsione come l'esclusione della natura pubblica di qualsivoglia ente definito per legge come privato.

Per il discernimento della natura di un ente si utilizzano diversi criteri, di carattere formale e sostanziale, come quello genetico, organizzativo, funzionale e teleologico. Pur non essendo la sede per passarli in rassegna tutti, occorre ammettere una loro convergenza, verso il carattere pubblico, rispetto all'ente lirico. Nello specifico, questa conclusione è corroborata dal criterio teleologico – che pone l'accento sulla finalità pubblica perseguita – dal connotato della ausiliarità – inteso come potestà-soggezione allo Stato, determinato vuoi dal carattere autoritativo degli atti assunti vuoi dall'assoggettamento a controlli pubblici o vuoi ancora dalla dipendenza finanziaria generata dalle erogazioni pubbliche – nonché dall'indice formale-organizzativo del rapporto di servizio.

Nell'analisi, si potrebbe richiamare anche la nozione di organismo di diritto pubblico<sup>17</sup>, in cui il sostrato pubblico è riconosciuto come espressamente compatibile con la forma giuridica privata dell'ente («anche in forma societaria»), purché l'ente stesso risulti, come nella

<sup>13</sup> CARPENTIERI, *Il diritto amministrativo dell'eccellenza musicale italiana: l'organizzazione e il finanziamento delle fondazioni lirico-musicali*, in *Aedon* 3/2018.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Cons. Stato, sez. VI, 1° giugno 2015, 2326, in *DJ*.

<sup>16</sup> In questo senso, Cass., sez. un., 30 ottobre 2018, n. 31107, *ivi*.

<sup>17</sup> Per tutti, GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico*, in CLARICH, FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Il Sole 24 Ore, 2007, 461.

specie, istituito per soddisfare esigenze d'interesse generale, dotato di personalità giuridica e finanziato in modo maggioritario dallo Stato o da altri enti pubblici<sup>18</sup>.

Se non fosse che qui l'esigenza sottesa è esattamente contraria: la nozione di organismo di diritto pubblico è stata coniata per evitare un'indebita sottrazione alla normativa pubblica, mentre per gli enti lirici l'obiettivo è riconoscerne il carattere pubblico per evitare di soggiacere ai limiti che presentano le disposizioni comuni per il contratto a termine.

Orbene, che le spie del carattere pubblico siano piuttosto accentuate, è innegabile: controllo penetrante del ministero e partecipazione maggioritaria, solo per citarne alcune. Ed è altresì evidente che, anche se si ha riguardo alla nozione europeistica di influenza pubblica dominante, si faccia spazio più di un dubbio sulla veste privata degli enti lirici. Come noto, tale nozione è, difatti, integrata dalla presenza di almeno una di queste condizioni: a) finanziamento pubblico maggioritario<sup>19</sup>; b) controllo pubblicistico sulla gestione e c) attribuzione al soggetto pubblico di nomine societarie<sup>20</sup>. Condizioni che, nel caso degli enti lirici, ricorrono integralmente.

L'ambiguità della natura è resa anche dalla Corte costituzionale, nella nota pronuncia n. 153 del 2011, nella parte in cui evidenzia la convergenza giurisprudenziale sulla qualificazione in senso pubblicistico degli enti lirici<sup>21</sup>, non mancando, però, di riconoscere che «nonostante l'acquisizione della veste giuridica formale di “fondazioni di diritto privato”, tali soggetti conservino, pur dopo la loro trasformazione, una marcata impronta pubblicistica». Equivocità che ha portato le già citate sezioni unite del 2023 a parlare di natura “ibrida” del rapporto di lavoro presso le fondazioni lirico-sinfoniche<sup>22</sup>, a metà strada tra impiego pubblico e lavoro privato, con ciò sottolineando l'importanza di conciliare le esigenze di contenimento della spesa pubblica con la tutela dei diritti dei lavoratori, anche in settori come quello in esame, che presentano una particolare rilevanza sociale e culturale.

Vi è di più: le già menzionate sezioni unite hanno chiarito che i limiti alle facoltà assunzionali delle fondazioni sono sotto l'egida della nullità virtuale per violazione di norma

<sup>18</sup> La categoria dell'organismo di diritto pubblico, d'altronde, costituisce il precipitato della c.d. nozione sostanzialistica di Pubblica Amministrazione, avallata dalla legislazione Europea, ribadita dalla giurisprudenza Eurounitaria e interna (Cons. Stato, Ad. Plenaria, 7 maggio, 2016, n. 13, in *DJ*) e preordinata – per il mezzo della valorizzazione del “fine” perseguito da un determinato soggetto rispetto alla sua qualificazione giuridica – ad evitare che la privatizzazione puramente formale di enti pubblici possa determinare una sostanziale elusione delle normative Europee (Cass., sez. un., 28 marzo 2019, n. 8673, *ivi*).

<sup>19</sup> Per la cui definizione si rinvia al caso famoso caso *University of Cambridge* (Cgue, 3 ottobre 2000, causa C-380/98, in *eur-lex.europa.eu*).

<sup>20</sup> A tal riguardo, v. Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5617, in *DJ*, proprio sulle fondazioni lirico sinfoniche in cui si chiarisce che l'attività del Ministero non si concretizzi in una mera vigilanza (art. 19 d.lgs. n. 367 del 1996) e nella possibilità di commissariamento (art. 21 d.lgs. n. 367 del 1996) ma anche nell'affidamento dell'incarico di presidenza al sindaco, nella presenza di due rappresentanti del Governo nel cda, nella nomina del Ministero dell'intero collegio dei revisori.

<sup>21</sup> Si richiama in tal senso anche Cass., sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637; T.A.R. Liguria, sez. II, 18 febbraio 2009, n. 230 e T.A.R. Sardegna, sez. II, 23 maggio 2008, n. 1051, tutte in *DJ*.

<sup>22</sup> Come già evidenziato da MAINARDI, CASALE, *op. cit.*, 12.

imperativa e che la previsione del risarcimento del danno rappresenti una soddisfacente ed effettiva misura contro gli abusi, sì in accordo con le richieste UE.

Tutto quanto detto porta a concludere che le Fondazioni liriche siano organismi pubblici che agiscono sotto le mentite spoglie di enti privati.

Purtuttavia, l'aver "snidato" il carattere pubblico dell'ente, apre un'altra questione essenziale, cioè se questo implichi la totale soggezione alla normativa pubblica come vorrebbe, per esigenze di certezza del diritto la CGUE<sup>23</sup> (c.d. teoria del contagio) ovvero solo per la specifica funzione svolta dall'ente che si tinge del carattere pubblico, come affermato, invece, dal Consiglio di Stato<sup>24</sup> (c.d. teoria dell'organismo pubblico in *parte qua*).

Si tratta di una questione che per essere dipanata necessita di un approfondimento sulle peculiarità dei rapporti di lavoro nel mondo lirico, funzionale a comprendere la fondatezza della deroga stabilita dalla legge alla disciplina comune. Certamente sembrerebbe, anche secondo l'orientamento delle citate sezioni unite, che l'estensione valga almeno per i rapporti di lavoro a termine, stante il riconoscimento della natura di "ragione oggettiva" del risparmio di spesa pubblica a fondamento della mancata stabilizzazione e per l'estensione della misura risarcitoria nel caso di illegittimità genetica del contratto.

### 3. I rapporti di lavoro negli enti lirici

Il personale lirico risulta storicamente escluso dalle previsioni introdotte dal legislatore come vincoli per prevenire l'abuso del contratto a termine<sup>25</sup>. Siffatta dispensa era stata confermata dal d.lgs. n. 368 del 2001 che all'art. 11, comma 4, decretava che al personale artistico e tecnico delle fondazioni di produzione musicale previste dal d.lgs. n. 367 del 1996, non si sarebbero applicate le norme di cui agli articoli 4 (disciplina della proroga) e 5 (scadenza dei termini e successione di contratti).

La mancata estensione dei limiti "ordinari" della contrattazione a termine è stata, poi, confermata anche nel 2010, nell'ambito degli interventi realizzati in materia di organizzazione e funzionamento delle fondazioni lirico-sinfoniche, di tutela dei diritti degli artisti interpreti ed esecutori, nonché in materia di attività e servizi culturali (d.l. n. 64 del 2010, convertito dalla l. n. 100 del 2010). In particolare, all'art. 3, comma 5, del d.l. n.61 del 2010, si ribadiva il divieto per gli enti lirici di procedere ad assunzioni a tempo indeterminato, nonché di indire procedure concorsuali per tale scopo, fatto salvo che per quelle professionalità artistiche, di altissimo livello, necessarie per la copertura di ruoli di primaria importanza indispensabili per l'attività produttiva, previa autorizzazione del Ministero per

---

<sup>23</sup> C. giust., 10 novembre 1998, causa C-360/96, *Arbnhem*, 15 gennaio 1998, in C-44/96, *Mannesman* e 5 ottobre 2017, causa C-567/15, *LitSpecMet UAB*.

<sup>24</sup> Cons. Stato., Ad. plen., 1° agosto 2011, n. 16, in *DJ*.

<sup>25</sup> V. art. 2 l. n. 230 del 1962 e art. 3 l. n. 426 del 1977.

i beni e le attività culturali, sancendo l'inefficacia delle procedure attivate in violazione di quanto appena affermato. Non solo, sempre il comma 5, conteneva anche una espressa previsione del contingentamento delle assunzioni per una spesa non superiore a quella relativa al personale cessato nel corso dell'anno precedente: «in ogni caso il numero delle unità da assumere non potrà essere superiore a quello delle unità cessate nell'anno precedente, fermo restando le compatibilità di bilancio della fondazione. Le assunzioni a tempo determinato, a copertura dei posti vacanti in organico, con esclusione delle prestazioni occasionali d'opera professionale dei lavoratori così detti aggiunti, non possono superare il quindici per cento dell'organico approvato. Per le assunzioni a tempo determinato le fondazioni lirico-sinfoniche possono avvalersi delle tipologie contrattuali disciplinate dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni».

A corredo di un quadro normativo che già portava ad escludere che le fondazioni liriche, in materia di assunzioni, si comportassero come enti privati, è intervenuto l'art. 1, comma 19, del d.l. n. 91 del 2013, convertito dalla l. n. 112 del 2013<sup>26</sup>, il quale affermava espressamente la necessità della procedura concorsuale per l'instaurazione di rapporti a tempo indeterminato. Questa previsione era da qualificare come norma di interpretazione autentica del divieto di stabilizzazione del 2010, al fine di arginare un'interpretazione restrittiva, offerta da una parte della giurisprudenza, che lo circoscriveva unicamente rispetto ai rinnovi<sup>27</sup>.

Si trattava, dunque, di una previsione che negava un'importante forma di tutela nel caso di vizio genetico del contratto a termine in un contesto che, in forza dell'asserita peculiarità del lavoro nel settore dello spettacolo, derogava già in maniera significativa, per quanto attiene proroghe e rinnovi, alla disciplina comune.

Esclusione, peraltro, particolarmente dubbia anche rispetto alle previsioni dettate in materia dalla normativa unionale sui contratti a termine, anche alla luce dell'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia nel noto caso Mascolo<sup>28</sup>. La Corte ha, difatti, ribadito l'importanza di tutelare i lavoratori contro l'abuso dei contratti a tempo determinato, anche in settori con esigenze specifiche, sottolineando la necessità per gli Stati membri di adottare misure concrete per garantire la qualità del lavoro a tempo determinato e prevenire la

<sup>26</sup> SANTONI, *op. cit.*, 24.

<sup>27</sup> *Ex multis*, Cass., 30 luglio 2013, n. 18263, in *DJ*.

<sup>28</sup> C. giust., 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-418/13. Per un commento AIMO, *I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico*, 2015, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*; CALAFÀ, *Il dialogo multilevel tra le Corti e la "dialettica prevalente": le supplenze scolastiche al vaglio della Corte di giustizia*, in *RIDL*, 1, II, 2015, 336 ss.; DE LUCA, *Un gran arrêt della Corte di giustizia dell'Unione europea sul nostro precariato scolastico statale: il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente (prime note in attesa dei seguiti)*, in *LPA*, 2014, III-IV, 499 ss.; DE MICHELE, *L'interpretazione "autentica" della sentenza Mascolo-Fiamingo della Corte di giustizia UE sulla tutela "energica" del lavoro flessibile alle dipendenze di datori di lavoro pubblici e privati*, in *europeanrights.eu*, 10 gennaio 2015; MENGHINI, *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?*, in *RIDL*, 2015, 1, II, 343 ss.; MISCIONE, *Il Tribunale di Napoli immette in ruolo i precari della Pubblica Amministrazione*, in *Quot. giur.*, 5 gennaio 2015, n. 5; PINTO, *Il reclutamento scolastico tra abuso dei rapporti a termine e riforme organizzative*, in *LPA*, 2015, VI, 915 ss.

precarizzazione (clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, allegato alla Dir. 1999/70/CE).

Esigenze specifiche, quelle del settore spettacolo, passate, poi, al vaglio della Corte europea di Giustizia proprio nel 2015<sup>29</sup>, nel caso dei lavoratori saltuari lussemburghesi. In particolare, nel caso della normativa lussemburghese, ad essere illegittima è l'assenza di previsioni che limitino la durata massima totale di tali contratti o il numero di rinnovi possibili. Tale normativa non è conforme alla clausola 5 dell'accordo quadro in quanto non stabilisce criteri oggettivi e trasparenti per giustificare il rinnovo dei contratti a tempo determinato per i lavoratori saltuari dello spettacolo. Non solo, la definizione di "lavoratore saltuario dello spettacolo" nel diritto lussemburghese non si basa sulla natura temporanea dell'attività, consentendo, quindi, l'utilizzo di questi contratti anche per esigenze di personale permanenti. Di conseguenza, l'obiettivo del Lussemburgo di garantire flessibilità e vantaggi sociali ai lavoratori del settore non può giustificare la completa mancanza di misure contro l'abuso dei contratti a tempo determinato.

Sulle peculiarità del settore lirico, la Corte di Giustizia è, poi, ritornata nel 2018 con la sentenza Sciotto<sup>30</sup>, decretando la non conformità alla clausola 5 summenzionata della normativa italiana che esclude l'applicazione della disciplina generale sui contratti a termine alle fondazioni lirico-sinfoniche. Nello specifico, il principio del concorso pubblico, invocato dalla normativa italiana per giustificare il divieto di conversione, non può essere utilizzato per giustificare una violazione del diritto dell'Unione Europea in materia di lavoro a tempo determinato. D'altronde, evidenzia la Corte europea, le fondazioni lirico-sinfoniche, pur avendo natura privatistica, svolgono un'attività di interesse pubblico e sono finanziate in larga parte con fondi pubblici. Per questo motivo, la normativa italiana non può discriminare i lavoratori di queste fondazioni rispetto a quelli di altri settori, negando loro la tutela contro l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato.

L'impatto – sulla carta estremamente significativo – di questa sentenza è stato quasi immediatamente svilito dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 248 del 2018, ha ribadito il principio del divieto di conversione nel pubblico impiego<sup>31</sup>, creando una situazione di incertezza nell'ordinamento italiano che lasciava presagire la necessità di un intervento del legislatore che, invero, non si è fatto lungamente attendere.

Con il d.l. n. 59 del 2019, convertito dalla legge n. 81 del 2019, sono stati, infatti, aggiunti all'art. 29 del d.lgs. n. 81 del 2015 i commi 3-bis e 3-ter, i quali confermano, nella sostanza,

---

<sup>29</sup> C. giust., 26 febbraio 2015, causa C-238/14, *Commissione contro Granducato di Lussemburgo*, su cui DE MICHELE, *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno*, in GAROFALO (a cura di), *Il contratto a termine nel pubblico impiego dopo la sentenza "Mascolo": il difficile raccordo tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, in *Quaderni Dipartimento Jonico Università di Bari*, 2015, III, 39.

<sup>30</sup> C. giust., 25 ottobre 2018, causa C-331/17, *Sciotto*. Per tutti, RECCHIA, *La disciplina del contratto a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche al vaglio della Corte di giustizia: l'avvio di una possibile inversione di rotta?*, in *LPA*, 2019, II, 273, e NATULLO, *La (in)stabile precarietà del lavoro a termine nelle Fondazioni lirico-sinfoniche*, in *DLM*, 2019, II, 320 ss.

<sup>31</sup> C. cost., 23 maggio 2018, n. 248, in *DJ*.

l'esclusione della disciplina comune del contratto a termine per gli enti lirici, sulla scorta delle esigenze contingenti o temporanee determinate dalla eterogeneità delle produzioni artistiche che rendono necessario l'impiego anche di ulteriore personale artistico e tecnico, confermando espressamente che la violazione di norme inderogabili riguardanti la costituzione, la durata, la proroga o i rinnovi di contratti di lavoro subordinato a tempo determinato, di cui al comma 3-*bis*, non comporta la conversione in contratti a tempo indeterminato ma unicamente il diritto al risarcimento del danno.

Al contempo, il d.l. n.59 del 2019, pur ribadendo la natura privatistica dei rapporti instaurati con le fondazioni, aveva prescritto, al comma 2 dell'art. 22 d.lgs. n. 267 del 1996, l'esperimento di procedure selettive pubbliche, attivate richiamando i principi dell'art. 35, comma 3, del TU per il pubblico impiego, del tutto similmente a quanto accaduto per il personale delle società a controllo pubblico<sup>32</sup> (art. 19, d.lgs. n. 175 del 2016).

L'unico punto, quindi, in cui la c.d. sentenza Sciotto sembra aver lasciato qualche strascico, è la richiesta, contenuta nell'art. 1, comma 3-*bis*, del d.l. n. 59 del 2019, di indicazione puntuale della causale, non bastando all'uopo il mero richiamo all'opera in scena, essendo, per converso necessario far emergere che non si tratti di compiti che possono essere eseguiti in maniera duratura (punto 49), dovendo, invece, essere reso evidente il carattere provvisorio dell'esigenza sottesa al contratto a termine (punti 53 e 54).

La temporaneità nel lavoro nelle fondazioni liriche, quindi, non è un assioma, e con ciò impone la prova della sussistenza di ragioni obiettive per ricorrere alla contrattazione a termine. Occorre, quindi, dimostrare la contingenza determinata dalla varietà delle produzioni artistiche in palinsesto, la specificità dell'apporto lavorativo nonché la funzionalità della qualifica tecnica o artistica del personale avventizio per il buon funzionamento dello spettacolo, in quanto non sostituibile con le prestazioni del personale stabile dell'ente lirico.

A partire dall'assolvimento di questo onere di specificazione, prevalgono, anche secondo le più volte richiamate sezioni unite del 2023, le norme settoriali su evidenziate che giustificano la mancata conversione del rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato, impedita dalle norme speciali che regolano le assunzioni presso le fondazioni lirico-sinfoniche. Tali norme impongono limiti e procedure specifiche per le assunzioni a tempo indeterminato, al fine di contenere la spesa pubblica.

Le sezioni unite del 2023, quindi, riconoscono la particolarità della disciplina del lavoro presso le fondazioni lirico-sinfoniche, giustificata dalla presenza di un forte interesse pubblico, e stabiliscono che la conversione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato non è possibile in quanto contrasterebbe con le norme che regolano le assunzioni in questo settore.

<sup>32</sup> Su cui v., Cass, sez. un., 11 novembre 2019, n. 29078 e i riferimenti alle precedenti pronunce, anche a sezioni unite.

#### 4. L'abuso del contratto a termine: il risarcimento del danno è una misura effettiva? Qualche riflessione anche alla luce delle modifiche del decreto Salva infrazioni

Il riconoscimento, appena menzionato, delle sezioni unite del fondamento della deroga alle norme di diritto comune sull'abuso del contratto a termine, sarebbe poi pienamente compatibile con le istanze eurounitarie di tutela dei lavoratori precari, visto il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno, reputato una misura effettiva. Sempre secondo queste sezioni unite, la CGUE nella pronuncia c.d. Santoro non ha tenuto adeguatamente in conto l'esistenza della misura rimediabile del risarcimento del danno<sup>33</sup> (punto 24).

In estrema sintesi, le sezioni unite ritengono che il riconoscimento del danno comporti la piena conformazione del diritto interno alle prescrizioni unionali.

In verità, si può certamente affermare che la misura risarcitoria non sia ontologicamente priva del requisito dell'effettività e che quest'ultimo non sia un crisma appannaggio della sola rimessione in pristino ma sono necessarie riflessioni ulteriori di ordine sistematico, volte a riempire di contenuto la "pienezza" del risarcimento.

In materia di pubblico impiego un contratto di lavoro a tempo determinato non può essere mai convertito a tempo indeterminato, atteso il divieto contenuto nell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001. Tale divieto è stato ritenuto conforme dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 98 del 2003<sup>34</sup> e non è stato oggetto di modifica nelle successive riforme che hanno regolato il lavoro a tempo determinato. Di conseguenza, il lavoratore può ottenere soltanto un risarcimento per i danni subiti<sup>35</sup> e, a ben vedere, tale previsione non sembra contrastare con la giurisprudenza unionale che non impone la misura ripristinatoria come adeguata ma chiede unicamente agli stati membri di definire un rimedio che possa definirsi effettivo nel caso di abuso da flessibilità.

A tal fine, il *quantum* del risarcimento era stato determinato dall'art. 32, commi 5 e 7, della legge n. 183/2010<sup>36</sup>, che prevedeva un'indennità forfettaria e onnicomprensiva per i danni derivanti dalla nullità del termine, senza necessità di provare concretamente il danno o di costituire formalmente in mora il datore di lavoro<sup>37</sup>. La tutela testé enucleata – anche a

<sup>33</sup> C. giust., 7 marzo 2018, causa C-494/16, in *LDE*.

<sup>34</sup> Cass., sez. I, 21 agosto 2013 n. 19371, in *DJ*.

<sup>35</sup> PINTO, *Il reclutamento delle Fondazioni lirico-sinfoniche fra tradizione e rinnovamento*, in *DLM*, 2019, III, 519 ss.

<sup>36</sup> ZILLI, *Il lavoro flessibile nelle PPA. dopo il Jobs Act*, *LPA.*, 2015, III-IV, 456 ss.; F. CARINCI, BOSCATI, MAINARDI, *Diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2021, 200; BOGHETICH, *Il contratto a tempo determinato*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, 2019, 590; PINTO, *Flessibilità e precarietà nel reclutamento delle amministrazioni pubbliche*, in *LPA*, 2018, 1, 15; FIORILLO, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazione giurisprudenziale*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, 2013, 673. Per la giurisprudenza v. Cass., 21 agosto 2013, n. 19371; Cass., 1° febbraio 2021, n. 2175; Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072 e Cass. 15 febbraio 2019, n. 4657, tutte in *DJ*.

<sup>37</sup> ALAIMO, *Dalla "riforma Madia" al "decreto dignità". Le (poche) novità e le (molte) aporie della disciplina del lavoro a*

parere delle recenti sezioni Unite – non porrebbe il dipendente pubblico in una situazione di sfavore rispetto al lavoratore privato in quanto, mentre per quest’ultimo l’indennità forfettaria limita l’ammontare del danno risarcibile, per il secondo facilita l’onere della prova relativa al danno<sup>38</sup>.

Si tratta di un rimedio, quello risarcitorio, passato in rassegna – seppur nella sua formulazione ante riforma del 2015 e novella del 2019 – dalla CGUE in diverse occasioni, non soltanto rispetto al settore lirico<sup>39</sup>, ma anche con riferimento ad altre forme di precariato, come quello scolastico<sup>40</sup> o di Poste Italiane<sup>41</sup>. In questi pronunciamenti si è escluso che la “ragione obiettiva” del ricorso alla successione dei contratti a termine possa essere ricondotta, *sic et simpliciter*, all’inquadramento in termini pubblicistici dell’ente o alla sottoposizione a vincoli di bilancio<sup>42</sup> e di reclutamento della manodopera<sup>43</sup>. Né, può essere rinvenuta nelle peculiarità del settore lirico giacché, come si è avuto modo di spiegare poc’anzi, la temporaneità non è ontologicamente connessa all’attività ma deve connotare l’esigenza<sup>44</sup>. Il rimedio risarcitorio interno è stato, poi, analizzato anche nella nota sentenza Santoro, richiamata sia dalle Sezioni Unite del 2023 sia dall’ordinanza di rimessione con alcuni fraintendimenti di base. La sentenza unionale, difatti, evidenzia la non adeguata dissuasività dello strumento risarcitorio, (par. 63), giungendo ad affermare che la misura ripristinatoria sia quella più adeguata se si accede a quella applicabili al “diritto comune” (par.

---

*tempo determinato e delle collaborazioni autonome nel settore pubblico*, in CARUSO (a cura di), *La quarta riforma del lavoro pubblico e oltre*, in W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, Collective Volumes, 2019, 8, 109 ss.; FIORILLO, *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Cedam, 2019, 151 ss.; MENGHINI, *I contratti a tempo determinato*, in AA.VV., *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)*, Giappichelli, 2018, 144 ss.; PINTO, *Le assunzioni a termine nelle pubbliche amministrazioni: specialità della disciplina e criticità irrisolte*, in L. ZOPPOLI, SARACINI (a cura di), *Riforme del lavoro e contratti a termine*, ESI, 2017, 225 ss..

<sup>38</sup> V., per tutte, Cass., sez. un., 15 marzo 2016 n. 5072, cit. e Cass., Sez. L, 1° febbraio 2021 n. 2175, cit.

<sup>39</sup> V., ad esempio, C. giust., 26 gennaio 2012, causa C-586/2010, *Kükük*, in *RIDL*, 2012, 3, II, 747, con nota di RICCOBONO.

<sup>40</sup> Rispetto al quale si giunse ad affermare che l’art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, nella parte in cui prevede «il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative», deve essere interpretato con riferimento a fattispecie diverse da quelle del precariato scolastico nel senso che la nozione di danno applicabile nella specie deve essere quella di “danno comunitario”, il cui risarcimento, in conformità con i canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività rispetto al ricorso abusivo alla stipulazione da parte della PA di contratti a termine, è configurabile come una sorta di sanzione *ex lege* a carico del datore di lavoro. Per liquidazione del suddetto danno da perdita del lavoro è utilizzabile come criterio tendenziale, quello indicato dall’art. 8 della l. 15 luglio 1966, n. 604, apparendo, invece, improprio, il ricorso in via analogica sia al sistema indennitario onnicomprensivo previsto dalla l. n. 183 del 2010, art. 32 sia al criterio previsto dall’art. 18 St. Lav., trattandosi di criteri che, per motivi diversi, non hanno alcuna attinenza con l’indicata fattispecie (C. giust., 12 dicembre 2013, causa C-50/13, *Papalia*, in *LPA*, 2013, 1033, con nota di CIMINO. Sull’ordinanza *Papalia*, ALES, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem*, in *RIDL*, 2014, II, 86 ss.; DE MICHELE, *La sentenza integrata” Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, in *IG*, 2014, 241 ss.; NUNIN, *Impiego pubblico, violazione delle regole sul contratto a termine e adeguatezza delle sanzioni: spunti recenti dalla Corte di giustizia*, in *RGL*, 2014, 2, II, 124 ss. Cfr. anche C. giust., 26 novembre 2014, causa C-22/13, *Mascolo*, cit.

<sup>41</sup> C. giust., 1° ottobre 2010, causa C-3/10, *Affattato*, in *RIDL*, 2011, II, 859 ss., con nota di BORZAGA.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> C. giust., 26 novembre 2014, causa C-22/13, *Mascolo*, cit.

<sup>44</sup> RECCHIA, *op. cit.*, 280 ss.

70), a differenza di quanto sostenuto dalle Sezioni Unite del 2023. In questo caso, però, la CGUE muoveva dall'assunto della natura privatistica dell'ente lirico e, dunque, dall'insistenza di ragioni che potessero sorreggere la deroga alla disciplina di diritto comune. Il riconoscimento della natura pubblica, invece, impone un confronto tra lavoratori pubblici e privati che poggia sul riconoscimento dell'adeguatezza della tutela risarcitoria, purché pienamente ristorativa<sup>45</sup>.

E ciò ci conduce al delicato tema dell'asticella della piena riparazione della misura risarcitoria che non può prescindere dal riferimento alle recentissime modifiche legislative (l. 14 novembre 2024, n. 166, di conversione, con modificazioni, del d.l. 16 settembre 2024, n. 131, c.d. "Decreto Salva-infrazioni"), che apporta modifiche importanti in tema di risarcimento da abuso sul contratto a termine vuoi nel pubblico vuoi nel privato<sup>46</sup>.

Concentrando l'attenzione sul primo, estremamente rilevante è la modifica del comma 5 dell'art. 36, d.lgs. n. 165 del 2001, a mente del quale nella specifica ipotesi di danno conseguente all'abuso nell'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, fatta salva la facoltà per il lavoratore di provare il maggior danno, il giudice stabilisce un'indennità nella misura compresa tra un minimo di quattro e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, avuto riguardo alla gravità della violazione anche in rapporto al numero dei contratti in successione intervenuti tra le parti e alla durata complessiva del rapporto. Prima di analizzare l'impatto, in termini di effettività, di questa nuova previsione, occorre risolvere un importante problema di coordinamento della modifica del 2024 con la normativa settoriale che è ancora attualmente in vigore, ossia l'art. 29, comma 3-ter, del d.lgs. n. 81 del 2015, non essendo stata abrogata dal "Decreto Salva-infrazioni". Con riferimento a tale coordinamento sono possibili, invero, due diverse interpretazioni.

Secondo una prima lettura, la mancata abrogazione della normativa speciale poc'anzi citata, dovrebbe farla prevalere sulla disciplina generale, ancorché posteriore, per cui, per

<sup>45</sup> C. giust., 12 dicembre 2013, causa C-50/13, cit. Già Corte giust. 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu e Sardino*, in *RGL*, 2006, II, 601, con nota di GABRIELE; Corte giust., 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, in *DJ*; Corte giust., 7 settembre 2006, causa C-180/04, *Vassallo*, in *IG*, 2006, X, 965, con nota di MISCIONE; Corte giust. 23 aprile 2009, causa C-378/2007, *Angelidaki*, in *FI*, 2009, 11, IV, 496, con nota di PERRINO.

<sup>46</sup> Rispetto al privato, prima dell'intervento, l'art. 28 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 prevedeva che, in caso di trasformazione del contratto da tempo determinato in uno a tempo indeterminato conseguente all'abuso della normativa sui contratti a termine, il giudice condannasse «il datore di lavoro al risarcimento del danno a favore del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto». Con la riforma del 2024, è stata prevista la possibilità per il giudice di stabilire un'indennità in misura superiore se il lavoratore dimostra di aver subito un maggior danno. Di conseguenza, sia nel pubblico sia nel privato, è possibile ottenere la liquidazione del maggior danno. Sarebbe, però, stato certamente opportuno eliminare il riferimento alla onnicomprensività della somma, contenuta nell'art. 28, giacché, con la liquidazione del maggior danno, non può essere più ritenuta tale.

L'art. 11 del D.L. n. 131/2024 ha aggiunto «la possibilità per il giudice di stabilire l'indennità in misura superiore se il lavoratore dimostra di aver subito un maggior danno». Inoltre, è stato abrogato il terzo comma dell'art. 28 del d.lgs. n. 81/2015, che prevedeva la riduzione alla metà della indennità massima di 12 mensilità «in presenza di contratti collettivi che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie».

le fondazioni lirico-sinfoniche, il risarcimento è ancora limitato nei termini anzidetti, ossia quello derivante dalla violazione delle norme imperative (art. 29, comma 3-ter, d.lgs. n. 81 del 2015). Questa interpretazione potrebbe, però, generare una disparità di trattamento difficilmente giustificabile rispetto ad altri lavoratori pubblici che, invece, accedono, come si avrà modo di spiegare, ad una tutela significativamente più effettiva.

È possibile, tuttavia, dare un'altra lettura che poggia sul contenuto del comma 4 dell'art. 29 summenzionato, che fa sempre salva l'applicazione dell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 e, dunque, anche le modifiche apportate dalla nuova disciplina al comma 5 del citato art. 36. Si tratta di una lettura favorita anche dalla previsione del comma 5 *quinquies* dell'art. 36, il quale dispone che «il presente articolo [36], fatto salvo il comma 5, non si applica al reclutamento del personale docente, educativo e amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA), a tempo determinato presso le istituzioni scolastiche ed educative statali e degli enti locali, le istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica». Ciò significa, *a contrario*, che il comma 5 dell'art. 36 resterebbe sempre salvo rispetto alle previsioni della disciplina di settore e che, dunque, le modifiche sullo stesso siano applicabili anche all'ambito lirico. Questa soluzione appare maggiormente plausibile perché più in linea con il dettato normativo e consente di evitare l'affermazione di un possibile trattamento discriminatorio tra lavoratori pubblici.

Stabilito che il c.d. "Salva-infrazioni" potrebbe applicarsi anche ai lavoratori degli enti lirici, occorre chiedersi cosa cambia, in termini di effettività, nel contrasto all'abuso del contratto a termine in ambito pubblico.

Con la riforma del 2024, infatti, è stata ampliata la forbice risarcitoria, rispetto alla quale il danneggiato non è onerato della prova, e si tiene conto – seppur parzialmente – del nocuo patito dal dipendente, visto il riferimento alla gravità della violazione e alla durata complessiva del rapporto.

Si tratta, indubbiamente, di una previsione migliorativa che, però, mostra ancora alcune incertezze, specie per il precariato di lunghissimo corso, nonché un *deficit* di adeguatezza rispetto alla perdita di *chance* di un'occupazione migliore poiché gli unici parametri legislativi per il *quantum* risarcitorio insistono sulla gravità *oggettiva* dell'abuso, rimanendo, invece, sullo sfondo elementi importanti come il reale impatto del precariato sulla ricollocabilità del danneggiato nel mercato del lavoro.

La piena riparazione risulta, quindi, ancora affidata alla prova del maggior danno che rappresenta un onere probatorio di non agevole assoluzione, esponendo, peraltro, al rischio, in caso di soccombenza, del pagamento delle spese di lite. Non si tratta di un "inconveniente di mero fatto"<sup>47</sup> giacché impatta sulla pienezza della riparazione offerta al danneggiato, non ispirandosi ad una prospettiva di solidarietà sostenibile, attenta al bilanciamento dei principi e valori coinvolti.

<sup>47</sup> Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072, cit.

Alla base di questo *deficit* di tutela vi è l'inquadramento del danno da precariato pubblico come non ingiusto perché non *contra ius*, attesa la conformità alla legge delle misure adottate. Questo “scollamento” è emblematico anche nel caso delle stabilizzazioni<sup>48</sup> che, a certe condizioni, sono ritenute una misura soddisfattiva del bene della vita richiesto, con efficacia riparatoria dell'illecito, venendo meno anche il carattere ingiusto del danno<sup>49</sup>.

Pare evidente che, per prevenire gli abusi e garantire tutele adeguate, occorre accogliere, innanzitutto, una dimensione *soggettiva* di ingiustizia del danno che ponga al centro il lavoratore precario. Tale prospettiva consentirebbe di categorizzare il “danno da abuso di flessibilità pubblica” come un danno ingiusto, che può essere provato ricorrendo anche all'utilizzo di presunzioni ovvero a ripartizioni dell'onere della prova maggiormente in linea con il principio di vicinanza della prova, rammentando che l'effettività della tutela si estrinseca anche nell'accessibilità al rimedio. Rispetto, invece, al *quantum*, dovrebbero trovare strada adeguate personalizzazioni fissate, secondo un metodo tabellare *ex lege*, che tengano conto anche della ricollocabilità sul mercato del lavoratore, valutando le condizioni personali e le competenze spese in favore della p.a.

In conclusione, per gli enti lirici, come in generale per tutto il precariato pubblico, la nuova previsione rappresenta certamente un importante passo in avanti ma non si ispira ancora adeguatamente alla prospettiva della piena riparazione del danno, giacché non inquadra correttamente tutti i parametri per la sua quantificazione e non distribuisce adeguatamente l'onere della prova del maggior danno, bilanciando così un utilizzo responsabile della flessibilità e la garanzia ai lavoratori precari di una protezione effettiva.

## **5. La prassi delle transazioni tombali: una discriminazione in cerca di un fattore di rischio?**

Tra le altre questioni che ruotano attorno del precariato lirico, riveste una certa importanza il tema delle transazioni “estorsive” e il suo inquadramento posto a cavallo tra le condotte ritorsive e discriminatorie<sup>50</sup>.

Se si vuol accedere – come pure ha fatto una certa giurisprudenza<sup>51</sup> – alla definizione di questa condotta come discriminatoria, occorre riflettere sul concetto di “convinzioni personali”, oggetto di interpretazioni molto divergenti nella giurisprudenza italiana ed europea.

---

<sup>48</sup> La gestione “scomposta” dell'accesso al pubblico impiego – testimoniata anche dalle numerose stabilizzazioni per legge dei precari, che dovrebbero essere una misura eccezionale (C. cost. 110 del 2023), ma sono sempre più ricorrenti (da ultimo, d.lgs. n. 75 del 2017) – finisce per alimentare il precariato, incrementando il contenzioso multilivello, azionato per l'ineffettività delle misure a contrasto dell'abuso della flessibilità.

<sup>49</sup> Cfr, da ultimo, Cass., 15 dicembre 2023, n. 35145, in *Labor*.

<sup>50</sup> V. Cass. 4 luglio 2024, n. 19188 e Cass. 11 febbraio 2025 n. 3488, a quanto constano inedite.

<sup>51</sup> V. App. Napoli, 12 gennaio 2021 n. 3091, a quanto consta inedita. V. altresì nota 56.

Come già anticipato, la giurisprudenza nazionale ha ampliato la nozione di “convinzioni personali”<sup>52</sup>, emancipandola dal fattore religioso<sup>53</sup>, attribuendo loro la natura di “valvola di chiusura” del sistema antidiscriminatorio<sup>54</sup>. Quest’interpretazione si basa su una lettura sistematica della Dir. 2000/78/CE, alla luce dei principi fondamentali dei Trattati UE, e, nello specifico caso delle discriminazioni per motivi sindacali, sull’idea che l’affiliazione sindacale possa rappresentare la “professione pragmatica di una ideologia”<sup>55</sup>.

La giurisprudenza di merito – sempre nell’ambito del lavoro presso gli enti lirici – ha compiuto un ulteriore passo avanti, riconducendo nella nozione di “convinzioni personali” anche la libertà di autodeterminazione contrattuale del lavoratore<sup>56</sup>. Alla medesima conclusione era giunta la stessa corte d’appello anche qualche anno prima<sup>57</sup>, affermando che le resistenze alla sottoscrizione del verbale siano espressione delle convinzioni personali del lavoratore e qualificchino, per l’effetto, come discriminatoria la condotta datoriale. In particolare, nelle convinzioni personali rientrerebbe qualsiasi pensiero che sia espressione della libertà personale<sup>58</sup>.

Tale interpretazione troverebbe conforto nell’art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali, che elenca in modo non tassativo una serie di fattori di discriminazione, tra cui «le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura». L’eterogeneità delle ipotesi di “discriminazione ideologica” consentirebbe, quindi, di ricomprendervi anche la libertà di scelta contrattuale, rivendicata da un soggetto che voglia preservare il suo diritto all’iniziativa giudiziaria, peraltro costituzionalmente garantito. Ne conseguirebbe l’elezione

<sup>52</sup> Per una analisi sistematica IZZI, *Libertà sindacale e rispetto delle convinzioni personali: la lezione di Pomigliano d’Arco*, in *Studi in memoria di Gianni Garofalo*, Cacucci, 2015, 463 ss. e, più di recente, LASSANDARI, *Rilievi sulla discriminazione per convinzioni personali*, in AIMO, FENOGLIO, IZZI (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, ESI, 2021, 825 ss.; BOSCATI, *Ideologia nel rapporto di lavoro tra tutela dei diritti dei lavoratori e dell’identità valoriale dell’impresa*, in *Jus-online*, 2021, I, 28 ss.; BARBERA, BORELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 451/2022, in particolare 53 ss.

<sup>53</sup> Per una lettura disgiunta dei due fattori, IZZI, *Il velo islamico al lavoro e le discriminazioni per «religione o convinzioni personali» secondo la Corte di giustizia*, in *RIDL*, 2023, I, 1, 165 ss.; CANGEMI, *Sul significato dell’espressione religione o convinzioni personali nella direttiva 2000/78/CE*, in *LG*, 2023, II, 159 s. Per una analisi del fattore religioso e delle esigenze di neutralità, per tutti, PROTOPAPA, *I casi Achbita e Bougnaoui. Il velo islamico tra divieto di discriminazione, libertà religiosa ed esigenze dell’impresa*, in *ADL*, IV-V, 2017 e LO FARO, *Identità religiose, lavoro e diritto: in difesa della neutralità*, in *LD*, I, 2024.

<sup>54</sup> AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, 47, per la quale «convinzione personale è sinonimo di ideologia in senso lato, di opinione, e la sua qualificazione come fattore di differenziazione vietato permette di ritenere discriminatorio qualsiasi trattamento fondato sulla *Weltanschauung* di un individuo, comprensiva delle opinioni morali, filosofiche, ma anche politiche, sindacali, ed ancora delle altre convinzioni di altra natura che connotano l’identità di una persona».

<sup>55</sup> Testualmente, Cass., 2 gennaio 2020, n. 1, in *RIDL*, 2020, 2, II, 377 ss., con nota di TARDIVO.

<sup>56</sup> Il riferimento è a App. Napoli, 3 gennaio 2022, n. 3883, in *GI*, 2022, VI, 1435, con nota di CATAUDELLA. V., anche, MATTEI, *La libertà di autodeterminazione contrattuale è una convinzione personale tutelata dalla normativa antidiscriminatoria?*, in *ADL*, 2022, V, 1031 ss.; D’OTTAVIO, *Alla frontiera del diritto antidiscriminatorio: “convinzioni personali” e libertà di autodeterminazione negoziale*, in *giustiziavivile.com*, 2022 e POSO, *Una ipotesi particolare di discriminazione per convinzioni personali, ossia per la lesione della libertà “ideologica” di autodeterminazione negoziale del lavoratore richiesto di sottoscrivere una conciliazione “tombale”, prima della sua assunzione*, in *Labor*, 28 gennaio 2022.

<sup>57</sup> App. Napoli, 12 gennaio 2021, cit.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

della libertà di autodeterminazione contrattuale a “fattore di rischio” e l'inquadramento della lesione della stessa, nel caso ad esempio di transazioni estorsive, come condotta discriminatoria.

Siffatta conclusione solleva più di qualche dubbio, sebbene si dimostri in linea con una tendenza espansionistica, invero non sempre giustificata, del diritto antidiscriminatorio che sembra rimanere – probabilmente insieme alle norme su salute e sicurezza sul lavoro – l'unico baluardo nell'ambito dell'incertezza che connota l'apparato rimediabile giuslavoristico<sup>59</sup>. Prima di affrontare i diversi dubbi di questa interpretazione giova precisare che non è stata avallata ancora dalla Cassazione, la quale ha affrontato il tema in due occasioni: nella prima, che sarà esaminata nel §6, a partire da una questione processuale, trattandosi di un regolamento di competenza e nella seconda pronunciandosi sul risarcimento seguente ad una simile condotta, qualificata come discriminatoria ma solo per effetto della mancata impugnazione del punto da parte dell'ente lirico<sup>60</sup>. In altri termini, l'inquadramento come discriminatorio della condotta, invero ritorsiva, si è “stabilizzato”, impedendo peraltro anche la proposizione del rinvio pregiudiziale, pure richiesto in merito all'inglobamento delle condotte ritorsive nell'alveo di quelle discriminatorie «allorquando costituiscono la reazione del datore di lavoro alle convinzioni personali manifestate dal prestatore da intendersi in senso ampio, sì da ricomprendersi anche la libera volontà di autodeterminazione negoziale»<sup>61</sup>.

Le perplessità derivano, innanzitutto, dall'interpretazione molto più restrittiva che, di questo fattore di rischio, fornisce la Corte di Giustizia UE. La Corte europea ha, infatti, stabilito che l'espressione “religione o convinzioni personali” nella Dir. 2000/78/CE costituisce un unico motivo di discriminazione, che comprende sia le convinzioni religiose sia le convinzioni filosofiche o spirituali, escludendo le convinzioni politiche e sindacali dall'ambito di applicazione della Direttiva, specificando che essa tutela solo la libertà di coscienza e di religione, non la libertà di espressione in senso ampio<sup>62</sup>.

Secondo la Corte, le “convinzioni personali” devono avere “un certo livello di persuasività, serietà, coesione ed importanza” per poter essere considerate “rilevanti”, e devono rientrare in un'accezione filosofica legata alla concezione dell'esistenza. La CGUE ha, quindi, criticato l'interpretazione estensiva adottata dalla giurisprudenza italiana, ribadendo che la Dir. 2000/78/CE non ha la pretesa di tutelare tutti i motivi di discriminazione, ma solo quelli espressamente previsti.

<sup>59</sup> BARBERA, *Il cavallo e l'asino. Ovvero dalla tecnica della norma inderogabile alla tecnica antidiscriminatoria*, in BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, 2017.

<sup>60</sup> Cass., 11 febbraio 2025, n. 3488, cit.

<sup>61</sup> *Ibidem*, in particolare p. 4.

<sup>62</sup> V. C. giust., 13 ottobre 2022, causa C-344/20, in cui “religion” and “belief” sono posti sullo stesso piano (par. 45). Si v. anche, nell'ambito della dottrina ecclesiastica, VENTURA, *Non-Discrimination and Protection of Diversity and Minorities*, in AA.Vv., *The History of the European Union. Constructing Utopia*, Hart, 2019, 254, ed in particolare «[t]he religious diversity of the European Union is thus a true diversity “of religion and belief” in the sense that it does not limit itself to religions, but extends to every religious or belief-based conviction».

Pur non essendo questa la sede per esaminare *funditus* la questione, deve riconoscersi che i caratteri individuati dalla stessa CGUE per la qualificazione delle “convinzioni personali” – ossia la persuasività, la serietà, la coesione e l’importanza – non sembrano ricorrere per la libertà di autodeterminazione.

In altri termini, l’autodeterminazione negoziale rispetto agli atti dispositivi non è espressione di una “ideologia”, di una “opinione”, di una “convinzione personale” ma è semmai estrinsecazione di un diritto, quello a che la propria volontà dispositiva, abdicativa e transattiva sia libera, genuina, spontanea, non coartata ed incondizionata.

Sebbene la libertà di autodeterminazione sia un valore da proteggere e, per certi versi, da riscoprire, non può di certo essere elevato a “sistema valoriale”, “ideologia” o “convinzione” caratterizzante un gruppo specifico<sup>63</sup>. Richiamando, infatti, i connotati individuati dalla CGUE per l’inquadramento delle convinzioni personali, mancherebbe quel senso di “coesione”, di “opinione” e di “ideologia”, focalizzandosi soprattutto sull’elemento di “persuasività” che dovrebbe agire su convincimenti morali, filosofici, sociali e, più in genere, di scelte riferibili alla sfera intima della coscienza individuale del lavoratore.

Detto diversamente, non ogni situazione di “squilibrio” e “vulnerabilità” implica la sussistenza di un fenomeno discriminatorio, specie laddove, le logiche di potere e di contesto escludano la sussistenza di una dinamica “relazionale” e non si innestino su un “sistema valoriale”. La discriminazione, in questo senso, non è un atto isolato, ma il risultato di una complessa interazione tra la politica aziendale e lo scenario sociale. Nel caso che qui ci occupa, la condotta datoriale non è il prodotto di un dato contesto sociale, economico o culturale ma si configura come una reazione ingiusta e abusiva a un comportamento legittimo del lavoratore, espressione della sua libertà di autodeterminazione negoziale. In questo senso, si tratta di un trattamento pregiudizievole conseguente all’esercizio di un diritto, del tutto parificabile, ad esempio, alla segnalazione operata dal *whistleblower*.

Il riferimento a questo istituto non è casuale giacché il legislatore – già in ambito pubblico con la l. n. 179 del 2017<sup>64</sup> e poi in quello privato con il d.lgs. n. 24 del 2023 – era giunto a parificare le condotte discriminatorie a quelle ritorsive<sup>65</sup>. A dire il vero, all’art. 17 del decreto summenzionato si qualifica alla lettera h) come condotta ritorsiva “la discriminazione o comunque il trattamento sfavorevole”.

<sup>63</sup> CATAUDELLA, *op. cit.*, 1442.

<sup>64</sup> Art. 54-bis, comma 7, della legge n. 179/2017 afferma che: «È a carico dell’amministrazione pubblica o dell’ente di cui al comma 2 dimostrare che le misure discriminatorie o ritorsive, adottate nei confronti del segnalante, sono motivate da ragioni estranee alla segnalazione stessa. Gli atti discriminatori o ritorsivi adottati dall’amministrazione o dall’ente sono nulli».

<sup>65</sup> V. art. 17, comma 2, d.lgs. n. 24/2023 che peraltro inserisce una piena inversione dell’onere della prova: «Nell’ambito dei procedimenti giudiziari o amministrativi o comunque di controversie stragiudiziali aventi ad oggetto l’accertamento dei comportamenti, atti o omissioni vietati ai sensi del presente articolo nei confronti delle persone di cui all’articolo 3, commi 1, 2, 3 e 4, si presume che gli stessi siano stati posti in essere a causa della segnalazione, della divulgazione pubblica o della denuncia all’autorità giudiziaria o contabile. L’onere di provare che tali condotte o atti sono motivati da ragioni estranee alla segnalazione, alla divulgazione pubblica o alla denuncia è a carico di colui che li ha posti in essere».

Sorge, quindi, spontaneo chiedersi se abbia ancora senso distinguere tra le due forme di condotta datoriale illegittime e quale sia il confine, precisando che, ad esempio, in tema di onere della prova non può ritenersi che vi sia una piena parificazione, giacché dell'inversione "pura" gode solo il *whistleblower* mentre in caso di discriminazione vi è solo un'attenuazione.

La distinzione è, purtuttavia, evidente: la condotta ritorsiva non si basa su un fattore di rischio ma è innescata da un *facere* o un *non facere* di un lavoratore che, però, non sia al contempo espressione del suo *essere* e della sua personalità e, dunque, non costituisce una discriminazione, non innestandosi nel sostrato di una prospettiva identitaria in un ambito "aggregato". Quest'ultimo è il vero *discrimen*: la condotta illecita o ritorsiva è una reazione all'esercizio di un diritto individuale che non racconta, però, nulla della personalità del lavoratore che si esprime in una dinamicità esistenziale e nel tempo delle permanenze sociali. Significa, in sintesi, giustapporre "un valore" – la libertà di autodeterminazione negoziale – a un "sistema valoriale", su cui può attecchire la discriminazione. Ne consegue che, una volontà transattiva, espressa sotto l'effetto del ricatto del mancato rinnovo del contratto, è affetta da violenza morale, quale vizio del consenso, se la minaccia era specificamente diretta al fine di estorcere<sup>66</sup> la dichiarazione negoziale della quale si deduce l'annullabilità e se risulti di natura tale da incidere, con efficacia causale concreta, sulla libertà di determinazione del dipendente<sup>67</sup>.

Qualora, invece, il dipendente abbia opposto un netto rifiuto alla sottoscrizione della transazione allora occorre attivare gli strumenti di tutela contro le condotte ritorsive datoriali e far valere la violazione del diritto di precedenza, legittimamente maturato nell'ambito, peraltro, di un settore, quello lirico, che si connota per un ostinato ricorso alla flessibilità, oltre i limiti della ragionevolezza<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Questa condotta può avere anche una rilevanza penale, configurando il reato di estorsione quando il contraente-vittima è costretto a compiere un'azione contraria alla sua autonomia e libertà contrattuale. L'elemento dell'ingiusto profitto a scapito di altri è, difatti, implicito nel fatto che il contraente-vittima è costretto al rapporto in violazione della propria autonomia contrattuale, senza poter perseguire i propri interessi economici nel modo che ritiene più adatto e opportuno (Così, Cass. pen., sez. IV, 4 luglio 2024, n. 27764, in *DJ*. In questo senso, v. anche Cass. pen., sez. II, 19 febbraio 2020, n. 12434; Cass. pen., sez. V, 13 ottobre 2016, n. 9429; Cass. pen., sez. VI, 25 gennaio 2012, n. 9185; Cass. pen., sez. VI, 28 novembre 2013, n. 48461 e Cass. pen., sez. VI, 14 novembre 2008, n. 46058, tutte in *DJ*).

<sup>67</sup> Cass., 1° aprile 2019, n. 9006, *ivi*.

<sup>68</sup> RECCHIA, *op. cit.*, 273.

## 6. I riflessi in tema di competenza del corretto inquadramento della condotta datoriale

La Cassazione si era, invero, già occupata del rapporto condotte ritorsive-discriminatorie in ambito lirico<sup>69</sup>, sebbene a partire da una questione, *prima facie*, squisitamente processuale, relativa all'individuazione del giudice territorialmente competente nell'ambito del reticolato di norme che compongono il *corpus* di diritto antidiscriminatorio.

Nel caso di specie, la tersicorea di fila F.I. adiva il tribunale di Campobasso per l'accertamento di una condotta discriminatoria, perpetrata dalla Fondazione Arena di Verona, consistente nel condizionamento della sua assunzione a termine alla preventiva sottoscrizione di una conciliazione transattiva tombale sulle pregresse vicende giudiziarie relative alla contestazione dell'illegittimità dei contratti a termine stipulati tra il 2008 e il 2021. Al contempo, alla dipendente veniva disconosciuto il diritto di precedenza maturato ai sensi dell'art. 1, commi 4 e 9, del CCNL di settore 2003 e dell'accordo 29.7.2003 ivi confluito.

Il tribunale di Campobasso negava, però, la propria competenza, declinandola in favore del tribunale di Verona, asserendo che la stessa dovesse essere individuata non sulla scorta della previsione dell'art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011 ma dell'art. 38 del d.lgs. n. 198 del 2006. Come noto, il primo incardina la competenza territoriale nel domicilio del dipendente che si assume discriminato, mentre il secondo la radica avendo riguardo al *forum commissi delicti*, ossia il luogo ove il comportamento discriminatorio è stato posto in essere.

Questo conflitto di competenza rappresenta un elemento di irrazionalità della c.d. riforma di semplificazione dei riti, attuata dal d.lgs. n. 150 del 2011<sup>70</sup>, che aveva l'obiettivo di riorganizzare la complessa normativa processuale in tema di discriminazione<sup>71</sup>, unificandone le regole, senza alcun distinguo per oggetto e natura della condotta discriminatoria.

Tra le diverse aporie<sup>72</sup>, certamente rientra l'esclusione delle controversie in materia di discriminazione di genere che continuano ad essere governate dalle previsioni degli artt. 36 ss. del d.lgs. n. 198 del 2006. Più precisamente, l'art. 28, comma 1, del d.lgs. n. 150 del 2011 attrae nel proprio alveo di competenza le controversie di cui agli artt. 44 del d.lgs. n. 286 del 1998, 4 del d.lgs. n. 215 del 2003, 4 del d.lgs. n. 216 del 2003, 3 della l. n. 67 del 2006 e 55-*quinquies* d.lgs. n. 198 del 2006. Per tali controversie, il criterio di competenza territoriale è individuato nel domicilio del ricorrente e, per orientamento costante della Cassazione<sup>73</sup>,

<sup>69</sup> Cass., 4 luglio 2024, n. 19188, cit.

<sup>70</sup> Per tutti, CARRATTA, *La semplificazione dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Giappichelli, 2012.

<sup>71</sup> V. Relazione illustrativa *sub* art. 28.

<sup>72</sup> Parla di approccio "minimalista" e di "scarsa incidenza pratica", CARRATTA, *op. cit.*, 20 ss. Sull'efficienza processuale delle tutele discriminatorie v. NAPPI, *L'inverso rapporto tra polimorfismo e efficienza nelle tutele processuali antidiscriminatorie*, Giornate di Studio AIDLASS – Messina, 23-24 maggio 2024.

<sup>73</sup> In tal senso, *ex multis*, Cass., sez. III, 19 maggio 2004, n. 9567; Cass., 9 giugno 2011, n. 12685; Cass., sez. VI, 29 ottobre 2013, n. 24419; Cass., 12 marzo 2014, n. 5703; Cass., 9 ottobre 2015, n. 20304; Cass., 14 febbraio 2017, n. 3936; Cass., sez. VI, 12 gennaio 2021, n. 296, tutte in *DJ*. In dottrina, per la derogabilità del foro *ex* art. 28, per tutti, CONSOLO, *Prime osservazioni*

la suddetta competenza è da intendersi come funzionale ed esclusiva, dunque inderogabile, con la conseguenza che, neppure in presenza di un interesse del soggetto discriminato, sarebbe possibile agire nel luogo ove è stata commessa la discriminazione<sup>74</sup>.

Del pari, in tema di azioni in materia di discriminazione di genere, ove la controversia sia promossa direttamente in via ordinaria, ai fini dell'individuazione della competenza per territorio occorre far riferimento al criterio del luogo in cui è avvenuto il comportamento denunciato (art. 38 del d.lgs. n. 198 del 2006). Tale foro è da ritenersi esclusivo ed inderogabile non solo rispetto all'azione specificamente prevista dal Codice delle pari opportunità, ma anche con riferimento a quella ordinaria, «avuto riguardo all'importanza primaria che, nel nostro sistema di valori, rivestono le finalità perseguite dal legislatore attraverso la disciplina antidiscriminatoria e all'esigenza di comuni regole processuali atte a garantire una tutela effettiva per l'attuazione dei principi di parità di trattamento»<sup>75</sup>.

È, pertanto, escluso che la scelta del foro possa essere rimessa all'attore, dovendosi procedere identificando la *causa petendi* della controversia sulla base delle allegazioni dei fatti costitutivi della lite: se si lamenta una discriminazione di genere non vi è altra strada che quella del *forum commissi delicti*; se, invece, la condotta insiste sul fattore di rischio "convinzioni personali", allora occorrerà incardinare la lite nel foro del domicilio del dipendente che si assume discriminato.

Questo, dunque, il conflitto di competenza rimesso alla Suprema corte a mezzo di regolamento necessario di competenza *ex art. 42 c.p.c.*<sup>76</sup>, attesa l'ordinanza di declinazione di competenza del tribunale di Campobasso che non aveva, però, deciso nulla nel merito della controversia.

Per dirimere la diatriba, la Cassazione è partita proprio dall'inquadramento della *causa petendi*, operando una riqualficazione dei fatti giuridici dedotti in giudizio, mettendone in discussione la prospettazione fornita dalle parti. Nello specifico, la riflessione è stata incentrata sulla qualificazione del comportamento datoriale, ossia sulla subordinazione della stipulazione del contratto con la tersicorea alla sottoscrizione di un verbale di conciliazione in ordine alle pregresse vicende processuali tra le parti. Ad avviso della Suprema corte, sebbene tale condotta possa essere definita illecita, non si tinge anche di discriminarietà e ciò, indipendentemente dal fattore di rischio che, nella divergente opinione delle parti, poteva venire in rilievo (genere ovvero convinzioni personali, *ex art. 15, comma 2, St. Lav.*).

introduttive sul d.lgs. 150/2011 di riordino (e relativa "semplificazione") dei riti settoriali, in *CG*, 2011, II, 1485 ss. e MENICUCCI, *Questioni di competenza e di rito nelle controversie in materia di discriminazione*, in *IG*, 2019, VI, 561.

<sup>74</sup> GUARISO, *La tutela giurisdizionale*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, 2019, Giappichelli, 450 ss.

<sup>75</sup> Così Cass., sez. VI, 17 giugno 2021, n. 17392, in *DJ*. In senso conforme anche Cass., 12 gennaio 2021, n. 296, cit., e Cass., 15 novembre 2012, n. 20091, *ivi*.

<sup>76</sup> Sul regolamento di competenza, per tutti, FABBI, *Sub. art. 42*, in AULETTA (a cura di), *Il Regolamento di giurisdizione e di competenza. Composizione del tribunale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, 2019, 72 ss.

Proprio rispetto alle convinzioni personali, la sentenza, pur richiamando un'interpretazione estensiva della formula<sup>77</sup>, esclude che possano ricorrere nel caso di specie giacché, sebbene il condizionamento espresso dalla condotta datoriale incida sulla libertà di autodeterminazione, non influenza un preesistente convincimento personale della lavoratrice né indizia un'opinione specifica su un dato tema. Per effetto, quindi, della riconduzione della *causa petendi* in una condotta illecita ma non discriminatoria del datore di lavoro, tornano a riespandersi i “normali” criteri di competenza territoriale ai sensi dell'art. 413 c.p.c.<sup>78</sup>.

## 7. Qualche conclusione, anche alla luce del nuovo rinvio pregiudiziale alla CGUE

L'eterogeneità delle questioni affrontate impone di provare ad individuare alcuni punti fermi. Il primo è certamente che il rifiuto di sottoscrivere una transazione, posto come condizione essenziale per la stipula di un ulteriore contratto a termine, non costituisce una discriminazione perché non rientra nella nozione di “convinzioni personali”, essendo, invece, espressione della libertà di autodeterminazione negoziale degli individui. In questi casi è, pertanto, corretto il richiamo ad una condotta ritorsiva del datore di lavoro, con accesso alle relative tutele e può affermarsi che non si tratta di discriminazione perché manca il fattore di rischio.

Rispetto, invece, alla tematica dell'abuso del contratto a termine, occorre definire diversi nodi essenziali. Il primo è quello della qualificazione delle fondazioni lirico-sinfoniche come enti pubblici, giacché, diversamente, non troverebbe spazio il richiamo al divieto di stabilizzazione in violazione dell'art. 97 Cost.

L'analisi condotta mostra chiaramente la natura, almeno, ibrida degli enti lirici: sono formalmente privati ma sostanzialmente pubblici. Fatta questa necessaria premessa, occorre chiedersi se il carattere ibrido delle fondazioni liriche consenta loro di accedere a tutta la normativa pubblica o se, invece, il rapporto di lavoro debba considerarsi “privato”, come afferma anche la giudice del rinvio pregiudiziale, operato dal Tribunale di Milano<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> La pronuncia richiama Cass., sez. un., 21 luglio 2021, n. 20819, in *ADL*, 2021, VI, 1410 ss., con nota di PERUZZI. Invero, questa estensione può ricondursi già al caso Fip/Fiom, su cui v. BARBERA, PROTOPAPA, *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, in *RGL*, 2014, 2, II, 163 ss.; TARQUINI, *La discriminazione per ragioni di affiliazione sindacale: il divieto che visse due volte*, in *LDE*, 2020, II, 1; BORELLI, GUARISO, LAZZERONI, *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, cit., 165; DE STEFANO, “*Caso Fiat*”, *affiliazione sindacale e tutela antidiscriminatoria: una lettura fondata sulle fonti internazionali ed europee*, in *ADL*, 2013, II, 374 ss. In senso critico, VALLEBONA, *Le discriminazioni per “convinzioni personali” comprendono anche quelle per affiliazione sindacale: un'altra inammissibile stortura a favore di Fiom Cgil*, in *MGL*, 2012, VIII-IX, 622.

<sup>78</sup> Per tutti, DE ANGELIS, *La competenza per territorio*, in BORGHESI, DE ANGELIS, *Il processo del lavoro e della previdenza*, Utet, 2013, 136 ss.

<sup>79</sup> Trib. Milano, 7 ottobre 2024, a quanto consta inedita

Su questo punto, si è già richiamato il differente approccio tenuto a livello interno e unionale: all'applicazione europea della c.d. "teoria del contagio", per cui ragioni di certezza del diritto impongono l'applicazione della disciplina pubblica nella sua interezza, si contrappone la giurisprudenza nazionale che sposa la "teoria dell'organismo pubblico in *parte qua*"<sup>80</sup>, ossia la possibilità che al medesimo ente, a seconda della funzione che è chiamato a svolgere, si possano applicare entrambe le discipline.

Orbene, tenendo in disparte le peculiarità del caso del rinvio milanese, sembra potersi affermare che se a un rapporto di lavoro si accede mediante concorso pubblico, regolato da un apparato di norme pubblicistiche, bandito sulla base di esigenze di spesa delineate a partire da finanziamenti pubblici, questo sia soggetto alla disciplina pubblicistica nella sua interezza. In altri termini, l'accesso mediante concorso è un indice così sintomatico della pubblicità del rapporto di lavoro sia da "contagiare" un ente privato e sia da imporre, in *parte qua*, l'applicazione della normativa pubblica al dipendente.

Ciò porta a non condividere l'assunto della giudice del rinvio pregiudiziale in ordine alla natura contrattualizzata dell'impiego negli enti lirici<sup>81</sup> e, per l'effetto, a spostare l'analisi sull'effettività rimedio risarcitorio in luogo di quello ripristinatorio, cui non si può accedere nel caso di violazione della normativa sul contratto a termine in ambito pubblico.

Su questo punto si è già avuto modo di disquisire rispetto alla prospettiva ristorativa del danno subito dal lavoratore precario. Residua da analizzare, però il profilo della deterrenza che pure viene in rilievo quando si affronta il tema dell'effettività di una sanzione.

Anche su questo elemento la Cassazione ha avuto modo di esprimersi di recente, sebbene a partire, come già spiegato, dalla cristallizzazione della qualificazione delle transazioni estorsive come discriminatorie per effetto della mancata impugnazione della questione da parte dell'ente lirico<sup>82</sup>.

In particolare, il *vulnus* atteneva al danno non patrimoniale, alla cui liquidazione si ricollega l'effetto deterrente della sanzione<sup>83</sup>, che era stato negato in secondo grado di giudizio perché non provato. Nello specifico, la corte territoriale aveva, secondo la Cassazione, errato nel non applicare l'art. 28 del d.lgs. 150 del 2011 che menziona espressamente il danno non patrimoniale e la sua risarcibilità.

Orbene, a prescindere dal richiamo non condivisibile alla condotta discriminatoria per tutte le ragioni esposte, rispetto al profilo dell'effettività della misura a contrasto del precariato lirico non può non evidenziarsi che la mancata liquidazione del danno non patrimo-

<sup>80</sup> CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali*, in (a cura di) SANDULLI, *Organismi e imprese pubbliche*, Giuffrè, 2004. In giurisprudenza si segnala, invece, Tar Lazio-Roma, sez. III-ter, 26 febbraio 2003, n. 1559, in riferimento ai gestori di aeroporti, passata in giudicato, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>81</sup> *Contra* NATULLO, *GIORNALE, Il contratto a termine nel settore dello spettacolo*, in *DLM*, 2016, I, 131.

<sup>82</sup> Cass. 11 febbraio 2025, n. 3488, cit.

<sup>83</sup> La suprema corte richiama anche C. giust. 15 aprile 2021, causa C-30/19.

niale eliderebbe la “quota parte” della deterrenza della sanzione, che ormai trova pacifico riconoscimento nella polifunzionalità del danno<sup>84</sup>.

Il diritto alla liquidazione del danno non patrimoniale sorge per effetto della violazione dei diritti costituzionalmente garantiti, dei diritti inviolabili e dei diritti fondamentali della persona<sup>85</sup>, tra cui rientra certamente anche la libertà di autodeterminazione negoziale. Ne consegue che anche questo danno, da liquidarsi in via equitativa, debba rientrare nella ristorazione richiesta ad una misura che ambisce ad essere effettiva, nell’ambito del danno da abuso di flessibilità (anche pubblica).

---

<sup>84</sup> Si rinvia sul tema all’opera monografica di BIASI, *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro: compensazione, sanzione, deterrenza*, Giuffrè, 2022.

<sup>85</sup> Cass. 2 novembre 2021, n. 31071, in *DJ*.

CORTE DI CASSAZIONE, sez. lav., sentenza 5 giugno 2024, n. 15723; Pres. Manna – Est. Ponterio; EP S.p.A. (Avv. Mattiuzzo) c. C.M. (Avv. Tomasiello).  
*Conferma App. Napoli, sent. n. 4330/2022*

## **Persona con disabilità – Superamento periodo di comportamento – Accomodamenti ragionevoli – Recesso – Licenziamento discriminatorio.**

*Il rischio aggiuntivo di essere assente dal lavoro per malattia di un lavoratore disabile deve essere tenuto in conto nell'assetto dei rispettivi diritti e obblighi in materia, con la conseguenza che la sua obliterazione in concreto, mediante applicazione di un periodo di comportamento identico a quello applicato ai lavoratori non disabili, costituisce condotta datoriale indirettamente discriminatoria e, perciò, vietata.*

## Licenziamento per superamento del periodo di comportamento e disabilità

### Stefano Caffio

*Ricercatore di Diritto del lavoro nell'Università di Bari Aldo Moro*

**SOMMARIO:** 1. Il caso. – 2. Il quadro normativo. – 3. La tutela antidiscriminatoria in favore dei disabili e gli accomodamenti ragionevoli nella giurisprudenza. – 4. La differenziazione del periodo di comportamento quale accomodamento ragionevole: condizioni e limiti.

*Sinossi:* Muovendo da una sentenza della Corte di cassazione, il contributo esamina le condizioni in presenza delle quali il licenziamento per superamento del periodo di comportamento, nel caso di specie adottato nei confronti di una lavoratrice disabile, può configurare una discriminazione indiretta, soffermandosi sulla funzione antidiscriminatoria attribuita all'istituto dell'accomodamento ragionevole e all'ampiezza e al contenuto degli obblighi datoriali di adottare "soluzioni" (anche organizzative) idonee a garantire «la piena attuazione del principio di parità di trattamento e delle pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità»<sup>1</sup>, non trascurando il ruolo che potrebbe svolgere, in tale ambito, l'autonomia negoziale collettiva.

*Abstract:* *Starting from a decision of the Court of Cassation, the contribution examines the conditions under which dismissal for exceeding the period of time off work, in this case adopted against a disabled employee,*

<sup>1</sup> Art. 2, comma 1, l. 1° marzo 2006, n. 67.

*may result in indirect discrimination, focusing on the anti-discrimination function attributed to the institution of reasonable accommodation and the extent and content of the employer's obligations to adopt 'measures' (including organisational) suitable to ensure 'the full implementation of the principle of equal treatment and equal opportunities for persons with disabilities', not disregarding the role that collective bargaining autonomy could play in this field.*

## 1. Il caso

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione si pronuncia sulla tutela contro le discriminazioni basate sulla disabilità, dichiarando nullo il provvedimento di licenziamento adottato nei confronti di una lavoratrice per superamento del periodo di comporta, a causa di assenze per malattia in buona parte dovute a una patologia oncologica<sup>2</sup> a fronte della quale le era stata riconosciuta la condizione di disabilità.

Il Supremo collegio, nel confermare la decisione dei giudici del merito<sup>3</sup>, si conforma agli indirizzi espressi in alcuni recenti precedenti della stessa Corte ivi richiamati<sup>4</sup> nonché ai principi sanciti dalla Corte di giustizia dell'Ue con riferimento alla Dir. 2000/78/CE<sup>5</sup>, affermando che costituisce discriminazione indiretta fondata sulla disabilità l'applicazione a lavoratori e lavoratrici disabili e non di un regime indifferenziato ai fini del calcolo della durata del periodo di conservazione del posto (disciplinata dal contratto collettivo), in quanto i primi sono esposti a un più elevato rischio di assenze per malattia, cumulandosi a quelle per morbilità comune, le altre collegate, appunto, alla disabilità<sup>6</sup>. Sicché un trattamento identico – a prescindere dalla durata più o meno lunga del periodo di comporta – finisce per porre in condizione di svantaggio (integrando un condotta indirettamente discriminatoria) i dipendenti affetti da disabilità. Peraltro, secondo la Corte, il trattamento discriminatorio non può essere escluso in ragione della previsione dell'art. 51 del c.c.n.l. applicato dalla datrice di lavoro di un ulteriore periodo di aspettativa non retribuita di durata pari a quattro mesi, di cui possono fruire tutti i lavoratori e le lavoratrici che abbiano necessità di assentarsi per malattia oltre i limiti del comporta ordinariamente stabiliti dal contratto collettivo in quanto, se è pur vero, come sostenuto da parte datoriale, che tale istituto costituisce una forma di tutela aggiuntiva, è altrettanto vero che esso non può essere considerato un accomodamento

<sup>2</sup> Il periodo massimo di assenza per malattia con diritto alla conservazione del posto previsto dal c.c.n.l. applicato è pari a 365 giorni nel triennio (art. 51 c.c.n.l. per le imprese di pulizia e multiservizi); la lavoratrice si era assentata per complessivi 373 giorni nel triennio, di cui 246 imputabili alla patologia invalidante.

<sup>3</sup> La Corte d'appello aveva respinto il ricorso della datrice di lavoro, confermando la nullità del licenziamento dichiarata nel primo grado di giudizio.

<sup>4</sup> Cass., 31 marzo 2023, n. 9095, Cass., 22 maggio 2024, n. 14316 e Cass., 23 maggio 2024, n. 14402 a cui si aggiunge Cass., 31 maggio 2024, n. 15282, di pochi giorni precedente la decisione qui commentata, tutte consultabili in [www.itagiure.giustizia.it](http://www.itagiure.giustizia.it).

<sup>5</sup> C. giust., 18 gennaio 2018, causa C-270/16, Carlos Enrique Ruiz Conejero, in <http://curia.europa.eu>.

<sup>6</sup> Cass., 5 giugno 2024, n. 15723, §§ 10 – 12.

ragionevole «trattandosi di un rimedio non idoneo a elidere la situazione di svantaggio in cui può trovarsi il lavoratore disabile rispetto agli altri lavoratori» in quanto riconosciuto alla generalità dei dipendenti e ciò a prescindere dal rilievo che la concessione dell'aspettativa *de qua* è rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro<sup>7</sup>.

La decisione, richiamata nei suoi passaggi essenziali, è interessante perché offre l'occasione di riflettere non solo sulle condizioni in presenza delle quali il licenziamento per superamento del periodo di comportamento può configurare una discriminazione indiretta, ma anche sulla funzione antidiscriminatoria attribuita all'istituto dell'accomodamento ragionevole e all'ampiezza e al contenuto degli obblighi datoriali di adottare "soluzioni" (anche organizzative) idonee a garantire «la piena attuazione del principio di parità di trattamento e delle pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità»<sup>8</sup>, non trascurando il ruolo che potrebbe svolgere l'autonomia negoziale collettiva, peraltro, chiamata in causa nella controversia oggetto della decisione commentata in ragione del fatto che la disciplina della durata del periodo di comportamento è, come noto, materia di contrattazione collettiva.

## 2. Il quadro normativo

Centrale nella controversia è l'effetto discriminatorio prodotto dall'uniformità di trattamento in materia di durata del comportamento applicato a dipendenti con disabilità e non, quindi, dall'applicazione di una regola apparentemente neutra, condotta questa che, tuttavia, secondo l'indirizzo seguito dalla Suprema corte, configura, al contempo, un'ipotesi di mancata predisposizione di accomodamenti ragionevoli. È dunque, da una sia pure sintetica ricostruzione del quadro normativo in materia che occorre prendere le mosse per illustrare la portata e le ricadute della sentenza commentata.

La disciplina della tutela antidiscriminatoria per lavoratori e lavoratrici disabili e degli accomodamenti ragionevoli, come noto, è contenuta in una pluralità di fonti multilivello a cui, di recente, si è aggiunto il d.lgs. 3 maggio 2024, n. 62.

La principale di esse è il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, attuativo della Dir. 2000/78/CE<sup>9</sup>, che dopo aver definito le nozioni di discriminazione diretta<sup>10</sup> e indiretta<sup>11</sup> e l'ambito di applicazione del principio di parità di trattamento<sup>12</sup> nonché le condizioni a fronte delle quali

<sup>7</sup> Cass., 5 giugno 2024, n. 15723, § 15.

<sup>8</sup> Art. 2, comma 1, l. 1 marzo 2006, n. 67.

<sup>9</sup> Il d.lgs. n. 216/2003 ha anche integrato l'art. 15, comma 2, l. 20 maggio 1970, n. 300, aggiungendo ai fattori di discriminazione già previsti dalla norma quelli fondati su handicap, età, orientamento sessuale e convinzioni personali.

<sup>10</sup> Art. 2, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 216/2003.

<sup>11</sup> Art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 216/2003.

<sup>12</sup> Art. 3, comma 1, d.lgs. n. 216/2003.

le differenze di trattamento non costituiscono discriminazione<sup>13</sup>, al comma 3-*bis*, prevede l'obbligo per tutti i datori di lavoro, pubblici e privati, di adottare accomodamenti ragionevoli, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. Tale comma è stato introdotto<sup>14</sup> all'esito della condanna dell'Italia, nel 2013, a causa della non corretta attuazione della dir. 2000/78/CE<sup>15</sup>, ritenuta incompleta dalla Corte di giustizia con specifico riferimento all'art. 5 della direttiva che prevede le c.d. "soluzioni ragionevoli", vale a dire l'insieme di quelle misure che i datori di lavoro devono adottare, ove ve ne sia necessità in funzione delle situazioni concrete e nei limiti della sostenibilità organizzativa ed economica e che riguardano diversi aspetti delle condizioni di lavoro, al fine di consentire ai disabili di accedere a un impiego, di svolgerlo, di avere una promozione e di ricevere la formazione.

La formulazione delle previsioni contenute nel comma 3-*bis* ha risentito dell'adozione, *medio tempore*, della Convenzione ONU 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con disabilità<sup>16</sup>, ratificata dall'Italia con l. 3 marzo 2009, n. 18 e approvata dall'Unione europea con decisione del Consiglio 26 novembre 2009, n. 2010/48/CE<sup>17</sup>.

Come rilevato in dottrina<sup>18</sup>, la Convenzione Onu del 2006 ha «avviato una rivoluzione copernicana per quanto riguarda la definizione del concetto di "disabilità"» che ora non attribuisce più rilevanza esclusiva alle menomazioni fisiche, psichiche e sensoriali ma «pone l'accento soprattutto sulle barriere di qualsiasi natura, fattuale o normativa, che, considerate le condizioni dell'individuo, ne ostacolano la piena partecipazione e l'inclusione sociale».

Tale rilievo induce a considerare ancor più inspiegabile<sup>19</sup> l'iniziale omissione nella legislazione nazionale della trasposizione della parte più innovativa della direttiva europea del 2000 – ci si riferisce all'obbligo per i datori di lavoro di adottare le «soluzioni ragionevoli»

<sup>13</sup> Art. 3, comma 3, d.lgs. n. 216/2003

<sup>14</sup> Ex art. 9, c. 4-*ter*, d.l. 28 giugno 2013, n. 76 convertito nella l. 9 agosto 2013, n. 99.

<sup>15</sup> Il riferimento è a C. giust. 4 luglio 2013, causa C-312/11, Commissione europea/Repubblica Italiana, in *RDSS*, 2013, 3, 623, con nota di MARASCA. In tema v. altresì i commenti di CINELLI, *Insufficiente per la Corte di Giustizia la tutela che l'Italia assicura ai lavoratori disabili: una condanna realmente meritata?*, in *RIDL*, 2013, II, 935 e di CIMAGLIA, «Niente su di noi senza di noi»: la Corte di giustizia delinea il nuovo diritto al lavoro dei disabili, in *RGL*, 2013, II, 399, nonché RICCARDI, *Disabili e lavoro*, Cacucci, Bari, 2018, 188 ss.

<sup>16</sup> Come si evince dal fatto che nonostante il d.lgs. n. 216/2003 sia attuazione della Dir. 2000/78/CE in cui si utilizza la locuzione «soluzioni ragionevoli», nel comma 3-*bis* si fa riferimento agli «accomodamenti ragionevoli» come definiti dall'art. 2, della Convenzione ONU del 2006, ossia «le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali».

<sup>17</sup> Invero, già gli artt. 21 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE avevano stabilito principi fondamentali in tema di tutela della disabilità.

<sup>18</sup> TOPO, *Nuove tecnologie e discriminazioni*, Relazione al XXI Congresso nazionale AIDLASS, sul tema *Diritto antidiscriminatorio e trasformazioni del lavoro*, Messina, 23-25 maggio 2024, 45 - 46, in *www.aidlass.it*.

<sup>19</sup> BARBERA, *Le discriminazioni bastate sulla disabilità*, in BARBERA, (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, 81.

di cui all'art. 5 – ma anche il colpevole ritardo con il quale si è proceduto ad adeguare l'ordinamento interno ai principi stabiliti nel diritto sovranazionale e internazionale, specie ove si consideri che la Convenzione include nella nozione di discriminazione basata sulla disabilità il rifiuto di accomodamenti ragionevoli<sup>20</sup>.

Ad ogni buon conto, la lacuna può considerarsi, allo stato attuale, sanata – oltre che per effetto dell'intervento operato con il d.l. n. 76/2013 - anche alla luce del d.lgs. n. 62/2024 che, tra l'altro, ha introdotto l'art. 5-*bis* nella legge 5 febbraio 1992, n. 104<sup>21</sup>. Trattasi di disposizioni di carattere generale (non riguardanti, cioè, specificamente le condizioni di lavoro) che, dopo aver definito «l'accomodamento ragionevole» riprendendone i contenuti dalla definizione *ex art.* 2 della Convenzione ONU del 2006<sup>22</sup> (peraltro, espressamente richiamato), ne determinano anche le modalità attuative precisando che il diritto è riconosciuto nei casi in cui l'applicazione delle disposizioni di legge non garantisce, a condizione di uguaglianza con gli altri cittadini, l'esercizio effettivo dei diritti civili e sociali e che l'istituto ha natura sussidiaria, non sostituendo il diritto al pieno accesso alle prestazioni, ai servizi e ai sostegni previsti dalla legge vigente.

Inoltre, dalla lettura delle nuove disposizioni traspare l'incorporazione nelle fonti legali di alcuni approdi giurisprudenziali in materia di accomodamenti ragionevoli (su cui, *infra* § 3), con l'effetto di rendere più espliciti (e, forse, più chiari) i criteri a cui fare riferimento ai fini del corretto adempimento da parte dei datori di lavoro (ancorché a essi non applicabili in quanto tali) nell'attuazione delle misure di supporto necessitate dall'occupazione di persone con disabilità. Infatti, il comma 5 dell'art. 5-*bis*, l. n. 104/1992, specifica (se si vuole, pleonasticamente, dato il richiamo – nel 1° comma della medesima disposizione – alla definizione di accomodamento ragionevole contemplata dalla Convenzione ONU) che l'accomodamento deve essere «necessario, adeguato, pertinente e appropriato rispetto all'entità della tutela da accordare e alle condizioni di contesto nel caso concreto, nonché compatibile con le risorse effettivamente disponibili allo scopo».

Nei commi successivi dell'art. 5-*bis*, vengono disciplinate alcune garanzie procedurali in merito sia alla fase di individuazione delle misure in cui può concretarsi l'accomodamento ragionevole, prevedendosi la partecipazione della persona con disabilità (direttamente, ove abbia capacità di agire ovvero per il tramite di altro soggetto legittimato) unitamente alla possibilità di formulare una proposta<sup>23</sup>, sia nel processo di attuazione da parte del

<sup>20</sup> Art. 2, Convenzione ONU 13 dicembre 2006.

<sup>21</sup> Disposizione introdotta dall'art. 17, comma 1, d.lgs. 3 maggio 2024, n. 62.

<sup>22</sup> L'art. 5-*bis*, comma 1, l. n. 104/1992, testualmente prevede che «[...] l'accomodamento ragionevole, ai sensi dell'articolo 2 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità [...] individua le misure e gli adattamenti necessari, pertinenti, appropriati e adeguati, che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo al soggetto obbligato».

<sup>23</sup> Art. 5-*bis*, commi 3 e 4, l. n. 104/1992. La legittimazione alla partecipazione alla fase di individuazione dell'accomodamento ragionevole è attribuita al disabile, ovvero all'esercente la responsabilità genitoriale in caso di minore, al tutore ovvero all'amministratore di sostegno se dotato dei poteri.

soggetto obbligato (pubblica amministrazione, concessionario di pubblico servizio o soggetto privato).

Completa il quadro la disciplina della tutela giudiziaria delle persone con disabilità, regolata dalla legge n. 67/2006, che all'art. 2, riprende – limitatamente alla disabilità – le definizioni di discriminazione diretta e indiretta di cui all'art. 2, comma 1, lett. a) e b), d.lgs. n. 216/2003 e, per effetto delle modifiche introdotte con il d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, assoggetta i giudizi civili concernenti gli atti e i comportamenti discriminatori verso i disabili al rito regolato dall'art. 28 dello stesso decreto delegato del 2011, applicabile a tutte le controversie in materia di discriminazione<sup>24</sup> con conseguente attenuazione degli oneri di allegazione di cui è gravato il ricorrente (presunta) vittima di atti discriminatori<sup>25</sup>. Per espressa previsione dell'art. 5-*bis*, l. n. 104/1992, tale speciale tutela giudiziaria trova coerentemente applicazione anche nelle ipotesi di diniego dell'accomodamento ragionevole proposto – potendo risultare condotta discriminatoria, ove non sorretto da legittime motivazioni – da parte della pubblica amministrazione ovvero del concessionario di pubblico servizio o del privato, con l'ulteriore possibilità per la persona con disabilità o per l'istante (se soggetto diverso) nonché per le associazioni legittimate ad agire ai sensi dell'art. 4, l. n. 67/2006, di richiedere all'Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità l'accertamento della sussistenza di discriminazione per rifiuto di accomodamento ragionevole<sup>26</sup>.

### 3. La tutela antidiscriminatoria in favore dei disabili e gli accomodamenti ragionevoli nella giurisprudenza

Come è possibile evincere dalla breve ricostruzione del quadro normativo, l'obbligo di adottare “soluzioni ragionevoli”, quale comportamento attivo strumentale a rimuovere gli ostacoli alla partecipazione alla vita sociale (e lavorativa) dei disabili e perciò complementari rispetto ai divieti di discriminazione<sup>27</sup>, non ha contenuto e oggetto determinati, lasciando ai datori di lavoro *in primis* e all'attività ermeneutica dei giudici il compito di individuare quali siano le misure qualificabili come tali. L'assenza di indicazioni specifiche in merito, secondo la giurisprudenza, costituisce una scelta deliberata, «nell'impossibilità di una tipizzazione delle condotte prescrivibili»<sup>28</sup> dovendosi stabilire, caso per caso, quali siano i provvedimenti

<sup>24</sup> Art. 3, l. n. 67/2006.

<sup>25</sup> In argomento, v. MARESCA, *Disabilità e licenziamento per superamento del periodo di comporto*, in *LDE*, 2/2024, 10 ss.

<sup>26</sup> Art. 5-*bis*, commi 7-11, l. n. 104/1992.

<sup>27</sup> RICCARDI, op. cit., 185, a cui si rinvia per altri riferimenti in argomento.

<sup>28</sup> Cass., 9 marzo 2021, n. 6497, § 5.1., in *RIDL*, 2021, II, 597 ss., con nota di ALESSI.

“appropriati” con l’ulteriore precisazione che, per essere considerati doverosi, non devono comportare per il datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato<sup>29</sup> ed eccessivo<sup>30</sup>.

La nozione di soluzioni ragionevoli accolta dalla Corte di giustizia si fonda su un criterio teleologico dovendosi intendere per tali gli adattamenti (anche organizzativi) mirati «all’eliminazione delle barriere di diversa natura che ostacolano la piena ed effettiva partecipazione dei disabili alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori»<sup>31</sup>.

Al cospetto del carattere ampio e indefinito che a queste espressioni può attribuirsi<sup>32</sup>, ai fini della ricerca e della concreta individuazione delle soluzioni ragionevoli, la giurisprudenza per un verso, ha attinto dall’ampiezza (esemplificativa) del considerando n. 20 della Dir. n. 2000/78/CE per individuare in cosa possono concretizzarsi le soluzioni ragionevoli (genericamente definite come «misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell’handicap, ad esempio sistemando i locali o adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti o fornendo mezzi di formazione o di inquadramento»); per altro verso, ha stabilito che la “proporzionalità” e la non eccessività devono essere valutate con riferimento agli oneri imposti al datore di lavoro e ai riflessi che gli adattamenti organizzativi producono anche sulle altre posizioni di lavoro<sup>33</sup>.

Quanto al primo dei parametri menzionati, la valutazione di proporzionalità dell’onere di cui può essere gravato il datore di lavoro per la predisposizione delle soluzioni ragionevoli è di complessa determinazione nel caso concreto data l’inesistenza di criteri oggettivi<sup>34</sup>. Gli unici riferimenti normativi concernenti la sostenibilità economica degli accomodamenti si rinvencono nel considerando n. 21 della Dir. 2000/78/CE in virtù del quale la proporzionalità degli oneri determinati dalle soluzioni ragionevoli impone di «tener conto in particolare dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell’organizzazione o dell’impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni». Criterio, questo, ripreso e ribadito nell’art. 5 della direttiva in cui si considera non sproporzionato l’onere «compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili»<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> Art. 5, dir. n. 2000/78/CE.

<sup>30</sup> Art. 2, Convenzione ONU 13 dicembre 2006. In tema RICCARDI, op. cit., 194-195; D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *ADL*, 2019, I, 1211 ss.

<sup>31</sup> C. giust., 11 aprile 2013, cause C-335/11 e C-337/11, HK Danmark; C. giust., 4 luglio 2013, C-312/11, cit.; C. giust. 11 settembre 2019, causa C-397/18, DW/Nobel Plastiques Ibérica SA; C. giust., 10 febbraio 2022, causa C485/20, HR Rail SA.

<sup>32</sup> Secondo CINELLI, op. cit., 937, la presenza nella nozione di accomodamento ragionevole di cui all’art. 2, della Convenzione ONU, «di aggettivi e concetti da “riempire” di contenuti concreti (“necessario”, “appropriato”, “non sproporzionato”, “non eccessivo”, “casi particolari”, ecc.) sembra suggerire che tale norma, più che una “definizione”, detti una regola suscettibile di essere accostata alla categoria delle clausole generali».

<sup>33</sup> In tal senso, Cass., 9 marzo 2021, n. 6497; Cass., 19 dicembre 2019, n. 34132 e Cass., 19 marzo 2018, n. 6798. In tema, di recente, v. LIMENA, *Gli accomodamenti sempre più ragionevoli nel diritto vivente, nell’ottica antidiscriminatoria*, in *q. Riv.*, 1/2025, 73 ss.

<sup>34</sup> In tal senso, D. GAROFALO, op. cit., 1230 ss.

<sup>35</sup> In giurisprudenza, Cass., 26 febbraio 2024, n. 5048.

Nell'ordinamento italiano esistono diverse forme di sostegno, non solo finanziario, che agevolano il datore di lavoro<sup>36</sup>. Ciò nondimeno, se per un verso le previsioni della direttiva in materia di (s)proporzionalità dei costi corresponsabilizzano Stato e datore di lavoro nella predisposizione degli accomodamenti ragionevoli<sup>37</sup>, per altro verso, compete esclusivamente al datore di lavoro la scelta di avvalersi o meno del sostegno pubblico, con l'effetto che l'eventuale volontario mancato accesso a siffatte misure non potrà essere fatto valere in giudizio al fine di dimostrare l'insostenibilità economica della spesa necessaria per la predisposizione delle soluzioni ragionevoli. Specularmente, la non sopportabilità dell'onere nonostante il ricorso alla misura compensativa pubblica, comunque da provare, potrebbe assumere il valore di esimente ai fini dell'obbligo datoriale *de quo*, tanto più che la direttiva europea del 2000 espressamente esclude la sproporzione del costo derivante dall'adattamento solo ove la compensazione sia «sufficiente» (art. 5, Dir. 2000/78/CE), anche in relazione agli altri fattori rilevanti, vale a dire, costi diversi da quelli finanziari e dimensioni dell'organizzazione o dell'impresa (considerando n. 21).

Riguardo al secondo dei parametri richiamati (effetti sulla posizione delle altre persone inserite nell'organizzazione aziendale), è evidente l'evoluzione della giurisprudenza nazionale che, conformandosi agli indirizzi espressi dalla Corte di giustizia, supera il principio della «intangibilità delle posizioni organizzative degli altri lavoratori e legittima tutte le modifiche che non superino i limiti derivanti da situazioni di diritto soggettivo»<sup>38</sup>.

Gli interventi legislativi degli ultimi 15 anni e gli indirizzi della giurisprudenza più recente hanno rafforzato la posizione giuridica del disabile nella pretesa dell'adozione di accomodamenti ragionevoli determinando il progressivo arretramento del potere datoriale di autodeterminare l'organizzazione produttiva (e del lavoro); ciò nondimeno, si riscontrano ancora pronunce in cui la sindacabilità delle scelte datoriali incontra il limite dell'impatto sulle condizioni di lavoro degli altri lavoratori<sup>39</sup>.

Sotto altro aspetto, ai limiti della proporzionalità e della non eccessività del costo – intesi come oneri sostenuti dal datore di lavoro che permettano di preservare gli equilibri finanziari nella realizzazione dell'accomodamento<sup>40</sup> – si affianca quello ulteriore della ragionevolezza, che accompagna e caratterizza gli accomodamenti da adottare. Limite ulteriore in quanto anche a fronte di un costo sostenibile (*rectius*, non eccessivo e non spropor-

<sup>36</sup> La più significativa delle quali è quella prevista dall'art. 14, comma 4, lett. b), l. 12 marzo 1999, n. 68, che attribuisce alla competenza del Fondo regionale per l'occupazione dei disabili (istituito ai sensi del 1° comma della medesima disposizione) l'erogazione di contributi per il rimborso forfetario parziale delle spese necessarie all'adozione di accomodamenti ragionevoli in favore di disabili con una riduzione della capacità lavorativa superiore al 50%. In tema, anche riguardo ad alcuni aspetti critici, v. C. GAROFALO, *Le politiche per l'occupazione tra aiuti di Stato e incentivi in una prospettiva multilivello*, Cacucci, 2022, 208-210.

<sup>37</sup> RICCARDI, op. cit., 194.

<sup>38</sup> COSÌ ALESSI, op. cit., 618.

<sup>39</sup> In tal senso, Cass., 23 febbraio 2021, n. 4896, su cui v. i rilievi critici di DE FALCO, *L'accomodamento per i lavoratori disabili: una proposta per misurare ragionevolezza e proporzionalità attraverso l'INAIL*, in *LDE*, 3/2021.

<sup>40</sup> Cass., 26 ottobre 2018, n. 27243.

zionato), la soluzione adattiva potrebbe non essere “ragionevole” in relazione all’interesse datoriale e degli altri lavoratori coinvolti. Pertanto, all’esito di un complesso processo di apprezzamento di tutti gli interessi in gioco, potrà dirsi ragionevole un accomodamento che salvaguardi il posto di lavoro del disabile impiegandolo in un’attività utile per il datore di lavoro e che imponga a quest’ultimo e al personale eventualmente coinvolto un sacrificio «che non ecceda i limiti di una tollerabilità considerata accettabile secondo la comune valutazione sociale»<sup>41</sup>. Quale sia il livello di tollerabilità della compressione degli interessi del datore di lavoro e degli altri lavoratori e lavoratrici coinvolte è evidentemente valutazione rimessa all’apprezzamento del giudice (ma sul punto si tornerà oltre).

#### **4. La differenziazione del periodo di comportamento quale accomodamento ragionevole: condizioni e limiti**

Come anticipato in apertura, la sentenza in commento si colloca nel solco di altre decisioni di legittimità, di poco precedenti, che prendono le mosse dalla sentenza della Corte di giustizia Carlos Enrique Ruiz Conejero<sup>42</sup>, ponendo peraltro in relazione l’effetto indirettamente discriminatorio prodotto dalla clausola (neutra) del contratto collettivo applicato che disciplina il comportamento con l’omissione datoriale dell’adozione di accomodamenti ragionevoli.

Alla luce della ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale sinteticamente prospettata, si può affermare che se per un verso, lo sviluppo dell’iter argomentativo della Corte di cassazione è lineare (l’applicazione di una norma generale determina uno svantaggio correlato alla condizione di disabilità per via della più elevata probabilità di assentarsi per malattia), per altro verso, occorre comprendere a quali condizioni, in primo luogo, il licenziamento per superamento del periodo di comportamento possa considerarsi discriminatorio e, eventualmente, in secondo luogo, sussiste la possibilità di adottare soluzioni ragionevoli. In proposito, occorre anzitutto rilevare che nei precedenti richiamati nella sentenza *de qua*, si afferma che la discriminazione indiretta ha carattere oggettivo, essendo irrilevante l’intento soggettivo dell’autore e la conoscenza della condizione di disabilità nonché del motivo delle assenze<sup>43</sup>. La questione, sebbene non costituisse specifico oggetto della decisione qui esaminata, assume rilievo nella misura in cui è stata affrontata nei precedenti

<sup>41</sup> Cass., 9 marzo 2021, n. 6497, cit.

<sup>42</sup> C. giust., 18 gennaio 2018, causa C-270/16, Carlos Enrique Ruiz Conejero, cit., costantemente richiamata in tutte le pronunce conformi a Cass. n. 15723/2024, in cui si afferma che «la definizione di discriminazione indiretta contenuta nella direttiva UE [Dir. 2000/78/CE, n.d.a.] osta a una normativa nazionale che consenta il licenziamento di un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro giustificate e dovute a malattie imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore, salva verifica di quanto necessario per raggiungere l’obiettivo legittimo di lotta contro l’assenteismo».

<sup>43</sup> Cass., 31 marzo 2023, n. 9095, Cass. ord., 21 dicembre 2023, n. 35747; Cass., 22 maggio 2024, n. 14316 e Cass., 23 maggio 2024, n. 14402 a cui si aggiunge Cass., 31 maggio 2024, n. 15282.

richiamati in Cass. n. 15723/2024 e, soprattutto, finisce per incidere sulla concreta possibilità per il datore di lavoro di tenere «in conto nell’assetto dei rispettivi diritti e obblighi in materia» del rischio aggiuntivo del lavoratore disabile di essere assente dal lavoro per malattia di un lavoratore disabile<sup>44</sup> nonché di adempiere all’obbligo di adottare soluzioni ragionevoli<sup>45</sup>.

Secondo una parte della dottrina, se il particolare svantaggio che connota la condizione della persona disabile non va identificato nella disabilità in sé considerata, bensì nella frequenza delle assenze per malattie che da essa possono derivare esponendo il/la dipendente a un rischio più elevato di superamento del periodo di comportamento, ne consegue che solo ed esclusivamente tale tipologia di assenze deve assumere rilevanza ai fini del raggiungimento del periodo massimo di conservazione del posto. Diversamente, ne deriverebbe un indebito vantaggio per il disabile rispetto alle condizioni di lavoro applicate a lavoratori e lavoratrici normodotati/e<sup>46</sup>.

Questi rilievi inducono a considerare centrale ai fini della corretta applicazione dello statuto protettivo del lavoratore disabile la conoscenza da parte del datore di lavoro della condizione di disabilità e della relativa tipologia, informazione, quest’ultima, funzionale a individuare le assenze a essa correlate<sup>47</sup>.

Orbene, la giurisprudenza, sotto questo profilo, inizialmente, si è mostrata piuttosto rigida nell’escludere il rilievo della conoscenza della condizione patologica del/della lavoratore/lavoratrice, giungendo persino ad affermare che, ove ne abbia consapevolezza, il datore di lavoro può «senz’altro prevedere, attraverso una valutazione combinata di entrambe le circostanze [*frequenti assenze per malattia e, appunto, disabilità*, n.d.a.], che la condizione di disabilità del lavoratore si *pone*, come probabile fattore causale, all’origine delle assenze dal lavoro di cui si discute; sicché il datore, in base a diligenza e buona fede, è pure tenuto ad agire sul piano della disciplina del rapporto ed organizzativo – anche attraverso “soluzioni ragionevoli”<sup>48</sup>. In buona sostanza, in questa decisione, la responsabilità datoriale per l’illegittimità del licenziamento per superamento del periodo di comportamento troverebbe fondamento nella colposa omissione di una preventiva valutazione probabilistica sulla riconducibilità delle assenze allo stato di disabilità della persona.

Il rigore dei principi affermati nelle due pronunce del 2023, specie in quella da ultimo richiamata, è stato in parte attenuato in alcune sentenze successive, in cui la conoscenza o la conoscibilità secondo l’ordinaria diligenza dello stato di disabilità vengono espres-

<sup>44</sup> Affermazione presente in Cass., 5 giugno 2024, n. 15723 e in tutti i precedenti ivi richiamati oltre che in Cass. ord., 21 dicembre 2023, n. 35747.

<sup>45</sup> Espressamente, Cass., 24 maggio 2024, n. 14316, afferma che la questione della conoscenza o conoscibilità della condizione di disabilità «si pone, rispetto a quella della adozione degli accomodamenti ragionevoli, su di un piano logico, in modo immediatamente antecedente».

<sup>46</sup> In tal senso MARESCA, op. cit., 5.

<sup>47</sup> Ancora MARESCA, op. cit., 6.

<sup>48</sup> Cass. ord., 21 dicembre 2023, n. 35747, corsivo nostro.

samente considerate dati essenziali affinché il datore di lavoro possa porre in essere gli accorgimenti necessari a ridimensionare lo svantaggio a cui sono esposti lavoratori e lavoratrici disabili<sup>49</sup>. Preme sottolineare che i giudici di legittimità, da un lato non esonerano il datore di lavoro da responsabilità sia quando «abbia colpevolmente ignorato la condizione di disabilità», pur essendone a conoscenza, sia ove, pur ignorando le condizioni di salute del/della dipendente, sarebbe comunque stato in grado di acquisirne consapevolezza effettuando correttamente la sorveglianza sanitaria prevista dall'art. 41, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 oppure perché l'informazione era desumibile dalla documentazione medica presentata a giustificazione delle assenze, essendo noto che nelle attestazioni è possibile barrare la voce «stato patologico sotteso o connesso alla situazione di invalidità riconosciuta»<sup>50</sup>. Ancora più significativo, tuttavia, è che nelle decisioni del 2024, viene posto in capo al lavoratore o alla lavoratrice interessata un onere di collaborazione consistente nel segnalare al datore di lavoro la personale condizione di svantaggio; un onere questo che i giudici di legittimità ricavano da un serie di previsioni normative presenti in tutte le fonti che, ai vari livelli, regolano la materia<sup>51</sup> e che deve essere necessariamente assolto al fine di consentire l'individuazione e la predisposizione degli adattamenti ragionevoli ma anche allo scopo di circoscrivere l'area del debito datoriale in detto ambito evitando, in tal modo, di «sconfinare in forme di responsabilità oggettiva»<sup>52</sup>. In tale prospettiva, la disponibilità di informazioni in merito alla condizione di disabilità è funzionale altresì a consentire al giudice quel controllo di ragionevolezza, di appropriatezza e di non sproporzione della soluzione adottata. Tornando al caso oggetto della controversia, l'accomodamento avrebbe potuto consistere nel non computo delle assenze dovute a malattia connessa alla condizione di disabilità ai fini del raggiungimento del limite temporale di conservazione del posto di lavoro o nella previsione di un diverso (e più lungo) periodo di comporta per i lavoratori disabili, ad opera della contrattazione collettiva primariamente, ma senza escludere la possibilità che il datore di lavoro, spontaneamente, riconoscesse un siffatto beneficio alla dipendente interessata.

<sup>49</sup> Cass. 22 maggio 2024, n. 14316 e Cass., 23 maggio 2024, n. 14402.

<sup>50</sup> Cass., 22 maggio 2024, n. 14316 e Cass., 23 maggio 2024, n. 14402. Va peraltro rilevato che, sebbene invalidità e disabilità costituiscono nozioni non sempre coincidenti ai fini dell'applicazione delle diverse normative (si pensi, a mero titolo di esempio, alla disciplina del collocamento mirato *ex lege* n. 68/1999 ove la persona è qualificata come disabile solo in presenza di determinate soglie di riduzione della capacità lavorativa e seconda della causa che l'ha originata), la giurisprudenza di legittimità, rifacendosi agli approdi della Corte di giustizia, peraltro, costantemente richiamati, è ormai ferma nell'affermare che ai fini dell'applicazione della Dir. 2000/78/CE e dell'art. 3, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 216/2003, «la nozione di «handicap» [...] deve essere interpretata nel senso che essa include una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile, qualora tale malattia comporti una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori, e tale limitazione sia di lunga durata». Il richiamo a questa nozione si ritrova in tutte le sentenze sinora citate.

<sup>51</sup> Tra le quali anche le procedure di partecipazione del disabile alla individuazione dell'accomodamento ragionevole, prevista dall'art. 5-*bis*, l. n. 104/1992 (su cui, *supra*, § 2).

<sup>52</sup> Ancora Cass., 22 maggio 2024, n. 14316, § 45. Alle medesime conclusioni perviene MARESCA, op. cit., 7-8.

Prescindendo da valutazioni circa la preferibilità dell'una o dell'altra delle soluzioni proposte (o per eventuali ulteriori adattamenti astrattamente prospettabili), resta al fondo il problema del bilanciamento tra le esigenze di efficienza dell'attività datoriale (pubblico o privato che sia) e il diritto della persona con disabilità a lavorare in condizioni di parità (*rectius*, di azzeramento dello svantaggio) rispetto al *tertium comparationis*, con il rischio di un elevato grado di discrezionalità e di incertezza in sede di controllo giurisdizionale in merito alle scelte concretamente praticate dal datore di lavoro.

Restando agli esempi delle soluzioni proposte, ambedue comportano la necessità di individuare un limite massimo di assenze "aggiuntive" da riconoscere alla persona con disabilità, poiché la mancanza di una siffatta quantificazione (specie ove la scelta ricadesse sulla prima opzione<sup>53</sup>) potrebbe astrattamente legittimare lavoratori e lavoratrici disabili a lunghi periodi di assenza con diritto alla conservazione del posto di lavoro, riducendo l'utilità della prestazione lavorativa offerta e con ripercussioni sull'organizzazione lavorativa che le norme non sembrano consentire in considerazione dei criteri di ragionevolezza e di proporzionalità che devono connotare gli accomodamenti.

In tale contesto, il compito di disciplinare la materia potrebbe (e, probabilmente, a breve dovrà) essere svolto dall'autonomia collettiva, non solo perché le clausole che attualmente disciplinano la durata del comporta nei vari contratti di categoria non sono applicabili alle persone con disabilità come affermato in tutte le pronunce qui esaminate, ma anche perché la contrattazione collettiva costituisce la sede "naturale" di ricomposizione degli interessi di datori e prestatori di lavoro, potendosi valorizzare il livello aziendale (almeno nelle realtà di medio-grande entità) in quanto più prossimo alle peculiarità organizzative della singola impresa o del presidio (territoriale) dell'ente pubblico se trattasi di pubblica amministrazione.

La via prospettata è praticabile e certamente auspicabile in ragione del potenziale vantaggio di ridurre i margini di discrezionalità nelle scelte datoriali e nell'apprezzamento dei giudici che, comunque, continuerebbero a esercitare il controllo sulla conformità alla disciplina di fonte legale delle soluzioni ragionevoli prescelte dalle parti sociali, tanto più se si considera che l'accomodamento deve essere individuato tenendo conto dei fattori che caratterizzano il caso concreto, a cominciare dalla tipologia di disabilità. Verosimilmente, proprio questo aspetto rappresenta il fattore più critico della proposta, non solo e non tanto perché, come rilevato in dottrina<sup>54</sup>, «tale controllo [*potrebbe*, n.d.a.] portare ad un'invasione della giurisprudenza nella difficile definizione degli accomodamenti ragionevoli pattuita in sede negoziale», quanto piuttosto per via del fatto che la contrattazione collet-

<sup>53</sup> Invero, anche ove si optasse per la soluzione dell'allungamento del periodo di comporta, resterebbe il problema di stabilire un *quantum*. Peraltro, in ambo i casi, occorrerebbe tener conto del criterio della non sproporzione dei costi finanziari derivanti, dovendosi altresì intervenire sul trattamento economico da riconoscere al disabile ove avesse necessità di avvalersi del periodo di comporta "aggiuntivo".

<sup>54</sup> MARESCA, op. cit., 10, corsivo nostro.

tiva non potrebbe che prevedere soluzioni applicabili in via generale all'intera categoria di riferimento del contratto collettivo, presumibilmente "minimali" altrimenti difficilmente adattabili al caso concreto e ciò senza considerare che per l'individuazione di accomodamenti adeguati nelle situazioni di disabilità più complesse sono necessarie competenze specialistiche mediche e/o ingegneristiche.

Tuttavia, collocandosi nel solco delle disposizioni di cui all'art. 5-*bis*, l. n. 104/1992, che, come detto, hanno introdotto alcune misure di carattere procedimentale che coinvolgono direttamente il disabile nella definizione della soluzione più aderente alla condizione personale, ancorché non applicabili ai datori di lavoro ma volte a regolare i rapporti tra il cittadino-disabile e la p.a. o altro soggetto erogatore di servizi e prestazioni pubbliche, l'autonomia collettiva potrebbe introdurre procedure di consultazione/confronto preventivo in cui coinvolgere, oltre che le parti del rapporto di lavoro, anche rappresentanti sindacali e datoriali, il medico competente (ove previsto) e altre professionalità specialistiche necessitate dal caso concreto avvalendosi, eventualmente, del supporto di strutture pubbliche (es. INAIL). Il che agevolerebbe l'individuazione di soluzioni condivise, idonee a soddisfare tutti gli interessi (contrapposti) coinvolti e, probabilmente, a ridurre il contenzioso.



CORTE DI CASSAZIONE, sez. lav., sentenza 11 dicembre 2024, n. 31866 – Pres. Manna – Est. Ponterio – P.M. Fresa (concl. rig.) – A.A. (avv. Moshi, Assael, Palmieri) c. Azienda Trasporti Milanesi S.p.A. (avv. Vescia).  
*Conferma App. Milano, sent. n. 631/2021*

**Lavoro privato – Condotta extralavorativa illecita – Violenza sessuale di genere – Condanna penale – Rilievo disciplinare della condotta – Gravità – Lesione della fiducia nel futuro corretto adempimento – Destituzione – Legittimità.**

*Una condotta illecita extralavorativa, se caratterizzata da una gravità tale da compromettere il rapporto fiduciario con il datore di lavoro, può costituire giusta causa di licenziamento.*

*Tale condotta assume rilevanza disciplinare poiché il dipendente è tenuto non solo a fornire la prestazione richiesta, ma anche, quale obbligo ulteriore, a non porre in essere condotte extralavorative tali da ledere gli interessi morali e materiali del datore di lavoro o pregiudicare il rapporto fiduciario sul quale riposa il rapporto di lavoro.*

*In particolare, atti reiterati e abituali di violenza e maltrattamenti nei confronti della moglie, accertati in sede penale a carico di un dipendente che svolge mansioni a contatto con il pubblico, possono legittimamente portare al licenziamento, nonostante l'eventuale risocializzazione successiva alla condanna penale.*

## La rilevanza della violenza di genere in ambito familiare e la legittimità del licenziamento

**Alessia Gabriele**

*Professoressa associata di Diritto del lavoro nell'Università Kore di Enna (UKE)*

**SOMMARIO:** 1. Le questioni di interesse emergenti dalla sentenza. – 2. La giusta causa di licenziamento e la valutazione della condotta extralavorativa. – 3. Brevi riflessioni sulla nozione legale di giusta causa: il contesto valoriale e le tipizzazioni dei contratti collettivi. – 4. Il contrasto alla violenza di genere: una questione epistemica.

*Sinossi:* Il contributo affronta il tema della legittimità del licenziamento irrogato a un lavoratore a causa della violenza di genere perpetrata nei confronti della propria moglie per la lesione del vincolo fiduciario rispetto ai futuri adempimenti. Il contributo si sofferma in particolare sugli aspetti giuridici connessi alla valutazione della condotta extralavorativa, facendo emergere quanto il diritto del lavoro possa fungere da leva per scardinare stereotipi e condotte violente seppure circoscritte all'ambito privato-familiare del lavoratore.

Nella parte finale saranno sviluppate alcune considerazioni sul ruolo della legislazione *multilevel* in materia di lotta alla violenza di genere, nonché sull'effettività delle misure concretamente adottate e dei risvolti sulle valutazioni giudiziali.

*Abstract: The contribution addresses the issue of gender-based violence perpetrated against a spouse and the resulting dismissal of the worker due to the breach of the fiduciary bond with respect to future professional obligations. The author focuses on the legal aspects related to the assessment of off-duty conduct, highlighting how Labour law can serve as a tool to challenge stereotypes and violent behaviors, even when confined to the private and family sphere of the worker. The final section explores the topic of gender-based violence through a series of brief reflections on the concept of epistemic violence and the impact it may have on judicial evaluations.*

## 1. Le questioni di interesse emergenti dalla sentenza

Con la sentenza in commento la Cassazione ha confermato la legittimità della destituzione dal servizio/licenziamento disposto dalla società datrice di lavoro, a seguito della condanna irrevocabile del dipendente alla pena di due anni e sei mesi di reclusione per i reati di violenza sessuale, maltrattamenti familiari e lesioni personali<sup>1</sup>.

La Corte d'Appello di Milano, nel grado di giudizio di merito, aveva ritenuto che la commissione di plurimi fatti di significativa gravità, giudicati con il carattere della abitualità e «consistenti in atti di violenza sessuale, in maltrattamenti con umiliazioni ed atteggiamenti prevaricatori, nonché in lesioni personali» posti in essere da parte del ricorrente nei confronti della moglie, in un lungo arco temporale, integrasse la giusta causa di destituzione. Il rilievo penale dei fatti imputati ha condotto i giudici della Corte territoriale a ritenere verosimile che il lavoratore, conducente di autobus, potesse perdere l'autocontrollo e venir meno agli essenziali obblighi di rispetto e di diligenza nei confronti degli utenti del servizio o di terzi, atteso che le mansioni svolte comportavano la guida di veicoli nel traffico e il costante contatto con il pubblico.

In questi termini, ha assunto un particolare rilievo la posizione di responsabilità e di garanzia assunta dal datore di lavoro, sia *ex art. 2043 c.c.* nei confronti dei terzi circa la idoneità del personale che opera a contatto con il pubblico, sia *ex art. 2087 c.c.* nei rapporti tra i suoi dipendenti. Nella valutazione, hanno altresì influito i precedenti disciplinari a carico del lavoratore medesimo connessi a episodi di insubordinazione o perdita di controllo.

Per contro, alcun rilievo, sempre secondo i giudici di appello, andava invece attribuito alla positiva condotta tenuta dal ricorrente successivamente alla condanna penale, dal

---

<sup>1</sup> Il caso è simile a quello già affrontato da Cass., 14 dicembre 2023, n. 35066, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), che ha riguardato il licenziamento di un dipendente di banca per molestie nei confronti delle colleghe, per il cui approfondimento si rinvia al commento di TORELLA, *Molestie in ambito extralavorativo come giusta causa di licenziamento*, in *q. Riv.*, 3-4, 2024, 379 ss.

momento che la legittimità o meno del licenziamento deve essere valutata in relazione ai fatti contestati e non alla luce di accadimenti successivi.

La Suprema Corte (d'ora in poi, S.C.), in modo apprezzabile, rigetta il ricorso del lavoratore e conferma la correttezza dell'*iter* decisorio della Corte d'Appello, indicando ulteriori spunti di riflessione per confermare la legittimità dell'atto di recesso datoriale nella specifica ipotesi di condotta extralavorativa sottoposta a giudizio.

In particolare, la riflessione della S.C. si pone in linea di continuità con il consolidato indirizzo giurisprudenziale per cui la condotta illecita anche se extralavorativa può essere suscettibile di rilievo disciplinare, a tal punto da condurre all'irrogazione della massima sanzione espulsiva<sup>2</sup>.

Nell'ambito dell'esecuzione della prestazione di lavoro, infatti, il lavoratore è tenuto non solo al corretto adempimento degli obblighi contrattuali, ma anche a non porre in essere, fuori dall'ambito lavorativo, comportamenti tali da ledere gli interessi morali e materiali del datore di lavoro o compromettere il rapporto fiduciario con lo stesso.

La condotta posta in essere in una dimensione anche solo interpersonale, qual è quella familiare, ove si connoti per elementi di gravità, può risultare rilevante ai fini della valutazione dell'adempimento e può pertanto essere sanzionata con la massima pena espulsiva.

È infatti indiscusso che anche le condotte illecite tenute al di fuori dell'azienda e dell'orario di lavoro e non direttamente riguardanti l'esecuzione della prestazione lavorativa, possano essere tali da ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario tra le parti<sup>3</sup>. Tra queste rientrano senz'altro le condotte concernenti la vita privata del lavoratore, allorquando abbiano un riflesso, sia pure soltanto potenziale ma oggettivo, sulla funzionalità del rapporto, compromettendo le aspettative d'un futuro puntuale adempimento dell'obbligazione lavorativa, in relazione alle specifiche mansioni o alla particolare attività.

A questo scenario corrisponde la fattispecie affrontata dal giudizio in commento, che quindi solleva almeno due profili di riflessione: il primo profilo, dato dal rilievo disciplinare della condotta di violenza domestica posta in essere dal ricorrente; e il secondo profilo, di respiro più generale, è offerto dalla circostanza concreta che porta sotto i riflettori, anche giuslavoristici, la gravità sociale del fenomeno, sempre più frequente, della violenza di genere in ambito familiare.

Entrambi tali aspetti saranno oggetto di riflessione del contribuente.

<sup>2</sup> Cass., 4 gennaio 2024, n. 267; Cass., ord., 15 ottobre 2021, n. 28368; Cass. 31 luglio 2015, n. 16268, reperibili in *Onelegale*.

<sup>3</sup> Cass., ord., 15 ottobre 2021, n. 28368, cit.; Cass., 10 gennaio 2019, n. 428, Cass., 24 novembre 2016, n. 24023, tutte in *Onelegale*; in dottrina si rinvia a NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, 1980; CESTER, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, in SUPPIEJ, CESTER, DE CRISTOFARO (a cura di), *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro individuale*, Padova, IV, 2008, 396; secondo NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in AA.VV., *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Venezia 25-26 maggio 2007*, Giuffrè, 2008, 44, «il richiamo alla fiducia serve solo a 'saltare' il problema qualificatorio perché imputa sbrigativamente alla volontà del datore di lavoro una decisione che, se il giudice avesse la pazienza di ricostruire gli obblighi complessivi del lavoratore, anche quelli secondari e di protezione, risulterebbe quasi sempre imputabile all'ordinamento positivo». Sul punto anche GRAGNOLI, *Considerazioni sul licenziamento disposto per eventi estranei al rapporto di lavoro*, in RIDL, 1993, II, 964 ss.

## 2. La giusta causa di licenziamento e la valutazione della condotta extralavorativa

La questione principale ha riguardato il rilievo da attribuire alla condotta extralavorativa del lavoratore ricorrente.

Entro tale cornice si colloca la decisione della Corte di Appello che ha riconosciuto ai fatti, già accertati in sede penale, una gravità tale da ledere in modo irrimediabile la fiducia nel futuro corretto adempimento dell'attività lavorativa, anche alla luce delle precipue caratteristiche della prestazione e dei precedenti disciplinari del lavoratore.

La Cassazione, infatti, convalida appieno le argomentazioni della Corte d'Appello, la quale ha vagliato con attenzione l'elevata probabilità che «gli aspetti di violenza e sopraffazione, non sporadica, ma caratterizzata da abitualità, che hanno rappresentato il terreno dei comportamenti delittuosi» potessero rappresentare in concreto la pericolosità della condotta soprattutto in relazione alle mansioni di conducente di autobus affidate al dipendente, «quotidianamente tenuto a circolare nel traffico, in condizioni quindi stressanti, e ad avere contatto con gli utenti, nei cui confronti deve essere evitato, anche per la natura pubblicitica del servizio di trasporto, ogni rischio di intemperanza o reazioni scomposte, offensive o violente» (punto 23 della sentenza).

Da qui, pertanto, la S. C. ritiene corretto sussumere all'interno della nozione legale di giusta causa di licenziamento una condotta extralavorativa «avente rilievo penale e sfociata in una sentenza irrevocabile di condanna, caratterizzata, sia pure nell'ambito di rapporti interpersonali o familiari, dal mancato rispetto della altrui dignità e da forme di violenza e sopraffazione fisica e psichica, non sporadiche, bensì abituali (...)» (par. 24 della sentenza). Entro tale cornice argomentativa, la S.C. approva che la Corte territoriale non abbia seguito un processo logico di tipo sillogistico (un automatismo) tra la condanna penale e l'integrazione della giusta causa di licenziamento, ma abbia piuttosto descritto in modo analitico il rapporto causale sussistente, anche in termini di elevata prevedibilità, tra le implicazioni negative dei fatti penalmente illeciti e la regolare esecuzione della prestazione, nel rispetto degli obblighi facenti capo al lavoratore e posti a tutela degli utenti del servizio pubblico; a ciò si aggiunge la condivisione della corretta valutazione – con apprezzamento di merito insindacabile in sede di legittimità – dei precedenti disciplinari del lavoratore, ritenuti sintomatici di insubordinazione e perdita di controllo.

Sempre confermando l'argomentazione della Corte di merito, la sentenza condivide la lettura della natura meramente facoltativa del potere datoriale riconosciuto dall'art. 55 del regio decreto, di infliggere una sanzione inferiore.

E quindi, in coerenza con la valutazione di estrema gravità dei fatti, e trattandosi di una mera facoltà discrezionale, è stato escluso che il dipendente potesse vantare il diritto ad una sanzione meno grave, e la valutazione datoriale è stata ritenuta conforme ai canoni di correttezza e buona fede.

Come è noto, in tema di licenziamento la giusta causa va configurata come «grave negazione degli elementi del rapporto di lavoro, e in particolar modo dell'elemento fiduciario

che deve sussistere tra le parti»; l'esito decisorio della Corte d'Appello, confermato dalla sentenza in commento, circa la legittimità del licenziamento, è stato correttamente argomentato e condotto, valutando non il fatto astrattamente considerato, bensì gli aspetti concreti del rapporto, risolvendosi in un giudizio di congruità e di proporzionalità della sanzione espulsiva, per la insufficienza di qualunque altra sanzione a tutelare l'interesse del datore a un corretto adempimento della prestazione<sup>4</sup>.

In tema di licenziamento per giusta causa, infatti, la condotta del lavoratore deve essere valutata innanzitutto nel suo contenuto obbiettivo.

Ciò significa che in sede giudiziale l'interprete guarderà con specifico riferimento alla natura e alla qualità del rapporto, al concreto vincolo fiduciario dato dalla posizione rivestita dal prestatore di lavoro, nonché al grado di affidamento richiesto per le mansioni ricoperte.

Per altro verso, la valutazione verterà sulla portata soggettiva della condotta, in relazione alle circostanze del suo verificarsi, ai motivi che l'hanno determinata e alla intensità dell'elemento volitivo, che deve essere riferito anche all'ambito della relazione lavorativa e non solo ai profili meramente interiori<sup>5</sup>.

In modo coerente all'orientamento costante della giurisprudenza in tema di licenziamento per giusta causa, nella valutazione dell'idoneità della condotta extralavorativa del dipendente ad incidere sulla persistenza dell'elemento fiduciario<sup>6</sup>, la Corte ha avuto particolare riguardo alla natura e alla qualità del rapporto, nonché al vincolo che esso comporta e al grado di affidamento richiesto dalle mansioni espletate.

Proprio quest'ultimo aspetto è stato determinante, giacché nella fattispecie, avendo il lavoratore contatti frequenti e assidui con il pubblico, il grado di affidamento era da ritenere senz'altro messo in dubbio dalla condotta violenta del lavoratore, seppur extralavorativa<sup>7</sup>. Per consolidato orientamento giurisprudenziale, infatti, i concetti di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo di risoluzione del rapporto di lavoro vanno ravvisati in quei fatti e comportamenti, anche estranei alla sfera del contratto e, in particolar modo, anche diversi dall'inadempimento contrattuale, che siano tali da far venir meno quella fiducia, che costituisce il presupposto essenziale del rapporto di lavoro subordinato<sup>8</sup>.

Sotto questo profilo, pertanto, la giusta causa e il giustificato motivo soggettivo devono rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro ed

<sup>4</sup> Trib. Bergamo, 14 settembre 2016, n. 684.

<sup>5</sup> Cass., 12 aprile 2010, n. 864, relativa al caso di un licenziamento di un dipendente bancario, il quale, falsificando la firma della propria fidanzata sul presupposto del consenso di quest'ultima, aveva effettuato un prelievo indebito da un conto bancario.

<sup>6</sup> M.T. CARINCI, *Vita privata del lavoratore e licenziamento. Una sentenza su cui riflettere*, in *GI*, 1989, 1203 ss.; PISANI, *Licenziamento e sanzioni per fatti privati dei dipendenti: profili procedurali e sostanziali*, in *ADL*, 2005, 1, 277 ss.

<sup>7</sup> Cass., 2 febbraio 2016, n. 1978, in *www.cortedicassazione.it*; in dottrina, per la qualificazione di fatti extralavorativi come giusta causa, OLIVELLI, *L'uso di droghe e la giusta causa di licenziamento*, in *IG*, 6, 2019, 613 ss.; MURENA, *Le recenti riforme legislative e la "crisi" della giusta causa*, in *DLM*, 1, 2018, 113 ss.; FABOZZI, *Rilevanza dei comportamenti extralavorativi e risoluzione del rapporto di lavoro*, in *MGL*, 2015, 492; CALVELLINI, *Comportamenti extralavorativi e giusta causa nelle società concessionarie di servizi pubblici*, in *RGL*, 2015, II, 442 ss.

<sup>8</sup> Cass., 25 gennaio 2008, n. 1661; Cass., 24 luglio 2003, n. 11516; Cass., 7 novembre 2000, n. 14466, tutte reperibili in *Onelegale*.

in particolare dell'elemento della fiducia che, per rendere possibile la prosecuzione del rapporto, deve effettivamente e continuamente sussistere fra le parti.

Una volta esaurito l'accertamento della valutazione degli elementi oggettivi e soggettivi in relazione al caso concreto oggetto di giudizio, al giudice compete il vaglio della proporzionalità fra i fatti e la sanzione inflitta<sup>9</sup>.

Anche su questo aspetto la Cassazione conferma la valutazione già svolta in appello, tenendo presente il consolidato orientamento giurisprudenziale di legittimità secondo cui, ai fini della proporzionalità tra fatto addebitato e recesso, rileva ogni condotta che, per la sua gravità, possa scuotere la fiducia del datore di lavoro e far ritenere che la continuazione del rapporto si risolva in un pregiudizio per gli scopi aziendali.

Secondo suddetto orientamento, infatti, il lavoratore è tenuto a evitare «non solo i comportamenti espressamente vietati ma anche qualsiasi altra condotta che, per la natura e per le possibili conseguenze, risulti in contrasto con gli obblighi connessi al suo inserimento nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa, dovendosi integrare l'art. 2105 c.c. con gli artt. 1175 e 1375 c.c., che impongono l'osservanza dei doveri di correttezza e di buona fede anche nei comportamenti extralavorativi, sì da non danneggiare il datore di lavoro»<sup>10</sup>.

### 3. Brevi riflessioni sulla nozione legale di giusta causa: il contesto valoriale e le tipizzazioni dei contratti collettivi

Con riguardo alla qualificazione di un fatto all'interno della nozione di giusta causa, secondo l'art. 30, comma 3, primo periodo, l. 4 novembre 2010, n. 183, «nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi (...)» di cui al titolo VIII del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276<sup>11</sup>.

Tuttavia, come ampiamente rimarcato dalla giurisprudenza e dalla dottrina, quella di giusta causa di licenziamento è una nozione legale<sup>12</sup> e il giudice non è vincolato dalle tipizza-

<sup>9</sup> Cass., 21 aprile 2022, n. 12789; Cass., ord., 2 novembre 2021, n. 31202; Cass., 29 ottobre 2021, n. 30933; Cass., ord., 4 aprile 2024, n. 8902; Cass., 13 febbraio 2024, n. 3927; Cass., ord., 29 dicembre 2023, n. 36427, tutte reperibili in *Onelegale*.

<sup>10</sup> Cass., 14 dicembre 2023, n. 35066, cit., punto 9; Cass., 9 gennaio 2015, n. 144, in *LG*, 6, 2015, 599, con nota di GALLO; Cass., 10 febbraio 2015, n. 2550, in *Onelegale*; Cass., 15 ottobre 2021, n. 28368, in *CED*, 2021.

<sup>11</sup> DE LUCA TAMAJO, *Le tecniche interpretative del diritto nel lavoro*, in CHIAROMONTE, VALLAURI (a cura di), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, spec. 354, definisce la clausola elastica come «una norma caratterizzata da indeterminatezza contenutistica e da una aggettivazione (giusta, notevole, proporzionata) che rinvia inevitabilmente ad una integrazione valutativa del Giudice da effettuare sulla base di parametri non definiti dal legislatore», tra questi vanno senz'altro annoverate le norme della contrattazione collettiva.

<sup>12</sup> In dottrina ritiene che la giusta causa, quale clausola generale ed elastica, non sia definita in termini contenutistici sul piano normativo e vada integrata da qualsiasi condotta in «contrasto con i principi cornice e con la c.d. civiltà del lavoro»,

zioni del contratto collettivo<sup>13</sup>; ne discende che a questi è assegnato il potere di ravvisare una giusta causa di licenziamento in mancanze non esplicitamente previste dal contratto collettivo, nonché di verificare la conformità delle disposizioni contrattuali alla nozione legale di giusta causa<sup>14</sup>.

Di conseguenza, le tipizzazioni contrattuali delle ipotesi di giusta causa di licenziamento assumono valenza meramente esemplificativa, e non è preclusa in tal senso un'autonoma valutazione del giudice di merito in ordine all'idoneità di un grave inadempimento, o di un grave comportamento del lavoratore contrario alle norme della comune etica o del comune vivere civile<sup>15</sup>, a far venire meno il rapporto fiduciario tra datore di lavoro e lavoratore<sup>16</sup>. Ciò significa che il giudice può considerare come giusta causa o come giustificato motivo soggettivo anche un fatto diverso da quelli espressamente contemplati nella tipizzazione contrattuale<sup>17</sup>.

Alla luce delle suesposte considerazioni, si ritiene che le previsioni contenute nei contratti collettivi rappresentino un mero parametro integrativo delle clausole generali di fonte legale configurate dalla giusta causa o dal giustificato motivo soggettivo di licenziamento. Ad ogni modo, proprio la selezione valoriale recepita nell'ambito delle statuizioni contrattuali, pur non essendo strettamente vincolante, rappresenta per l'interprete uno dei parametri cui occorre fare riferimento per riempire di contenuto la clausola generale dell'art. 2119 c.c.<sup>18</sup>.

---

NOGLIER, op. cit., 81; mette in guardia dai rischi di un eccessivo ricorso alle categorie generali, NAPOLI, *La stabilità immaginata*, in AA.VV., *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Venezia 25-26 maggio 2007*, cit., 373 ss. È inevitabile il rinvio a MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *DEL*, 1986, 5 ss., a cui si deve la distinzione puntuale tra norma generale e clausola generale; e a MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. II, 1965, che sul piano interpretativo rintracciava dei limiti all'estensione della giusta causa in materia di licenziamento, radicando tali limiti in una rigorosa lettura del vincolo contrattuale e degli obblighi da esso scaturenti. Sul tema anche MAZZOTTA, *Variazioni su poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, in *DLRI*, 1989, 593; BALLESTRERO, *Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità del giudice del lavoro*, in *LD*, 2014, 389.

<sup>13</sup> Così in dottrina A. GARILLI, *L'interpretazione delle nozioni generali*, in *Clausole generali e diritto del lavoro. Atti delle Giornate di Studio di Diritto del Lavoro*, Roma, 29-30 maggio 2014, Giuffrè, 2015, 402 ss., secondo cui le nozioni di giusta causa e g.m. «non possono essere rimesse *tout court* alla contrattazione collettiva, perché ciò condurrebbe alla possibile violazione del complessivo quadro ordinamentale e trasgredirebbe il principio secondo cui la nozione legale è sottratta alla disponibilità dell'autonomia collettiva (Cass., 1° dicembre 2014, n. 2538)». In giurisprudenza, Cass., 22 agosto 2019, n. 21616; Cass., 16 luglio 2019, n. 19023; Cass., 23 maggio 2019, n. 14063, tutte in *Onelegale*.

<sup>14</sup> RATTI, *Alla ricerca dei fondamenti teorici del sindacato di legittimità sulla giusta causa di licenziamento* (nota a Cass., 14 marzo 2013, n. 6501), in *RIDL*, 2013, II, 888 ss.

<sup>15</sup> Cass., 9 marzo 2023, n. 7029, con nota di STAMERRA, *L'importanza della scala valoriale dell'ordinamento nella qualificazione della giusta causa*, in *IG*, 1, 2024, 54 ss.

<sup>16</sup> Cass., ord., 4 aprile 2024, n. 8902, cit.; Cass., 13 febbraio 2024, n. 3927, cit.

<sup>17</sup> Cass., 22 agosto 2019, n. 21616, cit.; Cass., 16 luglio 2019, n. 19023, cit.; Cass., 24 ottobre 2018, n. 27004, in *Onelegale*; NAPOLI, *Licenziamenti* (voce), in *DDP comm.*, IX, 1993, 91.

<sup>18</sup> Cass., ord., 4 aprile 2024, n. 8902, cit.; Cass., 13 febbraio 2024, n. 3927, cit.; Cass., ord., 27 gennaio 2023, n. 2518, in *Onelegale*. In dottrina A. GARILLI, op. cit., 406.

Per altro verso, la valutazione giudiziale non può limitarsi a verificare se il fatto addebitato sia riconducibile ad una previsione contrattuale, dovendo invece considerare in concreto la condotta addebitata e la proporzionalità della sanzione<sup>19</sup>.

Bene ha proceduto, nella fattispecie in commento, la Corte d'Appello dal momento che, ai fini della legittimità del licenziamento disciplinare non ha fondato la decisione su un automatismo logico-giuridico. E benché il provvedimento espulsivo fosse stato irrogato per un fatto qualificato reato in sede di giudizio penale, il giudice di merito non ha dato rilievo *sic et simpliciter* alla valutazione penalistica del fatto, né alla sua punibilità in sede penale, svolgendo una verifica autonoma<sup>20</sup> in ordine alla idoneità del fatto a integrare gli estremi della giusta causa proprio nell'ambito dello specifico rapporto di lavoro<sup>21</sup>.

Con riguardo ai profili di punibilità emergenti dalla tipizzazione della contrattazione collettiva di settore, va precisato che ai fatti di causa sono ancora applicabili le norme del r.d. 8 gennaio 1931, n. 148<sup>22</sup>.

Peraltro, su questo punto, il r.d. n. 148/1931, all'art. 45, comma 1, n. 7 espressamente prevede la destituzione per «chi sia incorso in condanna penale, sia pure condizionale per delitti, anche mancati o solo tentati, o abbia altrimenti riportata la pena della interdizione dai pubblici uffici».

Come è noto, infatti, nel settore del trasporto pubblico locale il quadro giuridico-istituzionale e il sistema di relazioni industriali sono caratterizzati da più livelli regolativi che non sempre ne rendono coerente il relativo quadro legislativo<sup>23</sup>.

Si tratta di una disciplina composita che si regge ancora oggi su un corpo normativo assai risalente nel tempo<sup>24</sup>. E ciò si verifica soprattutto a causa della perdurante vigenza del r.d. n. 148/1931, recante il «Coordinamento delle norme sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro con quelle sul trattamento giuridico-economico del personale

<sup>19</sup> Cass., 31 maggio 2022, n. 17597; Cass., 15 novembre 2021, n. 34422; Cass., 12 novembre 2021, n. 33811, tutte in *Onelegale*.

<sup>20</sup> Il che è coerente rispetto al quadro interpretativo di sistema anche a seguito della recente pronuncia di C. cost., 22 aprile 2025, n. 55 in *Onelegale*, che ha dichiarato incostituzionale la sospensione *ex lege* della responsabilità genitoriale.

<sup>21</sup> Cass., 21 agosto 2019, n. 21549; Cass., 20 maggio 2013, n. 12232; Cass., 3 gennaio 2011, n. 37, tutte reperibili in *Onelegale*. Secondo Cass., 20 marzo 2017, n. 7127, in *Onelegale*, non è rilevante l'assoluzione in sede penale circa i fatti oggetto di contestazione; in dottrina per un commento alle norme del codice civile PILATI, Sub *artt. 2118-2120 c.c.*, in CIAN, TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Cedam, 2024, 2438 ss.; NOGLER, op. cit., spec. 46.

<sup>22</sup> Su entrambi gli artt. si veda C. cost. 31 luglio 2020, n. 188, che ne ha escluso l'illegittimità costituzionale, ritenendo la destituzione una misura speciale che non determina alcuna disparità di trattamento, né violazione di principi costituzionali, in riferimento al rapporto di lavoro degli autotrotranvieri.

<sup>23</sup> In tal senso si vedano le osservazioni riportate in Cass., ord., 7 marzo 2023, n. 6765, in *Onelegale*, secondo cui in tema di rapporto di lavoro degli autotrotranvieri, l'art. 53, all. A), r.d. n. 148/1931 – fonte primaria e speciale, tuttora vigente in quanto non derogata da specifiche disposizioni legislative successive – delinea una peculiare procedura di irrogazione delle sanzioni disciplinari, maggiormente garantita rispetto a quella prevista dalla l. 20 maggio 1970, n. 300.

<sup>24</sup> Si rinvia in proposito alle sempre attuali riflessioni di TREU, *Un nuovo patto per i trasporti*, in *LPA*, 2000, 139 ss.; D'ANTONA, *Per una storia del "Patto per i Trasporti"*. *Scritti 1996-1999*, in *Il lavoro nelle riforme*, Editori Riuniti, 2000, 255 ss.; nonché BIAGI, *Il Patto sulle relazioni sindacali nei trasporti*, in *GL*, 2, 1999, 10 ss.; anche TREU, TIRABOSCHI, *Modernizzazione del quadro legale in materia di disciplina dei rapporti di lavoro nell'ambito del trasporto pubblico locale. Studio di fattibilità*, in *Hermes WP*, 4, 2002, sulla necessità di un intervento in chiave di attualità.

delle ferrovie, tranvie e linee di navigazione interna in regime di concessione”<sup>25</sup>, con cui si prevede l’applicazione ai rapporti di lavoro di una disciplina che, anche via di prima approssimazione, può essere definita «speciale»<sup>26</sup>.

Proprio a quest’ultimo provvedimento fanno riferimento anche i giudici di merito, per un’esemplificazione delle condotte ritenute meritevoli di destituzione, ritenendo di escludere una valutazione attenuata della condotta del lavoratore.

La difesa, infatti, chiedeva una ricostruzione alternativa delle circostanze fattuali e una rivalutazione dell’inferenza probabilistica differente da quella seguita dai giudici di merito. Nello specifico, essa riteneva che la condotta del lavoratore fosse sussumibile nell’ambito della fattispecie «per inabilità od incompatibilità all’esercizio del proprio ufficio, sopraggiunte per motivi imputabili all’agente» punibile con la retrocessione (art. 44, capo 4, r.d. n. 148/1931).

Il Collegio, tuttavia, valuta i fatti imputati al lavoratore come caratterizzati da una irrimediabile gravità, ed esclude la retrocessione *ex artt.* 37, comma 1, n. 5, e 44, comma 1, all. A), r.d. n. 148/1931, applicata quale sanzione sostitutiva della destituzione, giacché, i fatti contestati sono quelli oggetto di imputazione penale e a tal fine non avrebbero potuto essere mutati (la S.C. anche in questo caso conferma l’operazione ermeneutica della Corte d’Appello).

In merito alla retrocessione, per quanto questa fosse un’alternativa al licenziamento per motivi disciplinari nella piena discrezionalità del datore di lavoro *ex art.* 55, r.d. n. 148/1931, si tratta pur sempre di un trattamento “*in melius*” che, mediante la destinazione a mansioni inferiori, consente al dipendente la conservazione del posto di lavoro e quindi avrebbe potuto essere addebitata solo in presenza di fatti meno gravi, in ossequio al principio di proporzionalità.

Nel caso di specie, invece, le implicazioni negative dei fatti penalmente illeciti sulla regolare esecuzione della prestazione hanno impedito ai giudici di attribuire alla condotta imputata un rilievo di minore gravità e pertanto essi, in modo impeccabile sotto il profilo del rigore logico, hanno escluso che si potesse riqualificare la pena convertendo la destituzione in retrocessione<sup>27</sup>.

In tal senso la S.C., nel confermare anche in questo passaggio la sentenza d’Appello, ha ritenuto che il nesso causale e di proporzionalità sussistente tra la pena inflitta e i fatti

<sup>25</sup> Le disposizioni del r.d. n. 148/1931, sono state abrogate dall’art. 2, comma 9, l. 23 dicembre 1996, n. 662, nei limiti in cui esse risultino incompatibili con quelle contenute nella citata legge. Successivamente, il comma 1 dell’art. 1, d.lgs. 1° dicembre 2009, n. 179, in combinato disposto con l’allegato 1 allo stesso decreto, ha ritenuto indispensabile la permanenza in vigore del presente provvedimento. Infine, l’art. 27, comma 12-*quinquies*, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge di conversione 21 giugno 2017, n. 96 – a sua volta abrogato dall’art. 9-*quinquies*, comma 1, d.l. 20 giugno 2017, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge di conversione 3 agosto 2017, n. 123 – ha disposto l’abrogazione del presente provvedimento con i limiti *ivi* indicati. In dottrina DAGNINO, *La rilevanza delle condotte extralavorative tra giusta causa di licenziamento nel settore autoferrotorranviario e insussistenza del fatto contestato*, in *RIDL*, 4, 2014, 2, 790 ss.

<sup>26</sup> MOCELLA, Sub *art.* 59, r.d. 8 gennaio 1931, n. 148, in *Codice del lavoro commentato WKI-BancaDati Onelegale*, spec. 6 ss., sulla speciale procedura disciplinare nonché sulle diverse sanzioni previste.

<sup>27</sup> In senso analogo, con riferimento alla gravità dei fatti addebitati, si v. anche App. Genova, 15 ottobre 2021, n. 240.

commessi fosse *a fortiori* supportato dal richiamo in sede di merito – aspetto non sindacabile in sede di legittimità – dei precedenti disciplinari del lavoratore in quanto «sintomatici di insubordinazione e perdita di controllo».

Ebbene, il rilievo e la significativa gravità, anche sul piano morale e valoriale, dei fatti commessi, sfociati nella condanna irrevocabile del dipendente alla pena di due anni e sei mesi di reclusione per i reati di violenza sessuale, maltrattamenti familiari e lesioni personali, hanno offerto alla Corte territoriale un solido e concreto argomento per sussumere la condotta nella nozione legale di giusta causa<sup>28</sup>.

Beninteso, si ribadisce che i fatti, benché gravemente riprovevoli, non hanno rivestito rilievo di per sé nell'ambito del rapporto di lavoro, ma la Corte ha ritenuto che tali comportamenti potessero essere indicativi di una potenziale futura condotta violenta del conducente di autobus, che avrebbe potuto perdere l'autocontrollo anche nei confronti degli utenti del servizio o di terzi, «atteso che le mansioni svolte comportavano la guida di veicoli nel traffico e il costante contatto con il pubblico».

In tale fattispecie, per quanto i fatti imputabili al lavoratore fossero stati posti in essere in ambito extralavorativo, era altamente probabile che simili comportamenti avrebbero potuto colpire interessi del datore di lavoro, violando gli obblighi di protezione *ex artt.* 1175 c.c. e 1375 c.c.<sup>29</sup>. La conoscenza del comportamento illecito del proprio dipendente, infatti, in caso di inerzia avrebbe potuto costituire il presupposto per una responsabilità datoriale. Anche in questo senso, i maltrattamenti e le lesioni sono stati ritenuti fatti idonei, per le concrete modalità con cui si sono manifestati, ad arrecare un pregiudizio, anche non necessariamente di ordine economico, agli scopi aziendali<sup>30</sup>, perché contrari alle norme dell'etica comune e del comune vivere civile<sup>31</sup>. E siffatta valutazione ha tenuto conto anche della responsabilità datoriale *ex artt.* 2087 e 2043 c.c., in relazione alle mansioni di conducente di autobus, quotidianamente tenuto a circolare nel traffico, in condizioni stressanti e a stretto contatto con gli/le utenti «nei cui confronti deve essere evitato, anche

<sup>28</sup> Cass., 30 gennaio 2013, n. 2168, in *OneLegale*, ha confermato la sentenza di appello volta a statuire la legittimità del licenziamento del dipendente di Poste italiane, a seguito di sentenza “di patteggiamento” per il reato di violenza sessuale perpetrata a danno di minori abusando della qualità di responsabile di una comunità religiosa. Per la Suprema Corte, il giudice di merito ha, in tal caso, ben coordinato e valutato tutti gli elementi processuali, sì da concludere «che i fatti, per il “forte disvalore sociale” (...) erano indubbiamente idonei ad avere negativi riflessi sull'immagine dell'azienda, (...) e sulla fiducia della clientela nella correttezza nella correttezza dei suoi dipendenti, tanto più ove si consideri il notevole rilievo dato alla vicenda dagli organi di stampa, taluni dei quali anche a diffusione nazionale, i cui articoli hanno dato particolare risalto alla qualità di dipendente delle Poste» del lavoratore in questione.

<sup>29</sup> Cass., 4 gennaio 2024, n. 267, cit.; Cass., ord., 26 marzo 2019, n. 8390; Cass., 10 novembre 2017, n. 26679, disponibili in *Onelegale*; in dottrina, sugli obblighi di protezione in connessione con le clausole generali di correttezza e buona fede, si rinvia a CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in *Clausole generali e diritto del lavoro*, cit., 203 ss., che si mostra contraria a un allargamento dell'area del debito del prestatore di lavoro attraverso le clausole generali, aderendo alla posizione mengoniana; sul tema in generale BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Digesto civ.*, VII, Utet, 1991, 221 ss.; CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1990, 1 ss.

<sup>30</sup> Cass., 18 settembre 2012, n. 15654, in *Onelegale*.

<sup>31</sup> Cass., 1° dicembre 2014, n. 25380, in *Onelegale*.

per la natura pubblicistica del servizio di trasporto, ogni rischio di intemperanza o reazioni scomposte, offensive o violente» (par. n. 23 della sentenza).

#### 4. Il contrasto alla violenza di genere: una questione epistemica

La sentenza in commento, sotto il profilo strettamente attinente alla legittimità del licenziamento, è meritevole di attenzione perché, innestandosi nell'ampio filone dei licenziamenti per giusta causa, rappresenta un caso di scuola di come in certi casi le condotte extralavorative possano incidere in modo irrimediabile sul vincolo fiduciario del rapporto di lavoro. Sennonché, il vero interesse che la sentenza suscita ha a che fare con la ragione della illiceità delle condotte realizzate nell'ambito di rapporti interpersonali o familiari.

Come già riferito, infatti, il lavoratore ha subito una condanna passata in giudicato per maltrattamenti, lesioni e atti di violenza sessuale nei confronti della moglie.

La questione della violenza di genere perpetrata in famiglia, pertanto, diventa la cartina al tornasole dell'affidabilità del lavoratore a eseguire correttamente la prestazione contrattuale.

Ciò perché, nel caso di specie, rileva una condotta antiggiuridica caratterizzata da un elevato tasso di immoralità e di delittuosità, che la S.C. non esita a qualificare come «violenza e sopraffazione, non sporadica», ma anzi abituale e consumata nell'ambito più intimo della relazione coniugale (par. 24 della sentenza)<sup>32</sup>.

D'altronde, la pronuncia si pone in linea di continuità con il recente orientamento di legittimità<sup>33</sup> secondo cui la nozione «elastica» di giusta causa di licenziamento va collocata nella «corretta scala valoriale di riferimento», e ciò in quanto si tratta di una «*clausola generale che richiede di essere concretizzata dall'interprete tramite valorizzazione dei fattori esterni relativi alla coscienza generale e dei principi tacitamente richiamati dalla norma*»<sup>34</sup>.

La decisione datoriale, pertanto, per quanto ritenuta legittima già alla luce della disciplina del r.d. n. 148/1931, risponde, anche in una logica di concretizzazione, a una valutazione di estrema gravità del reato commesso, soprattutto perché il tema della violenza di gene-

<sup>32</sup> Da ultimo, in materia di violenza economica e maltrattamenti in famiglia si veda Cass. pen., Sez. VI, 14 novembre 2024, n. 1268; nonché Cass. pen., Sez. VI, 20 ottobre 2022, n. 6937; Cass., sez. un., 29 gennaio 2016, n. 10959; Cass. pen., Sez. VI, 29 settembre 2015, n. 43960, tutte reperibili in *Onelegale*.

<sup>33</sup> Cass., 9 marzo 2023 n. 7029, con nota di STAMERRA, op. cit., spec. 59 ss.; in dottrina anche LANZARA, *È legittimo il licenziamento per giusta causa del dipendente che irride il collega circa il suo orientamento sessuale*, in *MGL*, 3, 2023, 607 ss.

<sup>34</sup> Cass., 9 marzo 2023, n. 7029, par. 4.4, cit. Qui la S.C. sembra rievocare la definizione di MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., secondo cui le clausole generali «impartiscono al giudice una misura, una direttiva per la ricerca della norma di decisione: esse sono una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione preconstituito da una fattispecie normativa astratta», e in particolare si ritiene che il giudice abbia il «potere» di tradurre quegli *standard* sociali in norma di decisione.

re in famiglia rimanda a un quadro nazionale da cui emergono dati preoccupanti che ne amplificano il disvalore morale e sociale<sup>35</sup>.

Le statistiche, infatti, restituiscono un'immagine più che allarmante della condizione delle donne in Italia, proprio all'interno dei nuclei familiari<sup>36</sup>.

Questo scenario mette in luce quanto il fenomeno della violenza di genere sia frutto di un'alterata concezione della donna, intesa quale oggetto di possesso e di dominio da parte dell'uomo, anche in relazione alla distribuzione dei compiti familiari e di cura<sup>37</sup>.

Ad aggravare ulteriormente il contesto emergenziale contribuiscono le nuove tecnologie e gli innovativi strumenti di comunicazione digitale, come i *social network* o i *social media*. Questi ultimi purtroppo non offrono una *chance* mediatica per sovvertire i paradigmi di genere. Piuttosto, essi forniscono un'indistinta cassa di risonanza ad alcune voci espressive di una "sottocultura", che propugna una visione dei rapporti tra i generi fondata su logiche di prevaricazione sessuale, consolidando antichi stereotipi uniti a nuove forme di violenza di genere *on line* (*cyber-violenza*)<sup>38</sup>.

Sotto il profilo legislativo, la battaglia per contrastare ogni forma di violenza contro le donne ha origini risalenti e si caratterizza proprio per il *framework* multilivello<sup>39</sup>.

Il tema infatti è trasversale e interdisciplinare e non può ci si può limitare ad affrontarlo solo attraverso un approccio settoriale<sup>40</sup>, dovendo coinvolgere necessariamente l'impegno congiunto di tutte le sfere del sapere.

<sup>35</sup> PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, DIPARTIMENTO PER LE PARI OPPORTUNITÀ, *Violenza maschile contro le donne. Libro bianco per la formazione*, a cura del Comitato tecnico-scientifico dell'Osservatorio sul fenomeno della violenza nei confronti delle donne e sulla violenza domestica, 2024, reperibile all'indirizzo [https://www.pariopportunita.gov.it/media/1qlbact1/libro\\_bianco\\_08\\_web.pdf](https://www.pariopportunita.gov.it/media/1qlbact1/libro_bianco_08_web.pdf).

<sup>36</sup> Per un'analisi approfondita dei dati cfr. EIGE, *EU gender-based violence survey: Key results*, 2024, in <https://eige.europa.eu/publications-resources/publications/>; ID., *Intimate partner and domestic violence: EIGE's data collection (2023–2024) – Methodological report*, 2025, *ibidem*; per i dati italiani, ISTAT, <https://www.istat.it/statistiche-per-temi/focus/violenza-sulle-donne/il-fenomeno/violenza-dentro-e-fuori-la-famiglia/la-dinamica-della-violenza/>.

<sup>37</sup> CORAZZA, *Il lavoro delle donne? Una questione redistributiva*, Franco Angeli, 2025; FILÌ, *Brevi riflessioni su differenziale di genere e discriminazioni indirette nel sistema italiano di sicurezza sociale*, in q. *Riv.*, 2024, 1, 45 ss. Sia consentito il rinvio alle considerazioni già svolte in GABRIELE, *Contratto di lavoro e diritto al tempo per la cura*, ESI, 2024, spec. 45 ss.

<sup>38</sup> È merito della dir. n. 2024/1385/UE l'introduzione di comuni ipotesi di reato, nonché della definizione di alcuni reati informatici sempre in materia di violenza *on line*, tra cui le molestie e lo *stalking on line*, ed infine l'istigazione alla violenza o all'odio *on line*. Il legislatore europeo ha così risposto alle necessità rilevate dalla Corte EDU, sez. IV, 11 febbraio 2020, n. 56867, in <https://ovd.unimi.it/sentenza/corte-edu-sez-iv-ricorso-n-56867-15-buturuga-c-romania/2020>, sulla *cyberviolence*, e dal GREVIO, *Raccomandazione Generale No.1 sulla dimensione digitale della violenza sulle donne*, 20 ottobre 2021, in che aveva già denunciato la gravità della violenza digitale contro le donne, e dal Parlamento europeo che, con la risoluzione del 14 dicembre 2021, poneva la questione proprio sulla violenza di genere commessa tramite strumenti digitali ed informatici, *Risoluzione del Parlamento europeo del 14 dicembre 2021 recante raccomandazioni alla Commissione sulla lotta alla violenza di genere: violenza online*, in [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0489\\_IT.html#title1](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0489_IT.html#title1).

<sup>39</sup> ALTILIO, NEGRI, *Violenza di genere: il contributo della contrattazione collettiva nella prevenzione e nel contrasto*, in *ADAPT WP*, 5, 2024.

<sup>40</sup> Con riguardo all'evoluzione della diversa nozione di molestie sul lavoro si rinvia a NICOLOSI, *Molestie e molestie sessuali sul lavoro: strumenti e tecniche di tutela e di prevenzione*, in q. *Riv.*, 3-4, 2024, 279.

Un primo tentativo di inquadramento, in ambito europeo, risale alla Risoluzione del Parlamento europeo sulla violenza contro le donne dell'11 giugno 1986 e alla Raccomandazione della Commissione europea del 27 novembre 1991 sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro (92/131/CEE), nonché, a livello internazionale, va ricordata la Raccomandazione generale dell'ONU n. 19 del 1992 sulla violenza contro le donne e la Carta sociale europea (rivista a Strasburgo il 3 maggio 1996)<sup>41</sup>.

Un valore indiscutibile nell'assetto delle fonti è sicuramente da riconoscere al diritto convenzionale e, in particolare, alla nota Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa dell'11 maggio 2011<sup>42</sup>, che costituisce il primo intervento normativo di carattere sovranazionale in materia di contrasto alla violenza sulle donne<sup>43</sup>.

Si tratta di un documento che sancisce l'uguaglianza tra uomo e donna e definisce la violenza di genere – intesa come tutti gli atti e le minacce che provochino sofferenza fisica, sessuale, psicologica ed economica – come un atto discriminatorio e una violazione dei diritti umani.

Di particolare importanza, nell'ambito del diritto interno, è stata l'emanazione della l. 19 luglio 2019, n. 69, nella prassi indicata come Codice rosso<sup>44</sup>; e inoltre si segnala, di recente, la l. 24 novembre 2023, n. 168, che si prefigge, da una parte, di rendere più efficace la protezione preventiva, rafforzando le misure contro la reiterazione dei reati a danno delle donne e inasprendo le pene nei confronti dei recidivi; dall'altra, di ampliare la tutela, in generale, delle vittime di violenza.

Obiettivo principale è quello della prevenzione della violenza sulle donne, soprattutto rispetto alla commissione dei delitti prodromici, per evitare che possano degenerare in comportamenti più gravi.

<sup>41</sup> Poi integrata dal Protocollo addizionale del 5 maggio 1998 e ratificata con l. 9 febbraio 1999, n. 30. Per un'analisi approfondita del contesto legislativo TOMMASEO, *Sulla tutela delle vittime di violenza domestica nei rapporti fra giustizia civile e penale*, in *FD*, 12, 2024, 1163 ss.

<sup>42</sup> La Convenzione è entrata in vigore il 1° agosto 2014 e il 1° ottobre 2023 l'UE ha aderito alla Convenzione ma ha concluso il percorso di adesione e l'ha ratificata senza l'unanimità, cosa che non impedisce al trattato di vincolare tutti i Paesi membri, su questo aspetto DE VIDO, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul*, in *www.sistema penale*, 13 luglio 2023. In Italia la Convenzione è stata ratificata con la l. 27 giugno 2013, n. 77. In dottrina, DE VIDO, FRULLI (a cura di), *Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, Edward Elgar Publishing, 2023; BOIANO, *La violenza nei confronti delle donne nell'ordinamento multilivello*, in MANENTE (a cura di), *La violenza nei confronti delle donne*, Giappichelli, 2024, 11 ss.

<sup>43</sup> Il contesto normativo previgente era dato dai seguenti atti e documenti legislativi: Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966), Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (1966), Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne (CEDAW, 1979) e il suo Protocollo opzionale (1999); Raccomandazione generale n° 19 del CEDAW sulla violenza contro le donne; Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia (1989) e i suoi Protocolli opzionali (2000); Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (2006).

<sup>44</sup> ROMANO, MARANDOLA (a cura di), *Codice rosso. La violenza domestica e di genere alla luce della l. 19 luglio 2019, n. 69, della l. 8 settembre 2023, n. 122, e della l. 24 novembre 2023, n. 168*, II ed., Pacini Giuridica, 2024, 75 ss.; da ultimo si vedano le riflessioni di CASSANO, *Considerazioni conclusive della relazione per l'apertura dell'Anno Giudiziario 2025*, in *NGCC*, 1, 2025, 156 ss., spec. 160 ss.; PITTARO, *Il c.d. Codice rosso sulla tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *FD*, 2020, 735 ss.

Per altro verso, l'Unione europea ha ancora più di recente adottato la dir. n. 2024/1385/UE sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica<sup>45</sup>.

Essa nasce nell'ambito della Strategia per la parità di genere 2020 – 2025 e dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 14 giugno 2027.

Degno di rilievo è in particolare l'obiettivo di colmare una lacuna esistente sul piano normativo europeo, introducendo uno strumento espressamente dedicato alla protezione della donna e non solo alla vittima in quanto tale (dir. 2012/29/UE).

In tale quadro legislativo, pertanto, può ben dirsi che la decisione della Suprema Corte in commento abbia correttamente ricondotto il comportamento del dipendente nell'ambito della nozione legale di giusta causa, rispondendo così a quella richiesta di adeguamento e di concretizzazione rispetto ai valori dell'ordinamento multilivello<sup>46</sup>.

Proprio secondo la dir. n. 2024/1385/UE, infatti, la violenza contro le donne e la violenza domestica minacciano la parità tra donne e uomini e la non discriminazione, che sono valori e diritti fondamentali dell'Unione, minando il diritto di donne, ragazze e bambine all'uguaglianza in ogni ambito di vita e «impedendo loro di partecipare alla vita sociale e professionale su un piano di parità con gli uomini» (*considerando* n. 2, della dir. n. 2024/1385/UE).

Per rimarcare poi che «La violenza contro le donne è una manifestazione persistente della discriminazione strutturale nei confronti delle donne, derivante da rapporti di potere storicamente iniqui tra donne e uomini. È una forma di violenza di genere principalmente inflitta a donne, ragazze e bambine da parte di uomini. È radicata nei ruoli, nei comportamenti, nelle attività e negli attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini. Nell'attuazione della presente direttiva si dovrebbe pertanto tenere conto di una prospettiva sensibile alla dimensione di genere» (*considerando* n. 10, dir. n. 2024/1385/UE).

Siffatta prospettiva è tenuta ben presente dalla sentenza qui esaminata.

Tuttavia, sembra che la questione della violenza domestica sia posta in generale sul piano delle condotte illecite al pari di tante altre condotte extralavorative; mentre, proprio in un'ottica di sensibilizzazione e di rafforzamento degli strumenti di contrasto alla violenza di genere, sarebbe stato ancora più apprezzabile se la S.C. avesse messo in risalto, con

<sup>45</sup> La versione finale della direttiva ha suscitato numerose critiche per la mancata introduzione del reato di stupro, inteso quale atto compiuto in mancanza del consenso da parte della vittima, a causa del voto a favore della sua esclusione dalla direttiva di alcuni Stati (tra cui Ungheria, Germania e Francia). Tuttavia, sul piano internazionale, compensa tale lacuna la stessa Convenzione di Istanbul che interpreta lo stupro quale «rapporto sessuale senza consenso» (art. 36, par. 2, Convenzione di Istanbul); sulla Convenzione quale strumento interpretativo del diritto dell'Unione europea in situazioni di violenza contro le donne, si rinvia alla sentenza della C. giust., 16 gennaio 2024, causa C-621/21 in <http://curia.europa.eu>. Per rimediare alla decisione di esclusione del reato di stupro è stata inserita anche una clausola di riesame (art. 45, dir. n. 2024/1385/UE), in cui si specifica una futura valutazione sulla necessità di introdurre nuovi reati. In dottrina, BRASCHI, *La nuova direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica e le sue ricadute nell'ordinamento nazionale*, in *RDPP*, 2024, 1367 ss.

<sup>46</sup> Si tengano anche in considerazione le conseguenze pratiche che la decisione giudiziale può produrre nel tessuto sociale, su cui cfr. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, 94 ss., Giuffrè, 1996.

maggior vigore, la gravità delle condotte violente plurime contro una donna che rivestiva il ruolo “qualificato” di coniuge, o in generale di *partner*.

Senz'altro, *de iure condendo*, soprattutto in sede di trasposizione della Direttiva europea n. 2024/1385/UE, si potrebbe suggerire di inserire delle misure di contrasto al fenomeno della violenza contro le donne, non solo in fase preventiva, ma anche per proteggere le vittime e assicurare che i responsabili siano effettivamente sanzionati, includendo espressamente anche una misura accessoria di destituzione dal lavoro per avere commesso una condotta qualificata come violenza domestica.

In tale direzione anche la contrattazione collettiva potrebbe svolgere un ruolo chiave, prevedendo delle tipizzazioni contrattuali nel cui ambito i reati di violenza domestica, perpetrati in modo abituale, sarebbero sanzionabili con il licenziamento per giusta causa. Tutto ciò potrebbe ulteriormente garantire anche il rafforzamento del rispetto di ordini urgenti di allontanamento, ordinanze restrittive e ordini di protezione (si veda il considerando n. 47, dir. 2024/1385/UE).

Stigmatizzare la contrarietà di simili condotte ai principi e ai valori dell'ordinamento *multi-level*, infatti, equivarrebbe a non lasciare sullo sfondo, in una zona di semi-trasparenza, la “femminilizzazione” del reato<sup>47</sup>; e ciò vale a maggior ragione se si considera che la Convenzione di Istanbul ha definito la violenza contro le donne come violazione dei diritti umani, oltre che come forma di discriminazione contro le donne (art. 3 della Convenzione)<sup>48</sup>.

Beninteso, la sentenza ha motivato correttamente l'esito decisorio sul piano dell'*iter* logico giuridico seguito ai fini della concretizzazione della clausola di giusta causa, sarebbe però stato auspicabile, visto il *framework* legislativo, cogliere l'occasione per pronunciarsi con un *obiter dicta* di più ampio respiro che consentisse un “*enforcement*”, anche in chiave epistemica, alla lotta contro la violenza sulle donne, già storicamente vittime di troppi silenzi<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> È notorio che la donna sia maggiormente esposta al rischio di subire violenza, basti vedere il preambolo della Convenzione di Istanbul dove si afferma «che la violenza domestica colpisce le donne in modo sproporzionato» non senza precisare che «anche gli uomini possono essere vittime di violenza domestica».

<sup>48</sup> Di recente in tal senso Cass., VI sez. pen., 13 gennaio 2025, n. 1268, rel. P. Di Nicola Travaglini, secondo cui, attraverso l'interpretazione della Convenzione di Istanbul, la violenza economica integra il delitto di maltrattamenti contro familiari o conviventi.

<sup>49</sup> Si fa riferimento al fenomeno del *silencing* e all'ingiustizia epistemica, all'interno del dibattito gius-filosofico contemporaneo dell'epistemologia femminista, per cui si rinvia oltre al classico di FRICKER, *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, Oxford University Press, 2007; anche a HORNSBY, LANGTON, *Free Speech and Illocution*, in *Legal Theory*, 4, 1, 1998, 21 ss.; e DOTSON, *Tracking Epistemic Violence, Tracking Practises of Silencing*, in *Hypatia*, 26, 2, 2011, 236 ss.



CORTE DI GIUSTIZIA UE, sentenza 13 marzo 2025, causa C-247/23; Pres. K. Lenaerts – Rel. T. von Danwitz – Avv. Gen. A.M. Collins – VP c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság.

**Dati personali – Identità di genere – Transidentità – Diritto di rettifica – Diritti fondamentali – Diritto al rispetto della vita privata – Misure limitative dei diritti dell’interessato.**

*In base all’art. 16 del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), l’autorità nazionale responsabile di un registro pubblico ha l’obbligo di rettificare i dati personali concernenti l’identità di genere qualora risultino inesatti. Il diritto di rettifica può essere esercitato previa presentazione da parte dell’interessato di elementi probatori pertinenti e sufficienti, ma non è possibile subordinare l’esercizio di tale diritto, in base a una prassi amministrativa, alla produzione di prove di un trattamento chirurgico di riassegnazione sessuale.*

## Rettifica dei dati e identità di genere. Il diritto alla protezione dei dati personali come dispositivo di salvaguardia di diritti e libertà fondamentali\*

**Simone Franca**

*Ricercatore di Diritto amministrativo e pubblico nell’Università di Trento*

**SOMMARIO:** 1. Lo svolgimento del processo. – 2. La tutela del rifugiato transgender nell’ordinamento ungherese al cospetto del diritto sovranazionale. – 3. Il diritto di rettifica *ex art.* 16 del GDPR a tutela della transidentità. – 4. L’esercizio del diritto di rettifica: lo spazio dello Stato membro nel prisma dell’art. 23 GDPR. – 5. Per concludere: la tutela dei dati personali come dispositivo di salvaguardia dei diritti fondamentali.

*Sinossi:* Il contributo analizza la sentenza della Corte di giustizia del 13 marzo 2025, che, adita da una corte ungherese, ha riconosciuto l’obbligo per l’autorità nazionale di rettificare i dati relativi all’identità di genere nei registri pubblici, senza subordinare tale rettifica alla prova di interventi chirurgici. Dopo una premessa sullo status dei rifugiati transgender in Ungheria, sono analizzate le questioni affrontate dalla Corte per poi riflettere sul ruolo della protezione dei dati nella salvaguardia dei diritti fondamentali.

---

\* Questo contributo è stato realizzato nell’ambito di una ricerca cofinanziata dall’Unione europea - NextGenerationEU (D.M. n. 737/2021).

Abstract: *The article examines the judgment of the Court of Justice delivered on 13 March 2025, following a request from a Hungarian court, which recognized the obligation of national authorities to rectify gender identity data in public registers without making such rectification conditional on proof of surgical procedures. After an overview of the status of transgender refugees in Hungary, the contribution analyzes the issues addressed by the Court and reflects on the role of data protection in safeguarding fundamental rights.*

## 1. Lo svolgimento del processo

Con la sentenza in epigrafe la Corte di Giustizia è intervenuta su questioni interpretative relative al diritto di rettifica dei dati personali, sancito dall'art. 16 del GDPR, con specifico riferimento all'identità di genere, interrogandosi anche sulla necessità del ricorso a trattamenti chirurgici di riassegnazione sessuale per giustificare l'istanza di rettifica<sup>1</sup>.

Al fine di agevolare la comprensione del caso in esame conviene ricostruire gli antefatti che hanno condotto a sollevare le due questioni pregiudiziali su cui interviene la Corte di Giustizia. Nel 2022 VP, di cittadinanza iraniana e avente lo *status* di rifugiato in Ungheria, si rivolge all'autorità ungherese competente in materia di asilo.

Il soggetto, nato donna, ha un'identità di genere maschile. Tuttavia, VP è stato registrato come rifugiato in Ungheria nel 2014 come donna, conformemente alle leggi applicabili. Ciò nonostante egli avesse prodotto, unitamente alla domanda per ottenere lo status di rifugiato, certificati medici di specialisti in psichiatria e ginecologia, a supporto della propria transidentità. Così, VP si è rivolto all'autorità ungherese chiedendo la rettifica dei propri dati personali ai sensi dell'art. 16 GDPR.

L'autorità ungherese ha però rigettato la domanda, rilevando, nella motivazione, che VP non ha dimostrato di aver subito un trattamento chirurgico di riassegnazione sessuale e che i certificati allegati comprovavano soltanto la sua transidentità.

La decisione è stata impugnata da VP di fronte alla Corte di Budapest-Capitale (*Fővárosi Törvényszék*). Col proprio ricorso di annullamento, VP ha lamentato che la transidentità implica necessariamente un cambiamento di identità di genere e che questo è attestato dai certificati medici forniti, richiamando, a proprio supporto, gli artt. 1, 3, 7 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), unitamente alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Peraltro, dal 2020 in Ungheria non sarebbe più possibile chiedere il riconoscimento di un cambiamento dell'identità di genere e ciò motiverebbe la scelta di ricorrere all'art. 16 del GPDR.

L'autorità giurisdizionale ungherese ha sollevato tre questioni di interpretazione dell'art. 16 GDPR.

<sup>1</sup> C. giust., 13 marzo 2025, causa C-247/23, *VP c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, in <http://curia.europa.eu>.

A mente della prima ci si chiede se l'autorità nazionale responsabile della tenuta di registri in base al diritto nazionale debba rettificare dati relativi al sesso qualora questo sia cambiato dopo l'inserimento nel registro.

Le questioni seconda e terza che, come si vedrà, sono oggetto di trattazione congiunta da parte dei giudici del Lussemburgo, riguardano invece i requisiti richiesti per l'esercizio del diritto di rettifica del proprio sesso.

Nel presente contributo, seguendo l'argomentazione della Corte e dopo una premessa tesa a chiarire lo status del rifugiato transgender nel sistema ungherese, ci si soffermerà sulle diverse questioni sinora sunteggiate per poi svolgere alcune osservazioni conclusive sul ruolo della tutela dei dati personali rispetto alla salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali.

## 2. La tutela del rifugiato transgender nell'ordinamento ungherese al cospetto del diritto sovranazionale

Al fine di contestualizzare le questioni sollevate dinanzi alla Corte di giustizia è opportuno svolgere alcune considerazioni rispetto alla peculiarità della vicenda, tenendo conto di come la disciplina ungherese del rifugiato si inserisca nel quadro più ampio della tutela della persona trans.

Anzitutto, è bene operare un chiarimento su quale sia la condizione del ricorrente davanti alla Corte ungherese. Questi, infatti, è una persona transgender, ossia una persona che non si identifica con il sesso biologico attribuito alla nascita e che non si è sottoposta, in tutto o in parte, a trattamenti medico-chirurgici al fine di avere una coincidenza estetica con la propria identità di genere<sup>2</sup>. La sottoposizione a tutti i trattamenti medico-chirurgici per intervenire sul proprio corpo integrerebbe, invece, la diversa fattispecie del transessualismo, *species* del transgenderismo<sup>3</sup>.

Oltre a essere una persona transgender, il ricorrente ha anche lo status di rifugiato da diversi anni, proprio in virtù della sua transidentità<sup>4</sup>.

Ciò premesso, nell'ordinamento ungherese da diversi anni si è registrata una significativa lacuna rispetto alla tutela del soggetto rifugiato transgender, confermata tramite una serie di sentenze rese in seguito a ricorsi giurisdizionali.

<sup>2</sup> Sul punto si v. la ricostruzione di REALE, *Corte europea dei diritti umani e gender bender: una sovversione mite*, in *DPCE-online*, 2, 2017, 409-410, richiamata anche in LIBERALI, *Il transgenderismo fra diritto alla salute e diritto all'identità di genere: problematiche attuali e prospettive future*, in *federalismi.it*, 12, 2025, 139-140.

<sup>3</sup> Entro la categoria del transgenderismo si collocano altresì coloro che «si situano al di là del rigido binarismo di genere» come le persone *bi-gender*, *gender questioning* o *gender variant* come rilevato in POSTERARO, *Transessualismo, rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari: riflessioni sui problemi irrisolti alla luce della recente giurisprudenza nazionale*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 4, 2017, 1351.

<sup>4</sup> Sul punto v. C. CIRILLO, SOGGIA, *Diritto d'asilo, orientamento sessuale e identità di genere*, in PELISSERO, VERCELLONE (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+*, Giappichelli, 2022, 195 ss.

Rileva anzitutto la decisione del 27 giugno 2018, n. 6 della Corte costituzionale ungherese (*Alkotmánybíróság*) con cui è stata riscontrata l'esistenza di un'omissione legislativa particolarmente grave.<sup>5</sup> Pur rigettando la domanda proposta, sorta a seguito di rifiuto di registrazione della corretta identità di genere di persona trans, la Corte aveva infatti rilevato la non conformità alla Carta costituzionale ungherese della lacuna in materia di procedura di cambiamento del nome. Siffatta procedura era infatti prevista solo per i cittadini ungheresi, escludendo tutti coloro – rifugiati inclusi – che non possedevano lo status di cittadino. Nella pronuncia, la Corte invitava l'Assemblea Nazionale (*Országgyűlés*) a ottemperare al proprio compito legislativo (ossia colmare la lacuna causa di discriminazione) entro il 31 dicembre 2018<sup>6</sup>.

La lacuna, però, non è stata colmata, tanto che è stata chiamata a pronunciarsi la Corte europea dei diritti dell'Uomo, la quale, nel caso *Rana c. Ungheria*, ha accertato la violazione dell'art. 8 della C.e.d.u. da parte dello Stato ungherese<sup>7</sup>.

Va soggiunto che, nel frattempo, la situazione si è ulteriormente aggravata, perché in Ungheria è stata introdotta una disciplina che specifica la necessità di considerare il genere alla nascita nei registri di stato civile, rendendo così impossibile anche ai cittadini ungheresi il riconoscimento giuridico del proprio genere<sup>8</sup>.

Si intuisce dunque che, in un contesto dove le pronunce della Corte costituzionale ungherese e della Corte europea dei diritti dell'uomo restano inascoltate, l'ultimo strumento di tutela non può che derivare dal diritto eurounitario<sup>9</sup>.

È in questo contesto, dunque, che si collocano le questioni sollevate dal giudice ungherese alla Corte di giustizia.

### 3. Il diritto di rettifica ex art. 16 del GDPR a tutela della transidentità

Nella riflessione dedicata al primo motivo di rinvio – ossia se l'art. 16 GDPR obblighi un'autorità nazionale incaricata della tenuta di registri pubblici a consentire la modifica dei dati ivi contenuti relativi al genere – la Corte di giustizia svolge un'accurata indagine che si concentra, anzitutto, sul fondamento del diritto di rettifica nella CDFUE e nel GDPR.

<sup>5</sup> Decisione 6/2018 (VI.27.) Corte cost. ungherese (*AZ Alkotmánybíróság /2018. (VI. 27.) AB Határozata*), in <https://mkab-en.ikontent.hu>.

<sup>6</sup> Decisione 6/2018, cit., punto 65.

<sup>7</sup> Cedu, 16 luglio 2020, causa 40888/17, *Rana c. Ungheria*, in <https://budoc.echr.coe.int>.

<sup>8</sup> Cfr. sul punto l'interrogazione parlamentare rivolta alla Commissione n. E-003195/2021, reperibile al seguente indirizzo: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-003195\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-003195_IT.html).

<sup>9</sup> Non a caso nell'interrogazione parlamentare menzionata alla nota precedente si fa espresso riferimento a possibili violazioni del GDPR da parte della disciplina ungherese.

Sul primo fronte rileva l'art. 8 CDFUE<sup>10</sup>, dedicato alla protezione dei dati personali, che riconosce espressamente a ogni persona il diritto di poter accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica<sup>11</sup>.

Di estrema importanza è pure il secondo profilo, dove l'argomentazione della Corte pone in luce il reticolo di principi e regole entro cui si colloca l'istituto del diritto di rettifica.

Per un verso, esso rappresenta espressione di uno dei principi del trattamento, il principio di esattezza, il quale richiede che i dati siano aggiornati, corretti e rettificati tempestivamente<sup>12</sup>; per altro verso, si rileva che il titolare del trattamento deve prevedere modalità per semplificare l'esercizio dei diritti previsti dal regolamento<sup>13</sup>. A chiudere il cerchio, vi è poi il principio di limitazione della finalità. Tale principio ha rilievo centrale in quanto su di esso si costruisce il perimetro dell'esattezza, dato che il carattere esatto dei dati non è un valore assoluto, dovendo essere rapportato alla finalità che si intende perseguire col loro trattamento<sup>14</sup>.

C'è poi un dato che la Corte evoca e che rappresenta, sul piano argomentativo, lo snodo fondamentale per giungere alla risoluzione della questione, se non addirittura l'architrave dell'intera pronuncia.

Conformemente al recente caso *Mousse*<sup>15</sup>, la Corte ricorda che l'art. 16 del GDPR va interpretato alla luce dell'obiettivo perseguito dal regolamento, ossia «garantire un elevato livello di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare del loro diritto alla vita privata»<sup>16</sup>.

In questo modo si pone in luce la capacità del diritto alla protezione dei dati personali di essere uno strumento funzionale alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> Reperibile in <https://www.dirittounioneuropea.eu/valore-giuridico-trattati-rango-carta-diritti-fondamentali-ue>

<sup>11</sup> C. giust., 13 marzo 2025, causa C-247/23, cit., punto 24. L'art. 8 rappresenta «il culmine del percorso di emersione e di conseguente costituzionalizzazione» del diritto europeo alla proiezione dei dati personali che offre una tutela significativa tanto nell'ambito analogico quanto in quello digitale come rilevato in O. POLLICINO, BASSINI (a cura di), *Sub art. 8 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in D'ORAZIO, FINOCCHIARO, POLLICINO e RESTA (a cura di), *Codice della Privacy e Data Protection*, con la collaborazione di G. DE GREGORIO, Giuffrè, 2021.

<sup>12</sup> C. giust., 13 marzo 2025, causa C-247/23, cit., punto 25. Sul principio di esattezza si v. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. I. Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, 2016, 259 ss.; più recentemente, AVVEDUTO, BASUNTI, *Il principio di esattezza*, in BRAVO (a cura di), *Dati personali. Protezione, libera circolazione e governance – I. Principi*, Pacini giuridica, 2023, 263 ss.

<sup>13</sup> *Ibidem*. Il riferimento alle modalità agevolate di esercizio dei diritti si rinvia dal Cons. n. 59 del GDPR.

<sup>14</sup> Ciò è dovuto anche all'intrinseca natura dinamica di diritti con finalità modificative, come quello alla rettifica e, prima ancora, a causa della natura non statica dell'identità personale. Tali diritti, infatti, sono posti «a tutela della proiezione dinamica dei propri dati personali e del rispetto della propria attuale identità personale o morale» (Cass. civ., sez. III, 5 aprile 2012, n. 5525, in *FI*, 1, I, 2013, 305 con nota di TUCCI. A ciò si è soggiunto che tale circostanza si lega alla «necessaria rispondenza del trattamento dei dati personali ai criteri di proporzionalità, necessità, pertinenza e non eccedenza allo scopo» (CALISAI, *I diritti dell'interessato*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, 2019, 344-345). È importante poi rammentare l'esigenza di contestualizzazione dovuta al mutamento nel tempo dell'identità personale. In tema si v. G. FINOCCHIARO, voce *Identità personale (diritto della)*, in *DDP civ*, 2010, 736 ss.

<sup>15</sup> C. giust., 9 gennaio 2025, causa C-394/23, *Mousse c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), SNCF Connect*, in <http://curia.europa.eu>.

<sup>16</sup> C. giust., 13 marzo 2025, causa C-247/23, cit., punto 27.

<sup>17</sup> Sul punto cfr. in part. F. MIDIRI, *Proteggere i dati personali con le tutele del consumatore*, in *GDA*, 5, 2021, 615. La strumen-

Benché il riferimento espresso sia solo al diritto alla vita privata («in particolare del loro diritto alla vita privata»), il fatto stesso che si dica «in particolare» è indice di un pluralismo valoriale (non limitato solo a tale diritto)<sup>18</sup>, alla cui salvaguardia è preposta la disciplina in materia di *data protection*.

Sulla base di questa premessa, dunque, non resta che valutare se il diritto di rettifica possa essere impiegato nella fattispecie *de qua*.

Appurato che l'informazione sull'identità di genere rappresenta un dato personale<sup>19</sup>, giusto il riferimento di essa a una persona fisica identificata o identificabile, e che la conservazione nel registro pubblico relativo all'asilo rappresenta un trattamento, si è pienamente nell'ambito applicativo del GDPR.

Si pone però (apparentemente) un ostacolo rispetto all'immediato riconoscimento dell'esasperabilità del diritto di rettifica: spetterebbe, infatti, al giudice nazionale accertare l'esattezza del dato alla luce della finalità del trattamento e «valutare [...] se la raccolta di tale dato abbia lo scopo di identificare la persona interessata»<sup>20</sup>.

In tale contesto, secondo il giudice europeo, il dato in questione dovrebbe concernere non già l'identità di nascita della persona, ma la sua identità di genere.

Qui forse sarebbe stato opportuno puntellare di ulteriori riferimenti questo passaggio, giacché il governo ungherese sembra partire dal presupposto esattamente opposto, ossia che l'identificazione della persona debba passare per l'identità di nascita. Il salto logico che la Corte compie in questo snodo argomentativo, in realtà, è solo apparente, giacché risulta conforme all'ormai consolidato orientamento della Cedu, che valorizza il ruolo dell'identità di genere come elemento dell'identità personale<sup>21</sup>.

---

talità del diritto alla protezione dei dati personali alla tutela di libertà e diritti fondamentali va peraltro intesa nella prospettiva della funzione sociale del trattamento, nonché del necessario bilanciamento tra esigenze di protezione e circolazione che esso implica. In tema cfr. in part. GARDINI, *Le regole dell'informazione. Pluralismo e libertà nell'era dell'intelligenza artificiale*, Torino, 2024, 349; CALIFANO, *Il Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dei dati personali*, in CALIFANO, COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Giappichelli, 3 ss.; COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *federalismi.it*, 2, 2018 2 ss.; DURST, *Oggetto e finalità: un nuovo statuto giuridico dei dati personali*, in PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al GDPR, Regolamento EU n. 679/2016 e al d.lgs. n. 101/2018*, Giuffrè, 2019, 58 ss.; DI LORENZO, *La circolazione dei dati personali tra tutela della persona e ordine giuridico del mercato*, in *federalismi.it*, 2019, 22, 1-4; A. RICCI, *Sulla «funzione sociale» del diritto alla protezione dei dati personali*, in *CI*, 2, 2017, 609 ss. Con particolare riguardo all'ipotesi del bilanciamento tra protezione dei dati e perseguimento degli interessi pubblici si v. F. TIGANO, *Protezione dei dati personali e pubblica amministrazione: alcuni spunti di riflessione*, in *Dir. soc.*, 2, 2022, 418-419, nonché, se si vuole, S. FRANCA, *I dati personali nell'amministrazione pubblica. Attività di trattamento e tutela del privato*, Editoriale scientifica, 2023.

<sup>18</sup> In particolare, assumono rilievo anche le libertà economiche. Su tale estensione alle libertà economiche cfr. in part. BRAVO, *Il «diritto» a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, 199 ss.; F. MIDIRI, op. cit., 615.

<sup>19</sup> Su tale qualificazione dei dati relativi al genere si v. già C. giust., 9 gennaio 2025, causa C-394/23, cit., punto 30.

<sup>20</sup> C. giust., 13 marzo 2025, causa C-247/23, cit., punto 32.

<sup>21</sup> A titolo esemplificativo, sulla riconducibilità dell'identità di genere all'identità personale, nell'ambito di controversie riguardanti i diritti di persone trans, si v. Cedu, 6 aprile 2017, ricorso 79885/12, 52471/13 et 52596/13, *A.P., Garçon e Nicot*

Peraltro, a concludere l'erroneità della tesi sostenuta dal Governo ungherese milita anche il fascicolo a disposizione della Corte, dove si evince che nel corso della procedura di riconoscimento dello status di rifugiato l'Ungheria avrebbe ammesso che VP fosse una persona transgender<sup>22</sup>.

C'è, inoltre, un profilo di particolare interesse con riguardo al tema dei trattamenti in ambito pubblico.

Da quanto si evince, infatti, il governo ungherese pare aver sostenuto che le norme adottate ex art. 6, par. 2 e 3 GDPR – ossia le norme adottate per fondare il trattamento per perseguire compiti di interesse pubblico o adempiere a obblighi di legge<sup>23</sup> – possano derogare al diritto di rettifica. Così non è secondo la Corte di giustizia, sia perché queste norme si porrebbero in contrasto con la Carta di Nizza dove riconosce il diritto di rettifica, sia perché sono previsti requisiti particolari, in base all'art. 23 GDPR, per comprimere il diritto di rettifica<sup>24</sup>. Su quest'ultimo profilo si tornerà successivamente, dato che la Corte lo ha meglio precisato rispetto all'analisi della seconda e della terza questione.

Preme ora focalizzare l'attenzione sull'ultimo rilievo svolto dai giudici del Lussemburgo, che pone un significativo monito anche rispetto alle iniziative prese rispetto alla limitazione, in Ungheria, della possibilità di accedere (anche per i cittadini) a procedimenti per il riconoscimento della transidentità.

Qui, infatti, la Corte, pur riconoscendo la competenza in materia di stato civile degli Stati membri, rileva che questa non può spingersi sino a impedire l'esercizio di un diritto come quello di rettifica, riconosciuto e tutelato dalla Carta di Nizza e da un regolamento di fonte eurounitaria (il GDPR), perché ciò configurerebbe una violazione del diritto dell'Unione<sup>25</sup>. Si tratta, invero, di uno schema argomentativo ricorrente nelle pronunce della Corte di giustizia con riguardo a molteplici ambiti<sup>26</sup>, ma che in questo caso consente di affermare

*c. Francia*, in <https://budoc.echr.coe.int>, punto 123; Cedu, 12 settembre 2003, ricorso 35968/97, *Van Kück c. Germania*, in <https://budoc.echr.coe.int>, punto 75. Si rammenta che il punto di svolta nella tutela della transidentità si ha con Cedu, 11 luglio 2002, *Christine Goodwin C. Regno Unito*, ricorso 28957/95, in <https://budoc.echr.coe.int>. Si tratta di pronunce prese in considerazione nel precedente caso C. giust., 4 ottobre 2024, causa C-4/23, *Mirin*, punti 63-67, dove peraltro si aderisce pienamente agli orientamenti della Cedu in ordine alla riconduzione del diritto all'identità sessuale entro l'art. 8 c.e.d.u. (punto 64).

<sup>22</sup> C. giust., 13 marzo 2025, causa C-247/23, cit., punto 33.

<sup>23</sup> In base all'art. 6, par. 2 del GDPR è possibile stabilire regole più rigorose rispetto ai trattamenti per l'esercizio di compiti di interesse pubblico (art. 6, par. 1, lett. e) del GDPR) o per l'adempimento di obblighi di legge (art. 6, par. 1, lett. e) del GDPR). Secondo l'art. 6, par. 3 del GDPR le basi giuridiche su cui si fondano le due tipologie di trattamenti appena menzionati devono essere rappresentate dal diritto dell'Unione o dello Stato membro. Attraverso plurime modifiche al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (cd. Codice privacy), gli attuali artt. 2-ter e 2-sexies prevedono che si possa fare ricorso, a fondamento dei predetti trattamenti, di norme di legge, norme di regolamento e atti amministrativi generali.

<sup>24</sup> C. giust., 13 marzo 2025, causa C-247/23, cit., punto 36.

<sup>25</sup> C. giust., 13 marzo 2025, causa C-247/23, cit., punto 37.

<sup>26</sup> Le fattispecie sono davvero numerose. A titolo esemplificativo si v.: C. giust. 4 ottobre 1991, causa C-246/89, *Commissione c. Regno Unito*, in <http://curia.europa.eu>. In cui si rileva che la competenza degli Stati membri in materia di iscrizione di una nave nei propri registri e per la concessione alla stessa nave del diritto di battere la loro bandiera trova un limite nel divieto di discriminazione basato sulla nazionalità; C. giust., 28 aprile 1998, causa C-158/96, *Kobll*, in <http://curia.europa.eu>, punti 17-20 che, pur ribadendo la competenza degli Stati in materia di sistemi previdenziali, afferma che la natura particolare di alcune

che, anche nel contesto di competenze proprie degli Stati membri, il GDPR funge da presidio non solo del diritto alla *data protection*, ma, più in generale, del diritto dell'Unione<sup>27</sup>.

#### 4. L'esercizio del diritto di rettifica: lo spazio dello Stato membro nel prisma dell'art. 23 GDPR

Con le altre due questioni, in sintesi, ci si chiede quale sia lo standard richiesto per l'esercizio del diritto di rettifica e, in particolare, se la prassi amministrativa di un ente pubblico possa condizionare l'esercizio del diritto di rettifica alla produzione di elementi che attestino la sottoposizione a un trattamento chirurgico di riassegnazione sessuale.

In questa sede si sviluppa maggiormente l'argomentazione relativa all'art. 23 del GDPR. Prima di valutare l'argomentazione della Corte è però necessario rammentare quali garanzie impone l'art. 23 del GDPR per poter comprimere l'ambito applicativo di un diritto relativo al trattamento, come il diritto di rettifica. Si possono identificare tre forme di garanzia che devono sussistere congiuntamente: i) l'adozione di una misura legislativa (ai sensi dell'art. 23, par. 2 del GDPR); ii) la conformità di tale misura alla «essenza dei diritti e delle libertà fondamentali»; iii) il carattere necessario e proporzionato in una società democratica della misura a tutelare motivi di interesse generale tra quelli elencati all'art. 23, par. 1 del GDPR<sup>28</sup>. Sul primo profilo, relativo al carattere legislativo della misura, la valutazione della Corte appare del tutto lineare. Pur ribadendo che spetterà al giudice ungherese verificare l'esistenza di una simile misura legislativa, secondo la Corte il limite al diritto di rettifica è riconducibile unicamente a una prassi amministrativa che, per quanto diffusa nell'ordinamento ungherese, non può assumere di per sé – come è evidente – la consistenza di una misura legislativa<sup>29</sup>.

Sulla sussistenza del secondo requisito, concernente il rispetto dell'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali da parte della misura restrittiva dei diritti dell'interessato, la

---

prestazioni di servizi non vale a escludere l'applicazione del principio fondamentale di libera circolazione. Sulla portata della clausola con cui la Corte di giustizia chiama in causa le competenze degli Stati membri cfr. AZOULAI, *The 'Retained Powers' Formula in the Case Law of the European Court of Justice: Eu Law as Total Law?*, in *European Journal of Legal Studies*, 4, 2, 2011, 178 ss.; Boucon, *EU Law and Retained Powers of Member States*, in AZOULAI (ed.) *The question of competence in the European Union*, Oxford University Press, 2014, 168 ss.

<sup>27</sup> Inoltre, mentre nel caso C. giust., 4 ottobre 2024, causa C-4/23, cit., punto 53 era la libera circolazione delle persone a fungere da limite alla competenza degli Stati membri, qui è proprio la disciplina ricavabile dal GDPR a fungere da limite alla discrezionalità degli Stati membri pur nelle loro competenze.

<sup>28</sup> Sul punto si v. CALISAI, *I diritti dell'interessato*, cit., 347 ss.; M. CAPORALE, *Sub art. 23*, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO e G. RESTA (a cura di), op. cit., 391 ss.; M. MIDIRI, S. PIVA, *L'interesse pubblico come base giuridica e come finalità del trattamento dei dati personali*, in S. SCAGLIARINI (a cura di), *Il "nuovo" codice in materia di protezione dei dati personali. La normativa italiana dopo il d. lgs. 101/2018*, Giappichelli, 2019, 21 ss.; A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Zanichelli, 2019, 464 ss.

<sup>29</sup> C. giust., 13 marzo 2025, causa C-247/23, cit., punto 44.

conclusione è sostanzialmente analoga. Secondo la Corte, la prassi affermatasi nell'ordinamento ungherese, infatti, pregiudica l'essenza dei diritti all'integrità fisica e morale della persona (art. 3 della CDFUE) e al rispetto della vita privata (art. 7 della CDFUE)<sup>30</sup>. Puntualmente viene ricordato come vi sia una sostanziale corrispondenza tra l'art. 7 della CDFUE e l'art. 8 della C.e.d.u, ricordando che da quest'ultimo derivano obblighi non solo negativi, ma anche positivi in capo agli Stati membri<sup>31</sup>. Da qui, ci si ricollega al recente arresto della Corte di giustizia, il caso *Mirin*<sup>32</sup> – dove già è stata ribadita l'importanza del diritto all'identità di genere –, rammentando altresì che «gli Stati dispongono solo di un potere discrezionale limitato in tale settore»<sup>33</sup>.

Dunque, la necessità di rispettare l'essenza di un diritto fondamentale, come quello al rispetto della vita privata, circostringe il potere di disciplina degli Stati. Il secondo requisito stabilito dall'art. 23 del GDPR diventa così lo strumento operativo per mantenere una sfera di immunità all'essenza di tale diritto fondamentale, disinnescando qualsiasi strumento di compressione, anche laddove contenuto all'interno di una misura legislativa.

Al fine di blindare ulteriormente la propria decisione, la Corte decide di affrontare anche il tema del carattere necessario e proporzionato in una società democratica che la misura restrittiva del diritto di rettifica dovrebbe avere. Il punto è dirimente per apprezzare il margine di discrezionalità di cui dispone ciascuno Stato membro nel richiedere, eventualmente, la previa sottoposizione a intervento chirurgico per accedere alla rettifica. La Corte nega che la sottoposizione all'intervento rappresenti una condizione proporzionata rispetto al fine di garantire l'affidabilità del registro pubblico, ritenendo che «un certificato medico, ivi compresa una previa diagnosi psicologica», rappresenti un elemento di prova sufficiente e pertinente<sup>34</sup>, richiamando anche la giurisprudenza della Cedu<sup>35</sup>. La parte dedicata a questo profilo è molto circoscritta. La concisione della Corte si può giustificare in base al fatto che tale parte della motivazione riveste un ruolo tutto sommato sovrabbondante, a fronte del primo argomento, dirimente, secondo cui la prassi amministrativa ungherese non è qualificabile come misura legislativa.

Nondimeno, nella valutazione di proporzionalità avrebbero potuto assumere rilievo almeno altri due fattori.

Il primo, ricordato dall'Avvocato generale Collins nelle sue conclusioni, attiene al fatto che la richiesta di intervento chirurgico si pone in conflitto con la dignità umana e anche con l'integrità fisica e morale della persona<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> C. giust., 13 marzo 2025, causa C-247/23, cit., punto 45.

<sup>31</sup> C. giust., 13 marzo 2025, causa C-247/23, cit., punto 47.

<sup>32</sup> C. giust., 4 ottobre 2024, causa C-4/23, cit., punti 63-65.

<sup>33</sup> C. giust., 13 marzo 2025, causa C-247/23, cit., punto 47.

<sup>34</sup> C. giust., 13 marzo 2025, causa C-247/23, cit., punto 49.

<sup>35</sup> Si allude, in particolare, alla già menzionata Cedu, 6 aprile 2017, causa 79885/12, 52471/13 et 52596/13, cit.

<sup>36</sup> Concl. Avv. gen. Collins presentate il 12 settembre 2024, causa C-247/23, *VP c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*,

Il secondo, invece, concerne il rapportare la proporzionalità anche al trattamento dei dati personali *de quo*. È infatti evidente che l'accertamento in ordine all'avvenuto intervento chirurgico sottende anche un trattamento non conforme al principio di minimizzazione, e perciò non necessario e non proporzionato in una società democratica, considerate le ragioni legate alla tenuta e alla funzione del registro pubblico relativo all'asilo<sup>37</sup>. Sarebbe infatti paradossale se tra i diritti fondamentali la cui essenza deve essere rispettata non vi sia quello alla protezione dei dati personali.

## 5. Per concludere: la tutela dei dati personali come dispositivo di salvaguardia dei diritti fondamentali

In conclusione, la sentenza in commento – che si segnala per il nitore dell'argomentazione, oltreché per il rilievo dei principi affermati – consente di svolgere alcune riflessioni di sintesi sull'intersezione tra tutela dei dati personali e tutela dei diritti fondamentali *tout court*.

Da un primo punto di vista, si conferma la capacità del GDPR di porsi come dispositivo di tutela immediata e diretta del singolo. Come visto, la necessità di tutelare l'identità di genere di VP, infatti, ha trovato supporto tanto nella giurisprudenza costituzionale ungherese, quanto nella Corte europea dei diritti dell'uomo, ma ciò non è stato sufficiente, a fronte di una politica legislativa, quale quella ungherese, che si pone in aperto conflitto con i diritti della comunità trans.

Il GDPR, di contro, riconosce dei diritti relativi al trattamento il cui esercizio può essere funzionalizzato all'affermazione della propria identità di genere. Così, il diritto di rettifica deve essere riconosciuto da qualsiasi autorità, anzi, a essere più precisi, da qualsiasi soggetto titolare del trattamento, pubblico o privato che sia. D'altronde, come ci ricorda la pronuncia, la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali rappresenta la finalità primaria

---

punto 48. Peraltro, il termine “necessario” nella giurisprudenza della Cedu è stato ricollegato a un «bisogno imperioso della società. Qualitativamente diverso da una semplice esigenza», come ricorda M. CAPORALE, *Sub art. 23*, cit., 397, con riguardo ai casi Cedu, 22 ottobre 1981, ricorso 7525/76, *Dudgeon c. Regno Unito*, in <https://budoc.echr.coe.int> e Cedu, 17 aprile 2012, ricorso 20071/07, *Piechowicz c. Polonia*, in <https://budoc.echr.coe.int>.

<sup>37</sup> Non bisogna trascurare che si sta trattando di dati particolari, nella specie relativi alla salute che si aggiungerebbero a quelli, già di estrema delicatezza, desumibili dai certificati. Sull'approccio rigoroso, in termini di minimizzazione, in relazione all'utilizzo di dati relativi alla salute per finalità diverse da quelle di cura si possono considerare anche alcuni provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali, per esempio Garante privacy, 12 ottobre 2023, n. 473, in <https://www.garanteprivacy.it>, relativo all'utilizzo di dati contenuti nel dossier sanitario dei dipendenti di una struttura ospedaliera per finalità di organizzazione dei turni ospedalieri e valutazione della qualità dei servizi erogati nell'emergenza pandemica; Garante privacy, 14 novembre 2024, n. 710, in <https://www.garanteprivacy.it>, ove si censura un modello di certificazione, rilasciato ad una paziente per giustificare un'assenza dal lavoro, a causa dell'indicazione nello stesso del reparto ove questa si era recata per ricevere la prestazione sanitaria. Da ultimo, si ricordi che rispetto al trattamento di dati relativi alla salute l'esigenza di proporzionalità discende anche dall'art. 8 della C.e.d.u. Per una recente applicazione della logica di proporzionalità da parte della Cedu con riferimento a una fattispecie di trattamento dei dati di soggetti sieropositivi si v. FRANCO, *Il trattamento di dati relativi alla sieropositività tra CEDU e diritto interno*, in q. *Riv.*, 6, 2024, 610 ss.

del GDPR. Certamente, vi possono essere casi in cui più libertà sono in conflitto – si pensi solo alle frizioni tra protezione delle persone fisiche e libera circolazione dei dati –, ma in una fattispecie come quella in esame la violazione del GDPR si collega direttamente alla violazione di un diritto fondamentale, rafforzando il ruolo di un diritto dell'interessato, come il diritto di rettifica.

Questa prospettiva, a ben vedere, conferma la configurabilità del sistema di tutela dei dati personali come un dispositivo in grado di adattarsi nella prospettiva di assicurare l'effettiva salvaguardia di diritti e libertà fondamentali.

Le modalità di adattamento differiscono profondamente in base alle peculiarità della fattispecie.

In presenza di una disciplina settoriale che offre già forme di tutela il diritto alla protezione dei dati personali può porsi in una logica complementare; dunque, come sistema rimediabile il cui ambito non esclude quello proprio di un'altra disciplina. È quanto è emerso, nella giurisprudenza amministrativa, a fronte del concorso tra tutela dei dati personali e tutela in materia di pratiche commerciali scorrette, dove i due sistemi rimediabili vengono tenuti distinti, benché ritenuti coordinati nell'ottica di un sistema di tutela multilivello<sup>38</sup>. Al tempo stesso, pur in presenza di un'altra disciplina settoriale, la tutela dei dati personali può rappresentare una forma di tutela che permette di integrare la fattispecie su cui interviene un'altra soluzione rimediabile. È quanto invece si è affermato, nella giurisprudenza europea, tramite il confronto tra diritto alla protezione dei dati personali e diritto *antitrust*, dove la violazione del GDPR può fornire elementi di prova per l'accertamento di illeciti come l'abuso di posizione dominante<sup>39</sup>.

Nella pronuncia in commento, invece, emerge la tendenza suppletiva del GDPR, la capacità di adattarsi nella forma di una *extrema ratio* per tutelare situazioni per cui l'ordinamento non prevede garanzie o soluzioni rimediabili effettive.

Questo meccanismo ha altresì il vantaggio di rafforzare l'integrazione all'interno dell'UE, dal momento che opera anche una limitazione della discrezionalità degli Stati membri, pure nelle materie che rimangono nella loro competenza come, in questo caso, lo stato civile. Si tratta di una circostanza che, tuttavia, può generare anche criticità: l'avanzare della tutela dei dati, con la contestuale erosione di alcuni spazi di discrezionalità riservati agli Stati membri, può non essere accettata così facilmente da questi ultimi.

Al netto di ciò, c'è un dato ulteriore da apprezzare rispetto alla pronuncia in esame: essa, infatti, riconosce che gli istituti ricavabili del GDPR non sono unicamente dotati di un intrinseco vincolo che li lega alla tutela dei diritti fondamentali, ma si pongono anche come

<sup>38</sup> Si allude alla sentenza Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2631, in *GDA*, 5, 2021, 609, con nota di F. MIDIRI e in *Riv. reg. mercati*, 2, 2021, 363, con nota di S. FRANCA.

<sup>39</sup> Il riferimento va a C. giust., 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta Platforms Inc. et al. c. Bundeskartellamt*, in *DPCEonline*, 1, 2024, con nota di BELLOMO, in *FI*, 12, 2023, 583, con nota di DAVOLA, in *Riv. reg. mercati*, 2, 2023, 503, con nota di LICASTRO e in *Italian Journal of Public Law*, 1, 2024, 239, con nota di PARONA.

strumenti che forniscono un modello di tutela di tali diritti. Si pensi, a tal proposito, a come i requisiti previsti dall'art. 23 GDPR per limitare i diritti dell'interessato siano utili a far emergere eventuali limitazioni a diritti fondamentali come il diritto all'identità di genere. L'ordito di regole e principi ricavabili dal GDPR individua, dunque, uno specifico modello di tutela di libertà e diritti fondamentali, funzionale alla diffusione e alla salvaguardia di standard comuni. In tal guisa, la tutela dei dati ha il vantaggio di funzionare non solo individuando «confini invalicabili»<sup>40</sup> per i singoli Stati membri, ma anche favorendo un'integrazione basata su una dimensione squisitamente garantistica<sup>41</sup>.

Questo profilo di ordine generale assume poi un rilievo specifico nell'ambito delle procedure di riconoscimento del genere delle persone trans. In particolare, il modello di tutela offerto dal GDPR pare porsi in sinergia con le riflessioni tese a individuare nel procedimento amministrativo (piuttosto che nel procedimento giurisdizionale) la sede ideale per poter far fronte alle istanze di riconoscimento di genere proprie della comunità trans<sup>42</sup>. Sono infatti le modalità di esercizio del diritto di rettifica in base al GDPR, basate sulla dialettica tra titolare e interessato, a presupporre una sede procedimentale in cui questa dialettica possa dispiegarsi<sup>43</sup>. Questa prospettiva nell'ambito dei percorsi di affermazione di genere, si rivela preziosa non solo perché offre una soluzione a fronte di problemi che hanno una rilevanza costituzionale<sup>44</sup>, ma anche perché permette di superare una visione medicalizzata dell'esperienza trans<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> Si allude ai confini invalicabili a presidio della *rule of law* secondo la ricostruzione contenuta in (in altra versione A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, CANOR, M. SCHMIDT, M. TABOROWSKI, *Un possibile momento costituzionale per lo Stato di diritto europeo: i confini invalicabili*, in *QCost*, 4, 2018, 855 ss. (si parla di "red lines" in A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, CANOR, M. SCHMIDT, M. TABOROWSKI, *Drawing Red Lines and Giving (Some) Bite – the CJEU's Deficiencies Judgment on the European Rule of Law*, in *VerfBlog*, 3 agosto 2018). Le riflessioni sui confini invalicabili (o *red lines* che dir si voglia) sono scaturite dal commento a C. giust. 25 luglio 2018, causa C-216/18, PPU, in <http://curia.europa.eu>.

<sup>41</sup> Sulla carenza di tale dimensione in alcuni percorsi di integrazione eurounitaria degli ultimi anni si v. B. MARCHETTI, *Sviluppi recenti nell'amministrazione dell'Unione europea: integrazione, disintegrazione o rigenerazione?*, in *RTDPub*, 2, 2018, 509 ss.

<sup>42</sup> Si allude alle riflessioni sorte nell'ambito del progetto PRIN PNRR 2022 "T.R.A.N.S." (*Transsexuals' Rights and Administrative Procedure for Name and Sex Rectification*), P.I. Nicola Posteraro. Sulla valorizzazione della logica procedimentale nelle procedure di riconoscimento di genere e sulle diverse implicazioni di essa si v. in part. POSTERARO, *Il progetto PRIN PNRR 2022 "T.R.A.N.S." (Transsexuals' Rights and Administrative Procedure for Name and Sex Rectification): lo stato dell'arte, gli obiettivi, la metodologia e i risultati attesi*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 3, 2024, 8 ss.; CARDACI, *Dal processo civile al procedimento amministrativo di riaccertamento del genere: verso una tutela rapida ed efficace del diritto all'identità personale della persona trans*, *ivi*, 19 ss.; CASSATELLA, *Il progetto T.R.A.N.S.: dal processo al procedimento (e ritorno)*, *ivi*, 21 ss.; MAGLIARI, *Identità di genere e percorsi di autodeterminazione: dal processo al procedimento?*, *ivi*, 53 ss.

<sup>43</sup> Sulle dinamiche di integrazione fra procedimento amministrativo e procedure per l'esercizio di diritti sia consentito il rinvio a S. FRANCA, *La semplificazione nelle modalità di trattamento dei dati personali da parte della pubblica amministrazione*, in *DP*, 2, 2021, 656 ss.

<sup>44</sup> Prova ne è la pronuncia Corte cost., 23 luglio 2024, n. 143, su cui si v., in part., POSTERARO, LIBERALI, *Sul non binarismo di genere e sull'autorizzazione giudiziale a effettuare gli interventi chirurgici di affermazione di genere*, Editoriale scientifica, 2025.

<sup>45</sup> Sulle criticità di questa visione cfr. C.M. REALE, *Il lento incedere dei diritti trans: una prospettiva critica sulla giurisprudenza delle corti sovranazionali europee*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 3, 2024, 135 ss.

# Las acciones positivas para las mujeres en el Derecho español de seguridad social ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

## *Positive action for women in Spanish Social Security Law before the Court of Justice of the European Union*

**Juan Bautista Vivero Serrano**

*Catedrático de Derecho del Trabajo Universidad de Salamanca  
Magistrado (suplente) del Tribunal de Apelación de Madrid*

**SUMARIO:** 1. Las acciones positivas para las mujeres como manifestación de la perspectiva de género: el contraste entre el Derecho español de origen interno y el Derecho de la Unión Europea. – 2. Las acciones positivas en el Derecho interno español. – 2.1. Las dos medidas de acción positiva posteriores a la versión 2020 del Pacto de Toledo. – 2.1.1. El complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género. – 2.1.2. La integración de las lagunas de cotización en la pensión de jubilación. – 2.2. Las acciones positivas ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. – 3. Las acciones positivas en el Derecho de la Unión Europea. – 3.1. El marco normativo de la Unión Europea y la jurisprudencia general del TJUE – 3.2. La jurisprudencia específica del TJUE sobre las acciones positivas en materia de seguridad social. – 3.2.1. El complemento por maternidad o aportación demográfica ante el TJUE: la sentencia de 12 de diciembre de 2019. – 3.2.2. El complemento para la reducción de la brecha de género ante el TJUE: la sentencia de 15 de mayo de 2025. – 4. ¿Qué futuro para las acciones positivas?

*Resumen:* Las acciones positivas para las mujeres en materia de seguridad social representan un ejemplo de contraste entre el Derecho español de origen interno y el Derecho de la Unión Europea. El primero muy propicio y el segundo todo lo contrario. El rechazo por parte del TJUE en los años 2019 y 2025 de las dos medidas de acción positiva diseñadas por el legislador español encuentra su explicación en el citado

contraste. Se cierra este ensayo con una reflexión sobre el futuro de las medidas de acción positiva para las mujeres en el Derecho español.

*Abstract: Positive actions for women in the field of social security represent an example of the contrast between Spanish law of domestic origin and European Union law. The former is very favourable and the latter quite the opposite. The rejection by the CJEU in 2019 and 2025 of the two positive action measures designed by the Spanish legislator finds its explanation in the aforementioned contrast. This essay closes with a reflection on the future of positive action measures for women in Spanish law.*

**Palabras clave:** Acción positiva – Seguridad social – Brecha de género – Igualdad de género – Tribunal de Justicia de la Unión Europea

**Key words:** Positive action – Social security – Gender gap – Gender equality – Court of Justice of the European Union

## **1. Las acciones positivas para las mujeres como manifestación de la perspectiva de género: el contraste entre el Derecho español de origen interno y el Derecho de la Unión Europea**

Dentro de la familia numerosa de la igualdad las manifestaciones jurídicas más conocidas son las vinculadas a la igualdad formal, a saber, la igualdad de trato o igualdad genérica (igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley) y la no discriminación por diferentes motivos. Algo menos conocidas resultan, en cambio, las manifestaciones jurídicas conectadas a la igualdad material o sustancial, algunas de las cuales responden a diferentes denominaciones desde su origen norteamericano en la década de los sesenta del siglo pasado, habiendo triunfado, al menos en Europa, el sintagma “acción positiva” frente a otras nomenclaturas como “discriminación inversa” o “discriminación positiva”<sup>1</sup>. Pese a su creciente importancia, las acciones positivas siguen siendo en la actualidad la Cenicienta de la familia numerosa de la igualdad<sup>2</sup>.

También es una manifestación de la igualdad sustancial el principio de composición paritaria o presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos públicos y privados de poder, ahora de rabiosa actualidad<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, *Discriminación, igualdad de trato y acción positiva*, en *Relaciones Laborales*, 1995, núm. 2, 81 ss.

<sup>2</sup> BARRÈRE UNZUETA, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva*, Civitas, 1997, SIERRA HERNÁIZ, *Acción positiva y empleo de la mujer*, CES, 1999, y MARTÍN VIDA, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, 2003. Una visión más amplia y moderna en LOUSADA AROCHENA, *Mujeres y discriminación interseccional. Un ensayo sobre las mujeres en los márgenes*, Dykinson, 2024.

<sup>3</sup> Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, y Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas.

Las acciones positivas, por utilizar la definición legal española, son “diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social”. Si bien las medidas de acción positiva están muy presentes en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, sobre todo en el artículo 11, la definición legal es obra del artículo 6.7 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación<sup>4</sup>.

Aunque de conformidad con la definición legal apenas transcrita las acciones positivas son el reverso de cualquier forma de discriminación, y aunque en su origen norteamericano estuvieran estrechamente conectadas con la discriminación racial, lo cierto es que el grueso de las acciones positivas en los Estados miembros de la Unión Europea tiene que ver o con el sexo o con la discapacidad.

Las acciones positivas orientadas a prevenir, eliminar o compensar la discriminación por razón de sexo, esto es, las acciones positivas para las mujeres (art. 11 Ley Orgánica 3/2007), sin dejar de pertenecer a la familia numerosa de la igualdad, se integran asimismo en un contenedor conceptual y metodológico todavía más amplio, la perspectiva de género, que cuenta con el aval del Tribunal Constitucional<sup>5</sup>.

Tanto la familia numerosa de la igualdad como el rico contenedor conceptual y metodológico de la perspectiva o impacto de género tienen su campo más fértil en las relaciones laborales, al que se ha unido en los últimos años el mundo de la seguridad social, el que interesa en este estudio.

La perspectiva de género está llamada a seguir protagonizando uno de los grandes cambios en los sistemas nacionales de seguridad social, jugando en este ámbito un papel mucho más incisivo y profundo que el desplegado hasta el momento. Así figuraba en el pacto político entre PSOE y Unidas Podemos de finales del año 2019 y así figura también en el vigente pacto político entre PSOE y Sumar firmado en octubre de 2023. De hecho, la apuesta por la profundización de la perspectiva de género en el sistema español de seguridad social está muy presente en las Recomendaciones de la Comisión del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados del año 2020. Y la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 también apunta decisivamente en dicho sentido.

De manera coherente, la obra legislativa con perspectiva de género posterior a las Recomendaciones del Pacto de Toledo de 2020 es notable, con numerosas manifestaciones<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Vuelve a reproducir esta definición legal el artículo 3.f) de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

<sup>5</sup> Por todas, la STC 92/2024, F. J. 3, con cita de sentencias previas y de tratados internacionales que recogen igualmente la perspectiva de género, negando que se trate sin más de una ideología.

<sup>6</sup> Sin ánimo exhaustivo, algunas de las normas de seguridad social contenidas en el Real Decreto-ley 3/2021, la Ley Orgánica 10/2022, el Real Decreto-ley 16/2022, la Ley Orgánica 1/2023, el Real Decreto-ley 2/2023, el Real Decreto-ley 2/2024, el Real Decreto-ley 11/2024, etc. Hitos legislativos, salvo los dos últimos, que pueden verse en VIVERO SERRANO, *Seguridad social y perspectiva de género. La obra legislativa tras la versión de 2020 del Pacto de Toledo*, en *Labos*, 2023, vol. 4, núm. 2, 52 ss.

Eso por no hablar del creciente protagonismo asumido por la perspectiva de género como método hermenéutico y aplicativo empleado cada día más por los jueces y tribunales españoles, con el Tribunal Supremo a la cabeza<sup>7</sup>.

El principal problema con el que se encuentran las acciones positivas para las mujeres en materia de seguridad social es el contraste entre el Derecho español de origen interno y el Derecho de la Unión Europea. Mientras el Derecho interno español se muestra favorable, con una apuesta legislativa decidida en los últimos años y con un Tribunal Constitucional y un Tribunal Supremo nada beligerantes, el Derecho de la Unión Europea representa el polo opuesto. La normativa europea es si no hostil sí poco propicia. Y el TJUE viene mostrándose como un cicatero cancerbero, alérgico a las acciones positivas para las mujeres en general y muy en particular en el ámbito de la seguridad social. La reciente STJUE, de 15 de mayo 2025, asuntos C-623/23 y C-626/23, constituye el mejor ejemplo de esa alergia. Este contraste, en el que lógicamente prima el Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho interno español, es objeto de un tratamiento detallado en los próximos apartados, cerrando este estudio una reflexión sobre el futuro de las acciones positivas para las mujeres en el campo de la seguridad social.

## **2. Las acciones positivas en el Derecho interno español**

Ya se ha dicho que el Derecho interno español se muestra propicio a las acciones positivas para las mujeres en materia de seguridad social, con una apuesta legislativa decidida en los últimos años y con un Tribunal Constitucional y un Tribunal Supremo nada beligerantes. Se profundiza a continuación en este favorable escenario legislativo y judicial, facilitado por un panorama político *grosso modo* partidario de las acciones positivas para las mujeres.

### **2.1. Las dos medidas de acción positiva posteriores a la versión 2020 del Pacto de Toledo**

Las dos medidas de acción positiva para las mujeres posteriores a la versión 2020 del Pacto de Toledo, el complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género introducido por el Real Decreto-ley 3/2021 y la integración de las lagunas de cotización en la pensión de jubilación fruto del Real Decreto-ley 2/2023, tienen en común, además de la relativamente reciente implantación gubernamental por la (manifiestamente inadecuada) vía de urgencia, la finalidad de reducción de la brecha de género en materia de pensiones contributivas de seguridad social, entendida legislativamente como “la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por las mujeres respecto del importe de las pensiones causadas por los hombres”<sup>8</sup>. En conse-

---

<sup>7</sup> CAVAS MARTÍNEZ, *La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social*, Aranzadi, 2021.

<sup>8</sup> Disposición adicional 37<sup>a</sup>.1 LGSS.

cuencia, son acciones positivas centradas exclusivamente en el importe de las pensiones contributivas en lugar de en otros elementos relevantes de su régimen jurídico como, por ejemplo, los requisitos de acceso.

También tienen en común la naturaleza coyuntural, una exigencia ineludible de todas las acciones positivas a la que se refiere tanto el específico (acciones positivas para las mujeres) artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007 como el genérico (acciones positivas en general) artículo 6.7 de la Ley 15/2022.

Una temporalidad que en la disposición adicional 37<sup>a</sup>.4 LGSS se concreta de la siguiente forma: “Una vez que la brecha de género de las pensiones de jubilación de un año sea igual o inferior al 5 por ciento, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley para derogar el artículo 60 y las demás medidas que hayan podido ser adoptadas en dicha materia, previa consulta con los interlocutores sociales”.

Ahora bien, la naturaleza coyuntural o temporal es más formal que material, pues tendrán por desgracia que transcurrir muchas décadas hasta que la brecha de género se sitúe por debajo del umbral del 5%, estando como está en los últimos años en torno al 20%. Y es que las múltiples causas de la brecha de género salarial, con proyección en la brecha de género pensionística, no son fáciles de contrarrestar en un periodo corto de tiempo<sup>9</sup>.

### **2.1.1. El complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género**

El complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género, introducido por el Real Decreto-ley 3/2021 y modificado por el Real Decreto-ley 2/2023, constituye, sin duda, la más conocida de las medidas de acción positiva para las mujeres incorporadas al Derecho español de seguridad social, tras el fiasco europeo de la medida estrella a la que el nuevo complemento viene a sustituir, el anterior complemento por maternidad o aportación demográfica creado por la ley presupuestaria anual de finales del año 2015, con fecha de efectos 1 de enero de 2016.

Aunque el complemento por maternidad respondía en el diseño legal inequívocamente a la categoría de las acciones positivas para las mujeres, y aunque el mismo se mantiene para las personas beneficiarias a fecha 3 de febrero de 2021 como derecho transitorio a extinguir, de conformidad con la disposición transitoria 33<sup>a</sup> LGSS, primero el rechazo frontal por parte del TJUE a la titularidad exclusivamente femenina (sentencia de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18) y posteriormente la generosa lectura del Tribunal Supremo partidaria de la titularidad del complemento para los dos progenitores de los mismos hijos

<sup>9</sup> Sobre la pluralidad de causas de la brecha de género en materia retributiva o salarial resulta fundamental la obra de RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *La discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Un derecho constitucional laboral específico*, Bomarzo, 2020, 37 ss. Y sobre la brecha de género de las pensiones, GRAU PINEDA, *La brecha de las pensiones en España*, Bomarzo, 2020.

en común<sup>10</sup>, han terminado por desterrar el complemento por aportación demográfica del limitado campo de las acciones positivas para las mujeres<sup>11</sup>.

No se pretende aquí, en cualquier caso, ofrecer una imagen detallada del régimen jurídico del nuevo complemento para la reducción de la brecha de género, bastando con unas pocas pinceladas a modo de visión panorámica del régimen jurídico en cuestión. Con todo, son muchos y muy exhaustivos los estudios dedicados al nuevo complemento<sup>12</sup>.

La primera de las pinceladas tiene que ver con las pensiones contributivas de seguridad social a las que está asociado el complemento, que son las pensiones de jubilación (salvo la jubilación parcial del 215 LGSS), de incapacidad permanente y de viudedad, causadas desde el día 4 de febrero de 2021, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2021. La segunda pincelada afecta a las personas potencialmente beneficiarias del complemento, que han de ser progenitores de al menos un hijo, bien biológico y nacido con vida bien adoptado. Ahora bien, solo uno de los progenitores puede ser beneficiario del complemento en un mismo momento, lo que excluye la titularidad simultánea del complemento por parte de ambos progenitores, pero no la titularidad sucesiva, primero uno y después otro.

La tercera pincelada se proyecta sobre el contenido económico del complemento, consistente en una cantidad fija mensual (14 pagas al año) por cada hijo, con el tope máximo de cuatro. Cantidad fijada anualmente por la ley presupuestaria o similar, con un importe para el año 2025 de 35,90 euros por cada hijo<sup>13</sup>. Importe del complemento compatible tanto con la pensión contributiva máxima como con las diferentes pensiones contributivas mínimas.

Y cuarta y última pincelada, la que permite encajar el nuevo complemento introducido en el año 2021 dentro de la categoría de las acciones positivas para las mujeres, la titularidad “privilegiadamente” femenina del complemento y la consiguiente titularidad masculina de inequívoco carácter marginal.

El legislador atribuye a las mujeres en abstracto o en general un perjuicio profesional por el nacimiento y el cuidado de la prole, eximiéndolas de la prueba del perjuicio profesional concreto. La presunción a favor de las mujeres no es *iuris et de iure* sino *iuris tantum*. El hecho de que los varones puedan excepcionalmente romper la presunción *iuris tantum*

<sup>10</sup> STS, 4ª (Pleno), 17-5-2023, rcud 3821/2022, seguida de otras muchas en el mismo sentido. Véase MALDONADO MOLINA, *El controvertido complemento por maternidad (por aportación demográfica)*, en *Trabajo y Derecho*, 2023, núm. 106, 1-18.

<sup>11</sup> MONEREO PÉREZ Y LÓPEZ INSUA, *Caminando hacia una efectiva igualdad: la judicialización del complemento por maternidad para hombres*, en *Trabajo y Derecho*, 2022, núm. 89; RAMOS QUINTANA, *El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica*, en *Trabajo y Derecho*, 2020, núm. 61, 1-6, y MOLINA NAVARRETE, *Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿El TJUE no cree en juzgar con perspectiva de género?*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, 2020, núm. 445, 188 ss.

<sup>12</sup> Entre otros muchos, VIVERO SERRANO, *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Comares, Granada, 2021; CRUZ VILLALÓN, *El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 2021, núm. 28, 37 ss.; y GALA DURÁN, *El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?*, en *Temas Laborales*, 2021, núm. 158, 121 ss.

<sup>13</sup> Artículo 79.2 del Real Decreto-ley 9/2024, de 23 de diciembre.

no significa ni mucho menos que ambos progenitores (de sexo distinto) tengan que proceder a la prueba del perjuicio profesional concreto sufrido por el nacimiento y el cuidado de cada hijo. Las mujeres en ningún caso tienen que efectuar prueba alguna en dicho sentido (art. 60.1 LGSS).

El privilegio de las mujeres en el acceso al complemento para la reducción de la brecha de género se corresponde con una regulación del eventual acceso de los varones plagada de requisitos inequívocamente pensados para dificultar la titularidad masculina. Mientras para las mujeres, tal y como se acaba de ver, no hay necesidad alguna de prueba del cuidado de la prole y del perjuicio profesional derivado de este, presumiéndose *iuris tantum*, para los varones la prueba resulta fundamental, distinguiéndose el tipo de prueba según la pensión contributiva susceptible de complemento: la pensión de viudedad por un lado y las pensiones de jubilación e incapacidad permanente por otro lado.

Para la pensión de viudedad la regla del artículo 60.1 LGSS para los varones es la siguiente: «Causar una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad».

Por lo pronto, se exige que el sujeto causante (persona fallecida) de la pensión de viudedad fuese progenitor del hijo en común, algo que no se exige a las mujeres beneficiarias de pensiones de viudedad con complemento para la reducción de la brecha de género por medio, pudiendo acceder estas al complemento pese a que el sujeto causante de la correspondiente pensión de viudedad no fuese progenitor de ninguno de los hijos de la mujer pensionista de viudedad, o de unos sí y de otros no.

Mucho más complejos son los requisitos de acceso y las pruebas correspondientes para los varones en el ámbito de las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente. Son dos los requisitos cumulativos a cumplir por los varones. El primero, relativo al perjuicio profesional concreto e individualizado derivado del nacimiento y el cuidado de la prole. El segundo, ligado a la cuantía necesariamente inferior de la pensión contributiva susceptible de complemento en comparación con la cuantía superior de la pensión contributiva de la madre del mismo hijo en común.

Especialmente complejo es el requisito del perjuicio profesional concreto e individualizado derivado del nacimiento o la adopción de cada hijo, distinguiéndose entre los hijos nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994 y los hijos nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995. La distinción de base cronológica obedece a una razón de mera gestión interna de Administración de seguridad social, cuyos datos sobre las cotizaciones de los sujetos incluidos en los diferentes regímenes de la seguridad social están digitalizados solo a partir del 1 de enero de 1995.

Para los hijos nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, el perjuicio profesional se concreta mediante la existencia de lagunas reales de cotización de más de 120 días entre los nueve meses anteriores al nacimiento y el transcurso de tres años desde el mismo, o bien entre la fecha de la resolución judicial de constitución de la adopción y el transcurso de tres años desde esa fecha. Lagunas de cotización debe entenderse por cualquier origen, esto es, finalización del contrato de trabajo o de la relación profesional por

cualquier causa, agotamiento de la prestación contributiva por desempleo, excedencia por cuidado de hijo o de otros familiares, sin cómputo, a estos efectos, de los periodos de cotización ficticia como medida de protección contributiva a la familia *ex* artículos 236 y 237 LGSS<sup>14</sup>. Luego, lagunas de cotización reales o efectivas, aunque de manera ficticia el sistema compute unas cotizaciones no ingresadas en la Administración de seguridad social. En cambio, para los hijos nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995 el perjuicio profesional cualificado se concreta mediante la comparación entre las cotizaciones reales de los 24 meses siguientes al nacimiento o la adopción de cada hijo y los 24 meses anteriores a dichas fechas, debiendo ser las primeras inferiores en más de un 15% en comparación con las segundas, sin cómputo, a estos efectos, de los periodos de cotización ficticia como medida de protección contributiva a la familia *ex* artículos 236 y 237 LGSS<sup>15</sup>.

La estadística oficial corrobora la elevadísima feminización del complemento para la reducción de la brecha de género. De conformidad con los datos de la Administración de seguridad social<sup>16</sup>, en abril del año 2025 el 89% de las personas beneficiarias del complemento son mujeres. Un dato elevado sin duda, aunque muy por debajo del que había publicitado el Gobierno en el año 2021 cuando ideó el complemento, nada menos que el 98%. Es verdad que no pocos varones titulares presentes del complemento acabarán perdiéndolo una vez que la madre del mismo hijo en común acceda a la correspondiente pensión contributiva susceptible de complemento. Y es que, se insiste, no cabe la titularidad simultánea del complemento, pero sí la titularidad sucesiva.

En cualquier caso, y como habrá ocasión de ver más adelante, la titularidad “privilegiadamente” femenina del complemento ha sido censurada radicalmente por la reciente STJUE, de 15 de mayo de 2025, asuntos C-623/23 y C-626/23.

### **2.1.2. La integración de las lagunas de cotización en la pensión de jubilación**

La ampliación del periodo de cotización tomado en consideración para el cálculo de la pensión contributiva de jubilación, llevado a cabo por la reforma de 2011 (Ley 27/2011), pasando progresivamente de 15 años (180 meses) a 25 años (300 meses) en el año 2022<sup>17</sup>, vino acompañada de nuevas reglas restrictivas para la integración de las lagunas de cotización en el cálculo de la pensión de jubilación (también en el cálculo de la incapacidad permanente derivada de enfermedad común). Reglas restrictivas conforme a las cuales los meses sin obligación de cotización no se integrarían todos mediante el 100% la cotización mínima por ley, tal y como venía sucediendo con anterioridad, sino tan solo los primeros

<sup>14</sup> Así lo establece para las cotizaciones ficticias del 237 LGSS la modificación del artículo 60.1 LGSS operada por el Real Decreto-ley 2/2023. Y para las cotizaciones ficticias del artículo 236 LGSS el Criterio de gestión 32/2021, de 23 de noviembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, incomprensiblemente no incorporado en la modificación legal efectuada por el referido Real Decreto-ley 2/2023.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> Pueden consultarse en el siguiente enlace: [BM202401.pdf](#)

<sup>17</sup> Artículo 209.1 LGSS y disposición transitoria 8ª LGSS producto de la reforma de 2011 (Ley 27/2011).

48 meses (4 años), y para el resto de meses la integración sería mediante el 50% de la cotización mínima, con el consiguiente perjuicio para los pensionistas<sup>18</sup>.

Esa regla restrictiva permanece formalmente en vigor tras el Real Decreto-ley 2/2023, si bien con profundas modificaciones materiales a tenor de la disposición transitoria 41ª LGSS introducida por la norma de urgencia de 2023. Modificaciones materiales dirigidas a la reducción de la brecha de género, con radical distinción entre las mujeres y los varones, lo que a todas luces constituye una genuina acción positiva para las mujeres<sup>19</sup>. De ahí su tratamiento en esta sede.

Para las mujeres la mejora consiste en la ampliación de la integración de las lagunas de cotización conforme al 100% de la cotización mínima durante un año más, es decir, durante los meses 49 a 60. Asimismo, entre los meses 61 a 80 la integración en lugar de limitarse al 50% de la cotización mínima, tal y como dispone el artículo 209.1.b) LGSS, se incrementa hasta el 80%. Puesto que no se exige a las mujeres no ya la dedicación al cuidado de la prole, sino ni siquiera la existencia misma de prole, la finalidad del beneficio para las mujeres consiste en la disminución de la brecha de género en la pensión de jubilación por cualesquiera motivos que dicha brecha pueda venir ocasionada, siempre en relación con las lagunas de cotización, incluido el cuidado de los hijos, pero también otros factores como la mayor exposición a los periodos de crisis económica, etc. Así aparece en la exposición de motivos del Real decreto-ley 2/2023 (apartado D).

Para los varones, en cambio, la ampliación de la integración de las lagunas de cotización en los términos antes expresados para las mujeres, más allá de lo ya previsto por el artículo 209.1.b) LGSS, viene condicionada, en primer lugar, por la existencia de algún hijo y, en segundo lugar, por el perjuicio profesional efectivo consecuencia del nacimiento y el cuidado de al menos uno de los hijos. Perjuicio profesional en los mismos términos ya vistos para el complemento para la reducción de la brecha de género asociado a la pensión de jubilación, con distinción entre los hijos nacidos o adoptados antes o después del 1 de enero 1995. En cualquier caso, no sería necesario el acceso al complemento para la reducción de la brecha de género para la aplicación del beneficio de la ampliación de la integración de las lagunas de cotización.

A diferencia del complemento para la reducción de la brecha de género, la acción positiva a que se viene haciendo referencia ahora podría ser de aplicación, en su caso, a los dos progenitores de un mismo hijo en común, de sexo diferente o del mismo sexo, siempre que en el caso de los varones concurriera el perjuicio profesional mencionado en el anterior párrafo.

---

<sup>18</sup> Artículo 209.1.b) LGSS fruto de la reforma de 2011.

<sup>19</sup> Disposición transitoria 41ª LGSS introducida por el artículo 1.41 del Real Decreto-ley 2/2023.

VIVERO SERRANO, *Seguridad Social y ...*, cit., 73 ss., y GONZÁLEZ COBALEDA, *El nuevo marco sobre la Brecha de Género y la integración de las lagunas de cotización: un lento camino para las trabajadoras por cuenta propia*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 2023, núm. 37, 93 ss. Asimismo, aunque con una perspectiva más amplia, MALDONADO MOLINA, *La reforma de las pensiones de 2023: ¿conciliación de sostenibilidad financiera y social?*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, 2023, núm. 475, 9 ss.

Adviértase que esta acción positiva solo está expresamente pensada para la pensión de jubilación y no así para la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común. La razón es que no pueden compararse los periodos de cotización tomados en consideración para el cálculo de ambas pensiones, de 25 años en la pensión de jubilación<sup>20</sup> y de tan solo ocho años en la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común.

En caso de cambio registral de sexo, pasando del sexo masculino al sexo femenino, no está del todo claro si la acción positiva que se viene estudiando se aplicaría solo para las lagunas de cotización a partir del cambio registral de sexo, o bien para cualesquiera lagunas de cotización, posteriores o anteriores al cambio registral de sexo. El artículo 46.4 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, apuntaría a la aplicación del beneficio propio de las mujeres solo para las lagunas de cotización posteriores al cambio registral de sexo, aunque está por ver tanto la interpretación de la norma en cuestión por la Administración de seguridad social como, sobre todo, por los jueces y tribunales.

Antes de cerrar este apartado, resulta necesario aludir al novedoso mecanismo de integración de determinadas lagunas de cotización para el cálculo de la pensión de jubilación en el régimen especial de trabajadores autónomos (RETA) mediante la modificación del artículo 322 LGSS. Un mecanismo que, a diferencia del que se acaba de presentar no contempla diferencia alguna entre las mujeres y los varones y ello pese a la existencia también en el RETA de una notable brecha de género en la pensión de jubilación<sup>21</sup>. Algo difícil de explicar. De forma sorprendente, la acción positiva para las mujeres que se acaba de presentar tendrá que esperar para entrar en vigor nada menos que hasta el 1 de enero de 2026, a la luz de la disposición final 10<sup>a</sup> del Real Decreto-ley 2/2023. ¿Dónde está la extraordinaria y urgente necesidad del artículo 86.1 CE?

## **2.2. Las acciones positivas ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo**

Antes de recordar brevemente los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre las acciones positivas para las mujeres en materia de seguridad social, conviene recordar que el Derecho español de origen interno es notablemente más favorable a las acciones positivas que el Derecho de la Unión Europea, lo que a la postre se refleja, expresa o implícitamente, en los pronunciamientos dichas altas cortes, nada refractarias a las acciones positivas.

---

<sup>20</sup> Artículo 209.1 LGSS y disposición transitoria 4<sup>a</sup>.7 LGSS producto de la reforma operada por el Real Decreto-ley 2/2023.

<sup>21</sup> Véase la información que aparece en el siguiente enlace, corroborada por las estadísticas oficiales del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: <https://www.epe.es/es/activos/20220309/brecha-pensiones-asalariados-autonomos-supe-ra-13342560>.

Por lo pronto, el artículo 9.2 de la Constitución española, que reconoce la perspectiva material o sustancial de la igualdad, no solo otorga cobertura genérica a las acciones positivas, sino que adicionalmente acoge una postura proactiva, de promoción de las actuaciones de los poderes públicos tendentes a la consecución de la igualdad material.

Postura proactiva de la Constitución española que tiene fiel reflejo en la legislación ordinaria tanto con carácter general en el artículo 6.7 de la Ley 15/2002 como de forma mucho más clara, y por lo que a las específicas medidas de acción positiva para las mujeres se refiere, en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 3/2007. Acciones positivas para las mujeres que cuentan también con cobertura *ad hoc*, desde la reforma operada en la disposición adicional 37ª LGSS por el Real Decreto-ley 2/2023, en el ámbito de la seguridad social contributiva.

Ni que decir tiene que las acciones positivas para las mujeres no son una patente de corso para los poderes públicos o para los particulares. Además de la obligada naturaleza coyuntural, las acciones positivas tienen que someterse a los límites provenientes de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad. Literalmente: “Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso” (art. 11.1 Ley Orgánica 3/1007). Y en términos muy parecidos: “Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan” (art. 6.7 Ley 15/2002).

Puesto que en el Derecho español de origen nacional las acciones positivas para las mujeres no solo están permitidas, sino que adicionalmente se benefician de diferentes mandatos de corte promocional, el juego limitativo de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad es relativamente laxo, contando los poderes públicos (y los privados, en su caso) responsables de la introducción de medidas de acción positiva para las mujeres con un notable margen de confianza, mayor si cabe en el ámbito de la seguridad social, donde es de sobra sabido que el legislador opera con un sobresaliente margen de manobra a juicio del Tribunal Constitucional.

Lo apenas dicho puede fácilmente apreciarse en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que afectan al complemento por maternidad o aportación demográfica, al complemento para la reducción de la brecha de género y al primero tras el reconocimiento del segundo para la madre de los mimos hijos en común.

Sobre el complemento por maternidad o aportación demográfica tuvo oportunidad de pronunciarse el Tribunal Constitucional antes de que lo hiciera el TJUE en diciembre de 2019. Ahora bien, no hubo pronunciamiento sobre el fondo de las cuestiones de inconstitucionalidad al no admitirse estas por razones procesales, por falta de adecuada fundamentación<sup>22</sup>. Lo cierto es que si el Tribunal Constitucional hubiera querido censurar dicho

---

<sup>22</sup> AATC 61/2018, de 5 de junio, y 106/2019, de 2 de octubre.

complemento por considerarlo contrario al derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo a buen seguro lo habría hecho, sin que el impedimento procesal resultase insalvable.

La STS, 4ª, 29-6-2023, rec. 2808/2022, es la primera de una larga serie que afronta la compleja relación entre el anterior complemento por maternidad o aportación demográfica, mantenido como derecho transitorio a extinguir para sus beneficiarios a fecha 3 de febrero de 2021, y el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género. Confirma el Tribunal Supremo la plena y literal aplicación de la disposición transitoria 33ª LGSS producto del Real Decreto-ley 3/2021, que regula dicha relación compleja. Ninguna duda cabe de que la disposición transitoria 33ª LGSS es una acción positiva para las mujeres pues otorga una indiscutible preferencia al posterior complemento para la reducción de la brecha de género, altamente feminizado, sobre el anterior complemento por maternidad o aportación demográfica, de titularidad indistinta para mujeres y varones tras la STJUE, de 12 de diciembre de 2019 a la que después se hará referencia. La contundencia con la que el Tribunal Supremo aplica la acción positiva para las mujeres de la disposición transitoria 33ª LGSS, sin plantearse en momento la constitucionalidad o no de la norma legal, es una muestra muy reveladora de la generosidad con la que el Derecho español de origen nacional contempla las acciones positivas para las mujeres.

Por último, el complemento para la reducción de la brecha de género pudo haber sido rechazado por el Tribunal Supremo antes de que se pronunciara el TJUE. En lugar de hacerlo, el Tribunal Supremo se limitó a suspender la tramitación del correspondiente recurso de casación a la espera del TJUE<sup>23</sup>. Espera que debe interpretarse como una manifestación de no beligerancia frente a esta acción positiva para las mujeres.

### **3. Las acciones positivas en el Derecho de la Unión Europea**

Mientras el Derecho interno español se muestra propicio a las acciones positivas para las mujeres en materia de seguridad social, con una apuesta legislativa decidida en los últimos años y con un Tribunal Constitucional y un Tribunal Supremo nada beligerantes, el Derecho de la Unión Europea representa el polo opuesto. Corresponde ahora diseccionar este polo opuesto distinguiendo entre el marco normativo y la jurisprudencia del TJUE, la general y la específica de seguridad social.

---

<sup>23</sup> ATS, 4ª, 4-4-2024, rec. 4933/2022.

### 3.1. El marco normativo de la Unión Europea y la jurisprudencia general del TJUE

A diferencia de lo que sucede con el Derecho español de origen nacional, el Derecho de la Unión Europea no dispone de un reconocimiento de corte promocional o proactivo de las acciones positivas, limitándose a la mera y pasiva previsión de su existencia en los ordenamientos nacionales y exclusivamente por razón de sexo (y de discapacidad en el art. 26 CDFUE), aunque sin llegar a utilizar la expresión “para las mujeres”, sustituida por la más neutra “sexo menos representado”<sup>24</sup>. Así sucede en el Derecho originario con los artículos 157.4 TFUE y 23 CDFUE.

La lógica pasiva del Derecho originario de la Unión Europea se traslada al Derecho derivado, el Derecho antidiscriminatorio articulado mediante diferentes directivas, que van más allá de la igualdad entre mujeres y hombres y abarcan también otros factores antidiscriminatorios como el origen racial o étnico, la edad, la discapacidad, la religión o convicción y la orientación sexual. En lo que aquí interesa, destaca la previsión del artículo 3 de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Para el Derecho de la Unión Europea en materia de acciones positivas para las mujeres o para otros colectivos desfavorecidos, la inexistencia de un reconocimiento de corte promocional se traduce en una lógica pasiva, en la que el enjuiciamiento de las acciones positivas emprendidas por los Estados miembros pierde autonomía y se subordina a la compatibilidad o no con la correspondiente causa de discriminación prohibida. Un análisis a la fuerza restrictivo, en el que prima la tutela antidiscriminatoria y las medidas de acción positiva se miran con más desconfianza que cautela. Y, por supuesto, sin rastro de acciones positivas para las mujeres protagonizadas por la propia Unión Europea.

Lo apenas dicho puede fácilmente apreciarse en la jurisprudencia del TJUE sobre las acciones positivas para las mujeres en el ámbito del acceso al empleo, la promoción profesional y la conciliación de la vida familiar y laboral desde el asunto *Kalanke* en el año 1995 hasta el asunto *Maïstrellis* en el año 2015, pasando por otros asuntos entre medias: *Marschall*, *Badeck*, *Abrahamsson*, *Lommers*, *Bribeche* y *Roca Álvarez*<sup>25</sup>. De hecho, los artículos 157.4 TFUE y 23 CDFUE son en buena medida la respuesta a la jurisprudencia previa

<sup>24</sup> Este enfoque meramente pasivo y nada proactivo está muy presente en la reflexión de CRUZ VILLALÓN, *Las medidas de acción positiva*, en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, vol. I, BOE, 2023, 342 ss.

<sup>25</sup> SASTRE IBARRECHE, *La acción positiva para las mujeres en el derecho comunitario*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2004, núm. 6; SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE*, en *Femeris*, 2019, núm. 2, 50 ss.; PUMAR BELTRÁN, “Acciones positivas para las mujeres en el empleo y la seguridad social: apuntes de derecho europeo”, en *Iustitia et Pulchritudo*, 2022, núm. 2, 9 ss.; CRUZ VILLALÓN, *Las medidas de ...*, cit., 337 ss.; y HERNÁNDEZ LINÁS, *La aproximación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a las acciones positivas en favor de la mujer trabajadora*, en MARTÍN GUARDADO (dir.), *Reflexiones y propuestas para el liderazgo femenino* Aranzadi, 2023, 289 ss.

del TJUE, aunque sin que con posterioridad a esos preceptos del Derecho originario la jurisprudencia del TJUE haya dado un salto cualitativo y dejado de ser cautelosa y restrictiva.

### **3.2. La jurisprudencia específica del TJUE sobre las acciones positivas en materia de seguridad social**

Si las acciones positivas para las mujeres en el ámbito del empleo y la ocupación son contempladas por el TJUE con suma desconfianza, todavía peor es la mirada cuando las acciones positivas se proyectan en el campo de la seguridad social.

Al fin y al cabo, la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, no contiene precepto alguno que se refiera a las acciones positivas, seguramente por tratarse del “último mohicano” del primigenio Derecho antidiscriminatorio europeo en expresión del abogado general *Bobek*<sup>26</sup>.

Lo más curioso es que la propia Directiva 79/7 legitima numerosas desigualdades de trato en las materias mencionadas en el artículo 7.1. Diferencias de trato, eso sí, que no responden a la razón de ser de las acciones positivas para las mujeres, sino a una visión paternalista de la seguridad social, propia de una época pasada en la que el trabajo a título lucrativo era muy mayoritariamente cosa de hombres y solo marginalmente de mujeres. Luego, las diferencias de trato amparadas por la Directiva 79/7, algunas favorables para las mujeres y otras desfavorables, no eran sino una manera de perpetuar un mercado laboral marcadamente masculino y solo marginalmente femenino.

Es verdad que nada impediría que algunas de las exclusiones del principio de igualdad de trato del referido artículo 7.1 pudieran emplearse en la actualidad con una filosofía distinta de la del pasado, dando cabida a genuinas acciones positivas para las mujeres. El problema son las estrecheces que imponen las materias del artículo 7.1: por ejemplo, permitirían acciones positivas sobre la edad de acceso a la pensión de jubilación, pero no sobre la cuantía de la pensión, salvo por el tiempo dedicado de manera real a la educación de la prole. Adicionalmente, las acciones positivas genuinas amparadas en el artículo 7.1 tendrían que ser anteriores a la entrada en vigor de la Directiva 79/7, o bien posteriores a la misma, pero siempre que guardaran conexión estrecha con diferencias de trato previas a la entrada en vigor. Y antes de la entrada en vigor de la Directiva 79/7 las acciones positivas para las mujeres en el campo de la seguridad social simplemente no existían como tales.

La mirada del TJUE refractaria a las acciones positivas para las mujeres en materia de seguridad social quedó claramente representada en dos asuntos relativos al Derecho francés, los asuntos *Griesmar* del año 2001 y *Leone* del año 2014<sup>27</sup>. Y nada ha cambiado desde

---

<sup>26</sup> Conclusiones (parágrafo 94) del abogado general *Michael Bobek* en el asunto C-450/18 que concluiría con la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, presentadas el 10 de septiembre de 2019. Puede consultarse en el siguiente enlace: *CURIA - Documentos*

<sup>27</sup> LOUSADA AROCHENA, *Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de igualdad de género*, en *Femeris*, 2019, núm. 2, 39 ss.

entonces a la vista de los dos asuntos sobre el Derecho español de los que pasa a darse cuenta a continuación.

### **3.2.1. El complemento por maternidad o aportación demográfica ante el TJUE: la Sentencia de 12 de diciembre de 2019**

No es este el lugar adecuado para llevar a cabo un estudio exhaustivo de la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18, que puso patas arriba el régimen legal español del complemento por maternidad al declarar la titularidad exclusivamente femenina contraria a la Directiva 79/7. Análisis exhaustivo ya realizado hasta la saciedad<sup>28</sup>. Solo se pone el foco en el estudio de la referida sentencia y previamente de las Conclusiones del abogado general *Bobek*, de 10 de septiembre de 2019, desde el prisma de las medidas de acción positiva para las mujeres del artículo 157.4 TFUE.

La posible justificación de la titularidad exclusivamente femenina del complemento por maternidad o aportación demográfica como medida de acción positiva amparada en el artículo 157.4 TFUE tuvo en las Conclusiones de la Abogacía General una enorme importancia, apreciable desde la propia introducción, cuando en el correspondiente párrafo se afirmaba que se le planteaba al TJUE el reto de seguir el mismo enfoque de interpretación restrictiva de las medidas de acción positiva del 157.4 TFUE llevado a cabo en las sentencias *Griesmar* y *Leone*, o bien apartarse del mismo y avanzar hacia un planteamiento más ambicioso y moderno<sup>29</sup>.

Ante semejante reto, el TJUE empezó con buen pie al considerar, bien es cierto que de forma más implícita que explícita<sup>30</sup>, teóricamente aplicable el 157.4 TFUE en el ámbito de las genuinas prestaciones de seguridad social, las de carácter generalista y público sometidas a la Directiva 79/7, extendiendo así el ámbito de aplicación de ese decisivo y moderno precepto del Derecho originario de la Unión Europea (igualdad sustancial y medidas de acción positiva para alcanzarla) más allá del concepto estricto de “retribución” del 157.2 TFUE, comprensible solo de las prestaciones especiales y corporativas (privadas o públicas) de seguridad social, las que en la confusa terminología europea se denominan “prestaciones profesionales de seguridad social”, las de los artículos 1.c) y 2.1.f) de la Directiva 2006/54, precisamente las discutidas en las sentencias *Griesmar* y *Leone*.

El buen inicio respecto del juego justificativo del 157.4 TFUE se quedó simplemente en eso, pues el Alto Tribunal europeo decidió, sin apenas argumentación, no apartarse en

<sup>28</sup> VIVERO SERRANO, *Del complemento por...*, cit., 30 ss., y LOUSADA AROCHENA, *Seguridad Social pública y discriminación sexista en la Jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea y su aplicación en España*, en VICENTE PALACIO (COORD.), *Aplicación por los Tribunales españoles de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia social*, Atelier, Barcelona, 2023, 301 ss. Asimismo, los autores mencionados en la nota núm. 12.

<sup>29</sup> Párrafo 3 de las Conclusiones.

<sup>30</sup> Nada dijo de forma expresa la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, sobre el particular (párrafos 64 y 65), aunque implícitamente aceptase en este punto la tesis de la Abogacía General, ampliamente expuesta en los párrafos 84 a 101 de las Conclusiones.

absoluto de la jurisprudencia *Griesmar* y *Leone*<sup>31</sup>, tal y como se había vaticinado tempranamente por la doctrina científica española<sup>32</sup>. Pese a los notables esfuerzos vertidos en las Conclusiones de la Abogacía General para apartarse de la interpretación restrictiva de las sentencias *Griesmar* y *Leone*, defendiendo, en la línea del criterio mantenido por la Comisión Europea, el empleo de las medidas de acción positiva para la compensación de las desventajas profesionales sufridas por las mujeres en su pasado laboral, lógicamente proyectadas hacia el futuro en las pensiones contributivas de seguridad social<sup>33</sup>, la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, solo admitió restrictivamente la compensación vía acciones positivas de las desventajas profesionales sufridas por las mujeres de forma sincrónica, durante su vida laboral, excluyendo de plano cualquier compensación diacrónica, desde el pasado hacia el futuro, con concreción en el importe de las prestaciones de seguridad social en el momento de su reconocimiento<sup>34</sup>.

Es verdad que las Conclusiones de la Abogacía General finalmente, y de nuevo comparando el criterio de la Comisión Europea, no admitieron la justificación excepcional de la titularidad exclusivamente femenina del complemento por maternidad por la vía de las medidas de acción positiva del 157.4 TFUE, debido a la no superación en el caso concreto del imprescindible juicio de proporcionalidad<sup>35</sup>.

En fin, se crítica aquí que el TJUE no siguiera el planteamiento posibilista de las Conclusiones de la Abogacía General en materia de medidas de acción positiva del 157.4 TFUE<sup>36</sup>. De haberlo hecho, y aunque el resultado final hubiera coincidido con el de las Conclusiones de la Abogacía General y el de la Comisión Europea, como contrapartida habría podido contar el futuro legislador español con una muy útil argumentación sobre el posible juego justificativo de las medidas de acción positiva para las mujeres del artículo 157.4 TFUE, y no ya en las Conclusiones sino en la propia STJUE, de 12 de diciembre de 2019.

En cualquier caso, la indudable influencia de algunos argumentos de las Conclusiones de la Abogacía General sobre las acciones positivas del artículo 157.4 TFUE en la configuración legislativa del nuevo complemento para la reducción de la brecha de género de titularidad “privilegiadamente” femenina tiene un especial reflejo en la exposición de motivos o preámbulo del Real Decreto-ley 3/2021.

---

<sup>31</sup> Parágrafos 64 y 65 de la Sentencia.

<sup>32</sup> BALLESTER PASTOR, *El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea*, en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Lex Social*, 2016, núm. 6, 87 ss., sin mención alguna de las medidas de acción positiva del artículo 157.4 TFUE.

<sup>33</sup> Parágrafos 102 a 112 de las Conclusiones.

<sup>34</sup> Parágrafo 65 de la Sentencia.

<sup>35</sup> Parágrafos 115 a 122 de las Conclusiones.

Un análisis más detallado del juicio de proporcionalidad llevado a cabo por el abogado general Bobek, compartido grosso modo, puede verse en VIVERO SERRANO, *Del complemento por ...*, cit., 44-45.

<sup>36</sup> Comparte la interesante lectura de las medidas de acción positiva efectuada por las Conclusiones de la Abogacía General, MOLINA NAVARRETE, *Brecha de género ...*, cit., 188 ss.

No puede cerrarse este epígrafe sin dejar constancia del difícil escenario legislativo que tenía ante sí el TJUE, el callejón sin salida creado por el legislador español en el año 2015. En efecto, se le puede achacar al TJUE la utilización de unas argumentaciones con escasa o nula sensibilidad de género. Se le puede achacar igualmente no haber aprovechado mejor el camino de las medidas de acción positiva del artículo 157.4 TFUE, hábilmente despejado por las Conclusiones de la Abogacía General. No se le puede imputar, en cambio, la solución alcanzada, la declaración de incompatibilidad de la titularidad exclusivamente femenina del complemento por maternidad o aportación demográfica con el Derecho de la Unión Europea, representado por la Directiva 79/7.

### **3.2.2. El complemento para la reducción de la brecha de género ante el TJUE: la Sentencia de 15 de mayo de 2025**

“El hombre es el único animal que tropieza dos veces con la misma piedra” dice el conocido proverbio presente en diferentes lenguas latinas. Pues el legislador español de urgencia del año 2021 hizo bueno el proverbio y demostró su descarnada humanidad.

También la había demostrado años antes el legislador francés tropezando dos veces con la misma piedra del TJUE (asuntos *Griesmar* de 2001 y *Leone* de 2014). Tropiezos por partida doble, el de los legisladores francés y español, con un elemento en común, a saber, acciones positivas para las mujeres en materia de pensiones de seguridad social.

Era un secreto a voces que el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género difícilmente podría superar el cicatero filtro del TJUE. Era un secreto a voces al menos desde que meses atrás se supo que no habría ni conclusiones de la Abogacía General ni vista oral. Y el secreto a voces se ha confirmado plenamente el día de san Isidro Labrador, una vez pronunciada en audiencia pública la STJUE, de 15 de mayo 2025, asuntos C-623/23 y C-626/23, que considera que el referido complemento, de titularidad “privilegiadamente” femenina (*de iure* y no solo *de facto*), no es compatible con la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, no encontrando cobijo en los artículos 157.4 TJUE y 23 CDFUE.

La STJUE, de 15 de mayo de 2025, resuelve dos de las tres cuestiones prejudiciales presentadas por jueces y tribunales españoles<sup>37</sup>. Sentencia tan esperada como relevante y de ello dan buena cuenta los tres *briefs* publicados por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social apenas hecha pública la sentencia del Alto Tribunal europeo<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Asuntos prejudiciales acumulados C-623/23 y C-626/23, Melbán y Segamo, provenientes del Juzgado de lo Social número 3 de Pamplona y del TSJ de Madrid, respectivamente. Sobre estas cuestiones prejudiciales, MALDONADO MOLINA, *Las cuestiones prejudiciales sobre el complemento para la reducción de la brecha de género*, *Briefs AEDTSS*, núm. 37/2024.

No se ha encontrado en el buscador oficial InfoCuria Jurisprudencia la cuestión prejudicial supuestamente planteada por el Juzgado de lo Social número 5 de Santander (Auto de 27 de febrero de 2024), que sí se menciona, en cambio, en el *ATS*, 4ª, 4-4-2024, rcud 4933/2022.

<sup>38</sup> VIVERO SERRANO, *El complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género fulminado por el TJUE*, *Briefs AEDTSS*, núm. 54/2025; MOLINA NAVARRETE, *Los hombres del Tribunal de Justicia y el “mito del varón discriminado”*: ¿punto

Tiempo habrá de acometer un análisis en profundidad del pronunciamiento del TJUE y de sus consecuencias, unas muy evidentes y otras no tanto. Ahora toca centrarse por encima de todo en la explicación de la perplejidad que el fallo del TJUE a buen seguro habrá provocado en la comunidad jurídica española.

Resulta difícil de aceptar, de ahí la generalizada perplejidad, que una auténtica acción positiva para las mujeres, como es el complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género, que cuenta con un amplio respaldo político (Versión 2020 del Pacto de Toledo y programa de gobierno PSOE-SUMAR), que tiene un incuestionable y proactivo fundamento normativo en el Derecho interno español (arts. 9.2 CE, 11 Ley Orgánica 3/2007, 6.7 Ley 15/2022 y d. a. 37ª LGSS) y que, de una u otra forma, no se ha encontrado con la beligerancia ni del Tribunal Constitucional (AATC 61/2018 y 106/2018, relativos al anterior complemento por maternidad) ni del Tribunal Supremo (STS, 4ª, 29-6-2023, rcud 2808/2022, y ATS, 4ª, 4-4-2024, rcud 4933/2022), no haya sido capaz de superar el enjuiciamiento del TJUE.

Por mucho que cueste aceptarlo, hay que entender que en materia de acciones positivas para las mujeres en el ámbito de la seguridad social el Derecho interno español es mucho más avanzado que el Derecho de la Unión Europea, siendo este marco normativo (arts. 157.4 TFUE y 23 CDFUE y Directiva 79/7) mucho menos propicio que el marco interno español. Y, lo que es más importante, con un TJUE que a la altura del año 2025 sigue sin creer en las acciones positivas para las mujeres que se traduzcan en un incremento del importe de las pensiones y una disminución de la brecha de género prestacional. Y no se olvide que el TJUE es un tribunal “pretoriano”, que crea Derecho. Y eso vale tanto cuando gusta como cuando disgusta.

Las acciones positivas para las mujeres como manifestación avanzada de la profundización de la perspectiva de género en materia de seguridad social exigen un diseño legal extremadamente equilibrado, una muy cuidadosa combinación entre ingredientes conservadores y atentos al Derecho antidiscriminatorio europeo, nada propicio en lo que a las acciones positivas para las mujeres se refiere, e ingredientes más audaces e innovadores, que permitan realmente una profundización de la todavía incipiente perspectiva de género en el ámbito de la seguridad social, avances cualitativos, absolutamente necesarios para que la igualdad acabe siendo real y efectiva (art. 9.2 CE).

El legislador español de urgencia del año 2021 (con una pobre reforma parcial en el 2023 a través del Real Decreto-ley 2/2023) decidió apostar fuerte, no escatimando ingredientes audaces en el diseño del complemento para la reducción de la brecha de género, muy en particular mediante la titularidad “privilegiadamente” femenina y solo marginalmente masculina. Pero el legislador de urgencia no se conformó con esa audacia controlada y

---

*ciego” para la perspectiva de género?, Briefs AEDTSS, núm. 55/2025; y MORENO ROMERO, STJUE de 15 de mayo de 2025, sobre el complemento para la reducción de la brecha de género: ¿y ahora qué? El derecho y del deber del sistema de seguridad social a defenderse, Briefs AEDTSS, núm. 57/2025.*

fue mucho más allá, asumiendo un riesgo rayano en la temeridad. Se asumió un riesgo temerario mediante la exigencia para los progenitores varones de la prueba de un perjuicio profesional cualificado ligado al nacimiento y el cuidado de cada hijo, sin que el ejercicio por los varones de los típicos derechos de conciliación de la vida familiar y laboral garantizase por sí solo el acceso al complemento, condicionado inexplicablemente a la percepción de una pensión contributiva de seguridad social de importe inferior a la correspondiente pensión de la madre del mismo hijo en común. ¿Por qué?

Asimismo, no se comprende que se aprovecharan materiales del derruido complemento por maternidad que fueron censurados no solo por la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, sino también por las muy avanzadas consideraciones del abogado general *Bobek* en sus Conclusiones previas a esa sentencia. Se trata de la exclusión de las madres beneficiarias de pensiones asistenciales y de las madres beneficiarias de pensiones contributivas causadas con anterioridad al 1 de enero de 2016, precisamente las más afectadas por la brecha de género por el momento en que desarrollaron o intentaron desarrollar su carrera profesional. Incluso, la exclusión de las madres de un solo hijo beneficiarias de pensiones contributivas causadas antes del 4 de febrero de 2021, fecha de entrada en vigor del nuevo complemento. Eso por no hablar de la inclusión de las madres pensionistas por viudedad, sin coherencia alguna desde la perspectiva de la reducción de la brecha de género. E igualmente incoherente desde esa perspectiva resulta la atribución del nuevo complemento a las madres beneficiarias de pensiones máximas, en las que por definición la brecha de género prestacional resulta imposible.

En definitiva, aunque al legislador de urgencia español del año 2021 no se le pueda imputar el mismo desaliño que al legislador del año 2015, lo cierto es que en el diseño del nuevo complemento para la reducción de la brecha de género primaron claramente las aproximaciones política, sociológica y axiológica sobre la jurídica, relegando la técnica normativa necesaria para la superación del enjuiciamiento del TJUE. Y es que no basta con querer combatir la odiosa brecha de género en materia de pensiones, como no basta tampoco con la audacia de afrontar la lucha mediante una genuina acción positiva para las mujeres, siendo igual de importante diseñar técnicamente esa acción positiva de conformidad con las formas jurídicas que más posibilidades tengan de salir airoso ante el TJUE, dando por seguro el cuestionamiento prejudicial.

Para la sentencia del TJUE que ahora se comenta el solo hecho de exigir a los varones unos requisitos relacionados con el perjuicio profesional derivado del nacimiento y el cuidado de cada hijo, que no se aplican a las mujeres, sin necesidad de añadir otras consideraciones críticas como las expuestas, condena irremediabilmente al legislador español del año 2021. Una condena en la que el TJUE demuestra no poca pereza argumentativa. De hecho, la STJUE, de 15 de mayo de 2025, sigue a pies juntillas los argumentos de la previa STJUE, de 12 de diciembre de 2019, la que tumbó el complemento por maternidad. Empieza considerando que la titularidad “privilegiadamente” femenina del complemento para la reducción de la brecha de género constituye una diferencia de trato contraria al artículo 4.1 de la Directiva 79/7 y a partir de ahí rechaza todas las posibles justificaciones de la diferencia de trato en perjuicio de los varones. Rechaza la justificación del artículo

4.2 de la Directiva 79/7 al no estar realmente en juego una tutela ligada a la maternidad stricto sensu. Rechaza la justificación del artículo 7.1.b) al no existir conexión necesaria entre el reconocimiento del complemento y la previa dedicación efectiva a la educación de la prole. Y, por último, rechaza la justificación más compleja, la del juego de las acciones positivas para las mujeres al amparo del artículo 157.4 TFUE, y del artículo 23 CDFUE, claramente inspirado en el anterior precepto del Derecho originario de la Unión Europea. Al igual que sucedió con la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, el Alto Tribunal europeo decide, sin apenas argumentación, no apartarse en absoluto de la jurisprudencia *Griesmar* y *Leone*. Pese a los notables esfuerzos vertidos en las Conclusiones de la Abogacía General, en septiembre de 2019, para apartarse de la interpretación restrictiva de las sentencias *Griesmar* y *Leone*, defendiendo, en la línea del criterio mantenido por la Comisión Europea, el empleo de las medidas de acción positiva para la compensación de las desventajas profesionales sufridas por las mujeres en su pasado laboral, lógicamente proyectadas hacia el futuro en el momento de reconocimiento de las pensiones contributivas de seguridad social, la STJUE, de 15 de mayo de 2025, solo admite restrictivamente la compensación vía acciones positivas de las desventajas profesionales sufridas por las mujeres de forma sincrónica, durante su vida laboral, excluyendo de plano cualquier compensación diacrónica, desde el pasado hacia el futuro, con concreción en el importe de las pensiones en el momento de su reconocimiento.

Una lástima que el TJUE no haya querido explorar el terreno posibilista descubierto por las Conclusiones del abogado general *Bobek* en septiembre de 2019. De haberlo hecho la discusión habría girado en torno a la concreta configuración de la acción positiva para las mujeres diseñada por el legislador español en el año 2021, con superación o no de las exigencias de temporalidad y de proporcionalidad que toda acción positiva ex artículo 157.4 TFUE a la fuerza ha de reunir.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona, la C-623/23, el TJUE considera que el hecho de que el reconocimiento para el padre del complemento para la reducción de la brecha de género comporte la pérdida de ese mismo complemento para la madre es perfectamente compatible con la Directiva 79/7, exactamente lo mismo que cuando suceda lo contrario, el reconocimiento del complemento para la madre y la pérdida sobrevenida del complemento para el padre. Yes que el criterio legal español de titularidad simultánea única del complemento por cada hijo en común es ajeno al enjuiciamiento del TJUE, que lo considera una materia de competencia exclusiva de la jurisdicción española.

¿Y ahora qué? Lo más importante, no repetir los numerosos errores políticos y administrativos cometidos tras el “derrumbe” del anterior complemento por maternidad, con una litigiosidad todavía inagotable años después del seísmo con epicentro en Luxemburgo. En este sentido, hay que aprobar cuanto antes un criterio de gestión que contenga la litigiosidad y dificulte que los bufetes *low cost* hagan su agosto como lo hicieron años atrás con el anterior complemento, al tiempo que dificulte que la creatividad judicial acabe reconociendo el complemento para ambos progenitores, algo en lo que el TJUE elude entrar por ser ajeno a su competencia. Un reconocimiento judicial del complemento para ambos

progenitores que sería claramente *contra legem*, aunque no faltarán ejemplos de activismo judicial en dicho sentido.

Se trata de aprovechar un elemento del diseño legislativo no cuestionado por el TJUE en su sentencia de 15 de mayo de 2025, esto es, el carácter único del complemento, cuya titularidad solo puede corresponder simultáneamente a uno solo de los progenitores del mismo hijo en común (art. 60.3.a] LGSS), siendo el vigente criterio legal de atribución el de la pensión (o de las pensiones de ser varias) de inferior cuantía. De esta manera, la mayoría de las personas beneficiarias seguirán siendo mujeres al ser en promedio sus pensiones más bajas, actuando así el complemento como una acción positiva para las mujeres de naturaleza indirecta.

Evidentemente, ese criterio solo resultaría de aplicación en el momento en que ambos progenitores fuesen titulares de una pensión contributiva susceptible de complemento. Mientras tanto, la Administración de la seguridad social debería reconocer, sin necesidad de judicialización, las solicitudes presentadas por varones padres de uno o más hijos, siempre que en el momento del hecho causante de la pensión contributiva del padre la madre no fuese ya pensionista con derecho al complemento. Y una vez que la madre también lo fuese, habría que recurrir a la asignación única del complemento conforme al criterio citado.

#### 4. ¿Qué futuro para las acciones positivas?

Parece evidente que el futuro de las acciones positivas para las mujeres en materia de seguridad social no se juega tanto en el Derecho español de origen interno, con el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo como guardianes, como en el Derecho de la Unión Europea, con el filtro definitivo y prevalente del TJUE.

¿Tienen futuro las acciones positivas para las mujeres a la vista de la STJUE, de 15 de mayo de 2025? No, pero con matices. No las genuinas acciones positivas, las directas o *de iure*, cuando se proyecten sobre el importe de las pensiones y en el momento mismo de su reconocimiento.

A este respecto, haría bien el legislador español, de urgencia a ser posible, en derogar antes del 1 de enero de 2026, fecha de su entrada en vigor, la acción positiva para las mujeres introducida por el Real Decreto-ley 2/2023 y ubicada en la disposición transitoria 41ª LGSS, consistente en un régimen privilegiado para las mujeres (no necesariamente madres) de integración de las lagunas de cotización en el momento del cálculo de la pensión de jubilación. De no hacerlo así sería solo cuestión de tiempo un tercer tropiezo con la misma piedra del TJUE.

Igualmente, no debería el legislador español empeñarse en seguir luchando contra el refractario e inamovible marco normativo de la Unión Europea. Es evidente que el TJUE no ha querido abrir la mano con las acciones positivas en materia de importe de las pensiones de seguridad social, sin mencionar siquiera las posibilidades exploradas en septiembre

de 2019 por las Conclusiones del abogado general *Bobek*. Sería ilusorio pensar, al menos a corto plazo, en un drástico cambio de pensamiento dentro del TJUE.

Por otro lado, muchos países de la Unión Europea no tienen ningún interés en modificar el “último mohicano” del Derecho antidiscriminatorio europeo, la Directiva 79/7, pues les permite mantener *sine die* unas históricas diferencias de trato (desfavorables o favorables para las mujeres, según los casos y los países) presentes en sus ordenamientos de seguridad social, que quedan vedadas para países como España, sin esas mismas diferencias históricas. Y si no es previsible en los próximos años una modificación de la Directiva 79/7, el específico marco jurídico europeo atinente a la seguridad social no puede ser más hostil para las acciones positivas para las mujeres, no contempladas ni expresa ni implícitamente en la Directiva 79/7. Al contrario, las diferencias históricas que la Directiva 79/7 permite perpetuar están inspiradas en un modelo de mercado laboral en el que el trabajo es cosa de hombres y solo marginalmente de mujeres.

Debería el legislador español renunciar a las acciones positivas directas o *de iure* y conformarse con las menos atractivas políticamente acciones positivas indirectas o *de facto*. El caso, sin ir más lejos, de las medidas de seguridad social (y laborales también) en el terreno de la conciliación de la vida laboral y familiar, cuya mejora en los últimos años, por ejemplo, a través del Real Decreto-ley 2/2023, ninguna duda cabe de que forman parte de la profundización de la perspectiva de género en materia de seguridad social<sup>39</sup>.

Tras la STJUE, de 15 de mayo de 2025, el criterio de atribución del complemento único para la reducción de la brecha de género en vigor, el del importe inferior de las pensiones susceptibles de complemento, juega a favor de las mujeres. Y lo mismo sucedería si se introdujera legalmente otro criterio más, el del ejercicio de los típicos derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, o bien la salida del mercado laboral con ocasión del nacimiento y el cuidado de la prole. Hay muchas posibilidades que el legislador podría manejar para beneficiar más a las mujeres que a los varones sin apenas riesgo de tropiezo europeo.

Con todo, y sin salir del campo de las acciones positivas para las mujeres indirectas o *de facto*, con un enorme potencial en aras de la profundización de la perspectiva de género en materia de seguridad social, para los progenitores futuros sería conveniente idear un mecanismo distinto, que continuase teniendo como finalidad principal la reducción de la brecha de género en materia de pensiones de seguridad social, pero que además extendiera sus efectos a la reducción de la brecha de género en el resto de prestaciones contributivas de seguridad social como la incapacidad temporal, el desempleo, etc. Asimismo, debería cumplir ese nuevo mecanismo una función de incentivo de la natalidad, vital para la sostenibilidad de cualquier sistema de reparto como el sistema español de seguridad

---

<sup>39</sup> GONZÁLEZ ORTEGA Y BARCELÓN COBEDO, *El Real Decreto-ley 2/2023: las reformas en materia de ámbito subjetivo, prestaciones y sostenibilidad del sistema*, en *Trabajo y Derecho*, 2023, núm. 105, 16-17.

social. Por último, sería muy útil que cumpliera también ese nuevo mecanismo una finalidad de fomento de la corresponsabilidad parental en el ejercicio de los típicos derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, tan del gusto de la Unión Europea.

El mecanismo en cuestión, aquí tímidamente esbozado<sup>40</sup>, tendría que girar en torno al incremento ficticio de las cotizaciones por cada hijo computable y durante algún tiempo (a determinar), de manera que las cotizaciones reales de uno de los progenitores se verían incrementadas mediante el correspondiente plus ficticio, con financiación general o tributaria. Y esas mayores cotizaciones no solo afectarían en el futuro lejano al cálculo de las correspondientes pensiones contributivas de seguridad social, sino que desplegaría sus efectos desde el primer momento en caso de acceso a cualesquiera prestaciones contributivas de seguridad social como la incapacidad temporal, el nacimiento y cuidado de menor, el desempleo, etc. Los progenitores desde el primer momento percibirían la utilidad de sus cotizaciones sociales ficticiamente incrementadas con cargo al Estado.

Debería tratarse de un derecho de titularidad neutra, aunque previsiblemente y durante mucho tiempo la mayoría de las personas beneficiarias serían mujeres. El criterio principal de atribución a uno solo de los dos progenitores debería conectarse con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral. En caso de ejercicio de esos derechos por parte de ambos progenitores o de ausencia de ejercicio por ambos, quizá el acuerdo entre los progenitores debería ser el criterio a seguir. Y en ausencia de acuerdo, atribución para el progenitor con cotizaciones más bajas en el momento del nacimiento o de la adopción. Y, a modo de cierre, de resultar las cotizaciones idénticas, atribución del beneficio a las mujeres (y si ambas fuesen mujeres, atribución excepcional para las dos, al 50%).

Por último, cabría incluso acudir a una genuina acción positiva para las mujeres mediante la titularidad privilegiadamente femenina, supeditada exclusivamente al no ejercicio por parte de los varones de los típicos derechos de conciliación de la vida familiar y laboral. Ciertamente, una medida de acción positiva así configurada tendría el riesgo de tropezar de nuevo con la misma piedra del TJUE, aunque aparentemente la jurisprudencia europea en torno al artículo 157.4 TFUE daría cobertura a una medida así, constituyendo un beneficio profesional para las mujeres de carácter sincrónico, desplegado en el momento del perjuicio profesional al que en promedio las mujeres están mucho más expuestas que los hombres con motivo del nacimiento y la educación de la prole.

---

<sup>40</sup> VIVERO SERRANO, *Del complemento por ...*, cit., 236 ss.

