

EQUAL

RIVISTA DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

IN EVIDENZA:

- Il lavoro autonomo nel diritto antidiscriminatorio euro-unitario
- Flessibilità e pari opportunità (di genere e generazionali) negli appalti pubblici: le clausole sociali di "terza" generazione
- La flessibilità nelle pp.aa.: opportunità in materia di *age management*
- Genitorialità e orario di lavoro nella prospettiva della discriminazione indiretta
- L'autonomia differenziata di nuovo alla prova della Corte costituzionale: la sent. n. 10/2025
- Disabilità e comportamento nella più recente evoluzione giurisprudenziale
- La riparametrazione dei permessi ex art. 33, l. n. 104/1992
- *Protection with Discrimination? Rethinking China's Gender Equality Legislation in Employment*

n. 5 / 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.pacinieditore.it • info@pacinieditore.it

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

Indice

Saggi

LEONARDO BATTISTA, <i>Il lavoro autonomo nel diritto antidiscriminatorio euro-unitario</i>	401
ILENIA TORELLA, <i>Flessibilità e pari opportunità (di genere e generazionali) negli appalti pubblici: le clausole sociali di “terza” generazione</i>	419
MATILDE BIAGIOTTI, <i>La flessibilità nelle pubbliche amministrazioni: opportunità in materia di age management</i>	437

Giurisprudenza

FABIOLA LAMBERTI, <i>Genitorialità e orario di lavoro nella prospettiva della discriminazione indiretta: autonomia della fattispecie, tutela collettiva e funzione dissuasiva del risarcimento</i>	451
[Corte d'Appello Di Firenze, sentenza 26 febbraio 2025 n. 1]	
LEONARDO PASQUI, <i>L'autonomia differenziata di nuovo alla prova della Corte costituzionale: la sent. n. 10/2025</i>	467
[Corte costituzionale, sentenza 7 febbraio 2025, n. 10]	
GIULIA SBERNA, <i>Disabilità e comporta nella più recente evoluzione giurisprudenziale: tra onere di attivazione e dovere di cooperazione</i>	481
[Tribunale di Roma, sez. IV Lavoro, sentenza 3 dicembre 2024, n. 12377]	
LIVIA TAMBURRO, <i>La riparametrazione dei permessi ex art. 33, l. 104/1992 in relazione alla ridotta durata della prestazione lavorativa è discriminatoria</i>	497
[Corte di Cassazione, sentenza 16 aprile 2025, n. 10012]	

Dialogues

WEIDONG ZHANG, <i>Protection with Discrimination? Rethinking China's Gender Equality Legislation in Employment</i>	507
--	-----

Il lavoro autonomo nel diritto antidiscriminatorio euro-unitario

Self-employment in EU anti-discrimination law

Leonardo Battista

Ricercatore di Diritto del lavoro nell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Dall'originaria esclusione alla c.d. nuova stagione del diritto antidiscriminatorio del lavoro autonomo. – 3. L'evoluzione del diritto antidiscriminatorio dalle c.d. Direttive di seconda generazione. – 4. Lavoro autonomo e non discriminazione al vaglio della pronuncia *J.K.* – 5. La pronuncia *J.K.* e il cambio di paradigma nel rapporto tra lavoro autonomo e diritto antidiscriminatorio: l'emersione del concetto di “persona che lavora”. – 6. Osservazioni conclusive.

Sinossi: Il saggio ripercorre il rapporto tra lavoro autonomo e diritto antidiscriminatorio euro-unitario. L'analisi verte sull'iniziale esclusione di questi lavoratori dalla platea dei beneficiari di tali tutele, tipicamente garantite solo al lavoro subordinato, sino alla loro inclusione in virtù della tutela della «persona che lavora», come emerso dal recente intervento della Corte di giustizia europea nella pronuncia *J.K.*

Abstract: *The essay traces the relationship between self-employment and EU anti-discrimination law. The analysis focuses on the initial exclusion of these workers from the beneficiaries of these protections, typically guaranteed only to subordinate workers, until their inclusion under the protection of the «personal work» as emerged in the recent intervention of the European Court of Justice in the J.K. case.*

Parole chiave: Lavoro autonomo – Diritto antidiscriminatorio – Unione europea – Persona che lavora

Keywords: Self-employment – Anti-discrimination Law – European Union – Personal work

1. Premessa

Ad oggi, nell'Unione europea vi sono oltre 27 milioni di lavoratori autonomi¹. Un gruppo di lavoratori estremamente rilevante per la crescita del tessuto economico europeo e per la sua competitività.

Volgendo lo sguardo alla composizione di tale categoria, si può notare come al suo interno trovino spazio sia lavoratori che svolgono la prestazione, manuale o intellettuale, in maniera prevalentemente o esclusivamente personale, sia prestatori indipendenti socialmente ed economicamente forti² - classicamente imprenditori - capaci di poter organizzare mezzi di produzione e personale anche su larga scala. Tale riconduzione alla medesima categoria di figure così diverse tra loro evidenzia l'estrema eterogeneità del lavoro autonomo all'interno dell'UE a cui soggiace anche la differenza di condizioni, opportunità e rischi che questi soggetti hanno all'interno del mercato del lavoro.

Eppure, tale eterogeneità si scontra con la concezione che il diritto dell'Unione europea ha del lavoro autonomo sin dal Trattato di Roma del 1957. Infatti, in virtù di una visione marcatamente economica ancora oggi sullo sfondo, il lavoro autonomo, sotto un profilo concorrenziale, è equiparato a tutti gli effetti ad un'impresa (dall'inglese *undertaking*), ritenendo del tutto irrilevante l'eventuale assenza di capacità gestoria del lavoro altrui o le effettive modalità di prestazione del servizio o dell'opera.

Una questione che, nel corso dell'evoluzione del diritto euro-unitario e nella costruzione della politica sociale europea, figlia di un rafforzamento di una Europa più attenta ai diritti sociali³, ha sempre ritardato l'accesso del lavoro autonomo a tutta una serie di istituti protettivi garantiti al suo contraltare subordinato.

Diversi studi hanno dimostrato come ci sia una rilevante quota di lavoratori autonomi che vive in condizioni di lavoro precarie e povere⁴ con un limitato accesso ai diritti sociali e

¹ AUTORITÀ EUROPEA DEL LAVORO, *Extent of dependent self-employment in the European Union*, 2023, 15.

² Tra loro non si possono che annoverare anche figure socialmente riconosciute dalla società come coloro che svolgono professioni ordinistiche, quali avvocati o architetti, purtroppo ad oggi meno forti sotto un profilo economico sul mercato di quanto non lo fossero in passato. Sul tema si veda LASSANDARI, *Oltre la "grande dicotomia"? La povertà tra subordinazione e autonomia*, in *LD*, 2019, 1, 92; SCARPELLI, *Il lavoro autonomo nell'emergenza tra bisogno, (poche) tutele, regole del contratto*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, 229.

³ GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, 2003, 58.

⁴ ALAIMO, *Povertà, lavoro autonomo e tutela del corrispettivo*, in CARUSO, *Il lavoro povero "sans phrase". Oltre la fattispecie*, il Mulino, 2024, 127, *spec.* 133. In tale quota vanno inclusi anche i lavoratori su piattaforma digitale, principalmente ritenuti autonomi dalle piattaforme stesse ma inseriti in una prestazione lavorativa in cui quei caratteri di autonomia e libertà, propri di tale categoria, risultano estremamente limitati dalla pervasività della gestione algoritmica della prestazione, tanto da aver portato diverse Corti, italiane e non, a ricondurre tali attività al lavoro subordinato. *Ex multis* si veda ALOISI, *Il lavoro "a chiamata" e le piattaforme online della collaborative economy: nozioni e tipi legali in cerca di tutele*, in *LLI*, 2016, 2, 23; CARABELLI, *Presentazione del Convegno e introduzione dei lavori*, in *Quaderni di RGL, Il lavoro nelle piattaforme digitali. Nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, 2017, 2, 11; MENEGATTI, *On-demand workers by application: autonomia o subordinazione*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario Breve allo Statuto del Lavoro Autonomo e del Lavoro Agile*, Cedam, 2018, 93-112; BATTISTA, *I lavoratori delle piattaforme digitali tra diritto, tecnologia e giustizia*, in *ADL*, 2021, 6, 1455; C. DE MARCO, GARILLI, *L'enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*,

che presenta urgenti istanze di tutela. Una situazione emersa ed amplificatasi durante la crisi pandemica da Covid-19 in cui la maggior parte dei lavoratori autonomi hanno mostrato rilevanti difficoltà economiche. Queste, sommate ad una evidente esclusione dai tradizionali schemi di protezione sociale – attuati in breve tempo per la controparte dipendente – rendono sempre più rilevante la necessità di provvedere ad un'estensione delle tutele, o quantomeno di parte di esse, verso tale categoria, facendola uscire da quell'oblio in cui per anni è stata confinata⁵. Questa distanza tra gli schemi protettivi garantiti al lavoro subordinato e quelli verso il lavoro autonomo sembra però essersi affievolita, almeno nel diritto euro-unitario, data la crescente attenzione dedicata da quest'ultimo a tale categoria di lavoratori, soprattutto verso coloro che sono maggiormente esposti ai rischi provenienti dal mercato e lasciati *tout-court* alle regole dello stesso. In diverse aree di intervento euro-unitario, si è giunti, infatti, ad una inclusione del lavoro autonomo nel novero dei beneficiari. Un approdo raggiunto in seno alle istituzioni euro-unitarie sia attraverso l'idea, presente da anni in dottrina, che la contrapposizione tra la classica dicotomia subordinazione-autonomia appaia sempre meno pregnante⁶, sia per la convinzione che cambiando le condizioni produttive ed organizzative del mercato, in virtù dell'inarrestabile innovazione tecnologica⁷, cambino anche le esigenze e i bisogni di tutela di chi presta la propria attività sul mercato del lavoro⁸.

Tra i diversi ambiti in cui si può rintracciare questo approccio protettivo verso il lavoro autonomo, non si può che dedicare attenzione alla disciplina antidiscriminatoria. Tale materia, come si vedrà inizialmente non garantita al lavoro autonomo, se non sotto profili strettamente legati alla nazionalità, oggi è da ritenersi come un faro di questa tendenza espansiva a favore del lavoro autonomo, tanto da permettere di superare, almeno nei suoi confini, la classica dicotomia del diritto del lavoro grazie al riferimento al lavoro personale emerso recentemente nella pronuncia *J.K.*, prescindendo, quindi, da ogni qualificazione in termini di subordinazione e autonomia.

in *DML*, 2021, 1, 2.

⁵ TREU, *Lavoro autonomo e diritti collettivi nell'Unione europea*, in *LDE*, 2023, 3, 3.

⁶ Tra i tanti sia permesso il rimando COUNTOURIS, *The changing law of the employment relationship*, Ashgate, 2007; D'ANTONA, *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni: comparazioni e prospettive*, Il Mulino, 1989, 44; DAVIES, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *DRI*, 2000, 2, 207; GIUBBONI, *I nuovi confini della subordinazione. Studi sul campo di applicazione del diritto del lavoro*, Rubettino Editore, 2024; PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli Editore, spec. 77; SUPLOT, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *DRI*, 2000, 2, 218. Sia concesso il rimando anche a BATTISTA, *Il lavoro autonomo nel diritto dell'Unione Europea*, Cacucci Editore, 2024.

⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, COM(2016), 2016, 356, 12.

⁸ Tale profilo di discussione era stato lanciato, già nel 1997, dal meno famoso Libro Verde 'Partenariato per una nuova organizzazione del lavoro', in cui la Commissione Europea segnalava una serie di processi organizzativo-aziendali che avevano sancito il «passaggio da sistemi rigidi di produzione a processi flessibili e continui di sviluppo organizzativo», con una maggior autonomia per i lavoratori subordinati rispetto al precedente modello fordista e una costante integrazione di lavoratori autonomi all'interno dei processi di produzione. Si veda COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde – Partenariato per una nuova organizzazione del lavoro*, COM(97), 128, 1997.

Un nuovo orizzonte, quello di guardare ai diritti fondamentali della persona che lavora⁹, in cui viene evidenziato quel «nesso profondo e fondativo tra lavoro, persona e partecipazione ai valori sociali»¹⁰ disegnando una sfera di protezione attorno all'individuo anziché attorno al rapporto di lavoro.

2. Dall'originaria esclusione alla c.d. nuova stagione del diritto antidiscriminatorio del lavoro autonomo

Il lavoro autonomo e il diritto antidiscriminatorio per molti anni hanno viaggiato su strade parallele senza mai incontrarsi, se non sotto il profilo del divieto di discriminazione basato sulla nazionalità previsto dall'allora Trattato di Roma. Pertanto, per lungo tempo ha prevalso l'idea basata sul principio di libertà contrattuale, secondo cui «la discriminazione (che, come è noto, può prescindere da una volontà persecutoria) non può essere vietata quando le 'vittime' scelgono di lavorare in modo indipendente, perché così facendo accettano le regole del mercato libero e concorrenziale»¹¹. Tale prospettiva, espressamente in linea con l'originaria visione economica dell'integrazione europea, ha iniziato a venir meno già dagli anni Ottanta visto che, seppur in ritardo rispetto al lavoro subordinato, il legislatore euro-unitario, seguito da quello nazionale, ha iniziato ad estendere, lentamente, la copertura del diritto antidiscriminatorio anche al lavoro autonomo¹². Si è registrato, quindi, un «processo di assimilazione»¹³ nel diritto antidiscriminatorio in cui è stato possibile assistere al già citato «ampliamento degli strumenti di tutela della persona originariamente pensati per il lavoro subordinato»¹⁴ di cui oggi siamo testimoni.

Questo lento incontro tra lavoro autonomo e diritto antidiscriminatorio si collega soprattutto alle mutazioni interne a tale forza lavoro, dove alla tipica figura del prestatore indipendente, socialmente ed economicamente integrato nel mercato, si sono affiancati altri gruppi ritenuti vulnerabili, come donne, giovani e migranti, specialmente in settori come quello delle libere professioni o dei servizi alla persona¹⁵.

⁹ COUNTOURIS, DE STEFANO, FREEDLAND, *Il diritto antidiscriminatorio e il concetto di lavoro personale*, in *Rivista il Mulino*, 6 febbraio 2023, accessibile online al sito: <https://www.rivistailmulino.it/a/il-diritto-antidiscriminatorio-e-il-concetto-di-lavoro-personale>.

¹⁰ PERULLI, *Il "lavoro personale" nel prisma del diritto dell'Unione Europea*, in *RIDL*, 2023, 1, 69.

¹¹ FALSONE, *I lavoratori autonomi e i "nuovi" bisogni di tutela: il ruolo essenziale del divieto di discriminazioni per motivi sindacali*, in *LB*, 2023, 2, 195.

¹² BARNARD, BLACKHAM, *Discrimination and the self-employed, The scope of protection in an interconnected age*, in COLLINS (a cura di), *European Contract Law and the Chart of Fundamental Rights*, Intersentia, 2017, 197.

¹³ CORAZZA, *Diritto antidiscriminatorio e oltre: il lavoro delle donne come questione retributiva*, Relazione del XXI Congresso Nazionale AIDLASS Messina 2024 dal tema «Diritto antidiscriminatorio e trasformazioni del lavoro», 23-25 maggio 2024, 58.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ ZILLI, *Che genere di autonomia?*, in *LDE*, 2021, 3, 2.

Ciò porta ad avere un numero maggiore di “soggetti dall’identità variegata, portatori di elementi di diversità da cui possono originare numerosi, potenziali conflitti”¹⁶, incrementando il rischio di ingiustificate differenziazioni di trattamento. Pertanto, agli occhi del legislatore europeo appariva necessario garantire che tali gruppi di lavoratori e lavoratrici con elementi di diversità connessi al genere, all’etnia, alle convinzioni personali, all’età, alla lingua, alla presenza di disabilità e all’orientamento sessuale, non venissero discriminati sulla base di tali fattori. La spinta verso tale necessità derivava sia dal mutato approccio verso la politica sociale, in contrapposizione alla mera integrazione economica, sia dalla crescente possibilità che attività lavorative precedentemente fornite da lavoratori dipendenti potessero, invece, essere fornite da prestatori indipendenti, sforniti di schemi di protezione dalle discriminazioni.

In tale scenario, dunque, si inseriva la Dir. 86/613/CEE, nota come il primo intervento comunitario avente come oggetto l’estensione al lavoro autonomo dell’applicazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne. Una direttiva che mirava ad includere nel campo delle pari opportunità anche il lavoro autonomo per evitare distorsioni del mercato e discriminazioni di genere nell’accesso alle professioni e, non da meno, rendere possibile esercitare tale diritto direttamente nelle Corti competenti.

Allo stesso tempo, la Direttiva in questione era dedicata anche ai c.d. coniugi coadiuvanti, cioè i coniugi, in maggioranza donne che talvolta partecipavano alle stesse attività dei lavoratori autonomi in qualità di ausiliari, ma che, senza riconoscimento alcuno, rischiavano di essere invisibili nei confronti degli istituti previdenziali. Ciò, soprattutto nel caso delle donne, avrebbe comportato una possibile esclusione rispetto alle tutele legate alla maternità, rendendo difatti impossibile per loro accedere ad eventuali schemi protettivi. Andando nello specifico, l’art. 3 della Direttiva prevedeva il divieto di qualsiasi discriminazione sia diretta che indiretta fondata sul sesso nell’esercizio di una attività autonoma, intesa quale attività a scopo di lucro per proprio conto, ribadendo l’assenza di un vincolo di subordinazione. Inoltre, la Direttiva, all’art. 4, sanciva il principio di parità di trattamento nella «creazione, la costituzione o l’ampliamento di un’impresa oppure l’avvio o l’ampliamento di ogni altra forma di attività autonoma, comprese le facilitazioni finanziarie”. Si può osservare l’interesse comunitario verso l’avviamento di attività di lavoro autonomo, sempre nella sua concezione imprenditoriale, e specificatamente verso l’impresa familiare, a cui il riferimento ai coniugi coadiuvanti è strettamente collegato.

Per la sua genericità, però, tale Direttiva venne ampiamente criticata, anche perché sembrava essere null’altro che un mero programma di azione invece che un atto precettivo, come dimostrabile dall’evidente asimmetria tra il registro comunicativo adottato e la sostanza della protezione garantita ai lavoratori autonomi¹⁷.

¹⁶ CORAZZA, *Attività autonome e tecniche di tutela antidiscriminatorie*, in NOGLER (a cura di), *Le attività autonome*, vol. VI, *Trattato di diritto privato dell’Unione europea*, AJANI, BENACCHIO (diretto da), Giappichelli, 2006, 104.

¹⁷ Sul tema COUNTOURIS, *The changing law of the employment relationship*, cit., 184; BATTISTA, *Il lavoro autonomo nel diritto dell’Unione europea*, cit., 94.

Pur in presenza di diverse critiche, la Dir. n. 613/86/CEE fece, comunque, da apripista all'estensione del diritto antidiscriminatorio verso il lavoro autonomo. A ciò si collegava anche un rinnovato approccio al tema delle discriminazioni nel lavoro autonomo sancito dal Trattato di Amsterdam del 1997, favorito dalla volontà delle istituzioni europee di rafforzare la dimensione sociale dell'allora Comunità europea, aprendo spazi alla costruzione di una cittadinanza sociale, fornita di norme per esercitare tale cittadinanza e tutele – anche in materia antidiscriminatoria – atte a garantire tale esercizio.

Il Trattato di Amsterdam, modificando l'art. 119 TCEE, diventato poi l'art. 141 TCE, sembrava estendere l'applicazione del generale principio delle pari opportunità anche ai lavoratori autonomi, con esclusione di quello in tema di parità retributiva. Pur non riferendosi direttamente a tali soggetti, il terzo comma del rinnovato art. 141 TCE, disponeva che il Consiglio potesse adottare misure atte ad assicurare «l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego».

Se la parte sull'impiego si riferisce solamente ai lavoratori dipendenti, al contrario, quella sull'occupazione è da ritenersi ben più estesa. Tale comma coprirebbe tutti quei lavoratori appartenenti alla forza attiva di lavoro, senza distinzioni relative al tipo di occupazione, in quanto l'accesso a quest'ultima è un passaggio precedente rispetto al rapporto di lavoro e, pertanto, parrebbe irragionevole ridurlo ad una mera differenza contrattuale. Un approdo che poi verrà confermato, alla luce della Dir. 2000/78/CE, nella recente sentenza *J.K.*

Un percorso, quello iniziato con il Trattato di Amsterdam, arrivato a compimento a cavallo degli anni Duemila, in quella che in dottrina è stata definita come la nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario del lavoro autonomo¹⁸.

Una stagione in cui, la combinazione tra il terzo comma dell'art. 141 TCE, come modificato dal Trattato di Amsterdam del 1997, e le cosiddette «Direttive di seconda generazione»¹⁹ dei primi anni Duemila hanno creato «una sorta di minimo comune denominatore applicabile sia al lavoro subordinato che al lavoro autonomo»²⁰ in materia di parità di trattamento.

3. L'evoluzione del diritto antidiscriminatorio dalle c.d. Direttive di seconda generazione

La novità delle c.d. Direttive di seconda generazione, adottate nei primi anni Duemila, riguarda la loro eterogeneità in termini di aspetti e momenti della vita sociale e civile di

¹⁸ Parla di una nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, 2003, 3/4, 404. Similmente GIUBBONI, *I nuovi confini della subordinazione*, cit., 63.

¹⁹ RANIERI, *Direttive antidiscriminatorie di seconda generazione e Corte di Giustizia dell'Ue: alcune questioni problematiche*, in *RGL*, 2012, 1, 165; IZZI, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie di seconda generazione*, in *DLRI*, 2003, 3/4, 424.

²⁰ CORAZZA, *Attività autonome e tecniche di tutela antidiscriminatorie*, cit., 108.

cui si sono occupate. Talmente eterogenee da espandere il loro orizzonte protettivo anche al di là dell'ambito prettamente lavoristico. Vi rientrano, ad esempio, la Dir. n. 2000/43/CE sull'equo trattamento indipendentemente dalla razza ed origine etnica e la Dir. n. 2000/78/CEE in materia di occupazione e condizioni di lavoro con riferimento alle discriminazioni fondate sulle convinzioni personali, religiose, età, disabilità e orientamento sessuale.

Entrambe le direttive hanno trovato la loro base giuridica nell'allora art. 13 TCE, attuale art. 19 TFUE, che attribuiva al Consiglio il potere di «prendere provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale»²¹. A queste due, si è aggiunta anche la Dir. n. 2004/113/CE che riguarda, ancora oggi, l'accesso ai servizi e la loro fornitura e che vieta le discriminazioni di genere in tale settore. Un trio di direttive capace di abbracciare, per quanto concerne l'oggetto della trattazione, la persona-lavoratore autonomo in diversi aspetti e fattori della propria vita, anche latamente collegati al lavoro in quanto tale, ma capaci, qualora inopportunamente richiamati anche da parte di un committente, di produrre effetti negativi o trattamenti differenziati nei confronti di tale soggetto e, perciò, meritevoli di tutela.

Diversamente dalla Dir. n. 86/613/CEE, questa nuova generazione di Direttive si è occupata di aspetti che avrebbero certamente potuto impattare sulle condizioni di accesso e posizionamento nel mercato del lavoro di un lavoratore, sia esso subordinato che autonomo, rifacendosi genericamente a «tutte le persone sia del settore pubblico che del settore privato». Ancora più esplicitamente il primo comma dell'art. 3 delle Dir. n. 2000/43/CE e n. 2000/78/CE ha esteso il principio di equo trattamento alle «condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro sia indipendente che autonomo», evidenziando un netto passo in avanti della disciplina antidiscriminatoria per il lavoro autonomo.

Per tale motivo, l'impatto delle Direttive di seconda generazione è risultato maggiore di quello atteso dalla precedente Dir. n. 86/613/CEE. Le prime, infatti, applicando trasversalmente il principio di equo trattamento ben oltre l'ambito delle discriminazioni di genere, hanno reso possibile il raggiungimento di una maggior operatività dei divieti di discriminazione per il lavoro autonomo, cosce dei possibili rischi provenienti dal mercato. Questo è stato possibile perché i fattori protetti sono ampi e variano dalla razza ed etnia, alla religione, età e orientamento sessuale, comprendendo anche aspetti che ben si allontanano da quelli che hanno un diretto legame con il mercato del lavoro, come l'assistenza sanitaria, l'istruzione e l'accesso a beni e servizi. Perciò, queste sono ricordate anche per l'evoluzione che hanno apportato nella materia, in quanto estendendo la tutela anche ad altri fattori sensibili, hanno reso il diritto antidiscriminatorio un «diritto consapevole delle disuguaglianze che derivano dalle appartenenze»²² e dalle forme di vulnerabilità, che talvolta possono emergere anche per i lavoratori autonomi ritenuti, a torto, tradizionalmente forti sul mercato.

²¹ Per un approfondimento sulla Dir. n. 2000/78/CE si veda CANGEMI, *Organizzazioni di tendenza e contratto di lavoro subordinato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022, 144-148.

²² ZILIO GRANDI, *Principio di uguaglianza e divieto di discriminazioni al di fuori del lavoro standard: contratti di lavoro su-*

A maggior ragione tale evoluzione si può rintracciare anche nelle Direttive successivamente adottate in seno all'Unione europea, le quali, agli occhi di chi scrive, sono ispirate dalla stessa volontà espansiva ed includente. Ad esempio, la Dir. n. 2006/54/CE riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego ha rappresentato un significativo miglioramento nell'effettività ed inclusività della tutela contro le discriminazioni, almeno con riferimento all'accesso al lavoro, alla formazione o iscrizione ad organizzazioni e ordini professionali, sulla scia del percorso perfezionato da parte della Corte di giustizia europea in tale disciplina.

Allo stesso modo, non si può non considerare l'impatto della successiva Dir. n. 2010/41/UE che ha rinnovato e rilanciato l'equo trattamento fra uomini e donne che esercitano un'attività autonoma, soprattutto per avere specificato chi ritenere autonomo ai fini della stessa e per l'attenzione rivolta al tema della maternità per le prestatrici di lavoro indipendenti. L'avvento di questa direttiva, sebbene criticata per le molteplici materie trattate e per la necessità di dover considerare quanto precedentemente disciplinato da atti ancora in vigore²³, era ritenuto ormai imprescindibile dalla Commissione europea per poter rimediare all'inefficacia della Direttiva del 1986 nei casi di discriminazione diretta e indiretta e nei casi di molestie. Tale attenzione si rileva nella precisione con cui l'art. 3 elenca le diverse definizioni di discriminazione e molestie, anche sessuali, in ragione della necessità di recepire il corposo intervento giurisprudenziale in materia di non discriminazione.

Inoltre, per garantire una maggior applicazione di tali tutele antidiscriminatorie, la Dir. n. 2010/41/UE ha delimitato il proprio raggio di azione ai lavoratori autonomi riconosciuti in «chiunque eserciti, alle condizioni previste dalla legislazione nazionale, un'attività lucrativa per proprio conto». Tale definizione nella sua semplicità permette di osservare la volontà della Commissione europea di riconoscere nel generico «lavoratori autonomi» anche tutte le diverse sub-categorie che caratterizzano tale insieme e che ne mostrano l'estrema eterogeneità. Pertanto, vi sarebbero inclusi sia gli autonomi con dipendenti, gli imprenditori, i piccoli imprenditori, i professionisti e, ovviamente, gli autonomi individuali richiamati sempre più spesso negli ultimi anni dalle istituzioni euro-unitarie (i c.d. *solo self-employed*). Inoltre, una nozione così estesa di lavoratore autonomo sarebbe compatibile con l'idea che il diritto antidiscriminatorio sia, ormai anche nel diritto europeo, un diritto universale garantito al maggior numero di persone possibile. Perciò, in tale direzione andrebbe anche il pronome «chiunque» utilizzato nella Direttiva all'art. 2, il quale sottintende la volontà di coprire tutti coloro che esercitano un'attività lavorativa non subordinata e

bordinato "atipici" e contratti di lavoro autonomo, Relazione del XXI Congresso Nazionale AIDLASS Messina 2024 dal tema "Diritto antidiscriminatorio e trasformazioni del lavoro", 23-25 maggio 2024, 16.

²³ COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO, *Parere del Comitato Economico e Sociale Europeo in merito alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma, che abroga la direttiva 86/613/CEE*, (2009/C 228/21), 2009.

quindi autonoma. Ovviamente, non si può soprassedere sul riferimento alla legislazione nazionale che potrebbe ridurre l'impatto di tale Direttiva qualora ci fosse una nozione domestica di lavoratore autonomo più restrittiva rispetto ad un'altra, tanto che potrebbe essere necessario un intervento della Corte di giustizia europea a dirimere la questione nel caso in cui tali difformità comportassero un grado di incertezza all'interno dell'Unione²⁴. Un'eventualità, comunque, che potrebbe anche volgere positivamente, con un'accezione dunque estremamente includente, nel caso in cui, come nella pronuncia *J.K.* del 2023, la Corte adottasse un approccio inclusivo in cui a rilevare non è l'attività lavorativa ma l'individuo che la offre sul mercato.

Infine, come anticipato, la Dir. n. 2010/41/UE, con l'obiettivo di supportare l'imprenditorialità femminile, mirava anche a rafforzare la protezione della maternità delle lavoratrici autonome e «migliorare l'armonizzazione della vita professionale con la vita privata». Un obiettivo imprescindibile per incentivare l'accesso delle donne al lavoro autonomo anche in virtù della «vulnerabilità economica e fisica delle lavoratrici gestanti e delle coniugi gestanti»²⁵, riconosciuta dalla stessa Commissione europea nei lavori preparatori di tale direttiva e poi richiamata, nel preambolo, dal diciottesimo considerando. In tale senso va letto l'art. 8 sulle prestazioni di maternità in cui si disciplina per le lavoratrici autonome la stessa durata del congedo di maternità attualmente in vigore per le lavoratrici dipendenti, a cui si affianca l'obiettivo, introdotto dal diciannovesimo considerando, di prevederne l'incremento qualora dovesse essere aggiornata la durata per le lavoratrici subordinate.

La tutela della maternità, così come evidenziato molteplici volte nei lavori preparatori di tale atto, è una delle vulnerabilità maggiori per una lavoratrice autonoma, sia per ragioni economiche, a causa della necessaria – seppur temporanea – sospensione dell'attività lavorativa per puerperio, sia per la minima tutela garantita in passato a questo gruppo di lavoratrici.

L'intervento della Dir. n. 2010/41/UE, con l'art. 8 pone freno allo sbilanciamento nei confronti delle lavoratrici subordinate riconoscendo, alle autonome, un diritto alle prestazioni di maternità ed un'indennità ad esso collegata, che in minima misura deve attestarsi sulle quattordici settimane o a quanto previsto nell'ordinamento nazionale. Una previsione che garantisce una tutela equivalente a quella prevista per le lavoratrici autonome in caso di maternità, concorrendo a bilanciare, quindi, i minori compensi della lavoratrice autonoma in un momento di sospensione dall'offerta della propria attività lavorativa sul mercato. Proprio per tale innovazione, l'art. 8 della Dir. n. 2010/41/UE è ricordato tutt'ora come uno dei primi interventi dell'Unione a supporto della conciliazione vita-lavoro per le lavoratrici autonome a livello euro-unitario. Altresì, vi si riconosce, sotto il profilo dell'equo trattamento in tema di maternità, un'universalizzazione di tale protezione indipendentemente

²⁴ COUNTOURIS, FREEDLAND, 'Work', 'Self-Employment', and Other Personal Work Relations, in *EGELR*, 2013, 2, 16-17.

²⁵ Il sesto considerando della Dir. n. 2010/41/UE richiama la necessità di intraprendere un'azione in materia di disparità fra uomini e donne in ambito imprenditoriale, tenendo anche conto della Comunicazione della Commissione dal titolo "Agenda sociale rinnovata: opportunità, accesso e solidarietà nell'Europa del XXI secolo". Si veda COM(2008) 412 final.

dal tipo di rapporto, vista anche la vulnerabilità della donna-lavoratrice-persona in questo delicato momento, sia essa autonoma o subordinata.

4. Lavoro autonomo e non discriminazione al vaglio della pronuncia *J.K.*

Come si è avuto modo di osservare, il campo di applicazione del diritto antidiscriminatorio ha ormai accolto al suo interno anche il lavoro autonomo. Diverse sono state le tappe verso tale espansione, indiscutibilmente caratterizzata da evidenti problematicità, spesso legate alla genericità delle direttive adottate o alla necessità di evitare sovrapposizioni con precedenti atti euro-unitari, eppure è innegabile che la condizione dei lavoratori autonomi in tale ambito sia sempre più vicina a quella dei lavoratori subordinati. D'altronde, lo stesso Supiot negli anni duemila osservava come la tendenza verso l'estensione del diritto antidiscriminatorio, così come di quello della sicurezza sociale, era «già scritta nell'evoluzione del diritto positivo»²⁶, dato che quest'ultimo ormai rispondeva a nuove ragioni e bisogni, diversi, però, da quelli che avevano dato vita al diritto del lavoro tradizionale e che, «si estendono, oggi, al di là dei limiti del lavoro subordinato»²⁷.

Tra queste ragioni non si può che richiamare quella relativa alla necessità di garantire un nucleo di tutele che prescindano dallo status contrattuale del soggetto, dal vincolo di subordinazione o dalla tipologia di prestazione lavorativa svolta. Una tutela, quindi, capace di proteggere l'individuo indipendentemente dall'attività svolta o dall'appartenenza ad una specifica categoria, proprio in virtù di quell'universalizzazione delle tutele, in questo caso antidiscriminatorie, richiamata nel precedente paragrafo. Una prospettiva egualitaria oltremodo già rinvenibile nel diritto euro-unitario nel combinato disposto degli artt. 2 TUE e 20-21 CDFUE dove la *ratio* protettiva non era restrittiva ma tendente ad abbracciare il maggior numero di soggetti possibili.

Tale percorso verso il traguardo dell'universalizzazione sembra essere stato intrapreso con la recente pronuncia *J.K.*²⁸ del 2023 della Corte di giustizia europea che, per la sua novità,

²⁶ SUPIOT, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, cit., 236.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ C. giust., 12 gennaio 2023, causa C-356/21, *J. K.*, in *Racc*, 2023, 9. Tra i diversi commentatori si veda PERULLI, *Discriminazione e lavoro autonomo nella prospettiva della Corte di Giustizia*, in *LB*, 2023, 4, 408; RANIERI, *La Corte di giustizia su diritto antidiscriminatorio e lavoratori autonomi*, in *DLM*, 2023, 2, 331; ALES, *La Corte di Giustizia torna sul lavoro autonomo: un'occasione persa*, in *DLM*, 2023, 2, 314; PERULLI, *Il "lavoro personale" nel prisma del diritto dell'Unione Europea*, cit., 61; BIAGIOTTI, *La tutela antidiscriminatoria si applica ai lavoratori autonomi: una rilevante pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *ADL*, 2023, 3, 591; BATTISTA, *Il lavoro autonomo nel diritto dell'Unione europea*, cit., 196. All'estero si vedano i commenti di ALOISI, *J.K. v TP S.A. and the 'Universal' Scope of EU Anti-Discrimination Law at Work: A Paradigm Shift?*, in *ILJ*, 2023, 4, 976; LASEK-MARKEY, *EU Law Protection from Discrimination Extends to Self-Employed Workers, Confirmed the CJEU in a Landmark Judgment with LGBT+ Rights in the Background*, in *ELB*, 6 febbraio 2023; KALL, *Ruling in J. K. vs. tp S.A. regarding Discrimination of a Self-Employed Worker Based on Sexual Orientation*, in *ILRCL*, 2023, 2, 188.

è da ritenersi un vero cambio di paradigma nel diritto dell'Unione europea. La pronuncia in questione si occupa dell'applicazione della Dir. 2000/78/CE verso il lavoro autonomo, o almeno verso una parte di lavoro autonomo che svolge personalmente l'attività; questione che a parere di chi scrive non poteva che giungere a tale risultato. Ciò che appare, invece, rilevante e meritevole di approfondimento è la modalità con cui avviene l'estensione del diritto antidiscriminatorio verso questa fetta di lavoro autonomo, volgendo lo sguardo più all'individuo che svolge l'attività che alla categoria lavorativa a cui fa riferimento.

Difatti, sia nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Cápeta sia nella pronuncia della Corte, emerge la considerazione che, nel XXI secolo, la tradizionale dicotomia lavoro subordinato/autonomo su cui si è sempre basata l'inclusività o meno dei beneficiari delle tutele sia ormai «anacronistica e iniqua»²⁹ e non possa, dunque, essere l'unico criterio con cui garantire l'accesso ad un determinato diritto fondamentale come, appunto, il diritto di non discriminazione. Una interpretazione che ricalca ciò che era previsto nella Convenzione OIL n. 111/1958 sulla discriminazione in materia di impiego e nelle professioni che già vietava qualsiasi atto discriminatorio nei confronti di tutti i lavoratori, autonomi inclusi, senza ridurre la propria platea di beneficiari ai soli subordinati.

Secondo quanto emerso dalle Conclusioni dell'Avvocato Generale, tale dicotomia andrebbe rivista prediligendo, al suo posto, un riferimento al più inclusivo concetto di “persona che lavora” a cui garantire l'accesso alle tutele, in questo caso relative alla non discriminazione. Il concetto di lavoro personale, di relazioni personali di lavoro o di collegare, appunto, l'accesso alle tutele sulla base del fatto che vi sia una persona che svolge un'attività lavorativa senza ricorso all'organizzazione di mezzi e persone, non è nuovo nel panorama dottrinale³⁰. Diversi autori, infatti, hanno evidenziato la necessità di adottare una nuova chiave di lettura con cui garantire l'accesso a tutta una serie di tutele e istituti protettivi, sancendo «l'affermazione dei diritti della persona del lavoratore nell'ambito dei rapporti di lavoro»³¹. Una prospettiva in cui emerge la rilevanza della persona all'interno del rapporto di lavoro, dove l'obiettivo deve essere garantire il soddisfacimento delle diverse situazioni soggettive di bisogno sociale espresse da chi svolge un'attività lavorativa e tutelare le situazioni di squilibrio negoziale ormai inerenti anche al lavoro autonomo. Pur essendo una posizione dottrinale nota, ciò che richiama l'attenzione è che tale prospettiva sia stata fatta propria dall'AG Cápeta e dalla Corte di giustizia europea, portando alcuni commentatori a definirle radicali per la loro spinta innovatrice³².

²⁹ BRONZINI, *La sentenza della Corte di giustizia sulla discriminazione dei lavoratori autonomi. Commento a Corte giust.*, 12.01.2023, C-356/2021, JK, in IEN, 5 febbraio 2023, 1.

³⁰ PERULLI, *Il “lavoro personale” nel prisma del diritto dell'Unione Europea*, cit., 83.

³¹ JEMMAUD, *Il diritto del lavoro alla prova del cambiamento*, in LD, 1997, 3, 353.

³² BRONZINI, *La sentenza della Corte di giustizia sulla discriminazione dei lavoratori autonomi*, cit., 2023, 1; BATTISTA, *Il lavoro autonomo nel diritto dell'Unione europea*, cit., 108.

Prima di approfondire quanto emerso sia nelle conclusioni dell'AG che nella pronuncia della Corte di giustizia europea, appare necessario esporre brevemente il caso di specie. L'occasione con la quale i giudici del Lussemburgo hanno potuto affrontare il tema del rapporto tra diritto antidiscriminatorio, nell'ambito della Dir. 2000/78/CE, e il lavoro autonomo, emerge da una questione pregiudiziale sollevata da un giudice polacco per una controversia insorta tra una società di natura pubblica, che gestisce un canale televisivo, e un lavoratore autonomo. Questo lavoratore aveva stipulato con la società diversi contratti d'opera consecutivi, seppur di breve durata, in un arco temporale ricompreso tra il 2010 e il 2017. L'attività prevedeva il montaggio di prodotti audiovisivi ed era svolta in maniera personale, senza l'ausilio di dipendenti o collaboratori ausiliari. A novembre 2017, la società televisiva, stipulava con questo lavoratore un nuovo contratto d'opera della durata di trenta giorni da svolgere sulla base di due turni settimanali. Il lavoratore, ad inizio dicembre, registrava, in collaborazione con il proprio partner, e poi pubblicava sul proprio canale YouTube un video natalizio avente ad oggetto la sensibilizzazione dell'opinione pubblica sulla condizione delle coppie di persone dello stesso sesso. Due giorni dopo tale pubblicazione, la società comunicava al lavoratore autonomo la cancellazione dei turni settimanali programmati, interrompendo, di fatto, ogni collaborazione con lui. Difatti, nessun ulteriore contratto, inerente alle attività precedentemente svolte dall'operatore, era stato proposto a quest'ultimo. Tale azione, ad opinione del ricorrente, era dettata dalla pubblicazione del video sul *social network*, pertanto, il lavoratore citava in giudizio, presso il Tribunale di Varsavia, l'emittente sostenendo di essere vittima di una discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale con riguardo alle condizioni di accesso e di esercizio di una attività economica realizzata nell'ambito di un contratto di diritto privato. In risposta, la società chiedeva il rigetto della domanda, sostenendo che non fosse previsto dalla legge alcun obbligo relativo al rinnovo tra le parti, ritenendo lecito il proprio comportamento.

Il giudice polacco, non entrando ancora nel merito della controversia, riteneva di dover sottoporre al vaglio della Corte di giustizia europea un «dubbio interpretativo preliminare concernente, in sostanza, l'applicabilità o meno del diritto antidiscriminatorio europeo ai lavoratori autonomi»³³.

L'intervento della Corte di giustizia europea, secondo il Tribunale di Varsavia, era ancor più necessario per l'interpretazione del diritto discriminatorio da parte dei giudici polacchi, i quali interpretavano tale materia come esclusiva dei lavoratori dipendenti, escludendo, di fatto, i lavoratori autonomi in virtù dell'assenza di un contratto di lavoro subordinato. Tale rinvio riguardava, quindi, l'interpretazione della legge nazionale polacca e la sua conformità con l'art. 3, primo comma, lett. a) e c) della Dir. 2000/78/CE, in cui si fa esplicito riferimento a «tutte le persone [...] per quanto attiene [...] alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo». Pur essendo così esplicita, la

³³ RANIERI, *La Corte di giustizia su diritto antidiscriminatorio e lavoratori autonomi*, cit., 332.

normativa polacca, invece, riteneva che gli autonomi non vi rientrassero, «lasciando la regolazione dei loro contratti di lavoro alla piena libertà contrattuale delle parti (e quindi in balia della parte economicamente e socialmente più forte)»³⁴.

5. La pronuncia *J.K.* e il cambio di paradigma nel rapporto tra lavoro autonomo e diritto antidiscriminatorio: l'emersione del concetto di "persona che lavora".

La Corte, in primo luogo, decide di soffermarsi sulla natura autonoma dell'attività svolta dal ricorrente e, in secondo luogo, si chiede se il rifiuto di un rinnovo contrattuale, o la mancata conclusione di un accordo, potessero essere considerati ostacoli rispetto all'accesso al lavoro, come previsto dalla direttiva in parola.

Primariamente, viene evidenziato come non vi sia alcun rinvio espresso dalla Direttiva relativamente alla determinazione del senso e della portata che debba avere il concetto di «condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo»³⁵. Pertanto, tale concetto, da cui deriva poi la sfera di applicazione dell'atto, deve essere interpretato in tutta l'Unione in maniera uniforme e non restrittiva. Tale questione era stata già precedentemente trattata nella pronuncia *HK/Danmark*³⁶, nonché nell'ambito della Dir. n. 2000/43/CE nella sentenza *Runevič-Vardyn – Wardin* del 2011³⁷.

In continuità con tali pronunce, la disposizione in esame richiama espressamente sia il lavoro autonomo sia quello dipendente, senza distinzioni o restrizioni. Ciò è ulteriormente amplificato sia dalla base giuridica prescelta per la Dir. n. 2000/78/CE, vale a dire l'art. 19, comma 1 TFUE, sia dagli obiettivi fissati nel preambolo della stessa. Perciò, come ribadito dalla Corte, la direttiva ha come obiettivo quello di proteggere soltanto il lavoratore dipendente, ma «è volta a eliminare, per ragioni di interesse sociale e pubblico, tutti gli ostacoli fondati su motivi discriminatori all'accesso ai mezzi di sostentamento e alla capacità di contribuire alla società attraverso il lavoro, a prescindere dalla forma giuridica in virtù della quale esso è fornito». Una lettura condivisibile dato che la stessa direttiva è da ritenersi tra quelle incluse nella già citata nuova stagione del diritto antidiscriminatorio che, nei primi anni Duemila, aveva incluso anche il lavoro autonomo tra i suoi beneficiari. Tale passaggio, nel nostro discorso, appare rilevante in quanto ribadisce che la direttiva in parola trova la propria applicazione verso tutti i lavoratori, indipendentemente dal rapporto di lavoro e solo in quanto soggetti-persone che tramite il proprio lavoro partecipano

³⁴ COUNTOURIS, DE STEFANO, FREEDLAND, *Il diritto antidiscriminatorio e il concetto di lavoro personale*, cit.

³⁵ C. giust., 12 gennaio 2023, causa C-356/21, *J. K.*, cit., par. 33.

³⁶ C. giust., 2 giugno 2022, causa C-587/20, *HK/Danmark*, in *Racc.*, 2022, 419. Per una ricostruzione del caso si veda CALVANO, *La Corte di giustizia e le funzioni rappresentative qualificate come "attività professionale"*, in *GC*, 2022, 3, 1746.

³⁷ C. giust., 12 maggio 2011, causa C-391/09, *Malgožata Runevič-Vardyn*, in *Racc.*, 2011, 291, par. 43.

alla società attivamente. Ciò appare ragionevole anche perché l'art. 19 TFUE, sul principio di uguaglianza e sul divieto di atti discriminatori, appena richiamato, è una disposizione scevra da qualsiasi riferimento al rapporto di lavoro. Dunque, il riferimento all'occupazione e alle condizioni di lavoro, tra cui rientrano anche le ipotesi di interruzione anticipata o mancato rinnovo di una collaborazione di lavoro autonomo, trova applicazione anche verso i lavoratori autonomi, sancendo a tutti gli effetti l'estensione della direttiva nei confronti di tale gruppo. Un approdo che rende evidente il contrasto della disposizione polacca con la normativa europea, con il risultato della necessaria disapplicazione della normativa nazionale, in applicazione del principio dell'effetto diretto verticale della Direttiva, essendo l'emittente televisiva una società pubblica³⁸.

La Corte aggiunge anche un altro tassello al suo ragionamento, riferendosi ad un ulteriore momento fondamentale del rapporto tra lavoratore autonomo e controparte, cioè la cessazione del rapporto, intesa dal giudice polacco come licenziamento e, perciò, per lui inconciliabile con il lavoro autonomo. Sulla scia della precedente pronuncia *Gusa*³⁹, sebbene in un'altra materia euro-unitaria, un lavoratore autonomo potrebbe trovarsi nella condizione di cessare la propria attività autonoma e trovarsi «in una situazione di vulnerabilità paragonabile a quella di un lavoratore subordinato»⁴⁰ se la motivazione di tale cessazione derivasse da una decisione unilaterale della controparte.

Portando la situazione nel caso di specie, anche un mancato rinnovo o la cessazione unilaterale del rapporto tra autonomo e committenti, se basate su un fattore discriminatorio come quello dell'orientamento sessuale, devono rientrare nell'ambito della Dir. n. 2000/78/CE.

Questo approdo trova la sua logica nel fatto che sarebbe alquanto sorprendente⁴¹, se non addirittura irragionevole⁴², fornire una protezione contro le discriminazioni all'accesso al lavoro e non nei casi di gestione del rapporto o di cessazione dello stesso.

La pronuncia, quindi, si muove nella direzione di ritenere inclusi, senza ombra di dubbio, i lavoratori autonomi all'interno della direttiva in commento.

Allo stesso tempo però, appare chiaro come anche per i giudici del Lussemburgo vi sia una evidente criticità sullo sfondo. Questi, nei punti 43-47 della pronuncia, evidenziano come vi sia una differenza tra l'attività autonoma prestata personalmente e la mera fornitura di beni o di servizi a uno o più destinatari. Secondo la Corte, infatti, chi si occupa della mera fornitura di beni o di servizi a uno o più destinatari deve ritenersi escluso dal campo

³⁸ ALOISI, *J.K. v TP S.A. and the 'Universal' Scope of EU Anti-Discrimination Law at Work: A Paradigm Shift?*, cit., 986.

³⁹ C. giust., 20 dicembre 2017, causa C-442/16, *Florea Gusa*, in *Racc.*, 2017, 1004. Per un commento si veda NATO, *Diritto di soggiorno ed accesso ai benefici sociali per i cittadini europei: verso il superamento della crisi? Riflessioni a margine della recente sentenza Florea Gusa della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *CE*, 2018, 1, 135.

⁴⁰ C. giust., 12 gennaio 2023, causa C-356/21, *J. K.*, cit., par. 63.

⁴¹ BATTISTA, *Il lavoro autonomo nel diritto dell'Unione europea*, cit., 111.

⁴² RANIERI, *La Corte di giustizia su diritto antidiscriminatorio e lavoratori autonomi*, cit., 336.

di applicazione della direttiva in parola. Al contrario vi rientra solo quel lavoro autonomo svolto attraverso «un'attività professionale reale ed effettiva, esercitata personalmente in modo regolare a beneficio di uno stesso destinatario, che gli consente di accedere, in tutto o in parte, a mezzi di sostentamento»⁴³, che sembrerebbe richiamare il lavoro autonomo individuale, in monocommittenza o parasubordinato e, comunque, senza una rilevante organizzazione di mezzi e persone⁴⁴. Un punto reso scivoloso anche dal riferimento al rapporto stabile e reso «in modo regolare» a beneficio di un committente, data la difficoltà di inquadrare, con criteri ben definiti, tale situazione sia sotto il profilo della successione di contratti e della durata tra uno e l'altro.

Allo stesso tempo, tale attenzione al lavoro autonomo personale, di cui si fa portatrice l'AG Cápeta, si fonda sulla convinzione che sia poco rilevante che l'attività lavorativa venga prestata come dipendente o come autonomo se il soggetto che la svolge «investe tempo, conoscenze, competenze, energie e, spesso, entusiasmo per fornire un servizio o per creare un prodotto per un'altra persona, e non per sé stess[o]»⁴⁵. Una situazione che certamente rintracciamo tanto nel lavoratore dipendente quanto nell'autonomo individuale e senza dipendenti, ma non in un imprenditore che organizza soltanto l'eventuale fornitura del servizio.

Secondo la prospettiva dell'AG Cápeta, la quale condivide la logica universalistica ed espansiva che caratterizza i diritti fondamentali⁴⁶ e «irriducibile alle operazioni irrigidite di classificazione delle attività lavorative»⁴⁷, la nozione di lavoro personale, e la sua sele-

⁴³ C. giust., 12 gennaio 2023, causa C-356/21, *J. K.*, cit., par. 47. In senso critico, soprattutto per il riferimento al concetto di prestazione reale ed effettiva si veda BORELLI, *Commento alla sentenza della Corte di giustizia del 12.1.2023, C-356/21, J.K. c. TP s.a.*, accessibile su www.italianequalitynetwork.it, 11 febbraio 2023, la quale osserva che tale concetto, e i criteri a cui si riferisce, hanno un loro senso solo nel campo della libera circolazione, ai sensi dell'art. 45 TFUE, dunque, in una materia estranea a quella antidiscriminatoria.

⁴⁴ Per ALES, *La Corte di Giustizia torna sul lavoro autonomo: un'occasione persa*, cit., 327, la Corte con questa definizione, invece, richiama la nozione italiana di «collaborazione eterorganizzata in regime di monocommittenza» più che la classica definizione di attività genuinamente autonoma. Secondo l'Autore, molto critico con il ragionamento della Corte, tale approdo escluderebbe una «larga parte delle attività genuinamente autonome, le quali restano tuttora escluse da qualsiasi protezione sociale», riducendo, dunque, la platea di beneficiari di tale direttiva.

⁴⁵ Conclusioni Avvocato Generale Tamara Cápeta, presentate l'8 settembre 2022, causa C-356/21, *J. K.*, in *Racc.*, 2023, 9, par. 60.

⁴⁶ Sul tema non si può che citare il rapporto tra diritti fondamentali e diritti umani che, pur presentando affinità e «nel linguaggio comune siano pressoché sovrapponibili, in realtà costituiscono due concetti ben diversi e definiti su basi giuridiche tra loro autonome», come riportato da TORSELLO, *Persona e lavoro nel sistema CEDU. Diritti fondamentali e tutela sociale nell'ordinamento multilivello*, Cacucci Editore, 2019, 13. I primi, infatti, sono caratterizzati da una «valenza pre o meta-giuridica», riconosciuti da fonti internazionali, per definizione inviolabili, universali e manifestano un legame con dimensioni essenziali dell'essere umano. Si veda BALDINI, *Che cosa è un diritto fondamentale. La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi*, in www.dirittifondamentali.it, 2016, 1; PARIOTTI, *I diritti umani. Tra giustizia e ordinamenti giuridici*, Utet, 2008, 5. I secondi, invece, sono definiti come «fondamentali» dagli ordinamenti giuridici e resi effettivi da questi ultimi, per cui viene anche ammessa la possibilità di restringerne l'applicabilità, cosa, al contrario, inammissibile per i diritti umani. Sotto il profilo giuslavoristico si rimanda a LAFORGIA, *Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale*, Esi, 2018, 8; DEL PUNTA, *I diritti fondamentali e la trasformazione del diritto del lavoro*, in *Biblioteca '20 Maggio'*, 2017, 2, 57.

⁴⁷ BRONZINI, *La sentenza della Corte di giustizia sulla discriminazione dei lavoratori autonomi*, cit., 2023, 4.

zione quale criterio con cui estendere tali diritti, risponderebbero alla trasformazione del mercato del lavoro e alla sua frammentazione. Una frammentazione che, in passato come si è avuto modo di vedere nei precedenti paragrafi, aveva «determinato l'esclusione di numerose persone dalla tutela offerta dal diritto del lavoro, in quanto non rientranti nella concezione classica di lavoratore»⁴⁸ subordinato. Perciò, secondo il suo ragionamento si potrebbero far rientrare nel campo di applicazione soggettivo del diritto antidiscriminatorio, con riferimento alla Dir. n. 2000/78/CE ma sempre con uno sguardo ben più ampio, anche quei lavoratori autonomi, che forniscono la propria attività personalmente e per conto proprio, come evidenziato al par. 69 della Conclusioni.

Sulla scia di tale interpretazione, in parte ripresa dalla Corte, appare chiara l'intenzione dei giudici del Lussemburgo di includere nell'ambito di applicazione di tale direttiva i lavoratori autonomi genuini che svolgono l'attività personalmente, ritenendo esclusi, invece, coloro che, fornendo solo una mera attività di vendita di beni e servizi, hanno un'attività di impresa che li vede solo organizzare l'esecuzione ma, probabilmente, non svolgerla personalmente. Un passaggio che, comunque, lascia qualche dubbio anche perché restringerebbe di molto i confini di un lavoratore autonomo genuino soprattutto quando non vi è un unico committente destinatario dell'attività, tanto che poi, come affermato nei primi commenti, nel dispositivo non si fa alcun riferimento a tale situazione, lasciando quindi aperta la porta ad una più ampia interpretazione del ragionamento della Corte⁴⁹.

Se fosse così, si potrebbe quasi affermare che il diritto antidiscriminatorio – come emerso da tale pronuncia qui limitatamente all'accesso e alle condizioni di lavoro – potrebbe essere universalmente garantito a quei lavoratori che svolgono personalmente l'attività, a prescindere dalla tipologia contrattuale ad essa collegata, perché in essa investono la propria persona e da essa ne dipende la partecipazione attiva alla vita economica, culturale, sociale e la realizzazione personale.

In altre parole, si osserva un ossimorico universalismo selettivo che garantirebbe l'estensione senza confini del diritto antidiscriminatorio a tutte le persone che svolgono un'attività lavorativa per conto proprio, siano essi subordinati che autonomi individuali, escludendo ipoteticamente, quindi, solo i veri e propri imprenditori. Ciò, secondo alcuni commentatori, sarebbe esattamente in linea con la peculiarità del diritto antidiscriminatorio, che è da sempre «un ambito giuridico leggermente differente rispetto al diritto del lavoro per la propria capacità di superare i confini tassonomici convenzionali»⁵⁰.

⁴⁸ Conclusioni Avvocato Generale Tamara Cápeta, 8 settembre 2022, causa C-56/21, *J. K.*, in *Racc.*, 2023, 9 par. 69.

⁴⁹ Di questo avviso ALES, *La Corte di Giustizia torna sul lavoro autonomo: un'occasione persa.* cit., 328.

⁵⁰ Si veda ALOISI, *J.K. v TP S.A. and the 'Universal' Scope of EU Anti-Discrimination Law at Work: A Paradigm Shift?*, cit., 991, il quale richiama le condivisibili parole di DAVIES, *EU Labour Law*, Edward Elgar Publishing, 2012, 113.

6. Osservazioni conclusive

L'approdo della pronuncia *J.K.* sembra essere estremamente rilevante, sia per l'approccio moderno e includente, rintracciabile nell'interpretazione adottata dai Giudici del Lussemburgo per dirimere la questione, sia per la portata innovatrice che questa sentenza potrebbe avere in futuro nel rapporto, talvolta non esente da criticità⁵¹, tra lavoro autonomo e diritto antidiscriminatorio.

Infatti, come si è avuto modo di osservare, i Giudici della Corte e l'Avvocato Generale estendono i confini del diritto antidiscriminatorio, almeno con riferimento a quanto previsto dalla Dir. n. 2000/78/CE, applicando una interpretazione basata su una lettura più moderna del mercato del lavoro che tiene anche conto della necessità di rispondere alle nuove sfide normative e alle nuove istanze di tutela che da esso emergono⁵². Un approdo che si pone in dialogo con le molteplici posizioni dottrinali, italiane e non, in favore di un'estensione degli schemi protettivi e delle tutele tipicamente garantite solo al lavoro subordinato e da cui il lavoro autonomo, in passato, era escluso⁵³.

Similmente, il riferimento alla «persona che lavora» come soggetto meritevole di tutela, indipendentemente dal proprio rapporto di lavoro, ci permette di assistere ad un cambio di paradigma protettivo, in cui viene ritenuta più rilevante l'attività e la laboriosità di un soggetto inserito nel mercato, e, quindi, sottoposto ad eventuali rischi economico-sociali derivanti da esso, rispetto alla forma giuridica con cui opera all'interno dello stesso. Ciò, nella pronuncia *J.K.*, emerge nell'interpretazione che la Corte riserva alla Dir. n. 2000/78/CE, la quale «è volta a eliminare, per ragioni di interesse sociale e pubblico, tutti gli ostacoli fondati su motivi discriminatori all'accesso ai mezzi di sostentamento e alla capacità di contribuire alla società attraverso il lavoro, a prescindere dalla forma giuridica in virtù della quale esso è fornito». In altri termini, emerge come beneficiario unico di tali materie il soggetto in quanto persona-lavoratore o, per usare una locuzione altrettanto evocativa, il «cittadino laborioso»⁵⁴, il quale partecipa alla società civile proprio attraverso la propria attività lavorativa, sia essa manuale o intellettuale, subordinata o autonoma.

La tutela della persona che lavora, indipendentemente dal rapporto di lavoro, sembra essere, quindi, un'opzione metodologica capace di poter bilanciare le istanze di maggior tutela derivanti dal lavoro autonomo, soprattutto per quello genuino e non imprenditoriale. Una nuova chiave di lettura con cui modificare l'impianto normativo euro-unitario e, a cascata, migliorare le condizioni lavorative di questi lavoratori. Essa permetterebbe, grazie anche

⁵¹ Proprio sulle criticità inerenti al tema del campo di applicazione della Dir. n. 2000/78/CE ai lavoratori autonomi con disabilità si rimanda a TARDIVO, *I lavoratori autonomi "puri" hanno diritto ai ragionevoli accomodamenti?*, in *Equal*, 2025, 1., 1.

⁵² Conclusioni Avvocato Generale Tamara Cápeta, 8 settembre 2022, causa C-56/21, *J. K.*, in *Racc.*, 2023, 9.

⁵³ PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, cit., 2021, 229.

⁵⁴ SUPLOT, *Il futuro del lavoro*, tradotto da BARBIERI, MINGIONE, Carocci Editore, 2003, 65.

alla capacità adattiva del diritto del lavoro europeo, come visto dall'ormai raggiunta assimilazione dei lavoratori autonomi all'interno delle maglie del diritto antidiscriminatorio, di garantire una lenta e costante universalizzazione delle tutele verso il lavoro autonomo. Tale approdo arricchirebbe ancora di più l'ampiezza di quel postulato secondo cui il diritto del lavoro, o dei lavori, «resta caratterizzato dal fine della tutela della persona del lavoratore»⁵⁵ e delle sue vulnerabilità insite nell'attività lavorativa.

⁵⁵ PROIA, *A proposito del diritto del lavoro e delle sue categorie*, in *ADL*, 2007, 6, 1209.

Flessibilità e pari opportunità (di genere e generazionali) negli appalti pubblici: le clausole sociali di “terza” generazione

Flexibility and equal (gender and generational) opportunities in public procurement: “third-generation” social clauses

Ilenia Torella

Dottoranda di ricerca di Diritto del lavoro nell’Università di Cassino e del Lazio meridionale

SOMMARIO: 1. Introduzione e delimitazione dell’ambito di indagine. – 2. Le clausole sociali di terza generazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici. – 3. Esclusione dall’obbligo di inserimento della clausola e facoltà di deroga degli obblighi da essa derivanti. – 4. Il necessario coordinamento con le clausole per la stabilità occupazionale: una questione di “flessibilità”. – 5. Ancora sulla necessaria flessibilità degli obblighi da esse derivanti: una questione di compatibilità. – 6. Alcuni dati e prime riflessioni in termini di effettività.

Sinossi: In questo scritto si è cercato di approfondire alcune delle principali questioni relative alle clausole sociali “di terza generazione”, prestando particolare attenzione alle modalità di funzionamento, al contenuto, alle fasi in cui le stesse risultano operative, distinguendo la fase di primo affidamento e le ipotesi di cambio di appalto, e, in relazione a quest’ultima fase, verificando la compatibilità con gli obblighi derivanti dalle clausole di stabilità occupazionale, in considerazione del fatto che entrambe le clausole, qualificate ora come requisiti necessari dell’offerta, possono imporre degli obblighi non sempre tra essi conciliabili. In tale analisi il concetto di flessibilità è stato utilizzato, principalmente, come chiave interpretativa a cui sono subordinate la ragionevolezza e la compatibilità delle stesse, pur se con non pochi riflessi in termini di effettività. Infine, sono state formulate alcune riflessioni in merito al ruolo che tali clausole assumono nell’ambito delle politiche finalizzate alla riduzione del divario di genere e generazionale nel mondo del lavoro, con specifico riguardo al mercato degli appalti pubblici.

Abstract: This paper aims to examine several key issues concerning “third-generation” social clauses, with particular emphasis on their operational mechanisms, content, and the stages during which they are effective.

ve. It distinguishes between the initial award phase and scenarios involving contract transfer. Regarding the latter, the analysis assesses compatibility with obligations arising from employment stability clauses, considering that both types of clauses, now classified as mandatory requirements for tenders, may impose obligations that are not always reconcilable. In this analysis, the concept of flexibility has been primarily utilized as an interpretative key, to which reasonableness and compatibility are subordinated, albeit with significant implications in terms of effectiveness. Finally, the paper offers reflections on the role these clauses play in policies aimed at reducing gender and generational disparities in the labour market, with specific reference to the public procurement sector.

Parole chiave: Clausole sociali – Pari opportunità – Genere – Età – Appalti pubblici – Flessibilità

Keywords: Social clauses – Equal opportunities – Gender – Age – Public procurement – Flexibility

1. Introduzione e delimitazione dell'ambito di indagine

Sono ampiamente note le ragioni per cui, di sovente, le pubbliche amministrazioni ricorrono all'esternalizzazione di lavori e servizi, affidandone la realizzazione, mediante procedura ad evidenza pubblica, a imprese private. Tra queste si inseriscono, naturalmente, anche le esigenze di flessibilità nella gestione della forza lavoro.

Altrettanto noto è l'impiego, in chiave "strategica" o "funzionale", degli appalti pubblici al fine di perseguire obiettivi sociali di varia natura, "sfruttando" l'attività contrattuale dell'amministrazione.

L'insieme di tali elementi, invero, ha indotto la stessa giurisprudenza amministrativa a riconoscere che, nell'attuale quadro normativo, il contratto di appalto non è soltanto uno strumento flessibile attraverso cui procurarsi beni o erogare servizi alla collettività, ma «uno "strumento a plurimo impiego" funzionale all'attuazione di politiche pubbliche ulteriori rispetto all'oggetto negoziale immediato: in altre parole, uno strumento – plurifunzionale – di politiche economiche e sociali»¹.

La pluralità di interessi coinvolti e finalità perseguite attraverso tale politica, riconducibile al fenomeno del *socially responsible public procurement* (SRPP), si riflette nella diversità delle «tecniche regolative»² adottate. Difatti, pur circoscrivendo l'analisi alle c.d. clausole sociali, è possibile effettuare una serie di distinzioni ulteriori, in considerazione del fatto che con tale espressione non si fa riferimento ad un istituto giuridico unitario, né dal

¹ Cons. Stato, Sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701; Cons. Stato, sez. III, 29 dicembre 2023, n. 11322; Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2024, n. 807.

² SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *RGL*, 2006, 1, 756.

punto di vista *strutturale*, vale a dire rispetto a quelle che sono le sue modalità di funzionamento, né dal punto di vista *funzionale*, cioè rispetto alle finalità da esso perseguite³. Proprio in relazione a quest'ultimo punto si distinguono, tradizionalmente, due tipologie di clausole: le clausole di prima generazione o di equo trattamento, finalizzate a garantire il rispetto di determinati standard di trattamento economico e normativo e le clausole di seconda generazione o di riassunzione, finalizzate ad assicurare, nelle ipotesi di cambio di appalto, la stabilità occupazionale del personale precedentemente impiegato nell'esecuzione dello stesso, attraverso l'imposizione di obblighi di riassunzione o assorbimento. Nell'ambito di tale classificazione si inseriscono, oggi, nuove clausole sociali (o di «condizionalità»⁴), caratterizzate dall'obiettivo di «garantire»⁵ l'inclusione lavorativa di persone con disabilità o svantaggiate, nonché pari opportunità di genere e generazionali, le quali, in considerazione della loro portata innovativa, possono essere definite clausole «di terza generazione»⁶.

Queste sono state introdotte per la prima volta nel nostro ordinamento attraverso il d.l. n. 77/2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 108/2021 (noto anche come «Decreto semplificazioni-*bis*»), in relazione alle procedure afferenti agli investimenti finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR⁷ e del PNC⁸. Le stesse sono state, poi, previste in modo strutturale all'interno del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023).

Ciò premesso, nel presente contributo si intendono analizzare le principali questioni interpretative ed applicative connesse all'impiego di tali clausole, con particolare attenzione alle modalità di funzionamento, al contenuto, alle fasi in cui le stesse risultano operative, distinguendo la fase di primo affidamento e le ipotesi di cambio di appalto e, in relazione a quest'ultima ipotesi, verificando la compatibilità con gli obblighi derivanti dalle clausole di salvaguardia dei livelli occupazionali, in considerazione del fatto che entrambe le clausole, qualificate ora come requisiti necessari dell'offerta, possono imporre degli obblighi non sempre tra di essi conciliabili.

Da ultimo, saranno riportati alcuni dati al fine di formulare riflessioni sul ruolo (e sull'effettività) delle clausole in oggetto nell'ambito delle politiche finalizzate alla riduzione del

³ MASTINU, *Le clausole sociali nel diritto del lavoro. Ordinamento nazionale, comunitario e internazionale a confronto*, in CORTI (a cura di), *Il lavoro nelle carte internazionali*, Vita e pensiero, 2017, 59 ss.

⁴ MARTONE, *Il lavoro nel PNRR*, in *GI*, 2022, 11, 2530; C. GAROFALO, *La clausola di condizionalità per favorire l'occupazione di giovani e donne*, in *q. Riv.*, 2024, 6, 527 ss.

⁵ Proprio in relazione all'utilizzo di tale verbo è stata sollevata, in dottrina, la questione attinente al mancato rispetto di quanto previsto dalla legge delega, la quale all'art. 1, comma 2, lett. h), l. n. 78/2022, utilizza il verbo «promuovere». Si è, dunque, posto un dubbio in merito alla valenza obbligatoria o meramente incentivante delle clausole in esame. Come si vedrà più avanti, tuttavia, la formulazione dell'art. 57 non sembra lasciare margini interpretativi, confermandosi la natura cogente della disposizione.

⁶ Utilizza, invece, l'espressione «clausole di seconda generazione «2.0»» DI NOIA, *Le clausole sociali nel «nuovo» Codice dei contratti pubblici: conferme ed evoluzioni nel modello di tutela*, in *LPO*, 2023, 9-10, 629.

⁷ Di cui al Reg. (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021.

⁸ Di cui al d.l. n. 59/2021, conv. con mod. in l. 101/2021.

divario di genere e generazionale nel mondo del lavoro, con specifico riguardo al mercato degli appalti pubblici.

In tale contesto, il concetto di flessibilità verrà inteso non tanto con riferimento alle forme di lavoro “flessibili”, ma come elemento strutturale degli strumenti utilizzati dalla pubblica amministrazione nel perseguimento degli obiettivi individuati dal legislatore e come chiave interpretativa delle clausole in esame, a cui sono subordinate la ragionevolezza e la compatibilità delle stesse, pur se con non pochi riflessi in termini di effettività.

2. Le clausole sociali di terza generazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici

L'art. 57 del d.lgs. n. 36/2023 (in seguito C.c.p. o Codice) impone alle stazioni appaltanti di inserire all'interno di bandi, avvisi o inviti relativi all'affidamento di contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione «specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a [...] garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate...».

Al comma 2-*bis* della stessa disposizione, aggiunto con il c.d. “correttivo” al Codice (d.lgs. 209/2024), è stato, poi, disposto un rinvio, ai fini di una più esplicita illustrazione del contenuto delle clausole in esame, all'allegato II.3, in origine riferito ai soli appalti riservati *ex* art. 61 del Codice.

Il comma 4 dell'art. 1 dell'allegato, riprendendo quanto già previsto dal legislatore con riferimento alle clausole di cui all'art. 47 del decreto semplificazioni-*bis*, dispone che «le stazioni appaltanti prevedono, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne».

Dall'utilizzo della congiunzione “e”, rafforzata dall'espressione “ulteriori”, emerge chiaramente la natura cumulativa degli obblighi in esame, nel senso che non sarà sufficiente per la stazione appaltante inserire, ai fini della realizzazione degli obiettivi in questione, misure premiali o, alternativamente, requisiti dell'offerta, dovendosi affidare, fatta salva la facoltà di deroga espressamente riconosciuta dal comma 7, a entrambi gli strumenti.

La stessa disposizione specifica, poi, che devono intendersi quali requisiti necessari «l'aver assolto, al momento della presentazione dell'offerta stessa agli obblighi di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68», vale a dire quelli relativi all'assunzione delle persone con disabilità, «e l'assunzione dell'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30 per cento, delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile».

Il richiamo alla l. n. 68/1999, invero, appare alquanto superfluo, considerato che già la stessa, all'art. 17, prevede un obbligo per le imprese, sia pubbliche che private, che partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, di presentare un'apposita certificazione in cui si attesti di essere in regola con le norme relative alle assunzioni obbligatorie delle persone con disabilità, pena l'esclusione dalla procedura⁹.

Viceversa, la seconda parte della disposizione costituisce la vera novità, in quanto introduce, nell'ambito della disciplina generale in materia di appalti pubblici e concessioni, una riserva in favore di giovani, donne e soggetti svantaggiati e lo fa, peraltro, attraverso il ricorso allo strumento dei requisiti necessari dell'offerta, la cui mancanza determina, di regola, l'esclusione dalla procedura di affidamento.

Si sottolinea, dunque, l'ampiezza dell'ambito di applicazione della riserva, non più circoscritta al solo modello degli appalti riservati – il quale, beninteso, resta comunque vigente e opportunamente distinto dal modello generale – ma estesa a tutti quei contratti diversi da quelli aventi natura intellettuale, «con particolare riferimento al settore dei beni culturali e del paesaggio».

In merito a quest'ultimo punto, peraltro, si osserva che l'utilizzo dell'espressione «particolare riferimento» potrebbe far riemergere quei dubbi già sorti in dottrina in relazione alle clausole per la stabilità occupazionale così come disciplinate, in precedenza, dal d.lgs. n. 50/2016, non risultando chiaramente se l'intento del legislatore fosse (e sia ad oggi) quello di limitare il campo di applicazione della clausola o, semplicemente, quello di porre particolare attenzione alle ipotesi da esso indicate.

Sulla base di una interpretazione letterale, l'utilizzo di espressioni come «con particolare riguardo» o «con particolare riferimento» non equivale a «riguardo esclusivo», motivo per cui non si dovrebbe configurare una limitazione del campo di applicazione degli obblighi in questione¹⁰. Tuttavia, non può non darsi conto del fatto che, in relazione alla disposizione del Codice del 2016, tanto la giurisprudenza amministrativa¹¹ quanto l'ANAC, in apposite Linee guida¹², avevano interpretato tale prima espressione nel senso più restrittivo

⁹ CIUCCIOVINO, *Norme per il diritto al lavoro dei disabili* (l. 12 marzo 1999, n. 68), in *NLCC*, 2000, 6, 1460 ss.; DE BIASE, *Certificazione e dichiarazione sostitutiva sull'osservanza della normativa sui disabili negli appalti pubblici*, in *I TAR*, 2003, 11, 3967 ss.; DALOISO, *Documentazione sul lavoro dei disabili e termine di presentazione*, in *UA*, 2003, 12, 1472 ss.; PONTI, *Rispetto della normativa a tutela dei disabili: le problematiche concernenti la presentazione dell'attestazione*, in *NRLDG*, 2003, 15, 1719 ss.; GIANNI, *Osservanza della normativa sui disabili e partecipazione alle gare pubbliche d'appalto*, in *I TAR*, 2004, 4, 285 ss.; RUSSO, *Gare d'appalto e problematiche recenti: art. 17 della l. n. 68/1999 e rilevanza del principio di integrazione automatica del bando di gara*, in *DF*, 2005, 7, 974 ss.

¹⁰ GIACONI, *Art. 50 d.lgs. n. 50/2016*, in DEL PUNTA, SCARPELLI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer, 2020, 3076; PANTANO, *Clausole sociali, concorrenza, investimento pubblico e tutela del lavoro: dal Codice dei contratti pubblici al PNRR*, in *Federalismi*, 2022, 25, 178. In senso contrario RATTI, *Le clausole sociali di seconda generazione: inventario di questioni*, in *RGL*, 2017, 3, 478; FALSONE, *Gli appalti pubblici e le tutele per i lavoratori*, in BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, Santarcangelo di Romagna, 421.

¹¹ Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2017, n. 4079; Tar Lazio-Roma, Sez. III *quater*, 29 maggio 2019, n. 6753 e Tar, 16 maggio 2019, n. 6109.

¹² Linee guida ANAC n. 13 del 2019, recanti «La disciplina delle clausole sociali».

del termine, affermando che l'inserimento della clausola per la stabilità occupazionale era da considerarsi obbligatoria soltanto nei casi di contratti ad alta intensità di manodopera, mentre nei contratti che non avevano questa caratteristica la sua apposizione ad opera della stazione appaltante era in linea di massima facoltativa.

Se, ad oggi, attraverso la nuova formulazione di cui all'art. 57 C.c.p., non sussistono più dubbi in relazione all'applicabilità delle clausole sociali di seconda generazione ai contratti non caratterizzati da un'alta intensità di manodopera, stante l'eliminazione di ogni riferimento agli stessi, i medesimi dubbi potrebbero essere sollevati tanto in relazione alle clausole per la stabilità occupazionale, quanto in relazione alle clausole per le pari opportunità e l'inclusione lavorativa, con riferimento alla loro obbligatorietà al di fuori dei settori dei beni culturali e del paesaggio.

Anche in questo caso, tuttavia, sembra più corretto ritenere che l'applicazione delle clausole sociali resti «esclusa solo per i servizi di natura intellettuale»¹³, dovendosi interpretare la suddetta specificazione non come un tentativo di circoscrivere l'ambito oggettivo di applicazione delle clausole, ma come un invito per le stazioni appaltanti a prestare la massima attenzione affinché, nei settori citati, vengano realizzati i fini sociali promossi e tutelati attraverso tali clausole. Tale invito, invero, potrebbe anche leggersi come un irrigidimento delle ipotesi in cui è ammissibile una deroga ai suddetti obblighi e, quindi, come un aggravamento dell'obbligo di motivare tale deroga ove la stazione appaltante intenda avvalersene. Parallelamente a quanto previsto dall'art. 57, l'art. 102 C.c.p. impone agli operatori economici di indicare nell'offerta le modalità con cui si intende adempiere a tali impegni, atteso che la stazione appaltante verificherà, nei soli confronti dell'aggiudicatario, l'attendibilità degli impegni assunti con qualsiasi adeguato mezzo, anche con le modalità di cui all'art. 110, relativo alle offerte anormalmente basse.

Il compito di definire le modalità e i criteri applicativi delle misure previste dall'art. 57, nonché l'indicazione delle misure premiali e la predisposizione di modelli di clausole da inserire nei bandi di gara (differenziati per settore, tipologia e natura del contratto o del progetto) è affidata ad apposite Linee guida, di fatto adottate il 20 giugno 2023 dal Dipartimento per le politiche della famiglia¹⁴, sebbene alcuni importanti limiti siano già enunciati dallo stesso comma 4, il quale impone che, nel determinare il contenuto di tali clausole, si deve tenere conto, «tra l'altro, dei principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione, nonché dell'oggetto del contratto, della tipologia e della natura del singolo progetto in relazione ai profili occupazionali richiesti, dei principi dell'Unione europea, degli indicatori degli obiettivi attesi in termini di occupazione femminile e giova-

¹³ Cons. Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante «Delega al Governo in materia di contratti pubblici», Roma, 7 dicembre 2022.

¹⁴ Linee guida volte a favorire le pari opportunità generazionali e di genere, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti riservati, decreto 20 giugno 2023 della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche della famiglia).

nile e di tasso di occupazione delle persone disabili al 2026, anche in considerazione dei corrispondenti valori medi nonché dei corrispondenti indicatori medi settoriali europei in cui vengono svolti i progetti».

Si noti che le citate Linee guida, in quanto adottate prima dell'intervento del correttivo al Codice, erano destinate ad integrare la sola disciplina negli appalti riservati. Il d.lgs. n. 209/2024, tuttavia, modificando l'art. 57, non solo ha previsto al comma 2-*bis* il rinvio esplicito all'Allegato II.3 (e, indirettamente, alle linee guida in esso citate, estendendone, così, il campo di applicazione anche oltre i contratti riservati), ma ha anche abrogato il comma 5 dell'articolo 61 secondo cui le linee guida avrebbero abrogato e sostituito l'Allegato II.3.

Tali precisazioni si rendono necessarie in quanto è proprio nell'Allegato II.3 (art. 1, comma 7) che è esplicitata, tra le altre cose, la facoltà per le stazioni appaltanti di derogare all'obbligo di inserimento delle clausole in esame, dandone adeguata e specifica motivazione, «qualora l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche». La sussistenza di tali presupposti, in ogni caso, non impone alla stazione appaltante di avvalersi della deroga, la quale resta una facoltà rimessa alla discrezionalità della stessa.

La deroga, inoltre, può essere di due tipologie: totale, escludendo la necessità di inserimento della clausola all'interno di bandi, avvisi ed inviti; parziale, prevedendo la possibilità per le stazioni appaltanti di stabilire una quota inferiore al 30% rispetto agli obblighi di assunzione imposti dalla clausola. Si osserva, peraltro, che la deroga agli obblighi di assunzione non determina alcun obbligo per la stazione appaltante di rafforzare le misure premiali ispirate alle medesime finalità.

3. Esclusione dall'obbligo di inserimento della clausola e facoltà di deroga degli obblighi da essa derivanti

Le Linee guida 2023 illustrano alcuni esempi che potrebbero giustificare l'esonero dall'obbligo di inserimento delle clausole in esame.

In primo luogo, le stesse individuano, «a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo», i casi di affidamento diretto per importi di modico valore o di procedure che prevedano un numero di assunzioni inferiore a tre unità di personale, all'assunzione di personale con abilitazioni tali da rendere la platea dei potenziali interessati alle assunzioni limitata nel breve periodo o a procedure giustificate da specifiche ragioni di urgenza. Al contrario, e sempre a titolo esemplificativo, le Linee guida affermano che «in via generale e salve valutazioni più specifiche relative alle peculiarità delle diverse fattispecie, deve ritenersi difficilmente motivabile l'applicazione di deroghe negli appalti di servizi relativi a contratti ad alta intensità di manodopera».

Ancora, con specifico riferimento all'occupazione giovanile, viene individuata, quale possibile motivazione a sostegno della deroga, la presenza di esigenze specifiche correlate alle caratteristiche delle mansioni da svolgere che richiedano, «per oltre il 70 per cento delle nuove assunzioni, una pregressa esperienza o specializzazione tali da rendere la fascia anagrafica giovanile con esse incompatibile»; nella stessa direzione, con particolare riferimento all'occupazione delle donne, viene invece indicato il livello dei tassi di occupazione femminile nel settore specifico, a condizione che questo si discosti «significativamente dalla media nazionale complessiva dei settori osservati»¹⁵. Tale discostamento viene inteso dalle Linee guida «in senso negativo» rispetto alla media complessiva, tanto che si riporta come esempio la presenza di un tasso di occupazione femminile nel settore di riferimento «inferiore rispetto al 25 per cento», il quale consentirebbe di individuare una quota di riserva inferiore rispetto a quella prevista dalla legge. Tale deroga, tuttavia, risulta potenzialmente idonea a minimizzare gli effetti positivi della misura in esame con riferimento al fenomeno della c.d. segregazione orizzontale.

Peraltro, è da sottolineare come la medesima facoltà di deroga all'obbligo di inserimento della clausola, riconosciuta alla stazione appaltante sulla base dei tassi di occupazione femminile, non sia, invece, esplicitamente riconosciuta all'operatore economico con riferimento all'obbligo di riservare una quota delle assunzioni all'incremento dell'occupazione femminile tenendo conto della composizione del personale alle sue dipendenze. Il riferimento è a quelle imprese più «virtuose» che abbiano già raggiunto, al momento della presentazione dell'offerta, un'adequata presenza di lavoratrici nell'impresa, senza necessità di dover utilizzare a tal fine l'eventuale restante quota di assunzioni necessarie ai fini dell'esecuzione dell'appalto¹⁶.

Si ricorda, infatti, che ci sono numerosi contesti lavorativi caratterizzati da una composizione *prevalentemente* femminile (si pensi ai servizi di *call center* o di pulizia¹⁷, ma anche ai servizi di mensa e ai servizi afferenti alla sanità e all'assistenza sociale).

Una soluzione a tale «problema» è stata individuata dalla dottrina nella possibilità di interpretare la disposizione «in chiave estensiva», considerando rispettato «il requisito obbligatorio di condizionalità anche nelle ipotesi in cui l'operatore economico sia in grado di assicurare la quota del 30% di lavoratrici adibite all'esecuzione del contratto pur in assenza di nuove assunzioni»¹⁸.

Tale rimedio, tuttavia, non sembrerebbe compatibile con la formulazione letterale della disposizione, in quanto l'obiettivo perseguito dal legislatore attraverso tale misura non è

¹⁵ Linee guida per i contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC, volte a favorire le pari opportunità di genere e generazionali e l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità, adottate con Decreto interministeriale del 7 dicembre 2021. Sulle contraddizioni sottese ai parametri di deroga individuati dalle Linee guida v. C. GAROFALO, *op. cit.*, 541.

¹⁶ Sul tema già E. DE MARCO, *PNRR e contrasto alle disuguaglianze di genere*, in *GI*, 2022, 11, 2565.

¹⁷ CAPOTORTO, *Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici per la ripresa post-pandemica*, in *NA*, 2021, 3, 818.

¹⁸ Interpretazione ipotizzata da E. DE MARCO, *op. cit.*, 2565.

quello di assicurare la presenza di una quota pari ad almeno il 30% del personale all'occupazione femminile (e giovanile) nell'impresa affidataria, ma quello di *incrementare* di almeno il 30% l'occupazione di tali categorie, come si evince tanto dalla formulazione utilizzata dal legislatore nel comma 4 dell'art. 1, Allegato II.3, quanto nelle Linee guida 2023. Ciò considerato, potrebbe piuttosto ammettersi una facoltà di deroga agli obblighi in esame anche per gli operatori economici. Facoltà di deroga che, invero, non significa semplicemente interpretazione estensiva della disposizione, ma riconoscimento di un circoscritto ventaglio di ipotesi in cui le imprese sono legittimamente esonerate dal rispetto delle quote di riserva delle nuove assunzioni, dandone (al pari di quanto previsto per le stazioni appaltanti) adeguata motivazione.

Nello specifico, dovrebbero essere le amministrazioni committenti, nella formulazione della clausola, a qualificare la stessa come derogabile dagli operatori economici nelle ipotesi in cui gli stessi assicurino già una presenza femminile che si discosti significativamente (in senso positivo) dalla media nazionale complessiva, tenuto conto del tasso di occupazione femminile individuato dall'ISTAT nel settore dell'appalto. In questo modo, invero, tanto le amministrazioni quanto gli operatori economici avrebbero la possibilità di derogare all'obbligo in esame sulla base del medesimo criterio di riferimento, seppur inteso in senso opposto: discostamento in senso negativo per le prime; discostamento in senso positivo per i secondi.

A sostegno della possibilità per le stazioni appaltanti e per gli enti concedenti di disporre tale deroga – oltre che della legittimità stessa di tale intervento – si richiama lo stesso comma 4, art. 1 dell'Allegato, il quale, nell'indicare i principi e limiti (già riportati) di cui le amministrazioni devono tenere conto nella *determinazione* del *contenuto* di tali clausole, riconosce alle stesse una certa discrezionalità nella formulazione delle medesime.

Particolarmente interessante è, altresì, la previsione per cui la deroga può trovare adeguata motivazione «in tutti i casi in cui nelle nuove assunzioni intervengono “clausole sociali” di riassorbimento occupazionale [...] nell'obiettivo di garantire stabilità occupazionale agli addetti che escono da una precedente fornitura». Dalla lettura della disposizione emerge un importante suggerimento in relazione al coordinamento tra le due tipologie di clausole (su cui *infra*), entrambe caratterizzate dall'imposizione di una serie di obblighi di assunzione, ma differenziate dalle finalità perseguite e dai potenziali beneficiari.

Al riguardo, non si può non osservare come tale indicazione finisca per ampliare in maniera più che considerevole il campo di applicazione della deroga, considerato che l'obbligo di inserimento delle clausole per la stabilità occupazionale è stato rafforzato, nell'ultima versione del Codice, attraverso la qualificazione delle stesse quali requisiti necessari dell'offerta, nonché attraverso l'eliminazione del riferimento ai contratti ad alta intensità di manodopera.

4. Il necessario coordinamento con le clausole per la stabilità occupazionale: una questione di “flessibilità”

Il riconoscimento di una facoltà di deroga in capo alle stazioni appaltanti, giustificabile, tra l'altro, dalla presenza di clausole di riassunzione, impone di effettuare una riflessione sull'ambito temporale di applicazione delle clausole di inclusione lavorativa e pari opportunità. Questo non solo perché le clausole di seconda generazione presentano un'elevata diffusione all'interno dei contratti collettivi generalmente applicati nei settori in cui si realizzano con maggior frequenza ipotesi di “cambio appalto”¹⁹, ma, soprattutto, poiché il loro inserimento nella *lex specialis* della gara è ora previsto come obbligatorio.

Di fronte a tale situazione viene da chiedersi, inverosimilmente, se l'operatività delle clausole di terza generazione sia da riferirsi esclusivamente alle ipotesi di primo affidamento del contratto pubblico o anche alle ipotesi di successione del contratto.

Infatti, supponendo che la stazione appaltante decida di non avvalersi della facoltà di deroga e che, in corso di esecuzione del contratto, si realizzi (come accade frequentemente) un cambio d'appalto, le due clausole potrebbero produrre delle interferenze reciproche, risolvibili soltanto attraverso il riconoscimento di una sorta di “prevalenza” dell'una sull'altra. Nello specifico, ipotizzando che l'impresa subentrante abbia la necessità di effettuare delle assunzioni ai fini dell'esecuzione dell'appalto e che, apprezzabilmente, intenda garantire la più ampia stabilità occupazionale del personale precedentemente impiegato nell'esecuzione dello stesso, si pongono in evidenza diverse criticità, tanto dal lato dell'appaltatore quanto dal lato dei lavoratori dell'impresa uscente. Difatti, poiché anche i lavoratori assorbiti sono soggetti, tecnicamente e giuridicamente, ad una “nuova assunzione”, coloro che rientrano nei *target* prescritti dalla clausola di terza generazione dovrebbero conteggiarsi ai fini del raggiungimento della soglia stessa, oltre che, peraltro, ai fini della determinazione della base di calcolo della quota percentuale stabilita dalla stazione appaltante.

Sulla base di tale premessa, ci si chiede, innanzitutto, se la clausola per l'inclusione lavorativa e le pari opportunità possa (o addirittura debba) operare quale criterio di selezione degli stessi. Stante la previsione legislativa, infatti, si potrebbe ipotizzare la sussistenza di un vero e proprio diritto di preferenza o precedenza all'assunzione in capo ai giovani *under 36* e alle donne, rispetto agli altri lavoratori precedentemente impiegati nell'appalto.

Senza entrare nel merito della condivisibilità (o meno) di una tale conclusione, si può osservare poi che, qualora nel novero dei lavoratori da assorbire non vi sia un numero sufficiente di lavoratori rientrante nel *target* prescritto e il numero di (eventuali) ulteriori assunzioni da effettuare non sia sufficiente al raggiungimento della soglia, l'impresa potrebbe trovarsi costretta a ridurre il numero di lavoratori da assorbire in favore di nuovi lavoratori che invece rientrino in tale *target*. In questo modo, tuttavia, si vedrebbero favoriti i nuovi

¹⁹ CAVALLINI, HAMIDAN, *Clausole sociali e tutela dell'occupazione nella successione degli appalti privati*, in *RGL*, 2023, 2, 189.

assunti rispetto ai lavoratori dell'impresa uscente per il solo fatto di appartenere a un genere piuttosto che a un altro o di avere un'età inferiore a 36 anni. Tale situazione, invero, potrebbe presentare dei risvolti anche sotto un profilo di tipo discriminatorio (nell'ambito delle c.d. *reverse discrimination* e del c.d. *ageismo*²⁰) oltre che legittimare l'ulteriore precarizzazione di una certa fascia di lavoratori, già di per sé contraddistinti da un elevato rischio di precarietà in considerazione dell'appartenenza ad un settore caratterizzato da un frequente ricambio tra operatori economici.

Per questo motivo, si potrebbe ipotizzare un'interpretazione elastica della clausola che imporrebbe di ritenere che, ai fini del raggiungimento della soglia, debbano conteggiarsi esclusivamente i nuovi assunti *diversi dai lavoratori dell'impresa uscente*.

In altre parole, in un giudizio di bilanciamento tra le due clausole si dovrebbe riconoscere prevalenza alla clausola per la stabilità occupazionale e, dunque, alla finalità di garantire stabilità occupazionale e continuità nel servizio, non solo per evitare fenomeni di "discriminazioni alla rovescia", ma anche in considerazione della preferenza che l'ordinamento mostra per tali clausole nel momento in cui, nelle apposite Linee guida, si individua espressamente – attraverso il riconoscimento di una facoltà di deroga in capo alla stazione appaltante – la presenza di una clausola di stabilità occupazionale come causa di legittima esclusione dell'operatività della clausola per l'inclusione lavorativa e le pari opportunità. Ancora, una soluzione più immediata ed efficace potrebbe essere quella di regolare direttamente nei documenti di gara il rapporto tra le due clausole.

È evidente, in ogni caso, che entrambe le soluzioni finirebbero per svilire l'effettività delle clausole di terza generazione, ampliando ulteriormente la «discrezionalità»²¹ delle stazioni appaltanti nel raggiungimento degli obiettivi prefissati dal legislatore in materia di promozione delle pari opportunità. A ciò si aggiunga che un eccessivo irrigidimento delle clausole di riassunzione potrebbe avere quale effetto quello di «legare» il lavoratore non ad una struttura aziendale, bensì ad un contratto d'appalto, con effetti disincentivanti rispetto all'assunzione a tempo indeterminato in favore di contratti di lavoro flessibili, con pari durata a quella della commessa pubblica²².

²⁰ Sul tema delle discriminazioni per età, tra i più recenti, ZILLI, "Non ho l'età": ageismo e gestione delle (diversità e) generazioni nel lavoro privato e pubblico, in *VTDL*, 2023, 2, 327 ss.; M. CASIELLO, *L'ageismo ed il limite massimo di età per l'accesso a taluni pubblici impieghi*, in *Labor*, 2023, 2, 184 ss.; TEDESCHI, *Diritto del lavoro europeo e tutela della sicurezza nazionale: dialettica giudiziale delle Corti Superiori in ordine al principio di non discriminazione fondata sull'età*, in *LPO*, 2022, 3-4, 286 ss.; IMPICCIATORE, *La Corte di Giustizia ancora alle prese con le discriminazioni fondate sull'età: tra comportamenti discriminatori ed effettività delle tutele*, in *DPCE online*, 2020, 2, 2927 ss.; FROSECCHI, *La Corte di Giustizia interviene sulla discriminazione indiretta per età con un gioco di prestigio sul dato statistico*, in *LPA*, 2020, 2, 221 ss.; MONTANARI, *Il divieto di discriminazione per età nella giurisprudenza europea e le sue ricadute nell'ordinamento interno*, in *ADL*, 2019, 1, 207 ss.

²¹ CAPOTORTO, *op. cit.*, 805.

²² Sul tema Tar Puglia-Bari, Sez. II, 13 gennaio 2025, n. 31.

5. Ancora sulla necessaria flessibilità degli obblighi da esse derivanti: una questione di compatibilità

Partendo dal presupposto che le clausole di terza generazione impongono un obbligo di riservare una quota delle eventuali assunzioni alle categorie indicate, si ripropongono ora ulteriori questioni – già sollevate, tanto in dottrina²³ quanto in giurisprudenza²⁴, con riferimento alle clausole per la stabilità occupazionale – relative alla compatibilità con il principio di libertà dell'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. e con i principi dell'Unione europea in materia di libera circolazione e concorrenza.

Non potendosi affrontare nel dettaglio, per motivi di spazio, tali questioni, ci si limita a ricordare che proprio in relazione alle stesse la giurisprudenza amministrativa ha affermato l'impossibilità di interpretare l'obbligo di riassunzione del personale uscente attraverso una lettura rigida, ribadendo che tali meccanismi di tutela dei lavoratori devono essere sempre temperati con la libertà di organizzazione dell'imprenditore e con la facoltà, in essa insita, di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto²⁵. È stato evidenziato, dunque, il necessario carattere di flessibilità della clausola sociale di riassorbimento²⁶, che ha indotto alcuni a

²³ Sul punto, *ex multis*, GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 2001, 147 ss.; COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in *WP D'Antona, IT*, 2014, 196; FORLIVESI, *La tutela sociale negli appalti pubblici alla prova dei vincoli della giurisprudenza euromunitaria*, in *RGL*, 2021, 4, 620 ss.; ORLANDINI, voce *Clausole sociali [dir. lav. interno]*, in *EGT Online*, 2015, [https://www.treccani.it/enciclopedia/clausole-sociali-dir-lav-interno_\(Diritto-on-line\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/clausole-sociali-dir-lav-interno_(Diritto-on-line)/); PALLINI, *Diritto europeo e limiti di ammissibilità delle clausole sociali nella regolazione nazionale degli appalti pubblici di opere e servizi*, in *DLRI*, 2016, 3, 525 ss.; RATTI, *op. cit.*, 480 ss.; MASTINU, *Le clausole sociali nel diritto del lavoro*, cit., 59 ss.; GIACONI, *L'impiego strategico degli appalti pubblici alla luce del D. lgs. 50/2016: le finalità sociali*, Canterano, 2019, 23 ss.; MARCHI, *Appalti pubblici e clausole sociali di stabilità occupazionale*, in *LPA*, 2019, 2, 136 ss.; PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano: concorrenza e tutela del lavoro negli appalti*, Pacini giuridica, 2020, 56 ss.; ZAMPINI, *Le "clausole sociali di seconda generazione" tra diritto interno ed ordinamento euromunitario*, in *LG*, 2021, 1, 5 ss.; BANDELLONI, *Effettività delle clausole sociali*, in *RGL*, 2022, 2, 140 ss.; BOSCATI, *Appalti pubblici e clausole sociali tra ordinamento interno e diritto dell'Unione Europea*, in PROIA (a cura di), *Appalti e lavoro: problemi attuali*, Giappichelli editore, 2022, 23 ss.; LEONE, *Appalti pubblici e tutele sociali: la promozione dell'occupazione dei soggetti svantaggiati*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro. Disciplina pubblicistica*, vol. I, Giappichelli editore, 2022.

²⁴ C. cost., 30 dicembre 1958 n. 78; C. cost. 5 luglio 1990, n. 316; C. cost., 28 luglio 1993, n. 356. A livello europeo, in particolare, C. giust., 9 dicembre 2004, causa C-460/02, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*.

²⁵ Tra le più recenti, Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2022 n. 4539; Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2020, n. 4665.

²⁶ Cons. Stato, 18 ottobre 2021, n. 6957; Cons. Stato, 24 luglio 2019, n. 5243. Al tempo stesso, tuttavia, la giurisprudenza ha affermato che l'elasticità di applicazione della clausola non può spingersi «fino al punto da legittimare politiche aziendali di *dumping* sociale in grado di vanificare gli obiettivi di tutela del lavoro perseguito attraverso la stessa». Sul punto Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 marzo 2023, n. 2806; Cons. Stato 10 giugno 2019, n. 3885.

parlare, più che di obbligo di assunzione, della sussistenza di un diritto di “precedenza”²⁷ o “preferenza”²⁸.

Nella stessa direzione, le Linee guida ANAC n. 13 del 2019, riferite alla previgente versione del Codice, avevano precisato che «l'applicazione della clausola sociale non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente, dovendo tale obbligo essere armonizzato con l'organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario. Il riassorbimento del personale può essere imposto nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assuntore. Tale principio è applicabile a prescindere dalla fonte che regola l'obbligo di inserimento della clausola sociale»²⁹.

Considerato che anche le clausole di inclusione lavorativa e pari opportunità si traducono in un obbligo di riservare una quota delle assunzioni a soggetti rientranti nei *target* individuati *ex lege*, le considerazioni effettuate con riferimento alle clausole per la stabilità occupazionale sono state debitamente tenute in conto dal legislatore del Codice, il quale si è preoccupato di precisare che l'obbligo in esame opera con (solo) riferimento alle «assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività a esso connesse o strumentali»³⁰.

In altre parole, la riserva opera solo nella misura e nei limiti delle nuove assunzioni funzionali a garantire l'esecuzione del contratto aggiudicato o delle attività comunque funzionali e strumentali rispetto all'esecuzione dello stesso e, quindi, nei limiti del fabbisogno dell'aggiudicatario³¹. Come precisato nelle Linee guida, peraltro, l'obbligo deve essere inteso come riferibile anche alle prestazioni eseguite tramite subappalto o avvalimento. In

²⁷ PANTANO, *Clausole sociali di seconda generazione e appalti pubblici: concorrenza, interesse pubblico e conservazione dell'occupazione nella giurisprudenza amministrativa*, in *LPA*, 2021, 4, 791 ss.; TULLINI, *Concorrenza ed equità nel mercato europeo: una scommessa difficile (ma necessaria) per il diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2018, 2, 199 ss.; RATTI, *op. cit.*, 469 ss.; COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle cd "clausole sociali"*, in *Ianus*, 2011, 5, 199 ss.; ID, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici*, cit.

²⁸ CAPOTORTO, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunista*, in *GDA*, 2021, 1, 50.

²⁹ Linee guida ANAC n. 13 del 2019, cit. Pur dovendosi ricordare che le suddette Linee guida sono da considerarsi superate (a conferma, cfr. art. 225, comma 16, d.lgs. n. 36/2023), in quanto riferite ad una versione del Codice ormai abrogata, le stesse sono state recentemente richiamate dalla giurisprudenza amministrativa (Tar Puglia Bari, Sez. II, Sent., 13 gennaio 2025, n. 31) per ribadire, anche con riferimento all'ultima versione del Codice, la già consolidata necessità di una lettura elastica delle clausole sociali a cui la stessa giurisprudenza intende «dare continuità». Per questo motivo, i principi in esse espressi relativi alla compatibilità delle clausole di stabilità occupazionale con il disposto costituzionale sono da considerarsi ancora attuali e, presumibilmente, estendibili alle clausole per l'inclusione lavorativa e le pari opportunità.

³⁰ Art. 1, comma 4, Allegato II.3.

³¹ Nello specifico, le Linee guida precisano che il riferimento alla realizzazione di attività connesse o strumentali non fa riferimento alla nozione di collegamento contrattuale, ma al collegamento sussistente tra le obbligazioni principali del contratto e le attività comunque funzionali e strumentali rispetto alle stesse. Deve quindi ritenersi che il legislatore non abbia voluto estendere o ampliare le ipotesi in cui è applicabile l'obbligo in esame.

questo caso le quote sono calcolate sul totale delle assunzioni necessarie, restando irrilevante, invece, la concreta ripartizione delle assunzioni tra appaltatore e subappaltatore. A quanto detto si aggiunge che, con specifico riferimento alla compatibilità con l'ordinamento eurounitario, occorre verificare che le clausole in esame non pregiudichino le libertà fondamentali contemplate dai Trattati e, in particolare, la libertà di circolazione dei servizi di cui all'art. 56 TFUE, la libertà di impresa di cui all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (in seguito CDFUE), nonché le disposizioni di cui alla direttiva n. 2014/24/UE.

Nel rispetto di quanto previsto dall'art. 52.1 della CDFUE, oltre che di quanto più volte osservato dalla Corte di giustizia dell'UE³², in caso di limitazione ad una delle libertà fondamentali si pone, poi, la questione di determinare se la disposizione nazionale sia proporzionata, se persegua obiettivi previsti dai Trattati medesimi e se la limitazione delle libertà fondamentali non risulti eccedere quanto necessario al perseguimento dello scopo³³. In merito si ricorda che in base all'art. 3, comma 3 del TUE, «L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni» e «promuove», tra le altre cose, «la parità tra donne e uomini» e «la solidarietà tra le generazioni». Ancora, l'art. 9 del TFUE dispone che «Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione» e con «la lotta contro l'esclusione sociale», mentre l'art. 157 TFUE e l'art. 23 CDFUE consentono espressamente l'adozione di misure «che prevedano vantaggi specifici a favore del genere meno rappresentato».

A ciò si aggiunga che l'art. 70, dir. 2014/24/UE ha previsto la possibilità di introdurre «condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto» legate a esigenze sociali e occupazionali. La stessa direttiva, al considerando 98, ha poi espressamente chiarito che «le condizioni di esecuzione dell'appalto potrebbero anche essere intese a favorire l'attuazione di misure volte a promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne nel lavoro, una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro e la conciliazione tra lavoro e vita privata» nonché «ad assumere un numero di persone svantaggiate superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale». Infine, al considerando n. 99, il legislatore europeo ha ammesso la possibilità di indicare come criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione dell'appalto «anche misure intese [...] alla promozione dell'integrazione sociale di persone svantaggiate o di membri di gruppi vulnerabili nel personale incaricato dell'esecuzione dell'appalto [...]». Per esempio, tali criteri o condizioni potrebbero riferirsi, tra l'altro, all'assunzione di disoccupati di lunga durata, all'attuazione di azioni di formazione per disoccupati o giovani nel corso dell'esecuzione dell'appalto da aggiudicare³⁴.

³² Tra le prime sentenze della Corte di Giustizia relative all'introduzione del test di proporzionalità, con specifico riferimento alle limitazioni alla libertà di circolazione, C. giust., 25 luglio 1991, *Sager*, causa C-76/90. In dottrina, *ex multis*, ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Franco Angeli, 2013, 16 ss.

³³ RATTI, op. cit., 481.

³⁴ Indicazioni ancor più esplicite sono, poi, contenute in «Acquisti sociali - Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici (seconda edizione)», 2021/C-237/01, della Commissione UE. La guida riporta, infatti, un elenco di aspetti sociali rispetto a cui gli appalti pubblici «possono costituire un fattore trainante», tra i quali si inseriscono la pro-

Ciò premesso e considerate le esplicite limitazioni introdotte dal legislatore nazionale al funzionamento della clausola di terza generazione – di per sé strutturata in modo “flessibile” – non sembrerebbero emergere particolari problemi di compatibilità, a differenza di quanto accaduto con riferimento alle clausole di riassunzione. Ciò, beninteso, a condizione che, per l’assolvimento degli obblighi da essa derivanti, si prescinda dal luogo di residenza dei soggetti beneficiari della suddetta clausola; in caso contrario, invero, la riserva nelle assunzioni avvantaggerebbe in modo illegittimo le imprese e i lavoratori italiani locali³⁵.

6. Alcuni dati e prime riflessioni in termini di effettività

Avviandoci alle conclusioni di questo scritto, è opportuno ricordare che le clausole sociali per l’inclusione lavorativa e le pari opportunità costituiscono uno degli strumenti, individuati nell’ambito del PNRR, finalizzati alla riduzione delle disuguaglianze di genere e generazionali³⁶.

Nell’ambito del Piano, infatti, si è osservato come le disparità attualmente presenti nel nostro Paese rappresentino un «ostacolo significativo alla crescita economica», motivo per il quale si è scelto di qualificare tale tematica come una delle “priorità trasversali” a tutti gli obiettivi del Piano stesso.

Provando ad analizzare alcuni dati, si può osservare, in modo estremamente sintetico, che l’indice sull’uguaglianza di genere elaborato dall’*European Institute for Gender Equality* (EIGE), con specifico riguardo al mercato del lavoro, attribuisce all’Italia un punteggio pari a 65.5 su 100 nel 2024, inferiore di quasi 9 punti rispetto alla media europea, a cui è riconosciuto un punteggio di 74.2³⁷.

Ancora, i dati ISTAT relativi al 2024³⁸ attestano il tasso di occupazione femminile, nella fascia 15-64 anni, al 53,3%, mentre il tasso di occupazione maschile, nella stessa fascia di età, si attesta al 71,1%. Sul versante dell’occupazione giovanile, il tasso di occupazione complessivo del 2024 della fascia di età 15-34 anni è pari al 44,9%, mentre il tasso di occupazione della fascia di età 35-49 è del 77,2%. L’occupazione delle donne più giovani,

mozione di opportunità di lavoro per i giovani e i lavoratori più anziani, per le persone soggette ad esclusione sociale e con disabilità, nonché la parità di genere e il miglioramento di politiche in materia di diversità, inclusione sociale e opportunità di occupazione per le persone appartenenti a gruppi svantaggiati.

³⁵ Sul punto LEONE, *Appalti pubblici e tutele sociali*, cit., 6.

³⁶ Sul tema, in una prospettiva più ampia, ZILLI, *La preferenza e la precedenza di genere nella pubblica amministrazione: principi e paradossi*, in *ADL*, 2024, 4, 746 ss.

³⁷ Tenendo conto anche di altri fattori, diversi da quelli specificamente attinenti al lavoro, l’Italia si colloca al 14° posto nell’Unione europea per quanto riguarda l’indice sull’uguaglianza di genere, con un punteggio pari a 69,2 su 100. L’indice sull’uguaglianza di genere elaborato dall’EIGE è disponibile al sito www.eige.europa.eu.

³⁸ Dati ISTAT, disponibili al sito <https://esploradati.istat.it/databrowser/#/it>. Per i dati relativi al tasso di occupazione: https://esploradati.istat.it/databrowser/#/it/dw/categories/IT1,Z0500LAB,1.0/LAB_OFFER/LAB_OFF_EMPLOY/DCCV_TAXOCCU1/IT1,150_915_DF_DCCV_TAXOCCU1_1,1.0.

rientranti nella fascia di età 15-34 anni, si attesta nel 2024 al 38,8% ed arriva al 67% per la fascia di età 35-49. Viceversa, l'occupazione maschile nella fascia 15-34 anni, nello stesso periodo, è del 50,7% ed arriva all'87,4% per la fascia di età 35-49.

In tale contesto, le clausole sociali "di terza generazione" si propongono di utilizzare gli investimenti pubblici per indurre le imprese a modificare le politiche del lavoro³⁹, operando nell'ambito di quelle politiche europee afferenti al *socially responsible public procurement* (SRPP), rafforzate, in modo particolare, dalle direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici.

Se queste sono le premesse, ancora poco chiara (e poco incoraggiante) risulta la situazione in merito all'effettività dello strumento prescelto, tanto con riferimento alla lotta alle discriminazioni di genere quanto con riferimento al ricambio generazionale.

I dati più recenti relativi all'inserimento delle clausole per l'inclusione lavorativa e le pari opportunità risalgono al 2023 e si riferiscono alle sole procedure finanziate con i fondi PNRR e PNC (per le quali trova applicazione, dunque, la disciplina speciale di cui all'art. 47 del decreto semplificazioni-*bis*). Nella Relazione annuale Anac 2023⁴⁰, relativa in relazione al periodo che va da luglio 2022 al 1° giugno 2023, la facoltà di deroga riconosciuta alle stazioni appaltanti sembra aver neutralizzato l'efficacia delle disposizioni, considerando che quasi il 70% degli appalti del PNRR e del PNC hanno previsto una deroga totale alla clausola che obbliga le imprese che si aggiudicano la gara a occupare almeno il 30% di giovani *under* 36 e donne, mentre sono il 2,53% i bandi per cui le stazioni appaltanti hanno chiesto una deroga parziale (ovvero un abbassamento della soglia del 30%) e, quindi, solo il 28,26% sono i bandi che hanno previsto il rispetto della quota di giovani e donne prescritta dalla legge.

In relazione alle motivazioni del ricorso alla deroga, si osserva nella relazione che «nel 39,29% dei casi (23.666 affidamenti) le stazioni appaltanti non hanno specificato il motivo della deroga indicando tra le opzioni "Altro"; nel 38,8% (23.372 affidamenti) la motivazione è l'importo ridotto del contratto, nel 7,67% (4.619 affidamenti) necessità di esperienza o di particolari abilitazioni professionali, nel 6,43% dei casi (3.873 affidamenti) è la scarsa occupazione femminile nel settore, nel 3,63% (2.189 affidamenti) il mercato di riferimento, nel 3,43% (2.066 affidamenti) il numero di lavoratori inferiore a tre»⁴¹. Nessun riferimento

³⁹ CAPOTORTO, *Giustizia sociale e pari opportunità*, cit., 803 ss.

⁴⁰ Relazione annuale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione sull'attività svolta nel 2022, Camera dei Deputati - Sala della Regina - 8 giugno 2023, Pnrr: quote occupazione giovani e donne.

⁴¹ «Man mano che cresce l'importo dell'appalto, cresce, ma in maniera contenuta, anche il rispetto delle quote per l'occupazione di giovani e donne: quasi del 60% (tra deroghe totali e deroghe parziali) degli appalti sopra i 40mila euro e nel 44% di quelli sopra i 150mila euro, le stazioni appaltanti non hanno inserito, nei bandi, le relative clausole. Infatti su 27.420 affidamenti di importo superiore ai 40mila euro il 51,55% prevede una deroga totale, il 6,48% una deroga parziale mentre nel 41,65% dei casi la clausola giovani e donne è rispettata. Tra i 12.638 contratti di importo superiore ai 150 mila euro il 31,63% prevede una deroga totale, il 12,58% una deroga parziale mentre il 55,5% rispetta la clausola. Tra i 4.328 appalti superiori al milione di euro il 59,4% rispetta la quota del 30% di occupazione di giovani e donne, il 23,31% prevede la deroga totale, il 17,14% la deroga parziale». V. Relazione annuale ANAC sull'attività svolta nel 2022, Pnrr: quote occupazione giovani e donne,

in merito al tasso di applicazione o deroga della clausola in esame, invece, è contenuto nella Relazione annuale 2024.

A ben vedere, l'ampio ricorso a tale deroga sembra confermare la «sottovalutazione»⁴², da parte delle amministrazioni, dell'importanza sociale dei contratti pubblici, conseguenza (anche) della complessità del quadro normativo che spinge le stesse ad un «atteggiamento difensivo», tendente al mero rispetto formale delle regole e delle forme procedurali da un lato e alla riduzione dei costi dall'altro⁴³.

A ciò deve aggiungersi una riflessione critica sull'idoneità di strumenti come quello in esame – di fatto riconducibile al fenomeno delle quote “rosa” o “di genere” e, più in generale, delle “azioni positive”⁴⁴ – nella lotta a riduzione del *gender gap*, tanto in considerazione delle specifiche ipotesi di deroga individuate dalle Linee guida, di per sé in contraddizione con la *ratio* stessa dell'istituto, quanto dell'assenza di una più ampia politica promozionale che vada oltre la mera fase di reclutamento⁴⁵. Occorre sinteticamente ricordare, infatti, che le cause che incidono maggiormente sulle disparità di genere producono effetti negativi non tanto con riferimento all'accesso *al lavoro tout court*, quanto all'accesso ad *un lavoro dignitoso ed equamente retribuito*.

Le principali questioni problematiche attinenti all'occupazione femminile, invero, sono connesse a fenomeni come la segregazione occupazionale (orizzontale e verticale), la maggiore discontinuità lavorativa (generalmente connessa alla maternità e all'assenza di servizi di supporto alla genitorialità), la prevalenza di contratti di lavoro *part-time* (anche involontario) e a tempo determinato, nonché la diversa distribuzione del lavoro di cura in ambito familiare⁴⁶.

Riflessioni simili, seppur fondate su cause differenti, potrebbero essere effettuate con riferimento all'occupazione dei più giovani, non ritenendosi sufficiente la mera promozione quantitativa dei livelli occupazionali, ma auspicandosi un miglioramento che sia, *in primis*, qualitativo. Si può aggiungere, inoltre, che il riferimento all'età quale fattore di “svantaggio” non può non tenere conto dell'altra fascia di lavoratori a rischio, vale a dire

8 giugno 2023.

⁴² SCARPELLI, *La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici*, in M.T. CARINCI, CESTER, MATTAROLO, SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Giappichelli editore, 2011, 309.

⁴³ SCARPELLI, *La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici*, cit., 309.

⁴⁴ Su cui, *ex multis*, ALESSI, *Le azioni positive*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, Strumenti, Interpreti*, Giappichelli editore, 2019, 501 ss.; BORGOGELLI, *La tipologia delle azioni positive*, in GAETA, L. ZOPPOLI, *Il diritto diseguale*, Giappichelli editore, 1982, 81 ss.

⁴⁵ In tal senso, sono indubbiamente apprezzabili, seppure ancora insufficienti, i riferimenti all'inserimento di ulteriori misure premiali orientante all'inclusione lavorativa e alle pari opportunità (cfr. art. 1, Allegato II.3, d.lgs. 36/2023, in particolare commi 4 e 5).

⁴⁶ Per un più ampio approfondimento sul tema BETTIN, TRUCCHIA, *Uscire dall'emergenza: la dimensione economico-lavorativa della disuguaglianza di genere tra problemi e prospettive*, in *DE*, 2021, 1 91 ss.; ROSTI, *Le cause del divario retributivo di genere*, in *DRI*, 2024, 2, 410 ss.

quella dei lavoratori più anziani, ancora privi dei requisiti per accedere alle prestazioni pensionistiche, che necessitino di essere reinseriti nel mercato del lavoro, soprattutto ove scarsamente qualificati⁴⁷.

In definitiva, seppur risulti certamente apprezzabile l'obiettivo perseguito dal legislatore, le clausole di terza generazione presentano seri problemi in termini di effettività, che rischiano di vanificarne tanto la portata quanto l'utilità.

⁴⁷ Sul tema del divario generazionale in chiave occupazionale C. GAROFALO, *Età e incentivi: il rimedio allo svantaggio*, in *VTDL*, 2023, 2, 365 ss.

La flessibilità nelle pubbliche amministrazioni: opportunità in materia di *age management**

Flexibility in Public Administration: opportunities in the field of age management

Matilde Biagiotti

Dottoranda di ricerca di Diritto europeo nell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Flessibilità e pari opportunità nella pubblica amministrazione. – 2. Il fattore anagrafico nel mercato del lavoro italiano e nel contesto specifico della pubblica amministrazione. – 3. La flessibilità organizzativa come strumento di inclusione intergenerazionale nella PA: quali opportunità? – 4. I contratti di formazione e lavoro e di apprendistato: il quadro normativo. – 5. Riflessioni conclusive: i contratti a contenuto formativo come strumenti di *age management* nella PA.

Sinossi: Il contributo si propone di analizzare le opportunità e le criticità relative all'utilizzo di forme contrattuali flessibili nella pubblica amministrazione per il raggiungimento di obiettivi di *age management* in una prospettiva intergenerazionale. L'indagine trae spunto dall'introduzione di una previsione in materia nel CCNL Funzioni Centrali sottoscritto nel gennaio 2025. Nello specifico, la ricerca si sofferma sulle tipologie di contratti flessibili a contenuto formativo, ed in particolare su apprendistato e contratto di formazione e lavoro. Dopo averne ripercorso l'evoluzione normativa, l'analisi si conclude con la rilettura di queste due tipologie contrattuali in qualità di strumenti di *age management*.

Abstract: *This paper aims to examine the opportunities and challenges associated with the use of flexible contracts in the public administration to achieve age management objectives from an intergenerational perspective. The study is prompted by the introduction of a relevant provision in the CCNL Funzioni Centrali signed in January 2025. Specifically, the research focuses on flexible contracts with a training component, particularly*

* Il contributo si colloca nell'ambito del Progetto di Ricerca PRIN 2020 INSPIRE – Inclusion Strategies through Participation In Workplace for Organizational Well-Being (2020CJL288).

apprenticeships and “contratti di formazione e lavoro”. After outlining their regulatory evolution, the analysis concludes by reinterpreting these two contractual forms as strategic tools for age management.

Parole chiave: Flessibilità – Pubblica amministrazione – Age management – Formazione – Lavoro – Inclusione – Età – Approccio intergenerazionale

Keywords: Flexibility – Public Administration – Age management – Training – Work – Inclusion – Age – Intergenerational approach

1. Flessibilità e pari opportunità nella pubblica amministrazione

L'esperienza pandemica ha reso estremamente attuale e di marcato interesse l'impiego di modalità di lavoro flessibile anche nel settore pubblico¹. L'incremento nell'utilizzo queste forme contrattuali è comunemente giustificato da ragioni legate sia alla necessità di rinnovare l'assetto organizzativo ed infrastrutturale delle pubbliche amministrazioni, che all'intento di valorizzare i lavoratori in un contesto più attento alla formazione, al benessere psico-fisico ed alla conciliazione dei tempi di vita-lavoro².

Il ricorso alla flessibilità nella pubblica amministrazione non è uniforme, considerate le diverse tipologie di contratti flessibili esistenti e le esigenze a cui questi sono chiamati a rispondere. Si differenzia comunemente in “flessibilità in entrata”, legata alla temporaneità ed eccezionalità del rapporto di lavoro e riconducibile ai contratti a tempo determinato, alla somministrazione, e al lavoro occasionale, e in “flessibilità organizzativa” normalmente gestita tramite contratti a tempo parziale, telelavoro, lavoro agile, e contratti di formazione e lavoro³.

Le forme contrattuali appartenenti alla seconda categoria stimolano una riflessione circa i benefici e le criticità del loro impiego, in particolare sollevando interrogativi e perplessità rispetto ai temi della stabilità occupazionale e dei rischi di discriminazione⁴. In questo

¹ Ministero dell'economia e delle finanze, *Commento ai principali dati del conto annuale del periodo 2013-2022. Dati aggiornati al 30 novembre 2023*, 2024, 41-44. Nel 2022, il rapporto in percentuale di contratti di lavoro flessibili nella pubblica amministrazione è aumentato rispetto ai rapporti di lavoro a tempo indeterminato, raggiungendo la cifra record del 15.4%.

² *Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale*, 10 marzo 2021, sottoscritto dal Presidente del Consiglio, dal Ministro per la Pubblica Amministrazione e dai Segretari generali di Cgil, Cisl e Uil; NICOSIA, *La ricerca della felicità: aspettativa o diritto al benessere nel lavoro pubblico?*, in *WP D'Antona*, *It.*, 453/2022, 6-10; MARTINELLI, *La fuga dal pubblico impiego: origine, cause e possibili rimedi. Spunti operativi per aumentare l'attrattività del lavoro pubblico*, in *RU*, 2024, 3.

³ *Ex multis*: F. CARINCI, BOSCATI, MAINARDI, *Diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet Giuridica, 2021, 189-193; TIMELLINI, *L'ultima declinazione flessibile del lavoro dipendente nelle pubbliche amministrazioni*, in *VTDL*, 2020, 2; PINTO, *Flessibilità e precarietà nel reclutamento delle amministrazioni pubbliche*, in *LPA*, 2018, 1; ZILLI, *Il lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni dopo il Jobs Act*, in *LPA*, 2015, 3-4.

⁴ La letteratura in tema è ampia. *Ex multis*: SANTAGATA DE CASTRO, *Work-life balance, flessibilità dell'orario di lavoro e discriminazioni*, in *DLM*, 2023, 1; TURRIN, *Telework as a driver of inequalities in the labour market*, in *ILLeJ*, 2024, 17, 2; VADKERKI

senso, emergono alcune criticità rispetto ai fattori protetti del genere e dell'età dei lavoratori e delle lavoratrici. I dati parlano chiaro mostrando che, sul totale dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni con contratto flessibile, più della maggioranza è costituita da donne; un dato che diviene ancora più evidente se si prende in considerazione il totale di coloro che possiedono un contratto di lavoro a tempo parziale, nuovamente a carattere prevalentemente femminile⁵. Inoltre, l'impiego di forme flessibili di lavoro suscita alcune perplessità anche in relazione al fattore "età anagrafica", comprensivo sia dei giovani che affrontano la fase di accesso al lavoro che degli individui maturi che si avviano alla pensione⁶. In questa duplice prospettiva, il ricorso alla flessibilità rischia di generare conseguenze negative come l'ampliamento del precariato per i giovani o l'incremento nell'obsolescenza delle competenze degli anziani.

L'attenzione sul tema della gestione dell'età nella pubblica amministrazione ha acquisito nuova rilevanza a seguito degli ultimi sviluppi regolativi: risale infatti al 27 gennaio 2025 la sottoscrizione del nuovo contratto collettivo nazionale di lavoro del Comparto Funzioni Centrali per il triennio 2022-2024, all'interno del quale è stata inserita una previsione, l'art. 27, rubricato "*Obiettivi e strumenti di age management*", contenente anche un riferimento alle declinazioni flessibili della prestazione lavorativa come strumento di gestione dell'età nel contesto delle pubbliche amministrazioni⁷.

Tenuto conto degli sviluppi recenti e del contesto sopra descritto, il presente contributo si propone di analizzare e comparare gli aspetti critici e le opportunità relative all'utilizzo di alcune forme contrattuali flessibili di lavoro nella pubblica amministrazione, considerando l'influenza che esse esercitano sull'occupabilità e le prospettive di stabilizzazione dei lavoratori appartenenti a specifici gruppi anagrafici.

A questo fine, il contributo è organizzato come segue. *In primis*, si analizzerà l'incidenza del fattore età nel contesto occupazionale italiano in generale, volgendo poi l'attenzione all'ambito delle pubbliche amministrazioni. Successivamente – riconosciuta la rilevanza dell'implementazione di misure di *age management* e di un dialogo intergenerazionale strutturato nel settore pubblico – l'analisi si soffermerà sulle opportunità offerte in materia

(a cura di), *Progetto Ue migliorare la conciliazione vita-lavoro: opportunità e rischi derivanti dalla digitalizzazione*, in *LPA*, 2019, 3.

⁵ I dati forniti da OpenBDAP mostrano che: al 2022, il 64.5% degli occupati tramite contratti flessibili sono donne. Inoltre, su un totale di 187 mila dipendenti con contratti a tempo parziale, 82.3% sono donne. La letteratura sul tema della disparità di genere nella PA è ampia, *ex multis*: MIRACOLINI, *La parità di genere nel pubblico impiego. Potenzialità e limiti dai contributi del PNRR*, in *q. Riv.*, 2024, 5; PASQUALETTO, *Le pari opportunità di genere nell'accesso e nelle carriere nel pubblico impiego: dati, normativa, criticità e soluzioni*, in *LDE*, 2022; SCARPONI, *L'art. 51 della Costituzione e l'accesso delle donne ai pubblici uffici e al lavoro nel settore pubblico*, in *WP D'Antona*, *It.*, 2019, 406; VIMERCATI, *L'innovazione organizzativa e il c.d. performance management nell'ottica della parità di genere e dell'azione dei CUG*, in *LPA*, 2022, 1; ZILLI, *La preferenza e la precedenza di genere nella pubblica amministrazione: principi e paradossi*, in *ADL*, 2024, 4.

⁶ OECD, *Ageing and Talent Management in European Public Administrations. A report prepared by the OECD for the Slovenian Presidency of the Council of the European Union*, ottobre 2021.

⁷ A.Ra.N., Contratto Collettivo Nazionale di lavoro del Comparto Funzioni Centrali triennio 2022 – 2024. L'art. 27 viene analizzato nel par. 3 del presente contributo.

da diverse forme contrattuali flessibili. Nello specifico, il contributo si concentrerà sullo studio dei contratti a contenuto formativo previsti nella disciplina del pubblico impiego, con particolare attenzione all'apprendistato e al contratto di formazione e lavoro: dopo averne ripercorso l'evoluzione normativa, si provvederà alla rilettura di tali contratti in qualità di strumenti di *age management*.

2. Il fattore anagrafico nel mercato del lavoro italiano e nel contesto specifico della pubblica amministrazione

Un attento sguardo alla situazione del mercato del lavoro italiano rende immediatamente comprensibile la necessità di approfondire argomenti come l'*age management* e l'implementazione di misure per l'occupazione di gruppi della popolazione anagraficamente diversi.

In generale, l'intero mercato del lavoro italiano si trova attualmente sottoposto all'avvento delle transizioni digitale ed ecologica, cui deve sommarsi una profonda trasformazione demografica della popolazione. L'intersezione di questi fenomeni ci restituisce un quadro generale che, tenuto conto del fattore età, è pressoché il seguente: i cambiamenti demografici, ed in particolare l'invecchiamento della popolazione, stanno causando l'incremento dell'età media dei lavoratori, così come il tendenziale prolungamento della permanenza nell'occupazione dei lavoratori anziani; d'altro canto, la crescente denatalità registrata nel panorama italiano degli ultimi anni ha contribuito invece alla riduzione del numero di lavoratori giovani con prospettive di inserimento nel mercato del lavoro.

L'analisi dei dati italiani più recenti in tema di lavoro mostra sì un tasso occupazionale in crescita, sospinto però dall'impiego delle fasce di lavoratori più anziani, invece che dei lavoratori più giovani. A questo riguardo, il numero di occupati tra i lavoratori compresi nella categoria di età tra i 50 e i 64 anni è aumentato, rispetto alla diminuzione (in percentuale più elevata) del numero di impiegati sotto i 50 anni⁸.

Correlate a queste due principali tendenze demografiche, ci sono poi una serie di caratteristiche dell'occupazione riservata ad entrambe le categorie di lavoratori considerate⁹:

⁸ Per l'analisi dei dati, SEGHEZZI, *Come ripensare il lavoro che invecchia?*, in *Interventi ADAPT*, 14 aprile 2025. I dati mostrano un calo di occupati tra i 25-34 anni quantificabile in 10 mila unità ed un calo di 17 mila tra quelli nella fascia 35-49 anni. L'A. riferisce che, a partire dal 2005, il numero di occupati sotto ai 50 anni è diminuito di oltre 3 milioni, mentre la quota di coloro che lavorano tra i 50 e i 64 anni è aumentata di 4.2 milioni di persone.

⁹ Sul tema, *ex multis*, BROLO, *Lavoro agile: prima gli anziani?*, in FILI (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, 67-69; DE FALCO, *Invecchiamento e tutela della professionalità, quando la forza (lavoro) viene meno*, in VTDL, 2023, 2, 1-3; DRYDAKIS, PARASKEVOPOULOU, BOZANI, *A field study of age discrimination in the workplace: the importance of gender and race- pay the gap*, in *Employee Relations: The International Journal*, 2023, 45, 2, 305-307; C. GAROFALO, *Età e incentivi: il rimedio allo svantaggio*, in VTDL, 2023, 2, 67-69; MIGLIAVACCA, *Quantità o qualità? Le sfide del lavoro per i giovani europei*, in QRS – Lavori, 2022, 116; ZILLI, *“Non ho l'età”: ageismo e gestione delle (diversità e) generazioni nel lavoro privato e pubblico*,

da un lato, la permanenza dei lavoratori anziani è complicata dall'obsolescenza delle loro competenze e dalla necessaria formazione richiesta per stare al passo dei cambiamenti digitali dell'occupazione; dall'altro lato, i giovani tendono a prolungare la loro permanenza all'interno dei percorsi di istruzione al fine di raggiungere livelli elevati di preparazione, ma si imbattono poi in un mercato del lavoro che spesso non li valorizza e riserva loro contratti *non standard*, posizioni precarie e di bassa qualità, oltre ad opportunità di impiego principalmente discontinue¹⁰.

Quanto appena detto è estremamente attuale anche rispetto al pubblico impiego. Dal punto di vista della distribuzione per età anagrafica dei dipendenti pubblici, negli ultimi due decenni la classe di riferimento in termini di maggior numero di occupati è mutata costantemente verso l'alto, partendo dalla categoria dei 45-49 anni nel 2002, transitando per quella dei 50-54 anni nel 2012, e concludendo la sua corsa nella categoria dei 55-59 anni nel 2022¹¹. Alla base di questo fenomeno, si collocano sicuramente gli interventi normativi a favore dell'innalzamento dell'età pensionabile così come la limitazione delle assunzioni registrate in questo lasso di tempo¹²; non solo, il prolungamento della permanenza dei giovani nella fase di istruzione ha parallelamente contribuito alla scarsa densità delle categorie di impiegati di età comprese tra i 18 e i 29 anni – un fenomeno opposto rispetto al popolamento delle categorie che indicano le fasce di età tra i 60 e i 67 anni¹³. Le statistiche descrivono un andamento simile anche in merito all'età media dei dipendenti pubblici, area nella quale si registra una crescita media di 6 anni tra il dato dell'età anagrafica dei lavoratori del 2002 e quello aggiornato al 2022¹⁴.

In questo contesto, appare sempre più essenziale riuscire a stabilire un equo bilanciamento tra le necessità delle diverse generazioni coinvolte nel mercato del lavoro, contrastando in questo modo la possibilità di una concorrenza tra generazioni, al fine di garantire invece l'implementazione di soluzioni organizzative che permettano di conciliare le tendenze

in VTDL, 2023, 2.

¹⁰ SURIANO, *I contratti di apprendistato e di formazione e lavoro: una nuova modalità per reclutare ed assumere i giovani*, in *AzI*, 2024, 3, 449-451: rispetto all'occupazione giovanile nella PA, l'A. denuncia l'insostenibilità di continuare a fornire opportunità di lavoro a tempo determinato in un'era in cui «sono i candidati a decidere dove e per chi lavorare», fermo restando il disallineamento tra le competenze disponibili all'interno della PA e quelle possedute dalle nuove generazioni in cerca di lavoro. Sul tema dell'impatto della transizione digitale rispetto all'età dei lavoratori, DE FALCO, *Invecchiamento, lavoro agile e competenze digitali*, in FILI (a cura di), *op. cit.*, 82-85, in cui l'A. parla di «polarizzazione» del mercato del lavoro, diviso tra coloro che sono più inclini all'adattamento alle tecnologie e coloro che lo sono meno.

¹¹ Ministero dell'economia e delle finanze, *op. cit.*, 117-122.

¹² Sulle cause del fenomeno descritto, MARTINELLI, *op. cit.*, 33-35.

¹³ Ministero dell'economia e delle finanze, *op. cit.*, 117-122. La forma grafica della distribuzione dei dipendenti pubblici individuata nell'analisi dei dati ricalca quella di un rombo per gli anni 2002 e 2012, avvicinandosi successivamente a quella di una piramide rovesciata nel 2022.

¹⁴ Ministero dell'economia e delle finanze, *op. cit.*, 117-122. La crescita dell'età media è stata stabile fino al 2018, per poi affrontare una flessione culminata nel 2022 con la diminuzione dell'età media a seguito degli interventi in materia di pensionamenti (vedi *Quota 100*) e della ripresa delle assunzioni. Per un'analisi dei dati del Conto annuale, NIGLIO, *Una pubblica amministrazione in grado di creare valore aggiunto con nuove competenze professionali*, in *RU*, 2025, 1, 18-19.

analizzate e raggiungere un funzionale equilibrio intergenerazionale anche all'interno delle pubbliche amministrazioni¹⁵.

D'altro canto, il raggiungimento di un tale traguardo garantirebbe benefici come la capacità di attrarre lavoratori talentuosi nel lungo periodo, l'effettiva valorizzazione delle competenze di individui diversi e una considerevole riduzione dei costi di *turnover*¹⁶.

In questa prospettiva, la situazione delle pubbliche amministrazioni italiane è tale da imporre un rinnovamento pressoché completo, tenuto conto dello scarso indice di attrattività esercitato attualmente su gruppi di lavoratori di tutte le età¹⁷. Ormai, aspetti come la scarsa digitalizzazione, il modesto investimento nella formazione dei lavoratori e la ridotta garanzia di flessibilità organizzativa risultano essere fattori disincentivanti non solo per i giovani, ma anche per i lavoratori anziani, sempre più desiderosi di un avvicinamento *taylor-made* alla pensione¹⁸. In questo contesto, un ricorso maggiore alla flessibilità organizzativa sembra costituire un fattore di spinta rilevante per la ripartenza del pubblico impiego.

3. La flessibilità organizzativa come strumento di inclusione intergenerazionale nella PA: quali opportunità?

Molti documenti e studi a livello nazionale ed internazionale rimarcano l'incidenza di una declinazione flessibile del lavoro quale strumento utile ad attrarre e mantenere stabilmente in uno specifico contesto professionale tanto i lavoratori giovani quanto quelli più anziani. Le ragioni risiedono principalmente nelle svariate opportunità che certe forme contrattuali atipiche assicurano in risposta ad esigenze peculiari e personali di ciascun individuo, nell'ottica di una esperienza di valorizzazione del benessere psico-fisico individuale e di

¹⁵ Sul tema, COMPER, MARGHERI, *Strategie di age management alla prova aziendale: l'esperienza della Provincia autonoma di Trento*, in *RU*, 2018, 4-5, 34; DAL MASO, *Invecchiamento attivo e mercato del lavoro: la crisi demografica sotto una nuova luce*, in MOSTARDA, ZANELLA, ZILIO GRANDI (a cura di), *Lavoro, sicurezza sociale e relazioni industriali nel prisma del fattore demografico*, Giappichelli, 2024, 188-192; C. GAROFALO, *op. cit.*, 8-11. Come riportato dal Ministero dell'economia e delle finanze, per le pubbliche amministrazioni, il tema assume significativo rilievo considerata anche il pensionamento previsto di circa un terzo del personale totale nei prossimi anni.

¹⁶ Sul tema, ampiamente, BEAZLEY, BALL, VERNON, *Workplace Age Diversity: The Employers' Perspectives*, in FLYNN, CHIVA, LI (a cura di), *Managing the Ageing Workforce in the East and the West*, Emerald Publishing Limited, 2018, 230-233.

¹⁷ I dati dimostrano che sono in aumento i concorsi pubblici che non riscontrano candidati, così come le dimissioni da parte di un numero sempre maggiore di neoassunti sia con contratti a tempo determinato che indeterminato. Al riguardo, SURIANO, *op. cit.*, 449-451 e MARTINELLI, *op. cit.*, 33-35.

¹⁸ COMPER, MARGHERI, *op. cit.*, 35-36. Interessante è il riferimento fatto da MARTINELLI, *op. cit.*, 33-35, ai fenomeni della *great resignation* e del *quiet quitting*: dall'analisi dei dati emerge il fenomeno delle "grandi dimissioni", spesso causato da condizioni lavorative che compromettono il benessere psico-fisico. Parallelamente, risulta in aumento il fenomeno delle "dimissioni silenziose", meno tracciabile dai dati, ma che riflette un atteggiamento di distacco emotivo e di minimo coinvolgimento da parte dei lavoratori, che percepiscono il lavoro esclusivamente come mezzo di sussistenza.

un adeguato bilanciamento tra vita privata e professionale, ormai saldamente ancorati nel quadro giuridico dell'Unione europea e dei suoi Stati membri¹⁹.

In ognuno di questi contesti, la flessibilità viene garantita mediante l'implementazione di diversi strumenti normativi e prassi, la cui diffusione è generalmente radicata in larga misura nel settore privato.

Nel quadro del pubblico impiego italiano, ad esempio, la stipula di contratti flessibili da parte delle singole amministrazioni è sottesa all'osservanza di specifici obblighi normativi: *in primis*, essa si verifica in deroga alla norma generale che prevede l'assunzione nelle pubbliche amministrazioni esclusivamente mediante contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato; in secondo luogo, essa avviene in ottemperanza a vincoli costituzionali che impongono, *ex multis*, l'accesso alle pubbliche amministrazioni previo superamento di un concorso pubblico, l'osservanza degli obiettivi di razionalizzazione dei costi e l'imposizione di specifiche restrizioni in materia di bilancio e programmazione del personale. Infine, essa avviene nel rispetto del carattere temporaneo ed eccezionale del presupposto previsto dalla norma per l'impiego di tali forme contrattuali²⁰.

Un'evoluzione interessante in materia di flessibilità e gestione dell'età dei dipendenti pubblici è stata registrata in tempi recenti con il già citato Contratto Collettivo Nazionale per il comparto delle Funzioni Centrali firmato nel gennaio di questo anno. Dalla lettura dell'art. 27, rubricato "*Obiettivi e strumenti di age management*", emerge l'importanza di analizzare ed affrontare proattivamente il fenomeno dell'invecchiamento dei dipendenti della pubblica amministrazione allo scopo di raggiungere alcune specifiche finalità²¹, tra cui: la valorizzazione della persona durante l'intera esperienza professionale; la promozione di ambienti di lavoro strutturati per il miglioramento della produttività individuale e l'efficienza dell'organizzazione, mediante interventi pensati sia per la collettività che per i singoli lavoratori; la garanzia di buone condizioni di salute anche tramite un'adeguata prevenzione dei rischi in materia di salute e sicurezza; e la predisposizione di opportunità di formazione continua per tutti i lavoratori. Nel secondo comma dell'articolo, dove sono indicati gli strumenti

¹⁹ *Ex multis*: OECD, *Ageing and Talent Management in European Public Administrations. A report prepared by the OECD for the Slovenian Presidency of the Council of the European Union*, ottobre 2021; EUROFOUND, *The future of telework and hybrid work*, Ufficio delle Pubblicazioni dell'Unione europea, 2023; EIFFE, MULLER, WEBER, *Working conditions and sustainable work. Keeping older workers engaged: Policies, practices and mechanisms*, Eurofound, 2024; BusinessEurope, Ceep, Ueapme, ETUC, *European Social Partners' Autonomous Framework Agreement on Active Ageing and an Intergenerational Approach*, 8 marzo 2017.

²⁰ Anche la necessità di erogare determinati servizi ai cittadini è considerato uno dei fattori concorrenti alla previsione di limiti più stringenti per l'implementazione di forme contrattuali flessibili. Sul tema, SPINELLI, *Le potenzialità del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni: da modalità ordinaria di gestione dell'emergenza a volano per l'innovazione?*, in *LPA*, 2020, 2, 26-27.

²¹ A.Ra.N., Contratto Collettivo Nazionale di lavoro del Comparto Funzioni Centrali triennio 2022 – 2024, art. 27, comma 1. Per i primi commenti al rinnovo contrattuale del comparto Funzioni Centrali, NADDEO, *Age management: la nuova frontiera nella gestione del personale pubblico*, 17 novembre 2024, in <https://antonionaddeo.blog/2024/11/17/age-management-la-nuova-frontiera-nella-gestione-del-personale-pubblico/>; FEOLI, *Nella Pa arriva la novità dell'age management*, 19 marzo 2025, in <https://lavoce.info/archives/107391/nella-pa-arriva-la-novita-dellage-management/>.

di *age management* predisposti al conseguimento degli obiettivi enunciati, sono elencati: la valorizzazione del ruolo attivo del personale con maggiore esperienza all'interno della pubblica amministrazione, anche mediante il dialogo intergenerazionale; il monitoraggio delle condizioni ambientali e di salute dei lavoratori; la revisione delle modalità di formazione; e l'adozione di misure flessibili per la gestione del lavoro «*ad esempio attraverso la promozione di modalità di lavoro a distanza e/o part-time, e la definizione di orari che facilitino la conciliazione tra vita privata e professionale*»²².

Nella prospettiva di un utilizzo dei contratti flessibili per interventi di *age management*, ognuna delle forme contrattuali previste dal quadro normativo del pubblico impiego risulta potenzialmente in grado di soddisfare le esigenze dei lavoratori determinate sulla base della loro età anagrafica e della diversa fase professionale che affrontano. Il telelavoro e il lavoro agile possono costituire modalità di svolgimento della prestazione lavorativa utili ad una efficace gestione dei carichi familiari e delle responsabilità di cura da parte dei lavoratori adulti, ed altrettanto vantaggiose per la gestione dei tempi di lavoro e non lavoro sia per i giovani che per gli anziani²³. I contratti di lavoro a tempo parziale costituiscono un'alternativa percorribile essenzialmente dai lavoratori anziani nelle fasi precedenti al pensionamento, rivelandosi invece forme contrattuali poco “allettanti” per i giovani, soprattutto per la minore remuneratività, anche in ottica di contribuzione²⁴. I contratti a contenuto formativo costituiscono un'interessante opportunità da una duplice prospettiva: dal punto di vista dei lavoratori, questi contratti possono rappresentare forme di supporto e valorizzazione dei giovani nella fase di inserimento nella pubblica amministrazione e, allo stesso tempo, possono rendere questi luoghi di lavoro “intellettualmente stimolanti” anche per le leve più anziane, se coinvolte nei programmi di *tutoring* e *mentoring* dedicati ai neoassunti²⁵; dal punto di vista della pubblica amministrazione, i contratti a carattere formativo consentono l'istaurazione di forme di apprendimento interne più strutturate,

²² A.Ra.N., Contratto Collettivo Nazionale di lavoro del Comparto Funzioni Centrali triennio 2022 – 2024, art. 27, comma 2.

²³ La letteratura sul tema è ampia, *ex multis*, EUROFOUND, *op. cit.*, 34-37; SERRAU, *Il lavoro a distanza nella pubblica amministrazione: quale spazio per il lavoro da remoto?*, in *LPA*, 2024, 4, 728-736; BOSCATI, *Il lavoro agile nell'ordinamento italiano come strumento di conciliazione dei temi di vita-lavoro e di incremento della competitività nell'impresa e nella pubblica amministrazione*, in *Estudos de direito desenvolvimento e novas tecnologias*, DE SILVA VEIGA, PIRES FINCATO (dir.), IberoJur, 2020; QUADRI, *Lo smart working tra esigenze organizzative e tutela della persona del lavoratore pubblico*, in BELLAVISTA, MARINELLI (a cura di), *Studi in onore di Alessandro Garilli*, Tomo II, Giappichelli, 2023, 1036 ss.; SPINELLI, *op. cit.*, 26-27; ZUCARO, *Nuove modalità di tutela della qualità del tempo di vita e di lavoro. Il diritto alla disconnessione*, in *LPA*, 2022, 2; CALVELLINI, *Flessibilità e work-life balance: un percorso tra realtà e retorica*, in *Labor*, 2021, 4; DAGNINO, *Sull'attuazione della Direttiva UE 2019/1158: il nodo del “lavoro flessibile”*, in *LG*, 2023, 2.

²⁴ È interessante la disamina dei risultati di un esperimento di *age management* condotto dalla Provincia Autonoma di Trento (PAT) ed ampiamente descritto da COMPER, MARGHERI, *op. cit.*, 35 ss., in seguito commentato anche da ZILLI, *op. cit.*, 2023, 7-11: la PAT aveva introdotto – nell'ambito delle politiche di *age management* – la possibilità di trasformare il contratto di lavoro a tempo pieno e indeterminato in un *part-time* per i lavoratori in fase di pre-pensionamento, assicurando comunque la copertura previdenziale. La misura è stata però bocciata dalla Corte costituzionale con sentenza n. 38/2018.

²⁵ EUROFOUND, *ibidem*, 27-34; EIFFE, MULLER, WEBER, *op. cit.*, 4; BusinessEurope, Ceep, Ueapme, ETUC, *European Social Partners' Autonomous Framework Agreement on Active Ageing and an Intergenerational Approach*, 8 marzo 2017, 5-8.

utili nell'ottica generale di rimodernamento delle amministrazioni e dell'arricchimento del *know-how* interno.

Sebbene ciascuna delle forme contrattuali flessibili indicate presenti potenzialità rilevanti nell'ambito delle strategie di *age management*, si approfondiranno di seguito soltanto i contratti a contenuto formativo: l'apprendistato e il contratto di formazione e lavoro²⁶. Le ragioni di questa scelta sono da ritrovarsi in una serie di motivazioni che ruotano attorno all'intento di garantire un ricambio generazionale strutturato nella pubblica amministrazione. È indubbio, ad esempio, che forme contrattuali come il *part-time*, il telelavoro e il lavoro agile costituiscono strumenti efficaci nella visione di un *age management* orientato a soddisfare le necessità dei singoli lavoratori, ma non garantiscono quello scambio di saperi intergenerazionale che è essenziale per il rinnovamento strutturale della pubblica amministrazione. In questa prospettiva, i contratti a contenuto formativo offrono ai giovani un primo accesso alla pubblica amministrazione, facilitando l'interazione con lavoratori di maggiore esperienza all'interno del medesimo ambiente lavorativo. Contestualmente, si rende attuabile la progettazione di percorsi di *mentoring* e *reverse mentoring* tra lavoratori di generazioni diverse²⁷. Complessivamente, sembrerebbe così ipotizzabile l'attuazione di percorsi di *age management* che intercettano gruppi anagrafici opposti di lavoratori.

4. I contratti di formazione e lavoro e di apprendistato: il quadro normativo

Al fine di valutare l'utilizzo dei contratti di formazione e lavoro e di apprendistato in qualità di strumenti di *age management*, risulta essenziale ripassare le principali evoluzioni regolative di tali contratti nel quadro del pubblico impiego.

L'art. 36 d.lgs. n. 165/2001, secondo comma, riconosce la facoltà delle pubbliche amministrazioni di «*avvalersi delle forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa*», rappresentando la porta di ingresso del contratto di apprendistato²⁸ tipico del settore privato tra le tipologie contrattuali flessibili a dispo-

²⁶ Art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001.

²⁷ Ad esempio, si veda quanto previsto dall'art. 27 (*Obiettivi e strumenti di age management*) del CC nazionale per il Comparto delle Funzioni Centrali appena rinnovato per il triennio 2022-2024. È interessante la disamina dei risultati di un esperimento di *age management* condotto dalla Provincia Autonoma di Trento ed ampiamente descritto da COMPER, MARGHERI, op. cit., 35 ss., in seguito commentato anche da ZILLI, op. cit., 2023, 7-11: con il progetto "PAT4young", la Provincia ha proceduto all'assunzione di giovani sotto i 32 anni tramite C.F.L.; durante l'esperienza, i giovani sono stati affiancati da figure *senior* impiegate nell'amministrazione (*tutor* e *mentor*), nell'ottica di più ampi processi di *mentoring* e *reverse mentoring* benefici per tutte le risorse umane coinvolte. Di recente pubblicazione sul tema dell'*age management*, NADDEO, *Age management nella PA: quando l'esperienza diventa risorsa strategica*, 29 aprile 2025, in <https://antonionaddeo.blog/2025/04/29/age-management-nella-pa-quando-l-esperienza-diventa-risorsa-strategica/>.

²⁸ Come regolato, prima, dal d.lgs. n. 167/2011, e poi dagli artt. 41-47 d.lgs. n. 81/2015.

sizione nel pubblico impiego²⁹. Ciononostante, l'effettiva implementazione del contratto di apprendistato nelle pubbliche amministrazioni ha incontrato molteplici ostacoli. Il legislatore è quindi intervenuto a più riprese nel tentativo di garantire la piena funzionalità dell'istituto.

Il primo di questi interventi legislativi è stato attuato mediante il d.l. n. 80/2021³⁰ (cd. *Decreto reclutamento*), sulla scia dell'ondata di rinnovamento post-pandemica legata all'attuazione del PNRR. La norma ribadiva la possibilità di ricorrere al contratto di apprendistato nel pubblico impiego unicamente mediante le forme dell'apprendistato professionalizzante e dell'apprendistato di alta formazione e ricerca³¹. L'intento della misura era da ritrovarsi nella volontà di mettere a disposizione contratti destinati a giovani lavoratori e funzionali all'acquisizione di competenze trasversali e di base mediante l'espletamento di specifici progetti di formazione e lavoro disposti con decreto ministeriale. I dati raccolti sull'esito del provvedimento hanno evidenziato un certo insuccesso dell'iniziativa: innanzitutto, la misura è stata implementata nella pratica solo in relazione all'apprendistato di alta formazione e ricerca (nello specifico con il programma di dottorato *InPA*); inoltre, sono stati osservati tempi di implementazione molto estesi, con la registrazione delle prime attivazioni solamente nel secondo semestre del 2024; infine, in termini quantitativi, la sperimentazione si è conclusa con l'attivazione di soli 20 contratti di apprendistato di alta formazione e ricerca³².

Il secondo intervento legislativo è stato introdotto con l'art. 3-ter, comma 1, d.l. n. 44/2023 (*Disposizioni urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni pubbliche*): in questo caso, il legislatore ha previsto la possibilità – entro il 31 dicembre 2026 – di assumere giovani laureati con contratti di apprendistato della durata massima di 36 mesi³³. L'art. 9 del d.m. 21 dicembre 2023 ha successivamente specificato che a tale

²⁹ Per un'analisi dell'istituto ricompreso tra le forme contrattuali flessibili nel pubblico impiego, F. CARINCI, BOSCATI, MAINARDI, *op. cit.*, 200-203; TIMELLINI, *op. cit.*, 420-424. Sull'evoluzione della disciplina normativa più recente, ZARRELLA, *I contratti formativi nelle Pubbliche Amministrazioni dopo la legge n. 74/2023: vincoli e opportunità*, in ALES, ESPOSITO (a cura di), *Trent'anni di riforme del lavoro pubblico attraverso lo sguardo della giovane dottrina*, Quaderno della Rivista Diritti Lavori Mercati, 2024, 17, 173-175. Critica è la disamina dell'istituto nell'ambito del pubblico impiego effettuata da TIRABOSCHI, *Apprendistato e lavoro pubblico: una riflessione di sistema e una questione di metodo*, in CLIP, *La flessibilità nelle pubbliche amministrazioni*, 14 gennaio 2025, 2, secondo cui l'apprendistato è «impropriamente» posizionato tra le forme contrattuali a tempo determinato o flessibili nel pubblico impiego.

³⁰ Art. 2, d.l. n. 80/2021, conv. in l. n. 113/2021, e attuato mediante d.m. 23 marzo 2022. La sperimentazione ha previsto anche l'attuazione del Programma «Tirocinio InPA». Per l'approfondimento della misura relativa al contratto di apprendistato, TIRABOSCHI, *Apprendistato e lavoro pubblico: prime considerazioni sull'articolo 2 del decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80*, in *DRI*, 3, 2021, 908-913; M. COLOMBO, PAPINI, TIRABOSCHI, *Contratto di apprendistato e pubbliche amministrazioni: una sperimentazione che non decolla*, ADAPT WP, 2025, 1, 4-8.

³¹ Come già previsto dal TU sull'apprendistato (d. lgs. 14 settembre 2011, n. 176). Rispettivamente: apprendistato di secondo livello, ex art. 44 d.lgs. n. 81/2015 e apprendistato di terzo livello, ex art. 45 d.lgs. n. 81/2015.

³² I dati sono ripresi da InPA, Portale del reclutamento: <https://www.inpa.gov.it/approvati-i-progetti-formativi-per-tirocini-e-dottorati-di-ricerca-nelle-pa/>. Al riguardo, anche la recente ricerca condotta da M. COLOMBO, PAPINI, TIRABOSCHI, *op. cit.*, 4-8.

³³ È di recentissima evoluzione la regolazione in materia. Il d.l. n. 25/2025 (c.d. *Decreto reclutamento*) è stato convertito in l. n. 69/2025. Al Capo I, rubricato «Disposizioni per favorire il reclutamento di giovani nella pubblica amministrazione e per

strumento non si applicano le disposizioni sull'apprendistato previste all'interno del d.lgs. n. 81/2015³⁴. Siamo perciò di fronte ad una *rivisitazione* del contratto di apprendistato di natura privatistica. A questo proposito, la dottrina si è uniformata nell'individuazione di alcune criticità della misura³⁵. Tra queste, in primo luogo, si evidenzia la mancata indicazione di limiti di età specifici utili a definire l'ambito di applicazione soggettivo dell'istituto, con la sola precisazione nella norma dell'obiettivo assunzionale di «giovani laureati». In secondo luogo, il riferimento alla formazione è sporadico, contrariamente all'essenzialità ricoperta dalla componente formativa nel contratto di apprendistato diffuso nel settore privato. Congiuntamente, la forma di apprendistato prevista dall'art. 3-ter d.l. n. 44/2023 sembra collegata alla mera esecuzione di un piano formativo di estensione ben più ristretta rispetto a quanto ricercato con l'apprendistato di stampo *classico*, la cui finalità è quella di fornire al giovane lavoratore una qualifica contrattuale ben specifica, messa a punto ed affinata durante il periodo formativo. L'analisi dei dati raccolti³⁶ – nonostante la sperimentazione debba ancora raggiungere il termine stabilito per la fine del 2026 – delinea un quadro fallimentare, con un totale di soli 75 contratti di apprendistato messi a bando.

Proseguendo con la disamina del secondo istituto, il contratto di formazione e lavoro, l'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, secondo comma³⁷, fa esplicito riferimento alla possibilità per le pubbliche amministrazioni di ricorrere alla stipula di tali contratti. Si tratta di una tipologia contrattuale rivolta all'assunzione di giovani tra i 16 e i 32 anni di età per lo svolgimento di specifici progetti di formazione e lavoro. Formalmente, essa viene classificata nella categoria dei contratti a tempo determinato (con durata massima di 24 mesi), ma generalmente trasformabile – a seguito della scadenza – in un contratto di lavoro a tempo indeterminato³⁸. Le finalità perseguite mediante il contratto di formazione e lavoro sono l'assunzione

il superamento del precariato”, è prevista dall'art. 1 la possibilità per le amministrazioni di incrementare la percentuale degli assunti tramite apprendistato di un ulteriore 15%, allargando il bacino per le assunzioni ai neodiplomati nei percorsi degli Istituti Tecnici Superiori (ITS Academy). Per un primo commento sull'evoluzione normativa, PAPINI, *Le principali novità del decreto PA*, in *Interventi ADAPT*, 12 maggio 2025; M. COLOMBO, *Quando perseverare è diabolico: brevi note su apprendistato nella PA e decreto reclutamento*, in *Interventi ADAPT*, 12 maggio 2025.

³⁴ Nello specifico, d.lgs. n. 81/2015, Capo V – Apprendistato, artt. 41-47. Particolarmente critica al riguardo è CICCODICOLA, *I contratti di apprendistato e di formazione e lavoro nella P.A.*, in *GDA*, 2024, 3, 348-349, che reputa poco comprensibile la scelta del legislatore di sottrarre all'apprendistato nella PA la regolazione – più completa – vigente per il settore privato, oltre a reputare rischiosa l'elevata discrezione decisionale lasciata alle pp.aa. nella fase di stesura e pubblicazione del bando.

³⁵ M. COLOMBO, PAPINI, TIRABOSCHI, *op. cit.*, 15-27; CICCODICOLA, *op. cit.*, 346 ss.; SURIANO, *op. cit.*, 449 ss.; TIRABOSCHI, *Apprendistato e lavoro pubblico: una riflessione di sistema e una questione di metodo*, in *CLIP, La flessibilità nelle pubbliche amministrazioni*, 14 gennaio 2025, 12-18; M. COLOMBO, TIRABOSCHI, *Apprendistato e lavoro pubblico: un'occasione persa per colpa delle singole amministrazioni o per errori di progettazione dello “strumento” da parte del centro?*, in *Interventi ADAPT*, 17 febbraio 2025.

³⁶ I dati sono ripresi dalla recente ricerca condotta da M. COLOMBO, PAPINI, TIRABOSCHI, *Contratto di apprendistato e pubbliche amministrazioni: una sperimentazione che non decolla*, *ADAPT WP*, 2025, 1, 15-27. I dati sono aggiornati al 15 gennaio 2025.

³⁷ Per un'analisi dell'istituto ricompreso tra le forme contrattuali flessibili nel pubblico impiego, F. CARINCI, BOSCATI, MAINARDI, *op. cit.*, 200-203; TIMELLINI, *op. cit.*, 420-424. Sull'evoluzione della disciplina normativa più recente, ZARRELLA, *op. cit.*, 177 ss.

³⁸ Sul tema, è interessante la disamina del C.F.L. effettuata da PINTO, *op. cit.*, 3-8- L'A. è critico rispetto alla correlazione ad esigenze transitorie di contratti che escludono nella realtà necessità opposte.

di figure professionali intermedie o elevate, e l'agevolazione dell'ingresso nel mercato del lavoro tramite un'esperienza professionale pratica. A tali fini, esistono due tipologie di contratto di formazione e lavoro³⁹: la prima, cd. *C.F.L. di tipo A* o «forte», ha una durata massima di 24 mesi ed è rivolta all'assunzione di professionalità intermedie o elevate, prevedendo un carico formativo compreso tra le 80 e le 130 ore ciascuna; la seconda, cd. *C.F.L. di tipo B* o «leggero», ha una durata massima di 12 mesi e prevede un percorso formativo di minimo 20 ore per l'inserimento della figura professionale nel contesto produttivo della PA di riferimento. In caso di mancata erogazione della formazione obbligatoria, la pubblica amministrazione deve ottemperare al solo risarcimento del danno nei confronti del lavoratore, non operando invece la sanzione della conversione del rapporto a tempo pieno ed indeterminato. Inoltre, la facoltà di procedere con ulteriori assunzioni mediante contratti di formazione e lavoro è condizionata alla stabilizzazione in servizio di almeno il 60% dei lavoratori con contratto di formazione e lavoro in scadenza nei 24 mesi precedenti alla nuova assunzione tramite C.F.L.⁴⁰.

Recentemente, il legislatore è intervenuto nuovamente in materia di contratti di formazione e lavoro mediante l'art. 3-ter (*Misure per favorire il reclutamento di giovani nella pubblica amministrazione*), comma secondo, del d.l. n. 44/2023 – conv. in l. n. 74/2023 e attuato tramite d.m. del 21 dicembre 2023 – prevedendo la possibilità per le pubbliche amministrazioni di assumere giovani laureandi⁴¹ mediante la stipula di contratti di formazione e lavoro *rivisitati* rispetto alla disciplina *standard* sopra evidenziata: è assente, ad esempio, un riferimento normativo relativo alla durata massima di tali contratti, mentre è presente la sola menzione alla natura temporanea di essi; inoltre, viene indicata l'età massima di 24 anni come limite per l'assunzione mediante detta tipologia contrattuale⁴². Ai fini dell'individuazione dei laureandi da assumere mediante C.F.L., la pubblica amministrazione è tenuta a siglare convenzioni non onerose con le istituzioni universitarie⁴³.

Come nel caso dei contratti di apprendistato previsti dallo stesso intervento del legislatore, la dottrina ha evidenziato alcune criticità anche rispetto alla disciplina adottata in materia di contratti di formazione e lavoro. In primo luogo, insorge una potenziale anomalia, associata alla mancata definizione della durata massima dei C.F.L. *rivisitati*, relativamente alle tempistiche di stabilizzazione dei giovani assunti con detti contratti: infatti, se si dovesse

³⁹ Art. 16, comma 2, d.l. n. 299/1994, conv. in l. n. 451/1994.

⁴⁰ Art. 16, comma 11, d.l. n. 299/1994, conv. in l. n. 451/1994. Sono escluse dall'utilizzo del C.F.L. anche le pubbliche amministrazioni che hanno effettuato dichiarazioni di eccedenza e al collocamento in disponibilità dei propri dipendenti nei 12 mesi precedenti.

⁴¹ Art. 3-ter, d.l. n. 44/2023, conv. in l. n. 74/2023 e attuato tramite d.m. del 21 dicembre 2023. La norma specifica che i laureandi che possono essere assunti tramite C.F.L. sono coloro che hanno sostenuto tutti gli esami previsti dal loro piano di studi.

⁴² Art. 3-ter, comma 2, d.l. n. 44/2023, conv. in l. n. 74/2023. Art. 7, d.m. 21 dicembre 2023.

⁴³ Art. 1, comma 2, d.m. 21 dicembre 2023 «*Determinazione dei criteri e delle procedure per il reclutamento, con contratto a tempo determinato di apprendistato, di giovani laureati individuati su base territoriale mediante avvisi pubblicati sul portale ImPA*».

considerare come limite di durata contrattuale quello stabilito per legge a 24 mesi, i laureandi verrebbero inseriti stabilmente nella pubblica amministrazione prima dei colleghi già laureati assunti invece tramite contratti di apprendistato (che, ricordiamolo, prevedono una durata massima di 36 mesi). Altresì, appare potenzialmente critico anche l'inquadramento al livello economico di base da funzionari dei giovani assunti tramite contratti di formazione e lavoro, nonostante la laurea costituisca solitamente un requisito per l'accesso a tale inquadramento. Infine, l'ultimo aspetto suscettibile di critica è relativo alle convenzioni non onerose da siglare con le istituzioni universitarie: se, da un lato, risulta difficile distinguere le convenzioni stipulate in questo ambito da quelle concluse invece per l'espletamento dei tirocini formativi e di orientamento (che non costituiscono un rapporto di lavoro subordinato), dall'altro lato, sorgono dei dubbi rispetto all'idoneità delle università quali enti capaci di provvedere efficacemente all'approvvigionamento delle nuove competenze demandate alle pubbliche amministrazioni contemporanee⁴⁴.

Complessivamente, l'analisi del quadro normativo attuale in materia di apprendistato e contratti di formazione e lavoro ha evidenziato un contesto dinamico ed instabile, caratterizzato da interventi ricorrenti che faticano a consolidarsi in interventi strutturali e condivisi con la contrattazione collettiva.

5. Riflessioni conclusive: i contratti a contenuto formativo come strumenti di *age management* nella PA

Il presente contributo si è proposto di analizzare opportunità e criticità relative all'impiego di forme contrattuali flessibili nella pubblica amministrazione per il raggiungimento di obiettivi di *age management* in una prospettiva intergenerazionale.

La ricerca si è soffermata sullo studio dei contratti flessibili a contenuto formativo – nello specifico, apprendistato e contratti di formazione e lavoro – quali strumenti contrattuali potenzialmente utili a soddisfare le esigenze attuali sia delle pubbliche amministrazioni che dei lavoratori di età anagrafiche diverse.

La riflessione sul tema è stata indotta dalla recente previsione in materia di “*Obiettivi e strumenti di age management*” introdotta nel nuovo Contratto Collettivo Nazionale per il Comparto delle Funzioni Centrali. Analogamente, la riflessione finale sarà costruita attorno a questa disposizione. Più precisamente, si procederà alla rilettura degli obiettivi e degli strumenti indicati dall'art. 27 ipotizzando l'impiego dei contratti flessibili a contenuto formativo precedentemente analizzati.

⁴⁴ Su questi tre punti è molto critica l'analisi condotta da CICCOCICOLA, *op. cit.*, 348-349. Una lettura più ottimistica dei recenti interventi legislativi è quella fornita invece da SURIANO, *op. cit.*, 451-453 e da ZARRELLA, *op. cit.*, 177-180.

L'art. 27, al suo primo comma, indica una serie di finalità che le singole amministrazioni devono perseguire – nel quadro delle politiche di gestione del personale – tenendo conto dell'età dei dipendenti. L'impiego di contratti a carattere formativo per l'assunzione di lavoratori giovani sembra consentire il raggiungimento di gran parte degli obiettivi stabiliti⁴⁵. In merito alla prima finalità, ovvero la valorizzazione della persona lungo l'intero percorso professionale, l'impiego di tali contratti si configura come strumento utile sia per l'integrazione dei giovani, sia per il riconoscimento del ruolo formativo e della professionalità dei lavoratori *senior*. Inoltre, i contratti a contenuto formativo risultano funzionali anche al perseguimento della seconda finalità, ossia la promozione di ambienti favorevoli alla produttività individuale e all'efficienza organizzativa. In questa prospettiva, essi permettono la valorizzazione e la formazione delle competenze dei singoli lavoratori, agevolando il reclutamento mirato di figure coerenti con il fabbisogno organizzativo della singola amministrazione.

L'art. 27, al suo secondo comma, indica le misure e le strategie utili al raggiungimento degli obiettivi appena menzionati. Nuovamente, l'impiego dei contratti a contenuto formativo appare coerente con molte di esse. La prima strategia indicata consiste nella «valorizzazione del ruolo attivo del personale con maggiore esperienza [...] come portatore di competenze e conoscenze da trasmettere alle nuove generazioni». In tale ottica, i contratti a contenuto formativo – ed in particolare l'apprendistato che prevede l'affiancamento di un *tutor* al giovane lavoratore – favoriscono la costruzione di percorsi strutturati di scambio intergenerazionale delle conoscenze. La seconda strategia prevista dall'art. 27 consiste nell'introduzione di una maggiore flessibilità nella gestione del personale. In questa prospettiva, le amministrazioni sono chiamate a pianificare in modo integrato l'utilizzo delle diverse forme contrattuali flessibili – lavoro agile, telelavoro e *part-time*, a cui si aggiungono in questa sede i contratti formativi – al fine di sviluppare una strategia di gestione del personale orientata al lungo periodo e pensata sulla base della sua composizione anagrafica⁴⁶.

La rilettura dell'art. 27 appena conclusa consente di considerare i contratti flessibili a contenuto formativo come strumenti di *age management* a tutti gli effetti, soprattutto tenendo conto dell'impatto di tali contratti su categorie anagrafiche diverse di lavoratori. Al contrario, l'analisi della normativa vigente in materia di apprendistato e contratti di formazione e lavoro ha fatto emergere un quadro che all'atto pratico non risulta capace di dare attuazione a quanto immaginato. Le difficoltà risiedono nelle criticità “storiche” che impediscono l'inserimento strutturale di tali forme contrattuali nel pubblico impiego, come evidenziato anche dai dati che ne documentano l'utilizzo.

⁴⁵ Fa eccezione l'obiettivo relativo alla promozione delle migliori condizioni di salute possibili e la prevenzione di malattie e infortuni. Parzialmente, fa eccezione anche l'obiettivo della formazione continua dei lavoratori, che può comunque essere indirettamente ricollegato ai rapporti di lavoro a contenuto formativo.

⁴⁶ In questa prospettiva, un ruolo essenziale viene attribuito al PIAO delle singole amministrazioni. Gli obiettivi e gli strumenti di *age management* hanno fatto la loro comparsa già nei PIAO per gli anni 2025-2027 di alcune amministrazioni, tra cui: PIAO Inapp; PIAO Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari Trento; PIAO Comune di Russi; PIAO Comune di Lugo.

CORTE D'APPELLO DI FIRENZE, sentenza 26 febbraio 2025 n. 1; Pres. Papait – Est. Santoni Rugiu – Consigliera di Parità della Regione Toscana (avv. Amoriello e Romoli) c. [...] (avv. Iervolino).

Genitorialità – Discriminazione indiretta – Orario di lavoro – Tutela collettiva – Piano di Rimozione – Risarcimento del danno.

L'imposizione di un orario uniforme e rigido, incidente sulla durata della pausa pranzo, pur presentandosi come disposizione organizzativa apparentemente neutra, in assenza di comprovate esigenze aziendali integra discriminazione indiretta collettiva ove determini un particolare svantaggio per lavoratori e lavoratrici con responsabilità di cura genitoriale e di familiari bisognosi di assistenza. Il fattore protetto della genitorialità, unitamente a quello della cura familiare, trova specifica tutela nell'azione collettiva ex art. 37, d.lgs. 198/2006 e nell'applicazione del regime probatorio agevolato, da cui discende l'individuazione per via giudiziaria del piano di rimozione e il diritto al risarcimento in funzione dissuasiva e preventiva.

Genitorialità e orario di lavoro nella prospettiva della discriminazione indiretta: autonomia della fattispecie, tutela collettiva e funzione dissuasiva del risarcimento

Fabiola Lamberti

Ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi Roma Tre

SOMMARIO: 1. La centralità del tempo nell'equilibrio vita-lavoro e nelle dinamiche discriminatorie. – 2. Dal *male breadwinner* al *dual-carer*: il riconoscimento della *genitorialità* come fattore autonomo di rischio discriminatorio indiretto. – 3. La neutralità apparente delle prassi organizzative e l'evoluzione dal criterio quantitativo a quello qualitativo del «particolare svantaggio». – 4. Profili processuali della tutela collettiva ex art. 37, d.lgs. n. 198/2006, e riparto dell'onere probatorio. – 5. Il piano di rimozione come «ragionevole accomodamento» e il risarcimento del danno come elemento preventivo e dissuasivo. – 6. Riflessioni conclusive.

Sinossi: La Corte d'Appello di Firenze riconosce la sussistenza di discriminazione indiretta collettiva nell'imposizione di un regime orario uniforme che, pur apparentemente neutro, determina un «particolare svantaggio» per lavoratori e lavoratrici con responsabilità genitoriali o familiari. La sentenza opziona una valutazione qualitativa del pregiudizio, valorizzando l'autonomia del fattore genitorialità rispetto al genere e l'efficacia dell'azione collettiva ex art. 37, d.lgs. 198/2006. Si afferma l'inversione dell'onere probatorio in capo al datore di lavoro, tenuto a dimostrare la giustificatezza e la proporzionalità della misura organizzativa, nonché la necessità di un piano di rimozione volto a garantire una flessibilità oraria compatibile con le esigenze di conciliazione vita-lavoro. Il risarcimento del danno non patrimoniale in favore della Consigliera di Parità assume funzione dissuasiva e riparatoria dell'interesse collettivo violato, prescindendo dall'identificazione di vittime dirette e specifiche.

Abstract: The Court of Appeal of Florence recognises the existence of collective indirect discrimination in the imposition of a uniform working time regime which, though apparently neutral, determines a particular disadvantage for employees with parental or family responsibilities. The judgment adopts a qualitative assessment of the harm, emphasising the autonomy of the parenthood factor compared to gender and the effectiveness of collective action pursuant to Article 37 of Legislative Decree No. 198/2006. It affirms the reversal of the burden of proof upon the employer to demonstrate the justification and proportionality of the organisational measure, as well as the need for a removal plan aimed at ensuring working time flexibility compatible with work-life reconciliation requirements. The award of non-pecuniary damages in favour of the Equal Opportunities Counselor assumes a deterrent and reparatory function for the violated collective interest, regardless of the identification of direct and specific victims.

1. La centralità del tempo nell'equilibrio vita-lavoro e nelle dinamiche discriminatorie

Riformando la pronuncia n. 1127/2023 del Tribunale di Firenze, la Corte di Appello di Firenze – sezione lavoro – con sentenza n. 1 del 7 gennaio 2025 ha accolto le argomentazioni della Consigliera di Parità della Toscana che, soccombente in primo grado, aveva presentato appello per un caso di discriminazione indiretta collegata alla modifica unilaterale dell'orario di lavoro.

Nel precedente grado di giudizio il Tribunale aveva respinto la richiesta della Consigliera di Parità a far dichiarare discriminatorio nei confronti di alcune dipendenti, il comportamento aziendale consistente nell'aver esteso la pausa pranzo e previsto un orario uniforme (13:00-14:30) per tutti i dipendenti, con conseguente prolungamento dell'orario di uscita dagli uffici, fissato alle 18.30. Le lavoratrici, madri di figli minori o *caregiver* di familiari bisognosi di assistenza, avevano richiesto di poter utilizzare in modo ridotto il tempo della pausa pranzo, unilateralmente fissato in un'ora e trenta, così da anticipare l'orario di uscita per far fronte alle necessità familiari.

La sentenza in commento, accogliendo le motivazioni esposte dalla Consigliera ha *in primis* sancito la legittimità ad agire della stessa Consigliera, in applicazione dell'art. 37, d.lgs. n. 198/2006, riconoscendo la sussistenza di una discriminazione collettiva indiretta e, sotto altro profilo, ha evidenziato il profilo (potenzialmente) discriminatorio della modifica unilaterale dell'orario di lavoro così statuendo un «piano di rimozione» della discriminazione e il risarcimento del danno con funzione «preventiva» e «dissuasiva».

La pronuncia rappresenta un importante tassello nella giurisprudenza antidiscriminatoria nazionale, confermando l'evoluzione del diritto del lavoro verso un approccio più sensibile alle esigenze di conciliazione tra vita familiare e professionale.

Il punto di partenza è che – come dimostrano ampiamente sia i dati statistici, sia l'empirica osservazione della realtà sociale – le esigenze di cura e di accudimento familiare ricadono soprattutto sulle donne: è pacifico – scrive la Corte – che siano le lavoratrici ad essere onerate dei compiti di cura dei figli minori e/o di accudimento di genitori anziani¹.

Il riconoscimento di queste difficoltà costituisce un «fattore di protezione» cui la disciplina antidiscriminatoria accorda specifiche tutele, posto che una maggiore conciliabilità tra gli orari della prestazione lavorativa e quelli di cura consente, in sostanza, migliori condizioni di parità di trattamento e pari opportunità².

A tal proposito la Corte richiamando la normativa europea e nazionale, afferma che «il regime orario di lavoro (quindi anche quello relativo alle pause intermedie) non è un dato neutro rispetto alla parità di trattamento fra lavoratrici onerate della cura familiare e colleghi privi di questo fattore» quindi, riguardo al caso specifico, «ridurre il tempo complessivamente impegnato dal lavoro (orario di servizio + pausa pranzo) in favore del tempo residuo da dedicare alle necessità familiari, rappresenta il vero e proprio obiettivo della conciliazione vita-lavoro protetto dalla disciplina antidiscriminatoria e non una convenienza generica».

Come sottolineato nella dottrina più recente³, la regolazione dell'orario di lavoro rende necessario un approccio sistematico che consideri la dimensione temporale come elemento centrale nelle dinamiche di parità⁴.

La decisione in commento si colloca infatti all'interno di un ampio sistema di riforme legislative volte a promuovere la parità di genere nel mondo del lavoro, avviato sul versante nazionale con la trasposizione della direttiva UE 2019/1158 attuata con il d.lgs. n. 105/2022, e proseguito con la Strategia nazionale per la parità di genere⁵ e la legge n. 162/2021 che, nel modificare l'articolo 25 del d.lgs. n. 198/2006, c.d. Codice delle pari

¹ MILITELLO, *Tempi di lavoro e conciliazione. L'orario di lavoro scelto come strumento di Parità*, in *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della dir. 2019/1158/UE*, QDLM, 2023, 41; VALLAURI, TONARELLI, *Povertà femminile e diritto delle donne al lavoro*, in LD, 2019, 1, 173 ss.

² IZZI, *La discriminazione di genere rivisitata e il puzzle da ricomporre*, in LD, 2022, 3, 514.

³ SCARPONI, *Madri e padri al lavoro: le ambiguità irrisolte del quadro normativo nazionale*, in LD, 2023, 2, 399.

⁴ PASQUALETTO, *La complicata nozione di discriminazione di genere dopo la legge n. 162/2021*, in DRI, 2024, 2, 349 ss.; per un approccio interdisciplinare CIUCCIOVINO, GIOVANNONE, (a cura di), *Dimensioni e questioni della disegualianza di genere. Studi multidisciplinari*, Roma Tre Press, 2025.

⁵ GOTTARDI, *Recovery plan e lavoro femminile*, in DLM, 2021, 2, 261 ss.; CATAUDELLA, *La parità di genere: una priorità "trasversale" del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in LPO, 2022, 1-2, 1.

opportunità, ha ampliato la nozione di discriminazione indiretta⁶, individuando puntuali profili di specialità⁷.

Nel caso di specie la discriminazione indiretta rilevata dalla Corte è stata ritenuta sanzionabile in quanto idonea ad incidere sul «fattore protetto» consistente non tanto nel genere, quanto nella *genitorialità* e nella *cura familiare*⁸ intesa come condivisione delle responsabilità di cura tra uomini e donne al fine del conseguimento di un'effettiva parità di genere in ambito sia lavorativo sia familiare⁹.

Già prima della sentenza che qui si commenta le differenze di trattamento fondate sulla genitorialità, di cui all'art. 3, d.lgs. 151/2001, erano state pacificamente inquadrate, dalla giurisprudenza italiana, tra le discriminazioni indirette, poiché volte a svantaggiare i genitori rispetto alla generalità degli altri lavoratori e lavoratrici¹⁰.

La decisione si inserisce infatti nel filone giurisprudenziale che riconosce la *genitorialità* come fattore di rischio autonomo rispetto al genere, in linea con l'evoluzione normativa del comma 2-*bis* dell'art. 25, d.lgs. n. 198/2006.

2. Dal *male breadwinner* al *dual-carer*: il riconoscimento della *genitorialità* come fattore autonomo di rischio discriminatorio indiretto

La discriminazione indiretta, come noto, si verifica quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere le persone con determinate caratteristiche in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone.

⁶ C. GAROFALO, *Il problematico allargamento della nozione di discriminazione nel codice delle pari opportunità*, in *LDE*, 2023, 1, 2.

⁷ SPINELLI, *Riforme parallele e disequilibrio vita-lavoro: un cantiere sempre aperto*, in CARABELLI (a cura di), *Riforme parallele e disequilibrio vita-lavoro*, Quaderni di RGL, 2023, 8, 21.

⁸ La pronuncia si colloca nel solco di un precedente giurisprudenziale specifico, costituito dall'ordinanza del Tribunale di Firenze del 22 ottobre 2019, in *RIDL*, 2020, 4, II, 665 ss., con note di IZZI, *Discriminazioni verso i genitori e risarcimento dei danni in funzione sanzionatoria* e di PACCHIANA PARRAVICINI, *Brevi note sui profili processuali della discriminazione indiretta: onere della prova ed apparato sanzionatorio*. La pronuncia fiorentina viene qui integralmente recepita e ampliata nei profili argomentativi, anche sulla scorta dell'ulteriore decisione del 31 dicembre 2021 del Tribunale di Bologna, in *RIDL*, 2022, 2, II, 265 ss., con nota di PERUZZI, *Orario di lavoro e discriminazione per genitorialità: la soluzione giurisprudenziale prima della l. n. 162/2021*, che, anche antecedentemente alla modifica dell'articolo 25, individua nella genitorialità il fattore di rischio definito e qualificato quale elemento costitutivo della discriminazione derivante dalla modifica organizzativa.

⁹ MARINELLI, *Gender gap e mercato del lavoro alla luce della pandemia: il punctum dolens e la ripartizione tra i generi dei compiti di cura genitoriale*, in *RIDL*, 2021, I, 65 ss.; MILITELLO, *Questo non è un Paese per genitori (lavoratori)*, in *LD*, 2023, 2, 389 ss.

¹⁰ ALESSI, *Maternità e progressione in carriera. un rapporto (ancora) difficile*, nota a Corte costituzionale, 04 dicembre 2023, n. 211, in *RIDL*, 2023, 4, II, 736 ss.

Recentemente, la Corte di cassazione ha fornito ulteriori chiarimenti in tema di discriminazione indiretta¹¹ precisando che essa opera in modo oggettivo, come effetto delle azioni o politiche adottate dal datore di lavoro, senza che sia necessario provare un intento discriminatorio da parte dello stesso¹².

Il quadro normativo, come si accennava, ha subito un'evoluzione significativa con l'adozione della direttiva UE 2019/1158 del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare¹³, che ha rappresentato il primo intervento organico di riforma delle politiche per la famiglia a livello sovranazionale¹⁴.

In linea con la definizione di discriminazione indiretta prevista dal diritto dell'Unione europea, l'articolo 25, comma 2, d.lgs. n. 198/2006, come modificato dalla l. n. 162/2021, ravvisa una discriminazione indiretta «quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento, compresi quelli di natura organizzativa o incidenti sull'orario di lavoro, apparentemente neutri mettono o possono mettere i candidati in fase di selezione e i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari».

Per quanto qui ci occupa, l'inciso «compresi quelli di natura organizzativa o incidenti sull'orario di lavoro» rappresenta il punto di approdo di un'evoluzione concettuale che ha progressivamente acquisito la consapevolezza che, spesso, le discriminazioni si nascondono nelle pieghe delle decisioni organizzative discrezionali¹⁵ producendo, benché apparentemente neutre, una «posizione di particolare svantaggio». Da ciò deriva la posizione rigorosa assunta dalla giurisprudenza¹⁶ circa le ragioni giustificative addotte dal datore di lavoro, come vedremo meglio nel prosieguo.

Ciò che rileva, nella prova della discriminazione indiretta, è la necessità di dimostrare il «particolare svantaggio»; tale prova si raggiunge dimostrando che un provvedimento colpisce negativamente e in proporzione significativamente maggiore le persone di una determinata 'categoria' rispetto alla generalità degli altri lavoratori.

La «posizione di svantaggio rispetto alla generalità degli altri lavoratori» è richiamata altresì al comma 2-bis del medesimo articolo come conseguenza della discriminazione (indiretta)

¹¹ Cass., 2 maggio 2024, n. 11731; Cass., 22 maggio 2024, n. 14316, ambedue con riferimento alla disabilità.

¹² SANTAGATA DE CASTRO, *Discriminazione diretta e indiretta: una distinzione da ripensare?*, in *LD*, 2022, 3, 509.

¹³ BONARDI, *Il diritto di assistere. L'implementazione nazionale delle previsioni a favore dei caregivers della direttiva 2019/1158 in materia di conciliazione*, in ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D'ONGHIA, MILITELLO, SARACINI, VALLAURI (a cura di), *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della dir. 2019/1158/UE*, in *QDLM*, 2023, 14, 103; CHIEREGATO, *Conciliazione vita-lavoro: la nuova direttiva UE sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare*, in *LG*, 2020, 2, 125 ss.

¹⁴ CHIEREGATO, *A work-life balance for all? Assessing the inclusiveness of EU Directive 2019/1158*, in *IJCLIR*, 2020, 1, 62.

¹⁵ PASQUALETTO, *La complicata nozione di discriminazione di genere dopo la legge n. 162/2021*, op. cit., 352.

¹⁶ Più recentemente Trib. Catanzaro, ord. 9 dicembre 2023, reperibile on line <https://www.italianequalitynetwork.it/archivio/?id=106>, con commento di COLABRARO.

attuata «con ogni trattamento o *modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro* che, in ragione del sesso, dell'età anagrafica, delle *esigenze di cura personale o familiare*, dello stato di gravidanza nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti»¹⁷.

L'innesto, nell'art. 25, comma 2-*bis*, delle «esigenze di cura personale o familiare» come fattispecie tipizzata di causa discriminatoria ha consentito di assegnare alla fattispecie della discriminazione per *genitorialità* una propria autonomia rispetto a quella di *genere*, stante il rapporto di reciproca autonomia tra genere e genitorialità e la possibilità di distinguere la fattispecie di cui al comma 2-*bis* da quella di cui al comma 2¹⁸.

Ne consegue che la verifica circa la sussistenza della discriminazione indiretta non va compiuta avendo riguardo al mero provvedimento, ma all'effetto discriminatorio da esso prodotto.

La sentenza della Corte d'Appello si colloca proprio in questo contesto evolutivo, contribuendo a definire i contorni applicativi della (nuova) normativa.

3. La neutralità apparente delle prassi organizzative e l'evoluzione dal criterio quantitativo a quello qualitativo del «particolare svantaggio»

Il nucleo teorico della sentenza risiede nel superamento di una lettura meramente *quantitativa* della discriminazione indiretta in favore di una nozione *qualitativa*, centrata sugli effetti potenzialmente peggiorativi che una regola organizzativa, seppur formalmente neutra, può in concreto determinare per chi si trova in una situazione protetta, coincidente – nel caso di specie – con la condizione di *genitorialità*.

Pertanto, in una prospettiva interpretativa estensiva, l'esplicita individuazione della *genitorialità* quale fattore di rischio tipizzato, autonomo dal genere, consente di poter configurare una discriminazione di tal fatta non perché a subirla siano – per la verità – in stragrande maggioranza le donne, quanto per il fatto che a subirla siano i lavoratori e le lavoratrici già solo a causa del loro stato di maternità o paternità.

La Corte di Appello critica puntualmente l'orientamento del Tribunale di primo grado, che – sposando un criterio quantitativo della nozione di «particolare svantaggio» – aveva richiesto la dimostrazione di «uno svantaggio specifico e proporzionalmente maggiore»

¹⁷ SCARPONI, *Legge n. 162/2021 "Modifiche al Codice di Pari Opportunità": un tassello importante verso l'eguaglianza uomo-donna nel lavoro*, in www.labourlawcommunity.org, 7 dicembre 2021.

¹⁸ M. PERUZZI, *Orario di lavoro e discriminazione per genitorialità: la soluzione giurisprudenziale prima della l. n. 162/2021*, op. cit., ritiene condivisibile l'accento posto dalla pronuncia sull'autonomia del fattore genitorialità rispetto al genere, all'interno di una disposizione, il comma 2-*bis*, che, citando anche la paternità, non può che condurre a tale conclusione interpretativa, per quanto la tutela del padre operi a vantaggio di una redistribuzione dei ruoli e, quindi, di pari opportunità tra uomini e donne sul lavoro.

con «la dimostrazione della misura quantitativa di tale conseguenza». La Corte supera la richiesta del Tribunale di primo grado di dimostrare conseguenze specifiche e misurabili, affermando che il «particolare svantaggio» deve essere inteso come «condizione di maggiore difficoltà nella conciliazione fra i tempi di lavoro e quelli di cura».

L'orientamento si allinea all'impostazione evolutiva della giurisprudenza e della dottrina più recente, secondo cui la soglia discriminatoria si collega non al *quantum* dello svantaggio ma alla sussistenza del rischio – qualitativamente inteso – di compressione della conciliazione vita-lavoro garantita dal diritto UE¹⁹ che, con la direttiva UE 2019/1158, ha sancito per la prima volta il legame strumentale che esiste tra orario di lavoro ed equilibrio tra vita e lavoro²⁰.

La complessa tematica della flessibilità degli orari, posta alla base della controversia promossa dalla Consigliera di parità della Toscana, trova infatti esplicito riferimento nella direttiva UE 2019/1158. Tale disposizione, in termini più ampi, riconosce ai genitori e ai prestatori di assistenza il diritto di presentare istanze di modalità lavorative flessibili per ragioni di cura, con l'obbligo per il datore di lavoro di fornire una risposta entro tempi congrui, corredata di apposita motivazione in caso di diniego o rinvio (art. 9)²¹.

In giurisprudenza, il superamento dell'approccio quantitativo trova fondamento nella sentenza *Danfoss*²² che ha elevato l'organizzazione del tempo di lavoro a potenziale terreno di discriminazione di genere²³. Il caso, puntualmente richiamato nella sentenza in commento, rappresenta una trasposizione sistematica dei principi consolidati in materia retributiva al settore dell'organizzazione del tempo di lavoro, evidenziando come «la misura dell'orario di lavoro e la sua distribuzione nell'arco della giornata, e quindi anche la durata della pausa pranzo, non sono dati neutri di trattamento»²⁴.

Pertanto, come accennato, la giurisprudenza domestica aveva già recepito le indicazioni dei giudici unionali come nel caso deciso dal Tribunale di Bologna²⁵, relativo ad una di-

¹⁹ D'ONGHIA, *L'incidenza delle misure di conciliazione sul sistema di protezione sociale*, in *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della dir. 2019/1158/UE*, QDLM, 2023, 14, 127.

²⁰ CALAFÀ, *I congedi dei genitori dopo la trasposizione della direttiva 2019/1158*, in ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D'ONGHIA, MILITELLO, SARACINI, VALLAURI (a cura di), *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della dir. 2019/1158/UE*, QDLM, 2023, 14, 13; ALESSI, *La flessibilità del lavoro per la conciliazione nella direttiva 2019/1158/UE e nel d.lgs. 30 giugno 2022 n. 105*, in ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D'ONGHIA, MILITELLO, SARACINI, VALLAURI (a cura di), *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della dir. 2019/1158/UE*, QDLM, 2023, 14, 85; SARACINI, *La normativa sui congedi e sull'equilibrio tra vita e lavoro nel pubblico impiego*, in ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D'ONGHIA, MILITELLO, SARACINI, VALLAURI (a cura di), *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della dir. 2019/1158/UE*, QDLM, 2023, 14, 13.

²¹ LECCESE, *La dimensione spazio-temporale della prestazione lavorativa, tra flessibilità dei tempi e garanzia dei diritti fondamentali in Genere, diversità, discriminazioni tra società e istituzioni Prospettive di ricerca e politiche trasformatrice*, numero monografico, *Diritto e Società*, 2024, 1-2, 233 ss.

²² Corte di giustizia UE del 17 ottobre 1989, caso *Danfoss* (C-109/88).

²³ BORELLI, *Sguardi sul diritto antidiscriminatorio e sulle recenti politiche di genere*, in *LD*, 2022, 3, 504.

²⁴ Sentenza in commento, p. 11.

²⁵ Trib. Bologna, decr. 31 dicembre 2021, n. 7559. Nel caso di specie il datore aveva applicato in modo indifferenziato all'intera platea di dipendenti (genitori e non) il nuovo sistema di turni, senza dimostrare che ciò era strettamente necessario

scriminazione collettiva perpetrata nei confronti dei lavoratori genitori di figli minori – ed in particolare delle lavoratrici madri – quali soggetti che cumulano il fattore di rischio costituito dal sesso con quello costituito dalla genitorialità²⁶.

Anche il Tribunale di Firenze aveva già individuato, in altra controversia, una discriminazione indiretta a carico delle lavoratrici madri in relazione all'introduzione di significative modifiche al regime di flessibilità oraria che avevano inciso negativamente sulla capacità di conciliazione tra vita privata e lavoro²⁷.

Analogamente, il Tribunale di Ferrara²⁸ ha riconosciuto una fattispecie di discriminazione analoga qualora il datore di lavoro modifichi i turni di lavoro di tutti i dipendenti al rientro dalla maternità, arrecando tuttavia un pregiudizio specifico alla madre di un figlio con disabilità.

In particolare, nel caso di lavoratori con responsabilità genitoriali la natura del diritto tutelato impone un bilanciamento tra interessi di pari rango: l'interesse organizzativo del datore dovrà quindi armonizzarsi alle esigenze genitoriali alla stregua degli «accomodamenti ragionevoli».

Con la conseguenza che il rifiuto immotivato di accogliere una richiesta di flessibilità, al pari del rifiuto (immotivato) di adozione soluzioni ragionevoli (per una persona con disabilità o suo *caregiver*), verrà a costituire di per sé una forma vietata di discriminazione, trovando applicazione il sistema rimediabile tipico del diritto antidiscriminatorio²⁹.

4. Profili processuali della tutela collettiva ex art. 37, d.lgs. n. 198/2006, e riparto dell'onere probatorio

Perché si configuri una discriminazione è però imprescindibile l'assenza delle cause di giustificazione previste nell'ultimo periodo del comma 2 dell'articolo 25, secondo cui le condotte datoriali sono giustificabili se riguardano «requisiti essenziali allo svolgimento

per il soddisfacimento di specifiche e comprovate esigenze dell'impresa. Il provvedimento è annotato da PERUZZI, *Orario di lavoro e discriminazione per genitorialità: la soluzione giurisprudenziale prima della l. n. 162/2021*, op. cit., e da CURCIO, *Lavoratrici madri e discriminazione per genitorialità in caso di modifiche di orario lavorativo: la cura dei figli riguarda ancora soprattutto le donne...*, in *QG*, 2022, 1.

²⁶ Nel caso citato giudice ha accertato la sussistenza di una discriminazione indiretta nella condotta dell'impresa, subentrante in un contratto d'appalto, consistente nella modifica del regime di orario di lavoro, passato da un turno unico a una articolazione su due turni disponendo l'adozione, da parte del nuovo datore di lavoro, di un piano di rimozione finalizzato a eliminare gli effetti discriminatori. Contestualmente, è stata pronunciata la condanna al risarcimento del danno non patrimoniale in favore della Consiglieria di parità, in funzione di tutela collettiva e sanzione della condotta illecita.

²⁷ Trib. Firenze, ord. 22 ottobre 2019, in *RIDL*, 2020, 4, II, con note di IZZI, *Discriminazioni verso i genitori e risarcimento dei danni in funzione sanzionatoria*, 659, e di PACCHIANA PARRAVICINI, *Brevi note sui profili processuali della discriminazione indiretta: onere della prova ed apparato sanzionatorio*, 673.

²⁸ Trib. Ferrara, 25 marzo 2019.

²⁹ SANTAGATA DE CASTRO, *Work-life balance, flessibilità dell'orario di lavoro e discriminazioni*, in *DLM*, 2023, 1, 48.

dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari».

L'onere della prova di tali esimenti incombe sul datore di lavoro.

E, in effetti, la Corte precisa che «la società non aveva dedotto che l'uniformità dell'orario di lavoro per tutti i dipendenti fosse imposta da effettive esigenze aziendali», evidenziando come l'interesse meramente gestionale a «evitare di ricevere una pluralità di richieste di modifica» non possa giustificare misure discriminatorie.

Mancando la prova datoriale della giustificazione della misura generalizzata a impatto differenziato, il Tribunale accerta la natura discriminatoria, sub specie di discriminazione indiretta, della condotta datoriale lamentata. Condanna, quindi, la società convenuta, oltre che al risarcimento del danno su cui ci soffermeremo a breve, anche all'adozione di un piano di rimozione delle discriminazioni.

La sentenza valorizza significativamente l'azione collettiva della Consigliera di Parità *ex art. 37, d.lgs. n. 198/2006*³⁰, chiarendo che essa mira a prevenire discriminazioni anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto le vittime di tale condotta. Questa impostazione riflette la consapevolezza che le discriminazioni di eziologia organizzativa richiedono strumenti di tutela collettiva capaci di operare su scala meta-individuale³¹.

Tale approccio è coerente con quanto evidenziato negli studi sulla conciliazione vita-lavoro tra fragilità, bisogni, servizi e contrattazione collettiva, dove si sottolinea la necessità di superare il modello individualistico della tutela per abbracciare strategie collettive e sistemiche³².

Si chiarisce così che nell'azione collettiva la discriminazione potenziale (e non quella effettiva) deve essere valutata superando l'approccio individualistico che richiederebbe la dimostrazione di svantaggi, effettivi e consistenti, a carico dei soggetti coinvolti.

La *legitimitas ad causam* della Consigliera si fonda allora sulla tutela dell'interesse collettivo alla prevenzione delle discriminazioni, prescindendo dall'identificazione di specifiche vittime individuali³³. Tale distinzione assume rilevanza sistematica poiché, nell'azione collettiva di cui si discute, la Consigliera aveva agito per rappresentare un intero gruppo che poteva essere discriminato anche in via soltanto potenziale.

³⁰ Sulla legittimazione attiva attribuita alle Consigliere di parità (di livello regionale e nazionale), o ad altri enti e associazioni rappresentativi degli interessi dei gruppi protetti per ragioni diverse dal genere, quando le discriminazioni assumono carattere collettivo, GUARISO, MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2020, 445 ss.

³¹ ALESSI, *La giurisprudenza in materia di discriminazioni e il ruolo della Consigliera di Parità: una rassegna della giurisprudenza calabrese in materia di discriminazioni di sesso*, in CIARLETTA (a cura di), *Diritto antidiscriminatorio e pari opportunità nel lavoro pubblico e privato*, Rubettino, 2014, 47 ss.

³² DELFINO, *Cura dei soggetti fragili e rapporti di lavoro subordinato fra vecchi e nuovi equilibri*, in GUASTAFERRO, TEBANO (a cura di), *Cura lavoro diritti. L'unione europea e le sfide della contemporaneità*, in QDLM, 2022, 12, 173.

³³ BORZAGA, *Il destino di Consigliere e Consiglieri di Parità in Italia dopo le più recenti riforme*, in *q. Riv.*, 2024, 3-4, 329.

La decisione conferma altresì l'applicazione del regime probatorio agevolato *ex art.* 40, d.lgs. n. 198/2006, ma con alcune specificità legate alla natura collettiva dell'azione.

Il regime probatorio attenuato in materia di discriminazioni rappresenta, come noto, una delle espressioni più chiare della tensione tra diritto sostanziale e diritto processuale, laddove l'ordinamento è chiamato a predisporre strumenti idonei a garantire l'effettività della tutela in un contesto caratterizzato da asimmetrie informative marcate.

Mentre nel sistema codicistico ordinario, disciplinato dagli artt. 2697, 2727 e 2729 c.c., è il ricorrente a dover dimostrare in modo pieno e diretto i fatti costitutivi del proprio diritto, con facoltà del giudice di apprezzare gli indizi gravi, precisi e concordanti secondo prudente valutazione, in ambito antidiscriminatorio il legislatore ha introdotto una regola speciale che 'abbassa' la soglia della prova e ne modifica l'equilibrio³⁴.

L'art. 40, d.lgs. n. 198/2006, in attuazione delle fonti europee, dispone infatti una ri-modulazione dell'onere che consente al ricorrente di assolvere al proprio compito mediante la produzione di elementi indiziari anche indiretti, fra i quali assumono particolare rilievo i dati statistici. È sufficiente, in questa logica, che tali elementi siano precisi e concordanti, senza che sia richiesto il requisito della gravità previsto dall'art. 2729 c.c. Si produce così una presunzione rafforzata: il giudice non ha più una mera discrezionalità valutativa, ma deve considerare sussistente la discriminazione, salvo che il convenuto riesca a dimostrare concretamente l'insussistenza della condotta asserita³⁵.

Anche questa scelta normativa si giustifica nel quadro del diritto dell'Unione europea che, attraverso l'art. 19 della direttiva 2006/54/CE e gli orientamenti costanti della Corte di Giustizia, ha chiarito che la parità sostanziale non può essere garantita senza una disciplina probatoria che tenga conto delle concrete asimmetrie informative³⁶. La parte debole non ha, di regola, accesso a quegli elementi organizzativi e gestionali che alimentano la disparità, mentre il datore di lavoro custodisce presso di sé le informazioni rilevanti. In questo scenario, il dato statistico acquista una funzione sistematica: una volta verificata la consistenza probatoria degli elementi addotti, il giudice deve ritenere integrata la discriminazione, imponendo al datore l'onere di dimostrarne la neutralità o la giustificazione. L'effetto pratico di questo regime è quello di rovesciare l'approccio ordinario alla costruzione giudiziale dei fatti, ponendo al centro non l'accertamento puntuale di un intento discriminatorio, ma la verifica dell'impatto oggettivo delle condotte.

³⁴ TARQUINI, *L'onere della prova nei giudizi contro le discriminazioni*, in *RGL*, 2024, 3, I, 332.

³⁵ PACCHIANA PARRAVICINI, *Brevi note sui profili processuali della discriminazione indiretta: onere della prova ed apparato sanzionatorio*, op. cit. L'A. però ravvisa nella sentenza da lei commentata (Trib. Firenze, ord. 22 ottobre 2019) «un salto argomentativo che fa discendere dal dato di fatto della maggiore esposizione dei genitori a necessità impellenti ed imprevedibili, l'esistenza di un atto discriminatorio senza passare per la doverosa verifica di come il contenuto di quell'atto in concreto possa esporre i genitori a conseguenze disciplinari, pacifico. La decisione rischia così di aprire il varco all'introduzione di forme di discriminazione in re ipsa fondate sulla sussistenza delle ragioni che giustificano l'identificazione del fattore di rischio anziché sulla prova degli effetti, anche solo potenzialmente svantaggiosi, che una condotta può avere rispetto ai portatori di tale fattore».

³⁶ C. giust., 4 luglio 2011, C-104/10, *PK.*, punto 30.

È proprio in questa prospettiva che l'art. 40, d.lgs. 198/2006, assume rilievo anche nelle azioni collettive, poiché consente di valorizzare dati di carattere sistemico allo scopo di far emergere discriminazioni diffuse, spesso impossibili da far valere sul piano individuale. Ne discende che la prova attenuata non è mero strumento processuale, ma parte integrante della garanzia sostanziale del principio di parità, nella misura in cui rende accessibile la tutela a chi – diversamente – si troverebbe privo degli strumenti per resistere all'asimmetria di potere e di informazione connaturata al rapporto di lavoro.

La Corte, rilevando che il Tribunale di primo grado aveva escluso la pertinenza dei dati statistici ISTAT sull'impegno maggiore delle donne nei compiti di cura familiare, li valorizza invece come elementi probatori fondamentali per presumere l'esistenza di una discriminazione indiretta. La decisione riconosce che, in presenza di lavoratrici onerate di compiti di cura, la misura datoriale uniforme (orario rigido con lunga pausa pranzo) ha un effetto discriminatorio oggettivo e potenziale che può essere desunto proprio dai dati statistici esistenti, senza richiedere prova ulteriore di effetti concreti e quantitativamente consistenti sul singolo lavoratore.

Questa interpretazione conduce la Corte a rovesciare la valutazione del Tribunale, affermando che la presenza di tali dati è sufficiente a fondare la presunzione di discriminazione indiretta, e sposta sull'azienda l'onere di dimostrare che la misura è giustificata da esigenze organizzative concrete e proporzionate. In tale prospettiva, i dati statistici non sono utilizzati solo come mero riferimento generale, ma costituiscono la base fattuale decisiva che determina l'accoglimento della domanda e la dichiarazione di discriminazione, con conseguente ordine di modifica delle condizioni di orario e risarcimento del danno.

5. Il piano di rimozione come «ragionevole accomodamento» e il risarcimento del danno come elemento preventivo e dissuasivo

Un aspetto di particolare innovatività riguarda il piano di rimozione disposto dalla Corte, che evidenzia un potere giudiziale di ingerenza nell'esercizio dei tipici poteri datoriali anche con riferimento all'organizzazione dei tempi della prestazione³⁷.

La misura ordinata – informare le dipendenti della possibilità di chiedere la limitazione della pausa pranzo dalle 13:00 alle 13:30 con conseguente uscita anticipata alle 17:30 per chi documenta esigenze di cura – riflette i principi del «ragionevole accomodamento» che, seppur originariamente sviluppati in materia di disabilità, trovano sempre maggiore appli-

³⁷ TINTI, *Il posto della cura. Note su conciliazione dei tempi e flessibilità*, in *LD*, 2023, 2, 401.

cazione nel diritto antidiscriminatorio offrendo al giudice di agire *ex post* sulla discriminazione rilevata assumendo come rimedio l'accomodamento ritenuto più idoneo³⁸.

Questa impostazione si inserisce coerentemente nella più ampia evoluzione del diritto antidiscriminatorio verso forme di tutela sostanziale che vanno oltre il mero accertamento della violazione, imponendo modifiche concrete alle prassi discriminatorie³⁹.

In analogia a quanto previsto per i «ragionevoli accomodamenti» diventa fondamentale applicare, anche ai casi di discriminazione indiretta, come peraltro già fatto in tempi remoti dalla giurisprudenza anglosassone su una fattispecie speculare a quella in esame⁴⁰, il «test di proporzionalità» o, più correttamente, il «test di stretta necessità» da cui discende un concreto obbligo di accomodamento per il datore, che – ora, su ordine del giudice – dovrà bilanciare le proprie esigenze con quelle dei lavoratori con compiti di cura familiare e, dunque, verificare le alternative possibili alla misura unilateralmente opzionata.

La soluzione adottata dalla Corte – possibilità di ridurre la pausa pranzo per anticipare l'uscita – rappresenta un esempio di come la flessibilità temporale possa essere uno strumento di effettiva parità e inclusione e configura un'applicazione innovativa di questi principi al campo della discriminazione indiretta di genere e per genitorialità riflettendo l'evoluzione verso modelli organizzativi più flessibili, in linea con quanto emerso negli studi su *smart working* e lavoro agile⁴¹.

Oltre al piano di rimozione della discriminazione, la Corte ha condannato l'azienda a risarcire il danno arrecato, liquidando una somma di 10.000 euro a favore della Consigliera di parità che aveva promosso l'azione collettiva.

Su questo aspetto si impone un'ulteriore riflessione poiché, in caso di discriminazione collettiva, a fronte dell'interesse *iure proprio* della Consigliera, interesse pubblico e collegato alla tutela del bene collettivo della parità di genere, la funzione del risarcimento del danno

³⁸ GUARISO, *Sanzioni e rimedi nel diritto antidiscriminatorio: rimozione, risarcimento, dissuasione*, in *RGL*, 2024, 3, I, 354.

³⁹ Sulla nozione generale, *ex multis*, D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *ADL*, 2019, 6, 21 ss.; BONARDI, *Le soluzioni ragionevoli per i disabili come tecnica di prevenzione delle discriminazioni*, in *RGL*, 2024, 3, I, 376 ss.; FILI, *L'inclusione da diritto a obbligo*, in BROLLO, CESTER, MENGhini (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Trieste, EUT Edizioni Università Trieste, 2016, 117 ss.; D'ONGHIA, *Un ulteriore importante tassello a garanzia dell'effettività della tutela per le persone disabili (nota a Corte cost. n. 152/2020)*, in *RDSS*, 2021, 1, 69 ss.

⁴⁰ SANTAGATA DE CASTRO, *Work-life balance, flessibilità dell'orario di lavoro e discriminazioni*, op. cit., richiama la controversia *London Underground Ltd v Edwards* (No. 2) [1999] ICR 494 (CA) che si concluse con l'accoglimento del ricorso promosso da una macchinista presso la metropolitana di Londra, costretta a dimettersi a seguito di una modifica delle turnazioni di lavoro. Come rileva l'A. «il Tribunale inglese, avendo accertato che la modifica all'orario di lavoro aveva un impatto differenziato sui genitori *single* e poneva in una situazione di particolare svantaggio le donne, ritiene che essa non possa superare il test di ragionevolezza: come si legge nella motivazione, il datore di lavoro avrebbe potuto (e «dovuto») *without any difficulty or expense* adottare eccezionalmente provvedimenti appropriati per venire incontro alle esigenze dei genitori *single*».

⁴¹ DAGNINO, *Priorità per l'accesso al lavoro agile e ad altre forme di lavoro flessibile*, in D. GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, in *ADAPT e-Book*, 2023, 586; sempre sulla flessibilità attuata con il lavoro agile BROLLO, *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica*, in D. GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nell'emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, vol. I, *Covid 19 e rapporto di lavoro*, in *ADAPT e-Book*, Bergamo, 2020, 167 ss.; ZILLI, *Di genere precario. La questione del lavoro delle donne di fronte, e oltre, la pandemia Covid 19*, in *ADL*, 2020, 6, 1345 ss.

deve essere valutata non solo sotto il profilo riparatorio, ma anche in termini di deterrenza e prevenzione⁴².

Pur non configurandosi come «danno punitivo» in senso stretto⁴³, il risarcimento disposto assolve – per esplicita ammissione della Corte – ad una funzione dissuasiva e preventiva, in linea con le indicazioni della giurisprudenza delle Sezioni Unite sulla *natura polifunzionale* della responsabilità civile⁴⁴. La liquidazione, attuata in via equitativa, non si basa su pregiudizi concreti subiti da specifici soggetti, ma sulla lesione dello stesso interesse collettivo tutelato dalla normativa antidiscriminatoria⁴⁵.

Il problema si inserisce così nel più ampio dibattito sulla natura e funzione del risarcimento del danno antidiscriminatorio⁴⁶.

La funzione dissuasiva è aggiuntiva rispetto a quella compensativa⁴⁷ perché il risarcimento del danno – come ci insegna la giurisprudenza unionale⁴⁸ – deve essere «integrale», e per essere integrale deve essere non solo «proporzionato», ma anche «dissuasivo», alla stregua di altri diritti a fondamento euro-unitario⁴⁹ ai quali è stato riconosciuto, proprio in funzione dissuasiva, il «danno comunitario»⁵⁰, come nel caso della violazione del divieto di abuso dei contratti a termine nel lavoro pubblico.

Tuttavia, benché sia condivisibile l'approccio che riconosce al risarcimento una funzione non meramente riparatoria ma anche dissuasiva e preventiva, la traduzione di questo principio in criteri operativi di quantificazione rimane problematica⁵¹.

⁴² BIASI, *Danni punitivi. Il caso Ryanair e l'ingresso del «danno punitivo» nel diritto del lavoro italiano*, in *GI*, 2018, 10, 2191. Più diffusamente BIASI, *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro. Compensazione, sanzione, deterrenza*, Giuffrè, 2023.

⁴³ RECCHIA, *Discriminazione collettiva indiretta e risarcimento del danno in funzione punitiva*, in *ADL*, 2020, 3, 741 ss.

⁴⁴ Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *RCP*, 2017, 4, 1198; Cass., sez. un., 21 luglio 2021 n. 20819, c.d. caso *Ryanair* in tema di discriminarietà del divieto di attività sindacale, dispone il risarcimento dei danni con liquidazione in via equitativa.

⁴⁵ Cass., ord. 11 febbraio 2025, n. 3488 secondo cui il danno patrimoniale causato da un atto discriminatorio è risarcibile anche solo ricorrendo a presunzioni e va liquidato in via equitativa. Il danno in tal caso ha natura dissuasiva.

⁴⁶ Puntuale la ricostruzione di PACCHIANA PARRAVICINI, *Brevi note sui profili processuali della discriminazione indiretta: onere della prova ed apparato sanzionatorio*, op.cit., che richiama Cass., sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100 secondo cui la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non è più «incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento» a condizione però che «qualche norma di legge chiaramente lo preveda, ostandovi il principio desumibile dall'art. 25 Cost., co. 2, nonché dall'art. 7 della Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali». Sotto il profilo unionale l'A. richiama la C. giust., 17 dicembre 2015, causa C-407/14, *Camacho*, in *ADL*, 2016, 3, 574, con nota ALVINO, *Sulla questione della risarcibilità dei danni punitivi alla vittima di una discriminazione fondata sul sesso.*, e in *RIDL*, 2016, 2, II, 445 con nota di CALAFÀ, *Sul risarcimento «dissuasivo» del danno da discriminazione del diritto UE*.

⁴⁷ MARASCO, *Sulla funzione sanzionatoria del risarcimento del «danno da discriminazione»*, in *GC.com*, 15 giugno 2020.

⁴⁸ C. giust., 17 dicembre 2015, C-407/14, *Camacho*, chiarisce che il diritto dell'Unione (nella specie l'art. 18 della direttiva n. 2006/54/CE) «permette, ma non impone, agli Stati membri di adottare provvedimenti che prevedano il versamento di danni punitivi alla vittima di una discriminazione»; sul tema diffusamente GUARISO, *Sanzioni e rimedi nel diritto antidiscriminatorio: rimozione, risarcimento, dissuasione*, in *RGL*, 2024, 3, I, 354.

⁴⁹ PICUNIO, *L'incerta cittadinanza dei danni punitivi nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 2019, 3, 687 ss.

⁵⁰ Cass., 15 marzo 2016, n. 5072, in *RIDL*, 2016, 2, II, 619.

⁵¹ CALAFÀ, *Sul risarcimento «dissuasivo» del danno da discriminazione nel diritto UE*, cit., spec. 449.

6. Riflessioni conclusive

La sentenza si colloca all'interno di una più ampia tendenza trasformativa del diritto del lavoro verso approcci maggiormente sensibili alle dimensioni della cura e della conciliazione ed evidenza, plasticamente, come l'organizzazione del tempo di lavoro rappresenti uno strumento potenzialmente discriminatorio quando non tenga conto delle diverse esigenze dei soggetti coinvolti, richiedendo un'attenta valutazione circa la proporzionalità delle misure organizzative datoriali⁵².

La decisione dimostra, altresì, come il diritto del lavoro possa contribuire alla costruzione di un *welfare* più inclusivo e capacitante, superando la logica riparatoria per abbracciare un approccio preventivo e trasformativo delle relazioni di lavoro.

In questa prospettiva, la tutela antidiscriminatoria diventa uno strumento per promuovere modelli organizzativi più inclusivi, capaci di valorizzare le differenze e di trasformare i fattori di potenziale svantaggio in opportunità di innovazione organizzativa.

L'orientamento si iscrive dunque nella più ampia (e recente) evoluzione del diritto del lavoro verso forme di tutela sostanziale della conciliazione vita-lavoro, che vanno oltre la mera parità formale di trattamento⁵³, e rappresenta – per impostazione teorica e logico-argomentativa – un modello avanzato di tutela antidiscriminatoria, pienamente radicato nei principi euro-unitari di effettività della parità di genere in ambito lavorativo.

Particolarmente apprezzabile è la proiezione in senso sostanziale dei diritti di cura e di conciliazione, la valorizzazione dei dati statistici e del regime probatorio facilitato, e la funzione deterrente delle misure compensative⁵⁴. Il superamento dell'approccio quantitativo, il rafforzamento dell'efficacia preventiva e la valorizzazione della funzione collettiva della Consiglieria di Parità appaiono pienamente condivisibili sia nella prospettiva dottrinale che in quella giurisprudenziale, anche comparata.

Nonostante l'innegabile valore della pronuncia, emergono però alcuni profili problematici. La sentenza non affronta adeguatamente il rapporto tra le misure di flessibilità imposte giudizialmente e le previsioni del contratto collettivo applicabile in relazione a possibili forme di elasticità oraria.

L'estensione del perimetro del controllo antidiscriminatorio finisce per aprire la strada a una valutazione giudiziale sulla legittimità dell'esercizio del potere datoriale in materia di organizzazione dei tempi di lavoro, soprattutto quando tali scelte incidono sull'equilibrio tra vita professionale e vita privata. Un tale ampliamento del sindacato del giudice rischia tuttavia di spingersi oltre i confini fisiologici del ruolo giudiziario, invadendo ambiti che

⁵² BARBERA, BORELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in WP D'Antona, *It.*, 2022, 451, 8 ss.

⁵³ Sullo sviluppo della flessibilità nel lavoro pubblico, SARACINI, *Lavoro pubblico e contrattazione collettiva per una equilibrata conciliazione tra esigenze di vita e di lavoro*, in CARABELLI (a cura di), *Riforme parallele e disequilibrio vita-lavoro*, QRGL, 2023, 8, 70.

⁵⁴ SCARPONI, *"Work life balance" fra diritto UE e diritto interno*, in WP D'Antona, *Int.*, 156/2021, 3.

dovrebbero essere più prudentemente rimessi alla contrattazione collettiva o alla capacità regolativa delle politiche datoriali⁵⁵. In questa prospettiva, appare preferibile che il giudice non venga chiamato a farsi arbitro di equilibri organizzativi così delicati, lasciando invece spazio a strumenti negoziali e regolatori più idonei a governarli in maniera efficace e duratura.

Come già osservato, la giurisprudenza sembra aver fatto di tale potere un «uso assai accorto»⁵⁶: in alcuni casi il giudice si è limitato a ordinare una circoscritta modifica dell'orario per consentire lo svolgimento almeno parziale di compiti di cura⁵⁷; in altri ha ordinato il ripristino dell'orario precedente ritenendo insufficiente a giustificare un gravoso cambio di orario la mera esigenza aziendale di uniformare gli orari di tutti i *caregivers* presenti in azienda⁵⁸; in altre circostanze (peraltro nella vigenza del testo *ante* novella del comma 2-*bis*), il giudice ha ordinato di prevedere un piano di rimozione concordato tra le parti sociali⁵⁹.

La coesistenza tra tutela giudiziale e autonomia collettiva meriterebbe un approfondimento sistematico che la pronuncia non fornisce⁶⁰, diversamente da quanto fatto da altra giurisprudenza di merito già citata in cui l'organo decidente, lungi dall'ingerirsi nelle dinamiche organizzative ha invitato a concordare il piano di rimozione con le parti sociali.

Restano perplessità anche sul versante della quantificazione del danno risarcibile.

Pur seguendo un *iter* logico-argomentativo molto puntuale, che trova il suo riferimento normativo nell'art. 37, comma 3, d.lgs. n. 198/2006, e il suo collegamento giurisprudenziale nella sentenza della Suprema Corte a Sezioni Unite⁶¹, di cui fa propri principi e conclusioni, la Corte non si premura di individuare criteri e/o parametri, anche solo indicativi, di liquidazione.

La Corte afferma, proprio, richiamando le Sezioni Unite, che il risarcimento deve essere proporzionato e «quindi la sua misura va collegata alle circostanze del caso concreto considerando i fatti indicativi della gravità della discriminazione e della conseguente necessità di rimediare», ma poi si limita a considerare «la natura di società per azioni del soggetto datoriale» e «il reiterato rifiuto», senza elaborare criteri più articolati per future applicazioni. La liquidazione puramente equitativa di € 10.000 rischia di frustrare sia la prevedibilità del diritto che l'efficacia dissuasiva, proprio in assenza di criteri chiari e parametri oggettivi di riferimento.

⁵⁵ SANTAGATA DE CASTRO, *Work-life balance, flessibilità dell'orario di lavoro e discriminazioni*, in *DLM*, 2023, 1, 48.

⁵⁶ GUARISO, *Sanzioni e rimedi nel diritto antidiscriminatorio: rimozione, risarcimento, dissuasione*, cit., 364.

⁵⁷ Trib. Catanzaro, 9 dicembre 2023.

⁵⁸ Trib. Milano, 17 luglio 2023.

⁵⁹ Trib. Bologna, 31 dicembre 2022.

⁶⁰ BALLESTRERO, *Il posto delle donne nel diritto del lavoro*, in *LD*, 2022, 3, 501.

⁶¹ Cass., sez. un., 21 luglio 2021, n. 20819, *infra* nota n. 44.

Sono quindi auspicabili approfondimenti dottrinali o linee guida interpretative che consentano di rendere più coerente e omogenea la prassi giudiziaria.

La centralità della flessibilità nell'organizzazione del lavoro è ormai ampiamente riconosciuta, non solo per i suoi effetti benefici sulla possibilità di armonizzare esigenze professionali e responsabilità familiari, ma anche perché essa rappresenta uno snodo strategico per accrescere la partecipazione delle donne al mercato del lavoro.

Proprio per questa ragione, la conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro non può configurarsi come un mero correttivo, ma deve fungere da criterio strutturale di azione e valutazione, tra l'altro pienamente recepito nella disciplina della certificazione della parità di genere, che dedica a tale aspetto un'area autonoma e qualificante⁶².

È dunque oramai pacifico che l'assetto organizzativo e le politiche di conciliazione costituiscano il banco di prova autentico su cui si misura la sostanza della parità effettiva, che non si esaurisce nella repressione delle discriminazioni manifeste, ma si gioca soprattutto nella capacità delle organizzazioni di predisporre assetti compatibili con le diverse traiettorie biografiche e professionali dei lavoratori e delle lavoratrici⁶³.

⁶² Su cui sia consentito il rinvio a LAMBERTI, *I Key Performance Indicators della certificazione della parità di genere. Una lettura critica*, in *Federalismi Focus Lavoro Persona Tecnologia*, 19 aprile 2023; ex multis CIUCCIOVINO, *La certificazione di parità di genere*, in MASCINI (a cura di), *Annuario del lavoro*, Roma, 2023, 146 ss.

⁶³ CIUCCIOVINO, *La certificazione della parità di genere e la nuova prospettiva delle politiche aziendali gender oriented*, in CIUCCIOVINO, GIOVANNONE (a cura di), *Dimensioni e questioni della disuguaglianza di genere. Studi multidisciplinari*, Roma Tre Press, 2025, 13 ss.

CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 7 febbraio 2025, n. 10; Pres. Amoroso – Est. D’Alberti – Ric. Regioni Campania, Emilia-Romagna, Puglia, Toscana e Sardegna e Comitato promotore del referendum.

Referendum abrogativo – Autonomia differenziata – Legge Calderoli – Corte costituzionale – Ammissibilità – Livelli essenziali di prestazione (LEP) – Art. 116 Cost.

La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile il referendum abrogativo totale sulla l. 26 giugno 2024, n. 86 (“legge Calderoli”), a seguito delle profonde modifiche introdotte dalla sent. n. 192/2024. Il quesito referendario, pur formalmente chiaro, è stato ritenuto sostanzialmente indecifrabile e tale da non consentire un voto libero e consapevole.

L'autonomia differenziata di nuovo alla prova della Corte costituzionale: la sent. n. 10/2025

Leonardo Pasqui

Assegnista di ricerca di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Il referendum sull'autonomia differenziata e la legge Calderoli. – 2. La sentenza 192/2024: lo spartiacque della giurisprudenza costituzionale. – 3. Il *nucleo normativo* residuo: l'ordinanza dell'Ufficio Centrale per il Referendum. – 4. *Un oggetto sostanzialmente non decifrabile*. La sentenza 10/2025 della Corte costituzionale. – 5. Referendum e autonomia differenziata: un'occasione mancata per parlare di coesione territoriale?

Sinossi: Il contributo analizza la sent. n. 10/2025 della Corte costituzionale, che ha dichiarato inammissibile il referendum abrogativo sulla l. n. 86/2024 in materia di autonomia differenziata. A seguito dell'intervento della stessa Corte nella sent. n. 192/2024, i giudici hanno escluso la possibilità di indire una consultazione popolare per mancanza di chiarezza dell'oggetto referendario, nonostante l'ordinanza in questo senso dell'Ufficio centrale per il Referendum della Corte di cassazione.

Abstract: The article examines Constitutional Court judgment n. 10/2025, which declared inadmissible the abrogative referendum on Law n. 86/2024 concerning differentiated regional autonomy. Following its earlier decision n. 192/2024, the Court held that a popular vote could not be called due to the lack of clarity of the referendum question, notwithstanding the order issued to that effect by the Central Office for the Referendum of the Court of Cassation.

1. Il referendum sull'autonomia differenziata e la legge Calderoli

Il 7 febbraio 2025 la Corte costituzionale si è espressa, con la sentenza n. 10/2025, in merito alla richiesta di referendum abrogativo totale sulla l. n. 86/2024, recante "Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario", dichiarandone l'inammissibilità.

La proposta di referendum era stata portata avanti, parallelamente, *ex art.* 75 Cost.¹, da cinque consigli regionali, Campania, Emilia-Romagna, Puglia, Toscana e dalla Regione autonoma Sardegna, e da un Comitato promotore che aveva raccolto 500.000 firme dei cittadini².

La l. n. 86/2024, detta anche legge Calderoli, rappresenta il tentativo del legislatore di delineare una normativa quadro³, soprattutto a livello procedurale⁴, in materia di intese tra Stato e Regioni che facciano richiesta di maggiore autonomia su determinate materie, come previsto dall'art. 116, comma 3, della Costituzione⁵.

Tuttavia, oltre a disciplinare gli aspetti procedurali riguardanti l'*iter* di approvazione delle intese tra Stato e Regioni, la legge prevede espressamente tra le sue finalità, la rimozione delle discriminazioni territoriali e delle differenziazioni nelle possibilità di accesso ai servizi⁶. A tal fine, si prevede che relativamente ad ambiti di materie concernenti i diritti civili e sociali, la maggiore autonomia può essere accordata solo successivamente alla determinazione dei livelli essenziali di prestazione (LEP). Quest'ultimi indicano «la soglia costituzionalmente necessaria e costituiscono il nucleo invalicabile per rendere effettivi tali diritti su tutto il territorio nazionale e per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, per assicurare uno svolgimento leale e trasparente dei rapporti finanziari fra lo Stato e le autonomie territoriali e

¹ L'art. 75, comma 1, Cost. prevede, infatti, che sia «indetto referendum popolare per deliberare l'abrogazione, totale o parziale, di una legge o di un atto avente valore di legge, quando lo richiedono cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali».

² Le firme effettivamente raccolte sono state 1.291.488, come riportato dall'Ufficio Centrale per il Referendum nell'ordinanza 13/2024.

³ Per un commento alla legge si veda, *ex multis*, AZZARITI, *Osservazioni sul disegno di legge Calderoli di attuazione dell'autonomia differenziata*, in *Democrazia e Diritto*, 2023, 1, 17-22; TARLI BARBIERI, «Il passaggio dall'*idea al fatto* è sempre penoso». *L'autonomia differenziata tra mito e realtà*, in *Diritti Regionali*, 2024, 1, 81-112; CHESSA, *In tema di «autonomia differenziata»: sui profili procedurali del DDL Calderoli come «legge generale di attuazione»*, in *Astrid Rassegna*, 2023, 5, 1 ss.; CORTESE, *Il regionalismo differenziato: sì, ma non così*, in *Il Mulino, Rivista trimestrale di cultura e di politica*, 2024, 3, 68-74; MORRONE, *Lo stato delle Regioni nella legislazione*, in *Le Regioni*, 2024, 1, 13-72.

⁴ Cfr. SORPRESA, *Il principio di sussidiarietà nella distribuzione delle funzioni ai sensi dell'art. 116, comma 3, Cost. (a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 192 del 2024)*, in *Italian Papers on Federalism*, 2025, 1, 204-219.

⁵ Nello specifico, l'articolo prevede che: «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata».

⁶ Cfr. l. n. 86/2024, art. 1, comma 1.

per favorire un'equa ed efficiente allocazione delle risorse e il pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti civili e sociali»⁷.

Per la loro definizione, centrale è stato il ruolo anche del Comitato (CLEP) istituito con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri⁸, presieduto dal prof. Sabino Cassese e composto da esperti con differenti competenze. Nello specifico, il CLEP ha cercato di individuare i possibili LEP nelle diverse materie, analizzando anche le legislazioni e le pronunce della Corte costituzionale in tali ambiti. A questo proposito, è utile sottolineare come sia nella Relazione finale del CLEP sia poi nella legge Calderoli, si proponga una distinzione tra materie LEP e materie no-LEP, prevedendo che, nel caso delle seconde, il trasferimento delle funzioni potesse essere effettuato «secondo le modalità, le procedure e i tempi indicati nelle singole intese, nei limiti delle risorse previste a legislazione vigente, dalla data di entrata in vigore della presente legge»⁹, senza dunque aspettare che vengano definiti a livello normativo dei LEP specifici, delineando, quindi, un *iter* più rapido rispetto alle cosiddette materie LEP.

L'impostazione generale della normativa è stata tuttavia oggetto di critiche, evidenziate sia dalla dottrina sia dal Comitato promotore per il referendum, presieduto dal prof. Giovanni Maria Flick. In particolare, una delle criticità evidenziate riguardava il modello di regionalismo promosso che, secondo i critici, era competitivo e disgregativo¹⁰ e rischiava, quindi, di mettere in crisi l'unità giuridica ed economica dello Stato, provocando significativi strappi istituzionali, soprattutto tra il nord e il sud del Paese¹¹.

In questo senso, la frammentazione normativa, insita nella stessa autonomia differenziata, potrebbe determinare maggiori disuguaglianze tra territori sul piano socioeconomico, come messo in evidenza anche dalle parti sociali in sede di audizione parlamentare¹². In

⁷ Ivi, art. 1, comma 2.

⁸ Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 23 marzo 2023.

⁹ Cfr. l. n. 86/2024, art. 4, comma 2. Nel Rapporto consegnato il 30/10/2023 dal Comitato (consultabile a questo link) si afferma come quest'ultimo ritenga possibile escludere dalle materie LEP «attività amministrative e/o principi e/o istituti che, pur riguardando anche diritti civili o sociali, hanno le seguenti caratteristiche: (i) non si traducono in prestazioni a favore dei cittadini, né direttamente, né indirettamente; (ii) sono gestite e/o vigilate e/o affidate dallo Stato, in applicazione del principio di sussidiarietà verticale, e non presentano possibilità di differenziazione alcuna nel territorio della Repubblica, perché esistono in proposito vincoli costituzionali e/o derivanti dall'ordinamento UE e/o derivanti dalla CEDU, configurandosi alternativamente a seconda dei casi: a) libertà fondamentali; b) sistemi di gestione di servizio pubblico necessariamente centralizzati a livello statale; c) attività di regolazione che sono già di competenza di autorità amministrative indipendenti; in tutti e tre i casi attività e funzioni che non sono suscettibili di essere differenziate a livello regionale e che pertanto sono estranee ad una ricognizione di LEP funzionale all'attuazione dell'art. 116 comma 3» (pp. 75-76).

¹⁰ Sul punto, si veda l'intervento di Pezzini, in AA.VV., *L'ammissibilità del referendum sull'autonomia differenziata. Atti del convegno*, Atti del convegno presso la Sapienza-Università di Roma, 14 novembre 2024, 10.

¹¹ In questo senso, VIESTI, *Contro la secessione dei ricchi. Autonomie regionali e unità nazionale*, Laterza, 2023. In senso parzialmente diverso cfr. CERRUTI, *L'istituto della perequazione nell'incidentato cammino verso la differenziazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2025, 1, 83-98.

¹² Le criticità delle parti sociali rispetto all'autonomia differenziata possono essere approfondite nel documento approvato, lo scorso 11 giugno 2025, dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali, al termine dell'indagine conoscitiva sulla determinazione e sull'attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali e consultabile al seguente link.

particolare, il timore dei promotori del referendum era che questa differenziazione così ampia sul piano istituzionale, potesse minare la solidarietà interterritoriale. Infatti, il nuovo ordinamento uscente dalla riforma prevedrebbe una nuova tipologia di enti regioni: infatti, oltre alle Regioni a statuto ordinario e alle Regioni a statuto speciale, troverebbero spazio le Regioni a statuto ordinario ma dotate di autonomia differenziata.

Sulla legge Calderoli, tuttavia, prima che si potesse esprimere il corpo elettorale è giunta la sentenza n. 192/2024, che non solo ha cambiato profondamente l'impianto normativo, ma ha influenzato direttamente la sentenza di ammissibilità del referendum, oggetto di questo lavoro.

2. La sentenza 192/2024: lo spartiacque della giurisprudenza costituzionale

La sentenza n. 192 del 2024 della Corte costituzionale, già ampiamente commentata dalla dottrina¹³, è stata una decisione molto significativa per gli argomenti oggetto di discussione, in quanto la Corte non si è limitata ad intervenire sulle fondamenta della l. n. 86/2024, ma ha dato, più in generale, una nuova forma al dibattito intorno all'autonomia differenziata. Ciò è dipeso anche dalla grandezza della decisione che si è composta da più di 100 pagine, che dettagliano 14 dichiarazioni di incostituzionalità, 4 rilevanti interpretative di rigetto oltre a numerose altre dichiarazioni di infondatezza o inammissibilità.

Prima di entrare nel merito delle disposizioni della legge Calderoli, è opportuno richiamare le considerazioni operate in via preliminare dalla Corte costituzionale circa la necessità di tutela dell'ordinamento repubblicano nel suo complesso.

I giudici, infatti, hanno ribadito la centralità dell'unità dell'ordinamento tanto a livello giuridico quanto economico. In questo senso, la Corte ha voluto mettere in luce i rischi disgregativi che l'autonomia differenziata può determinare e contro i quali è necessario trovare «un ragionevole equilibrio che permetta di ottenere, attraverso un'adeguata allocazione delle funzioni e idonei meccanismi correttivi delle disparità, i vantaggi dell'autonomia territoriale senza pagare un prezzo elevato in termini di diseguaglianze»¹⁴. A questo proposito, è bene ricordare come già oggi i divari regionali in Italia e in Europa, dal punto di vista sia economico sia dei servizi, presenta una situazione particolarmente complessa, che non segue più, o non solo, la traiettoria nord-sud, ma contempla al suo interno anche nuove spazialità, come alcune zone del nord-ovest o le aree interne, specialmente quelle

¹³ Sul punto si veda, *ex multis*, il fascicolo dedicato alla sentenza da *Istituzioni del federalismo*: AA.Vv., *Il regionalismo dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 192 del 2024*, 2025, 1; BUZZACCHI, *Pluralismo, differenze, sussidiarietà ed eguaglianza: dalla sentenza n. 192 del 2024 il modello per il sistema regionale «differenziato»*, in *Astrid Rassegna*, 2024, 18, 1 ss.; MORRONE, *Lo stato regionale dopo la sent. n. 192 del 2024*, in *Giustizia insieme*, 28 gennaio 2025.

¹⁴ C. cost., 3 dicembre 2024, n. 192, punto 4.2.2.

che si trovano lungo la dorsale appenninica e che mostrano le crescenti disparità tra le aree urbane e quelle rurali¹⁵.

Le differenze esistenti sul piano spaziale all'interno dello Stato trovano limite e moderazione nell'intervento statale che, grazie a istanze unitarie, cerca di garantire, quantomeno come tensione ideale, pari condizioni e pari opportunità a tutti i cittadini e le cittadine sul territorio nazionale.

Ribadita questa cornice, la Corte è intervenuta su alcune disposizioni della legge Calderoli, per farle rientrare all'interno del quadro costituzionale tracciato.

In primo luogo, i giudici hanno censurato quelle norme che prevedevano la possibilità di trasferire dallo Stato alle Regioni intere materie. Quest'ultime, tuttavia, possono contemplare al proprio interno numerose e diverse funzioni, alcune delle quali includono istanze unitarie; pertanto, la Corte ha definito come possibile, alle Regioni che ne facciano richiesta, solo il trasferimento di specifiche funzioni, che devono essere delineate, specificate e giustificate. A questo proposito, infatti, la Corte ha ribadito la centralità del principio di sussidiarietà nella ripartizione delle competenze e delle funzioni, le quali devono essere esercitate dagli enti più vicini ai cittadini, quando ciò consenta una gestione più efficiente rispetto allo Stato centrale.

Pertanto, un trasferimento di nuove funzioni può avvenire solo laddove questo sia motivato adeguatamente, preceduto da un'apposita istruttoria, chiarificando come la Regione possa risultare più efficiente, rispetto a quella specifica funzione, rispetto a quanto fatto dallo Stato¹⁶.

Per questa ragione, si dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 2, dell'art. 2, comma 1 e dell'art. 2, comma 2.

In secondo luogo, la Corte è poi intervenuta sull'assetto dei LEP, così come previsti e normati dalla l. n. 86/2024.

A questo proposito, sempre in relazione alla distinzione tra materie e funzioni, i giudici hanno evidenziato come la differenziazione tra materie LEP e non-LEP possa risultare fuorviante, poiché anche all'interno delle seconde possono emergere funzioni che incidono direttamente sui diritti civili e sociali¹⁷. Pertanto, anche in questo caso sarà necessario prevedere dei LEP per quelle specifiche funzioni, prima del loro trasferimento alla Regione richiedente. La Corte ha poi evidenziato le difficoltà tecniche di trasferibilità di funzioni rientranti in quelle materie che sono regolate anche dal diritto europeo e che, per questa ragione, difficilmente potranno essere trasferite. Esempi in questo senso vengono fatti dai giudici

¹⁵ Sul punto cfr. GOLINO, *L'intervento pubblico per lo sviluppo economico delle aree depresse tra mercato e solidarietà*, Giappichelli, 2018 e sia consentito anche il riferimento a PASQUI, *Le disuguaglianze territoriali europee. Criticità e prospettive dell'intervento pubblico nei prossimi anni*, in MARTELLI, GOLINO, *Un modello sociale europeo? Itinerari dei diritti di welfare tra dimensione europea e nazionale*, FrancoAngeli, 2023, 201-216.

¹⁶ Cfr. DONATO, *Le cancellature della Corte costituzionale sull'autonomia differenziata: dalla monade al principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 2025, 1, 37 ss.

¹⁷ C. cost., 3 dicembre 2024, n. 192, punto 15.2.

richiamando l'energia, il commercio con l'estero o la tutela dell'ambiente, solo per citarne alcuni¹⁸. Anche in questi casi, dunque, ciò che si potrà fare sarà trasferire solo alcune specifiche funzioni, motivando adeguatamente la richiesta di trasferimento al livello regionale. Sempre riguardo ai LEP, la Corte ha sottolineato positivamente come questi vengano giustamente collocati dal legislatore all'interno di un più ampio bilanciamento che tiene insieme i principi di uguaglianza e di autonomia: ciò avviene proprio perché la loro determinazione «rappresenta il necessario contrappeso della differenziazione, una “rete di protezione” che salvaguarda condizioni di vita omogenee sul territorio nazionale»¹⁹. In questo senso, i giudici mettono in evidenza come la definizione di livelli essenziali non rimandi ad una necessità di uniformità dell'ordinamento, ma di uguaglianza. In altre parole, i LEP non sono necessari per garantire regole uguali sul territorio nazionale, bensì sono strumenti indispensabili per garantire un livello sufficiente di coesione sociale, tale da evitare che disuguaglianze regionali troppo profonde producano effetti disgregativi. Una volta costruita la “rete di protezione” è possibile, secondo i giudici, ammettere forme di autonomia più estese e significative.

La Corte, tuttavia, ha censurato le modalità con cui la l. n. 86/2024 ha previsto sia la definizione dei LEP, tramite delega legislativa al governo (art. 3, comma 1), sia l'aggiornamento degli stessi che avveniva con approvazione di un decreto del Presidente del Consiglio (art. 3, comma 7).

In primo luogo, infatti, è stato rilevato come la legge non fissasse principi e criteri direttivi propri, ma si limitasse a rinviare a decreti legislativi che dovevano basarsi sulle disposizioni contenute nell'articolo 1, commi 791-801-*bis*, della l. n. 197/2022. Quest'ultimo, tuttavia, aveva carattere prevalentemente organizzativo e procedurale, senza fornire al Governo una cornice di indirizzo sostanziale. Tale mancanza determinava una sostanziale libertà dell'esecutivo nella definizione dei LEP, in contrasto con quanto previsto dall'articolo 76 della Costituzione.

Per questa ragione, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 3, comma 1, della l. n. 86/2024, rilevando come il vizio comportasse anche una lesione delle competenze regionali, dato che i LEP incidono su numerose materie di loro spettanza²⁰.

Allo stesso modo, è stata dichiarata illegittima la previsione dell'art. 3, comma 7, che disponeva come l'aggiornamento dei LEP passasse esclusivamente da un decreto del Presidente del Consiglio (d.p.c.m.). La norma si pone in contrasto con la gerarchia delle fonti, dal momento che pone sullo stesso piano una norma di rango primario (i decreti legislativi), con i d.p.c.m. che sono norme di rango secondario²¹.

¹⁸ Cfr. C. cost., 3 dicembre 2024, n. 192, punto 4.4.

¹⁹ C. cost., 3 dicembre 2024, n. 192, punto 14.1.

²⁰ In via consequenziale, è stata dichiarata l'incostituzionalità anche dei commi da 791 a 801-*bis* della l. n. 197/2022, ai quali la l. n. 86/2024 rinviava, in particolare per la procedura di determinazione dei LEP tramite d.p.c.m.

²¹ La Corte in particolare sostiene che «l'art. 3, comma 7, prevede che questi futuri decreti legislativi possano essere succes-

Collegato a questi due ultimi rilievi della Corte, è rilevante notare come, nella sentenza n. 192/2024, i giudici costituzionali abbiano sottolineato a più riprese la centralità del Parlamento nel decidere in materia di autonomia. In proposito, è stato affermato come la valutazione sulle intese tra Stato e Regioni non possa essere meramente di ratifica, ma le Camere, rappresentanti dell'unità del popolo italiano²², hanno il diritto di poter intervenire anche emendando le intese. Ciò perché il Parlamento non può essere considerato meramente come un soggetto "spettatore", bensì, in particolare su una materia delicata, come quella dell'autonomia mantiene sempre intatto il proprio potere legislativo²³.

La Corte costituzionale è, dunque, intervenuta in modo profondo sulla l. n. 86/2024, dichiarando l'incostituzionalità di alcune disposizioni, salvandone altre, anche tramite una lettura costituzionalmente orientata, ridefinendo così il ruolo giocato dall'autonomia differenziata all'interno dell'ordinamento giuridico italiano.

Tuttavia, proprio questo intervento così significativo della Corte ha posto la questione se fosse ancora possibile celebrare un referendum su una legge che era stata, per molti versi, svuotata della propria architettura originale.

3. Il nucleo normativo residuo: l'ordinanza dell'Ufficio Centrale per il Referendum

Il quesito con cui abbiamo concluso il paragrafo precedente è quello che è stato oggetto della decisione dell'Ufficio Centrale per il Referendum (UCR) della Corte di cassazione. Infatti, dopo aver riunito i due referendum proposti dai Consigli regionali (abrogativo totale il primo, abrogativo parziale, il secondo) e quello proposto dai 500.000 elettori in un unico caso, la Cassazione ha dovuto decidere se fosse ancora possibile procedere col referendum, a seguito della sentenza n. 192/2024. Infatti, la l. n. 352/1970, così modificata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 68/1978, prevede che l'Ufficio Centrale per il Referendum debba valutare se eventuali interventi successivi sulla legge, sia a livello nor-

sivamente modificati con un atto sub-legislativo, cioè con un d.P.C.m. Tale meccanismo risulta intrinsecamente contraddittorio e dissonante rispetto al sistema costituzionale delle fonti. Esso si distingue da quello della delegificazione (come notato nel parere del Comitato per la legislazione, che ha chiesto alla Commissione di merito della Camera di valutare l'opportunità di una riformulazione della disposizione) per un profilo essenziale: mentre l'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri), prevede che la legge di delegificazione disponga l'abrogazione di norme legislative previgenti, a decorrere dall'entrata in vigore del regolamento di delegificazione, la norma in esame prevede la modifica di un atto legislativo futuro ad opera di un atto sostanzialmente regolamentare (il d.P.C.m.). L'art. 3, comma 7, non può disporre della forza dei decreti legislativi di determinazione dei LEP, perché essi ancora non esistono. Dunque, la norma impugnata configura il d.P.C.m. come una fonte primaria, essendo esso abilitato a modificare un decreto legislativo per forza propria».

²² Cfr. CARUSO, *Al servizio dell'unità. Perché le Regioni possono disciplinare (con limiti) l'aiuto al suicidio*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2024, 1, 5.

²³ C. cost., 3 dicembre 2024, n. 192, punto 11.2. Sul punto, vedi anche DONATO, *Le cancellature della Corte costituzionale sull'autonomia differenziata*, cit., 59 ss.

mativo sia giurisprudenziale, possano modificare l'oggetto del referendum²⁴. In particolare, in caso di referendum abrogativo totale, l'Ufficio ha il compito di verificare se sono mutati i principi generali ispiratori della legge; al contrario, nel caso di referendum abrogativi parziali, l'analisi si deve concentrare sui contenuti delle singole disposizioni.

Per quanto riguarda il referendum abrogativo totale, pur ravvisando il «penetrante controllo di legittimità costituzionale»²⁵ operato dalla Corte costituzionale sulla l. n. 86/2024, l'Ufficio si è mosso nella direzione di dichiarare la richiesta di referendum come ammissibile e conforme alla normativa. Ciò in quanto la sent. n. 192/2024 non solo non ha dichiarato illegittimo l'intero impianto normativo della l. n. 86/2024, ma è ravvisabile un «nucleo normativo che non solo resta oggi formalmente vigente, ma vi resta convalidato nella interpretazione adeguatrice che ne è stata data nella sentenza in esame»²⁶. La Cassazione vede, dunque, nella sopravvivenza della legge e nella possibilità di un futuro intervento regolatorio, soprattutto ad opera del Parlamento, una *vitalità* della stessa, che consente di prevedere la possibilità, per il corpo elettorale, di esprimersi sul generale impianto normativo, così come espunto dalla sent. n. 192/2024. Infatti, il quesito referendario è così modificato dall'ordinanza dell'UCR: Volete voi che sia abrogata la legge 26 giugno 2024, n. 86, «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Cost., come risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 192/2024»?

Tale valutazione, tuttavia, è stata oggetto di critiche da parte della dottrina²⁷, la quale ha sottolineato come l'Ufficio Centrale per il referendum, nonostante avesse richiamato l'obbligo di valutare la persistenza dei principi ispiratori della legge, successivamente non abbia seguito quel criterio per decidere in base alla procedibilità, cercando, invece, di valutare l'esistenza o meno di un residuo giuridico sufficiente della legge Calderoli, tale per cui permettere un'eventuale votazione dell'elettorato.

La scelta di tale criterio, come si vedrà nel prosieguo, non verrà accolta da giudici della Corte costituzionale, evidenziando in questo modo l'incertezza giuridica che ruota attorno all'ammissibilità dei referendum. Infatti, autorevole dottrina si è espressa definendo la giurisprudenza della Corte, a questo proposito, come *ondivaga, non intelligibile o imprevedibile*²⁸, evidenziando la complessità dello strumento e la diversità delle letture giurisdizionali fornite dai vari organi coinvolti.

²⁴ Per una ricostruzione, si veda BAROZZI REGGIANI, *Regionalismo differenziato, sentenza n. 192/2024 e controllo dell'Ufficio Centrale per il Referendum. Considerazioni sulla c.d. "abrogazione sufficiente" a partire dalle vicende referendarie della "legge Calderoli" e alla luce della sentenza n. 10 del 2025*, in *Consulta Online*, 2025, 1, 274 ss.

²⁵ Ufficio centrale per il Referendum, ordinanza 13/2024, punto 9.4.

²⁶ Ivi, punto 9.4.

²⁷ Cfr. BAROZZI REGGIANI, *Regionalismo differenziato*, cit., 277 ss.

²⁸ Cfr. ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, 2012, 504 e l'intervento AZZARITI, in AA. VV., *L'ammissibilità del referendum sull'autonomia differenziata*, cit., 4.

Se il referendum abrogativo totale è stato ritenuto procedibile, esito differente, invece, ha avuto il referendum abrogativo parziale proposto dalle Regioni, riguardante la distinzione in materia LEP/no-LEP²⁹. In particolare, questo era «volto ad impedire che possano esservi trasferimenti immediati alle Regioni di “materie” o “ambiti di materie” che, per quanto considerate dal legislatore “no-Lep” (art. 3) presentino in realtà anch’esse diretta incidenza su diritti civili e sociali»³⁰. A questo proposito, l’UCR ha ritenuto che il quesito avesse già trovato risposta nell’interpretativa di rigetto della Corte costituzionale, che nella sent. n. 192/2024 aveva affermato l’obbligatorietà di predisporre dei LEP ogni qualvolta una funzione riguardasse diritti civili e sociali. Anche in questo, tuttavia, la decisione è stata oggetto di critiche da parte della dottrina che ha messo in evidenza come rimanesse una distanza tra quanto richiesto dalle Regioni, ovvero il superamento totale del binomio LEP/no-LEP, e la soluzione adottata dalla Corte costituzionale che, pur prevedendo significativi correttivi, l’ha mantenuta in vita³¹.

4. Un oggetto sostanzialmente non decifrabile. La sentenza 10/2025 della Corte costituzionale

La Corte costituzionale, dunque, nel gennaio del 2025 è stata chiamata a dover decidere sull’ammissibilità del referendum. Prima di pronunciarsi i giudici hanno ricevuto due atti di interventi e una memoria.

In primo luogo, la Regione Veneto ha chiesto che il referendum fosse dichiarato inammissibile, per via dell’intervento *profondamente demolitorio* avuto dalla sent. n. 192/2024, che ha reso la l. n. 86/2024 un insieme di misure normative non più vigenti o vigenti ma inapplicabili. In questo senso, l’oggetto del referendum non sarebbe stato sufficientemente chiaro al corpo elettorale, con il rischio concreto che la votazione vertesse non tanto sulla legge Calderoli quanto, più in generale, sull’art. 116 della Costituzione.

In secondo luogo, alcune sigle legate al mondo della caccia³² hanno depositato un atto di intervento per chiedere che il referendum fosse dichiarato inammissibile, contestando la modalità di raccolta telematica delle firme, che consentirebbe «un’eccessiva semplificazione delle modalità di accesso al referendum abrogativo»³³.

²⁹ Il quesito referendario, in questo caso, proposto dalle Regioni si concentrava su l’art. 1, comma 2; l’art. 4, comma 1 e l’art. 4, comma 2.

³⁰ Ufficio centrale per il Referendum, ordinanza 13/2024, punto 10.3.

³¹ Cfr. MEDICO, *Dalla «riserva di sovranità» alla «riserva» della Corte costituzionale? Riflessioni sulla tornata referendaria del 2025*, in *Quaderni Costituzionali*, 2025, 2, 382.

³² In particolare, il Comitato nazionale caccia e natura, la Federazione italiana della caccia, l’Unione nazionale enalcaccia pesca e tiro, l’Associazione nazionale libera caccia, l’ARCI caccia nazionale, l’Associazione dei migratoristi italiani per la conservazione dell’ambiente naturale (ANUU Migratoristi) e l’Associazione italiana della caccia – Italcaccia.

³³ C. cost., 7 febbraio 2025, n. 10, punto 5.

Infine, il Comitato dei promotori del referendum ha depositato una memoria a sostegno dell'ammissibilità del referendum, sottolineando come la legge Calderoli non potesse rientrare nel novero delle cosiddette leggi necessarie, ovvero quelle norme considerate come imprescindibili per l'applicazione o l'implementazione di istituti, principi o organi previsti dalla Carta costituzionale. Infatti, l'art. 116 Cost. che prevede l'autonomia differenziata potrebbe avere immediata applicazione, senza bisogno di una legge quadro che ne dettagli l'implementazione, come testimoniato anche dai tentativi promossi in passate legislature³⁴. La Corte, in via preliminare, non accoglie la questione relativa alla raccolta delle firme, in quanto non rientrante nel tipo di controllo proprio della Corte costituzionale, nel momento in cui deve decidere sull'ammissibilità di un referendum. A questo, i giudici aggiungono che anche non considerando le firme telematiche, il Comitato promotore aveva comunque raggiunto il requisito delle 500.000 sottoscrizioni.

La Corte poi specifica che il referendum non può essere dichiarato inammissibile *ex art.* 75 Cost., perché non attiene a nessuna delle materie lì elencate, così come specifica che non sia possibile riscontrare neppure un collegamento tra la l. n. 86/2024 e norme tributarie³⁵ o tra la stessa e leggi di bilancio³⁶. Allo stesso modo, i giudici confermano la non necessità della l. n. 86/2024, richiamando, sul punto, la sent. n. 192/2024, ribadendo solo *l'opportunità* di avere una normativa che possa creare una cornice giuridica in grado di accompagnare il processo di trasferimento di ulteriori funzioni.

La Corte passa poi a valutare se permanga o meno, nella legge oggetto del quesito referendario, il nucleo normativo, individuato dall'UCR. A questo, però, i giudici associano un ulteriore requisito con cui valutare l'ammissibilità del referendum, ovvero se l'elettore sia nelle condizioni di esprimere un voto libero e consapevole. In questo senso, viene richiamata la passata giurisprudenza della Corte che ha messo in luce come la mancanza di chiarezza del quesito referendario possa provocare *disorientamento*³⁷ o addirittura *coartare la libertà di voto*³⁸.

Con questi criteri, i giudici costituzionali hanno valutato che, seppur il quesito si presenti da un punto di vista formale come chiaro, a livello sostanziale questo manca di chiarezza sia rispetto al suo oggetto sia alla sua finalità.

³⁴ In questo senso, si ricorda come durante il Governo Gentiloni si era perseguita la strada di realizzare singole intese tra Governo e Regioni, senza la previa approvazione di una legge quadro.

³⁵ Cfr. C. cost., 7 febbraio 2025, n. 10, punto 6.1. A questo proposito, l'art. 5 della l. n. 86/2024, pur citando la destinazione delle entrate fiscali, di fatto non attiene né al *«momento costitutivo, né a quello attuativo di una fattispecie impositrice, bensì alla individuazione delle modalità di finanziamento delle funzioni conferite»*.

³⁶ Cfr. C. cost., 7 febbraio 2025, n. 10, punto 6.2. A questo proposito la Corte richiama come i riferimenti contenuti nella l. n. 86/2024 a legge di bilancio sono stati dichiarati costituzionalmente illegittimi nella sent. 192/2024 e, inoltre, nelle misure che riguardano il finanziamento dei LEP «non è ravvisabile quello stretto collegamento genetico, strutturale e funzionale con la procedura di bilancio, che è richiesto per qualificare una legge sottoposta a richiesta referendaria come appartenente alla categoria in esame».

³⁷ Sul punto la Corte richiama C. cost., 3 febbraio 1987, n. 28.

³⁸ Sul punto la Corte richiama C. cost., 19 febbraio 1981, n. 27.

In primo luogo, infatti, la Corte ripercorre i diversi interventi promossi sulla legge con la sent. n. 192/2024, evidenziando come di fatto si sia proceduto verso una sostanziale cancellazione di gran parte del testo originario o, in altri casi, si sia adottata una nuova interpretazione costituzionalmente orientata da parte dei giudici. Ciò che è rimasto da questo intervento giurisprudenziale è, ad avviso della Corte, un «oggetto sostanzialmente non decifrabile»³⁹, verso cui l'elettore avrebbe difficoltà ad analizzare sia i contenuti rimasti in vigore, sia gli effetti che la stessa legge Calderoli potrebbe ora come ora produrre. Per questa ragione, il voto da parte dei cittadini non potrebbe risultare né libero né consapevole, in contrasto coi criteri enunciati dai giudici e richiamati in precedenza.

In secondo luogo, la Corte ha affermato come la mancanza di chiarezza del quesito, determini anche un impatto riguardo alla sua finalità. Ciò perché l'incertezza dell'oggetto potrebbe determinare una forte polarizzazione del dibattito, che non riguarderebbe tanto la l. n. 86/2024, bensì più in generale l'autonomia differenziata e, quindi, una norma costituzionale: l'art. 116, comma 3, della Costituzione.

Quest'ultimo, tuttavia, non può essere sottoposto ad abrogazione o modifica tramite referendum ma solo mediante il processo di revisione costituzionale. In questo senso, la Corte ha posto l'attenzione su come la difficoltà di individuare specificatamente l'oggetto del referendum, avrebbe potuto influenzare a tal punto il dibattito pubblico e politico da portarlo verso una strada non consentita dall'ordinamento stesso.

Per questi motivi, i giudici hanno quindi deciso di dichiarare non ammissibile il referendum sulla l. n. 86/2024.

5. Referendum e autonomia differenziata: un'occasione mancata per parlare di coesione territoriale?

La sentenza n. 10/2025 risulta essere solo l'ultima tappa di un percorso, quello dell'autonomia differenziata, sul quale il legislatore ha nel corso del tempo maturato una pluralità di approcci e soluzioni. Questo ha comportato che la sentenza n. 192/2024 è risultata essere uno spartiacque fondamentale attraverso cui leggere non solo la l. n. 86/2024, ma più in generale la messa in pratica dell'art. 116, comma 3, della Costituzione. Proprio ai fini di preservare quest'ultimo, senza esporlo ad una campagna referendaria che la Corte temeva potesse connotarsi per una polarizzazione identitaria, i giudici hanno scelto di dichiarare non ammissibile il referendum.

Tuttavia, tale scelta, nonché le motivazioni addotte dalla Corte sono da considerarsi come rischiose, soprattutto per il futuro.

³⁹ Cfr. C. cost., 7 febbraio 2025, n. 10, punto 10.3.

In primo luogo, la dottrina ha evidenziato come la scelta di dichiarare la non ammissibilità di un referendum per un mutamento giuridico sopravvenuto, ad opera della stessa Corte costituzionale, rappresenti un *unicum* nella storia della giurisprudenza italiana⁴⁰. A questo proposito, è stato anche sottolineato come la decisione della Corte sia andata in contrasto con quella dell'UCR, paventando il rischio di un possibile *sconfinamento* di competenza della Corte costituzionale rispetto alla Corte di cassazione e confermando l'incertezza in materia di ammissibilità dei referendum, citata in precedenza.

Parte della dottrina ha anche fortemente criticato la valutazione sulla mancanza di chiarezza del quesito, per due ordini di ragioni principali. In primo luogo, è stato sottolineato l'approccio *paternalistico* dei giudici⁴¹ che hanno tratteggiato gli elettori come soggetti non pienamente in grado di distinguere e cogliere l'oggetto del quesito, per quanto è indubbio che l'intervento della sent. n. 192/2024 producesse difficoltà rilevanti nel discernere quali fossero le disposizioni rimaste in vigore e con che modalità.

D'altra parte, e veniamo al secondo aspetto, recenti referendum, come quelli in materia giuslavoristica tenutisi nel giugno 2025⁴², richiedevano una conoscenza rilevante della materia, per altro tecnica, al fine di comprendere tutte le conseguenze di un voto in un senso o in un altro. Ciononostante, la Corte non ha chiarito come si sia arrivati a soluzioni differenti, con la conseguenza che permangono dubbi circa i criteri utilizzati nel caso della sent. n. 10/2025.

Infine, si sono sollevate critiche verso l'orientamento dei giudici a vedere il referendum come un potenziale voto sull'art. 116, comma 3, Cost., in quanto questo tipo di valutazione sembra non essere stata dimostrata a sufficienza. Più nello specifico, oltre ad essere ancora in vita un residuo della legge Calderoli, sarebbe stato possibile concepire un voto referendario che giudicasse il disegno complessivo della l. n. 86/2024 e su cui lasciare che il corpo elettorale si esprimesse, a seguito di una campagna politica. Inoltre, sui rischi corsi dall'art. 116 Cost., è opportuno ricordare che un referendum, anche di tipo abrogativo, «oltre ad un fine giuridico, possa esercitare anche un fine politico di influenza indiretta sull'interpretazione delle disposizioni costituzionali coinvolte, è una conseguenza che sembra inevitabile e che interessa quella dissociazione tra “regime formale” e “forza politica” da cui è difficile prescindere»⁴³.

In conclusione, è possibile sottolineare come lo svuotamento della l. n. 86/2024 ad opera della Corte costituzionale abbia sicuramente aiutato a perimetrare meglio le modalità con cui l'autonomia differenziata dovrà e potrà declinarsi nei prossimi anni, ma, dall'altra parte, ha reso, agli occhi dei giudici, non praticabile la convocazione di un referendum

⁴⁰ MEDICO, *Dalla «riserva di sovranità» alla «riserva» della Corte costituzionale?*, cit., 384.

⁴¹ Cfr. DI COSIMO, *A proposito dell'inammissibilità del referendum sull'autonomia differenziata*, in *Lacostituzione.info*, 8 febbraio 2025.

⁴² Sul punto, si rimanda alla C. cost., 7 febbraio 2025, n. 14.

⁴³ MEDICO, *Dalla «riserva di sovranità» alla «riserva» della Corte costituzionale?*, cit., 388.

in materia. Ciò avrebbe probabilmente portato il dibattito pubblico, e poi gli elettori, ad esprimersi su un tema cruciale come quello dell'autonomia differenziata che non si esaurisce nell'art. 116 Cost. e nel riparto delle competenze tra Stato e regioni. Quest'ultimo, infatti, riguarda direttamente il modo in cui concepiamo i principi di solidarietà e uguaglianza (artt. 2 e 3 della Costituzione) secondo una prospettiva di giustizia spaziale e, collegato a questo, quale architettura istituzionale intendiamo costruire per declinare i diritti civili e sociali nelle diverse spazialità che compongono la Repubblica.

TRIBUNALE DI ROMA, sez. IV Lavoro, sentenza 3 dicembre 2024, n. 12377, RG n. 5382/2024, Giudice Dott.ssa Paola Crisanti.

Lavoratore con disabilità – Periodo di comportamento – Discriminazione indiretta – Accomodamenti ragionevoli – Buona fede e correttezza.

Il licenziamento per superamento del periodo di comportamento è nullo se determina una discriminazione indiretta nei confronti del lavoratore disabile. Il datore di lavoro è obbligato, in via oggettiva, ad adottare accomodamenti ragionevoli e ad informare tempestivamente il lavoratore sull'approssimarsi della scadenza del periodo di comportamento, indipendentemente dalla conoscenza o conoscibilità della disabilità.

Disabilità e comportamento nella più recente evoluzione giurisprudenziale: tra onere di attivazione e dovere di cooperazione

Giulia Sberna

Dottoranda di ricerca di pubblica amministrazione e innovazione per la disabilità e l'inclusione sociale nell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli" e nell'Università di Palermo

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Il contesto giurisprudenziale. – 3. La conoscenza della disabilità del dipendente: cooperazione nel rapporto di lavoro e onere informativo. – 4. Conclusioni.

Sinossi: Il contributo analizza la sent. n. 12377/2024 del Tribunale di Roma, che ha dichiarato nullo il licenziamento per superamento del periodo di comportamento nei confronti di una lavoratrice con disabilità, disponendo la reintegrazione nel posto di lavoro e la corresponsione del risarcimento del danno, per l'illegittimo computo, da parte del datore di lavoro, di 151 giorni di isolamento da Covid-19, equiparati ex art. 26, comma 2, d.l. 18/2020 al ricovero e dunque non conteggiabili. Il Giudice ha, inoltre, ravvisato una discriminazione indiretta ex art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. 216/2003, per l'applicazione indifferenziata del periodo senza previa verifica di accomodamenti ragionevoli ai sensi dell'art. 5, dir. 2000/78/CE, valorizzando i doveri di buona fede e correttezza, gli oneri di attivazione e di informazione in capo al datore sull'approssimarsi della soglia e il correlato dovere di cooperazione del lavoratore.

Abstract: The article examines judgment No. 12377/2024 of the Rome Labour Court, which annulled the dismissal of a worker with a disability for exceeding the maximum protected sick-leave period and ordered reinstatement and damages. The Court held that the employer had unlawfully counted 151 days of COVID-19

isolation, which Article 26(2) of Decree-Law No. 18/2020 equates to hospitalization and therefore must be excluded from the calculation. The Court also found indirect discrimination under Article 2(1)(b) of Legislative Decree No. 216/2003 for the uniform application of the maximum period without a prior assessment of reasonable accommodations under Article 5 of Directive 2000/78/EC, and stressed the duties of good faith and fairness, the employer's proactive and information duties as the threshold nears, and the worker's corresponding duty to cooperate.

1. Il caso

La vicenda oggetto di giudizio del Tribunale di Roma trae origine dal licenziamento di una lavoratrice disabile, impiegata quale operaia presso un'impresa di servizi di pulizia, per il presunto superamento del periodo di comportamento.

La ricorrente, a seguito di intervento di lobectomia avvenuto nel novembre 2020, era stata riconosciuta portatrice di handicap in situazione di gravità ai sensi dell'art. 3, comma 3, della l. 104/1992. Assunta dalla ditta subentrante a seguito di un cambio appalto, in forza della clausola sociale di cui all'art. 4 del CCNL per il personale dipendente da imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati/multiservizi, la lavoratrice è stata licenziata nel novembre 2023 per asserito superamento del periodo di comportamento *ex art.* 51 del CCNL di riferimento, avendo totalizzato 421 giorni di assenza nel periodo compreso tra il 30 novembre 2020 e il 17 novembre 2023.

La lavoratrice impugnava il licenziamento deducendone la nullità per mancanza dei presupposti di legge e per il suo carattere discriminatorio, in quanto determinato da un'applicazione rigida della disciplina sul comportamento, priva di qualsivoglia valutazione della condizione di disabilità del lavoratore. In particolare, essa eccepiva l'erroneità del calcolo del periodo di comportamento effettuato dal datore di lavoro poiché questo comprendeva 151 giorni di assenza legati all'isolamento domiciliare disposto nell'ambito dell'emergenza sanitaria da Covid-19.

Secondo la prospettazione della difesa della ricorrente, tali giorni di assenza avrebbero dovuto essere esclusi dal computo del comportamento, in applicazione dell'art. 26, comma 2, del d.l. n. 18/2020, che, all'epoca dei fatti, equiparava l'isolamento dei lavoratori fragili al ricovero ospedaliero, rendendolo irrilevante ai fini del calcolo del comportamento. Ed infatti, detraendo i giorni di isolamento domiciliare, la lavoratrice avrebbe accumulato 270 giorni di assenza, rimanendo dunque entro i limiti contrattualmente previsti.

La Società datrice di lavoro, costituitasi in giudizio, contestava sia l'esclusione dei giorni di assenza legati all'isolamento per l'emergenza COVID-19, sia la sussistenza di una discriminazione, asserendo di non essere stata a conoscenza della condizione di disabilità della lavoratrice e della sua patologia oncologica, in quanto dalla certificazione medica acquisita presso il precedente appaltatore e presso l'Inps non risultava alcun riferimento alla patologia oncologica né al riconoscimento della disabilità.

Il Tribunale di Roma, accogliendo il ricorso della lavoratrice, ha dichiarato la nullità del licenziamento intimato per superamento del periodo di comportamento per un duplice ordine di motivazioni.

In primo luogo, il Giudice ha rilevato la violazione dell'art. 26, comma 2, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18¹, per avere il datore di lavoro incluso, nel computo delle assenze, 151 giorni di isolamento domiciliare disposti in ragione della condizione di fragilità della lavoratrice durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19. Detti periodi, per espressa previsione normativa, dovevano essere equiparati al ricovero ospedaliero e, in quanto tali, non potevano rilevare ai fini del computo del comportamento. Tale vizio, di per sé, sarebbe stato sufficiente a determinare l'accoglimento del ricorso e a ritenere assorbita ogni ulteriore questione. Ciononostante, il Tribunale ha ritenuto di approfondire anche il profilo della discriminazione indiretta.

Anche in questo caso, il Giudice ha disatteso la tesi datoriale, secondo cui non vi sarebbe stata conoscenza della condizione di disabilità della lavoratrice, ritenendo che, nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede, il datore avrebbe dovuto quantomeno attivarsi, chiedendo chiarimenti sulla natura delle assenze o informando la lavoratrice dell'imminente superamento del comportamento.

Muovendo da tali rilievi, il Tribunale ha dichiarato la nullità del licenziamento per violazione dell'art. 2, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 216/2003, ravvisando una discriminazione indiretta fondata sulla disabilità: l'applicazione indistinta del termine massimo di comportamento, infatti, configura una prassi solo apparentemente neutra, ma idonea a incidere in modo sproporzionato sui lavoratori con disabilità, fisiologicamente più esposti ad un rischio di assenze per malattia.

A sostegno di tale ricostruzione, il Giudice ha richiamato la disciplina nazionale e sovranazionale in materia di divieto di discriminazione indiretta², nonché la sentenza della Corte d'appello di Roma del 27 novembre 2025, n. 3716 e la pronuncia della Cassazione del 31 marzo 2023, n. 566, le quali, in fattispecie analoghe, hanno ravvisato la configurabilità di una discriminazione indiretta nelle previsioni dei contratti collettivi che stabiliscono un unico termine per il periodo di comportamento senza operare alcuna distinzione in relazione alla condizione di disabilità del lavoratore.

Inoltre, il Tribunale di Roma ha ritenuto non necessaria la fissazione di un limite massimo di giorni di assenza per malattia del lavoratore da parte del legislatore o delle parti sociali,

¹ In materia di normativa emergenziale e tutela dei lavoratori in particolari condizioni di "fragilità" si vedano BROLIO, *Fragilità e lavoro agile*, in *LDE*, 2022, 1; ID., *Il lavoro agile alla prova dell'emergenza epidemiologica*, in FILI (a cura di), *Covid-19 e rapporto di lavoro*, in GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nell'emergenza epidemiologica*, vol. I, Adapt University Press, 2020, 167 ss.; FILI, *Decreto "Cura Italia". Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova "questione sociale"*, in *LG*, 2020, 4, 338; ZILLI, *Il lavoro agile per Covid-19 come "accomodamento ragionevole" tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell'impresa*, in *Labor*, 2020, 4, 533 ss.

² La cui definizione si rinviene nell'art. 2, par. 2, lett. b), della dir. 2000/78/CE, e nell'art. 2, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 216/2003, che ha dato attuazione alla direttiva richiamata.

sostenendo che ciò potrebbe configurare una legittima finalità di politica occupazionale; al contrario, il suddetto Tribunale ha sottolineato la necessità di applicare il principio degli accomodamenti ragionevoli di cui all'art. 5 della direttiva 2000/78/CE, a tutela della parità di trattamento delle persone con disabilità, circostanza che, invece, nel caso di specie non si è verificata.

Per tali ragioni, il Tribunale di Roma ha condannato la società resistente alla reintegrazione della lavoratrice nel posto di lavoro e alla corresponsione del risarcimento del danno, da liquidarsi secondo i criteri di legge.

2. Il contesto giurisprudenziale

Nella sentenza in commento, il Giudice – pur potendo limitarsi a rilevare l'esclusione, dal computo nell'ambito del comportamento, delle assenze riconducibili al periodo emergenziale da Covid-19 – ha scelto di ricostruire il più ampio percorso evolutivo della giurisprudenza, volto al progressivo riconoscimento di una tutela rafforzata per i lavoratori con disabilità³ in caso di licenziamento per superamento del periodo di comportamento⁴. Secondo questo indirizzo, la verifica del datore di lavoro non può ritenersi confinata alla mera quantificazione delle giornate di assenza, ma deve necessariamente estendersi alla verifica della possibilità di adottare misure organizzative alternative, anche in assenza di una espressa richiesta da parte del lavoratore.

Ed invero, la giurisprudenza⁵ da tempo si interroga se la previsione di un identico periodo di comportamento per lavoratori disabili e non disabili possa tradursi in una forma di discrimi-

³ DI STASI, *Il diritto al lavoro dei disabili e le aspettative tradite del "collocamento mirato"*, in *ADL*, 2013, 4-5, 880 ss.; GAROFALO, *Jobs act e disabili*, in *RDSS*, 2016, I, 89 ss.; Id., *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *ADL*, 2019, 1, 21 ss.; SPINELLI, *La sfida degli accomodamenti ragionevoli per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in *DLM*, 2017, 1, 39 ss.; 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*, 2024, 1, 12 ss.; TARDIVO, *L'inclusione lavorativa della persona con disabilità: tecniche e limiti*, Giappichelli, 2024.

⁴ Cass., 31 maggio 2024, n. 15282; Cass., 23 maggio 2024, n. 14402, in *RIDL*, 2024, II, 376, con nota di S. BUOSO, *Conferme sull'auspicata differenziazione collettiva del comportamento del disabile e sull'"ineludibile" interlocuzione alla base degli accomodamenti ragionevoli*; Cass., 22 maggio 2024, n. 14316. Sul punto cfr. MARESCA, *Disabilità e licenziamento per superamento del periodo di comportamento*, in *LDE*, 2024, 2; PASCARELLA, *L'applicazione di un termine di comportamento indifferenziato per superamento periodo di comportamento del lavoratore disabile*, in *LDE*, 2024, 2; PALLADINI, *Licenziamento, inidoneità sopravvenuta e ragionevole accomodamento*, in *VTDL*, 2024, 83 ss.; DAGNINO, *Comporto, disabilità e disclosure: note a margine di una querelle giurisprudenziale*, in *ADL*, 2023, 1, 241 ss.

⁵ Cfr. App. Napoli 17 gennaio 2023, in *RIDL*, 2023, II, 254 ss., con nota di DONINI, *L'applicazione indistinta del comportamento è discriminatoria se la malattia è riconducibile a disabilità*; contra App. Palermo 14 febbraio 2022, n. 111, in *Onelegale*; App. Torino 3 novembre 2021, n. 604, in *DJ*; Trib. Venezia 7 dicembre 2021, in *Labor*, 2022, con nota di AVANZI, *Il licenziamento discriminatorio per superamento del "comporto": la nozione di handicap e la "conoscenza" del datore di lavoro*. In dottrina, per una ricostruzione dei più recenti arresti giurisprudenziali, v. GRECO, *Il licenziamento per superamento del periodo di comportamento del lavoratore disabile*, in *VTDL*, 2024, fasc. straordinario, 69 ss.; ZAMPIERI, *La tutela antidiscriminatoria: dal lavoratore come contraente debole al lavoratore come persona umana*, in *VTDL*, 2024, fasc. straordinario, 45 ss.

nazione indiretta⁶. In tale prospettiva, ci si chiede se al licenziamento per superamento del periodo di comportamento debba applicarsi la sola disciplina generale di cui all'art. 2110 c.c.⁷; ovvero se, in presenza di una condizione di disabilità, debba trovare applicazione anche la speciale tutela rafforzata riservata ai lavoratori disabili⁸, in particolare attraverso il principio degli accomodamenti ragionevoli di cui all'art. 5 della dir. 2000/78/CE.

Al centro della questione si pone la nozione di discriminazione indiretta, così come delineata dall'art. 2, par. 2, lett. b), della dir. 2000/78/CE, la quale vieta ogni forma di discriminazione fondata sulla disabilità nel contesto lavorativo. Secondo tale disposizione «sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, a meno che: i) tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari; o che ii) nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la presente direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'art. 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi». La stessa direttiva impone poi agli Stati membri di garantire che i datori di lavoro adottino accomodamenti ragionevoli per consentire alle persone con disabilità di «accedere, partecipare e progredire nel lavoro, a meno che tali misure non comportino un onere sproporzionato»⁹.

Questa impostazione ha trovato ulteriore consolidamento nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea – segnatamente all'art. 21, in tema di non discriminazione, e all'art. 26, relativo all'integrazione delle persone con disabilità¹⁰ – nonché nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006, la quale persegue l'obiettivo di promuovere, tutelare e garantire il pieno ed effettivo esercizio dei diritti umani da parte delle persone con disabilità, riconoscendo loro il diritto di scegliere

⁶ Ai sensi dell'art. 2 della l. n. 67 del 2006: «il principio di parità di trattamento comporta che non può essere praticata alcuna discriminazione in pregiudizio delle persone con disabilità» (art. 2, comma 1), precisando ulteriormente che: a) «si ha discriminazione diretta quando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga» (art. 2, comma 2); b) mentre «si ha discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone» (art. 2, comma 3).

⁷ NICOLOSI, *Questioni (vecchie e nuove) in tema di licenziamento per superamento del periodo di comportamento, tra dubbi interpretativi e rimedi esperibili*, in *DML*, 3, 2019, 349; ID., *Licenziamento e comportamento non scaduto*, in *IG*, 2019, 43 ss.

⁸ MARESCA, op. cit., 3.

⁹ Art. 5, dir. 2000/78/CE.

¹⁰ Specificatamente l'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE dispone «L'Unione riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità».

liberamente un lavoro in ambienti inclusivi e accessibili, e imponendo agli Stati l'obbligo di promuovere in modo effettivo gli accomodamenti ragionevoli nei luoghi di lavoro. È in questo quadro normativo multilivello che si colloca la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, la quale ha progressivamente orientato anche la giurisprudenza italiana nel riconoscere la possibile natura discriminatoria dell'applicazione indistinta del periodo di comporto ai lavoratori con disabilità.

Punto di partenza è il rilievo proposto dall'Avvocata Generale Kokott¹¹ – fatto proprio dalla sentenza *HK Danmark* dell'11 aprile 2013 e confermato nella sentenza *Ruiz Conejero* del 18 gennaio 2018 e nella giurisprudenza successiva – secondo cui «rispetto ad un lavoratore non disabile un lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di una malattia collegata al suo handicap» e, pertanto, lo stesso «corre un rischio maggiore di accumulare giorni di assenza per malattia»¹². Ne consegue che l'applicazione di una medesima soglia di assenze per malattia possa configurare una discriminazione indiretta ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. b), della dir. 2000/78/CE, laddove ponga il lavoratore disabile in una situazione di svantaggio¹³, come avviene nel caso in cui tale soglia sia funzionale alla previsione di un preavviso ridotto in caso di licenziamento oppure al fine di giustificare il licenziamento per assenze intermittenti¹⁴.

Questa lettura è oggi pienamente accolta anche nell'ordinamento italiano, attraverso l'art. 2, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 216/2003, che riproduce la nozione di discriminazione indiretta quale effetto pregiudizievole derivante da atti o prassi formalmente neutrali ma idonei, nella loro applicazione concreta, a determinare uno svantaggio per le persone con disabilità¹⁵. Si delinea così una distinzione netta tra la discriminazione diretta – connotata da un trattamento peggiore intenzionale – e quella indiretta, più insidiosa perché celata dietro criteri di apparente imparzialità, ma nondimeno suscettibile di incidere in maniera sproporzionata su categorie vulnerabili.

¹¹ Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott nelle cause riunite *HK Danmark* (C-335/11 e C-337/11, EU:C:2012:775), par. 67.

¹² Cfr. C. giust., 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*, punto 76, avente ad oggetto i licenziamenti irrogati a due lavoratrici in conseguenza delle loro prolungate assenze dal lavoro determinate dalle patologie dalle quali erano affette, ove si evidenzia che i lavoratori con disabilità presentano un rischio maggiore di incorrere in assenze per malattia, con la conseguenza che l'applicazione automatica di criteri fondati sul numero delle assenze può determinare un effetto di particolare svantaggio. In termini analoghi, C. giust., 18 gennaio 2018, causa C-270/16, *Ruiz Conejero*, punto 57, secondo cui è da ritenersi contraria alla direttiva 2000/78/CE una normativa nazionale che consente al datore di lavoro di licenziare un lavoratore in ragione di assenze intermittenti, sebbene giustificate, in assenza di una valutazione individuale e dell'adozione di accomodamenti ragionevoli, risultando potenzialmente idonea a produrre una discriminazione indiretta fondata sulla disabilità.

¹³ Entrambe le decisioni escludono la configurabilità di una discriminazione diretta, rilevando come la disciplina in esame si applichi indistintamente a lavoratori disabili e non disabili, sicché l'eventuale svantaggio non risulta fondato su un criterio intrinsecamente connesso alla disabilità (cfr. C. giust., 11 aprile 2013, cit., par. 72-74; C. giust., 18 gennaio 2018, cit., par. 37). Tale impostazione è stata fatta propria dalla giurisprudenza nazionale (si v. Cass., 22 gennaio 2019, n. 20204).

¹⁴ Dagnino, op. cit., 242.

¹⁵ Si v. Cass., 20204/2019.

Su questo sfondo e sulla scorta del dibattito europeo, la giurisprudenza italiana ha sviluppato due orientamenti distinti. Da un lato, l'orientamento minoritario ritiene conforme al quadro normativo eurounitario il modello di tutela previsto dall'art. 2110 c.c., per come integrato dalla contrattazione collettiva, sostenendo la legittimità della non differenziazione del periodo di comportamento tra lavoratori disabili e non disabili, poiché le numerose tutele già previste per i lavoratori disabili «assorbono e, quindi, escludono ogni possibile correlazione tra questa condizione e la computabilità di esse nel periodo di comportamento», fatta eccezione per alcune ipotesi specifiche, come il licenziamento per sopravvenuta inidoneità o il licenziamento collettivo (art. 10, commi 3 e 4, l. n. 68/1999)¹⁶.

Secondo tali pronunce, «l'adozione di un simile accomodamento ragionevole – quale la previsione di un periodo di comportamento più lungo per il lavoratore disabile – rischierebbe di esporre il datore di lavoro “a tempo indefinito” alle conseguenze delle assenze del lavoratore nell'organizzazione aziendale, risolvendosi in un onere sproporzionato»¹⁷. In altri termini, escludendo che la nozione sovranazionale di disabilità preveda una tutela assoluta per il lavoratore, un periodo di comportamento differenziato non sarebbe compatibile con il legittimo interesse del datore di lavoro a ottenere una prestazione lavorativa utile e continuativa.

Dall'altro lato, l'orientamento ormai prevalente¹⁸ si fonda sull'esigenza di garantire un'effettiva uguaglianza sostanziale per i lavoratori disabili, valorizzando la loro condizione di vulnerabilità e ponendo limiti all'applicazione meramente formale della disciplina contrattuale, sostenendo che la previsione di un identico periodo di comportamento per lavoratori disabili e non disabili è da interpretarsi come potenzialmente discriminatoria, in quanto suscettibile di produrre un effetto di particolare svantaggio per i primi, in contrasto con la nozione di discriminazione indiretta sancita dal d.lgs. n. 216/2003 e dalla direttiva 2000/78/CE.

¹⁶ *Ex multis* Cass., 26 ottobre 2018, n. 27243; Cass., 5 aprile 2018, n. 8419; Trib. Torino, 3 novembre 2021, n. 604; Trib. Lodi, 12 settembre 2022, n. 19; Trib. Milano, 5 febbraio 2023; App. Palermo, 14 febbraio 2022, n. 604 – tutte in *DJ* – le quali confermano il principio secondo cui il recesso non può ritenersi giustificato per il solo fatto dell'ineseguibilità della prestazione, dovendosi invece accertare, in concreto, se siano stati adottati, o quanto meno valutati, accomodamenti ragionevoli idonei a consentire la prosecuzione del rapporto. Si v. SALVAGNI, *Nozione eurounitaria di handicap, discriminazione indiretta e accomodamenti ragionevoli*, in *LDE*, 2024, 2, 10. In materia di licenziamento per sopravvenuta inidoneità alle mansioni si rinvia a VOZA, *Sopravenuta inidoneità psicofisica e licenziamento del lavoratore nel puzzle normativo delle ultime riforme*, in *ADL*, 2015, 781; BOLOGNA, *Le mansioni del lavoratore tra garantismo e liberalizzazione*, Giappichelli, 2024, 159 ss.

¹⁷ Trib. Lodi, 12 settembre 2022, n. 19, in *DJ*.

¹⁸ Si veda, tra le altre, App. Napoli, 17 gennaio 2023 n. 168; App. Milano, 3 settembre 2021 n. 301; App. Roma, 26 maggio 2021 n. 2194; App. Roma, 27 novembre 2023 n. 3716, tutte in *DJ*, che percorrono l'iter logico-giuridico recepito da Cass., 31 marzo 2023 n. 9095, con nota di FILLI, *Superamento del periodo di malattia e rischio di discriminazione indiretta per disabilità*, in *GI*, 2023, 10, 2150; Cass., 21 dicembre 2023 n. 35747 e la recente n. 15282 del 31 maggio 2024, entrambe in *DJ*. Cfr. DE FALCO, *Licenziamento per superamento del periodo di comportamento e discriminazione indiretta del lavoratore disabile: un tema di giustizia sociale*, in *Bollettino ADAPT*, 20 febbraio 2023, 7; 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, 242.

Questa impostazione sottolinea come l'assenza di una specifica misura di scomputo per le assenze legate alla disabilità comporti, di per sé, un effetto discriminatorio indiretto, poiché il criterio apparentemente neutro del calcolo del comportamento finisce per penalizzare i lavoratori disabili, maggiormente esposti a malattie legate alla loro condizione. Ne consegue che, al fine di garantire il principio di parità di trattamento ed evitare il rischio di licenziamento per superamento del comportamento, il datore di lavoro è tenuto ad adottare misure di accomodamento ragionevole – ai sensi dell'art. 3, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 216/2003 – idonee a rimodulare il periodo di comportamento in modo compatibile con la specifica condizione patologica del lavoratore.

Tale orientamento, pur consolidato, non chiarisce i limiti di ragionevolezza entro cui il datore di lavoro possa legittimamente recedere per superamento del comportamento, né definisce criteri certi per la sua quantificazione in presenza di disabilità. Né la legge né la contrattazione collettiva offrono, infatti, parametri puntuali: le clausole contrattuali si limitano a previsioni generiche, spesso di carattere programmatico e subordinate alle esigenze organizzative dell'impresa¹⁹. Ne deriva la necessità di un bilanciamento tra accomodamenti ragionevoli e continuità della prestazione, in assenza del quale il rischio è quello di una tutela diseguale e incerta.

Sul punto, il Tribunale di Roma in commento ha ritenuto non necessaria la fissazione di un limite massimo in termini di giorni di assenza per malattia per i lavoratori disabili, lasciando spazio alla discrezionalità del datore di lavoro, purché questa sia diretta a perseguire obiettivi legittimi, come il contenimento dell'assenteismo. Tuttavia, anche tali scelte devono sempre rispettare i principi di proporzionalità e ragionevolezza, previsti dall'art. 5 della dir. 2000/78/CE e dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità. In concreto, la durata del comportamento dovrebbe essere adattata alle concrete condizioni del lavoratore disabile, tenendo conto delle sue reali esigenze, evitando da un lato di gravare eccessivamente sull'organizzazione aziendale, ma dall'altro garantendo una protezione reale e non solo formale.

Eppure, questa ampia discrezionalità può facilmente tradursi in una tutela incerta e lasciata all'apprezzamento soggettivo del datore di lavoro: in assenza di parametri vincolanti le scelte aziendali potrebbero essere guidate da logiche organizzative non sempre compatibili con il principio di parità sostanziale. Un tale assetto espone il lavoratore disabile a un margine di protezione fortemente variabile, dipendente più dalla sensibilità del singolo

¹⁹ Tra i contratti collettivi che prevedono un riferimento esplicito agli accomodamenti ragionevoli e una durata specifica del periodo di comportamento si segnalano il CCNL Trasporto Aereo – Attività Aeroportuali (7 febbraio 2025) e il CCNL Gomma e Plastica – Industria (1° luglio 2019, integrato il 26 gennaio 2023). Il primo, all'art. 19, prevede l'introduzione di criteri differenziati per la durata del periodo di comportamento e misure concrete di accomodamento, mentre il secondo, in linea con la Convenzione ONU e la direttiva 2000/78/CE, richiama l'esigenza di soluzioni organizzative e contrattuali ragionevoli per favorire l'inserimento e il reinserimento dei lavoratori disabili. Cfr. ALIFANO, *Discriminazione per disabilità, comportamento e contrattazione collettiva*, in *Working Paper Adapt*, 2024, 7.

datore che da vincoli giuridici effettivi. In tale prospettiva, l'assenza di una disciplina esplicita sul punto, lungi dal valorizzare l'autonomia privata, rischia di dissimulare una diseguaglianza di fatto, che la giurisprudenza – da sola – non è sempre in grado di colmare.

3. La conoscenza della disabilità del dipendente: cooperazione nel rapporto di lavoro e onere informativo

La gestione del periodo di comportamento e l'adozione di accomodamenti ragionevoli presuppongono che il datore di lavoro sia a conoscenza, o quantomeno sia in grado di conoscere, la condizione di disabilità del lavoratore. In questo senso, la vicenda oggetto della sentenza ha offerto al giudice di merito l'occasione per chiarire che l'assenza di una comunicazione espressa della condizione di disabilità non può automaticamente legittimare l'inerzia datoriale. Al contrario, il datore, laddove si trovi di fronte a reiterate assenze per malattia, è tenuto ad attivarsi diligentemente, sollecitando un'interlocuzione con il dipendente per acquisire ogni informazione utile a verificare l'eventuale sussistenza di una disabilità. L'omissione di tale attivazione, si legge in sentenza, può integrare una condotta discriminatoria in forma indiretta, *ex art. 2, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 216/2003*.

Il tema, del resto, non è nuovo nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale. In particolare, esso assume contorni problematici nelle ipotesi in cui la disabilità derivi da patologie croniche che determinano assenze prolungate. In simili contesti, infatti, i certificati medici recapitati dal lavoratore contengono di regola la sola prognosi, mentre la diagnosi – e dunque la riconducibilità dell'assenza ad una situazione di disabilità – rimane riservata all'INPS²⁰, il che rende spesso arduo per il datore accertare autonomamente la situazione soggettiva del lavoratore.

Tale incertezza si riverbera sia sulla possibilità di riconoscere un periodo di comportamento differenziato, sia sull'adempimento dell'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli²¹, *ex art. 3, comma 3-bis, del d.lgs. n. 216/2003*, oggi rafforzato anche dall'*art. 17 del d.lgs. n. 62/2024*²², che attribuisce al lavoratore disabile la facoltà di attivare formalmente il pro-

²⁰ NARDELLI, *Il difficile bilanciamento tra tutela della disabilità e della privacy*, in *VTDL*, 2023, 4, 1051 ss.; DELLA ROCCA, *La malattia del lavoratore subordinato tra vecchie e nuove tutele*, Giappichelli, 2024, 138.

²¹ GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *ADL*, 2019, 1211-1247; PACIFICO, *Accomodamenti ragionevoli per il lavoro delle persone con disabilità: innovazioni legislative e orientamenti giurisprudenziali*, in *DML*, 2024, 557.

²² L'art. 17 del d.lgs. n. 62/2024, di attuazione della legge delega n. 227/2021, stabilisce che «la persona con disabilità (...) ha facoltà di richiedere, con apposita istanza scritta, (tra gli altri) ai soggetti privati l'adozione di un accomodamento ragionevole, anche formulando una proposta» e «partecipando al procedimento dell'individuazione dell'accomodamento ragionevole». Cfr. MONACO, FALABELLA, *Prima analisi del decreto legislativo 3 maggio 2024, n. 62 in materia di disabilità: una "rivoluzione copernicana"*, in *Bollettino Adapt*, 2024, 4; ELMO, *Condizione di disabilità e stato di salute del lavoratore alla luce del decreto legislativo n. 62 del 2024*, in *DSL*, 2025, 1, 58 ss.

cedimento volto all'adozione dell'accomodamento (il che comporta necessariamente un grado di cooperazione tra le parti).

La questione è stata affrontata in maniera difforme dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale, rivelando un persistente disallineamento interpretativo circa il ruolo che assume la conoscenza, o anche la sola conoscibilità, della condizione di disabilità da parte del datore di lavoro, ai fini della configurabilità di una discriminazione e dell'attivazione dell'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli.

Un contributo significativo al dibattito proviene dalla sentenza C. giust., 18 gennaio 2018, causa C-270/16, *Ruiz Conejero*, la quale sembrerebbe orientata ad attribuire un rilievo oggettivo alla condizione di disabilità, prescindendo, almeno in astratto, dalla consapevolezza del datore di lavoro. Il giudice del rinvio, infatti, aveva osservato che il rischio cui sono esposti i lavoratori con disabilità – nella specie, con riferimento ad assenze per malattia – è rilevante indipendentemente dal fatto che il datore di lavoro sia o meno a conoscenza di tale condizione²³. Tuttavia, nelle sue Conclusioni, l'Avvocata Generale Sharpston²⁴ ha richiamato con fermezza il principio secondo cui non si può pretendere dal datore di lavoro l'adozione di accomodamenti ragionevoli in assenza di una sua consapevolezza, anche solo potenziale, dello stato di disabilità del dipendente. Come chiarito nei parr. 36 ss., sebbene la direttiva non imponga ai lavoratori disabili l'obbligo di dichiarare la propria condizione, l'effettività del dovere datoriale di accomodamento presuppone almeno che il datore sia stato informato, oppure che possa esserlo sulla base di circostanze evidenti o conoscibili mediante l'ordinaria diligenza (es. patologie manifeste, documentazione medica, esiti della sorveglianza sanitaria). Diversamente, nei casi in cui la disabilità non sia evidente o dichiarata, ma solo ipotizzabile, l'onere grava sul lavoratore, quantomeno in termini di cooperazione, affinché non si imponga al datore l'adozione di misure che presuppongono una conoscenza di fatti a lui ignoti.

In definitiva, l'Avvocata Generale adotta un approccio che respinge tanto l'idea di una responsabilità oggettiva fondata sull'ignoranza del datore, quanto quella di una pretesa conoscenza "automatica": l'obbligo di accomodamento, quale strumento centrale per l'attuazione della parità sostanziale, può operare anche in assenza di una comunicazione formale, ma solo a fronte di elementi oggettivi che avrebbero reso conoscibile, con l'ordinaria diligenza, la condizione di disabilità. In tale prospettiva, la nozione di "discriminazione fondata sulla disabilità" comprende anche l'inerzia datoriale nel predisporre accomodamenti ragionevoli, ma solo laddove la disabilità sia conosciuta o conoscibile²⁵. Resta tuttavia esclusa ogni forma di responsabilità automatica: in assenza di segnali idonei, l'ignoranza effettiva della disabilità non può integrare una violazione del divieto di

²³ C. giust. 18 gennaio 2018, C-270/16, *Ruiz Conejero*.

²⁴ Conclusioni dell'Avvocato Sharpston del 19 ottobre 2017 nella causa *Ruiz Conejero*, par. 37 ss.

²⁵ Sul punto si veda DAGNINO, op. cit., 252, che cita in particolare i Commenti generali del Comitato sui diritti delle persone con disabilità n. 6 del 2018 e n. 8 del 2022.

discriminazione, né dell'obbligo di adottare misure ragionevoli. Del resto, la stessa logica degli accomodamenti - che presuppongono una valutazione individuale e impongono un facere specifico in capo al datore - implica necessariamente una previa conoscenza della disabilità²⁶.

Tale lettura, tuttavia, non è pacificamente accolta nella giurisprudenza italiana.

Ed invero, dal momento che la discriminazione deve essere valutata esclusivamente in termini oggettivi²⁷, ciò che rileva è l'effetto finale della condotta datoriale, ossia la produzione di uno svantaggio concreto e ingiustificato in danno di una categoria protetta, a prescindere dall'intenzione soggettiva dell'autore della condotta. Diversamente opinando si finirebbe per introdurre surrettiziamente un requisito di colpevolezza quale elemento costitutivo delle responsabilità da comportamento discriminatorio del datore di lavoro²⁸.

Sennonché, in senso contrario, si è osservato che l'impostazione accolta dalla giurisprudenza di legittimità – in particolare nelle pronunce n. 9095/2023 e n. 35747/2023 – rischia di attribuire alla nozione di discriminazione una connotazione meramente oggettiva, fino al punto di ritenere irrilevante anche la conoscenza o conoscibilità, della condizione di disabilità da parte del datore di lavoro.

In tal modo si finisce per sovrapporre due piani concettualmente distinti: da un lato, quello dell'intenzionalità della condotta datoriale e, dall'altro, quello della consapevolezza della condizione di disabilità, che costituisce invece il presupposto logico-funzionale per l'attivazione dell'obbligo di adottare misure di accomodamento ragionevole²⁹. Ritenere, pertanto, irrilevante l'accertamento della conoscibilità della disabilità da parte del datore di lavoro equivale, in sostanza, a introdurre una forma di responsabilità oggettiva a suo

²⁶ PASCARELLA, op. cit., 7.

²⁷ Sulla natura oggettiva della discriminazione si veda l'*assessment* giurisprudenziale oramai consolidato, in particolare con la pronuncia della Cass., 5 aprile 2016, n. 6575, che riconosce la natura oggettiva alla discriminatorietà del licenziamento. In dottrina si v. BALLESTRERO, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *DLRI*, 2016, 2, 231. Più specificamente, in materia di licenziamento per superamento del periodo di comporto, si rinvia alla recentissima pronuncia della Cass., 7 gennaio 2025, n. 170 c che si inserisce nel solco della giurisprudenza di legittimità orientata a qualificare come discriminazione indiretta il licenziamento per superamento del comporto nei confronti di lavoratori disabili, in assenza di specifici accomodamenti. Il principio, inaugurato da Cass., 31 marzo 2023, n. 9095 e poi chiarito da Cass., 21 dicembre 2023, n. 35747, prescinde dall'intenzionalità del datore, rilevando l'effetto svantaggioso derivante dall'applicazione indistinta del comporto. È sufficiente, secondo la Corte, che il datore conoscesse – o potesse conoscere con l'ordinaria diligenza – la disabilità del dipendente, per essere tenuto ad attivare un dialogo e valutare misure alternative al recesso, inclusa la rimodulazione del comporto. La stessa impostazione è stata confermata da Cass., nn. 11731, 14316, 14402, 15282 e 30095 del 2024. In senso conforme anche la giurisprudenza di merito: App. Roma, 27 novembre 2023, n. 3716; App. Roma, 26 maggio 2021, n. 2104; App. Roma, 20 novembre 2020, n. 2598; Trib. Roma, 20 novembre 2023, n. 10408; Trib. Roma, 17 dicembre 2020, n. 15365, tutte in *DJ*.

²⁸ PASCARELLA, op. cit., 5.

²⁹ *Ibidem*; sul punto si v. FILI, op. ult. cit., 2150, che osserva come una simile impostazione finirebbe per attribuire al datore di lavoro «responsabilità e un costo sproporzionati».

carico³⁰, basata sulla diagnosi clinica, che nella maggior parte dei casi egli non è autorizzato a conoscere né è tenuto ad acquisire³¹.

Tale impostazione è stata fatta propria da numerosi giudici di merito³² e da parte della dottrina³³, che sottolineano come, in assenza di una collaborazione attiva da parte del lavoratore, l'obbligo del datore di lavoro di adottare misure di accomodamento ragionevole non possa considerarsi esigibile. Il dipendente, infatti, potrebbe cooperare attivamente, fornendo elementi chiari e documentati sulla propria condizione o ad esempio barrando l'apposita casella prevista nei certificati medici dal d.m. 18 aprile 2012³⁴, che consente un'indicazione generica («malattia dovuta a disabilità») senza necessità di specificare la diagnosi, a tutela della *privacy*³⁵. È però importante precisare che se non viene barrata la casella relativa allo «stato patologico sotteso o connesso alla situazione di invalidità riconosciuta», tale omissione non potrà essere usata dal datore di lavoro per escludere che le assenze siano riconducibili alla disabilità, tenuto conto che si tratta di un adempimento che spetta unicamente al medico certificatore e che può essere effettuato solo nelle ipotesi in cui vi sia un'attestazione di invalidità da parte delle ASL competenti³⁶.

Un elemento di novità, invece, è rappresentato dalla sentenza della S.C. del 31 maggio 2024, n. 15282³⁷, che ha individuato due distinte ipotesi riferite alla condotta datoriale: la prima, in cui il datore abbia colpevolmente ignorato la disabilità del lavoratore; la seconda, in cui la condizione, pur non espressamente comunicata, avrebbe potuto essere riconosciuta come reale sulla base di un comportamento diligente. La sentenza configura così un “onere bifronte”: da un lato, il lavoratore è tenuto a cooperare, fornendo indicazioni utili sulle patologie legate alla disabilità; dall'altro, il datore deve attivarsi per acquisire tali informazioni e, una volta a conoscenza, predisporre gli accomodamenti ragionevoli, com-

³⁰ Tale forma di responsabilità oggettiva non è dissimile da quella prevista per il licenziamento della lavoratrice madre ex art. 54, comma 2, d.lgs. n. 151/2001, sebbene in quel caso la lavoratrice debba comprovare tramite certificato la malattia da gravidanza o puerperio, che, ai sensi dell'art. 20 d.p.r. n. 1026/1976, è esclusa dal calcolo del periodo di comporto; diversamente, nel caso della disabilità, l'evento malattia non sempre gode di una tutela automatica. Cfr. la recente Cass., 7 maggio 2025, n. 12060, in *Onelegale*.

³¹ La normativa sulla riservatezza sanitaria, unitamente al divieto previsto dall'art. 5 dello Statuto dei lavoratori, impedisce al datore di lavoro di conoscere la diagnosi medica e di svolgere accertamenti diretti sulle condizioni di salute del dipendente.

³² Si v. Trib. Milano, 4 marzo 2021, n. 314; Trib. Vicenza, 27 aprile 2022, n. 181; App. Torino, 3 novembre 2021 n. 604; Trib. Bologna, 19 maggio 2022 n. 230, tutte in *DJ*.

³³ Si v. GAROFALO, op. ult. cit., 1230; MARESCA, op. cit., 3; Fili, op. ult. cit., 2150.

³⁴ App. Torino, 3 novembre 2021, n. 604 e Trib. Bologna, 19 maggio 2022, n. 230, in *DJ*.

³⁵ MARESCA, op. cit., 7.

³⁶ Sul punto, si rinvia a App. Firenze, 4 novembre 2021, n. 760, in *DJ*, nonché a PASCARELLA, op. cit., 8. Da ultimo, si v. Cass., 9 maggio 2025, n. 12272, in *RGL giur. on line*, 2025, 5, la quale, in un caso molto simile alla sentenza in commento, ha affermato che il divieto di computo delle assenze opera in via oggettiva, indipendentemente dalla conoscenza da parte del datore di lavoro della causale dell'assenza.

³⁷ Cass., 31 maggio 2024, n.15282, in *Labor*, 26 luglio 2024, con nota di ZAMPIERI, *Comporto, disabilità, accomodamenti ragionevoli. Due “nuovi” casi di licenziamento del lavoratore con disabilità per superamento del periodo di comporto ordinario*.

presa la possibilità di un computo del comportamento differenziato per le assenze riconducibili alla disabilità.

La sentenza in commento, d'altro canto, offre una chiara indicazione operativa, ritenendo che – pur in assenza di una comunicazione espressa della disabilità da parte del dipendente – gravi sul datore di lavoro un vero e proprio onere di attivazione, da attuarsi attraverso un'interlocuzione formale con il lavoratore, o in base a elementi documentali già a disposizione, finalizzata a chiarire l'eventuale connessione tra le assenze e una condizione di disabilità.

La pronuncia, pertanto, si pone in linea con il richiamato orientamento della Corte di cassazione³⁸, in cui non rileva la conoscenza o la conoscibilità della disabilità e che ha identificato nel dialogo tra le parti una fase imprescindibile nella gestione del recesso per superamento del periodo di comportamento: il confronto, strutturalmente connesso all'obbligo di accomodamento ragionevole, diviene l'unico strumento idoneo a garantire una valutazione effettiva del rischio discriminatorio e dell'adeguatezza delle misure adottate o omesse dal datore.

Da ultimo, con specifico riferimento all'obbligo di informazione, il giudice nella pronuncia in esame ha dichiarato nullo il licenziamento anche in ragione della condotta omissiva del datore di lavoro, il quale ha omesso di informare la lavoratrice circa l'approssimarsi della scadenza del periodo di comportamento. Tale condotta è stata ritenuta lesiva dei principi di correttezza e buona fede che presiedono all'esecuzione del rapporto di lavoro, poiché il datore non solo ha taciuto il superamento imminente del comportamento, ma non si è nemmeno attivato per ottenere informazioni dalla lavoratrice, violando così il dovere di leale cooperazione.

Benché non sia rinvenibile, in via generale, un obbligo legale in capo al datore di preavvertire il lavoratore dell'approssimarsi della scadenza del periodo di comportamento, va rammentato che taluni CCNL prevedono un dovere espresso di informazione e che, in tali casi, l'omessa comunicazione rende illegittimo il licenziamento per superamento del comportamento³⁹. Al di fuori di tali previsioni, parte della giurisprudenza ha elaborato un orientamento secondo cui tale onere informativo deve ritenersi comunque sussistente⁴⁰, quale espressio-

³⁸ Si rimanda alla nota n. 30. In particolare, la Cass., n. 14316/2024, richiamata dalla pronuncia in commento, evidenzia che anche senza formale comunicazione, il datore deve attivarsi diligentemente per verificare l'eventuale disabilità.

³⁹ Cfr. 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 comportamento, tra contrattazione collettiva, doveri di buona fede ed elemento costitutivo della fattispecie di licenziamento. In tale pronuncia, la Corte ancora l'obbligo di informazione alla sola fonte collettiva e ne sanziona l'omissione ove il CCNL lo preveda; ed invero, nel caso *de quo*, il CCNL Fise-Assoambiente del 2017, all'art. 46, lett. b), impone espressamente la comunicazione al raggiungimento di 400 giorni "in occasione della consegna/trasmisione della prima busta paga utile", con conseguente illegittimità del recesso in difetto di tale adempimento.

⁴⁰ Cass., 28 ottobre 2021, n. 30478; App. Roma, 5 ottobre 2021, n. 3417 in *Labor*, 17 gennaio 2022, con nota di Poso, *Superamento del periodo di comportamento per malattia e buona fede del datore di lavoro*; Cass., 11 novembre 2020, n. 18960; Cass., 17 agosto 2018, n. 20761; *Contra*, la recentissima Cass., 29 maggio 2025, n. 4247.

ne dei principi generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.⁴¹. Ne consegue che, nei casi in cui le assenze siano riconducibili a una condizione di disabilità, la comunicazione dell'imminente scadenza può integrare un accomodamento ragionevole ai sensi dell'art. 5, dir. 2000/78/CE, e dell'art. 3, comma 3-*bis*, d.lgs. 216/2003⁴², consentendo al lavoratore di esercitare tempestivamente le prerogative a lui riconosciute dall'ordinamento (quali, ad esempio, la richiesta di un'aspettativa non retribuita⁴³).

4. Conclusioni

La sentenza in commento è espressione di una tendenza giurisprudenziale ormai consolidata, secondo cui grava sul datore di lavoro l'obbligo di attivarsi concretamente per valutare l'adozione di accomodamenti ragionevoli ogniqualvolta sia a conoscenza – o possa ragionevolmente esserlo – della condizione di disabilità del lavoratore. Si tratta di un orientamento volto a dare attuazione sostanziale alla *ratio* dell'art. 2, comma 2-*bis*, del d.lgs. n. 216/2003, in coerenza con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che già da tempo ha chiarito come l'omessa adozione di accomodamenti ragionevoli possa integrare una forma di discriminazione indiretta.

Tuttavia, se tale approccio risponde all'esigenza – certamente condivisibile – di garantire una tutela effettiva, la sua applicazione nel contesto del licenziamento per superamento del comportamento solleva non pochi problemi, specie sul piano del bilanciamento tra diritti fondamentali contrapposti⁴⁴. Da un lato, il diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro e alla parità sostanziale; dall'altro, il diritto alla riservatezza sulla propria condizione di salute, che può essere legittimamente opposto al datore⁴⁵, il quale – in assenza di una dichiarazione espressa – non è legittimato a compiere accertamenti autonomi, essendo precluse le indagini sanitarie ai sensi dell'art. 5 dello Statuto dei lavoratori.

⁴¹ Cfr. Cass., 25 gennaio 2011, n. 1699.

⁴² Contrariamente, si rileva altresì una posizione interpretativa che esclude l'esistenza di un obbligo informativo a carico del datore di lavoro circa l'avvicinarsi della scadenza del periodo di comportamento, pertanto il datore di lavoro non è gravato da alcun obbligo di «rendicontazione» sull'approssimarsi del termine del comportamento e il lavoratore può beneficiare delle tutele previste solo qualora ne faccia espressa richiesta. Si veda, in particolare, Cass., 29 maggio 2025, n. 4247, e GAROFALO, *La risoluzione del rapporto di lavoro per malattia*, in *DRI*, 2023, 2, 375.

⁴³ Cass. 17 maggio 2024, n. 13766, in *Labor*, con nota di ZAMPIERI, *Comporto, disabilità, accomodamenti ragionevoli*, cit.; Si v. anche DELLA ROCCA, *La determinazione del periodo di comporto del disabile "di fatto": contrattazione collettiva carente e giurisprudenza allo sbaraglio*, in *RIDL*, 2024, 1, 127 ss.

⁴⁴ Sul bilanciamento tra diritti come tecnica argomentativa fondata su criteri normativi e non meramente consequenziali, v. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *RTDPC*, 1994, 1 ss.; PINO, *Conflitto e bilanciamento*, in *Etica & Politica*, 2006, 2, 1 ss.

⁴⁵ Il lavoratore non è tenuto a dichiarare la propria disabilità, salvo che intenda accedere a specifici benefici previsti dalla legge (come nel caso delle mansioni confacenti alla propria disabilità *ex art.* 10 della l. n. 68/1999 o delle misure di cui alla legge n. 104/1992). Cfr. VOZA, *op. cit.*, 781; BOLOGNA, *op. cit.*, 159 ss.

Il nodo centrale non risiede tanto nell'ammissibilità di una tutela rafforzata per il lavoratore con disabilità, quanto nella mancanza di regole chiare che definiscano se – e in che termini – il diritto alla riservatezza possa essere limitato in funzione dell'interesse alla conservazione del posto di lavoro. Permangono, in particolare, incertezze sul piano applicativo nei casi in cui i contratti collettivi non prevedano periodi di comportamento differenziati⁴⁶ né disciplinino, anche indirettamente, modalità di attivazione di un obbligo di leale cooperazione tra le parti. In assenza di riferimenti normativi o contrattuali, il bilanciamento tra esigenze organizzative e diritti individuali rischia di tradursi in scelte discrezionali, prive di criteri verificabili. Non è sostenibile, da un lato, pretendere che il datore attivi misure di accomodamento in assenza di qualunque informazione; dall'altro, neppure il diritto a non rivelare la propria condizione può assumere una portata assoluta, tale da impedire ogni forma di intervento. In questo contesto, si potrebbe ritenere che – pur in difetto di un obbligo espresso – il lavoratore, in forza dei principi di buona fede e leale collaborazione, abbia quantomeno un interesse funzionale a comunicare la propria situazione qualora intenda beneficiare della sospensione del comportamento, dell'adozione di specifici accomodamenti o di misure di tutela rafforzata⁴⁷. Dunque, una possibile soluzione potrebbe consistere nella previsione, anche in sede collettiva, di spazi procedurali chiari e garantiti, nei quali il lavoratore possa decidere, in modo consapevole, se e in che termini rendere nota la propria condizione, senza che ciò si traduca né in un obbligo generalizzato di disclosure né in una rinuncia, anche implicita, alle proprie tutele. Oltre a ciò, occorre interrogarsi sull'eventuale esistenza di un limite di ragionevolezza del comportamento "prolungato", decorso il quale il datore di lavoro possa legittimamente recedere. Anche tale profilo dovrà necessariamente conformarsi ai principi di proporzionalità e ragionevolezza, che orientano l'intero sistema degli accomodamenti ragionevoli e che impongono, in ogni caso, il rispetto dei canoni di buona fede e correttezza che permeano ogni rapporto contrattuale⁴⁸.

⁴⁶ Per un'analisi più estesa della contrattazione collettiva nazionale e delle varie disposizioni relative al comportamento in caso di disabilità, si rimanda ad ALIFANO, op. cit.

⁴⁷ Sull'accesso a determinati benefici socio-assistenziali – quali permessi o congedi – si v., in particolare con riferimento ai *caregivers* familiari che lavorano, GABRIELE, *Contratto di lavoro e diritto al tempo per la cura*, ESI, 2024, 205 ss.; RICCOBONO, *I permessi ex l. n. 104/1992: tempi di assistenza e tempi di vita dei lavoratori caregiver*, in *RIDL*, 2023, II, 290 ss.

⁴⁸ MARESCA, op. cit., 8.

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza 16 aprile 2025, n. 10012; Pres. Tria – Est. Tricomi – P.M. Fresa (concl. rig.) - ASL Città di Torino (Avv.ti P. Scaparone e C. Picco) c. A.A. (Avv.ti G. Nano, A. Savoini).
Conferma App. Torino sent. 170/2024

Permessi *ex lege* n. 104/1992 – Lavoro part-time – Discriminazione diretta – Sussistenza – Parità di trattamento – Diritti delle persone con disabilità – Flessibilità orario di lavoro – Accomodamenti ragionevoli – Tutela antidiscriminatoria.

Configura discriminazione diretta la condotta datoriale che parametra i permessi della legge n. 104/1992 alla ridotta durata della prestazione lavorativa di uno specialista ambulatoriale convenzionato con l'ASL affetto da handicap grave, escludendo che la riduzione dell'orario costituisca accomodamento ragionevole, in quanto non garantisce all'interessato il recupero delle energie psicofisiche.

La riparametrazione dei permessi ex art. 33, l. 104/1992 in relazione alla ridotta durata della prestazione lavorativa è discriminatoria

Livia Tamburro

Assegnista di Ricerca di Diritto del lavoro nell'Università di Roma "Tor Vergata"

SOMMARIO: 1. Il caso e la sua ambivalente configurabilità. – 2. L'opzione della Corte per il carattere discriminatorio della condotta. – 3. La risarcibilità *in re ipsa* del danno da discriminazione.

Sinossi: Il contributo analizza la sentenza della Corte di cassazione, Sezione Lavoro, 16 aprile 2025, n. 10012, soffermandosi sui profili di discriminazione diretta nella riduzione dei permessi ex art. 33, l. n. 104/1992, concessi a un lavoratore disabile convenzionato con orario ridotto. La Corte ha escluso che il riproporzionamento dei permessi alla minore durata della prestazione costituisca un accomodamento ragionevole, affermando il diritto alla piena fruizione dei permessi come misura compensativa delle maggiori difficoltà derivanti dalla disabilità. La nota approfondisce la risarcibilità *in re ipsa* del danno non patrimoniale, sottolineando la tutela della dignità e dei diritti fondamentali del lavoratore, indipendentemente dalla natura del rapporto di lavoro. Il commento evidenzia, inoltre, le criticità interpretative e applicative del principio, nell'ottica di un equilibrio tra flessibilità organizzativa e piena garanzia dei diritti dei lavoratori disabili.

Abstract: The contribution analyzes the judgment of the Italian Court of Cassation, Labour Section, 16 April 2025, No. 10012, highlighting issues concerning direct discrimination in the reduction of leave under Article 33 of Law No. 104/1992, granted to a disabled worker engaged on a part-time contractual basis. The Court ruled that the proportional reduction of leave according to the shorter working hours cannot be considered a reasonable accommodation, affirming the worker's right to full entitlement as a means to offset the additional difficulties arising from the disability. The note also examines the concept of in re ipsa compensability of non-pecuniary damage resulting from discrimination, emphasizing the protection of the worker's dignity and fundamental rights, regardless of the type of employment relationship. The commentary aims to highlight interpretative and practical challenges of this principle, in the perspective of balancing organizational flexibility with the full guarantee of the rights of disabled workers.

1. Il caso e la sua ambivalente configurabilità

La sentenza in commento della Corte di cassazione, sezione lavoro, del 16 aprile 2025, n. 10012¹, resa in materia di diritto antidiscriminatorio, perviene alla declaratoria di illegittimità della condotta di una ASL in una fattispecie che, riguardata sotto diversa prospettiva, potrebbe essere considerata legittima alla stregua della medesima disciplina.

La vicenda processuale vede coinvolto uno psicologo operante in regime di convenzione con un'azienda sanitaria locale secondo le disposizioni degli ACN vigenti *pro tempore*, con un orario settimanale limitato a 22 ore, rispetto alle 38 ore complessive della prestazione piena.

Il ricorrente, riconosciuto invalido civile dal dicembre 2008 e portatore di *handicap* con connotazione di gravità² dal settembre 2009, si era visto concedere solo in misura di 13, 12 ore al mese e, peraltro, soltanto dall'aprile del 2020, i permessi che l'art. 33, l. n. 104/1992, al comma 6, riserva nella misura di tre giorni lavorativi al mese in favore della persona maggiorenne portatrice di handicap grave; permessi, invece, inutilmente richiesti dall'interessato fin dal gennaio 2010.

A decorrere dal settembre 2021 tale riconoscimento era stato ulteriormente ridotto dalla ASL ad un solo giorno al mese, così da risultare asseritamente parametrato alla più limitata durata oraria della prestazione resa in convenzione.

Il lavoratore conveniva in giudizio l'azienda sanitaria committente, deducendo la nullità per discriminazione degli ACN nella parte in cui non riconoscevano i suddetti permessi in favore del personale convenzionato e portatore di *handicap*, lamentando l'illegittimità

¹ In argomento, vedi anche Cass., 25 luglio 2019, n. 20204, in *GC Mass.*, 2019; Cass., 29 settembre 2017, n. 22925, in *D&G*, 2 ottobre 2017; Cass., 25 settembre 2020, n. 20243, in *GC Mass.*, 2020; in *D&G*, 28 settembre 2020.

² Sul punto, cfr. l. n. 104/1992, art. 3, comma 3: «Qualora la compromissione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione, il sostegno è intensivo e determina priorità nei programmi e negli interventi dei servizi pubblici».

della determinazione dell'amministrazione, stante la disparità di trattamento attuata rispetto al regime riservato ai colleghi dipendenti, operanti secondo l'orario normale di 38 ore, chiedendo l'accertamento del diritto all'intero ammontare dei permessi a lui spettanti in ragione di tre giorni per mese, oltre al risarcimento del danno per il periodo antecedente al 2020.

La norma dell'art. 5, dir. 2000/78/CE, in combinato disposto con il 2° *considerando*, nel prevedere «un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro», attribuisce rilievo alla condizione di portatore di *handicap* quale possibile fattore di discriminazione³.

A garanzia della parità di trattamento⁴ delle persone con disabilità, la norma impone l'adozione di *accomodamenti ragionevoli*⁵.

In base alla richiamata disposizione, il datore di lavoro è tenuto a predisporre misure adeguate e proporzionate, commisurate alle specificità delle situazioni individuali, al fine di garantire alle persone con disabilità l'accesso al lavoro, lo svolgimento dell'attività lavorativa, la progressione professionale nonché la partecipazione a percorsi di formazione⁶. Tali misure non devono, tuttavia, comportare per il datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato, da valutarsi alla luce delle risorse e degli strumenti di sostegno previsti nell'ambito delle politiche pubbliche dello Stato membro, fermo restando che l'eventuale costo non può ritenersi eccedente la ragionevolezza qualora risulti adeguatamente compensato da misure di supporto, anche di natura pubblica.

³ Cfr. M.C. CATAUDELLA, *Elementi di Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, Cacucci, 76 ss.

⁴ Si prevede che per «principio di parità di trattamento» s'intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi indicati all'art. 1 della direttiva stessa, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il suddetto principio.

⁵ Sul tema, cfr. D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *ADL*, 2019, 6, 1211 ss.; DE FALCO, *Accomodamenti ragionevoli: sovvenzioni nel settore privato, accessibilità ovunque*, in *RIDL*, 2021, I, 429 ss.; 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 ID. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, 80; CHIAROMONTE, *L'inclusione sociale dei lavoratori disabili fra diritto dell'Unione europea e orientamenti della Corte di giustizia*, in *VTDL*, 2020, 4, 897; SPINELLI, *La sfida degli "accomodamenti ragionevoli" per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in *DLM*, 2017, 1, 50; IZZI, *Commento all'articolo 26. Inserimento dei disabili*, in ALLEGREZZA, MASTROIANNI, POLLICINO, PAPPALARDO, RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2017, 499; CHIAROMONTE, *L'inclusione sociale dei lavoratori disabili fra diritto dell'Unione europea e orientamenti della Corte di giustizia*, in *VTDL*, 2020, 4, 904; da ultimo, VERZULLI, *Disabilità, malattia cronica, fragilità: il lavoro agile come accomodamento ragionevole*, in *DSL*, 2024, 1, 1 ss.

Si vedano anche: TEKLE, *Un'interpretazione sistemica degli accomodamenti ragionevoli nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e nei pronunciamenti del Comitato ONU come strumento di uguaglianza trasformativa e sociale*, in *DSL*, 2024, 2, 139 ss., ivi 141, secondo cui gli accomodamenti ragionevoli sono uno strumento di giustizia sociale; DORMIDO ABRIL, BRAJ CHOUBEY, AURELIO LEONARDI, ZAMPIERI, *Reasonable accommodation and disability: a comparative analysis* in *DSL*, 2024, 1, 18.

⁶ Sulla predisposizione di «soluzioni ragionevoli» per garantire la parità di trattamento delle persone con disabilità, attraverso la rimozione degli ostacoli che impediscono la loro realizzazione e partecipazione alla vita sociale e lavorativa, cfr. per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali, DAGNINO, *Comporto, disabilità e disclosure: note a margine di una querelle giurisprudenziale*, in *ADL*, 2023, 1, 241 ss.; VARVA, *Discriminazione per handicap e comporto adeguato ai lavoratori con disabilità: questioni emergenti dalla recente giurisprudenza*, in *RIDL*, 2023, I, 531 ss.

Nella specie è pacifico che il professionista portatore di *handicap* operasse in convenzione nei limiti di un orario di 22 ore, ridotto rispetto a quello pieno di 38 ore in ragione di mese.

In linea di principio l'utilizzo della prestazione del lavoratore disabile mediante un orario ridotto rispetto a quello ordinario potrebbe valere, strumentalmente, sotto il profilo organizzativo, a conseguire il medesimo obiettivo cui mira la concessione dei tre giorni di permesso mensili di cui alla legge n. 104/1992, ossia quello di consentire ai soggetti disabili di soddisfare le esigenze specifiche correlate alla tutela richiesta dalla loro condizione a garanzia della salute psico-fisica, riconosciuta quale diritto fondamentale a norma dell'art. 32 Cost.

Tali esigenze muovono dalla considerazione delle maggiori difficoltà che la persona con disabilità può incontrare nello svolgimento della propria vita lavorativa e nella vita quotidiana, necessitando, secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, di tempi di riposo dal lavoro più ampi rispetto a quelli delle persone senza disabilità, al fine di contenere il complessivo dispendio di energie durante il lavoro e di recuperare, durante il riposo, il maggiore aggravio soggettivo della prestazione.

Al riguardo, come prospettato dalla ASL ricorrente, il riproporzionamento dell'orario di lavoro, con riduzione dell'impegno individuale rispetto al tempo pieno previsto per la prestazione ordinaria, potrebbe configurare esso stesso un *accomodamento ragionevole* a norma dell'art. 5 della direttiva 2000/78/CE, realizzando un intervento organizzativo di natura oggettiva, conforme alle indicazioni previste dai 19° e 20° considerando della direttiva stessa⁷.

⁷ Sul punto, v. anche la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata in Italia con la l. n. 18/2009 e approvata dall'UE con decisione del Consiglio del 26 novembre 2009 n. 2010/48/CE, che fa riferimento agli accomodamenti ragionevoli, includendovi le modifiche e gli adattamenti necessari per garantire alle persone con disabilità il godimento dell'esercizio di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali, con un ambito quindi di applicazione decisamente più ampio rispetto alle sole condizioni di occupazione.

La Convenzione ONU stabilisce espressamente che il rifiuto di tali accomodamenti da parte del datore costituisce una discriminazione (cfr. 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, 11 ss.; il quale osserva come la definizione di accomodamento ragionevole dettata dalla Convenzione presenti una portata più ampia rispetto alla nozione fissata dall'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE, non limitandosi all'ambito professionale, ma comprendendo anche la dimensione relazionale e sociale della persona con disabilità).

Le innovazioni introdotte dal d.lgs. n. 62/2024, in materia di accomodamenti ragionevoli, si muovono su due piani distinti. Da un lato, l'art. 17 del d.lgs. n. 62/2024 ha aggiunto l'art. 5-bis alla legge n. 104/1992, introducendo espressamente l'istituto dell'accomodamento ragionevole, mediante il rinvio all'art. 2 della Convenzione ONU; dall'altro, l'accomodamento ragionevole è stato inserito tra le misure attivabili nell'ambito dei progetti individuali, configurandosi come istituto «di chiusura» del sistema di tutela, azionabile in via sussidiaria su istanza scritta da parte della persona con disabilità che partecipa al procedimento di individuazione dello stesso (in dottrina, cfr. BATTISTI, *Il legislatore accoglie (con qualche riserva) la nozione euro-unitaria di disabilità*, in *AmbienteDiritto.it*, 2024, 3, 16).

In ambito eurounitario, la Corte di giustizia UE ha più volte chiarito l'interpretazione della direttiva in questione, sottolineando che l'Unione europea ha aderito alla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità nel 2010, incorporandola nel proprio ordinamento giuridico, cfr. C. giust., 18 marzo 2014, C-363/12, Z., in *FI*, 2014, 3, 736, in un caso di maternità surrogata in cui si contesta violazione della parità di trattamento; in particolare punto 73, che richiama anche C. giust., 30 aprile 1974, C-181/73, *Haegeman*, e C. giust., 11 aprile 2013, *HK Danmark* cit. Di conseguenza, la Convenzione ONU costituisce

In questa prospettiva la misura del riproporzionamento dei permessi alla durata oraria della prestazione avrebbe potuto essere considerata non discriminatoria, risultando, invece, adeguata all'assetto del rapporto di lavoro e idonea a prevenire possibili situazioni di disparità.

Una lettura, del resto, accolta solo pochi mesi prima dalla stessa Corte di cassazione con la sentenza del 10 gennaio 2025, n. 605⁸, laddove ha confermato la decisione della Corte d'appello di Napoli che aveva dichiarato, a propria volta, configurare *accomodamento ragionevole*, in funzione antidiscriminatoria, l'impiego in *smart working* presso altra sede di lavoro di un invalido civile, la cui disabilità visiva rendeva disagevole l'accesso alla postazione cui era assegnato, nonostante il fatto che l'accordo vigente tra le parti collettive non prevedesse tale modalità di esecuzione del lavoro per i prestatori adibiti alle mansioni in concreto affidate all'interessato.

un parametro interpretativo della direttiva 2000/78/CE, che dovrebbe essere letta in modo coerente con essa (cfr. C. giust., 11 aprile 2013, *HK Danmark*, cit.; C. giust., 1° dicembre 2016, C-395/15, *Daouidi c. Bootes Plus SL e a*, in *FI*, 2017, 1, IV, 5.; C. giust., 9 marzo 2017, C- 406/15, *Milkova*, in *Labor*, 5 aprile 2017, con nota di BRONZINI).

Come osserva TOPO, *Nuove tecnologie e discriminazioni*, in *Diritto antidiscriminatorio e trasformazioni del lavoro*, Atti XXI Congresso Nazionale AIDLaSS Messina, 23-25 maggio 2024, La Tribuna, 2025, la Convenzione Onu del 2006 ha iniziato una «rivoluzione copernicana» nella definizione del concetto di disabilità, legata solo in parte a «menomazioni di tipo fisico o psichico». Tale nozione, dunque, poserebbe 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». Attraverso questa nuova nozione di «disabilità bio-psico-sociale, valorizzata dalla Corte di giustizia dell'Unione per l'applicazione della direttiva CE 2000/78», la schiera dei soggetti che trovano tutela nel diritto antidiscriminatorio si è ampliata notevolmente, potendo ora ricomprendere anche persone affette da malattie inabilitanti croniche o di lungo periodo. «Questa evoluzione ha un effetto diretto, e di non poco momento, anche sull'estensione del contenuto dell'obbligo di introdurre ragionevoli accomodamenti». Vasta è la letteratura sul tema degli accomodamenti ragionevoli. Pur senza pretesa di esaustività, si rinvia a LIMENA, *Gli accomodamenti ragionevoli sempre più ragionevoli nel diritto vivente, nell'ottica antidiscriminatoria*, in *questa Rivista*, 2025, 1, 72; AA.VV., *Accomodamenti ragionevoli e discriminazioni*. Atti del Convegno di Ferrara del 27 novembre 2023, in *Quaderni IEN*, 2024; CALCATERRA, *L'obbligo di formazione ex art. 2103, terzo comma, c.c. come accomodamento ragionevole*, in *LDE*, 2024, 1, 1; 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, 1; LAMBETUCCI, *Nuove frontiere della disabilità: soggetti protetti e accomodamenti ragionevoli*, in *DLM*, 2024, 2, 237; MIRAGLIA, *La tutela costitutiva e gli accomodamenti ragionevoli per il lavoratore disabile: alcune questioni interpretative*, in *LPA*, 2024, 2, 366; 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 *Bollettino ADAPT*, 2024; BIAGIOTTI, *Quali soluzioni per l'inclusione dei lavoratori disabili nell'organizzazione aziendale?*, in *DSL*, 2024, 1, 147 ss. Nonché DI CARLUCCIO, *Lavoro e salute mentale dentro e fuori l'istituzione*, *ESI*, 2022; D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, cit., 2212; RICCIARDI, *L'inserimento del lavoratore disabile nell'organizzazione datoriale. L'evoluzione dei modelli di tutela*, in *ADL*, 2022, 4, 682 ss.; TORSSELLO, *I ragionevoli accomodamenti per il lavoratore disabile nella valutazione del Centro per l'impiego*, in *VTDL*, 2022, 2, 209 ss.; D'ASCOLA, *Il ragionevole adattamento nell'ordinamento comunitario e in quello nazionale. Il dovere di predi-sporre adeguate misure organizzative quale limite al potere di recesso datoriale*, in *VTDL*, 2022, 2, 186; ALESSI, *Disabilità, accomodamenti ragionevoli e oneri probatori*, in *RIDL*, 2021, 1, 597 ss.; SPINELLI, *La sfida degli "accomodamenti ragionevoli" per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, op. cit., 50; DE MOZZI, *Condizioni personali del lavoratore e licenziamento*, Cleup, 2018.

⁸ Cass., 10 gennaio 2025, n. 605, in *GC Mass.*, 2025: «la richiesta di accomodamenti ragionevoli da parte della persona con disabilità, ai sensi dell'art. 3, comma 3-bis, del d.lgs. n. 216 del 2003, comporta il diritto della stessa a partecipare al procedimento di individuazione di detti accomodamenti, cui il datore di lavoro è obbligato: pertanto, il rifiuto dell'imprenditore di disporre l'adozione costituisce discriminazione vietata e consente di ricorrere al giudice per l'individuazione delle misure necessarie alla soluzione del caso concreto».

Al riguardo la Corte ha, altresì, tenuto conto del carattere non eccessivo e, quindi, non irragionevole dell'onere finanziario gravante sull'impresa datrice, limitato alla fornitura di idonea strumentazione ed alla relativa formazione.

Lo *smart working*, così come gli interventi sulla durata della prestazione, configurano atti di organizzazione aziendale conformi al 20° *Considerando* della richiamata direttiva.

2. L'opzione della Corte per il carattere discriminatorio della condotta

Senonché la Corte di cassazione, con la pronuncia annotata, non ha ritenuto di accogliere tale lettura nel caso giudicato, concludendo per il rigetto del ricorso proposto dalla committente contro la sentenza della Corte d'appello che aveva dichiarato sussistere la denunciata discriminazione in forma diretta ed il conseguente diritto del lavoratore disabile alla piena fruizione di tre giornate di permesso retribuito al mese, ai sensi dell'art. 33, comma 3, l. n. 104/1992, confermando la condanna della ASL al risarcimento del danno, determinato in via equitativa per il periodo pregresso al riconoscimento del 2020.

La Corte di Cassazione ha confermato, al riguardo, la decisione del giudice di appello, valorizzando l'argomento desumibile dall'art. 2, dir. 2000/78/CE e dalla legislazione interna (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 216/2003 e art. 25, d.lgs. n. 198/2006) per cui si ha discriminazione *diretta* quando per motivi riguardanti il sesso, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali «una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe stata trattata un'altra in una situazione analoga».

Su questa base l'ASL aveva sostenuto, nell'impugnazione, che il fatto che determinerebbe la discriminazione *diretta* deve caratterizzare il soggetto discriminato che riceve il trattamento peggiore e non deve essere, invece, individuato con riguardo al soggetto che funge da elemento di comparazione trattato più favorevolmente.

La Corte di cassazione non ha condiviso tale tesi, sancendo, invece, il principio secondo il quale, nel fatto giudicato, l'elemento differenziale non consisteva nello stato di *handicap* grave, in quanto comune tanto al soggetto discriminato quanto al soggetto di riferimento del confronto, ma nel diverso inquadramento contrattuale e normativo del professionista convenzionato rispetto a quello dipendente, posto che gli ACN vigenti *pro tempore* non prevedevano il riconoscimento dei permessi in favore del personale portatore di *handicap*, nel caso in cui il rapporto fosse disciplinato mediante convenzione.

Per la Corte di cassazione, non sarebbe neppure ravvisabile un *accomodamento ragionevole* ai sensi dall'art. 5, dir. 2000/78/CE, nella parametrizzazione dei permessi ragguagliata all'orario complessivo della prestazione.

Sarebbe, invece, proprio la flessibilità della prestazione lavorativa prevista dall'ACN applicato allo specialista ambulatoriale convenzionato, nel contempo portatore di handicap grave, a determinare la riscontrata discriminazione diretta, giacché tale regime giuridico

non garantirebbe il pieno recupero delle energie fisiche nel caso di difetto di piena fruizione dei permessi a lui spettanti.

La Suprema Corte muove dalla considerazione secondo la quale l'art. 33, l. n. 104/1992⁹, impone un'interpretazione del principio di parità di trattamento da applicarsi alla condizione del disabile, per cui non può essere introdotta alcuna differenza all'interno di tale categoria nella fruizione dei relativi diritti.

E ciò a prescindere dalla tipologia del rapporto (subordinato, autonomo, o parasubordinato) in base al quale la prestazione lavorativa sia stata concretamente resa, stante il tenore della direttiva che tale differenziazione non recepisce ai fini del rilievo di una condotta discriminatoria.

La posizione espressa trova conferma in orientamenti consolidatisi nella giurisprudenza della stessa Suprema Corte.

Da un lato, infatti, è stato affermato il principio secondo il quale, al di là delle misure di *accomodamento ragionevole* che operano in via sussidiaria, il disabile non deve subire limitazioni nell'accesso a prestazioni, servizi e sostegni previsti per legge.

Sul punto, secondo quanto sancito in precedenti arresti della stessa Corte di cassazione, ci si troverebbe di fronte ad istituti riconducibili ad un ambito di diritti a connotazione non strettamente patrimoniale, che si è inteso salvaguardare anche da qualsiasi riduzione relativa alla minore durata della prestazione lavorativa¹⁰, non, quindi, ad istituti che hanno una connotazione patrimoniale e che si pongono in stretta relazione di corrispettività con la durata della prestazione lavorativa, rispetto ai quali può ammettersi il proporzionamento

⁹ La cornice legislativa in cui sono inquadrati i permessi e i congedi, regolati dagli artt. 33, l. 104/1992, e dagli artt. 42 e 33 del d.lgs. n. 151/2001, che perseguono l'interesse *primario* di assistere in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza della persona con disabilità in modo da condurla a una «piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società» (art. 1, comma 1, lett. a), l. n. 104/1992), ma anche quello di favorire la conciliazione tra vita lavorativa ed esigenze familiari, non appare di facile lettura, a causa dei continui aggiustamenti intervenuti in materia, e dell'assenza di coordinamento tra le varie disposizioni. Sul punto v. GABRIELE, *Contratto di lavoro e diritto al tempo per la cura*, Esi, 2024; BONARDI, *Il diritto di assistere. L'implementazione nazionale delle previsioni a favore dei caregiver della direttiva 2019/1158 in materia di conciliazione*, in *QDML*, 2023, 14, 103.

Sull'evoluzione storica dell'istituto dei permessi previsti dalla l. n. 104/1992, si v. CARDONI, *La parabola dei permessi per assistenza a familiari disabili: aporie legislative, supplenze amministrative e una riforma che non c'è*, in *RDSS*, 2014, 4, 527. In giurisprudenza, da ultimo, Cass., 16 giugno 2021, n. 17102, in *DeG*, 17 giugno 2021, con nota di IEVOLELLA, secondo cui «l'assenza del lavoro per usufruire di permesso ai sensi della l. n. 104 del 1992 deve porsi in relazione causale diretta con lo scopo di assistenza al disabile, con la conseguenza che il comportamento del dipendente che si avvalga di tale beneficio per attendere ad esigenze diverse integra l'abuso del diritto e viola i principi di correttezza e buona fede, sia nei confronti del datore di lavoro che dell'Ente assicurativo, con rilevanza anche ai fini disciplinari»; Trib. Venezia, 22 settembre 2021, n. 529, in *GD*, 2022, 7; Cass., 22 gennaio 2020, n. 1394, in *Red. Giuffrè* 2020; App. Bari, 31 gennaio 2020, n. 251; Cass., 22 marzo 2016, n. 5574, in *IUS Lavoro*, 18 maggio 2016.

¹⁰ Cfr. Cass., 29 settembre 2017, n. 22925, in *GC Mass.*, 2017: «In tema di lavoro a tempo parziale verticale, nel regime di cui al d.lgs. n. 61 del 2000, nel bilanciamento fra il diritto del lavoratore all'integrale fruizione dei permessi ex art. 33, comma 3, della l. n. 104 del 1992, fondato sulla finalità socio-assistenziale dell'istituto e sul rilievo costituzionale degli interessi protetti, e quello del datore di lavoro a non vedere irragionevolmente sacrificate le sue contrapposte esigenze, il criterio per l'applicabilità del riproporzionamento ex art. 4, lett. b), del d.lgs. cit. va rinvenuto nella modalità di articolazione dell'orario lavorativo, sicché la fruizione dei permessi va integralmente riconosciuta solo nel caso di prestazione resa su base settimanale per un numero di ore superiore al cinquanta per cento di quello ordinario».

del trattamento del lavoratore, sia pure con la mediazione delle parti collettive, in misura ragguagliata al minor numero delle ore complessive di servizio.

L'accoglimento di tale principio potrebbe rappresentare la spiegazione della diversità della conclusione qui sancita rispetto a quella fatta propria dalla richiamata decisione n. 605/2025.

Mentre secondo quest'ultima decisione l'impiego in *smart working* ha rappresentato una mera opportunità a vantaggio del lavoratore, anche in deroga all'accordo vigente in azienda, nella sentenza in commento non può considerarsi come *accomodamento ragionevole* l'impiego ad orario ridotto del prestatore disabile, «atteso che è proprio il regime giuridico dello specialista ambulatoriale convenzionato con handicap grave, nel suo complesso, che dà luogo alla discriminazione».

Va, comunque, osservato che risulta recepito l'orientamento espresso dalla Corte di giustizia UE con sentenza del 12 gennaio 2023, C-356/21, per cui la dir. 2000/78/CE si applica a qualsiasi soggetto che svolga «attività professionale reale ed effettiva, esercitata personalmente in modo regolare a beneficio di uno stesso destinatario, che gli consente di accedere, in tutto o in parte ai mezzi di sostentamento», prescindendosi così dalla natura subordinata o meno del rapporto¹¹.

Di qui la ragione della ravvisata discriminazione *diretta*¹², quale condotta dell'azienda committente volta a differenziare l'entità dei permessi fruibili dagli specialisti ambulatoriali convenzionati portatori di handicap, condotta da considerare in contrasto con la norma dell'art. 33, l. n. 104/1992.

3. La risarcibilità *in re ipsa* del danno da discriminazione

Il rigetto, da parte della Corte di cassazione, dell'impugnazione proposta dalla ASL contro la decisione del giudice d'appello, nella parte in cui aveva riconosciuto allo specialista ambulatoriale convenzionato il risarcimento del danno commisurato al 100% del valore

¹¹ Così C. giust., 12 gennaio 2023, C-356/21, *J. K. c TP S.A.*, in *DRI*, 2023, 2, 544 che ha ribadito che «Le tutele contro le discriminazioni previste dalla direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un principio di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, si applicano anche ai lavoratori autonomi, in quanto l'ambito di applicazione della direttiva non è limitato alle sole condizioni di accesso ai posti occupati da "lavoratori", ai sensi dell'art. 45 TFUE, ma si estende alle attività professionali reali ed esercitate nell'ambito di un rapporto giuridico caratterizzato da una certa stabilità».

¹² Ai sensi dell'art. 4.1, direttiva 2000/78/CE «per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato».

Per quanto riguarda le discriminazioni indirette queste sono legittime non solo «quando siano oggettivamente giustificate da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari» (art. 2.2, lett. *b* e *i*, dir. 2000/78/CE), ma anche quando, nel caso di persone portatrici di un particolare *handicap*, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione o da tale prassi (art. 2.2, lett. *b* e *ii*, dir. 2000/78/CE).

economico dei permessi non fruiti, si avvale di una pluralità di argomentazioni, alcune delle quali non del tutto convincenti.

Un primo rilievo sembra assecondare – per poi, invece, rigettarla – la prospettazione della ASL ricorrente, che aveva lamentato il mancato assolvimento, da parte del prestatore, dell'onere della prova della componente ripristinatoria della discriminazione, che, diversamente dalla componente deterrente-dissuasiva, che si configura *in re ipsa*, è subordinata alla puntuale dimostrazione del pregiudizio asseritamente subito dal danneggiato¹³.

La ASL ricorrente sosteneva, infatti, che il danno psico-fisico asseritamente derivato dalla mancata fruizione dei permessi, non fatto oggetto di specifica prova, non poteva ritenersi sussistente *in re ipsa*, in quanto non comparabile con la mancata fruizione del riposo settimanale, istituito, del resto, espressamente previsto per i lavoratori dipendenti e non coerente con il carattere facoltativo della fruizione del beneficio da parte del disabile grave. Sennonché la Corte di cassazione conferma la non fondatezza della censura, rilevando come la prova del pregiudizio subito in concreto fosse desumibile dall'accertamento in fatto operato dal giudice del merito, insindacabile in sede di legittimità, in base al quale è stato accertato che il medico disabile «ha lavorato in giornate in cui avrebbe dovuto riposare e tra, l'altro, nel proprio ricorso introduttivo l'appellante incidentale aveva diffusamente argomentato la propria pretesa risarcitoria tramite numerosi certificati medici e con puntuali allegazioni sulla stanchezza cronica sofferta (par. 1.3.1), il danno morale (par. 1.3.2), il pregiudizio in termini pratici (par. 1.3.3), l'aggravamento della percentuale di invalidità (par. 1.3.4), la rinuncia a partecipare a concorsi (par. 1.3.5)».

La Corte, sul punto, fa leva sulla natura non patrimoniale del danno lamentato e sulla determinazione equitativa del medesimo.

Da un lato, infatti, afferma sussistere la lesione di un diritto non avente il carattere della patrimonialità, riconducendo la pretesa azionata nell'alveo dei principi costituzionalmente garantiti e dei diritti inviolabili e fondamentali della persona, di cui si è ormai affermata la risarcibilità, in particolare per i diritti all'integrità fisica e alla salute, all'onore e alla reputazione, all'integrità familiare, allo svolgimento della personalità ed alla dignità umana.

¹³ In coerenza con il dettato delle note sentenze di Cass., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, *MGL*, 2006, 478 ss., con nota di VALLEBONA e di Pisani, in *Danno resp.*, 2006, 8-9, 852 con nota di MALZANI e in *LG*, 2006, 773, con nota di PETRACCI; Cass., 11 novembre 2008, n. 26972, in *D&G* online, 2008; in *RDC*, 2009, 4-5-6. II, 43; (cfr. anche le sentenze 26973; 26974 e 26975 dello stesso giorno). In particolare la Corte, pur senza negare la necessità di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., afferma la impossibilità di fare riferimento a tale categoria di danno: «Il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. In particolare, non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata “danno esistenziale”, perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità, sia pure attraverso l'individuazione della apparente tipica figura categoriale del danno esistenziale, in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini della risarcibilità di tale tipo di danno, mentre tale situazione non è voluta dal legislatore ordinario né è necessitata dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c., che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona presidiati da diritti inviolabili secondo Costituzione (principi enunciati dalle sentenze n. 15022/2005, n. 11761/2006, n. 23918/2006, che queste Sezioni unite fanno propri)» Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit. (punto 3.13 motiv.).

In dottrina, *ex multis*, SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le sentenze delle Sezioni Unite*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008, n. 26972, Giuffrè, 2009, 451.

Dall'altro lato, rileva che il carattere equitativo della determinazione del danno implica che il ristoro pecuniario del pregiudizio non patrimoniale non può mai corrispondere alla sua esatta commisurazione, rimessa, quanto alla scelta dei relativi criteri, alla prudente discrezionalità del giudice del merito e, come tale, insindacabile in sede di legittimità, se non per la totale mancanza di giustificazione che sorregga la statuizione o per il macroscopico scostamento da dati di comune esperienza, o per radicale contraddittorietà delle argomentazioni.

Vizi, questi, non ravvisati dalla Corte di cassazione, avendo il giudice d'appello diffusamente argomentato sulle fonti del convincimento che l'hanno portato ad accogliere la domanda risarcitoria e sul relativo criterio di liquidazione, parametrato al 100% del valore economico dei permessi, attraverso un percorso motivazionale che tiene conto del fatto che l'atto discriminatorio è lesivo della dignità umana.

È questa, a ben vedere, la motivazione centrale posta dalla Corte di cassazione alla base del rigetto del motivo di impugnazione, ovvero il configurarsi della stessa discriminazione quale illecito fonte di responsabilità risarcitoria.

Conferma di tale rilievo può trarsi dall'irrelevanza, nell'illecito discriminatorio, dell'elemento soggettivo della colpa o del dolo dell'autore della condotta, stante l'orientamento, prevalente in giurisprudenza, fondato sulla risarcibilità anche delle discriminazioni indirette scaturenti da atti leciti di apparente neutralità¹⁴, per il quale devono ritenersi discriminatorie tutte quelle condotte che, pur se prive delle caratteristiche di rimproverabilità e colpevolezza, siano produttive di una oggettiva situazione di svantaggio per i soggetti tutelati.

¹⁴ In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 23 maggio 2024, 14402, in *RIDL*, 2024, II, 376; Cass., 11 febbraio 2025, n. 3488.

Protection with Discrimination? Rethinking China's Gender Equality Legislation in Employment

Weidong Zhang

Assistant Professor at the School of Government of Nanjing University

CONTENTS: 1. Introduction. – 2. The Evolution of the Legal Protection for Female Workers in China. – 2.1 The Planned Economy Era (1949-1978). – 2.2 The Socialist Market Economy Era (1978-present). – 3. The Current Legal Framework and Its Limitations. – 3.1 The Equal Protection. – 3.2 The Special Protection. – 3.3 The limitations. – 4. Towards a Unified Anti-Discrimination Law in Employment?. – 5. Conclusion.

Abstract: This paper examines the structural tensions within China's gender equality legislation in employment, with a focus on the dual-track legal framework that combines gender-neutral anti-discrimination norms with gender-specific protective measures. It first traces the evolution of legal protections for women workers from the state-led formal equality of the planned-economy era to the fragmented, rule-based governance of the socialist market economy. It then outlines the current legal framework and argues that, although China's regime formally promotes both formal and substantive equality, it continues to prioritise special protection in ways that reinforce gender stereotypes and perpetuate labour-market marginalisation. The paper further identifies key normative and institutional shortcomings – such as definitional ambiguity, weak enforcement, and institutionalised sexism – and proposes a reform pathway based on unified legal definitions, the principle of reasonable accommodation, punitive damages, and multi-level support mechanisms. In doing so, it contributes to the theoretical and policy discourse on reconciling protection with equality, offering a conceptual framework for constructing a more coherent and context-sensitive anti-discrimination regime in China's labour market.

Keywords: Gender Equality – Legislation – Employment – China.

1. Introduction

In contemporary legal discourse, it is widely acknowledged that the pursuit of both formal and substantive equality constitutes a foundational principle in the design of gender equality legislation. Formal equality requires that men and women be accorded the same

legal status and rights, whereas substantive equality recognises structural disparities and mandates targeted legal interventions to achieve genuine parity in opportunities and outcomes¹. Globally, most jurisdictions adopt a dual-track approach to gender equality in employment. One is the gender-neutral provisions that prohibit sex-based discrimination and affirm equal employment rights. The other is targeted protective measures, such as maternity leave and accommodations for breastfeeding, which address biological and social realities influencing women's participation in the workforce.

China is not an exception. Since the establishment of the People's Republic of China in October 1949, gender equality – often framed as the “liberation of women” – has occupied a central place in the official ideology of the Chinese Communist Party (CCP)². Over the course of time, a dual-track legal framework for women's labour protection has gradually taken shape³. On the one hand, gender-neutral and anti-discrimination legislation prohibits differential treatment in employment based on sex. On the other hand, special protective provisions offer additional safeguards during menstruation, pregnancy, childbirth, and lactation.

However, this dual-track system reveals a persistent structural imbalance within China's legal regime. While special protections are numerous and specific, gender-neutral anti-discrimination norms are often vaguely articulated, narrow in scope, and weakly enforced. In practice, protections based on biological sex may inadvertently legitimise exclusionary practices by employers, reinforcing occupational stereotypes and contributing to the marginalisation of women in the labour market. Paradoxically, protective legislation intended to promote equality may operate as a mechanism of differential treatment, blurring the boundary between protection and discrimination.

This paper thus explores three interrelated research questions:

- I. Why has China's legal framework tended to prioritise special protection over equal treatment in addressing gender-based employment discrimination?
- II. What are the structural and institutional weaknesses embedded in the current legal framework for addressing gender-based employment discrimination?
- III. How can legal reform reconcile formal and substantive equality to establish an effective governance model for combating gender-based discrimination in employment?

¹ ZHOU, *Legal Protection of Female Workers' Rights and Interests*, Peking University Press, 2021, 69.

² YE, YAN T., *Three Stages of Development for Gender Equality Law in the Chinese Workplace*, in NEAL (ed. by) *Cross-Currents in Modern Chinese Labour Law*, Wolters Kluwer, 2014, 74.

³ It is worth noting that, in China's legal system, the terms “equality between men and women” and “gender equality” are often used interchangeably. However, formal legislation predominantly adopts the term “equality between men and women,” whereas “gender equality” is more commonly found in policy documents and administrative texts. While the two concepts are largely synonymous in everyday usage, a more precise distinction suggests that “gender equality” encompasses a broader range of identities, including gender minorities beyond the binary of male and female. Nonetheless, in the Chinese legal and policy context, the notion of gender equality remains primarily focused on achieving parity between men and women.

To answer these questions, Section 2 traces the historical evolution of legal protection for female workers in China, revealing the institutional logic underpinning the current framework. Section 3 assesses the existing legal framework, with particular emphasis on the internal tensions between equality guarantees and special protective measures. Section 4 proposes legal and policy reforms to build a more coherent and effective anti-discrimination regime. Through this analysis, the chapter aims to provide a conceptual foundation for addressing the intertwined dilemmas of protection and discrimination, contributing to the broader pursuit of gender justice under China's labour law.

2. The Evolution of the Legal Protection for Female Workers in China

The evolution of legal protections for female workers in China closely mirrors the country's broader transformation in political economy, shifting from a state-led model of formal equality under the planned economy to a progressively decentralised and legally institutionalised framework under market-oriented reforms. This historical trajectory can be broadly divided into two distinct phases.⁴ The first phase (1949–1978) was characterised by centrally planned labour allocation and extensive state-led mobilisation campaigns that aimed to integrate women into productive work as part of the socialist nation-building project. The second phase, initiated with the 1978 economic reforms and formalised by the 1992 endorsement of the socialist market economy, marked a gradual transition from ideological mobilisation to rights-based legal governance, reflecting the increasing role of law in regulating gender relations within the labour market.

2.1. The Planned Economy Era (1949–1978)

By the time the Chinese Communist Party (CCP) came to power in 1949, the concept of “liberation of women” had become an integral component of the new socialist vision of social transformation. This ideological commitment was institutionalised in the 1954 Constitution, adopted by the National People's Congress (NPC), which explicitly stipulated that “women shall enjoy equal rights with men in all aspects of political, economic, cultural, social, and family life”⁵, thereby establishing a constitutional basis for gender equality in China.

By the end of 1956, China's socialist transformation had been largely completed. The state established a system of public ownership and adopted the distributive principle of

⁴ While scholars continue to debate the precise periodisation of this evolution, this paper adopts a two-phase framework for analytical clarity, acknowledging, however, that some researchers have proposed a three-stage model. See YE, YAN T., *Three Stages of Development for Gender Equality Law in the Chinese Workplace*, op. cit.

⁵ Article 96 of the 1954 Constitution.

“to each according to their work”⁶. Labour was allocated through a centrally administered mechanism of “unified recruitment and placement,” under which “work units (danwei)”⁷ received state-assigned employees and had no discretion in hiring or dismissal. Once assigned, workers were granted permanent employment status, enjoying lifetime job security and stable welfare benefits. Women were incorporated into this structure as full participants in the socialist workforce, mobilised through state campaigns such as “Women Hold Up Half the Sky”⁸. Many work units also provided childcare facilities, such as nurseries and kindergartens, to reconcile women’s productive and reproductive responsibilities within the collective labour model.

Although gender-based economic dependency was significantly reduced during the planned economy era, structural inequalities persisted. The legal framework failed to differentiate between biological sex and socially constructed gender roles, treating women and men as functionally interchangeable labourers. For example, in rural areas, wage disparities persisted: under the work-point system, male workers typically earned ten points per day, while female workers received only six to eight for comparable work, reflecting enduring perceptions of women’s labour as secondary or supplementary⁹.

In addition, labour protections for women during this period were limited and paternalistic, focusing narrowly on physiological needs. For example, the 1951 Labour Insurance Regulations introduced maternity leave and childbirth-related benefits, but these measures framed women as vulnerable dependents rather than as rights-bearing individuals¹⁰.

Moreover, labour was constitutionally defined not only as a right but also as a civic obligation¹¹. Women’s employment was thus viewed less as an exercise of personal autonomy and more as a state-directed contribution to collective socialist production. The state-sponsored women’s movement prioritised political mobilisation over legal empowerment, expanding participation without nurturing individual legal awareness or mechanisms for rights-based protection. Despite the formal equality achieved in labour participation, the

⁶ YAN D., *In Search of Chinese “Labour Law”*, in NEAL (ed. by), *Cross-Currents in Modern Chinese Labour Law* Wolters Kluwer, 2014, 44-45.

⁷ The term “work units” refers to “danwei” in Chinese, which was an outcome of the planned economy in China. As pointed out by Cooney et al., “An urban resident would be assigned to a danwei after completing school or university with the expectation that they would be there for life. The assignment could be to a work unit concerned with production, non-profit activities, such as health education and cultural service, or administration”. As commented by Naughton, ‘the danwei was a microcosm of urban society, into which individuals were born and in which they lived, worked and died.’ See: COONEY ET AL., *Law and Fair Work in China*, Routledge, 2013, 23-32; NAUGHTON, *The Chinese Economy: Transitions and Growth*, The MIT Press, 2007, 118.

⁸ See YE, YAN T., *Three Stages of Development for Gender Equality Law in the Chinese Workplace*, op. cit.

⁹ LI, *Marx’s Theory of Distribution According to Work and Its Development in Contemporary China*, Higher Education Press, 2003, 107.

¹⁰ ZHOU, *Legal Protection of Female Workers’ Rights and Interests*, op. cit., 71.

¹¹ Article 91 of the 1954 Constitution.

absence of legal instruments addressing employment discrimination revealed the predominance of policy-driven over rights-based governance.

Altogether, it can be found that the planned economy era achieved *de facto* equality in employment access through administrative allocation and state welfare, but it failed to respond to women's differentiated needs or to construct a legal regime for combating discrimination. Gender equality was sustained largely through ideological mobilisation rather than enforceable legal norms. The lack of anti-discrimination legislation during this period laid the structural groundwork for the re-emergence of gender inequality under subsequent market-oriented reforms.

2.2 The Socialist Market Economy Era (1978-present)

China's transition to a market economy began in 1978 with the launch of economic reforms. A pivotal moment came in 1992 when the 14th National Congress of the CCP formally endorsed the establishment of a socialist market economy. This decision marked a fundamental shift in the governance of labour relations, that is, employers acquired greater autonomy in recruitment and management, while workers were transformed from state-assigned personnel into participants in a competitive labour market. As market mechanisms increasingly shaped employment relations, the structural vulnerabilities of female workers became more visible.

In a labour market environment driven by efficiency and cost control, women's reproductive roles – particularly the anticipated costs associated with marriage, maternity, and caregiving – were frequently perceived by employers as potential economic burdens. Consequently, discriminatory hiring practices, promotion ceilings, and exclusionary policies became widespread, albeit often subtle and indirect. New patterns of inequality also emerged, including the so-called “motherhood penalty”, gendered occupational segregation, and the concentration of women in precarious or informal employment¹².

To address these evolving challenges, the state gradually incorporated gender equality principles into labour legislation. Several landmark statutes introduced explicit anti-discrimination and protective provisions. The 1992 Law on the Protection of Women's Rights and Interests was the first to affirm women's equal right to employment and establish specific protections relating to maternity and breastfeeding. The 1994 Labour Law dedicated an entire chapter to female labour protection and explicitly prohibited gender-based discrimination in employment. The 2007 Employment Promotion Law further institutionalised these principles by adopting “non-discrimination in employment” as a core legislative objective and prohibiting gender-based restrictions during recruitment.

These legislative developments marked a transition from administratively mandated formal equality to a more institutionalised, rule-based framework of legal regulation. Nonetheless,

¹² SUN, *Evidence from China's gender equality legislation: is responsive law reform always feasible?*, in *Labor History*, 2025, 5, 5.

persistent tensions remain within the dual-track legal structure. On the one hand, gender-neutral provisions aim to advance formal equality by prohibiting direct discrimination. On the other hand, a wide range of gender-specific protective measures – grounded in women’s biological and reproductive functions – remain deeply embedded in law. These include maternity leave entitlements, breastfeeding accommodations, prohibitions on hazardous work, and differentiated retirement ages. The coexistence of these two legal logics has generated both practical contradictions and normative dilemmas.

3. The Current Legal Framework and Its Limitations

The current legal framework for protecting women’s labour rights in China consists of two main components: gender-neutral anti-discrimination provisions and gender-specific protective measures. The former is primarily reflected in the Constitution, the Labour Law, and the Employment Promotion Law, which collectively prohibit gender-based discrimination in employment and affirm the equal right of men and women to work. The latter includes the Law on the Protection of Women’s Rights and Interests and the Special Provisions on Labour Protection for Female Employees, which establish differentiated protections relating to maternity, restrictions on hazardous work, and early retirement. Notably, the 2022 amendment to the Law on the Protection of Women’s Rights and Interests introduced explicit obligations for employers to prevent workplace sexual harassment and expanded governmental duties in promoting gender equality, signifying a move toward a more systematic legislative approach.

3.1. The Equal Protection

Within the gender-neutral branch of China’s labour law system, three interrelated legal principles – summarised by Yan as “non-inquiry,” “non-consideration,” and “accountability” – form the cornerstone of the procedural framework for equality in employment.¹³ These principles collectively aim to prevent employers from engaging in discriminatory practices throughout the processes of recruitment, hiring, and evaluation, thereby institutionalising procedural fairness in the labour market.

First, the “non-inquiry” principle restricts employers from obtaining information that could facilitate discriminatory decisions. According to Article 8 of the Labour Contract Law, employers may only request information directly related to the employment contract, which explicitly excludes marital and reproductive status. Courts have further clarified that female applicants’ non-disclosure of such information does not constitute fraud, and employers cannot invoke it as grounds for contract termination. This principle thus seeks

¹³ YAN T., *Algorithmic Discrimination in Women’s Employment: Origins, Challenges and Countermeasures*, in *Journal of Chinese Women’s Studies*, 2021, 167, 67.

to prevent discrimination at its informational source by limiting access to gender-related personal data.

Second, the “non-consideration” principle ensures that gender does not influence decision-making in recruitment and employment. Even when gender-related information becomes known, employers are legally prohibited from using it as a factor in hiring or promotion. Article 13 of the Labour Law forbids discriminatory treatment based on sex, and Article 27 of the Employment Promotion Law explicitly prohibits clauses in employment contracts that restrict marriage or childbirth. These provisions collectively reinforce procedural neutrality by ensuring that personnel decisions are based on merit rather than gender.

Third, the “accountability” principle establishes remedial and punitive mechanisms to address violations of equal employment rights. Article 62 of the Employment Promotion Law entitles workers to bring lawsuits in cases of employment discrimination, typically classified as “disputes over the right to equal employment.” In addition, Article 43 of the Interim Regulations on the Human Resources Market provides for administrative and civil penalties against employers who issue discriminatory job advertisements, while Article 57 of the Advertising Law imposes fines on advertisers, agents, and publishers who disseminate such content. Together, these provisions form an integrated liability framework designed to deter discriminatory conduct and ensure post-violation accountability.

Collectively, these three principles constitute the procedural foundation of China's legal defence against gender-based discrimination in employment.¹⁴ However, their practical efficacy remains limited due to evidentiary challenges, the high cost of litigation, and the insufficient enforcement capacity of relevant administrative bodies. These constraints highlight the need for further legislative refinement, stronger institutional coordination, and more accessible judicial remedies to transform procedural equality from a formal commitment into an enforceable right.

3.2. The Special Protection

In addition to gender-neutral anti-discrimination norms, China's labour legislation also incorporates a range of gender-specific provisions intended to address women's physiological and reproductive characteristics. Although these measures are designed to promote substantive equality, they have often created structural tensions between protection and equal treatment, revealing the difficulty of balancing biological differentiation with legal neutrality.

First, differential retirement ages. According to the 1978 Provisional Measures on the Retirement of Workers and subsequent implementing regulations, female cadres retire at 55 and female workers at 50 – both earlier than men. While this rule was originally conceived as a form of “special care,” it has increasingly become a structural impediment to women's

¹⁴ YAN T., *ibidem*.

career advancement, income continuity, and pension accumulation. By limiting women's total years in service and reducing their opportunities for promotion, the policy effectively reinforces gendered hierarchies in employment.

Second, occupational restrictions. The 2012 Special Provisions on Labour Protection for Female Employees and the 1990 Provisions on the Scope of Work Prohibited for Female Employees restrict women during menstruation, pregnancy, and lactation from performing high-intensity or hazardous tasks, such as working at heights, in cold water, or involving heavy physical exertion. While these restrictions were justified on grounds of health and safety, their overly broad and inflexible design has contributed to occupational segregation, excluding women from high-skilled and high-income sectors and reinforcing the perception that women are less capable of handling physically or technically demanding roles.

Third, localised protections for menstruation and menopause. Some regions have expanded protective measures beyond the national framework. For instance, the Shanxi Regulations on Labour Protection for Female Workers include menopause-related provisions requiring adjustments in workload or job assignment. Similarly, menstruation-related protections, such as rest rights and prohibitions on cold-water tasks, have been codified in local laws. While these rules reflect a humanitarian concern for women's health, they risk reinforcing stereotypes of women as fragile or unreliable workers, which may in turn discourage employers from hiring or promoting women.

Fourth, prevention of workplace sexual harassment. Article 9 of the Special Provisions on Labour Protection for Female Employees imposes a legal duty on employers to prevent and curb sexual harassment, marking the first explicit incorporation of anti-harassment obligations into China's labour law framework. This provision represents an important step toward integrating workplace dignity and gender equality into the legal structure, bringing domestic law closer to international labour standards.

Overall, while these gender-specific protection norms embody the principle of substantive equality, their practical implementation often lacks empirical grounding and institutional coherence. In practice, such rules are sometimes invoked by employers as ostensibly lawful grounds for excluding women from particular positions or responsibilities, thereby transforming protective measures into mechanisms of exclusion. This paradox highlights the need for a systematic reassessment of protective labour laws through the lens of equality jurisprudence, ensuring that the aim of safeguarding women does not inadvertently perpetuate structural discrimination.

3.3. The limitations

Despite significant legislative progress and the establishment of a relatively comprehensive framework that combines general equality norms with gender-specific protections, China's current legal regime for addressing gender-based employment discrimination continues to face deep-seated and systemic challenges. These include conceptual ambiguities, normative gaps, weak enforcement mechanisms, and entrenched institutional biases, all of

which undermine the practical effectiveness of legal protections and perpetuate structural inequality.

First, the absence of a unified legal definition of gender discrimination. Neither the Employment Promotion Law nor the Law on the Protection of Women's Rights and Interests provides a clear or operational definition of "gender discrimination." This legislative vagueness has led to inconsistent judicial interpretation and unpredictable enforcement outcomes, thereby weakening the normative clarity and authority of anti-discrimination law.

Second, the limited recognition of discrimination types. Current legislation fails to fully address indirect and systemic forms of discrimination, which may arise from facially neutral rules that produce disproportionate effects on women. The absence of detailed evidentiary standards, definitional criteria, and burden-shifting rules significantly limits access to effective remedies and discourages victims from pursuing claims. A more refined legal taxonomy – encompassing both direct and indirect discrimination – would enhance judicial operability and promote substantive equality in practice.

Third, institutionalised sexism embedded within protective provisions. Many existing norms continue to allocate rights and obligations on the basis of biological sex, reinforcing gender hierarchies rather than dismantling them. The persistence of gender-specific retirement ages and restrictive occupational classifications – though originally justified as protective – now functions as a structural barrier to women's upward mobility and labour market participation. This paradox illustrates how protective measures, in the absence of continuous normative review, may evolve into mechanisms of exclusion.

Fourth, the underdeveloped liability framework and the absence of punitive remedies. While Article 62 of the Employment Promotion Law allows individuals to initiate litigation, the statute lacks specific standards for compensation, punitive damages, or collective redress. The absence of group litigation and public interest mechanisms has further limited accountability for systemic discrimination. By contrast, many comparative jurisdictions have introduced graduated liability systems, combining economic, moral, and punitive sanctions to strengthen deterrence and ensure compliance.

To move forward, a coherent and enforceable rights-based regime must be established – one capable of addressing both persistent and evolving manifestations of gender inequality in the labour market through doctrinal precision, institutional accountability, and judicial accessibility.

4. Towards a Unified Anti-Discrimination Law in Employment?

As China continues its transition toward a market-oriented economy, gender-based employment discrimination has evolved into more subtle and complex forms, revealing structural deficiencies in the current legal framework. To address these challenges and promote

a more substantive and inclusive model of equality, future legislative reforms must adopt a multidimensional strategy encompassing conceptual clarification, normative restructuring, and institutional innovation.

First, the establishment of a unified legal definition and classification of gender discrimination. A coherent anti-discrimination regime must begin with a precise and operational legal definition, which is currently lacking in both the Employment Promotion Law and the Law on the Protection of Women's Rights and Interests. Future legislation should draw inspiration from international instruments such as ILO Convention No. 111 and the EU Equal Treatment Directive, while adapting these principles to China's specific socio-legal environment. A comprehensive classification should include: direct discrimination; indirect discrimination; sexual harassment; and retaliation. Clarifying these categories would enhance judicial consistency, improve evidentiary standards, and expand the scope of effective legal remedies.

Second, reframing gender-specific protections through the principle of reasonable accommodation. Many existing protective provisions are grounded in essentialist understandings of gender differences, which inadvertently reinforce stereotypes and restrict women's participation in the labour market. A future reform agenda should replace rigid categorical protections with a context-sensitive, needs-based approach – for example, temporary work adjustments during pregnancy or flexible working arrangements during lactation – so long as they do not impose disproportionate burdens on employers. Simultaneously, the gradual harmonisation of retirement ages for men and women should be advanced to eliminate systemic barriers to professional advancement and pension equity.

Third, strengthening accountability mechanisms through punitive remedies and specialised enforcement bodies. Effective enforcement requires robust liability systems and independent oversight. Future legislation should incorporate: a) punitive damages that including compensatory payments, emotional distress awards, and monetary penalties for serious violations; b) an independent anti-discrimination agency, separate from general labour inspection authorities, authorised to investigate complaints, initiate public interest actions, and conduct equality compliance reviews; c) burden-shifting and collective actions, enabling the transfer of evidentiary responsibility to employers once *prima facie* discrimination is shown, and allowing collective litigation to address structural or systemic discrimination efficiently.

Fourth, integrating legal reform with social and institutional support systems. Legal guarantees alone cannot achieve genuine equality without corresponding social infrastructure. A comprehensive governance framework should include: a) universal childcare and early education services to reduce the career penalties associated with motherhood; b) gender-neutral parental leave policies that distribute caregiving responsibilities more equitably among men and women; c) enhanced regulatory oversight of emerging employment practices to prevent the reproduction of gender bias in recruitment and workplace management.

Ultimately, the realisation of gender equality in employment requires concerted efforts by the state, enterprises, and civil society to construct a sustainable and enforceable frame-

work for preventing, regulating, and remedying gender discrimination. Only through such a multidimensional, rights-based approach can the tension between protection and equality be effectively reconciled, allowing labour law to function as both a safeguard of dignity and a guarantor of justice in the workplace.

5. Conclusion

China's gender equality legislation in employment reflects a complex and evolving effort to reconcile the demands of formal equality with those of substantive protection. The current dual-track legal framework – merging gender-neutral anti-discrimination provisions with gender-specific protective measures – emerged from a particular historical and ideological context. While this model has played a vital role in facilitating broad female labour force participation and securing basic legal entitlements, it also harbours structural contradictions that increasingly impede women's full and equal integration into the labour market. As this paper has demonstrated, the legal system's continued reliance on biologically grounded protective norms – such as differential retirement ages and broad prohibitions on certain forms of labour – has inadvertently reinforced gender stereotypes and created institutional barriers to women's advancement. Simultaneously, the vague articulation and limited enforceability of anti-discrimination provisions have constrained the legal response to more subtle, systemic forms of inequality. These tensions reveal a deeper misalignment between legal doctrine and the lived realities of women in China's rapidly evolving economy.

Addressing these challenges requires a transition toward a rights-based paradigm of gender equality in employment. Protection should no longer function as a rationale for exclusion but be reconceptualised as a means of genuine inclusion. This transformation begins with the adoption of a unified and operational legal definition of gender discrimination, harmonised with international standards yet attuned to China's institutional and cultural context. The principle of reasonable accommodation should replace rigid categorical protection, enabling context-sensitive responses to individual circumstances while advancing equality of opportunity. Concurrently, the establishment of robust enforcement mechanisms – such as punitive damages, independent equality bodies, and collective litigation procedures – is vital to converting formal guarantees into effective rights.

However, legal reform alone cannot achieve substantive equality. A comprehensive social infrastructure must accompany legislative transformation. Universal childcare and early education services, together with gender-neutral and equitable parental leave policies, are essential to redistributing care responsibilities and mitigating the so-called “motherhood penalty.” Together, these reforms can establish a holistic and integrated framework for tackling gender-based employment discrimination.

In conclusion, reconciling protective regulation with the principle of non-discrimination is not merely a question of legislative technique but a normative commitment to equality and justice. The way forward lies in reconfiguring China's gender equality framework to

reflect contemporary social dynamics and global human rights standards. Only then can the law function not as a vehicle of paternalism or exclusion, but as a genuine instrument of empowerment and equality for women in the world of work.