

EQUAL

RIVISTA DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

IN EVIDENZA:

- Il lavoro libero professionale: verso l'universalizzazione delle tutele?
- Certificazione della parità di genere e trasparenza: riflessioni a margine della prima attuazione del sistema
- L'accesso "preferenziale" al lavoro agile tra disabilità e condizione di fragilità: analogie e differenze
- La garanzia della autodeterminazione del disabile. Il caso tedesco
- Premi di risultato e discriminazioni retributive
- Licenziamenti discriminatori per motivi di genere e per maternità
- *Caregiver*, chi era costui? Il modello italiano avanti alla Corte di Giustizia
- *Preuve des discriminations*: la consécration française d'un «droit à la preuve» permet-elle de mieux garantir les droits des victimes? (Prima parte)

n. 2 / 2024

Rivista bimestrale

COMITATO DI DIREZIONE

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

COMITATO SCIENTIFICO

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

COMITATO DI REDAZIONE

Vincenzo Cangemi, Alessia Gabriele, Carmela Garofalo, Laura Torsello

COMITATO DI REFERAGGIO

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

Amministrazione:

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

Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300

www.pacineditore.it • info@pacineditore.it

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

Indice

Saggi

- DOMENICO GAROFALO, *Il lavoro libero professionale: verso l'universalizzazione delle tutele?*» 129
- LILLI CASANO, *Certificazione della parità di genere e trasparenza: riflessioni a margine della prima attuazione del sistema*» 161
- MATTEO TURRIN, *L'accesso "preferenziale" al lavoro agile tra disabilità e condizione di fragilità: analogie e differenze*» 179

Giurisprudenza

- ELENA SIGNORINI, *La garanzia della autodeterminazione del disabile. Il caso tedesco*» 201
[Corte di Giustizia UE, sentenza 7 dicembre 2023, n. 518/2022]
- MICHELE DALLA SEGA, *Premi di risultato e discriminazioni retributive*» 219
[Corte d'appello di Torino, sentenza 31 ottobre 2023]
- ISABELLA ACCARDO, *Licenziamenti discriminatori per motivi di genere e per maternità*» 229
[Corte di Cassazione, sez. lav., ordinanza 8 novembre 2023, n. 35527]
- MARIAVITTORIA BIONDO, *Caregiver, chi era costui? Il modello italiano avanti alla Corte di Giustizia...*» 241
[Corte di Cassazione, IV sez. civ., ordinanza interlocutoria 8 novembre 2023, n. 1788]

Dialogues

- FRÉDÉRIC GUIOMARD, *Preuve des discriminations: la consécration française d'un «droit à la preuve» permet-elle de mieux garantir les droits des victimes? (Prima parte)*» 259

Il lavoro libero professionale: verso l'universalizzazione delle tutele?*

Freelance work: on the way to universal protection?

Domenico Garofalo

già Professore ordinario nell'Università degli studi di Bari "Aldo Moro"

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica. – PARTE PRIMA – LA LEGGE N. 81/2017 [C.D. JOBS ACT DEL LAVORO AUTONOMO]. – 2. La tutela del lavoro autonomo ha referenti costituzionali e unionali? – 3. La pandemia da Covid-19 ha messo definitivamente in luce il problema della protezione sociale dei lavoratori autonomi e in particolare dei liberi professionisti. Quali sono stati gli interventi del nostro legislatore e qual è stato il livello di effettività degli stessi? – 4. Le Casse libero professionali e gli enti bilaterali previsti dal CCNL Confprofessioni si occupano entrambi della tutela dei liberi professionisti. Ci sono somiglianze e differenze tra i due sistemi? – 5. La proliferazione dei contratti collettivi comporta anche per il lavoro negli studi professionali il concorso di numerosi enti bilaterali. Con specifico riguardo al profilo della bilateralità come si sceglie il CCNL più idoneo? – 6. Quali sono le misure di welfare previste dal CCNL Confprofessioni? Ce ne sono alcune di particolare interesse e che rispondono a bisogni peculiari dei liberi professionisti? – 7. Il sostegno al reddito rappresenta probabilmente il *punctum dolens* del sistema di protezione sociale dei liberi professionisti. Esistono misure specifiche volte a rispondere a questo bisogno? Quali? – PARTE SECONDA – LA LEGGE N. 49/2023 [LEGGE SULL'EQUO COMPENSO] – 8. Come si è arrivati alla legge sull'equo compenso? – 9. Ci sono differenze tra equo compenso e tariffe? – 10. Quali sono le novità e le criticità della legge sull'equo compenso? – 11. Quale è la disciplina dell'Equo Compenso degli ingegneri?

* Il presente contributo riproduce la relazione svolta nella Sessione dedicata a "La professione tra competitività e criticità: dal codice dei contratti all'equo compenso" del Congresso nazionale degli Ordini degli ingegneri d'Italia, tenutosi a Catania nei giorni 27-28-29 settembre 2023 per il centenario dell'Albo degli ingegneri.

Sinossi: Il saggio si propone di analizzare, dall'angolo di visuale del giuslavorista, le tutele approntate nell'ultimo sessennio dal legislatore in favore del lavoro libero professionale, assumendo come punto di partenza la legge 22 maggio 2017, n. 81 (c.d. Jobs Act del lavoro autonomo) e come punto di arrivo la legge 21 aprile 2023, n. 49, sull'equo compenso. Partendo dalle indicazioni sovranazionali e da una rinnovata attenzione ai principi costituzionali, la riflessione si concentra non solo sul profilo remunerativo, ma anche sulle misure di welfare destinate al lavoratore autonomo nell'acquisita consapevolezza della necessità di un processo di universalizzazione delle tutele nel rapporto e nel mercato del lavoro.

Abstract: *The essay aims to analyze, from the perspective of labor law, the protections implemented in the last six years by the legislature in favor of freelance work, starting from the law of May 22, 2017, no. 81 (the so-called Jobs Act for self-employment) and ending with the law of April 21, 2023, no. 49, on fair compensation. Starting from supranational indications and a renewed attention to constitutional principles, the reflection focuses not only on the remunerative aspect but also on welfare measures for the freelance worker, recognizing the need for a process of universalization of protections in the relationship and in the labor market.*

Parole chiave: Lavoratore autonomo – Libero professionista – Protezione sociale – Compenso – Welfare

Keywords: Freelancer – Self-employed – Social protection – Compensation – Welfare

1. Premessa metodologica

La competitività e le criticità che connotano oggi l'attività libero professionale impongono, dall'angolo di visuale del giuslavorista, una riflessione sulla tutela del professionista che involge non solo il profilo prettamente remunerativo, ma anche le misure di protezione "nel mercato" ad egli destinate. L'approccio giuridico al fenomeno non può che tenere conto dell'intervento del legislatore condensato, sul piano temporale, nell'ultimo sessennio, assumendo come punto di partenza la legge 22 maggio 2017, n. 81 (c.d. Jobs Act del lavoro autonomo) e come punto di arrivo – allo stato attuale – la legge 21 aprile 2023, n. 49, sull'equo compenso.

Sempre sul piano metodologico si è scelto di strutturare la trattazione dei singoli profili a mo' di interrogativi al quale fornire una risposta.

Il contributo è articolato in due parti, di cui la prima dedicata alla legge n. 81/2017 e la seconda alla legge n.49/2023.

PARTE PRIMA

LA LEGGE N. 81/2017 [C.D. JOBS ACT DEL LAVORO AUTONOMO]

2. La tutela del lavoro autonomo ha referenti costituzionali e unionali?

Contrariamente a quanto possa ipotizzarsi, il tema della protezione sociale del lavoratore autonomo, e in particolare dei liberi professionisti, non è sconosciuto ai nostri padri

costituenti. Circoscrivendo la riflessione a partire dal periodo repubblicano¹, gli atti della *Commissione per la riforma della previdenza sociale*, istituita allo scopo di costruire un rinnovato sistema di sicurezza sociale fondato sull'eliminazione dello "stato di bisogno", denunciato nel famoso "Piano Beveridge", dimostrano come i lavoratori autonomi non fossero esclusi dal dibattito. Purtroppo trasparivano disparate posizioni circa l'ambito soggettivo di applicazione del sistema di protezione sociale: alla possibilità di estenderlo alle categorie di lavoratori indipendenti in condizioni di debolezza economica, dunque "con scarsa o inesistente capacità di risparmio da destinare alla propria previdenza", si affiancava l'idea di ammettere tutti i lavoratori autonomi, in ossequio ai principi costituzionali di tutela del lavoro in tutte le sue forme (art. 35, comma 1) e di solidarietà sociale (art. 2 Cost.)², con l'obiettivo altresì di garantire la sopravvivenza del sistema attraverso una maggior contribuzione. Questa seconda tesi si scontrava tuttavia con due difficoltà pratiche di attuazione: da un lato, il difficile accertamento del reddito imponibile, e dall'altro lato i controlli sui soggetti contribuenti e beneficiari.

Per quanto riguarda le libere professioni, la diatriba si risolse erigendo il sistema previdenziale pubblico, ma di categoria (*rectius*, di categorie), delle Casse di previdenza professionale. A riguardo, non appare superfluo sottolineare come le Casse rappresentassero una soluzione di sintesi tra responsabilità individuale e collettiva del professionista, tra "tradizione personalista" del lavoratore autonomo, propenso ad accantonare i risparmi necessari per garantirsi l'adeguatezza dei "mezzi necessari alle proprie esigenze di vita" anche nella fase della vita inattiva, e solidarietà sociale, in questo caso endocategoriale³.

Solo agli inizi degli anni Settanta è rintracciabile un'apertura verso un sistema universalistico di sicurezza sociale per alcune categorie di lavoratori autonomi⁴, mentre, come noto, i liberi professionisti continueranno a trovare protezione attraverso le casse previdenziali professionali.

Questo passaggio storico supporta l'analisi che segue per una serie di ragioni.

In primo luogo, si vuole evidenziare come oggi si ripresenti, e in forme più acute, la questione della protezione sociale dei lavoratori autonomi e, in particolar modo dei liberi professionisti, tanto da poter mutuare l'espressione "questione sociale", tipica della condi-

¹ Dunque, escludendo il ventennio corporativo, durante il quale può rintracciarsi un particolare interesse verso questa categoria di lavoratori, anche sul versante della "protezione sociale"; sul tema DELEONARDIS, *La libera professione nel ventennio del corporativismo fascista*, in *MGL*, 2020, 4, 855 ss.

² Si veda Min. Lav., *Relazione della Commissione per la riforma della previdenza sociale*, II ed., Roma, Milano, Tip. INAIL, 1949, 8-10.

³ V. specialmente Confederazione italiana professionisti e artisti, *La protezione sociale del lavoro autonomo nei suoi aspetti costituzionali e nei riflessi della economia del Mezzogiorno*. 5° Convegno nazionale, Napoli, 18-19 giugno 1955, L'Arco, 1956, rispettivamente 84 ss. e 118 ss.

⁴ Come è stato rilevato da SANDULLI, *Sulle linee di sviluppo del sistema di previdenza per i lavoratori autonomi*, in ZANGARI (a cura di), *Studi in onore di G. Chiarelli*, Giuffrè, 1974, 2838 «la l. 25 novembre 1971 n. 1088, che novella la l. n. 1397/1960, estendendo il suo ambito di applicazione a ulteriori categorie di lavoratori autonomi, in questo caso gli esercenti attività commerciali, segna un principio che tende a soddisfare il bisogno di sicurezza sociale della fattispecie».

zione dei lavoratori delle fabbriche di fine XIX secolo, affiancando l'aggettivo "nuova", per porre in evidenza le condizioni attuali di insicurezza economica in cui si trovano anche i lavoratori autonomi, soprattutto quelli privi di dipendenti⁵.

Inoltre, come si vedrà meglio successivamente, ancora oggi la solidarietà endocategoriale – pur se in forme del tutto peculiari – rappresenta il principio ispiratore del modello di protezione sociale del lavoro libero professionale, attraverso le Casse di previdenza dei professionisti, ma anche gli enti bilaterali.

L'emergenza epidemiologica prima, e la guerra russo-ucraina al presente, ci consegnano una pressante crisi economico-sociale che azzerà definitivamente, anche nell'opinione pubblica, il pregiudizio che vede i lavoratori autonomi vivere in floride condizioni economiche.

Ad esempio, alcune ricerche sottolineano che nel 2020 il 68% dei lavoratori subordinati dichiara di aver percepito la retribuzione per intero, mentre solo il 31,7% dei lavoratori autonomi ha mantenuto invariato il proprio reddito da lavoro⁶.

Invero, il disagio economico di una parte dei lavoratori autonomi è stato solo acuito dall'emergenza pandemica, essendosi radicato già sul finire del XX secolo, come comprovato da studi di respiro europeo o nazionale⁷.

Già nel rapporto Eurofound del 2017 emerge che il rischio di *in-work poverty* riguardi essenzialmente tre gruppi di lavoratori, quali i *part time workers* (involontari), gli occupati in *temporary jobs* e i lavoratori autonomi privi di dipendenti⁸.

Alcune ricerche affermano che il rischio di povertà per i lavoratori autonomi nell'UE tende ad essere triplicato, o addirittura sestuplicato in alcune aree, rispetto ai lavoratori dipendenti⁹.

Secondo uno studio del 2015, quasi la metà (45,7%) dei lavoratori autonomi in Italia percepiva fino a 15mila euro l'anno, mentre coloro i quali vivevano in condizioni economiche più vantaggiose, oltre i 30mila euro l'anno, erano il 21,7% del campione. Limitandoci ai liberi professionisti iscritti presso ordini e collegi, lo stesso studio evidenziava che il 40,9% percepiva un reddito inferiore ai 15.000 euro, il 25,4% tra i 15.000 euro e i 25.000 euro, mentre solo il 33,7% raggiungeva un reddito superiore ai 25.000.

Questi dati avallano l'indirizzo intrapreso dall'OIL e dall'Unione Europea, volto a ripensare il sistema di protezione sociale dei lavoratori autonomi connotandolo come universale.

⁵ D. GAROFALO, *La dottrina giuslavoristica alla prova del Covid-19: la nuova questione sociale*, in *IG*, 5, 2020, 429 ss.

⁶ DE VITA, LUCCARINI, *Il lavoro autonomo alla prova della pandemia in Italia*, in CARRIERI, DAMIANO (a cura di), *Come cambia il lavoro nell'era del Covid, Quarta edizione sui lavoratori italiani*, Arcadia Edizioni, 2020, 183 ss.

⁷ PAPA, *Working poor. Dualizzazione del mercato e lavoro autonomo povero nell'UE*, in *RDSS*, 2021, 1, 49 ss.

⁸ EUROFOUND, *In-work poverty in the EU*, 2017, 26.

⁹ EUROFOUND, *In-work poverty in the UE*, 25; v. anche MCKNIGHT, STEWART, MOHUN HIMMELWEIT, PALILLO, *Low pay and in-work poverty: preventative measures and preventative approaches*, European Union, 2016, 57; MARX, HOREMANS, *Poverty and Material Deprivation among the Self-Employed in Europe: An Exploration of a Relatively Uncharted Landscape*, IZA DP, 2017, 11007, 14.

Quest'ultimo è uno dei punti fondamentali del Rapporto ILO *“Lavorare per un futuro migliore”*¹⁰, nel quale la necessaria protezione di tutte le forme di lavoro, compreso il lavoro autonomo, è oggetto di una specifica menzione.

Limitando il richiamo agli atti normativi dell'UE, emblematico è il *Principio 12 del Pilastro europeo dei diritti sociali del 2017*, che postula “il diritto ad un'adeguata protezione sociale” dei lavoratori autonomi, in virtù del quale il Consiglio dell'Unione Europea ha adottato la *Raccomandazione del Consiglio Europeo dell'8 novembre 2019 sull'accesso alla protezione sociale per i lavoratori subordinati e autonomi*. La Raccomandazione, evidenziando la necessità di fronteggiare le perdite di reddito del lavoratore autonomo e di favorirne il ritorno sul mercato del lavoro (Punto 17), auspica un'estensione della protezione sociale a tutti i lavoratori su più versanti: prestazioni di disoccupazione; prestazioni per malattia e assistenza sanitaria; prestazioni di maternità e di paternità; prestazioni d'invalidità; prestazioni di vecchiaia e prestazioni ai superstiti; prestazioni in caso di infortuni sul lavoro e malattie professionali (R. 3.2)¹¹.

In sostanza, l'Europa chiede ad ogni Stato membro un rinnovamento del proprio sistema di *welfare* che sia inclusivo del lavoro autonomo, ossia una serie di interventi erogati dalle istituzioni pubbliche, destinati a tutelare le condizioni di bisogno rispetto a determinati rischi, migliorando la qualità della vita e il benessere, garantendo la previdenza pensionistica, la formazione professionale e il sostegno al lavoro e all'imprenditorialità, in attuazione dei diritti di cittadinanza.

La rinnovata attenzione verso i lavoratori autonomi da parte dell'Unione Europea si evince anche dagli *Orientamenti sull'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione europea agli accordi collettivi concernenti le condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi individuali*, approvati dalla Commissione Europea in data 9 dicembre 2021. Secondo la Comunicazione, la Corte di Giustizia riterrà legittimi, così non violando la normativa *antitrust* in materia di libera concorrenza tra le imprese (art. 101 TFUE), gli accordi collettivi che “*mirano a correggere un evidente squilibrio nel potere contrattuale dei lavoratori autonomi individuali rispetto alle loro controparti, e si pongono come obiettivo [...] il miglioramento delle condizioni di lavoro*” (Punto 32). Tali orientamenti sembrano aprire scenari inediti e solo in parte esplorati, in particolare rispetto ai due profili che verranno affrontati nel prosieguo della riflessione, quali il compenso e il *welfare*¹²; in quest'ultimo caso si vedrà come la contrattazione collettiva abbia già superato i confini della subordinazione.

¹⁰ ILO, *Lavorare per un futuro migliore - Rapporto della Commissione mondiale sul futuro del lavoro*, 2019, su https://www.ilo.org/rome/pubblicazioni/WCMS_703633/lang-it/index.htm.

¹¹ ALAIMO, *Il lavoro autonomo fra nuove “debolezze” e deficit di protezione sociale: tutele prima, durante e dopo la pandemia*, in *RDSS*, 2021, 2, 209 ss.

¹² DELEONARDIS, *La disciplina del lavoro autonomo e il ruolo dell'autonomia collettiva*, in *VTDL*, 2023, 3, 750 ss. nonché DESSI, *Antitrust, accordi collettivi e lavoro autonomo: le linee guida della Commissione Europea*, in *MGL*, 2023, 3, 481 ss.

3. La pandemia da Covid-19 ha messo definitivamente in luce il problema della protezione sociale dei lavoratori autonomi e in particolare dei liberi professionisti. Quali sono stati gli interventi del nostro legislatore e qual è stato il livello di effettività degli stessi?

Le indicazioni sovranazionali e una rinnovata attenzione ai principi costituzionali, prima richiamati, trovano una significativa proiezione negli interventi legislativi degli ultimi sei anni a tutela dei lavoratori autonomi, attuativi di una riforma del sistema di protezione sociale degli stessi.

Il primo importante intervento del legislatore sul lavoro autonomo è recato dalla l. 22 maggio 2017, n. 81, meglio noto come “*Jobs act del lavoro autonomo*”, che attesta una rinnovata sensibilità della politica verso la “*multiforme e complessa morfologia*”¹³ dei lavoratori genuinamente autonomi, ritenuta sino ad allora una fattispecie ontologicamente estranea al campo di applicazione del diritto del lavoro¹⁴.

È proprio la complessa morfologia del lavoro autonomo che induce il legislatore a delimitare il campo di applicazione del provvedimento alle sole *sub*-specie rientranti nel Libro V, Titolo III del Codice civile, dunque i lavoratori autonomi manuali (art. 2222 ss. c.c.) e i liberi professionisti (art. 2229 c.c.)¹⁵. Ed infatti, bypassato il modello fondato sull'estensione delle tutele per cerchi concentrici e secondo il metodo della modulazione selettiva¹⁶, glissata la prospettiva di ripensare ad un sistema di protezione fondato non tanto sulla qualificazione giuridica del rapporto, quanto sul rischio sociale al lavoratore connesso, la l.

¹³ GIUBBONI, *Il Jobs act del lavoro autonomo: commento al capo I della legge n. 81/2017*, in *DLRI*, 2017, 155, 471 ss. spec. 472.

¹⁴ Vedi l'intervento di ICHINO al Senato del 5 settembre 2017, in *www.pietroichino.it*.

¹⁵ Tra le numerose proposte di legge, merita una menzione quella presentata su iniziativa dei deputati Damiano, Fassina ed altri il 30 gennaio 2014, n.2017 che, sulla scorta delle precedenti proposte, prevedeva una serie di misure in tema di autoimprenditorialità, tutela della salute e sicurezza, promozione del mutualismo, toccando parimenti temi quali la dimensione collettiva e il sostegno del lavoratore in periodi di crisi. Sul tema v. MAURO, TIRABOSCHI, *Lavoro autonomo: il nuovo quadro legale*, in *Boll. Spec. ADAPT*, 10, 2017.

¹⁶ PERULLI, *Il Jobs Act degli autonomi. Nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *RIDL*, 2017, 2, I, 173 ss., il quale ritiene che «un serio processo legislativo di tutela del lavoro autonomo dovrebbe tenere conto, almeno, di una peculiare esigenza di modulazione selettiva delle tutele nella zona grigia tra subordinazione e autonomia nonché, più in generale, nell'ambito di quelle «relazioni personali di lavoro» che la migliore dottrina, evocando il concetto di “dipendenza”, colloca a mezza via tra il lavoro subordinato standard e il lavoro completamente autonomo». D'altronde la norma si era esposta già alle critiche della Cgil che recriminava, sul piano del metodo, la mancanza di una visione unitaria dei diritti in capo alla persona che lavora, a prescindere dal tipo di rapporto instaurato con il datore di lavoro o committente; nel merito, invece, si evidenziava l'assenza di misure a tutela soprattutto di quella parte di lavoratori autonomi più deboli (oppure economicamente dipendenti), come al contrario aveva previsto il d.d.l. Damiano-Fassina. Cfr. CGIL, *Osservazioni al Disegno di legge: S. 2233. “Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato” (Atto n. 4135)*. In questo senso v. anche D. GAROFALO, *La tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *Id* (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo-agile-occasionale*, Adapt University Press, 2018, 119 secondo il quale la l. n. 81/2017 «sembra fornire un ombrello protettivo meno ampio di quello che avrebbe potuto garantire la Carta dei diritti universali dei lavoratori promossa dalla Cgil».

n. 81/2017 persiste nella formula dicotomica “autonomia *versus* subordinazione”, approntando una serie di tutele dalle quali emerge la “natura ondivaga” del lavoro autonomo, proiettato ora verso il piccolo imprenditore, ora verso il lavoratore subordinato, espressa dal bilanciamento tra norme di matrice civilistica e altre prettamente lavoristiche, secondo la duplice prospettiva costituzionale delineata dagli artt. 35 e 41.

Per scelta di campo l'analisi viene circoscritta, sul piano oggettivo, alle misure di natura welfaristica e, su quello soggettivo, ai soli liberi professionisti, escludendo altresì le deleghe legislative rimaste inattuato (artt. 5, 6 e 11), su cui si dirà qualcosa successivamente.

Partendo dal piano oggettivo, le misure più interessanti si riscontrano sul versante della “tutela attiva” dell'attività libero professionale, attraverso un embrionale sistema che ne rilanci l'occupazione in linea con gli auspici del Pilastro europeo dei diritti sociali, proiettati ad estendere le politiche attive del lavoro anche alle attività di lavoro autonomo¹⁷. L'art. 10 prevede la costituzione di sportelli dedicati alla raccolta di domande e richieste di lavoro, promozione e orientamento del lavoratore autonomo, presso i Centri per l'Impiego, gli enti autorizzati e accreditati, ma anche attraverso convenzioni con ordini e collegi, associazioni dei professionisti privi di ordini e collegi (come regolate dalla l. 14 gennaio 2013, n.4) e sindacati comparativamente più rappresentativi, concedendo a tale strumentazione cittadinanza costituzionale nella dimensione tutelata dall'art. 4 Cost.¹⁸, all'interno del ben più ampio riordino delle politiche attive del lavoro realizzato – sulla carta – con il d.lgs. 14 settembre 2015 n. 150. Sotto questo profilo, quindi, sembra ridursi la predetta dicotomia “autonomia *versus* subordinazione”, trovando alcuni punti di contatto nella tutela nel mercato del lavoro, ossia nella fase che precede l'avvio di una attività lavorativa. Ciononostante, l'art. 10, comma 5, prevede l'ormai ben nota formula dell'“*invarianza degli oneri per la finanza pubblica*”, col risultato che difficilmente i CPI o gli altri soggetti autorizzati potranno essere in grado di assolvere ai nuovi compiti senza un'adeguata formazione; né, allo stesso tempo, le convenzioni potranno gravare economicamente su una sola parte stipulante, data la non onerosità delle stesse per lo Stato e le Regioni, con risultati in prospettiva poco soddisfacenti. A quanto consta, l'unico accordo stipulato è quello tra Anpal e Confprofessioni nel febbraio 2019.

Nella medesima ottica dell'autoimpiego si muove l'art. 12, che promuove non solo la partecipazione dei lavoratori autonomi agli appalti pubblici (comma 1), ma anche agli appalti privati nelle forme della rete di professionisti, consorzi, associazioni temporanee, da cui precedentemente potevano dirsi esclusi¹⁹.

¹⁷ Pilastro n. 4., lett. a): «Ogni persona ha diritto a un'assistenza tempestiva e su misura per migliorare le prospettive di occupazione o di attività autonoma».

¹⁸ CANAVESI, *Mercato del lavoro, servizi per l'impiego e lavoro autonomo. Un gap difficile da colmare*, in *ADL*, 2018, 3, 685 ss.

¹⁹ CAFFIO, *La protezione “nel mercato” per i lavoratori autonomi: accesso alle informazioni e nuove forme di aggregazione*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera*, cit., 227 ss. Nello specifico l'A. nega che i liberi professionisti potessero accedere alle varie forme associative dell'art. 46, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (salvo i servizi di ingegneria e architettura e nell'ambito delle commesse pubbliche), in ragione della precisa esclusione enunciata dall'art. 45 commi 2 e 3 dello stesso

Un breve cenno meritano, inoltre, le disposizioni in materia fiscale, se non altro perché contribuiscono a comporre il quadro di tutele approntato dalla l. n. 81/2017. In particolare, l'art. 9, l. n. 81/2017, interviene a modifica dell'art. 54, comma, 5, T.U.I.R. (D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917), prevedendo la deducibilità integrale delle spese entro il limite annuo di 10.000 e 5.000 euro, e non più al 50% come era precedentemente previsto (comma 1), relative rispettivamente alla formazione e all'aggiornamento professionale, agli sbocchi occupazionali e ad oneri relativi ad assicurazioni stipulate in caso di insolvenza del committente. Si tratta di un modello sicuramente innovativo, che tuttavia manifesta la dichiarata sfiducia del legislatore verso lo sportello del lavoro autonomo di cui all'art. 10, che dovrebbe occuparsi anche della formazione professionale²⁰.

Le politiche del legislatore assumono una piega diversa, maggiormente orientata alla tutela del reddito dei liberi professionisti, a seguito della pandemia da Covid-19. A questo riguardo è sufficiente segnalare solo alcuni interventi del legislatore che comprovano una rinnovata attenzione verso i liberi professionisti. L'art. 27 d. l. 17 marzo 2020, n. 18 (decreto "Cura Italia") ha previsto un'indennità di 600 euro per i liberi professionisti, titolari di partita IVA, successivamente aumentata a 1.000 euro solo per gli autonomi per i quali vi sia stata una riduzione del reddito almeno del 33% nel secondo bimestre 2020 rispetto al reddito del secondo bimestre 2019 (art. 84, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. in l. 17 luglio 2020, n. 77, c.d. decreto "Rilancio"). Si è trattato di una misura straordinaria che ha cercato di colmare la drastica riduzione dell'attività professionale dovuta prima al *lockdown* e alla chiusura di gran parte delle attività e, successivamente, alle misure restrittive adottate durante il periodo della "seconda ondata". Per completezza, si segnala che il legislatore, con il c.d. decreto Ristori (art. 1, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137) ha escluso i liberi professionisti dall'indennità, salvo poi ritornare sui propri passi con il decreto "Sostegni" (art. 1, d.l. 22 marzo 2021, n. 41, conv. con mod. in l. 21 maggio 2021, n. 69) ampliando nuovamente la platea dei beneficiari dell'ammortizzatore sociale²¹.

Al di là della lacuna appena rilevata, i provvedimenti attestano l'acquisita consapevolezza della necessità di un processo di universalizzazione delle tutele; passaggio non solo auspicato ma necessario e obbligato in virtù dello stato di bisogno in cui versava una parte dei lavoratori autonomi a seguito della pandemia.

Di seguito per la crisi causata dalla guerra russo-ucraina, il legislatore è nuovamente intervenuto a sostegno dei liberi professionisti a basso reddito, istituendo un Fondo per il sostegno del potere d'acquisto dei lavoratori autonomi (v. art. 33, d.l. 17 maggio 2022, n. 50, conv. con modificazioni nella l. 15 luglio 2022, n. 91, c.d. decreto "Aiuti") con l'obiettivo di contrastare, almeno parzialmente, l'aumento dell'inflazione, corrispondendo una inden-

Codice degli appalti.

²⁰ LAMONACA, *Agevolazioni fiscali per i lavoratori autonomi vecchie (rivisitate) e nuove*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro*, cit., 201 ss.

²¹ C. GAROFALO, *I lavoratori autonomi durante l'emergenza Covid-19*, in *IG*, 2020, 11, 1009 ss.

nità *una tantum*, pari a 200 euro²². Infine, il Governo con l'art. 20, d.l. 23 settembre 2022, n. 144, (c.d. decreto "Aiuti-ter") è intervenuto nuovamente a sostegno del reddito dei lavoratori autonomi, incrementando di 150 euro l'indennità *una tantum*. La norma prevede che l'incremento debba essere corrisposto solo ai lavoratori autonomi, ivi compresi i liberi professionisti iscritti alle casse di previdenza professionale privatizzate, che nel periodo d'imposta 2021 abbiano percepito un reddito complessivo non superiore a 20.000 euro.

Su un altro piano si pone, invece, la protezione della maternità delle libere professioniste, già prevista dagli artt. 70 ss., d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 e implementata nel corso del biennio 2021-2022. Rispetto al periodo *post-partum*, l'art.1, comma 239, l. n. 30 dicembre 2021, n. 234 (legge di bilancio 2022), ha esteso l'indennità di maternità per ulteriori tre mesi a decorrere dalla fine del periodo ordinario (di 5 mesi, di cui 2 *ante-partum* e 3 *post-partum*) qualora la lavoratrice autonoma abbia dichiarato nell'anno precedente l'evento protetto un reddito inferiore a 8.145 euro²³. Il periodo indennizzabile è stato successivamente esteso anche alla fase che precede gli ordinari due mesi antecedenti la data del parto, qualora siano accertate gravi complicanze o malattie morbose che possano compromettere la salute della lavoratrice e del nascituro. L'art. 70, d.lgs. n. 151/2001, come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. v), d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105, è di particolare rilievo non solo per l'entità della misura, ma soprattutto perché il legislatore, recependo la Dir. 2019/1158/UE in materia di conciliazione vita-lavoro, ha agito oltre le soglie minime di intervento previste dalla stessa, comprovando la rinnovata attenzione verso i liberi professionisti, seppur in questo caso nella prospettiva di una maggior tutela dell'evento della maternità (art. 31 Cost.).

La carrellata di tali misure consente alcune considerazioni. In primo luogo, sembra ormai sfumare – purtuttavia senza annullarsi – la dialettica tra capitale e lavoro: nel momento in cui ci si avvede che il possesso di un capitale – inteso come fattore di produzione (seppur minimo o, c.d. "inespressivo", come un *personal computer*) – non sia più rivelatore di una solida condizione economica, nell'ordinarietà della vita quotidiana e nella straordinarietà dell'emergenza pandemica, la conflittualità storicistica tra chi detiene i mezzi di produzione e chi dispone solo della propria forza-lavoro si ridefinisce, richiedendo che le istanze di tutela vengano modulate non più sul piano oggettivo (del contratto di lavoro) ma su quello soggettivo (della persona che lavora).

Di ciò è consapevole il legislatore, che tuttavia si muove cautamente rispetto all'armonizzazione – in senso universalistico – del sistema di protezione sociale anche a causa dei pressanti vincoli di bilancio che incombono, come una spada di Damocle, sulle casse dello Stato, messe già a dura prova dalla pandemia. Ad esempio, l'estensione della protezione della maternità nel caso di "gravidanza a rischio", come introdotto dal d.lgs. n. 105/2022,

²² V. il Decreto 19 agosto 2022 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

²³ V. circ. INPS 3 gennaio 2022, n. 1.

ha trovato conforto (economico-finanziario) nella Relazione tecnica curata della Commissione bilancio del Senato²⁴, dalla quale emerge che la platea delle possibili beneficiarie sia quantificabile in un 10% delle lavoratrici autonome, comprese le iscritte alla Gestione separata, fuggendo il rischio che la provvidenza economica potesse sovraccaricare ulteriormente il sistema previdenziale.

Tali vincoli portano così ad introdurre misure di *welfare* a favore dei liberi professionisti solo qualora non siano impattanti sull'erario o quando strettamente necessarie. È appunto il caso degli interventi, non strutturali e di carattere assistenziale (la corresponsione dei sussidi non è basata su pregresse contribuzioni), varati dal legislatore a partire dal 2020, che tentano di mitigare le condizioni di debolezza economica dei liberi professionisti causate dalle recenti crisi economiche. Infatti, ad eccezione della tutela della maternità, che comunque grava sulle casse di previdenza professionali, le misure intendono rispondere ad uno stato di bisogno eccezionalmente prodotto dalla difficile situazione economica che deve affrontare l'intero Paese.

A titolo esemplificativo, i liberi professionisti (assicurati presso altre forme previdenziali obbligatorie) sono stati esclusi dall'Indennità Straordinaria di Continuità Reddittuale e Operativa (la c.d. ISCRO), introdotta dal legislatore in via sperimentale per il triennio 2021-2023 (art. 1, commi 386-401, l. 30 dicembre 2020, n. 178) e poi resa strutturale a partire dal 2024 dall'art.1, comma 142 e ss. della l. 30 dicembre 2023, n. 213 (Legge di bilancio 2024), allo scopo di ristorare i lavoratori autonomi titolari di partita IVA da almeno 3 anni²⁵, per i quali è stata ravvisata un'importante riduzione del reddito²⁶.

Tale scenario, dunque, comprova la necessità che il *welfare* dei liberi professionisti trovi risposta non solo nella forma ordinaria delle Casse professionali, ma anche nel *welfare* negoziale previsto, soprattutto negli ultimi anni, dagli enti bilaterali. È infatti nell'ambito della «*realtà giuridica fattuale*»²⁷ che emergono importanti soluzioni innovative, sia nei regolamenti delle casse professionali, sia nella forma negoziale e bilaterale, mostrando

²⁴ Servizi Studi del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, *Dossier aprile 2022 "Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2019/1158 relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE"* (A.G. n. 378), 8.

²⁵ Requisito ridotto dagli originari 4 anni ex art. 1, comma 388, lett. f), l. n. 178/2020 agli attuali 3 dall'art. 1, comma 144, lett. f), l. n. 213/2023.

²⁶ Ai sensi dell'art. 1, comma 144 della Legge di bilancio 2024 l'indennità è riconosciuta ai soggetti che: c) hanno prodotto un reddito di lavoro autonomo, nell'anno precedente la presentazione della domanda, inferiore al 70% della media dei redditi da lavoro autonomo conseguiti nei due anni precedenti all'anno precedente a quello di presentazione della domanda [l'art. 1, comma 388, lett. c) e lett. d), l. 30 dicembre 2020, n. 178 faceva invece riferimento alla produzione di un reddito di lavoro autonomo, nell'anno precedente la presentazione della domanda, inferiore al 50% della media dei redditi da lavoro autonomo conseguiti nei 3 anni precedenti all'anno precedente a quello di presentazione della domanda]; d) hanno dichiarato, nell'anno precedente alla presentazione della domanda, un reddito non superiore a 12.000 euro annualmente rivalutata sulla base della variazione dell'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati rispetto all'anno precedente. Tale limite reddituale era stato fissato in 8.145,00 euro, poi elevato per il 2023 a 8.972,04 euro (INPS, circolare n. 14/2023).

²⁷ TIRABOSCHI, *Appunti per una ricerca sulla contrattazione collettiva in Italia: il contributo del giurista del lavoro*, in *DRI*, 2021, 1, 599 ss.

un ampio raggio di misure adeguate ai singoli contesti di lavoro, tese a tutelare specifici bisogni, in alcuni casi strutturali e in altri legati ai cicli economici del lavoratore.

Sulle prime, non vi è bisogno, in questa sede, di un'analisi approfondita. Basta qui rilevare che, con il d.lgs. 30 giugno 1994 n. 509 le Casse dei liberi professionisti sono divenute associazioni o fondazioni con personalità giuridica di diritto privato aventi compiti di natura pubblicistica, tra cui quello prioritario di gestire la previdenza degli iscritti mediante regolamenti autonomi, nei limiti dell'equilibrio di bilancio di cui all'art. 2.

Gli enti bilaterali sono strutture predisposte al *welfare* e istituite dalla contrattazione collettiva. La loro specificità, dunque, non si esaurisce nella fonte contrattuale, ma nella costruzione di un sistema strutturato di enti e fondi bilaterali che erogano i servizi e le prestazioni negoziate dalle parti, sulla base della condivisione di un comune interesse tra le rappresentanze dei lavoratori e dei datori di lavoro. La fonte contrattuale, quale sintesi di un processo di scontro/incontro che coinvolge le rappresentanze dei datori di lavoro e dei lavoratori, rende ancor più interessante l'analisi delle misure di *welfare* a favore di liberi professionisti, soprattutto quando considerati nella primigenia accezione codicistica di lavoratori autonomi intellettuali privi di dipendenti (art. 2229 c.c.).

4. Le Casse libero professionali e gli enti bilaterali previsti dal CCNL Confprofessioni si occupano entrambi della tutela dei liberi professionisti. Ci sono somiglianze e differenze tra i due sistemi?

Prima di esaminare nel dettaglio le misure di *welfare* previste per i liberi professionisti è opportuno inquadrare i principi costituzionali ad esse sottesi, sia sul piano teleologico, avendo riguardo alle misure previste, sia sul piano della *governance* delle Casse professionali e degli enti bilaterali, per evidenziarne somiglianze e differenze.

Secondo un approccio teleologico, le Casse privatizzate e gli enti bilaterali, perseguono un interesse pubblico, tentando di rispondere prioritariamente al bisogno di protezione sociale di cui all'art. 38 Cost., al fine di garantire ai lavoratori il «*diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria*». Tuttavia, il sistema di protezione sociale previsto dalle Casse privatizzate e dagli enti bilaterali si estende ben oltre l'erogazione di indennità economiche da corrispondere quando si manifesta la situazione di bisogno e nella fase di quiescenza, contemplando altresì misure volte a proteggere l'iscritto durante la vita professionale al fine di garantirne un benessere immediato, con riguardo sia al profilo della salute sia a quello formativo. A titolo esemplificativo, alle prestazioni – integrative nel caso degli enti bilaterali – di carattere previdenziale, si affiancano prestazioni in natura come servizi di assistenza sanitaria o corsi di formazione professionale, che trovano collocazione negli artt. 32 e 35, comma 2, Cost., ossia relativi al diritto alla salute

e alla formazione professionale del lavoratore, nel segno di quell'adeguatezza sistemica prospettata dalla dottrina²⁸.

Guardando poi al modello di *governance* degli enti citati, in entrambi i casi lo Stato non conferisce risorse proprie attraverso la fiscalità generale, bensì sono gli stessi lavoratori (nel nostro caso, i liberi professionisti) a sostenere lo sforzo economico necessario ad assicurarsi il proprio sistema di *welfare*, riconducibile ai principi di solidarietà endocategoriale (art. 2 Cost.) e di sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.).

Tra le due forme di previdenza si possono cogliere alcune differenze. A seguito del d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509 le Casse dei liberi professionisti sono divenute associazioni o fondazioni con personalità giuridica di diritto privato aventi compiti di natura pubblicistica, tra cui quello prioritario di gestire la previdenza degli iscritti mediante regolamenti autonomi. Nonostante il carattere "anfibo" dei suddetti enti, la dottrina ha ritenuto che essi siano meritevoli di protezione ai sensi dell'art. 18 Cost.²⁹, rilevando che in più di una circostanza la Corte costituzionale avesse ritenuto sempre compatibili con la disciplina costituzionale della libertà di associazione i casi di iscrizione obbligatoria ad associazioni, qualora giustificati dalla necessità di protezione di interessi pubblici meritevoli di tutela³⁰: la libertà associativa, dunque, copre non solo i fenomeni meramente privatistici, ma anche quelli "assistiti" dall'attore pubblico; supporto che si manifesta nell'obbligo di iscrizione sancito dall'art. 1, comma 3, d.lgs. n. 509/1994.

Ed è secondo questa prospettiva che emerge la principale differenza rispetto agli enti bilaterali. Mentre, nel caso delle Casse professionali, sorge in capo ai soggetti beneficiari un obbligo di iscrizione, quale prerequisite fondamentale da soddisfare al fine di beneficiare delle prestazioni essenziali di base offerte, nel caso degli enti bilaterali sorge nei datori di lavoro – comunque beneficiari in prima persona dei servizi, come si vedrà meglio successivamente – un onere di iscriversi, derivante dall'applicazione del contratto collettivo di riferimento e che offre prestazioni di carattere integrativo.

²⁸ ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, in *VTDL*, 2022, numero straordinario, 277 ss., dove l'A. sottolinea che «L'adeguatezza sistemica è fondata sul nesso, inscindibile e direttamente proporzionale in termini di efficacia, tra politiche, servizi e prestazioni monetarie, basato sul felice connubio tra diritto al lavoro, diritto a una retribuzione proporzionata e sufficiente, diritto ai mezzi adeguati».

²⁹ COLAVITTI, *Le Casse professionali tra autonomia e controllo pubblico*, in *Federalismi.it*, 2021, 11, 47.

³⁰ Si veda Corte cost. 23 gennaio 1975, n. 20 in *Dejure*. Il tribunale di Ascoli Piceno aveva rimesso alla Corte la questione concernente la pretesa illegittimità della norma istitutiva del Consorzio obbligatorio, denominato "Associazione per il controllo della combustione" (art. 1 d.l. 9 luglio 1926, n. 1331), rilevando che l'obbligatorietà sarebbe incompatibile con l'art. 18 Cost., secondo cui al cittadino verrebbe garantita, in via assoluta, non solo la libertà positiva di associazione, ma, altresì, quella, negativa, di non partecipare, se non volontariamente, ad associazioni di qualsiasi natura. La Corte ha rilevato che il precetto costituzionale del quale si discute, si risolve anche nella libertà del singolo di non partecipare ad associazioni se non di sua libera e volontaria scelta, precisando, tuttavia, «che ciò non esclude per lo Stato la facoltà di assicurare il raggiungimento di determinati fini pubblici attraverso l'istituzione di enti del tipo suddetto, sempreché l'associazione coattiva non violi un diritto, una libertà o un principio costituzionalmente garantito, ed il fine pubblico che si dichiara di perseguire non sia palesemente arbitrario, pretestuoso o artificioso». Conforme C. cost., 22 gennaio 1982, n. 40 in *Dejure*.

Nel primo caso, il professionista deve necessariamente versare la contribuzione dovuta alla Cassa professionale, pena l'applicazione di una sanzione; nel caso degli enti bilaterali, l'onere non comporta alcuna sanzione, ma non consente l'esercizio delle facoltà ad essa correlate, in questo caso di beneficiare delle prestazioni erogate dall'ente.

Il sistema di finanziamento degli enti bilaterali è tuttavia caratterizzato da una particolare "spintaneità": qualora il datore di lavoro non versi la quota prevista dal contratto collettivo di riferimento, è obbligato a versare al lavoratore l'Elemento Distinto della Retribuzione (come nel caso del Contratto collettivo degli studi professionali stipulato da Confrprofessioni e dalle associazioni di categoria CGIL, CISL e UIL³¹). Viene così a configurarsi un sistema di organizzazione degli interessi che si radica in quella libertà sindacale di stampo privatistico di cui all'art.39 Cost.³², ossia nella volontà di soggetti privati di costituire un ente che risponda ai bisogni dei lavoratori, ma dalla quale prende, tuttavia, anche le distanze rispetto alla dimensione conflittuale di cui è portatrice la contrattazione collettiva, a vantaggio di una cultura maggiormente partecipativa³³. In sostanza, gli enti bilaterali sono espressione della libertà sindacale di superare, rispetto ad alcuni specifici profili, il conflitto, per spostarsi verso un approccio maggiormente partecipativo.

Emerge così il carattere prettamente privatistico del *welfare* negoziale, o "bilaterale"³⁴, che diventa particolarmente importante in un settore, come quello degli studi professionali, che deve sopportare il peso della progressiva universalizzazione delle tutele verso il professionista intellettuale, nella sua triplice veste di libero professionista datore di lavoro, autonomo "puro" privo di dipendenti e di professionista che svolge la prestazione in qualità di lavoratore subordinato.

5. La proliferazione dei contratti collettivi comporta anche per il lavoro negli studi professionali il concorso di numerosi enti bilaterali. Con specifico riguardo al profilo della bilateralità come si sceglie il CCNL più idoneo?

Prima di svolgere alcune riflessioni sulle funzioni svolte dagli enti bilaterali è opportuno perimetrare l'ambito dell'indagine, sottolineando in prima battuta che la scelta è ricaduta

³¹ D. GAROFALO, *Il modello di welfare contrattuale negli studi professionali: vecchie e nuove problematiche*, in *DLM*, 2022, 2, 280.

³² Si veda Corte cost. 14 maggio 2010, n. 176 in *Dejure*, che definisce gli enti bilaterali come «organismi privati istituiti dalla contrattazione collettiva».

³³ D. GAROFALO, *Il modello di welfare contrattuale negli studi professionali: vecchie e nuove problematiche*, cit., 276.

³⁴ Come definito in MASSAGLI, SPATTINI, *Cosa intendiamo quando parliamo di welfare aziendale?* in *www.bollettinoadapt.it*, 23 gennaio 2017, inteso come il «welfare sviluppato dalla contrattazione collettiva a qualsiasi livello, nell'ambito di un sistema strutturato di enti e fondi bilaterali che erogano i servizi e le prestazioni negoziate».

sull'analisi di uno specifico contratto collettivo, e dei relativi enti bilaterali connessi, che offre un migliore sistema di *welfare* per i liberi professionisti.

Infatti, come precedentemente rilevato, gli enti bilaterali trovano nella contrattazione collettiva la propria fonte costitutiva e regolamentare. Conseguentemente, di fronte alla proliferazione di numerosi contratti collettivi, anche per una stessa categoria professionale, possono costituirsi differenti enti bilaterali. Ciò impone di fare una scelta fondata, tuttavia, su ragioni che non attengono al piano formale della rappresentatività del soggetto stipulante il contratto collettivo applicato (il c.d. contratto *leader*), ma a quello dei contenuti del contratto collettivo e, nel nostro caso specifico, delle prestazioni erogate dall'ente bilaterale³⁵.

I contratti collettivi selezionati sono due: da un lato, il CCNL per i lavoratori degli studi professionali e delle strutture che svolgono attività professionali siglato tra la Confprofessioni (Confederazione italiana libere professioni) e Filcams – Cgil, Fisascat – Cisl, Uiltucs – Uil in vigore dal 17 aprile 2015 (e in attesa di rinnovo); dall'altro lato, il CCNL per i dipendenti da studi professionali firmato da F.i.s.a.p.i., Assimea, Assimpresa e F.i.s.a.l.p – Confsal, Siaso in vigore dal 1° dicembre 2020.

Analizzando nel loro complesso le due fonti contrattuali emerge chiaramente come il CCNL stipulato da Confprofessioni con i confederali presenti un trattamento economico e normativo più favorevole rispetto al secondo. Con specifico riguardo alla bilateralità, si consideri, ad esempio, che nel caso in cui il datore di lavoro non decida di aderire al sistema bilaterale, l'Elemento Distinto della Retribuzione è di euro 32 per 14 mensilità nel caso del CCNL Confprofessioni e di euro 28 per 13 mensilità nel caso del CCNL Confsal. Diversamente, qualora aderisca, la somma da corrispondere è di 22 euro (di cui 2 a carico del lavoratore) per il CCNL Confprofessioni (art. 13) e di 16 per il CCNL Confsal (art. 153). Tuttavia, è soprattutto sul piano dei servizi offerti e della platea dei beneficiari che emerge una profonda differenza tale da far propendere verso il CCNL Confprofessioni. Sul piano oggettivo, infatti, il ventaglio di prestazioni previste, come si dirà di seguito, appare più ampio, ma soprattutto ponderato.

Sul piano dei soggetti beneficiari, invece, occorre fare immediatamente ulteriori precisazioni.

IL CCNL Conprofessioni estende in maniera automatica il sistema di *welfare* integrativo ai datori di lavoro liberi professionisti, qualora aderiscano, versando il citato contributo economico, al sistema della bilateralità, mentre l'adesione al sistema di *welfare* integrativo per i liberi professionisti privi di dipendenti è su base volontaria a fronte del versamento di un contributo di euro 4 o 6 mensili (a seconda che si scelga il sistema di protezione "base" o quello "premium")³⁶. Il CCNL Confsal, invece, prevede che il versamento di 16 euro corri-

³⁵ D. Garofalo, *Il modello di welfare contrattuale negli studi professionali: vecchie e nuove problematiche*, cit., 301.

³⁶ <https://www.gestioneprofessionisti.it/coperture/coperture-volontarie-principali/>.

sponda alla cifra necessaria per offrire i servizi ai soli dipendenti degli studi professionali, a cui aggiungere un versamento facoltativo pari a 12 euro mensili, nell'eventualità in cui i liberi professionisti, datori di lavoro e non, decidano di beneficiare dei servizi offerti dall'ente (art. 153).

La differenza tra le formule previste nei due CCNL, e nei rispetti regolamenti, appare evidente non solo rispetto all'ammontare della contribuzione annuale, ma soprattutto in ragione di una più congeniale modulazione selettiva dei soggetti da tutelare.

Il CCNL Confasal, infatti, sembra porre una netta cesura tra i professionisti dipendenti degli studi professionali e i liberi professionisti, in questo caso soprattutto datori di lavoro, svalutando il minimo comune denominatore dell'attività libero professionale, a prescindere dalla forma giuridica rivestita dal singolo soggetto, che è quella di erogare comunque una prestazione di lavoro (o un servizio), sia nella forma di lavoro autonomo di cui all'art. 2229 c.c., sia qualora ad essa si affianchi il prevalente coordinamento e controllo del processo produttivo³⁷, tale da qualificarlo come imprenditore e, dunque, datore di lavoro.

Diversamente, il CCNL Confprofessioni estende automaticamente già ai liberi professionisti datori di lavoro il sistema di *welfare* predisposto a favore dei lavoratori dipendenti, ancorché con alcuni specifici accorgimenti di cui si dirà a breve. Il versamento della contribuzione a favore della bilateralità, infatti, diventa l'occasione per introdurre una serie di provvidenze dirette e indirette a favore di chi, pur organizzando anche l'attività economica ai fini produttivi, condivide con il proprio dipendente l'erogazione di una prestazione di lavoro (o di un servizio). E sarebbe sterile l'obiezione secondo cui i liberi professionisti privi di dipendenti sono esclusi dall'automaticità dell'erogazione dei servizi di *welfare*, giacché in questo caso essa non deriva dalla considerazione – appunto, errata – che non erogano anch'essi una prestazione di lavoro, ma dall'impossibilità di coinvolgere *de plano* tale categoria di lavoratori, che (allo stato attuale) non stipula contratti collettivi³⁸.

Il meccanismo di estensione del sistema della bilateralità è differente, date le distinte posizioni che possono rivestire i liberi professionisti, ma non il risultato. Infatti, l'art. 14 del CCNL Confprofessioni, sottolinea che «*Le Parti intendono garantire ai liberi professionisti, datori di lavoro e non, forme di assistenza sanitaria integrativa*» (ma non solo), meglio regolate nell'allegato in calce al contratto collettivo. Il sistema, dunque, tenta di superare un limite peculiare degli enti bilaterali: trattandosi di un fenomeno contrattuale, la sua efficacia è limitata alle aziende iscritte alle parti sociali stipulanti e aderenti all'ente, sulle quali grava il connesso onere contributivo³⁹.

³⁷ D. GAROFALO, *La tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo-agile-occasionale*, cit., 130.

³⁸ Il riferimento, ancora una volta, è alla *Comunicazione della Commissione Europea sugli orientamenti sull'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione europea agli accordi collettivi concernenti le condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi individuali, approvata dalla Commissione Europea in data 9 dicembre 2021*, che apre scenari futuri rispetto alla contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi.

³⁹ RENGÀ, *Bilateralità e sostegno del reddito*, in *RDSS*, 2018, 3, 433 ss.

Rispetto alla categoria dei liberi professionisti privi di dipendenti potrebbe sorgere il dubbio che possa parlarsi concretamente di *welfare* negoziale o bilaterale, poiché la loro adesione non consegue alla stipula di un contratto collettivo ma discende da un atto volontario. Tuttavia, il contratto collettivo ne è la fonte, rappresentativa di interessi collettivi che, nel nostro caso specifico, si sostanziano nella costituzione di enti bilaterali a cui i liberi professionisti aderiscono.

Su quest'ultimo profilo possono farsi alcune considerazioni. Su un piano prettamente *wel-faristico*, l'estensione della platea dei beneficiari ai liberi professionisti privi di dipendenti risponde ad un bisogno generalizzato di tutela che compensi le lacune del sistema pubblico di sicurezza sociale.

Tale estensione può apparire particolarmente lungimirante se letta anche alla luce dei mercati transizionali del lavoro. La teoria dei *Transitional Labour Market* (TLM), presuppone – sintetizzando al massimo – l'abbandono della vecchia dicotomia barassiana “autonomia *versus* subordinazione”, a favore di una nozione ampia di “status professionale”⁴⁰ in grado di favorire il soggetto nelle fasi transizionali in un mercato del lavoro fluido, frammentato e flessibile. Il sistema di protezione sociale, dunque, dovrebbe evolversi al fine di fornire una protezione continua ai lavoratori che si spostano dal lavoro salariato al lavoro autonomo, tra imprese e settori dell'economia, «assicurando che i diritti e i benefici siano accessibili e portabili»⁴¹. L'estensione dei beneficiari dei servizi offerti dagli enti bilaterali permetterebbe così al professionista di essere tutelato a prescindere dalla posizione giuridica che riveste nel sistema produttivo ed economico, ma secondo il proprio *status* professionale, garantendone così la “portabilità”.

Guardando alla realtà regolamentare degli enti bilaterali previsti dal CCNL Confprofessioni secondo la prospettiva dei TLM, il professionista che esercita un'attività intellettuale, fermo restando i vincoli di cui agli artt. 2229 ss. c.c., può ricevere protezione quando riveste la qualifica di libero professionista privo di dipendenti (ancorché a propria discrezione) e qualora decida, per ragioni personali di qualsiasi natura, di chiudere la propria partita IVA e vestire i panni del professionista dipendente; ancora, la protezione è garantita anche qualora l'incremento dei volumi di attività gli consentano di assumere dipendenti, vestendo così i panni del professionista che esercita attività organizzata in forma di impresa, come previsto dall'art. 2238 c.c. In sostanza, la meritevolezza della protezione non deriva dalla posizione giuridica che il lavoratore riveste nel settore produttivo, ma dal suo *status* professionale, cioè dal complesso di competenze e capacità possedute e dall'erogazione

⁴⁰ SCHMID, *Dalla flexicurity ai mercati transizionali del lavoro. Il lavoro non standard. Riflessioni nell'ottica dei mercati transizionali del lavoro*, in *DRI*, 2011, 1, 1 ss.

⁴¹ V. OIL, *Lavorare per un futuro migliore*, cit., 38, dove si legge: «i sistemi di protezione sociale dovranno evolversi al fine di fornire una protezione continua ai lavoratori che si spostano dal lavoro salariato al lavoro autonomo, tra imprese e settori dell'economia o tra paesi differenti, assicurando che i diritti e benefici siano accessibili e portabili».

di una specifica prestazione di lavoro professionale, che gli consentono di inserirsi in un determinato ambito lavorativo.

Il Regolamento del sistema di *welfare* bilaterale previsto dal CCNL Confprofessioni, dunque, così come predisposto e fermo restando i meccanismi differenziati, favorisce non solo l'allargamento della protezione sociale a soggetti prima esclusi, ma anche il rafforzamento delle relazioni industriali, nella direzione una "progressiva fidelizzazione" del professionista al CCNL.

6. Quali sono le misure di welfare previste dal CCNL Confprofessioni? Ce ne sono alcune di particolare interesse e che rispondono a bisogni peculiari dei liberi professionisti?

Il ruolo esercitato dalla bilateralità nel settore del lavoro libero-professionale, con particolare riferimento al CCNL per gli studi professionali, emerge attingendo ad alcuni dati che dimostrano il particolare interesse che essa desta nei liberi professionisti. Ad esempio, tra i Fondi interprofessionali *ex art.* 18, l. 23 dicembre 2000, n. 388, "Fondo professioni" è quello con la percentuale più elevata di micro-imprese (da 1 a 9 dipendenti) aderenti, pari al 94% del totale. Nell'ambito degli studi professionali, inoltre, circa il 90% dei nuovi assunti viene iscritto alla Cassa di assistenza sanitaria integrativa entro i primi due mesi dall'assunzione, a fronte di un aumento netto degli assistiti di circa il 6%, a testimonianza dell'importanza rivestita dalle misure welfaristiche (*lato sensu*) di stampo privatistico.

Con riferimento ad EBIPRO, Ente di settore del CCNL studi professionali, nell'anno mobile luglio 2021 – luglio 2022, i datori di lavoro iscritti sono aumentati del 4,21% e i lavoratori dipendenti sono lievitati di oltre 14.600 unità. L'incidenza degli ingegneri rispetto al numero totale degli iscritti è del 4%, mentre la categoria maggiormente rappresentata è quella dei dentisti e dei commercialisti (rispettivamente, 19% e 17,4%)⁴².

Ad una ricostruzione sommaria, è possibile articolare il *welfare* bilaterale (Parte II, Titolo IV, e i relativi allegati) del CCNL Conprofessioni in 3 parti:

- 1) strumenti bilaterali nazionali di settore;
- 2) tutele contrattuali;
- 3) formazione.

Soprattutto le parti 1 e 3 consentono di rilevare possibili sviluppi del sistema di *welfare* per i liberi professionisti.

Glissando sulle funzioni delle commissioni paritetiche, volte ad esaminare le controversie collettive relative alla interpretazione del CCNL (Commissione paritetica nazionale)

⁴² Confprofessioni, *VII Rapporto sulle libere professioni in Italia*, 2022, 143 e 147.

e a promuovere azioni positive per il raggiungimento della parità di genere (Gruppo di lavoro per le pari opportunità), interessanti sono le tre strutture bilaterali: CADIPROF, la cassa di assistenza sanitaria integrativa, FON.TE, dedicato alla previdenza complementare, EBIPRO, l'ente bilaterale nazionale di settore, istituito con Accordo Interconfederale del 7 novembre 2003. All'interno di quest'ultimo è prevista, ai sensi dell'art. 14, la costituzione di una gestione autonoma e separata «*per le forme di assistenza sanitaria integrativa*» dedicata ai professionisti, datori di lavoro e non, anche al fine di evitare il rischio che il bisogno di una delle categorie di destinatari possa comprimere e schiacciare le esigenze delle altre (ad esempio, i lavoratori subordinati rispetto ai liberi professionisti)⁴³.

Il piano welfaristico si compone di una serie di prestazioni dirette e indirette, che offrono coperture complete utilizzabili nelle strutture sanitarie convenzionate presenti su tutto il territorio nazionale (visite specialistiche, *check up* annuale, accertamenti diagnostici, terapie e trattamenti fisioterapici, diaria per inabilità temporanea derivante da malattia e infortunio, pacchetto maternità, copertura infortuni e copertura per emergenze allo studio, monitoraggio a distanza di malattie croniche). A titolo esemplificativo, a partire da luglio 2022 per i professionisti titolari di copertura, automatica o volontaria⁴⁴, è previsto anche il rimborso delle spese odontoiatriche pari al 25% della spesa sostenuta, con un massimale di € 500,00. La Gestione Professionisti di EBIPRO prevede anche una “garanzia *Cyber Risk*”, per la copertura totale delle perdite patrimoniali involontariamente cagionate a terzi, conseguenti alla “Violazione della Privacy e dei Dati” e alla “Violazione del Sistema Informatico” di cui il professionista diviene responsabile. Si tratta di una misura che riveste particolare importanza in un'epoca ormai digitalizzata e informatizzata, al fine di tutelare il professionista dagli attacchi informatici che possono divenire causa di sottrazione di dati sensibili o riservati dei clienti, i quali potrebbero richiedere a loro volta un risarcimento sulla base del danno subito.

L'importanza della copertura, tuttavia, risiede non solo nella tutela di natura economica del reddito del professionista, ma anche nel legame con il complesso sistema di formazione. EBIPRO, infatti, in collaborazione con Fondo professioni, prevede un rimborso parziale sia a favore dei professionisti (datori di lavoro e non⁴⁵), sia dei dipendenti dello studio professionale, dei costi di formazione sostenuti in materia di tutela della *privacy*.

Se analizzati congiuntamente, dunque, i servizi offerti dall'Ente intendono agire in via sia preventiva, formando il professionista sulla necessità di una costante tutela della *privacy* e sui rischi connessi, sia a manleva qualora il danno sia stato cagionato, tutelando il reddito del professionista, nel segno di un raccordo tra politiche attive e passive del lavoro.

⁴³ D. GAROFALO, *Il modello di welfare contrattuale negli studi professionali*, cit., 281.

⁴⁴ I liberi professionisti datori di lavoro sono titolari di copertura automatica, mentre quelli privi di dipendenti sono titolari di copertura volontaria.

⁴⁵ Nel primo caso direttamente attraverso EBIPRO, nel secondo caso accedendo mediante la piattaforma BEPROF.

Il limite che può riscontrarsi, tuttavia, risiede nel diverso trattamento riservato a seconda che il professionista sia datore di lavoro, per il quale è previsto un rimborso del 60% del costo totale, o privo di dipendenti, al quale si applica uno sconto del corso di formazione pari al 10%.

Si tratta di un rilievo non marginale, stante l'assenza di un sistema pubblico di formazione professionale del lavoratore autonomo, il quale tuttavia necessita di un costante aggiornamento della propria formazione sia specifica rispetto all'attività esercitata, sia coerente con le evoluzioni del contesto tecnologico e produttivo in cui opera⁴⁶. Del resto, la disciplina dell'ISCRO, l'ammortizzatore sociale introdotto dal legislatore allo scopo di supportare economicamente il lavoratore autonomo (iscritto alla gestione separata) nel caso di riduzione del proprio reddito, prevede anche un raccordo con le politiche attive e in particolare con il sistema pubblico di formazione, ma da tale sistema, come già detto, sono stati esclusi i liberi professionisti assicurati presso altre forme di previdenza obbligatoria. Allo stesso tempo, la l. 30 dicembre 2021, n. 234 (legge di bilancio 2022), art. 1, commi 251, estende il Programma GOL con l'applicazione delle misure di assistenza intensiva all'inserimento occupazionale, ai soli «*lavoratori autonomi titolari di partita IVA [...] che cessano in via definitiva la propria attività professionale*».

Dunque, *prima facie* il diverso ammontare del contributo economico alla formazione (con le modalità del rimborso o dello sconto) che l'Ente offre ai liberi professionisti parrebbe iniquo in quanto ai liberi professionisti, soprattutto datori di lavoro, che possono sostenere le spese della propria formazione professionale se ne affiancano altri costretti a subordinare l'aggiornamento professionale alla soddisfazione di bisogni più urgenti. Tuttavia, il diverso trattamento sembra giustificato in virtù della maggior contribuzione versata dai liberi professionisti datori di lavoro, ma anche – e soprattutto – del maggior rischio a cui essi sono esposti in quanto titolari di uno studio professionale che, per struttura dimensionale, è portato a confrontarsi con un maggior numero di clienti rispetto al professionista privo di dipendenti.

7. Il sostegno al reddito rappresenta probabilmente il *punctum dolens* del sistema di protezione sociale dei liberi professionisti. Esistono misure specifiche volte a rispondere a questo bisogno? Quali?

Alcune riflessioni merita il Fondo di pensione complementare (FON.TE), nel quale è confluito il Fondo Pre.vi.prof. con accordi firmati in data 16 luglio 2010 e 30 settembre 2010⁴⁷,

⁴⁶ RANCI, DI MARIA, LEMBI, PAVOLINI, *Come cambia il lavoro autonomo tra vecchi e nuovi profili*, in BAGNASCO (a cura di), *Ceto medio. Come e perché occuparsene*, Il Mulino, 2008, 211 ss.

⁴⁷ Art. 18 del CCNL studi professionali.

che consente agli aderenti di disporre di prestazioni pensionistiche ad integrazione del sistema obbligatorio pubblico per i dipendenti delle aziende del terziario (commercio, turismo e servizi)⁴⁸.

Il servizio offerto dal Fondo desta particolare interesse non solo rispetto al suo scopo precipuo di garantire un adeguato trattamento pensionistico, ma anche perché si propone di supportare economicamente i lavoratori già negli anni precedenti alla pensione. Ai sensi dell'art.10, comma 3 dello Statuto di FON.TE., gli aderenti che abbiano cessato l'attività lavorativa, che abbiano maturato almeno venti anni di contribuzione nei regimi obbligatori di appartenenza e almeno 5 anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari, hanno facoltà di richiedere, con un anticipo massimo di 5 anni rispetto all'età anagrafica di maturazione della pensione, che le prestazioni siano erogate, in tutto o in parte, in forma di "Rendita integrativa temporanea anticipata (RITA)". Ai sensi del comma 4, inoltre, la richiesta di quest'ultima può essere presentata con un anticipo massimo di dieci anni rispetto alla data di maturazione dell'età anagrafica per la pensione di vecchiaia nel regime obbligatorio di appartenenza, qualora l'aderente abbia cessato l'attività lavorativa, sia rimasto successivamente inoccupato per un periodo di tempo superiore a ventiquattro mesi, fermo restando la maturazione di una contribuzione minima di almeno 5 anni.

Per come è congegnata, la prestazione pensionistica evolve – secondo determinati vincoli, poiché limitata ai lavoratori verso la fine della carriera – a strumento di sostegno al reddito nel caso di "disoccupazione" del professionista, al fine di sopperire ad esigenze contingenti che il lavoratore si trova ad affrontare, ancorché subentri solo qualora lo stato di indigenza sia conclamato (dopo 2 anni di "disoccupazione").

Nonostante riguardi sul piano anagrafico un'esigua platea di beneficiari, la misura è particolarmente significativa poiché, ai sensi dell'art. 5, lett. a) e b) dello Statuto di FON.TE. si estende anche ai liberi professionisti e ai lavoratori autonomi. Tuttavia, occorre rammentare che non possono usufruirne i liberi professionisti che applicano il CCNL studi professionali. Ai sensi del citato art. 5, infatti, possono aderire alla previdenza complementare i liberi professionisti e i lavoratori autonomi che siano associati ad una delle Parti Istitutive di cui all'art. 1 del Regolamento CONFCOMMERCIO, FEDERALBERGHI, FIPE, FAITA, FIA-VET (lett. a) o che abbiano un rapporto di collaborazione non occasionale con aziende che applicano ai loro dipendenti uno dei contratti di cui all'art. 5, comma 1⁴⁹.

La questione del sostegno al reddito dei liberi professionisti, e in generale dei lavoratori autonomi, non è certamente nuova, acuendosi tuttavia, come evidenziato in precedenza, soprattutto a partire dalla pandemia da Covid-19.

⁴⁸ V. <https://www.fondofonte.it/statuto-e-nota-informativa/statuto/>.

⁴⁹ Il riferimento è ai seguenti CCNL: Terziario, distribuzione e servizi; per i dipendenti da aziende del Turismo; imprese di Viaggio e Turismo; Pubblici Esercizi - Ristorazione Collettiva e Commerciale e Turismo, stipulati da Confcommercio Imprese per l'Italia e dalle rispettive Federazioni di Categoria unitamente a FILCAMS – CGIL, FISASCAT – CISL, UILTuCS-UIL.

Già alcuni studi del 2017 rilevavano come l'Italia si posizionasse nel gruppo di paesi in cui il *gap* fra lavoro autonomo e prestazioni di disoccupazione è più evidente, poiché privo di un sistema che favorisca un accesso generalizzato all'assicurazione contro la disoccupazione (paesi *Low to No access*), diversamente da altri paesi in cui l'assicurazione è obbligatoria (*Full to High access*) o volontaria, come Spagna, Finlandia e Svezia, (*High to Medium access*)⁵⁰.

Che il problema fosse avvertito nel nostro Paese lo si ricava dall'art. 6, comma 1, del Jobs act del lavoro autonomo che affidava al Governo la delega, poi rimasta inattuata, di adottare uno o più decreti legislativi volti, tra gli altri obiettivi, ad abilitare gli enti di previdenza di diritto privato ad erogare anche prestazioni sociali «*con particolare riferimento agli iscritti che abbiano subito una significativa riduzione del reddito professionale per ragioni non dipendenti dalla propria volontà o che siano stati colpiti da gravi patologie*». Successivamente il legislatore ha introdotto una misura di sostegno al reddito, l'ISCRO, prima richiamata, limitata, sul piano soggettivo, in ragione dell'afferenza degli interessati alla gestione separata INPS.

Invero, alcune casse di previdenza prevedono specifiche e peculiari misure di sostegno al reddito. È il caso della Cassa di previdenza del notariato, che annovera tra gli emolumenti di natura previdenziale e assistenziale la corresponsione a favore del notaio in esercizio di un assegno integrativo degli onorari percepiti nell'anno, qualora questi siano «*inferiori ad un ammontare predeterminato*» (art. 4 dello Statuto). La disciplina dell'indennità integrativa viene meglio enucleata nel Regolamento per l'Attività di Previdenza e Solidarietà, che regola la modalità di erogazione dell'assegno suddetto, da elargire fino alla concorrenza di una quota determinata dell'onorario medio nazionale (art. 4), anche qualora il notaio abbia interrotto il servizio a seguito di un permesso ottenuto dal Consiglio notarile del distretto oppure per servizio militare, malattia e o altre motivazioni «*non dipendenti dallo stesso notaio*» (art. 5). Anche la Cassa di previdenza degli ingegneri e degli architetti (INARCASSA) prevede l'erogazione di un sussidio «*per sostenere stati di disagio economico contingente e momentaneo, conseguenti a spese urgenti e non differibili e con rilevante incidenza sul bilancio familiare*» o per l'assistenza a figli con grave disabilità⁵¹; si tratta di misure a carattere assistenziale ed in ogni caso soggette ai ben noti equilibri di bilancio, non diffuse presso ogni Ente privatizzato e che non si pongono l'obiettivo prioritario di supportare il libero professionista nel mercato del lavoro, qualora vi sia una riduzione del proprio reddito (come nel caso dell'indennità prevista da INARCASSA).

L'estensione della misura di previdenza complementare prevista da FON.TE. anche al CCNL Confprofessioni avrebbe giovato sul piano del *welfare* della categoria secondo una

⁵⁰ SPASOVA, BOUGET, GHAILANI, VANHEECKE, *Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe. A study of national policies 2017*, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fb235634-e3a7-11e7-9749-01aa75ed71a1/language-en>.

⁵¹ V. artt. 3 e 4 del Regolamento per l'erogazione dei sussidi (<https://www.inarcassa.it/assistenza/sussidi>)

duplice prospettiva; innanzitutto, avrebbe coinvolto una platea più vasta di liberi professionisti, atteso che Confprofessioni è la principale associazione di rappresentanza dei liberi professionisti in Italia, con i suoi oltre 1,5 milioni di iscritti⁵²; in secondo luogo, avrebbe tracciato una linea di continuità con i servizi offerti da EBI.PRO, garantendo una copertura welfaristica più ampia, pur se non totale, in grado di rispondere a bisogni non ancora protetti.

In conclusione, in assenza di un intervento più incisivo da parte del legislatore, e che sia coerente con gli auspici dell'Unione Europea, il sistema bilaterale offerto dal CCNL degli studi professionali sembra incanalarsi verso la strada giusta, nella speranza che possa estendere ulteriormente il proprio ombrello protettivo a favore della categoria. Se non altro, l'estensione del *welfare* anche ai liberi professionisti, datori di lavoro e non, previsto dal CCNL Confprofessioni, sembra inserirsi in quel processo di ampliamento delle tutele a favore del lavoro "in tutte le sue forme", costituzionalizzato con l'art. 35, comma 1 Cost., nella prospettiva di pervenire ad un sistema di protezione sociale ad "universalismo differenziato", che sia in grado di offrire strumenti di protezione non identici per tutti, ma secondo esigenze specifiche e peculiari delle categorie interessate.

PARTE SECONDA

LA LEGGE N. 49/2023 [LEGGE SULL'EQUO COMPENSO]

8. Come si è arrivati alla legge sull'equo compenso

Il 5 maggio 2023 è stata pubblicata in Gazzetta ufficiale la legge 21 aprile 2023, n. 49, recante «*Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali*», approdo di un percorso iniziato con l'estensione ai professionisti delle politiche attive di protezione e sostegno, a partire dalla legge sulla tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale (l. n. 81/2017) di cui si è detto nella parte prima.

Il sistema ordinistico si è per lungo tempo contraddistinto per il subordinare la quantificazione del compenso a parametri predeterminati dal legislatore, sino al 2006 allorché il d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. Bersani), convertito, con modificazioni, nella legge 4 agosto 2006, n. 248, ha abrogato l'obbligo di adottare i minimi tariffari passandosi ad un sistema di libera contrattazione tra il professionista ed il committente/cliente.

Nel 2012, il d.l. 24 gennaio 2012, n.1, convertito, con modificazioni, nella legge 24 marzo 2012, n. 27, ha poi introdotto due significative novità: la completa abolizione delle tariffe professionali e la pattuizione del compenso al momento del conferimento dell'incarico.

⁵² <https://confprofessioni.eu/chi-siamo/>.

Di seguito la l.4 agosto 2017, n. 124 ha imposto al professionista l'obbligo di comunicare al cliente il grado di complessità dell'incarico e di consegnargli un preventivo di massima. Nello stesso anno il c.d. decreto fiscale del 2017 (d.l. 16 ottobre 2017, n. 148 convertito, con modificazioni, nella legge 4 dicembre 2017, n. 172) ha introdotto il principio dell'equo compenso modificato dalla l. 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio 2018) e applicato a tutti i professionisti (richiamati dall'art. 1 l. n. 81/2017).

Dal 2021 il Parlamento ha iniziato una revisione della normativa dell'equo compenso fino al varo della legge n. 49/2023.

Per quanto riguarda la professione forense, l'abuso di posizione economica da parte delle grandi imprese ai danni dei professionisti era un fenomeno attenzionato da tempo da parte dell'Ufficio studi del CNF. Già con il primo dossier del 2015 e poi con due successivi documenti del 2016, il Consiglio nazionale forense aveva denunciato la pratica di stipulare (*rectius* imporre) convenzioni ai danni soprattutto di giovani avvocati, redatte su modelli unilateralmente predisposti da banche e assicurazioni (tra quelle esaminate, Ubi Banche, Italfondinario, Intesa San Paolo, MPS, Unicredit. Alleanza Axa, Carige, Cattolica, Grouparma, Generali, Unipolsai, HDI) includendo prestazioni gratuite di consulenza (nei casi in cui fosse in corso attività giudiziale), redazione gratuita di commenti a provvedimenti legislativi o giudiziari o di *newsletter* di carattere giuridico, esclusione di anticipi, in alcuni casi persino l'obbligo di anticipazione delle spese per lo svolgimento dell'incarico, soppressione o abbattimento forfettario della voce spese generali, esclusione del rimborso per trasferta, forti limitazioni sul compenso in caso di pluralità di cause. Accanto a queste clausole vessatorie le convenzioni allo studio del CNF contemplavano compensi irrisori accettati dal professionista in cambio di un flusso di lavoro stabile e non facilmente sostituibile con altri clienti.

Dopo pressanti richieste del CNF, in fase di conversione del decreto fiscale collegato alla finanziaria 2018 (d.l. n. 148/2017) fu inserito nell'ordinamento forense l'art. 13-*bis*, contenente una prima disciplina dell'equo compenso e delle clausole vessatorie, successivamente estesa a tutti i professionisti autonomi.

Mancava però una riforma organica, come quella che è appena entrata in vigore, che trasformasse l'equo compenso in un istituto di carattere generale nell'ambito delle professioni intellettuali. Il legislatore sembra finalmente accorgersi che è lavoratore non solo l'operaio o il contadino, ma anche l'avvocato o l'ingegnere visto che il codice civile, all'art. 2233, comma 2, già prevede come «*in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione*», riecheggiando i due parametri della proporzionalità e della sufficienza dell'art. 36 Cost.

Ad anticipare una qualche forma di tutela dei professionisti nei confronti delle grandi imprese, prima ancora dell'intervento del legislatore, era intervenuta la Corte di cassazione (sentenza del 27 settembre 2010, n. 20269), in una controversia relativa ai rapporti economici tra alcune società commerciali e i loro avvocati, avente ad oggetto una convenzione per il recupero dei crediti. Riconosciuta la doverosa applicazione del principio dell'automatica rivalutazione monetaria dei crediti di lavoro, la pronuncia aveva dichiarato applicabile anche al contratto stipulato tra professionista e contraente forte, quella tutela

di favore (nel caso di specie l'art. 429, comma 3, c.p.c.), che le disposizioni processual-lavoristiche accordano al lavoratore in quanto parte socio-economicamente più debole. Se la *ratio* di disposizioni processuali quali quella richiamata è appunto quella di proteggere una certa parte di un rapporto economico, perché in questi casi il legislatore «*ha preso posizione a favore della parte socialmente più debole, considerando la tutela che ne consegue un momento necessario dei suoi fini politici generali*» (così la Suprema Corte nel caso in esame), allora il *favor* va accordato anche al caso di specie in quanto in esso ricorrono i requisiti richiesti dalla norma: continuità, coordinazione, prevalenza personale della prestazione. L'avvocato “convenzionato” e pagato sotto i minimi, ai quali magari ha dovuto formalmente rinunciare perché costretto, è in rapporto di tipo parasubordinato con il cliente, e dunque ha diritto alle tutele sostanziali e processuali proprie di tale regime. La giurisprudenza si è dunque accorta del fenomeno prima del legislatore, e ha iniziato una faticosa opera di riequilibrio basata su «*(...) ragioni sistematiche volte a tutelare il lavoro e il lavoratore anche nelle prestazioni d'opera intellettuale (...), ribadendo il doveroso richiamo alla disciplina codicistica: esiste dunque “un limite nell'articolo 2233, comma 2, c.c., che preclude di liquidare, al netto degli esborsi, somme praticamente simboliche, non consone al decoro della professione*».

Peraltro la giurisprudenza si era espressa sul c.d. “contratto di clientela” – in virtù del quale il libero professionista si vincolava a prestare la propria attività a favore di un cliente con il vantaggio di un rapporto duraturo e di un compenso fisso a *forfait* – già negli anni Sessanta e proprio in relazione alla professione di avvocato, dichiarando valido il contratto, ma nulla la clausola che determinava il compenso in modo forfetario perché in contrasto con l'art. 24 della legge forense del 13 giugno 1942, n. 794⁵³.

9. Ci sono differenze tra equo compenso e tariffe?

Nel 2017 fu l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato a far pervenire alle Camere una segnalazione di netta contrarietà alle norme sull'equo compenso, ritenute una surrettizia reintroduzione dei minimi tariffari. Ma su tale questione è intervenuto proprio il CNF a fare chiarezza, evidenziando come il richiamo all'istituto tariffario non fosse appropriato: le tariffe limitano la volontà delle parti sempre e comunque, di talché le norme che ponevano minimi inderogabili si sostituivano imperativamente alle clausole difformi eventualmente concordate tra le parti. Non conformità dei minimi tariffari alle regole sulla libera concorrenza riaffermata dalla CGUE il 25 gennaio 2024 nella causa C-438/22⁵⁴.

⁵³ V. Cass. Sez. Un. 14 febbraio 1963 n.326, in *GC*, I, 1963, 738.

⁵⁴ La CGUE, su rinvio del Tribunale distrettuale di Sofia (Bulgaria) ha ritenuto non conforme all'art. 101, paragrafo 1, TFUE, in combinato disposto con l'art. 4, paragrafo 3, TUE, un regolamento che fissa gli importi minimi degli onorari degli avvocati, reso obbligatorio da una normativa nazionale, in quanto integra una restrizione della concorrenza per oggetto, non consen-

L'equo compenso, viceversa, si limita ad impedire condotte di abuso contrattuale, recuperando istituti di protezione del contraente debole già conosciuti dall'ordinamento, come ad esempio la nullità di protezione prevista dall'articolo 36 del codice del consumo, e la disciplina civilistica delle clausole vessatorie (artt. 1341 e 1342 c.c.). Ed infatti, mentre le tariffe comportavano restrizioni del mercato applicabili a qualunque rapporto contrattuale, la normativa sull'equo compenso conosce una significativa limitazione soggettiva fin dall'origine, in quanto può riguardare unicamente imprese bancarie e assicurative, o comunque imprese di dimensioni non piccole: sono, infatti, escluse le microimprese e le piccole e medie imprese come individuate dalla Raccomandazione 2003/361 della Commissione europea. Quindi rimangono escluse dall'obbligo dell'equo compenso le piccole e medie imprese e di conseguenza chi lavora con loro, ovvero l'80% dei professionisti e degli autonomi iscritti alla gestione separata, motivo per cui potrebbe sostenersi che la legge sull'equo compenso se non inutile comunque ha una portata davvero limitata.

Dunque, l'avvocato può invocare il diritto all'equo compenso solo nei confronti di contraenti effettivamente collocati su di una posizione economica di forza, che abbiano concretamente abusato di tale potere per imporre condizioni vessatorie e, appunto, un compenso non *«proporzionato alla quantità ed alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto ed alle caratteristiche della prestazione»*. Criterio per stabilire l'equità o meno del compenso sono i parametri ministeriali, e di essi il giudice terrà conto nel rideterminare il compenso. Da notarsi che le nuove previsioni si rivolgono anche al settore pubblico, imponendo alle pubbliche amministrazioni di garantire quantomeno il principio dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti. Ed infatti, non sono mancati casi paradossali di abusi anche da parte di pubbliche amministrazioni con l'avallo della giurisprudenza amministrativa.

Tra i casi più clamorosi, richiamati anche nel dibattito parlamentare durante i lavori preparatori delle norme che per prime hanno introdotto l'equo compenso, memorabile la vicenda decisa dal Consiglio di Stato con sentenza 3 ottobre 2017, n. 4614 che dichiarò legittimo un bando pubblico per l'affidamento dell'incarico di redazione di un piano strutturale comunale e del relativo regolamento urbanistico, che aveva previsto per il professionista aggiudicatario un corrispettivo pari ad un euro. Il carattere necessariamente oneroso pur previsto dal codice dei contratti pubblici veniva – ad avviso del CDS – soddisfatto nel quadro di quella che viene definita “l'economia dell'immaginario”, dove il professionista non lavora per ottenere un compenso pecuniario, bensì per godere del ritorno di immagine che gli deriva dall'aver come committente una pubblica amministrazione.

tita da “obiettivi legittimi” asseritamente perseguiti da detta normativa nazionale e anche quando gli importi minimi previsti da tale regolamento riflettono i prezzi reali del mercato dei servizi d'avvocato.

10. Quali sono le novità e le criticità della legge sull'equo compenso

L'equo compenso, riecheggiando gli artt. 36 Cost. e 2233, comma 2, c.c., è definito dall'art. 1 l. n. 49/2023, come la corresponsione di un compenso proporzionato alla quantità e qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale, nonché conforme ai compensi previsti:

- per gli avvocati: dal decreto ministeriale emanato in conformità alla legge forense (attualmente il d.m. n. 55/2014 aggiornato dal d.m. n. 147/2022);
- per i professionisti iscritti ad ordini e collegi, dal d.m. n. 140/2012, i cui valori dovranno essere comunque aggiornati;
- per le professioni non ordinistiche dall'emanando (entro 60 giorni – ormai come di consueto abbondantemente trascorsi – dalla data di entrata in vigore della l. n. 49/2023) decreto dal Ministero delle imprese e del made in Italy.

In via generale, la legge mira a superare la tendenza dei contraenti forti a sfruttare i richiami testuali alle “convenzioni” per restringere il campo di applicazione della disciplina di protezione del professionista tramite il ricorso a moduli procedimentali formalmente e/o sostanzialmente diversi da convenzioni in senso stretto (incarichi singoli e *ad hoc*, scambi di lettere, etc.).

Secondo l'art. 2, comma 2, le disposizioni della legge si applicano «a ogni tipo di accordo preparatorio o definitivo, purché vincolante per il professionista».

Come rilevato dall' Ufficio studi del CNF (Scheda 15 maggio 2023) sul piano del sistema delle fonti, l'avvocatura “perde” l'art. 13-*bis* della legge forense, che era la fonte generale in materia, ma la nuova legge, oltre a prevedere comunque il rinvio ai parametri forensi per la determinazione del carattere equo del compenso [art. 1, comma 1, lett. a)], si occupa specificamente degli avvocati a proposito della liquidazione giudiziale delle spese di lite, prevedendo all'art. 3, comma 3, lett. g), l'inserimento tra le clausole vessatorie (affette da nullità relativa *ex lege*) anche di quelle che «nel caso di un incarico conferito a un avvocato, [prevedano] che, in caso di liquidazione delle spese di lite in favore del cliente, all'avvocato sia riconosciuto solo il minore importo previsto nella convenzione, anche nel caso in cui le spese liquidate siano state interamente o parzialmente corrisposte o recuperate dalla parte, ovvero solo il minore importo liquidato, nel caso in cui l'importo previsto nella convenzione sia maggiore».

Tra le varie misure di tutela alcune meritano una particolare menzione.

Innanzitutto, sono nulle *ex art.* 3 le clausole che prevedono un compenso inferiore ai parametri, nonché quelle che vietano al professionista di pretendere acconti nel corso della prestazione, o che impongano l'anticipazione di spese, o che, comunque attribuiscono al committente vantaggi sproporzionati rispetto alla quantità del lavoro svolto o del servizio reso. La stessa norma prevede poi una ampia serie di clausole fortemente vessatorie affette da una presunzione di nullità *iuris et de iure*, e quindi insuperabile. Si tratta di casi tassativi che danno luogo a nullità che solo l'avvocato può far valere, anche se rilevabili d'ufficio

dal giudice; la clausola soggiace al principio “*vitiatur sed non viziatur*”, quindi il rapporto contrattuale non viene travolto.

Ai sensi dell'art. 4 il giudice, oltre a condannare il cliente al pagamento della differenza tra quanto effettivamente corrisposto al professionista e quanto dovuto in base ai parametri, può disporre anche un indennizzo fino al doppio di tale differenza, fatto salvo il diritto al risarcimento dell'eventuale maggiore danno. Il giudice può comunque chiedere al professionista di acquisire il parere di congruità, che costituisce elemento di prova (art. 3, comma 6). Si tratta di misure che dovrebbero avere una efficacia dissuasiva significativa, ed auspicabilmente indurre i clienti forti a comportamenti virtuosi.

È prevista, poi, *ex art. 5, comma 3*, per le professioni diverse da quella forense la revisione biennale dei parametri; per la professione forense questo meccanismo è già disciplinato dall'art. 13 della l. 31 dicembre 2012, n. 247.

I Consigli nazionali degli ordini professionali sono legittimati, in forza dell'art. 5, comma 4, «*ad adire l'autorità giudiziaria competente qualora ravvisino violazioni delle disposizioni vigenti in materia di equo compenso*», in tal modo sopperendo all'eventuale inerzia del singolo avvocato che potrebbe abdicare all'azione legale per forme di sudditanza non solo psicologica ma anche economica nei confronti delle grandi imprese.

Ancora, i Consigli nazionali hanno l'obbligo *ex art. 5, comma 5*, di introdurre specifiche previsioni deontologiche volte, per un verso, a «*sanzionare la violazione, da parte del professionista, dell'obbligo di convenire o di preventivare un compenso che sia giusto, equo e proporzionato alla prestazione professionale richiesta*», e per altro verso, a sanzionare la violazione dell'obbligo di «*avvertire il cliente, nei soli rapporti in cui la convenzione, il contratto o comunque qualsiasi accordo con il cliente siano predisposti esclusivamente dal professionista, che il compenso per la prestazione professionale deve rispettare in ogni caso, pena la nullità della pattuizione, i criteri stabiliti dalle disposizioni della presente legge*».

Come ha evidenziato il CNF non si tratta di un aggravamento della posizione giuridica del professionista: la previsione di un presidio deontologico a corredo del necessario rispetto della normativa sull'equo compenso può essere anche un valido supporto del professionista che negozia con il “cliente forte”, nel senso che il rischio di incorrere in una violazione del codice deontologico può costituire valido argomento per sottrarsi a clausole vessatorie o comunque inique.

L'art. 6 prevede la possibilità per le imprese di adottare modelli *standard* di convenzione, concordati con i Consigli nazionali, e pertanto presunti equi fino a prova contraria; per altro verso i Consigli nazionali sono legittimati *ex art. 9* ad esercitare l'azione di classe per tutelare i diritti individuali omogenei dei professionisti, ferma restando la legittimazione di ciascun professionista a far valere «*i diritti individuali omogenei*» degli appartenenti alla classe, e quella delle associazioni maggiormente rappresentative (art. 9).

Altra novità è il nuovo canale preferenziale per ottenere il pagamento del credito professionale introdotto dall'art. 7. In alternativa alla procedura di ingiunzione di pagamento e a quelle previste dall'art. 14 d.lgs. 1° settembre 2011, n.150, il parere di congruità emesso dall'Ordine o dal Collegio professionale sulla equa parcella del professionista «*costituisce titolo esecutivo, anche per tutte le spese sostenute e documentate, se rilasciato nel rispetto*

della procedura di cui alla l. n.241/1990, e se il debitore non propone innanzi all'autorità giudiziaria opposizione ai sensi dell'art. 281-undecies del codice di procedura civile, entro quaranta giorni dalla notificazione del parere stesso a cura del professionista». La norma introduce un nuovo titolo esecutivo stragiudiziale di natura amministrativa (art. 474, comma 2, n.1 c.p.c.), con l'effetto che, una volta decorsi i quaranta giorni senza che contro parte debitrice abbia proposto opposizione al giudice competente (che è quello del luogo nel cui circondario ha sede l'ordine che ha reso il parere di congruità), il titolo esecutivo è validamente formato, e il creditore può procedere alle conseguenti azioni esecutive.

Il legislatore formalizza, all'art. 10, l'istituzione per legge dell'Osservatorio nazionale sull'equo compenso presso il Ministero della giustizia, con il coinvolgimento di un rappresentante per Consiglio nazionale: l'organo non ha poteri decisori ma può svolgere una preziosa funzione di vigilanza sullo stato di applicazione della legge, esprimere pareri, formulare proposte, e soprattutto segnalare al Ministro le violazioni della normativa.

Mentre il termine di prescrizione del diritto al compenso da parte del professionista decorre dalla cessazione del rapporto con l'impresa (in caso di pluralità di prestazioni rese a seguito di un'unica convenzione il termine si riferisce alla data di compimento dell'ultima prestazione). L'art. 8 stabilisce che «il termine di prescrizione [decennale] per l'esercizio dell'azione di responsabilità professionale decorre dal giorno del compimento della prestazione da parte del professionista». Non v'è dubbio che la norma sia stata concepita per limitare i casi di contestazione e le azioni risarcitorie rivolte contro i professionisti anche molti anni dopo il compimento della prestazione professionale, e per superare dunque la consolidata giurisprudenza in forza della quale il *dies a quo* per far valere l'azione di responsabilità non è quello del compimento della prestazione professionale, bensì quello in cui si manifesta all'esterno e diviene percepibile il danno. Come ha rilevato il CNF non è, invece, del tutto chiaro il campo di applicazione della norma. La sua formulazione letterale sembra enunciare un principio generale in tema di prescrizione che potrebbe essere ritenuto applicabile a qualsiasi rapporto tra professionista ed assistito. Tale interpretazione deve però fare i conti con la previsione di carattere generale recata dall'art. 2 della legge, che nel fissare l'«ambito di applicazione» della nuova disciplina indica appunto non tutti i contratti d'opera professionale, ma solo quelli stipulati con i «clienti forti». Sembrano dunque prospettabili, almeno in astratto, due soluzioni: la prima, di maggior favore per i professionisti, vedrebbe nell'art. 8 una norma di principio capace di trascendere il contesto della legge recante «Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali», con sua applicabilità a tutti i rapporti contrattuali; la seconda, basata sul combinato disposto degli artt. 2 e 8, restringerebbe l'operatività della limitazione della responsabilità professionale all'ambito soggettivo e oggettivo della nuova legge, con sua configurabilità quindi come misura di riequilibrio di posizioni di svantaggio riferibili ai professionisti solo nei loro rapporti contrattuali con «clienti forti». È probabile che sul punto si dovranno attendere le prime pronunzie e verificare gli orientamenti che saranno adottati dai giudici competenti. La nuova legge semplifica l'onere probatorio del professionista che intende tutelare il diritto a ricevere un compenso equo, introducendo una presunzione semplice in

base alla quale gli accordi preparatori o definitivi, purché vincolanti per il professionista, si presumono unilateralmente predisposti dalle imprese stesse, salva prova contraria.

Più in generale, deve rilevarsi come la riforma della disciplina dell'equo compenso non cambi la prospettiva di fondo presente fin nella prima normativa del 2018, e cioè la limitazione del campo soggettivo di applicazione alle imprese di una certa dimensione, restando escluse quelle che occupano meno di 50 dipendenti o realizzano un fatturato o un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro. Quindi, l'art. 2 l. n. 49/2023 conferma la scelta del legislatore di applicare la disciplina solo a banche, assicurazioni, e appunto imprese dalle dimensioni superiori alle soglie indicate⁵⁵.

Un'altra misura da evidenziare è quella che impone l'obbligatorietà dell'equo compenso per le PPAA. In tempi recenti, alcune pubbliche amministrazioni hanno pubblicato bandi "a zero compensi" [il caso più clamoroso forse è quello posto in essere dal Ministero dell'economia e delle finanze (MEF) in data 27 febbraio 2019, che intendeva reclutare a costo zero soggetti con "esperienza accademica/professionale non rinvenibile all'interno della struttura"]. Come si è già precisato, nella vigenza della normativa del 2018, la disciplina dell'equo compenso non era affatto limitata al settore privato e anche le pubbliche amministrazioni erano tenute a rispettare il principio dell'equo compenso⁵⁶. Tuttavia, ciò non è stato sufficiente per arginare casi di sfruttamento del lavoro professionale francamente inaccettabili. Il problema è stato aggravato dalla giurisprudenza amministrativa: proprio giudicando in via definitiva sul citato bando MEF, il Consiglio di Stato ha affermato che *«la normativa sull'equo compenso sta a significare soltanto che, laddove il compenso sia previsto, lo stesso debba essere necessariamente equo, mentre non può ricavarsi dalla disposizione l'ulteriore (e assai diverso corollario) che lo stesso debba essere sempre previsto»*. Si trattava con tutta evidenza di una lettura che neutralizzava il dato normativo ed eludeva sostanzialmente l'applicazione della disciplina alle PPAA, nonostante la chiara indicazione del legislatore, almeno in punto di principio. Il legislatore della riforma ha dunque sentito il dovere di rafforzare la vincolatività per le pubbliche amministrazioni superando il richiamo del mero principio, e disponendo più chiaramente che *«le disposizioni della presente legge si applicano altresì alle prestazioni rese dai professionisti in favore della pubblica amministrazione»* (art. 2, comma 3). Quindi è da ritenersi superata ed anzi modificata, in quanto norma successiva, dalla legge sull'equo compenso, la disposizione di cui all'art. 8, comma 2, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (codice dei contratti pubblici) secondo cui *«Le pre-*

⁵⁵ Alla luce del Rapporto Istat, 2021, *Rapporto sulle imprese 2021. Struttura, comportamenti e performance dal censimento permanente*, Istituto nazionale di statistica la portata della norma risulta fortemente ridimensionata in quanto secondo l'ultimo censimento delle imprese condotto dall'Istat, in Italia ci sono quasi 4,4 milioni di imprese non agricole, con 17,4 milioni di addetti. Oltre il 60% delle attività ha un solo addetto e un ulteriore terzo è costituito da microimprese che variano tra i 2 e i 9 addetti; segmenti che insieme occupano circa 7,5 milioni di lavoratori. Le piccole imprese, tra i 10 e i 49 addetti sono quasi 200 mila, mentre quelle medie e grandi, dunque con più di 50 dipendenti, sono 28 mila. Quest'ultime rappresentano circa lo 0,7% delle imprese totali in Italia (p. 12).

⁵⁶ V. art. 19-*quaterdecies*, comma 3, d.l. n. 148/2017, come modificato dall'art. 1, comma 488, l. 27 dicembre 2017, n. 205.

stazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione. Salvo i predetti casi eccezionali, la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso».

Anche a seguito della riforma, le società di cartolarizzazione nonché gli agenti della riscossione restano al di fuori del campo di applicazione della normativa sull'equo compenso, anche se questi ultimi «*garantiscono, comunque, al momento del conferimento dell'incarico professionale, la pattuizione di compensi adeguati all'importanza dell'opera, tenendo conto, in ogni caso, dell'eventuale ripetitività delle prestazioni richieste*»⁵⁷.

Un cenno merita anche la questione della corretta applicazione *ratione temporis* della disciplina dell'equo compenso, essendo sorti diversi dubbi interpretativi, con particolare riferimento ai rapporti pregressi, o comunque instaurati precedentemente all'intervento normativo. È caduta, durante i lavori parlamentari, la previsione in forza della quale la legge si sarebbe potuta applicare anche ai rapporti in corso. L'art. 11 chiarisce che la legge non si applica alle convenzioni in corso, sottoscritte prima della entrata in vigore della legge stessa, ma solo a quelle sottoscritte a partire dalla data di entrata in vigore della legge stessa. La soluzione è chiara, ma poco equa, perché consolida e rende irrimediabili tutti i casi di manifesto abuso contrattuale di clienti forti in danno di professionisti che si sono verificati negli anni passati.

L'art. 12 abroga, come detto, tutta la disciplina dell'equo compenso previgente, compreso l'art. 13-*bis* della l. n. 247/2012 (Ordinamento forense). Abroga altresì la lettera a) del comma 1 dell'art. 2 del c.d. decreto Bersani del 2006. Nonostante alcuni entusiasmi registrati al riguardo, non è possibile ritenere che l'abrogazione in parola faccia «rivivere» le tariffe minime inderogabili, perché resta tutt'ora in vigore l'art. 9 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. Decreto «Cresci Italia»), con il quale il Governo Monti dispose l'abrogazione in toto (e non solo relativamente ai minimi) delle norme tariffarie, cancellando dall'ordinamento la stessa parola «tariffe», in una sorta di vera e propria furia iconoclasta, ed avviando la stagione dei c.d. «parametri», termine ritenuto più rassicurante sul fronte del diritto della concorrenza *ex art. 101 TFUE*.

Per nulla coordinati sono l'art. 50, comma 4 d. lgs. n. 36/2023⁵⁸ e l'art. 1, comma 1, l. n. 49/2023⁵⁹, visto che la prima disposizione prevede la possibilità di applicare, da parte

⁵⁷ V. art. 2, comma 3, l. n. 49/2023 che conferma l'art. 19-*quaterdecies*, comma 4-*bis*, d.l. n. 148/2017.

⁵⁸ Tale norma prevede che «*Per gli affidamenti di cui al comma 1, lettere c), d) ed e), le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei relativi appalti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa oppure del prezzo più basso ad eccezione delle ipotesi di cui all'articolo 108, comma 2.*»

⁵⁹ Tale norma prevede che «*ai fini della presente legge, per equo compenso si intende la corresponsione di un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale, nonché conforme ai compensi previsti rispettivamente: "lettera b)" per i professionisti iscritti agli ordini e collegi, dai decreti ministeriali adottati ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.*»

della stazione appaltante, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa oppure il prezzo più basso, mentre la seconda fa riferimento a decreti ministeriali che fissano la soglia dei compensi per essere ritenuti congrui e conformi. Un chiarimento non appare affatto ultroneo come rilevato dalla stessa Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) che nel suo ruolo di organo di vigilanza e controllo ha rilevato l'esistenza di potenziali criticità e ambiguità nel coordinamento tra queste due leggi, creando un terreno di incertezza per professionisti e organizzazioni.

Il punto cruciale del dibattito riguarda l'interpretazione delle previsioni dei parametri di riferimento per le prestazioni professionali secondo le tabelle ministeriali, contenute nel Decreto del Ministro della giustizia del 17 giugno 2016 e richiamate nell'Allegato I.13 al nuovo Codice dei contratti. Secondo l'ANAC, l'articolo 41, comma 15, d.lgs. n. 36/2023 stabilisce che tali parametri dovrebbero essere utilizzati per determinare i corrispettivi per le fasi progettuali nelle gare di appalto dei servizi di ingegneria e architettura.

Tuttavia, a creare incertezze concorre il mutamento terminologico rispetto al precedente Codice dei contratti (d.lgs. n. 50/2016), che includeva la locuzione «criterio o base di riferimento», termine assente nella nuova normativa, mutamento che potrebbe avere un impatto significativo sull'interpretazione delle norme in materia di compensi professionali.

L'ANAC ha quindi sollevato la questione se la legge sull'equo compenso abbia reintrodotti i parametri professionali minimi e, se sì, quale sia la riduzione massima consentita per rimanere nel perimetro dell'equo compenso. Se la l. n. 49/2023 venisse applicata alla lettera, i bandi diventerebbero gare a prezzo fisso, perché si possono ribassare solo le spese vive, e quindi praticamente non sarebbe più una gara, a scapito soprattutto dei professionisti più piccoli e meno strutturati. L'ANAC ha chiesto che la questione sia rimessa all'attenzione della Cabina di Regia presso la Presidenza del Consiglio per trovare «una soluzione univoca».

11. Quale è la disciplina dell'Equo Compenso degli ingegneri?

Il Consiglio Nazionale degli Ingegneri (CNI) con evidente tempestività il 14 giugno 2023 ha adeguato il proprio Codice deontologico alla luce delle novità introdotte dalla legge sull'equo compenso.

Secondo quest'ultimo gli Ordini e Collegi dovranno adottare disposizioni atte a sanzionare le eventuali violazioni da parte dei professionisti, dell'obbligo di pattuire compensi equi per le prestazioni professionali che andranno a svolgere, anche se già la precedente versione del Codice prevedeva sanzioni a carico dei professionisti che preventivavano

compensi inadeguati⁶⁰. Le nuove regole definendo esplicitamente l'equo compenso permettono di delineare puntualmente gli obblighi professionali degli ingegneri⁶¹. Nel caso di compensi inadeguati (al di fuori delle ipotesi consentite di prestazioni gratuite) l'art. 15, comma 3, del nuovo Codice deontologico prevede la sanzionabilità disciplinare del contravventore⁶².

⁶⁰ Ai sensi degli artt. 11, comma 3, e 15, comma 3, del precedente Codice deontologico: «11.3 - La misura del compenso è correlata all'importanza dell'opera e al decoro della professione ai sensi dell'art. 2233 del codice civile e deve essere resa nota al committente, comprese spese, oneri e contributi. 15.3 - È sanzionabile disciplinarmente la pattuizione di compensi manifestamente inadeguati alla prestazione da svolgere. In caso di accettazione di incarichi con corrispettivo che si presuma anormalmente basso, l'ingegnere potrà essere chiamato a dimostrare il rispetto dei principi di efficienza e qualità della prestazione».

⁶¹ L'art. 11 del nuovo codice deontologico, aggiornato al 14/6/2023, dispone che: «11.1. L'Ingegnere al momento dell'affidamento dell'incarico deve definire con chiarezza i termini dell'incarico conferito e deve pattuire il compenso con il committente, rendendo noto il grado di complessità della prestazione e fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili correlati o correlabili all'incarico stesso. 11.2. L'Ingegnere è tenuto a comunicare al committente eventuali situazioni o circostanze che possano modificare il compenso inizialmente pattuito, indicando l'entità della variazione. 11.3. La misura del compenso è correlata all'importanza dell'opera e al decoro della professione ai sensi dell'art. 2233 del codice civile e deve essere resa nota al committente, comprese spese, oneri e contributi. Il compenso relativo alle prestazioni professionali di cui alla legge 21 aprile 2023 n. 49 deve essere proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale, nonché conforme ai compensi fissati dai decreti ministeriali, ai sensi dell'art.1 della legge citata. 11.4. I compensi professionali previsti nei modelli standard di convenzione, concordati tra imprese e Consiglio Nazionale degli Ingegneri si presumono equi fino a prova contraria, ai sensi dell'art.6 della legge 21 aprile 2023 n. 49. 11.5. L'Ingegnere può fornire prestazioni professionali a titolo gratuito solo in casi particolari quando sussistano valide motivazioni ideali ed umanitarie. 11.6. Possono considerarsi prestazioni professionali non soggette a remunerazione tutti quegli interventi di aiuto rivolti a colleghi Ingegneri che, o per limitate esperienze dovute alla loro giovane età o per situazioni professionali gravose, si vengono a trovare in difficoltà».

Come si vede la nuova regolamentazione detta una nozione ben definita di "equo compenso" e individua le deroghe consentite.

⁶² L'art. 15, comma 3, del nuovo codice deontologico, aggiornato al 14/6/2023, dispone che: «È sanzionabile disciplinarmente la pattuizione di compensi manifestamente inadeguati alla prestazione da svolgere. In caso di accettazione di incarichi con corrispettivo che si presuma anormalmente basso, l'Ingegnere potrà essere chiamato a dimostrare il rispetto dei principi di efficienza e qualità della prestazione. La violazione, da parte del professionista, dell'obbligo di convenire o di preventivare un compenso che sia giusto, equo e proporzionato alla prestazione professionale richiesta e determinato in applicazione dei parametri previsti dai pertinenti decreti ministeriali, è sanzionata a giudizio del Consiglio di disciplina territoriale, ai sensi dell'art.5, comma 5, della legge 21 aprile 2023 n. 49». Il successivo comma 4 prevede che: «La violazione dell'obbligo di avvertire il cliente, nei soli rapporti in cui la convenzione, il contratto o comunque qualsiasi accordo con il cliente siano predisposti esclusivamente dal professionista, che il compenso per la prestazione professionale deve rispettare in ogni caso, pena la nullità della pattuizione, i criteri stabiliti dalle disposizioni della legge 21 aprile 2023 n. 49 e dalle altre leggi in vigore è sanzionata a giudizio del Consiglio di disciplina territoriale, ai sensi dell'art. 5, comma 5, della legge citata».

Certificazione della parità di genere e trasparenza: riflessioni a margine della prima attuazione del sistema^{*}

Gender equality certification and transparency: some reflections alongside the starting of the system's implementation

Lilli Casano

Ricercatrice di diritto del lavoro nell'Università degli Studi dell'Insubria

SOMMARIO: 1. La certificazione della parità di genere nel prisma del principio di trasparenza. – 2. Obiettivi del sistema e coinvolgimento delle micro e piccole imprese. – 3. Organizzazione e controllo del sistema: ruolo della rete istituzionale per la parità e del sindacato. – 4. Complementarietà rispetto ad altri strumenti ed aumento della trasparenza – 5. Alcune considerazioni conclusive.

Sinossi: Il contributo analizza il sistema della certificazione della parità di genere introdotto dalla L. 5 novembre 2021, n. 162, nel prisma del principio di trasparenza. L'attenzione è rivolta soprattutto al coinvolgimento delle micro e piccole imprese ed ai profili connessi al controllo ed al monitoraggio del sistema, evidenziando il ruolo della rete istituzionale per la parità di genere e del sindacato. Il nuovo istituto è inoltre collocato nel quadro più generale degli strumenti per la trasparenza di genere già esistenti.

^{*} Il presente contributo è frutto delle attività di ricerca condotte dall'Unità di ricerca dell'Università dell'Insubria, coordinata da Lilli Casano, all'interno del progetto "TELOS - *Transparency in Employment and Labour markets for inclusive Organisations and Societies*" (Principal Investigator Prof. Stefano Corso, Codice: P2022RA99H, CUP: J53D23019010001), a valere sulle risorse del Bando PRIN PNRR 2022, finanziato nell'ambito della Missione 4 "Istruzione e Ricerca" del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (componente C2 – investimento 1.1, Fondo per il Programma Nazionale di Ricerca e Progetti di Rilevante Interesse Nazionale - PRIN), su fondi stanziati dall'Unione Europea nell'ambito del programma *NextGeneration EU*.

Abstract: *The contribution analyses the gender equality certification system introduced by Law 5 November 2021, n. 162, in the prism of the transparency principle. The focus is mainly on the involvement of micro and small businesses and on the profiles connected to the control and monitoring of the system, highlighting the role of the institutional network for gender equality and the trade union. The new institution is also placed in the more general framework of the existing gender transparency tools.*

Parole chiave: Trasparenza – Certificazione – Parità – Discriminazioni – Retribuzione – Equilibrio vita-lavoro

Keywords: Transparency – Certification – Equality – Discrimination – Pay – Work-life balance

1. La certificazione della parità di genere nel prisma del principio di trasparenza

Il concetto di trasparenza, tradizionalmente associato ai principi cui deve ispirarsi la Pubblica Amministrazione nei rapporti con i cittadini, in tempi più recenti ha acquisito importanza crescente nell'ambito della regolazione del lavoro, prevalentemente con riferimento all'obiettivo della riduzione dell'asimmetria informativa che connota i rapporti di lavoro (penalizzando il prestatore di lavoro), al punto che la trasparenza sembra oramai assurgere a «tecnica generale nell'ordinamento, ritenuta adeguata a bilanciare le posizioni delle parti, per metterle in condizione di ottenere provvedimenti e soluzioni eque»¹.

In tale orizzonte è possibile inquadrare anche il nuovo corso delle misure volte a promuovere la parità di genere², laddove accanto ai tradizionali strumenti del diritto antidiscriminatorio³ ed alle azioni positive⁴, si profilano nuovi dispositivi, finalizzati alla raccolta e produzione di informazioni, potenzialmente idonei a contrastare condizioni inique su più piani: quello dell'interesse generale alla rimozione delle disuguaglianze di genere, presidiato dalla rete istituzionale di parità, anche attraverso il monitoraggio di basi di dati sempre più ampie; quello della tutela collettiva degli interessi dei lavoratori e delle lavoratrici, attraverso un controllo sempre più informato del rispetto del principio di parità nei luoghi di lavoro da parte delle rappresentanze sindacali; quello della tutela giurisdizionale, facilitando la raccolta di elementi di prova in caso di discriminazioni.

Possono collocarsi in questa cornice strumenti diversi, ma accomunati dall'obiettivo di produrre informazioni dettagliate differenziate per genere nei diversi contesti di applicazione,

¹ ZILLI, *La trasparenza del lavoro subordinato: principi e tecniche di tutela*, Pacini Editore, 2022, 152.

² ZAPPALÀ, *La parità di genere al tempo del PNRR: tra trasparenza, certificazione e misure premiali*, in *LDE*, 2022, 3, 1-14, qui 2.; GOTTARDI, "Recovery Plan" e lavoro femminile, in *DLM*, 2021, 2, 261-269; CATAUDELLA, *La parità di genere: una priorità "trasversale" del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *LPO*, 2022, 1-2, 1-14.

³ Si rinvia a BARBERA, GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019.

⁴ VALLAURI, *Le azioni positive per la libertà sostanziale*, in *LD*, 2023, 1, 34-42.

quali il Rapporto biennale sulla situazione del personale maschile e femminile⁵, il Bilancio di genere⁶, le relazioni dei Comitati unici di Garanzia (CUG) sulla situazione del personale nella pubblica amministrazione⁷, e anche la Certificazione della parità di genere⁸.

Attraverso gli specifici dispositivi ad essa finalizzati, la trasparenza può essere intesa come mezzo per abilitare altri strumenti che il legislatore pone a presidio della parità di genere, se non già come principio di regolazione più generale, di fronte ad una complessità crescente che richiede un confronto costante e informato con il dato di realtà per la messa a punto di strumenti efficaci e per la verifica della loro adeguatezza.

D'altra parte, «superare ogni asimmetria o precludere situazioni di opacità cognitiva che, come ha mostrato la prassi, risultano impeditive della piena operatività ed effettività delle tradizionali misure antidiscriminatorie»⁹ non è un risultato scontato.

La produzione e la disponibilità di maggiori informazioni è condizione necessaria ma non sufficiente perché si intraprendano azioni efficaci. Ne deriva l'importanza di indagare se (e in che termini) i dispositivi di trasparenza siano in grado di supportare politiche idonee al superamento delle differenze di genere e/o di abilitare specifici strumenti normativi già previsti per la promozione della parità nei diversi contesti, o piuttosto rischino di condurre ad automatismi che potrebbero rivelarsi anch'essi opachi, o comunque non efficaci¹⁰.

In questo contributo ci si concentrerà nello specifico sul sistema di certificazione della parità di genere, introdotto nel nostro ordinamento dalla l. n. 162/2021 (intervento che apporta importanti modifiche al Codice delle pari opportunità tra uomo e donna di cui al d.lgs. n. 198/2006)¹¹, «al fine di attestare le politiche e le misure concrete adottate dai

⁵ Obbligatorio per le imprese con più di 50 dipendenti, a norma dell'art. 46 del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, c.d. Codice delle Pari opportunità, come modificato dalla l. 5 novembre 2021, n. 162. Per una disamina approfondita, anche con riferimento alle novità introdotte da tale recente intervento legislativo, cfr. ZAPPALÀ, op. cit.

⁶ Previsto per le Pubbliche Amministrazioni sin dal 2007 dalla Direttiva del Dipartimento per i Diritti e le Pari Opportunità (Direttiva del Dipartimento per i Diritti e le Pari Opportunità Misure per attuare parità e pari opportunità tra uomini e donne nelle amministrazioni pubbliche, in Gazzetta Ufficiale n. 173 del 27 luglio 2007), rileva in questa sede per la sua capacità di favorire una cultura di monitoraggio e controllo attraverso la raccolta di dati ed informazioni rilevanti al fine di valutare l'impatto di genere delle politiche pubbliche.

⁷ La relazione sulla condizione del personale è un adempimento del Comitato Unico di Garanzia, previsto dalla Direttiva della Presidenza del Consiglio dei ministri del 4 marzo 2011, recante le «Linee guida sulle modalità di funzionamento dei CUG», così come integrata dalla Direttiva n. 2/2019 «Misure per promuovere le pari opportunità e rafforzare il ruolo dei Comitati Unici di Garanzia nelle amministrazioni pubbliche».

⁸ Procedura volontaria di certificazione istituita dall'art. 4 l. n. 162/2021.

⁹ CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *Il diritto del lavoro nella giusta transizione. Un contributo "oltre" il Manifesto*, Centre for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona", 2023, 53.

¹⁰ Da tale specifico rischio mette in guardia ZILLI, *La trasparenza del lavoro subordinato: principi e tecniche di tutela*, op. cit., 2022, laddove segnala che «la trasparenza non realizza il suo scopo quando l'obbligo è adempiuto offrendo dati sovrabbondanti, ovvero troppo difficilmente fruibili dal punto di vista tecnico, ma, al contrario, quando le notizie condivise sono opportunamente selezionate, non eccessivamente numerose e accessibili, anche qualitativamente, al soggetto debole della relazione», qui 154.

¹¹ CALAFÀ, *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, <https://www.italianequalitynetwork.it>, 2022; NUNIN, *Contrasto al gender gap e sostegno all'occupazione femminile: le novità della legge n. 162/2021*, in *Fam. Dir.*, 2022, 2, 203-207.

datori di lavoro per ridurre il divario di genere in relazione alle opportunità di crescita in azienda, alla parità salariale a parità di mansioni, alle politiche di gestione delle differenze di genere e alla tutela della maternità»¹², nel quadro delle misure previste dalla Missione 5 (Inclusione e Coesione) del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, e in attuazione della Strategia nazionale per la parità di genere 2021-2026¹³.

Tale istituto ha suscitato un discreto interesse tra gli studiosi¹⁴, assurgendo a misura emblematica di un nuovo approccio alle tematiche di genere, che vorrebbe superare alcuni limiti del sistema giuridico-istituzionale posto dal legislatore a presidio della parità nei contesti di lavoro¹⁵, intervenendo direttamente nella sfera della cultura e dei modelli organizzativi delle imprese.

Ma soprattutto ha suscitato un forte entusiasmo tra gli *stakeholders* istituzionali, le imprese, i professionisti. Lo dimostrano i numeri, con 2237 aziende certificate (per un totale di più di 10000 siti) a dicembre 2023¹⁶, concentrate soprattutto in Lombardia e Lazio, a fronte dell'obiettivo, fissato dal PNRR, dell'ottenimento della certificazione da parte di almeno 800 imprese, di cui almeno 450 di dimensioni micro, piccole e medie, entro giugno 2026. Nelle stampa, nelle attività convegnistiche e divulgative che stanno accompagnando la diffusione dell'istituto, non è raro imbattersi in considerazioni relative alla sua portata di "rivoluzione copernicana" in materia di parità di genere, con associazioni più o meno dirette con l'eliminazione delle discriminazioni, la promozione del benessere nelle organizzazioni, lo sviluppo economico, la giustizia sociale.

Tale enfasi pare forse eccessiva se rapportata alla finalità attribuita dal legislatore a questo strumento, e cioè *attestare* le politiche e le misure concrete adottate dai datori di lavoro per ridurre il divario di genere, con riferimento a dimensioni specifiche: opportunità di crescita in azienda, parità salariale, gestione delle differenze di genere, tutela della maternità.

¹² Art. 4, comma 1, l. 5 novembre 2021, n. 162.

¹³ La Strategia nazionale per la parità di genere 2021-2026 ha l'obiettivo di ottenere, entro il 2026, l'incremento di cinque punti nella classifica dell'indice sull'uguaglianza di genere elaborato dall'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere (EIGE), che attualmente vede l'Italia al 14° posto nella classifica dei Paesi UE.

¹⁴ Ampiamente ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato: principi e tecniche di tutela*, op. cit., 169 ss.; ZAPPALÀ, op. cit., 9 ss.; PERUZZI, *Differenziali di genere e trasparenza retributiva, tra "reporting" aziendale e certificazione di parità*, in *GDLRI*, 2021, 169, 143-147; BALLISTRERI, PITRONE, *La certificazione di genere e il lavoro*, in *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, 2023, 3, 117-129; ANFUSO, VECCHI, *Potenzialità e criticità del sistema di certificazione della parità di genere*, in *Diritto Pubblico Europeo*, 2024, 1, 18-44.

¹⁵ CALAFÀ, op. cit., con particolare riferimento alle criticità del modello delle istituzioni di parità nel nostro Paese. Segnala la disarmante distonia tra l'imponente apparato normativo a presidio della parità di genere e del divieto di discriminazioni per sesso e i dati sulle disuguaglianze di genere nel nostro Paese FILI, «Mind the gap!» *La professionalità per l'occupabilità in una prospettiva di genere*, in BROLLO, ZOLI, LAMBERTUCCI, BIASI (a cura di), *Dal lavoro povero al lavoro dignitoso. Politiche, strumenti, proposte*, ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series n. 101/2024. Vedi anche FERRARA, *La prospettiva di genere e la contrattazione collettiva: neutralità o cecità delle norme collettive?* in *Non esiste solo il maschile. Teorie e pratiche per un linguaggio non discriminatorio da un punto di vista di genere*, EUT Edizioni Università di Trieste, 2019, 93 – 99.

¹⁶ Fonte ACCREDIA, *Statistiche relative ad Aziende certificate presenti in ogni Regione*, www.accredia.it.

Rispetto a questi fronti – quelli in realtà già maggiormente presidiati dal legislatore nazionale e oggetto di crescente attenzione anche da parte del legislatore europeo¹⁷ – l’obiettivo della certificazione è in effetti prevalentemente quello di *attestare* le politiche aziendali e dunque aumentarne la trasparenza.

Certamente, al contempo, il processo di certificazione può condurre ad un ripensamento e miglioramento di queste politiche, con ricadute positive sia sul piano economico (di *employer branding*, per cominciare, fino a possibili esiti sul fronte della produttività) che su quello sociale.

Se tali dinamiche sembrano facilmente apprezzabili all’interno delle medie e grandi imprese, peraltro già sensibilizzate ai sistemi di certificazione della qualità diffusi in settori contigui ed interessate al tema della sostenibilità, più complessa è la questione delle possibili ricadute sistemiche in un tessuto produttivo di micro e piccole imprese¹⁸.

Occorre poi da subito specificare che, se è vero che il sistema è applicabile a tutte le organizzazioni pubbliche e private di ogni dimensione e settore, il monitoraggio degli indicatori e la verifica della conformità riguardano solo alcune categorie di addetti, ed in particolare, oltre ovviamente ai lavoratori dipendenti dell’organizzazione, i lavoratori somministrati ed i tirocinanti, ma non i collaboratori¹⁹.

In fase di prima applicazione dello strumento, sono emerse alcune criticità, con specifico riferimento a dubbi interpretativi legati agli indicatori su cui si basa la certificazione ed alla loro misurazione²⁰, agli strumenti di monitoraggio e controllo, all’uso delle informazioni prodotte dal sistema.

In questo contributo ci si concentrerà in particolare sulle previsioni che riguardano nello specifico (o possono avere un impatto su) il coinvolgimento delle micro e piccole imprese (§ 2), da un lato; e dall’altro, e più in generale con riferimento a tutte le imprese coinvolte, sui meccanismi di controllo (§ 3) e sull’impatto che la diffusione dello strumento potrebbe

¹⁷ Il riferimento è da ultimo alle Dir. 2019/115/UE e 2019/1158/UE in tema di trasparenza ed equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, recepite nel nostro Paese con i decreti legislativi 27 giugno 2022, n. 104 e 30 giugno 2022, n. 105 (cfr. D. GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, TROJSI (a cura di), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series n. 96/2023), ed alla dir. 2023/970/UE volta a rafforzare l’applicazione del principio di parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza retributiva e i relativi meccanismi di applicazione [VALLAURI, *Direttiva (UE) 2023/970: una nuova strategia per la parità retributiva*, in *LDE*, 2023, 3, 1-6; ZILLI, *Pubblicata la Direttiva (UE) 2023/970 sulla trasparenza retributiva: recepimento entro il 7 giugno 2026*, in www.dirittodiscriminatorio.it, 17 maggio 2023].

¹⁸ Come noto, le micro e piccole imprese rappresentano il 99,4% delle imprese italiane, ed occupano il 63,2% degli addetti (ISTAT, *Annuario statistico italiano 2023*).

¹⁹ FAQ Accredia-UNI / Applicazione UNI/PdR 125:2022 Sistema di Gestione Parità di Genere – agg. 02 maggio 2023.

²⁰ Per una disamina puntuale si rinvia a LAMBERTI, *I “Key Performance Indicators” della certificazione della parità di genere. Una lettura critica* in federalismi.it, 9/2023, 212-241, che segnala criticità su vari fronti: la platea dei lavoratori e delle lavoratrici da considerare ai fini certificativi; la nozione di azienda *multisite* ed i gruppi di impresa; alcune incongruenze sul piano dell’inquadramento giuridico di specifici istituti (come i congedi parentali e i congedi di paternità), che evidenzerebbe, secondo l’A., «la distanza tra la prospettiva giuslavoristica e quella adottata dalla Prassi di riferimento» (spec. 236).

avere in termini di integrazione e valorizzazione di altri strumenti (anche) di trasparenza già esistenti (§ 4).

Sullo sfondo, resta un interrogativo molto più generale e di prospettiva, e cioè se sia possibile perseguire diffusamente obiettivi di uguaglianza sostanziale, senza mettere in discussione concetti e categorie (anche giuridiche) tradizionali, in particolare tenendo in considerazione: la dimensione multipla o intersezionale delle disuguaglianze²¹, che suggerirebbe di prestare attenzione alla interazione tra la dimensione di genere ed altri fattori (non ultimi età, condizione personale e sociale, tipologia contrattuale, provenienza geografica); il peso (nell'affrontare problematiche connesse all'equilibrio tra vita privata e lavorativa) delle responsabilità di cura non genitoriali (di malati cronici, o anziani non autosufficienti) che rappresentano la vera emergenza, soprattutto per le donne, e nei contesti più gravemente segnati dall'assenza di servizi pubblici e privati.

2. Obiettivi del sistema e coinvolgimento delle micro e piccole imprese

La certificazione di parità rientra nella grande famiglia delle certificazioni private di parte terza che oramai stabilmente concorrono insieme all'attore pubblico, alla produzione di "certezze", indispensabili per la creazione di un ordine al quale concorrono, settore per settore, una pluralità di fonti e di mezzi di accertamento²².

In particolare, essa rientra tra gli strumenti finalizzati a rilevare qualità sostanziali ai fini della conoscenza di uno specifico fenomeno per una sua migliore gestione e regolazione. Nel caso specifico, il sistema della certificazione della parità di genere ha come finalità l'attestazione di specifiche misure e strumenti volti a ridurre i divari di genere, collegata a meccanismi incentivanti e nello specifico: esonero contributivo, in misura non superiore all'1% e nel limite massimo di 50.000 euro annui²³; punteggio premiale per la valutazione, da parte di autorità titolari di fondi europei nazionali e regionali, di proposte progettuali ai fini della concessione di aiuti di Stato a cofinanziamento degli investimenti sostenuti; riduzione dell'importo della garanzia fideiussoria prevista e punteggi premiali per la partecipazione alle procedure di gara negli appalti pubblici²⁴.

²¹ A differenza della discriminazione multipla, che riguarda l'associazione di separati motivi di discriminazione, la discriminazione intersezionale si basa su una combinazione *inseparabile* di motivi. Sul tema ZILLI, *Non ho l'età, ageismo e gestione delle (diversità e) generazioni nel lavoro privato e pubblico*, in *VTDL*, 2023, 2, 327-342; FREDMAN, *Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law*, in *European network of legal experts in gender equality and non-discrimination*, Brussels, 2016.

²² BENEDETTI, *Certezza pubblica e certezze private. Poteri pubblici e certificazioni di mercati*, Università degli Studi di Milano Bicocca, Studi della sezione di diritto pubblico, Giuffrè, 2010, XVIII.

²³ Art. 5 l. n. 162/2021 e circolare INPS n. 137 del 27 dicembre 2022.

²⁴ Artt. 93 e 95 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 come modificati dall'art. 34 d.l. 30 aprile 2022, n. 36, recante «Ulteriori misure

Attraverso tale meccanismo basato su volontarietà, certificazione, incentivi, il legislatore punta a favorire un particolare assetto dei mercati, optando per una regolazione pubblicistica minimale e delegando allo stesso mercato (normazione tecnica, certificazione privata, imprese) la gestione del sistema, anziché affidarsi solo agli strumenti di trasparenza ed alla rete istituzionale già esistenti.

Il valore aggiunto della previsione di una certificazione di mercato come strumento di attestazione risiede nella conoscibilità dei risultati raggiunti e nella affidabilità della attestazione, non solo agli occhi dell'attore pubblico, ma appunto anche nel mercato di riferimento, il che dovrebbe influenzare i comportamenti delle imprese (anche) alimentando l'attesa di un ulteriore beneficio economico (migliore reputazione nel mercato e dunque maggiori profitti)²⁵.

Non pare ragionevole, però, attendersi (solo) da tali meccanismi impliciti un impatto reale sulla cultura e le pratiche organizzative, che sia funzionale all'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale di genere²⁶.

Da un lato, l'efficacia dello strumento dipende dalla capacità del sistema e del processo di certificazione di influenzare profondamente (oltre la dimensione del calcolo utilitaristico) i comportamenti delle imprese, arginando derive formalistiche, o "mercatiste".

Dall'altro, queste considerazioni vanno comunque filtrate alla luce della struttura del sistema produttivo italiano: le micro e piccole imprese sono meno sensibili delle medie e grandi imprese ad incentivi che possono avere ricadute assenti o non apprezzabili, ed anche a meccanismi di assicurazione della qualità, della sostenibilità e reputazionali "formalizzati". Per il coinvolgimento delle piccole e medie imprese sono stati stanziati contributi a valere sui finanziamenti Next Generation EU del PNRR, destinati sia ai servizi di assistenza tecnica e di accompagnamento alla certificazione, sia alla copertura dei costi della certificazione. A questi si sono aggiunti, in alcuni casi, finanziamenti regionali.

La Regione Lombardia, con il decreto 23 gennaio 2023, n. 654, ha stanziato fondi a valere sulle risorse del PR FSE+ 2021-2027, volti anch'essi a supportare servizi di consulenza e a coprire i costi della certificazione. I finanziamenti sono stati accompagnati da una campagna di sensibilizzazione²⁷, e si inseriscono in un quadro più ampio di iniziative, organizzate nell'ambito della strategia regionale per la promozione dell'occupazione femminile. Il sistema tiene in considerazione la specificità delle micro e piccole imprese, modulando lo standard di certificazione (la UNI PdR 125:2022) in coerenza con la classificazione delle

urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza».

²⁵ Rilievi critici rispetto a questo modello di eccessiva delega al mercato in ANFUSO, VECCHI, op. cit., 26.

²⁶ FILI, *Le difficili libertà delle donne tra gender wage gap, soffitti di cristallo e bassa fecondità*, in LDE, 2021, 2, 1-18.

²⁷ Nello specifico, sono stati organizzati 11 incontri formativi rivolti alle imprese del territorio, al termine dei quali è stato altresì istituito un Comitato tecnico scientifico composto da *manager*, consulenti e rappresentanti delle istituzioni, con il fine di raccogliere esperienze, ricadute positive all'interno delle aziende e criticità eventualmente emerse nel percorso verso la certificazione della parità di genere.

organizzazioni richiedenti nella tassonomia ISTAT, che identifica 4 fasce o *cluster*: micro (1-9); piccole (10-49); medie (50-249); grandi (250 e oltre). A fronte della classificazione in una delle quattro fasce, viene definito un set di indicatori considerati “presidi *target*”. Sono previste semplificazioni per le organizzazioni appartenenti alla fascia 1 (micro-organizzazione) e fascia 2 (piccola organizzazione), mentre per le organizzazioni appartenenti alla fascia 3 (media organizzazione) e alla fascia 4 (grande organizzazione) sono applicati la totalità degli indicatori ai fini della certificazione. Tale scelta, perfettamente condivisibile, non è però stata scevra da criticità sul piano operativo, alcune delle quali si tenterà di fare emergere.

Gli indicatori della UNI PdR 125/2022 riguardano, come noto, le seguenti aree: cultura e strategia, governance, processi HR, opportunità di crescita ed inclusione delle donne in azienda, equità remunerativa per genere, tutela della genitorialità e conciliazione vita-lavoro.

Guardando agli indicatori previsti per le micro e piccole imprese, nell’area cultura e strategia, ad esempio, l’indicatore target riguarda l’esistenza di un presidio (anche solo un ruolo organizzativo) volto alla gestione e monitoraggio delle tematiche legate all’inclusione, alla parità di genere e integrazione; nell’area dei processi HR, si rileva la presenza di processi a favore della parità (selezione, contratti, valutazione delle prestazioni) e la presenza di referenti e prassi aziendali a tutela dell’ambiente di lavoro, con particolare attenzione ad episodi di molestie o mobbing; nell’area opportunità di crescita e inclusione, si rileva la percentuale di donne nell’organizzazione rispetto alla totalità dell’organico e (solo per le aziende con più di 50 dipendenti) la percentuale di donne dirigenti.

Di particolare interesse gli indicatori previsti nell’area della conciliazione vita-lavoro e genitorialità. Qui, il primo elemento che sollecita una riflessione è la pressoché totale identificazione delle esigenze di cura con la genitorialità, trascurando la sempre più pressante necessità di adottare politiche volte a facilitare la conciliazione del lavoro con la cura di familiari malati o anziani. L’attenzione è invece rivolta (ancora con riferimento agli indicatori previsti per le micro e piccole imprese) alla presenza di politiche volte a sostenere la genitorialità sul piano relazionale (rapporti con l’azienda), nonché di politiche per favorire la conciliazione, che vadano *oltre* gli standard minimi eventualmente previsti dal CCNL applicato. Ne emerge un quadro forse poco realistico, rispetto alle priorità ed alle iniziative attuabili in quest’area così strategica²⁸, oltre ad un difetto di prospettiva, se è vero che la penalizzazione delle donne legata alla necessità di conciliare lavoro e compiti di cura può essere superata solo favorendo la redistribuzione di (tutto) il lavoro di cura informale ed il sostegno ad un lavoro di cura professionale dignitoso e con alti standard qualitativi²⁹.

²⁸ FILÌ, *L’impatto del decreto n. 105/2022 sul contesto. Ottimismo della volontà, pessimismo dell’intelligenza e pragmatismo visionario*, in D. GAROFALO, TIRABOSCHI, FILÌ, TROJSI (a cura di), op. cit.; ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D’ONGHIA, MILITELLO, SARACINI, VALLAURI, *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della direttiva 2019/1158/UE*, ES, 2023.

²⁹ Sia consentito il rinvio a CASANO (a cura di), *Verso un mercato del lavoro di cura: questioni giuridiche e nodi istituzionali*,

Meritano poi attenzione gli indicatori relativi alla equità remunerativa. Questa specifica area è finalizzata a determinare, attraverso 3 indicatori, il grado di maturità delle organizzazioni in relazione al differenziale retributivo in logica di *total reward* (compresi quindi, oltre alle componenti variabili della retribuzione, anche compensi non monetari quali sistemi di *welfare* e *well-being*)³⁰. Tuttavia, nelle imprese micro e piccole, l'equità remunerativa è rilevata solo attraverso uno di questi indicatori, e cioè la percentuale di differenza retributiva per medesimo livello di inquadramento per genere e a parità di competenze, con la precisazione però che sono da escludere dal computo le corrisposizioni legate a straordinario, o indennità. Inoltre, l'indicatore può essere calcolato solo in presenza di entrambi i generi poiché deve essere calcolato il delta, cioè la differenza esistente, all'interno dei vari livelli, tra uomini e donne (se in un livello è presente un solo genere, non lo si potrà considerare nella valutazione), il che nella pratica rischia di rendere impossibile il calcolo svuotando totalmente l'area legata alla parità retributiva (non essendo gli altri indicatori dell'area previsti per le micro e piccole imprese).

In linea generale, emerge chiaramente la necessità di "tarare" il sistema rispetto a realtà di micro e piccole imprese che operano in settori altamente femminilizzati o a predominanza maschile (per cui risultano problematici gli indicatori quantitativi sul genere sottorappresentato), ma anche con forza lavoro molto giovane (per cui risulta ad esempio non misurabile tutto l'insieme di indicatori legati alla genitorialità).

3. Organizzazione e controllo del sistema: ruolo della rete istituzionale per la parità e del sindacato

Il sistema ha i suoi nodi nevralgici nella rete degli organismi di certificazione accreditati da Accredia. Le norme per l'accreditamento sono quelle dell'UNI CEI EN ISO/IEC 17021-1:2015, che definisce i requisiti per tutti gli organismi che forniscono audit e certificazione di sistemi di gestione. Tra i requisiti specifici per accreditarsi sulla UNI/PdR 125:2022 ci sono la conoscenza della norma UNI EN ISO 9001 sulla gestione dei sistemi di qualità e della linea guida ISO 30415 sulla Gestione delle risorse umane – Diversità e inclusione, oltre alla presenza, nella commissione di valutazione, di un avvocato giuslavorista o un consulente del lavoro, o altro esperto con esperienza significativa nel campo della parità di genere.

ADAPT University Press, 2022.

³⁰ Importante ricordare che i differenziali retributivi tra uomini e donne nel nostro Paese sono apprezzabili tenendo conto del salario medio annuo percepito. Si rinvia a ZILLI, *La trasparenza del lavoro subordinato: principi e tecniche di tutela.*, op. cit., 2022, 157, e della stessa A., *Di genere precario. La questione del lavoro delle donne di fronte, e oltre, la pandemia Covid 19*, in *ADL*, 2020, 6, 1345-1362. Si veda anche SPATTINI, *Dalla parità retributiva alla definizione di retribuzione tra prospettiva euro-unitaria e nazionale*, in *Bollettino ADAPT* 8 aprile 2024, n.14.

Inoltre, lo stesso organismo di certificazione deve aver implementato al suo interno un sistema di gestione della parità di genere.

Le imprese, su base volontaria, possono rivolgersi ad uno dei 46 organismi ad oggi accreditati sul piano nazionale e intraprendere l'iter di certificazione, rigidamente normato con riferimento ai requisiti per richiedere la certificazione (che implicano l'adozione di un sistema di gestione per la parità), alla documentazione e monitoraggio delle caratteristiche dell'organizzazione e delle sue politiche attraverso audit interni, agli strumenti ed alle modalità di verifica della conformità.

Ad oggi, tale contatto tra aziende e organismi di certificazione è verosimilmente mediato da una rete di servizi di consulenza, che si stanno diffondendo in risposta allo stanziamento di fondi pubblici per l'accompagnamento alla certificazione, soprattutto per le piccole e medie imprese.

Lo standard per la certificazione, la prassi di riferimento UNI 125 del 2022, è frutto del confronto svoltosi nel Tavolo di lavoro sulla certificazione di genere, previsto dal PNRR Missione 5, coordinato dal Dipartimento per Pari Opportunità, e composto da due rappresentanti del Ministero del lavoro e delle politiche sociali e due del Ministero dello sviluppo economico, da un rappresentante per ciascuna delle maggiori confederazioni sindacali nazionali (CGIL, CISL, UIL), dalla consigliera nazionale di parità, e da quattro esperti con competenze specifiche sulle tematiche di genere.

Tanto l'ente nazionale di accreditamento (Accredia), con riferimento agli organismi di certificazione accreditati, quanto l'ente nazionale di normazione (UNI), con riferimento agli standard di certificazione, adottano ovviamente sistemi di vigilanza e controllo volti a garantire il buon funzionamento del sistema. Nel caso specifico occorre poi ricordare che il Tavolo di lavoro permanente sulla certificazione di genere³¹ ha l'obiettivo di concorrere, attraverso approfondimenti, elaborazione di proposte e monitoraggio delle attività, al funzionamento del sistema della certificazione della parità di genere, anche in comparazione con esperienze internazionali di altri Paesi e di organizzazioni internazionali.

Ad un differente livello (quello del controllo della efficacia per così dire "interna" del sistema di certificazione) la legge affida un importante ruolo alla rete dei consiglieri e delle consigliere di parità ed al sindacato, cui è demandato il compito di esercitare il controllo e la verifica del rispetto dei requisiti necessari al mantenimento dei parametri minimi per il conseguimento della certificazione da parte delle aziende, prevedendo che il datore di lavoro fornisca loro annualmente un'informativa aziendale sulla parità di genere, che rifletta il grado di adeguamento alla UNI/PdR 125:2022³². A fronte di anomalie o criticità emerse

³¹ Dipartimento per le pari opportunità, Decreto 5 aprile 2022, Istituzione del Tavolo di lavoro permanente sulla certificazione di genere alle imprese.

³² Art. 3 Decreto 29 aprile 2022 della Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento per le pari opportunità: Parametri per il conseguimento della certificazione della parità di genere alle imprese e coinvolgimento delle rappresentanze sindacali aziendali e delle consigliere e consiglieri territoriali e regionali di parità.

attraverso la disamina di queste informative (o dal Rapporto biennale sulla situazione del personale maschile e femminile), rappresentanze sindacali aziendali e consigliere e consiglieri territoriali e regionali di parità potranno segnalarle all'organismo di valutazione della conformità che ha rilasciato la certificazione della parità di genere, che darà all'impresa di un termine, non superiore a centoventi giorni, per la rimozione delle stesse.

Né la legge né la prassi di riferimento disciplinano espressamente la procedura da seguire in caso di segnalazione di criticità da parte delle organizzazioni sindacali o da parte delle istituzioni di parità. Non sono d'altra parte fornite informazioni in merito ai contenuti minimi che le informative annuali dovrebbero avere, con l'effetto di svuotare lo strumento della finalità prevista dalla legge. Tale criticità si aggiunge al problema della sostenibilità delle procedure di controllo e verifica per gli uffici regionali e provinciali delle consigliere e dei consiglieri di parità, sprovvisti di mezzi strumentali ed economici per far fronte a tale compito. Si segnala a questo proposito l'esperienza innovativa della Regione Liguria, che ha istituito un Tavolo permanente regionale per la certificazione della parità di genere e siglato un Protocollo d'Intesa con Ispettorato territoriale del lavoro, INAIL, ordini professionali, parti sociali, organizzazioni di rappresentanza degli organismi di certificazione, che ha, tra gli altri, lo specifico obiettivo di mettere a punto pratiche efficaci di monitoraggio e valutazione dello strumento, predisponendo altresì un format per la redazione delle informative annuali, con contenuti minimi ed allegati obbligatori.

Per ciò che concerne il ruolo del sindacato si profila la stessa problematica in relazione ai contenuti minimi dell'informativa aziendale, oltre ai problemi interpretativi legati al riferimento alle *rappresentanze sindacali aziendali* e dunque alla individuazione del soggetto che debba ritenersi incaricato di ricevere l'informativa in loro assenza. Si apre certamente una nuova sfida in termini di formazione del sindacato, tanto sul piano tecnico, quanto su quello della rimozione di pregiudizi impliciti che, in un sindacato che è ancora prevalentemente maschile, possono ostacolare la traduzione di una accresciuta informazione in azione³³. Anche su questo fronte specifico, cioè, pare indispensabile un cambiamento strutturale nelle pratiche organizzative e nelle relazioni di genere all'interno dei sindacati, oltre che nelle loro agende e strategie di azione³⁴, affinché il sindacato possa realmente giocare un ruolo chiave nelle imprese e nei territori.

³³ FERRARA, op. cit., e più ampiamente, *Il gender mainstreaming nei contratti collettivi: tendenze della contrattazione di genere*, in *DLM*, 2014, 2, 519-517, qui 520, dove l'A. segnala che «appare indispensabile l'avvio di un processo di consapevolezza delle parti sociali nei riguardi delle tematiche collegate alla conciliazione, alla condivisione dei ruoli e alla valorizzazione delle differenze. Nel corso degli anni, tuttavia, molto raramente gli attori collettivi hanno svolto un ruolo realmente innovativo rispetto agli istituti legali e propositivo di nuove idee in tema di politiche di genere». Considerazioni dello stesso tenore, riferite nello specifico ai rapporti sulla situazione del personale, in ZILLI, *La trasparenza del lavoro subordinato: principi e tecniche di tutela*, op. cit., 2022, per cui il pericolo è «che manchino in capo a tali "primi lettori" le competenze necessarie per una proficua analisi delle informazioni a disposizione, le quali potrebbero rappresentare prodigiosi strumenti di azione e che rischiano, invece, di essere confinate in oscuri rapporti, destinati a rimanere inutilizzati», qui 126.

³⁴ Già BECCALI, BACIO, *Donne e sindacati, una relazione in crisi? Storia e sviluppi in Italia*, in *QRS*, 2017, 2, 171-188.

Non è chiaro invece se e fino a che punto i lavoratori e le loro rappresentanze siano destinatari, *durante* il processo per l'ottenimento e il mantenimento della certificazione, di attività di comunicazione (di dati e informazioni rilevanti, incluso il monitoraggio degli indicatori) pure previste dalla prassi, ma affidando alle aziende l'individuazione degli stakeholders interni ed esterni da coinvolgere (v. *infra*, § 4).

4. Complementarietà rispetto ad altri strumenti ed aumento della trasparenza

L'adozione del particolare modello di gestione necessario per l'ottenimento della certificazione può supportare la corretta implementazione o la diffusione di strumenti e misure già previsti dal legislatore o dalla contrattazione collettiva. In quest'ottica, dunque, sostenere (con finanziamenti e incentivi) il sistema della certificazione può avere ricadute indirette positive anche sull'implementazione di altre misure, in alcuni casi obbligatorie, ma talvolta a rischio di ineffettività.

Si è sottolineata, ad esempio, l'interazione positiva tra questo strumento e l'apparato delle tutele contro le molestie e le violenze di genere sul luogo di lavoro³⁵, laddove le organizzazioni sono chiamate a presidiare la tematica come *condicio sine qua non* per l'ottenimento della certificazione. Stesse considerazioni possono farsi con riferimento alle norme a tutela della genitorialità e della conciliazione vita-lavoro, a maggior ragione dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 105/2022, che condiziona l'ottenimento o il mantenimento della certificazione della parità di genere al rispetto delle principali norme poste a presidio della parità di genere e della non discriminazione. Accanto ai tradizionali strumenti prevenzionistici e rimediali, si profilerebbe, secondo tale interpretazione, un ulteriore possibile presidio che va al cuore della dimensione organizzativa dell'impresa, in un nuovo modello di regolazione basato proprio sulla integrazione tra i principi di parità e non discriminazione e quello di trasparenza.

Sarà interessante verificare come tali processi interagiscano con lo sviluppo di specifiche politiche di welfare aziendale, e anche quale rapporto potrà configurarsi con la contrattazione collettiva di secondo livello, che sempre più spesso presidia le tematiche di genere e della conciliazione vita-lavoro³⁶: se, cioè, questi processi, avviati su base volontaria unila-

³⁵ GIOVANNONE, LAMBERTI, *Il rischio violenza e molestie nella disciplina prevenzionistica e nella certificazione della parità di genere*, in *DSL*, 2023, 2, 1-36.

³⁶ VIGLI, *Parità di genere nel mercato del lavoro e contrattazione collettiva nelle esperienze italiana ed europea*, in *WP ADAPT UNIVERSITY PRESS*, 2021, 7, cui si rimanda anche per l'ampio apparato bibliografico e la rassegna dei diversi rapporti sulla contrattazione collettiva che hanno affrontato il tema. Si veda anche ALTILIO, NEGRI, *Violenza di genere: il contributo della contrattazione collettiva nella prevenzione e nel contrasto*, in *WP ADAPT UNIVERSITY PRESS*, 2024, 5.

teralmente dalle imprese, supporteranno la negoziazione su questi temi, o se si verificherà un effetto sostitutivo.

Al fine di valutare in che termini il sistema possa rappresentare, poi, un valore aggiunto nel panorama degli strumenti di trasparenza già esistenti in materia di parità di genere, occorre precisare che le organizzazioni che aspirano alla certificazione devono predisporre documenti di monitoraggio sull'andamento degli indicatori, ma anche un piano strategico che includa tutte le politiche pianificate per promuovere la parità di genere, fissando obiettivi semplici, misurabili, raggiungibili, realistici, articolati nel tempo ed assegnati come responsabilità di attuazione: anche in questo caso, la prassi fornisce un elenco di temi da presidiare attraverso queste politiche, più o meno sovrapponibili ai contenuti degli indicatori.

Particolarmente dettagliati sono gli obblighi legati alla documentazione del sistema, al monitoraggio degli indicatori, alla comunicazione interna ed esterna, che assumono un importante peso nell'ottica della trasparenza. L'organizzazione deve infatti identificare i requisiti normativi specifici rispetto al tema della parità di genere in ambito lavorativo, elencarli mantenendoli aggiornati e comunicarli al proprio interno alle funzioni responsabili della valutazione del loro impatto, della loro presa in carico ed attuazione; raccogliere e analizzare dati disaggregati per genere; raccogliere e analizzare gli indicatori generali e specifici relativi all'attuazione del piano strategico; valutare l'andamento degli indicatori con frequenza idonea, come previsto dal piano strategico, e attuare azioni di correzione a fronte di deviazioni; predisporre un piano di comunicazione interna ed esterna, identificando chiaramente i destinatari; organizzare audit interni finalizzati a raccogliere le evidenze oggettive della conformità della situazione aziendale ai requisiti per la certificazione.

Il gruppo di verifica dell'ente certificatore accerterà dunque la conformità alla prassi mediante analisi di tutta una serie di documenti che l'organizzazione si impegna a fornire e che includono, oltre al piano strategico delle politiche ed al monitoraggio degli indicatori, anche l'analisi degli episodi o delle minacce di violazione dei diritti riferibili alla parità di genere nonché le contromisure adottate, e l'indicazione delle cause giudiziarie riferite a episodi di violazione dei diritti di genere in cui è eventualmente coinvolta l'organizzazione.

Buona parte dei dati che sono raccolti nel corso di questo processo erano in effetti già oggetto di monitoraggio, talvolta anche in modo più approfondito, attraverso strumenti come il rapporto sulla situazione del personale maschile e femminile, o le relazioni dei CUG nelle pubbliche amministrazioni.

Con riferimento al primo strumento, il Decreto Interministeriale del 29 marzo 2022, e il relativo Allegato A, definiscono le modalità per la redazione del rapporto, ora reso obbligatorio per le imprese con più di 50 dipendenti dalla l. n. 162/2021, ed esteso alle imprese con meno di 50 dipendenti solo su base volontaria³⁷. I dati raccolti attraverso i rapporti

³⁷ Il d.l. 31 maggio 2021, n. 77 conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108, che definisce la *governance* del PNRR, all'art. 47 ha previsto che il rapporto aziendale di parità costituisce condizione necessaria, a pena l'esclusione, per poter presentare domanda di partecipazione o offerta nelle gare pubbliche che utilizzano fondi derivanti da risorse del PNRR e del PNC. Il comma 3 pre-

riguardano i contratti collettivi applicati, le statistiche sulla occupazione, promozioni e assunzioni, qualifiche, tipologie contrattuali, opportunità di formazione, disaggregate per genere. Una apposita sezione è dedicata ai processi di gestione delle risorse umane, ed una agli aspetti retributivi (monte retributivo annuo lordo, con specificazione di componenti accessorie del salario, straordinari, superminimi, premi di produttività).

Il Rapporto è trasmesso esclusivamente in modalità telematica, ed è reso accessibile in automatico ai consiglieri regionali e provinciali, mentre una copia va consegnata dal datore di lavoro alle rappresentanze sindacali aziendali: a questi soggetti potrà rivolgersi poi il lavoratore interessato ad utilizzare i dati per usufruire della tutela giudiziaria prevista dal Codice delle pari opportunità.

Non dissimile l'impostazione delle relazioni dei CUG³⁸, che hanno ad oggetto l'analisi e la verifica delle informazioni relative allo stato di attuazione delle disposizioni in materia di pari opportunità, inclusa una apposita sezione sulla attuazione del «Piano triennale di azioni positive tendenti ad assicurare la rimozione degli ostacoli che, di fatto, impediscono la piena realizzazione delle pari opportunità nel lavoro» e, ove non adottato, una segnalazione dell'inadempienza dell'amministrazione. I dati raccolti riguardano la distribuzione del personale per genere, la fruizione di istituti per la conciliazione vita-lavoro (congedi/permessi per disabilità, congedi parentali, ecc.), dati raccolti con le indagini sul benessere organizzativo con riguardo alle risultanze e azioni messe in campo, dati raccolti dal servizio salute e sicurezza con le valutazioni sullo stress lavoro correlato e la valutazione dei rischi in ottica di genere, laddove realizzata, dati ed informazioni provenienti da altri organismi operanti nell'amministrazione (OIV, responsabile dei processi di inserimento, consigliera di parità, ecc.), oltre a una sintesi delle attività curate direttamente dal CUG nell'anno di riferimento.

È stato sottolineato come la principale differenza tra la certificazione della parità di genere e il rapporto sulla situazione del personale sia che quest'ultimo ha la funzione di «fotografare» l'esistente, mentre la prima ha la funzione di implementare il principio di trasparenza sotto il profilo «dinamico», ponendosi l'obiettivo di rendere trasparenti «non solo le condizioni date, ma anche le procedure interne/organizzative finalizzate a creare e a sviluppare una gestione paritaria, trasparente e rendicontabile delle risorse umane»³⁹.

Il valore aggiunto del sistema di certificazione della parità sta allora proprio nella possibilità di una maggiore *disclosure* a vantaggio dei lavoratori e delle loro rappresentanze durante tutto il processo di sviluppo ed implementazione delle politiche. Al contempo, un valore aggiunto potrebbe ravvisarsi proprio in una maggiore capacità di diffusione (ri-

cisa che le imprese con meno di 15 dipendenti che accedono ai fondi sono tenute a presentare entro 6 mesi una relazione con contenuti simili.

³⁸ Direttiva 2/19 del Dipartimento per la funzione pubblica «Misure per promuovere le pari opportunità e rafforzare il ruolo dei Comitati Unici di Garanzia nelle amministrazioni pubbliche».

³⁹ ZAPPALÀ, op. cit., qui 6.

spetto, ad esempio, al rapporto sulla situazione del personale) presso le micro, piccole e medie imprese.

5. Alcune considerazioni conclusive

Come è stato giustamente sottolineato, il sistema della certificazione della parità di genere va apprezzato nel quadro più ampio delineato dal Codice delle Pari Opportunità, come strumento aggiuntivo, all'interno di un quadro legislativo che già prevedeva una rete istituzionale di sostegno e specifici strumenti per la promozione delle pari opportunità ed il contrasto alle discriminazioni di genere⁴⁰, anche attraverso la trasparenza.

Oltre ai vantaggi già segnalati, l'implementazione di questo sistema può consentire alle aziende di integrare politiche, obiettivi e strumenti con quelli di altri sistemi di gestione, e con altri processi, interagendo positivamente anche con l'adozione di diverse misure volte alla promozione dell'uguaglianza e del benessere nei luoghi di lavoro.

Non si può però trascurare il rischio di diffusione disomogenea dello strumento, nonostante gli sforzi profusi dal legislatore, ed anche in sede di normazione tecnica, per includere le micro e piccole imprese, tanto adattando lo strumento normativo (la UNI PdR 125:2022) alle dimensioni delle aziende, quanto incentivando lo strumento attraverso finanziamenti nazionali e regionali.

Permangono tuttavia difficoltà per le imprese di piccole dimensioni, legate alla impostazione complessiva del sistema di certificazione della parità di genere (complessità gestionale, costi) ed alle caratteristiche del dispositivo normativo. In particolare, molti KPI strategici (relativi all'area della equità remunerativa, della conciliazione vita lavoro, delle opportunità di crescita professionali) presentano criticità di rilevazione, fino a situazioni "limite" di pressoché totale svuotamento di intere aree di valutazione per l'impossibilità di rilevare gli indicatori previsti nelle imprese di più piccole dimensioni. Problema che non riguarda solo la valutazione e il monitoraggio delle caratteristiche delle imprese ma ovviamente anche la predisposizione del piano strategico.

Ulteriori criticità – che non riguardano la specifica situazione delle imprese di più piccole dimensioni – sono riscontrabili ancora sul piano delle caratteristiche del dispositivo di certificazione, a causa della formulazione di specifici indicatori, che risente di una visione eccessivamente semplificata del quadro legislativo di riferimento, fino a situazioni di vera e propria incongruenza tra i contenuti della prassi di riferimento ed il dato normativo. È il caso degli indicatori relativi alla tutela della genitorialità, formulati in modo da determinare una confusione tra strumenti diversi (congedi parentali/congedi di paternità), poi

⁴⁰ ANFUSO, VECCHI, op. cit.

formalmente rettificati attraverso documenti interpretativi degli organismi competenti⁴¹, senza però riuscire a superare problemi relativi alla effettiva rilevabilità degli stessi.

Alcuni dubbi emergono poi con riferimento alla questione del possibile utilizzo delle informazioni prodotte dal sistema ai fini interni (di miglioramento profondo delle organizzazioni e di effettivo coinvolgimento dei lavoratori) ed esterni (monitoraggio e controllo del sistema).

Su questo fronte, l'importante apparato di procedure e dispositivi di comunicazione previsti nella prassi di riferimento rischia di essere inefficace, poiché non sono specificate le modalità di informazione e coinvolgimento dei lavoratori e dei loro rappresentanti nelle diverse fasi del processo, da un lato; dall'altro, come sopra argomentato, con riferimento alla comunicazione esterna finalizzata al controllo del sistema, non sono specificati i contenuti delle informative da trasmettere alle consigliere ed ai consiglieri di parità ed alle organizzazioni sindacali, né si può dare per scontato che tali soggetti siano sempre in grado (per questioni connesse alla loro organizzazione interna) di svolgere il delicato compito loro attribuito dal legislatore.

Le difficoltà interpretative, ed anche alcune incongruenze relative all'inquadramento giuridico di specifici istituti e più in generale al raccordo con il quadro delle norme in materia di parità e non discriminazione e conciliazione⁴², potrebbero essere risolte attraverso modifiche dello standard tecnico di riferimento.

Come noto, le prassi non sono norme, ma documenti frutto di un rapido confronto tra portatori di interessi, che raccolgono prescrizioni relative a prassi condivise all'interno dei soggetti rappresentanti il mercato e la società civile, firmatari di un accordo di collaborazione con UNI, l'ente italiano di normazione.

Le prassi di riferimento hanno una validità non superiore a 5 anni, termine massimo entro il quale possono essere trasformate in norme vere e proprie, oppure devono essere ritirate. Si può dunque supporre che la prassi sulla certificazione della parità di genere sarà sottoposta all'iter previsto per la trasformazione in norma entro il 2027. Tale *iter* prevede la costituzione di una commissione tecnica che elaborerà un progetto di norma. Il progetto approvato dalla commissione tecnica sarà dunque reso disponibile al pubblico per commenti, con il fine di ottenere il più ampio consenso dalle parti economiche e sociali interessate. Tale finestra potrebbe consentire l'intervento di ogni stakeholder interessato a proporre modifiche sulle criticità emerse in fase di prima applicazione della prassi.

Non si può, a tal proposito, non sottolineare l'importanza della più ampia partecipazione possibile alla definizione degli standard di riferimento di qualsiasi sistema che sia delegato dallo Stato a soddisfare un interesse generale, al fine di arginare derive tecnicistiche e di mercato che rischiano di pregiudicare il buon funzionamento dello strumento a monte.

⁴¹ FAQ Accredia-UNI / Applicazione UNI/PdR 125:2022 Sistema di Gestione Parità di Genere – agg. 02 maggio 2023.

⁴² Ampiamente LAMBERTI, op.cit.

Più complesse le questioni connesse al raccordo con altri strumenti di trasparenza ed al possibile *uso* delle informazioni prodotte dal sistema (ai fini di una maggiore partecipazione dei lavoratori, del monitoraggio e del controllo del funzionamento e della effettività sistema) anche con specifico riferimento al ruolo della rete istituzionale di parità e del sindacato, che richiederebbero modifiche legislative di più ampio respiro e (con riferimento al sindacato) da realizzare in un'ottica di integrazione funzionale con la contrattazione collettiva.

Ancora più difficile l'inquadramento di questo strumento in una più ampia e profonda prospettiva, che metta al centro il valore del lavoro delle donne (per il mercato) ed i diritti delle donne lavoratrici, nella ricerca di un equilibrio scelto e non subito⁴³, insieme al valore del lavoro di cura (informale e formale), al diritto alla cura, ed al diritto di uomini e donne di curare (*prendersi cura*), vera chiave della sostenibilità sociale, ancora oggi assente⁴⁴. Ponendosi in questa prospettiva, emerge il peso relativo di strumenti di certificazione volontari che – nella auspicabile prospettiva di una loro ampia diffusione ed efficacia – possono intervenire al livello della organizzazione interna e della cultura organizzativa delle imprese, o tuttalpiù di regolazione della concorrenza (“al rialzo”), ma devono essere integrati da interventi volti a favorire strategie cooperative tra imprese (di diverse dimensioni), istituzioni, parti sociali, cittadini e lavoratori, che sono indispensabili per affrontare il problema della uguaglianza tra i generi (e non solo), fuori da isolati casi e contesti virtuosi che non rappresentano però la realtà economica e sociale dell'intero Paese.

Sembra allora fondamentale, al fine di valorizzare (anche) lo strumento della certificazione della parità di genere, oltre ad aumentare il raccordo con altri strumenti di trasparenza già esistenti e verificare le più adeguate strategie per l'ampliamento della copertura del sistema, rafforzare i presidi istituzionali e culturali (istituzioni locali, rete istituzionale di parità, ma anche Università) in modo non formalistico, coinvolgendo maggiormente anche il mondo della rappresentanza sindacale e datoriale, cui spetterebbe il compito di promuovere sinergie con la contrattazione collettiva ed i suoi strumenti.

⁴³ Sul punto già BROLLO, *Occupazione femminile e flessibilità dei tempi di lavoro: il part-time*, in SERAFIN, BROLLO (a cura di), *Donne, politica e istituzioni: il tempo delle donne*, Forum, 2013, 135 secondo cui: «ogni politica per il lavoro femminile va pensata e integrata nel prisma delle politiche per la famiglia e viceversa», e la questione femminile può essere risolta solo assicurando alla persona che lavora la libertà di scegliere quale bilanciamento sia preferibile tra tempo di lavoro e di non lavoro: «la legge e la contrattazione collettiva possono tessere una solida rete di salvaguardia della libertà di scelta, cioè della volontarietà, del proprio singolare approccio alla conciliazione/condivisione della persona che lavora, cioè della parte debole del rapporto di lavoro».

⁴⁴ In questa prospettiva: TIRABOSCHI, *Il mercato del lavoro come costruzione sociale: perché ripensare in questa prospettiva il lavoro domestico e di cura*, e TAGLIABUE, *Definizione giuridica del concetto di cura*, entrambi in CASANO (a cura di), *Verso un mercato del lavoro di cura?*, cit. Si veda anche, per alcune considerazioni relative alla suggestiva proposta di una *caring economy*, CASANO, *Why gender equality matters in the ongoing ecological transition*, in *Professionalità Studi*, 2023, 4, spec. 15 e ss.

L'accesso "preferenziale" al lavoro agile tra disabilità e condizione di fragilità: analogie e differenze

Preferential access to agile working between disability and frailty: similarities and differences

Matteo Turrin

Ricercatore di Diritto del lavoro nell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Fragilità e disabilità a confronto. – 2. Il "diritto" dei lavoratori fragili allo smart working. – 3. Disabilità, ragionevoli accomodamenti e lavoro agile. – 4. Cenni sulla figura del caregiver nella legislazione e nella giurisprudenza recenti. – 5. Considerazioni conclusive.

Sinossi: Due recenti pronunce di merito – la prima del Tribunale di Roma, l'altra del Tribunale di Trieste – offrono l'occasione di comparare le nozioni di fragilità e di disabilità, mettendo altresì a confronto le diverse tutele previste per il prestatore di lavoro che ne è affetto. Utilizzando quale chiave di lettura l'istituto del lavoro agile, l'Autore mette quindi in luce come dietro le due condizioni di disabilità e fragilità si nasconda un diverso bilanciamento tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell'impresa.

Abstract: *Two recent judgements – the first by the Tribunal of Rome, the other by the Tribunal of Trieste – offer the opportunity to compare the notions of frailty and disability, as well as the different protections that derive from them for employees suffering from such conditions. Using the legal institution of agile working as a key to understanding, the Author thus highlights how behind the two conditions of disability and frailty lies a different balance between health protection, the right to work and the freedom to conduct a business.*

Parole chiave: Lavoro agile – Fragilità – Disabilità – Accomodamenti ragionevoli – Caregiver – Libertà d'impresa

Keywords: Agile working – Frailty – Disability – Reasonable accommodation – Caregiver – Freedom to conduct a business

1. Fragilità e disabilità a confronto

Due recenti pronunce di merito – la prima del Tribunale di Roma¹, l'altra del Tribunale di Trieste² – ci offrono l'occasione di riflettere sulle diverse implicazioni derivanti dall'accertamento della condizione di fragilità piuttosto che dello *status* di lavoratore con disabilità, consentendoci così di far luce sugli elementi che per un verso accomunano e per l'altro distinguono le due differenti condizioni³.

Chiave di lettura delle nozioni di disabilità e di fragilità, nonché delle implicazioni che ne derivano sul piano del rapporto di lavoro, sarà il lavoro agile, oggetto del contendere tanto nel caso deciso dal Tribunale di Roma quanto in quello sul quale si è pronunciato il Tribunale di Trieste.

2. Il “diritto” dei lavoratori fragili allo smart working

Nel caso deciso dal Tribunale di Trieste, una lavoratrice agiva contro la società datrice di lavoro allo scopo di vedersi riconosciuto il diritto a svolgere integralmente la prestazione di lavoro in modalità agili in quanto affetta da patologia che, a suo dire, avrebbe integrato la condizione di fragilità.

A questo proposito, giova ricordare come nel contesto dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 il legislatore abbia via via riconosciuto diverse forme di tutela nei confronti dei lavoratori fragili, da intendersi come quelli più esposti al contagio e la cui salute rischiava – e rischia tuttora – di essere seriamente compromessa dal virus⁴.

Peraltro, quella dei fragili è una categoria i cui confini non sono di facile individuazione⁵, avendo il legislatore in un primo momento mancato di darne una chiara definizione, salvo poi adottare addirittura plurime definizioni, ciascuna avente un proprio specifico ambito di rilevanza⁶. Così, ad esempio, l'art. 17, comma 2, d.l. 24 dicembre 2021, n. 221, convertito

¹ Cfr. Trib. Roma 18 dicembre 2023, in *Newsletter Wikilabour*, n. 1/2024.

² Cfr. Trib. Trieste 21 dicembre 2023, in *Boll. Adapt*, n. 1/2024.

³ Per un primo commento alle due sentenze in parola v. CUCCHISI, *Il diritto al lavoro agile fra accomodamenti ragionevoli e normativa emergenziale. Spunti dalla recente giurisprudenza di merito*, in *Boll. Adapt*, n. 7/2024.

⁴ Sui lavoratori fragili, nonché sulle forme di tutela apprestate nei loro confronti durante l'emergenza pandemica, si vedano: BONO, *Un virus che discrimina: la tutela dei lavoratori fragili e dei prestatori di assistenza ai tempi del Covid*, in *RGL*, 2021, 3, 429 ss.; FERRARA, *Il lavoratore fragile tra nuove tutele ed emergenti sfide: il fattore età*, in *RGL*, 2021, 2, 239 ss.; CARACCILO, *Patologie croniche e lavoratori fragili*, in BROLO, DEL CONTE, MARTONE, SPINELLI (a cura di), *Lavoro agile e smart working nella società post-pandemica. Profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, ADAPT University Press, 2022, 127 ss.; BROLO, *Fragilità e lavoro agile*, in *LDE*, 2022, 1; EAD., *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, in *ADL*, 2022, 3, 405 ss.; PASCUCCI, *L'emersione della fragilità nei meandri della normativa pandemica: nuove sfide per il sistema di prevenzione?*, in *RDSS*, 2023, 4, 691 ss. Sia infine consentito il rinvio a TURRIN, *La tutela dei lavoratori fragili nel diritto dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e oltre*, in *LDE*, 2021, 2, *passim*.

⁵ Cfr., a titolo esemplificativo, BROLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, cit., 413 ss.

⁶ Cfr., ad esempio, PASCUCCI, op. cit., *passim*.

con modificazioni in l. 18 febbraio 2022, n. 11, ha previsto l'emanazione di un apposito decreto attraverso il quale individuare «le patologie croniche con scarso compenso clinico e con particolare connotazione di gravità, in presenza delle quali ricorre la condizione di fragilità». Ha fatto quindi seguito l'emanazione del d.m. 4 febbraio 2022⁷, il quale, individuando le patologie e le altre condizioni di salute in presenza delle quali la prestazione lavorativa è normalmente svolta in modalità agili, ha in qualche modo circoscritto il concetto di fragilità, seppur unicamente con riferimento allo *smart working*⁸. Ancora diversa, benché riferita ugualmente al "diritto" al lavoro agile, è la nozione di fragilità di cui all'art. 90, comma 1, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni in l. 17 luglio 2020, n. 77, che – infatti – prescinde dall'elenco di patologie ed altre condizioni di salute individuate dal d.m. 4 febbraio 2022. Tanto basti per farsi un'idea di quanto sia sfuggente il concetto in discorso. Volendo, comunque, provare a darne una definizione, può dirsi che «il concetto di fragilità va [...] individuato in quelle condizioni dello stato di salute del lavoratore rispetto alle patologie preesistenti che potrebbero determinare, in caso di infezione, un esito più grave o infausto e può evolversi sulla base di nuove conoscenze scientifiche sia di tipo epidemiologico sia di tipo clinico»⁹. Cionondimeno, va ripetuto come la nozione di fragilità – e, di conseguenza, la platea di soggetti interessati – muti al variare della disposizione considerata, avendo il legislatore rinunciato ad adottare una definizione univoca ed immutabile nel tempo. Non a caso, si è affermato che nell'ordinamento sono emerse «due prospettive della fragilità, fra loro non molto dissimili, ma con possibili differenti effetti, con la distinzione dei lavoratori fragili in due categorie, ribattezzate nella vulgata giornalistica come "super fragili" e "semplici fragili"»¹⁰.

Tanto chiarito, si ricordi come tra le garanzie e le forme di tutela apprestate nei confronti dei fragili un ruolo di primo piano sia stato giocato proprio dal "diritto" al lavoro agile, il quale ha infatti consentito di salvaguardare la salute di questi soggetti, garantendo loro al contempo la prosecuzione dell'attività lavorativa, purché remotizzabile¹¹. Tale diritto, benché diversamente modulato, è stato più e più volte prorogato nel tempo anche oltre la cessazione dello stato di emergenza connesso all'epidemia da Covid-19. L'efficacia di tale diritto nella versione di cui all'art. 90, comma 1, d.l. n. 34/2020 è stata da ultimo prorogata al 31 marzo 2024, peraltro limitatamente ai soli lavoratori del settore privato¹². Non sembra, ma il condizionale è d'obbligo, che ci saranno ulteriori proroghe. Tale scelta, a

⁷ Sui contenuti del decreto v. PASCUCCI, op. cit., 701 ss. e BROLLO, *Fragilità e lavoro agile*, cit., 2 ss.

⁸ Tale provvedimento, a quanto consta, risulta da ultimo indirettamente richiamato dall'art. 1, comma 306, l. 29 dicembre 2022, n. 197.

⁹ Circ. congiunta del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e del Ministero della Salute 4 settembre 2020, n. 13.

¹⁰ PASCUCCI, op. cit., 701. In termini analoghi, in precedenza, anche FERRARA, op. cit., 241 e BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, cit., 413 ss.

¹¹ Cfr., *ex multis*, PASCUCCI, op. cit., 715 ss. e BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, cit., 416 ss., nonché TURRIN, op. cit., 11 ss.

¹² Cfr. l'art. 18-bis d.l. 18 ottobre 2023, n. 145, convertito con modificazioni in l. 15 dicembre 2023, n. 191.

prima vista, potrà sembrare coerente rispetto al mutato quadro epidemiologico, ovvero al superamento dell'emergenza pandemica. Tuttavia, «la fine certificata della pandemia non ha automaticamente scongiurato i rischi del virus per certi soggetti fragili ed è in tal senso che possono leggersi le disposizioni che hanno prorogato l'accesso al lavoro agile ben oltre la fine dello stato di emergenza, assecondando quelle proposte dottrinali secondo cui i soggetti che presentano le condizioni che li hanno resi fragili durante la pandemia dovrebbero poter disporre anche in futuro di tutele come il lavoro agile»¹³. Da questo punto di vista, la scelta di non prorogare ulteriormente l'efficacia di tale diritto appare discutibile, poiché quella di fragilità non sembra una condizione la cui rilevanza nel tempo possa essere circoscritta al perdurare di questa piuttosto che di quella emergenza sanitaria¹⁴. Anche la scelta di protrarre l'efficacia nel tempo di tale diritto unicamente a vantaggio dei lavoratori del settore privato risulta quantomeno opinabile, se non proprio irragionevole, introducendo ingiustificate disparità di trattamento tra i lavoratori del settore privato e quelli del settore pubblico¹⁵. Se non altro, la Direttiva del Ministro per la Pubblica Amministrazione 29 dicembre 2023¹⁶, nel confermare tale scelta, ha perlomeno avuto il merito di «evidenziare la necessità di garantire, ai lavoratori che documentino gravi, urgenti e non altrimenti conciliabili situazioni di salute, personali e familiari, di svolgere la prestazione lavorativa in modalità agile, anche derogando al criterio della prevalenza dello svolgimento della prestazione lavorativa in presenza»¹⁷. Necessità – quest'ultima – che appare oltretutto coerente con quanto affermato dall'art. 7, comma 3, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi del quale «le amministrazioni pubbliche individuano criteri certi di priorità nell'impiego flessibile del personale, purché compatibile con l'organizzazione degli uffici e del lavoro, a favore dei dipendenti in situazioni di svantaggio personale, sociale e familiare e dei dipendenti impegnati in attività di volontariato ai sensi della legge 11 agosto 1991, n. 266»¹⁸. Tornando ora al caso sul quale è stato chiamato a pronunciarsi il Tribunale di Trieste, deve dirsi come la lavoratrice abbia invocato in giudizio proprio l'applicazione del suddetto art. 90, comma 1, d.l. n. 34/2020, disposizione ai sensi della quale il «diritto allo svolgimento

¹³ PASCUCCI, op. cit., 716.

¹⁴ Dello stesso pensiero, tra gli altri, anche BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, cit., 426 ss. Cfr., inoltre, TURRIN, op. cit., 22 ss.

¹⁵ Per questi ultimi il diritto al lavoro agile è stato da ultimo prorogato al 31 dicembre 2023 dall'art. 8, comma 1, d.l. 29 settembre 2023, n. 132, convertito con modificazioni in l. 27 novembre 2023, n. 132.

¹⁶ Sui contenuti della Direttiva v. DI GIOIA, *Lavoro agile per i dipendenti pubblici cd. "fragili": uno sguardo alla nuova direttiva del ministero della funzione pubblica*, in *Boll. Adapt*, n. 4/2024.

¹⁷ Il criterio della prevalenza dello svolgimento della prestazione lavorativa in sede rispetto a quella eseguita in modalità agili per i lavoratori delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 trova riscontro in molteplici disposizioni normative e, da ultimo, nell'art. 4, comma 1, lett. b), n. 2, d.m. 30 giugno 2022, n. 132.

¹⁸ In termini simili si esprime anche la contrattazione collettiva nazionale di comparto, la quale, rispetto alla legge, ha però il pregio di riferirsi espressamente al lavoro agile. Cfr., ad esempio, l'art. 37, comma 3, CCNL Funzioni Centrali 2019-2021, ove infatti si afferma che «fermi restando i diritti di priorità sanciti dalle normative tempo per tempo vigenti e l'obbligo da parte dei lavoratori di garantire prestazioni adeguate, l'amministrazione [...] avrà cura di facilitare l'accesso al lavoro agile ai lavoratori che si trovino in condizioni di particolare necessità, non coperte da altre misure».

delle prestazioni di lavoro in modalità agile è riconosciuto, sulla base delle valutazioni dei medici competenti, anche ai lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbilità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischiosità accertata dal medico competente, nell'ambito della sorveglianza sanitaria di cui all'articolo 83 del presente decreto, *a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa*» (corsivo dell'A.). Meritevole di particolare attenzione è proprio l'ultimo periodo della disposizione in parola, la quale subordina il "diritto" al lavoro agile – che, quindi, non è da intendersi in senso assoluto, né pertanto come diritto potestativo – alla compatibilità di quest'ultimo rispetto alle caratteristiche della prestazione resa dal lavoratore. Infatti, a differenza di altre disposizioni che pure hanno riconosciuto un "diritto" al lavoro agile, l'art. 90, comma, 1 d.l. n. 34/2020 non impone al datore di lavoro di modificare le mansioni del prestatore di lavoro pur di consentirgli di rendere la propria prestazione a distanza. In quest'ultimo senso, al contrario, si esprimevano tanto l'art. 26, comma 2-bis, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27, quanto l'art. 1, comma 306, l. 29 dicembre 2022, n. 197, norma secondo cui, fino al 31 dicembre 2023, per i lavoratori dipendenti pubblici e privati affetti dalle patologie e condizioni individuate dal d.m. 4 febbraio 2022, «il datore di lavoro assicura lo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile anche attraverso l'adibizione a diversa mansione compresa nella medesima categoria o area di inquadramento, come definite dai contratti collettivi di lavoro vigenti, senza alcuna decurtazione della retribuzione in godimento». Evidentemente, rispetto alle disposizioni da ultimo richiamate, l'art. 90, comma 1, d.l. n. 34/2020 – applicabile *ratione temporis* alla fattispecie decisa dal Tribunale di Trieste – realizza un diverso bilanciamento tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell'impresa. Di tale diverso bilanciamento se n'è avveduto anche il giudice triestino, secondo cui, infatti, «il diritto in questione è affermato dalla normativa soprarichiamata in modo non assoluto»¹⁹. Ciò, peraltro, non esclude che il giudice possa – e debba, anzi – procedere ad un controllo giurisdizionale in merito alla compatibilità delle mansioni svolte dal lavoratore rispetto al lavoro agile.

Infatti, accertata la sussistenza delle "condizioni soggettive" integranti il "diritto" al lavoro agile, nel caso di specie la condizione di fragilità, l'analisi del giudice di merito si è concentrata sulla verifica della ricorrenza di quelle che potremmo definire "condizioni oggettive" poste dall'art. 90, comma 1, d.l. n. 34/2020, ovvero la compatibilità tra mansioni svolte e lavoro agile. Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, tale compatibilità andrebbe verificata "in astratto"²⁰, nel senso che sarebbe sufficiente accertare che la

¹⁹ In termini analoghi, v. già Trib. Roma, 5 ottobre 2020, in *ADL*, 2021, 2, 446, con nota di FIATA, *Pandemia, smart working e lavoratori fragili: è davvero un diritto?*

²⁰ In questi termini, ad esempio, Trib. Roma, 28 ottobre 2020, in *ADL*, 2021, 2, 448, con nota di FIATA. Dello stesso avviso, pur

prestazione di lavoro possa essere tecnicamente svolta da remoto o, comunque, che per le caratteristiche delle mansioni assegnate non sia richiesta l'effettiva presenza del lavoratore sul luogo di lavoro²¹. Il Tribunale di Trieste, tuttavia, ha fatto proprio quell'indirizzo minoritario secondo cui «la valutazione sulla compatibilità della prestazione resa in modalità di lavoro agile va [...] effettuata non in astratto, limitandosi ad accertare se questa possa essere tecnicamente svolta da remoto accedendo al *software* aziendale, bensì in concreto, verificando che la stessa possa risultare ugualmente funzionale se resa non in presenza»²². Il che equivale a sostenere che «la compatibilità dovrebbe essere riferita non alle caratteristiche intrinseche della prestazione, in quanto tale interpretazione estenderebbe eccessivamente il dato normativo, ma alle esigenze produttive, organizzative e funzionali aziendali»²³. Insomma, «il ricorso al lavoro agile deve essere pur sempre compatibile con le esigenze aziendali, non potendo essere imposto al datore di lavoro di modificare la propria organizzazione [...] – pena l'evidente contrasto con l'art. 41 della Costituzione»²⁴. Non distante da questo indirizzo giurisprudenziale la posizione della dottrina, la quale ha osservato che «l'eventualità dell'effettivo possibile ricorso al lavoro da remoto permane infatti da valutarsi in riferimento alla realtà della situazione concreta, essendo in linea di principio escluso che il datore di lavoro sia in tal senso tenuto a dover modificare la propria organizzazione aziendale per rendere possibile lo svolgimento delle attività lavorative in modalità agile, specie qualora ad essere richiesti in tal senso siano mutamenti strutturali, onerosi o comunque di notevole portata, com'è ad ogni modo parimenti da negare che il medesimo datore possa risultare tenuto a dover accedere al lavoro agile in forma per lui antieconomica o non conveniente»²⁵. Peraltro, ciò non toglie che l'onere della prova riguardante le esigenze tecniche, organizzative o produttive che richiedono lo svolgimento della prestazione lavorativa necessariamente in presenza e che determinano l'impossibilità di “concedere” al lavoratore la possibilità di rendere la propria prestazione in modalità agile sia in ogni caso a carico del datore di lavoro²⁶.

con qualche sfumatura, anche Trib. Grosseto, 23 aprile 2020 e Trib. Bologna, 23 aprile 2020, nonché Trib. Roma, 20 giugno 2020 e Trib. Mantova, 25 giugno 2020, tutte in *RGL*, 2021, 1, 96, con nota di SPINELLI, *Il lavoro agile al vaglio della giurisprudenza cautelare: potenzialità e limiti del diritto emergenziale*. In senso analogo, da ultimo, anche Trib. Roma, 21 gennaio 2021, in *LB*, 2021, 4, 479, con nota di VALLAURI, *Quando l'assegnazione al lavoro agile è un diritto*.

²¹ Su questa giurisprudenza v. almeno DAGNINO, *Prove di diritto al lavoro agile all'interno dei provvedimenti d'urgenza da COVID-19?*, in *Boll. Adapt*, n. 27/2020, 3-4, il quale non manca di rilevare «il margine di discrezionalità che il giudice può esercitare e di conseguenza la possibile *alea* rispetto agli esiti di un giudizio rispetto al riconoscimento della sussistenza delle condizioni oggettive».

²² Trib. Roma, 5 ottobre 2020, cit. In senso analogo anche Trib. Padova, 15 ottobre 2020, inedita a quanto consta.

²³ BUCONI, *Lavoro agile emergenziale: casi e questioni*, in *LPO*, 2021, 9-10, 545.

²⁴ Trib. Padova, 15 ottobre 2020, cit.

²⁵ BALLETTI, *Smart working e pari opportunità*, in *DML*, 2021, 2, 498.

²⁶ In questo senso, ad esempio, Trib. Roma 8 marzo 2021, in *LPO News*, 6 aprile 2021, con nota di QUATTROCCHI. In dottrina, invece, v. BALLETTI, op. cit., 501.

A queste indicazioni, come anticipato, si è attenuto anche il Tribunale di Trieste, il quale, pur avendo ritenuto che la patologia che affliggeva la lavoratrice (artrite reumatoide) fosse tale da integrare la condizione di fragilità delineata dall'art. 90, comma 1, d.l. n. 34/2020, ha poi giudicato congrue le ragioni organizzative e produttive addotte dalla società datrice di lavoro per motivare il diniego al lavoro agile e, al contrario, richiedere alla lavoratrice di svolgere la propria prestazione in sede. Il giudice, dunque, ha sì riconosciuto che «il potere del datore di lavoro di organizzare liberamente la propria impresa nel caso di specie è dalla stessa legge sottoposto a limite», ma allo stesso tempo ha interpretato quest'ultimo rigorosamente, senza cioè imporre al datore di lavoro di modificare l'organizzazione aziendale al fine rendere possibile lo svolgimento dell'attività lavorativa in modalità agile²⁷. Il giudice, in altre parole, si è limitato a richiedere al datore di lavoro le eventuali ragioni ostative alla richiesta avanzata dalla lavoratrice e a verificarne la sussistenza e la veridicità. Inoltre, come si evince anche dai fatti di causa, la lavoratrice prestava la propria attività in *smart working* già due giorni a settimana, sicché il giudice non ha potuto fare a meno di constatare che «la prestazione in lavoro agile non è stata negata, ma concessa parzialmente in un contesto di contemperamento delle reciproche esigenze delle parti», aggiungendo poi che se, in effetti, la patologia sofferta dalla ricorrente costituisce il presupposto "soggettivo" per l'ottenimento del diritto in discorso, «la sua gravità o il suo aggravarsi non attribuisce al lavoratore la possibilità di richiedere un maggiore accesso al lavoro agile, attenendo tali aspetti, nell'attuale quadro normativo, al differente profilo dell'idoneità alla prestazione lavorativa e dell'impossibilità della stessa».

Ne risulta, in ultima analisi, un'interpretazione dell'art. 90, comma 1, d.l. n. 34/2020 che, pur non banalizzando il diritto al lavoro riconosciuto dall'art. 4 Cost. e quello alla salute *ex* art. 32 Cost., condiziona il diritto al lavoro agile al soddisfacimento delle esigenze organizzative datoriali, valorizzando l'intangibilità degli assetti organizzativi che l'imprenditore si è dato nell'esercizio delle prerogative riconosciutegli dall'art. 41, comma 1, Cost.

3. Disabilità, ragionevoli accomodamenti e lavoro agile

Nel caso sottoposto al Tribunale di Roma, una lavoratrice agiva contro la società datrice di lavoro allo scopo di vedersi riconosciuto, previo accertamento della condizione di disabilità, il diritto ad accomodamenti ragionevoli. Più precisamente, la prestatrice di lavoro chiedeva al giudice «di ordinare alla convenuta quali accomodamenti ragionevoli, di adibire la ricorrente a modalità di svolgimento della prestazione lavorativa compatibili con il proprio stato di salute quali il telelavoro domiciliare e/o il lavoro agile senza rientri ovvero con un massimo di 4 rientri mensili».

²⁷ Dello stesso orientamento anche Trib. Padova, 15 ottobre 2020, cit.

La nozione di disabilità cui ci si riferisce è quella fatta propria dal d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, ovvero la nozione di disabilità rilevante ai fini dell'applicazione della normativa antidiscriminatoria di matrice "eurounitaria"²⁸. Il d.lgs. n. 216/2003 fa proprio un concetto di disabilità differente e – almeno all'apparenza – più ampio e generico rispetto a quello adottato, ad esempio, dall'art. 3, comma 1, l. 5 febbraio 1992, n. 104²⁹. Trattasi di un concetto elaborato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea leggendo la dir. n. 2000/78/CE alla luce della Convenzione ONU 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con disabilità³⁰, ratificata dall'Unione europea con dec. n. 2010/48/CE. Infatti, necessitando la corretta applicazione della dir. n. 2000/78/CE di una nozione comunitaria di *handicap* – ovvero di una nozione unica e condivisa in tutti gli Stati membri – e non essendo tale concetto specificato all'interno della direttiva medesima, né in un'altra fonte del diritto "eurounitario"³¹, la Corte di giustizia non ha potuto che rinvenirne la pertinente definizione nell'art. 1, comma 2, della predetta Convenzione, senza peraltro mancare di adattarla al contesto e agli obiettivi della direttiva. Così, se la Convenzione ONU, accogliendo una concezione bio-psicosociale e dinamica di disabilità, afferma che «le persone con disabilità includono quanti hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri» (art. 1, comma 2), la Corte di giustizia, non troppo diversamente, ha chiarito che – ai fini della dir. n. 2000/78/CE, la quale deve essere interpretata alla luce della suddetta Convenzione in ragione della sua ratifica da parte dell'Unione – la nozione di *handicap* va intesa nel senso di «una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione dell'interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori»³². Tale

²⁸ Per una recente trattazione della normativa antidiscriminatoria v. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, 2017, nonché BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, 2019.

²⁹ Sulla l. n. 104/1992 v. almeno CENDON (a cura di), *Handicap e diritto. Legge 5 febbraio 1992 n. 104, legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*, Giappichelli, 1997.

³⁰ Sulla Convenzione ONU e, più in generale, sulla normativa antidiscriminatoria multilivello relativa alla protezione delle persone disabili v. DE AMICIS, *La l. 3 marzo 2009, n. 18 di ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: i principi e le procedure*, in *GM*, 2009, 10, 2375 ss., nonché, più di recente, NUNIN, *Disabilità, lavoro e principi di tutela nell'ordinamento internazionale*, in *VTDL*, 2020, 4, 879 ss.

³¹ Cfr. C. giust., 11 luglio 2006, C-13/05, *Chacón Navas*, in *RIDL*, 2007, II, 758, con nota di GIAPPICHELLI, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla nozione di handicap: un freno alla vis expansiva del diritto antidiscriminatorio?*.

³² C. giust., 11 aprile 2013, causa C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*, in *DPL*, 2013, 26, 1692, successivamente ripresa e precisata – tra le altre – da C. giust., 18 dicembre 2014, causa C-354/13, *FOA*, in *LG*, 2016, 2, 139, con nota di DE LUCA, *La Corte di giustizia prende posizione sul licenziamento a causa dell'obesità* e C. giust., 1° dicembre 2016, causa C-395/15, *Mobamed Daouidi*, in *FI*, 2017, 4, 5. Da ultimo, v. C. giust., 10 febbraio 2022, causa C-485/20, *HR Rail Sa*, in *LG*, 2022, 8-9, 801, con nota di COSIO, *I ragionevoli accomodamenti nel dialogo delle alte Corti* e C. giust., 18 gennaio 2024, C-631/22, *J.M.A.R. v. Ca Na Negreta SA*, in *One Legale*. In dottrina, tra gli innumerevoli, v. almeno DE MOZZI, *Condizioni personali del lavoratore e licenziamento*, Cleup, 2018, 109 ss.; MALZANI, *Dal collocamento mirato al diversity management. Il lavoro dei disabili tra obbligo e inclusione nella prospettiva di genere*, in *RDSS*, 2019, 4, 717 ss.; W. CHIAROMONTE, *L'inclusione sociale dei lavoratori*

limitazione, che deve in ogni caso essere di «lunga durata», può altresì risultare – secondo la Corte – da «una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile»³³.

Le due nozioni alle quali ci sta riferendo potrebbero risultare simili, se non identiche, posto che la categoria delle persone con *handicap*, secondo l'art. 3, comma 1, l. n. 104/1992, ricomprende quanti presentano «una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione». Tuttavia, le due nozioni presentano una differenza sostanziale: mentre il riconoscimento della condizione comunitaria di disabilità prescinde da qualsiasi accertamento medico³⁴, quella di cui all'art. 3, comma 1, l. n. 104/1992 richiede espressamente, ai sensi del successivo art. 4, un accertamento medico preventivo senza il quale non è possibile accedere ai benefici riconosciuti dalla legge medesima. Benché parzialmente sovrapponibili, le due nozioni vanno dunque tenute distinte. Se, infatti, può essere piuttosto comune che il soggetto beneficiario delle tutele di cui alla l. n. 104/1992 possa altresì essere riconosciuto disabile ai sensi della normativa antidiscriminatoria, è vero anche il contrario. Più in generale, nonostante le similitudini esistenti tra le due nozioni in questione, deve tenersi bene a mente che una condizione personale costituente *handicap* ai sensi del diritto interno potrebbe non integrare la nozione di disabilità rilevante ai fini del diritto eurounitario, e viceversa³⁵. Del resto, com'è stato da tempo appurato, all'interno del nostro ordinamento non esiste una nozione univoca ed unitaria di *handicap* o disabilità, dipendendo il loro esatto significato dal contesto nel quale sono utilizzati³⁶. Riprova ne sia la circostanza che ancora diversa rispetto alle precedenti risulta la nozione di disabilità fatta propria dalla l. 12 marzo

disabili fra diritto dell'Unione europea e orientamenti della Corte di giustizia, in *VTDL*, 2020, 4, 907 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.it*, 2024, 1, 6 ss.

³³ C. giust., 11 aprile 2013, causa C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*, cit. Sul rapporto esistente tra le categorie di disabilità e malattia v. *amplius* FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *L'evoluzione del concetto giuridico di disabilità: verso un'inclusione delle malattie croniche?*, in *DRI*, 2017, 1, 74 ss.; BUOSO, *L'inclusione sociale dei disabili alla luce del diritto dell'Unione europea*, in *DLM*, 2019, 1, 88 ss.; W. CHIAROMONTE, op. cit., 907 ss.

³⁴ Cfr. C. giust., 18 gennaio 2018, causa C-270/16, *Conejero*, in *RGL*, 2018, II, 271, con nota di GUAGLIANONE, *Licenziamento per assenteismo e indiretta discriminatorietà per motivi di salute*. Nello stesso senso, nella giurisprudenza interna, anche Cass., 27 settembre 2018, n. 23338, in *LG*, 2019, 3, 253, con nota di TURRIN, *La prova del licenziamento "economico" e discriminatorio in un caso di riduzione di personale fungibile* e Cass., 12 novembre 2019, n. 29289, in *GI*, 2020, 2, 373, con nota di D. GAROFALO, *Disabili e insider/outsider theory*, nonché da ultimo Trib. Roma 18 dicembre 2023, cit. In dottrina, v. almeno DE MOZZI, op. cit., 109 e PERUZZI, *La protezione dei lavoratori disabili nel contratto di lavoro*, in *VTDL*, 2020, 4, 947 ss.

³⁵ In questo senso, ad esempio, Trib. Padova 13 maggio 2020, in *LB*, 2020, 6, 787, con nota di TURRIN, *Il diritto comunitario, il carattere discriminatorio della clausola di un contratto d'appalto e l'insussistenza materiale del fatto contestato al socio lavoratore di cooperativa affetto da disabilità*, nonché Cass., 27 settembre 2018, n. 23338, cit. e Cass., 12 novembre 2019, n. 29289, cit. In dottrina, v. almeno DE MOZZI, op. cit., 112 ss.

³⁶ Cfr., ad esempio, Cass., 27 settembre 2018, n. 23338, cit. In dottrina, tra gli altri, si vedano DE MOZZI, op. cit., 105 ss. e PERUZZI, op. cit., 947 ss., nonché SPINELLI, *La sfida degli "accomodamenti ragionevoli" per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in *DLM*, 2017, 1, 49 e 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, 179 ss.

1999, n. 68, ovvero la nozione di disabilità rilevante ai fini del cosiddetto collocamento obbligatorio³⁷. Basti qui osservare come, al pari di quella dettata dalla l. n. 104/1992, si tratti ancora una volta di una nozione di disabilità calibrata su parametri prettamente medici, nonché di una nozione più ristretta rispetto a quella di tipo “relazionale” adottata dalla Convenzione ONU³⁸. Ne consegue, inevitabilmente, che alcuni soggetti con *handicap* restano esclusi dal campo di applicazione della l. n. 68/1999, nonché dalle tutele che ne derivano³⁹. Un esempio può essere il termine di preavviso dovuto in caso di recesso dall'accordo di lavoro agile da parte del datore di lavoro, preavviso che – ai sensi dell'art. 19, comma 2, l. 22 maggio 2017, n. 81 – «non può essere inferiore a novanta giorni, al fine di consentire un'adeguata riorganizzazione dei percorsi di lavoro rispetto alle esigenze di vita e di cura del lavoratore», ma solo allorché si tratti, per l'appunto, di «lavoratori disabili ai sensi dell'articolo 1 della legge 12 marzo 1999, n. 68». Analoghe considerazioni valgono per i benefici riconosciuti dalla l. n. 104/1992 e, in particolare, per la priorità nell'accesso al lavoro agile riconosciuta dall'art. 18, comma 3-*bis*, l. n. 81/2017, priorità dalla quale risultano esclusi, tra gli altri, i disabili non certificati⁴⁰.

Lo stesso, *mutatis mutandis*, può dirsi in merito alla condizione di fragilità e allo *status* di lavoratore disabile *ex d.lgs. n. 216/2003*⁴¹. Infatti, non è da escludere che un lavoratore fragile possa altresì essere riconosciuto disabile ai sensi della normativa antidiscriminatoria di matrice eurounitaria. Allo stesso tempo, però, non è qualcosa di così scontato, essendo diversi i presupposti per l'accertamento dello *status* di lavoratore disabile e della condizione di fragilità. Conviene dunque tenere distinte le due condizioni, essendo oltretutto differenti le implicazioni che derivano dall'accertamento dell'una piuttosto che dell'altra sul piano del rapporto di lavoro. Lo stesso ragionamento può farsi, inoltre, con riferimento alla condizione di disabilità e a quella di lavoratore affetto da malattie croniche⁴², *status* differenti e solo in parte sovrapponibili, proprio come quelli di *handicap* e fragilità.

³⁷ Sul collocamento mirato delle persone disabili e sulla nozione di disabilità rilevante ai fini della l. n. 68/1999 si vedano, limitandosi ai contributi più recenti, MALZANI, *op. cit.*, 729 ss.; RICCARDI, *Disabili e lavoro*, CACUCCI, 2018; D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *ADL*, 2019, 6, 1211 ss.; FERRARA, *L'avviamento al lavoro dei disabili: verso il collocamento mirato “personalizzato” e la soluzione ragionevole “a responsabilità condivisa”?*, in *VTDL*, 2020, 4, 923 ss.; RICCARDI, *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.

³⁸ Cfr., ad esempio, TORSSELLO, *op. cit.*, 212 e 215.

³⁹ Cfr. di NUOVO TORSSELLO, *op. cit.*, 217.

⁴⁰ Peraltro, quello appena evidenziato è solo uno dei numerosi profili di criticità dell'art. 18, comma 3-*bis*, l. n. 81/2017, disposizione che, ancorché apprezzabile negli intenti, desta più di qualche perplessità, specie dal punto di vista pratico-applicativo. Per una lettura critica della norma in questione v. almeno DAGNINO, *Priorità per l'accesso al lavoro agile e ad altre forme di lavoro flessibile*, in D. GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, TROISI (a cura di), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, ADAPT e-Book, n. 96/2023, 602 ss.

⁴¹ Sui rapporti intercorrenti tra le nozioni di fragilità e disabilità v., ad esempio, BONO, *op. cit.*, 433 ss.

⁴² Sulla categoria dei lavoratori affetti da patologia cronica, ancora oggi privi di un preciso riconoscimento giuridico, nonché sulla contiguità di questa categoria di soggetti rispetto a quelle dei lavoratori fragili, disabili o anziani, si vedano: FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, 74 ss.; CARACCIOLLO, *op. cit.*, 127 ss.; VARVA, *Malattie croniche e lavoro tra normativa e prassi*, in *RIDL*, 2018, I,

Peraltro, le cose potrebbero presto cambiare, apparendo ormai prossima l'attuazione della l. 22 dicembre 2021, n. 227, provvedimento che delega il Governo ad adottare «uno o più decreti legislativi per la revisione e il riordino delle disposizioni vigenti in materia di disabilità» (art. 1, comma 1), ivi compresa la «definizione della condizione di disabilità» (art. 1, comma 5, lett. a)). Non è dunque da escludere una possibile razionalizzazione della materia che, oltre a ricondurre ad unità la nozione di disabilità, faccia chiarezza sui rapporti intercorrenti tra quest'ultima e le condizioni di lavoratore fragile o con malattie croniche⁴³. Tanto chiarito, resta da dire che allo stato attuale solo l'accertamento dello *status* di lavoratore disabile rilevante ai fini della dir. 2000/78/CE pone in capo al datore di lavoro l'obbligo di adottare in favore del prestatore di lavoro degli accomodamenti ragionevoli, da intendersi come tutti quei «provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato» (art. 5 dir. 2000/78/CE). Ben può dirsi che tali accomodamenti o soluzioni ragionevoli sul luogo di lavoro rientrano a pieno titolo tra le misure volte a garantire «l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità» (art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) delle persone con disabilità⁴⁴. Coerentemente, il rifiuto di adottare soluzioni ragionevoli, il cui scopo è quello di «garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali» (art. 2 Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità), integra – secondo l'art. 2 della sopracitata Convenzione ONU – una discriminazione vietata⁴⁵. Né il d.lgs. n. 216/2003, né tantomeno la dir. 2000/78/CE o la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità forniscono un elenco di possibili soluzioni ragionevoli che il datore di lavoro è tenuto ad adottare, se non a scopo puramente esemplificativo. Né, del resto, potrebbero fare diversamente. L'obbligo di adottare accomodamenti

109 ss.; MILITELLO, *La tutela del lavoratore affetto da patologia oncologica in Italia*, in *DRI*, 2018, 2, 457 ss.; LEVI, *Sostenibilità del lavoro e tutela della salute in senso dinamico: la prospettiva privilegiata delle malattie croniche*, *ivi*, 2023, 2, 277 ss.; DAGNINO, *La tutela del lavoratore malato cronico tra diritto vivente e (mancate) risposte di sistema*, *ivi*, 336 ss.

⁴³ Sulle prospettive dischiuse dalla l. n. 227/2021 i giudizi della dottrina sono invero perlopiù scettici, rilevando come siano molteplici i profili di incongruenza della legge delega. Tra gli altri, si vedano DAGNINO, *La tutela del lavoratore malato cronico tra diritto vivente e (mancate) risposte di sistema*, cit., 350 ss.; DE FALCO, *Ragionando attorno alla Legge delega in materia di disabilità: una prospettiva giuslavoristica*, in *RCP*, 2022, 5, 1738 ss. e VERZULLI, *Disabilità, malattia cronica, fragilità: il lavoro agile come accomodamento ragionevole*, in *DSL*, 2024, 1, 8 ss.

⁴⁴ Sull'art. 26 della Carta di Nizza e, più in generale, sull'inclusione delle persone disabili nell'ordinamento comunitario v. almeno BUOSO, op. cit., 85 ss. e RICCARDI, *Disabili e lavoro*, cit., 181 ss.

⁴⁵ In questo senso, ad esempio, Trib. Pisa, 17 aprile 2015, in *ADL*, 2016, 1, 164, con nota di CANGEMI, *Riflessioni sul licenziamento per inidoneità psico-fisica: tra ingiustificatezza e discriminatorietà*; Trib. Firenze, 19 marzo 2020, in *DRI*, 2021, 1, 190, con nota di CAROLLO, *Un itinerario giurisprudenziale sul collocamento mirato*; Trib. Lecco, 9 febbraio 2023, *ivi*, 2023, 4, 1057, con nota di AMBROSIO, *Le soluzioni ragionevoli quali argomenti a favore della tutela antidiscriminatoria*. In dottrina, v. almeno BRESCIANI, *Le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione dell'obbligo di attuare i ragionevoli accomodamenti, fra licenziamento nullo o ingiustificato*, in *VTDL*, 2022, 2, 292 ss.

ragionevoli sul luogo di lavoro, infatti, richiede una valutazione caso per caso, nonché una soluzione su misura, individualizzata, ovvero che tenga conto delle condizioni del singolo lavoratore e delle particolarità del suo *handicap*, sì da realizzare la soluzione materiale od organizzativa più adatta al caso di specie⁴⁶. Detto altrimenti, l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli è «una nozione a contenuto variabile [...] che ha come caratteristica strutturale proprio l'indeterminatezza: consapevole dell'impossibilità di una tipizzazione delle condotte prescrivibili, il legislatore ha conferito all'interprete il compito di individuare lo specifico contenuto dell'obbligo, guidato dalle circostanze del caso concreto»⁴⁷.

Non v'è dunque alcun dubbio sul fatto che il lavoro agile possa costituire per talune categorie di lavoratori disabili una forma di accomodamento ragionevole⁴⁸. Riprova ne sono le *Linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità* adottate con d.m. 11 marzo 2022, n. 43 in attuazione di quanto previsto dall'art. 1, comma 1, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151, le quali, oltre a fornire un elenco esemplificativo di soluzioni ragionevoli, qualificano espressamente il lavoro agile come una forma di accomodamento ragionevole⁴⁹. Una forma di accomodamento ragionevole che oltretutto, ferma restando la necessità di valutare il caso concreto, non sembra a prima vista tale da comportare per il datore di lavoro né «oneri organizzativi eccessivi»⁵⁰, né «un onere finanziario sproporzionato» (art. 5 dir. 2000/78/CE). In altre parole, «in sede di giudizio il datore di lavoro potrebbe in più occasioni soccombere di fronte all'onere di provare che l'accomodamento ragionevole “agile” rappresenti una misura sproporzionata e irragionevole rispetto alla modalità lavorativa in presenza», gravando infatti su di lui «l'onere di provare l'impossibilità di accordare al lavoratore disabile l'accomodamento agile perché costituisce un

⁴⁶ Sulla nozione di soluzioni ragionevoli e le implicazioni sottostanti l'obbligo di adottare simili accomodamenti sul luogo di lavoro si vedano, tra gli innumerevoli, SPINELLI, op. cit., 39 ss.; DE MOZZI, op. cit., 165 ss.; RICCARDI, *Disabili e lavoro*, cit., 181 ss.; BUOSO, op. cit., 96 ss.; D. GAROFALO, op. cit., 1224 ss.; W. CHIAROMONTE, op. cit., 913 ss.; RICCARDI, *L'inserimento del lavoratore disabile nell'organizzazione datoriale*, cit., 694 ss.; D'ASCOLA, op. cit., 179 ss.; DELOGU, op. cit., 11 ss.; DE FALCO, *Accomodamenti ragionevoli: sovvenzioni nel settore privato, accessibilità ovunque*, in *RIDL*, 2021, 4, 433 ss.; PALLADINI, *Licenziamento, inidoneità sopravvenuta e ragionevole accomodamento*, in *VTDL*, 2024, Fascicolo Straordinario, 91 ss.

⁴⁷ Cass., 9 marzo 2021, n. 6497, in *ADL*, 2021, 4, 1055, con nota di DE PETRIS, *L'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli nei luoghi di lavoro: approdi definitivi della Suprema Corte e questioni ancora aperte*. Sull'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli v. già Cass., 19 marzo 2018, n. 6798, in *RIDL*, 2019, II, 161, con nota di AIMO, *Inidoneità sopravvenuta alla mansione e licenziamento: l'obbligo di accomodamenti ragionevoli preso sul serio dalla Cassazione*, nonché, più di recente, Trib. Lecco, 9 febbraio 2023, cit. e App. Milano, 15 novembre 2023, in *Newsletter Wikilabour*, n. 4/2024.

⁴⁸ Per un riscontro, v. App. Napoli, 19 febbraio 2021, in *ADL*, 2021, 5, 1263, con nota di VALENTE, *Il lavoro agile come misura di “accomodamento ragionevole” per il lavoratore disabile con difficoltà a raggiungere il luogo di lavoro*.

⁴⁹ Per un commento ai contenuti delle *Linee guida* v. almeno DE FALCO, *Linee guida in materia di collocamento mirato delle (e per le) persone con disabilità*, in *Boll. Adapt*, n. 12/2022.

⁵⁰ Cass., 26 ottobre 2018, n. 27243, in *FI*, 2019, 5, 1, 1751. Sugli oneri sproporzionati o eccessivi, nonché sulla salvaguardia delle posizioni lavorative degli altri prestatori di lavoro eventualmente coinvolti quali limiti all'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli, v. Cass., 19 dicembre 2019, n. 34132, in *LB*, 2020, 5, 633, con nota di MARGIOTTA, *Tutela dei disabili, “accomodamenti ragionevoli” e obbligo di “repechage”*, nonché Cass., 9 marzo 2021, n. 6497, cit., pronuncia che ha individuato nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità il confine oltre il quale non può spingersi l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli. In dottrina, tra gli altri, v. DE FALCO, *Accomodamenti ragionevoli: sovvenzioni nel settore privato, accessibilità ovunque*, cit., 440 ss.; D'ASCOLA, op. cit., 200 ss.; DELOGU, op. cit., 14 ss.; PALLADINI, op. cit., 94 ss.

onere sproporzionato e irragionevole oppure perché la presenza fisica sul posto di lavoro è indispensabile⁵¹. Difatti, come statuito dalla giurisprudenza di legittimità, «a fronte del lavoratore che deduca e provi di trovarsi in una condizione di limitazione, risultante da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature secondo il diritto dell'Unione Europea, quale fonte dell'obbligo datoriale di ricercare soluzioni ragionevoli [...], graverà sul datore di lavoro l'onere di provare di aver adempiuto all'obbligo di "accomodamento"»⁵².

Considerate le potenzialità del lavoro agile quale forma di accomodamento ragionevole, non sorprende che la lavoratrice che ha adito il Tribunale di Roma abbia espressamente chiesto di poter lavorare da remoto. Del resto, come si evince dai fatti di causa, la stessa aveva già in precedenza beneficiato sia del telelavoro che dello *smart working* per diversi anni, un "*benefit*" del quale aveva presumibilmente potuto giovare proprio in ragione delle molteplici patologie di cui soffriva. Il giudice, una volta accertato che tra le patologie che affliggevano la lavoratrice vi fossero l'obesità e la fibromialgia muscolo-tensiva e che queste ultime fossero tali da integrare una condizione di disabilità, ha quindi condannato il datore di lavoro a consentire lo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agili. Infatti, il giudice capitolino ha riconosciuto un peso particolare alla necessità di tutelare le condizioni di salute della ricorrente⁵³, condizioni che avrebbero rischiato di essere ulteriormente compromesse qualora la stessa avesse continuato a svolgere la propria prestazione prevalentemente "in presenza", circostanza che – oltretutto – avrebbe potuto finire col pregiudicarne anche il «diritto alla professionalità» qualora, perdurando l'impossibilità a svolgere la prestazione prevalentemente in presenza, fosse stata costretta ad assentarsi dal lavoro⁵⁴. Pertanto, il giudice ha riconosciuto alla lavoratrice «il diritto [...] a svolgere la prestazione lavorativa prevalentemente mediante modalità del lavoro agile prevedendo al massimo 4 rientri mensili».

La pronuncia in parola ha il merito di aver chiarito un punto importante e generalmente trascurato dalla giurisprudenza precedente: ancorché venga riconosciuto al prestatore di lavoro il diritto ad eseguire la prestazione lavorativa in modalità agili, quest'ultima non potrà essere resa interamente da remoto, dovendo essere comunque rispettato il requisito dell'alternanza previsto dall'art. 18, comma 1, l. n. 81/2017⁵⁵. Ciò vale tanto per l'ipotesi in cui il lavoro agile venga concesso quale forma di accomodamento ragionevole quanto per

⁵¹ VERZULLI, op. cit., 2-3.

⁵² Cass., 9 marzo 2021, n. 6497, cit. In argomento, v. almeno ALESSI, *Disabilità, accomodamenti ragionevoli e oneri probatori*, in *RIDL*, 2021, I, 613 ss.

⁵³ Da questo punto di vista, l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli fuoriesce dall'ambito del diritto antidiscriminatorio per divenire misura prevenzionistica ex art. 2087 c.c. In proposito, v. almeno DE FALCO, *Accomodamenti ragionevoli: sovvenzioni nel settore privato, accessibilità ovunque*, cit., 433 ss. e VERZULLI, op. cit., 11 ss.

⁵⁴ Sul diritto alla professionalità quale bene giuridico protetto dall'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli v. anche Trib. Lecco, 9 febbraio 2023, cit.

⁵⁵ Di questo avviso anche CALIA, *Le modifiche alla l. n. 81/2017 e al d.lgs. n. 81/2015: uno sguardo d'insieme (artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 105/2022)*, in D. GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, TROJSI (a cura di), op. cit., 587.

quella in cui lo *smart working* costituisca un diritto espressamente riconosciuto dalla normativa, come nel caso dei lavoratori fragili. Tuttalpiù, la gravità delle condizioni di salute del lavoratore disabile o in condizione di fragilità potrà far propendere, come nel caso di specie, per una prevalenza delle giornate di lavoro in *smart working* rispetto a quelle “in presenza”. Resta invece ancora da chiarire come conciliare il diritto al lavoro agile con la consensualità che dovrebbe caratterizzare l’istituto di cui al Capo II della l. n. 81/2017 e, in particolare, con la definizione di comune accordo delle coordinate spazio-temporali della prestazione da rendersi in modalità *smart*, profilo infatti trascurato tanto dalle sentenze in commento quanto dalla giurisprudenza pregressa. Cionondimeno, si ritiene che l’accordo tra le parti rimanga un elemento indefettibile della fattispecie anche qualora il lavoratore possa vantare un “diritto” al lavoro agile⁵⁶, dovendosi definire di comune accordo, se non l’*an* o il *quantum*, perlomeno il *quomodo* della prestazione di lavoro da svolgersi all’esterno dei locali aziendali.

Peraltro, ciò che qui più interessa è evidenziare come le due sentenze, al di là di alcune similitudini, giungano nel merito ad esiti completamente difformi in ragione del diverso bilanciamento degli interessi coinvolti. Infatti, benché gli interessi in gioco nelle due controversie fossero i medesimi – il diritto alla salute, il diritto al lavoro e la libertà d’iniziativa economica – non può sfuggire come gli stessi siano stati valutati e soppesati diversamente, il che, peraltro, non è da attribuire ad un caso di soggettivismo giudiziario, quanto piuttosto proprio alle nozioni di fragilità e disabilità. È quest’ultima, in altre parole, a connotarsi a monte per un diverso bilanciamento degli interessi coinvolti più favorevole al lavoratore rispetto a quello operato dalla nozione di fragilità. Lo si può osservare se si prende in considerazione il diritto ad accomodamenti ragionevoli, diritto riconosciuto solo in capo ai lavoratori disabili e non anche in favore dei lavoratori fragili. Tale diritto, la cui funzione è quella di rendere effettivo il diritto alla parità di trattamento dei lavoratori disabili, garantendone l’accesso e la permanenza nel mondo di lavoro, configura infatti un bilanciamento tra diritto alla salute, diritto al lavoro e libertà d’iniziativa economica che, a scapito di quest’ultima, valorizza i primi e, soprattutto, il diritto di cui all’art. 32 Cost., come del resto prefigurato anche dal successivo art. 41, comma 2, così come novellato dall’art. 2 l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1⁵⁷. Sembra, infatti, che lo *status* di lavoratore con disabilità ed il diritto ad accomodamenti ragionevoli che ne deriva, a differenza della condizione di lavoratore fragile, siano idonei ad intaccare la libertà di organizzazione dell’impresa, rendendosi necessario un sacrificio al fine di realizzare l’uguaglianza sostanziale prefigurata dall’art. 3, comma 2, Cost., dalla dir. 2000/78/CE e dalla sopracitata Convenzione ONU⁵⁸. Del resto,

⁵⁶ Così anche ALES, *Il lavoro in modalità agile e l’adeguamento funzionale della subordinazione: un processo indolore?*, in *federalismi.it*, 2022, 34, 190.

⁵⁷ In proposito, v. le considerazioni di D’ASCOLA, op. cit., 202 ss., nonché quelle di DELOGU, op. cit., 24 ss. e di PALLADINI, op. cit., 91 ss.

⁵⁸ Cfr. nuovamente Cass., 9 marzo 2021, n. 6497, cit., secondo cui «potrà dirsi ragionevole ogni soluzione organizzativa

tanto l'art. 5 della dir. 2000/78/CE quanto l'art. 3, comma 3-bis, d.lgs. n. 216/2003 esigono che il datore di lavoro adotti delle misure di natura tecnica o organizzativa, ovvero dei comportamenti di contenuto positivo⁵⁹, che – inevitabilmente – incidono sugli assetti organizzativi dell'impresa, modificandone lo *status quo ante*⁶⁰. Viene meno, dunque, il dogma dell'insindacabilità e dell'immodificabilità delle scelte imprenditoriali sancito dall'art. 30, comma 1, l. 4 novembre 2010, n. 183⁶¹. Riprova ne è il fatto che il datore di lavoro è esonerato solo dall'adottare quei provvedimenti che comportino «un onere finanziario sproporzionato» (art. 5 dir. 2000/78/CE). Il che, peraltro, è da escludersi allorquando «l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili»⁶² (art. 5 dir. 2000/78/CE).

A questo proposito, basti qui ricordare che, secondo l'art. 14, comma 4, lett. b), l. n. 68/1999, il Fondo regionale per l'occupazione dei disabili eroga anche «contributi per il rimborso forfetario parziale delle spese necessarie all'adozione di accomodamenti ragionevoli in favore dei lavoratori con riduzione della capacità lavorativa superiore al 50 per cento, *incluso l'apprestamento di tecnologie di telelavoro*» (corsivo dell'A). Benché la norma in questione menzioni il telelavoro e non il lavoro agile, è chiaro come l'indicazione del primo sia meramente esemplificativa e che anche l'adozione del secondo consenta al datore di lavoro di accedere ai contributi erogati dal Fondo regionale per l'occupazione dei disabili. Si conferma, dunque, la validità del lavoro a distanza come forma di accomodamento ragionevole, nonché l'impressione per cui dall'adozione del lavoro agile non derivi – almeno a prima vista – «un onere finanziario sproporzionato» (art. 5 dir. 2000/78/CE). Sennonché, tali contributi sono concessi solo qualora si tratti di accomodamenti ragionevoli posti in essere in favore di lavoratori con riduzione della capacità lavorativa superiore al 50%, circostanza che, purtroppo, crea ulteriori disuguaglianze all'interno della categoria dei lavoratori disabili⁶³.

praticabile che miri a salvaguardare il posto di lavoro del disabile in un'attività che sia utile per l'azienda e che imponga all'imprenditore, oltre che al personale eventualmente coinvolto, un sacrificio che non ecceda i limiti di una tollerabilità considerata accettabile secondo «la comune valutazione sociale». In questo senso, più di recente, anche App. Milano 15 novembre 2023, cit. In precedenza, invece, seppure in termini meno stringenti, v. Cass., 19 marzo 2018, n. 6798, cit. e Cass., 19 dicembre 2019, n. 34132, cit.

⁵⁹ Cfr. ancora una volta Cass., 9 marzo 2021, n. 6497, cit., ove si afferma che l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli «si caratterizza non tanto, in negativo, per il divieto di comportamenti che violano la parità di trattamento, quanto piuttosto per il suo profilo di azione, in positivo, volta alla ricerca di misure organizzative ragionevoli idonee a consentire lo svolgimento di un'attività lavorativa, altrimenti preclusa, a persona con disabilità».

⁶⁰ Cfr. RICCARDI, *L'inserimento del lavoratore disabile nell'organizzazione datoriale*, cit., 696 e PALLADINI, op. cit., 94 ss.

⁶¹ Cfr. D. GAROFALO, op. cit., 1228 ss., nonché 1239 ss.; PALLADINI, op. cit., 91 ss.; DE FALCO, *Accomodamenti ragionevoli: sovvenzioni nel settore privato, accessibilità ovunque*, cit., 433 ss.

⁶² Sulle forme di compensazione degli oneri derivanti dall'adozione di accomodamenti ragionevoli v. almeno DE FALCO, *Accomodamenti ragionevoli: sovvenzioni nel settore privato, accessibilità ovunque*, cit., 444 ss. e SPINELLI, op. cit., 44 ss., nonché 55 ss.

⁶³ La norma citata, infatti, non si riferisce a tutti i lavoratori disabili, ma solo a quelli «certificati» e – per giunta – solo a quanti di loro presentino una riduzione della capacità lavorativa superiore al 50%, il che non può che riflettersi sul concetto di «onere finanziario sproporzionato» (art. 5 dir. 2000/78/CE) e, quindi, sui livelli di tutela assicurati a soggetti che, pur diversi,

4. Cenni sulla figura del caregiver nella legislazione e nella giurisprudenza recenti

Sintomatica del diverso bilanciamento d'interessi sotteso alle condizioni di disabilità e fragilità è anche la differente attenzione riservata dal legislatore alla figura del *caregiver* nelle due ipotesi di cui si sta trattando. Se, infatti, nel caso del lavoratore fragile l'attenzione del legislatore verso la figura (del lavoratore) che si occupa di assisterlo risulta piuttosto scarsa, se non completamente assente, lo stesso non può dirsi per il *caregiver* di un lavoratore affetto da disabilità, purché peraltro si tratti di disabile *ex l. n. 104/1992*.

Per quanto riguarda i fragili, l'unica norma posta a presidio del loro eventuale *caregiver* risulta essere l'art. 39, comma 2-*bis*, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27. Da tale disposizione, da leggersi congiuntamente al precedente comma 2 del medesimo art. 39, deriva il riconoscimento di una «priorità nell'accoglimento delle istanze di svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità agile» formulate «[d] ai lavoratori immunodepressi e [d]ai familiari conviventi di persone immunodepresse» del settore privato⁶⁴. La disposizione in questione presenta molteplici profili di criticità, a partire dal fatto che non trova applicazione nei confronti dei lavoratori alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e dei loro *caregivers*. Tuttavia, il difetto più significativo va identificato nel fatto che la norma in discorso non si riferisce alla generalità dei lavoratori fragili e dei loro *caregivers*, bensì solo ed esclusivamente ai lavoratori immunodepressi, categoria che – per quanto ampia – non ricomprende certo tutti i soggetti in condizione di fragilità.

Situazione non poi così diversa quella del *caregiver* di persona disabile, perlomeno se come chiave di lettura continua ad adottarsi esclusivamente il lavoro agile. Infatti, anche in questo caso, il legislatore si limita a riconoscere ai loro *caregivers* una mera priorità nell'accesso al lavoro agile ai sensi dell'art. 18, comma 3-*bis*, l. n. 81/2017 e dell'art. 33, comma 6-*bis*, l. n. 104/1992. Tuttavia, ampliando lo sguardo e volgendolo verso gli altri istituti di conciliazione vita-lavoro presenti all'interno dell'ordinamento, ci si accorgerà che a questa figura il legislatore dedica ben altre attenzioni. Si pensi, ad esempio, al “diritto all'inamovibilità” del lavoratore che assiste un familiare in condizione di disabilità grave ai sensi dell'art. 33, comma 5, l. n. 104/1992, ai permessi di cui ai commi 2 e 3 del medesimo art. 33, nonché ai permessi e ai congedi riconosciuti dagli artt. 33 e 42 d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 ed, infine, ai diritti di priorità nella trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale sanciti dall'art. 8, commi 4 e 5, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81. Cionondimeno, anche nel caso del *caregiver* di soggetto disabile si registrano delle criticità, la principale delle quali è da riferire – ancora una volta – all'assenza di una definizione

presentano comunque una condizione di disabilità e di bisogno.

⁶⁴ Per un più ampio commento a tale disposizione sia consentito il rinvio a Turrin, *op. cit.*, 11 ss.

univoca di disabilità. Infatti, le disposizioni relative agli istituti di conciliazione vita-lavoro pensati per agevolare i lavoratori *caregivers* di persone disabili nello svolgimento della loro attività di cura ed assistenza fanno esclusivo riferimento al concetto di disabilità (grave) rilevante ai fini della l. n. 104/1992.

Se si prende invece in considerazione la nozione eurounitaria di disabilità, viene in rilievo la ben nota elaborazione giurisprudenziale della figura della discriminazione "per associazione". Esempio, al riguardo, è il caso *Coleman*⁶⁵. Sulla base di questa giurisprudenza si potrebbe, ad esempio, giungere a dichiarare discriminatoria un'organizzazione dell'orario di lavoro che ostacoli un *caregiver* nel prestare cura ed assistenza ad un familiare disabile. Del resto, oggi l'art. 25, comma 2-bis, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, così come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. c), l. 5 novembre 2021, n. 162, qualifica espressamente come discriminatorio «ogni trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro che, in ragione [...] delle esigenze di cura personale o familiare», ponga il lavoratore interessato in una «posizione di svantaggio rispetto alla generalità degli altri lavoratori». Del diritto ad accomodamenti ragionevoli, invece, sembra possano giovare esclusivamente i lavoratori il cui *handicap* integri la nozione comunitaria di disabilità e non anche i loro *caregivers*⁶⁶. In questo senso, del resto, depone anche la sopracitata sentenza *Coleman*, ove la stessa Corte di giustizia menziona l'art. 5 della dir. 2000/78/CE – relativo al diritto a soluzioni ragionevoli – subito dopo aver espressamente riconosciuto che «la direttiva 2000/78 contiene diverse disposizioni applicabili, come risulta dalla loro stessa formulazione, unicamente alle persone disabili»⁶⁷. Ciò vale, in particolare, per gli accomodamenti ragionevoli, trattandosi di «misure volte a tener conto delle esigenze dei disabili sul lavoro e ad adeguare il luogo di lavoro a seconda della loro disabilità», misure che «potrebbero rivelarsi sproporzionate se non fossero limitate alle sole persone disabili»⁶⁸.

Tuttavia, recentemente, persino la Corte di Cassazione si è interrogata sul punto, sollevando – ex art. 267 TFUE – una questione pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 2 e 5 della dir. 2000/78/CE. Il giudice della nomofilachia ha infatti chiesto alla Corte di giustizia se tali disposizioni debbano essere interpretate nel senso che anche al lavoratore *caregiver* di un soggetto disabile spetti il diritto a soluzioni ragionevoli, a dimostrazione del fatto che la questione è assai più controversa di quanto non si pensasse⁶⁹. Al giudice di legittimità,

⁶⁵ Ci si riferisce a C. giust., 17 luglio 2008, causa C-303/06, *Coleman*, in *D&L*, 2008, 1169, con nota di CALAFÀ, *Disabilità, discriminazione e molestia "associata": il caso Coleman e l'estensione elastica del campo di applicazione soggettivo della direttiva 2000/78*.

⁶⁶ *Contra*, Trib. Bari, 26 giugno 2018, in *ADL*, 2018, 6, 1647, con nota di ROSSI, *Assistenza al familiare disabile e obbligo datoriale di adottare "ragionevoli accomodamenti"* e BONARDI, *Il diritto di assistere. L'implementazione nazionale delle previsioni a favore dei caregivers della direttiva 2019/1158 in materia di conciliazione*, in AA.VV., *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della direttiva 2019/1158/UE*, Editoriale Scientifica, 2023, 119.

⁶⁷ C. giust., 17 luglio 2008, causa C-303/06, *Coleman*, cit.

⁶⁸ C. giust., 17 luglio 2008, causa C-303/06, *Coleman*, cit.

⁶⁹ Cfr. Cass., 17 gennaio 2024, n. 1788, in *DEG*, 2024, 13, 8, con nota di LEVERONE, *Il diritto del caregiver familiare ad una tutela piena contro le discriminazioni*.

inoltre, non è sfuggito che «sarebbe doveroso definire la nozione di *caregiver* rilevante ai fini dell'applicazione della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000»⁷⁰. Tale questione si pone poiché, allo stato attuale, così come manca a livello nazionale una nozione univoca ed unitaria di disabilità, lo stesso deve dirsi – pur con i dovuti distinguo – con riguardo alla figura del *caregiver*. Infatti, mentre la dir. 2000/78/CE non si preoccupa di tale profilo, la rilevanza della definizione di *caregiver* fornita dall'art. 3, par. 1, lett. d), dir. 2019/1158/UE⁷¹, attuata con d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105⁷², risulta circoscritta all'ambito di applicazione della direttiva medesima.

Il quadro cambia, ma solo in parte, se si guarda all'ordinamento interno. Il problema, infatti, invece che scomparire, si ripropone in forma diversa. Se, in effetti, l'art. 1, comma 255, l. 27 dicembre 2017, n. 205 fornisce una definizione di *caregiver*⁷³, quest'ultima risulta scarsamente coordinata con altre disposizioni di legge, a cominciare dalla l. n. 104/1992, la quale fornisce una nozione di *caregiver* più ristretta⁷⁴. Inoltre, non è affatto chiaro se la definizione fornita dal legislatore nel 2017 possa essere adoperata al di là dei casi in cui risulta espressamente menzionata e, più precisamente, nell'ambito del diritto antidiscriminatorio. Per di più, a questa definizione non si accompagna un vero e proprio statuto giuridico, ovvero un apparato coerente e sistematico di diritti, garanzie e forme di sostegno che agevolano il *caregiver* nell'espletamento delle sue funzioni. Non sorprende, dunque, che di recente il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità abbia rilevato che il nostro Paese viola diverse disposizioni dell'omonima Convenzione, non assicurando ai *caregivers* familiari e, quindi, alle persone con disabilità un adeguato livello di tutela ed assistenza⁷⁵.

⁷⁰ Cass., 17 gennaio 2024, n. 1788, cit.

⁷¹ Secondo l'art. 3, par. 1, lett. d), dir. 2019/1158/UE, per "prestatore di assistenza" deve intendersi «un lavoratore che fornisce assistenza o sostegno personali a un familiare o a una persona che vive nello stesso nucleo familiare del lavoratore e necessita di notevole assistenza o sostegno a causa di condizioni di salute gravi, come definito da ciascuno Stato membro».

⁷² Per un commento sistematico ai contenuti del d.lgs. n. 105/2022 v. D. GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, TROISI (a cura di), op. cit., 407 ss., nonché AA.Vv., op. cit., *passim*.

⁷³ In base all'art. 1, comma 255, l. n. 205/2017, «si definisce caregiver familiare la persona che assiste e si prende cura del coniuge, dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto ai sensi della legge 20 maggio 2016, n. 76, di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, o sia titolare di indennità di accompagnamento ai sensi della legge 11 febbraio 1980, n. 18». In proposito, v. almeno PISTORE, *Alla ricerca di un inquadramento giuridico per il caregiver familiare*, in DEL PUNTA, GOTTARDI, NUNIN, TIRABOSCHI (a cura di), *Salute e benessere dei lavoratori: profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, ADAPT University Press, 2020, 205 ss.

⁷⁴ Cfr. BONARDI, op. cit., 116.

⁷⁵ Decisione CRPD/C/27/D/51/2018, in <https://www.dirittoantidiscriminatorio.it/lonu-condanna-litalia-per-violazione-dei-diritti-umani-dei-caregiver-familiari/>.

5. Considerazione conclusive

Alla luce di quanto sinora evidenziato, va riconosciuto come le due situazioni del lavoratore disabile e di quello in condizione di fragilità, pur analoghe, siano trattate dal legislatore in maniera sostanzialmente diversa, forse addirittura irragionevole. Tale disparità emerge nitidamente sia analizzando la normativa che riconosce in loro favore un canale di accesso preferenziale al lavoro agile, sia prendendo in esame l'ambito applicativo della normativa antidiscriminatoria e le tutele accordate al loro eventuale *caregiver*.

Dato che la normativa vigente non riconosce più alcuna rilevanza alla condizione di fragilità, si potrebbe pensare che il problema di cui si sta trattando abbia ormai perso di rilievo ed attualità, non ponendosi più – nemmeno in astratto – alcuna questione di disparità di trattamento tra le categorie dei fragili e dei disabili. Tuttavia, la questione di cui si sta discutendo sembra foriera di implicazioni anche per il futuro. Infatti, benché il legislatore si accinga a riformare la materia dando attuazione alle deleghe contenute nella l. n. 227/2021⁷⁶, non è da escludersi che in futuro possano ripresentarsi situazioni di ingiustificata disparità di trattamento non dissimili da quella messa in evidenza in questa sede. Per evitare alla radice il problema occorrerebbe che il legislatore adottasse una nozione univoca di disabilità, astenendosi al contempo dal graduare le tutele accordate a categorie di soggetti tra loro sostanzialmente omogenee come quelle dei lavoratori in condizione di fragilità, con *handicap* o affetti da malattie croniche in ragione di definizioni e parametri inidonei a differenziare davvero. Diverse e significative, infatti, sono le incongruenze che sono state rilevate in questa sede rispetto alle forme di tutela accordate a questi soggetti e ai loro eventuali *caregivers*, pur essendo la loro condizione poi non così dissimile⁷⁷. Non che queste diverse categorie di lavoratori in stato di bisogno debbano necessariamente essere trattate allo stesso modo. Anzi, ciascuna di queste categorie presenta delle specificità di cui il legislatore dovrebbe tener conto. Al contempo, però, si avverte l'esigenza di evitare irragionevoli disparità di trattamento tra categorie di lavoratori fra loro di fatto contigue, il che richiede, *in primis*, di individuare dei criteri idonei a delimitare con maggiore chiarezza i confini tra l'una e le altre e, *in secundis*, di assicurare in ogni caso che a fronte di situazioni di bisogno simili siano garantite tutele comparabili, senza alcuna distinzione tra lavoratori pubblici e privati.

⁷⁶ Va peraltro segnalato almeno in nota come ad alcune delle deleghe contenute all'interno della l. n. 227/2021 il legislatore abbia invero già dato attuazione. Ci si riferisce, anzitutto, alla delega di cui all'art. 2, co. 2, lett. f), relativa all'istituzione di un Garante nazionale delle disabilità, figura la cui composizione e le cui funzioni sono infatti state definite con d.lgs. 5 febbraio 2024, n. 20. Tuttavia, ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 20/2024, l'effettiva istituzione dell'Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità non avverrà prima del 1° gennaio 2025. Non va poi scordata la delega di cui all'art. 2, co. 2, lett. e), relativa alla riqualificazione dei servizi pubblici per l'inclusione e l'accessibilità, la quale ha trovato attuazione con d.lgs. 13 dicembre 2023, n. 222.

⁷⁷ Dello stesso avviso, ad esempio, anche VERZULLI, op. cit., 8.

Fatta questa considerazione, resta da spendere qualche parola sulla validità del lavoro agile quale forma di accomodamento ragionevole.

Quest'ultimo, in effetti, risulta particolarmente indicato per garantire l'accesso e la permanenza all'interno del mercato del lavoro di molti soggetti portatori di *handicap*, consentendo loro altresì di conciliare vita, lavoro e salute. Lo dimostrano le numerose sentenze, comprese quelle qui commentate, con cui diversi lavoratori – non solo fragili e disabili – hanno agito *ex art.* 700 c.p.c. contro il proprio datore di lavoro al fine di vedersi riconosciuto, a vario titolo, un “diritto” al lavoro agile⁷⁸.

Eppure, com'è noto, l'istituto di cui al Capo II della l. n. 81/2017 presenta anche delle “controindicazioni”, essendo noti i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori ad esso associati⁷⁹. Tra questi, ve n'è uno che, ad opinione di chi scrive, deve essere tenuto in particolare considerazione nel caso in cui il lavoro agile venga “concesso” quale accomodamento ragionevole per i lavoratori disabili: si tratta del rischio da isolamento⁸⁰, un rischio espressamente considerato dall'art. 3, comma 10, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81⁸¹. È noto, infatti, come lo svolgimento della prestazione lavorativa da remoto possa causare una diminuzione delle occasioni di socialità, isolando lo *smart worker*. Così, se da un lato il lavoro agile può consentire al lavoratore disabile di continuare a prestare la propria attività lavorativa senza pregiudicare le sue condizioni di salute, d'altro lato può anche produrre effetti in qualche modo perversi, ovvero ostacolare quell'integrazione sociale e lavorativa che invece l'accomodamento ragionevole dovrebbe proprio favorire⁸². Occorrerà, quindi, trovare un equo bilanciamento tra prestazione lavorativa “in sede” e prestazione di lavoro in modalità agili, sì da non compromettere il benessere e la salute mentale del lavoratore disabile isolandolo dai suoi colleghi e dal contesto lavorativo. Di questo rischio – fortunatamente – si dimostrano consapevoli sia le *Linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità*, sia diversi contratti collettivi aziendali in materia di lavoro agile conclusi dopo l'emergenza pandemica, i quali prevedono la necessità di rientri periodici del personale in *smart working* in modo da consentire momenti di scambio e di socialità.

⁷⁸ Cfr. D'ASCOLA, *Il lavoro a distanza come diritto? Sui 700 dell'emergenza (e sulla normalizzazione del lavoro agile)*, in *Questione Giustizia*, 29 giugno 2020.

⁷⁹ Sui rischi per la salute e la sicurezza associati al lavoro agile e, in particolare, su quelli di natura psico-sociale, considerati unanimemente dalla dottrina come quelli più insidiosi, v. almeno BENINCASA, FERRARA, *Smart working e rischi psico-sociali: una prospettiva di analisi interdisciplinare*, in BROLLO, DEL CONTE, MARTONE, SPINELLI (a cura di), op. cit., 146 ss. e LAZZARI, *Lavoro senza luogo fisso, de-materializzazione degli spazi, salute e sicurezza*, in *LLI*, 2023, 1, 21 ss.

⁸⁰ Sul rischio da isolamento per lo *smart worker* v. MALZANI, *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in *DLM*, 2018, 1, 26 ss. e BIAGIOTTI, *Lavoro agile nella pubblica amministrazione e rischi psicosociali*, in *DSL*, 2022, 2, 58 ss., nonché EU-OSHA, *Hybrid work: new opportunities and challenges for occupational safety and health*, 2023, 10 ss.

⁸¹ Secondo l'art. 3, comma 10, d.lgs. n. 81/2008, infatti, il datore di lavoro è tenuto a garantire l'adozione di misure dirette a prevenire l'isolamento del lavoratore a distanza rispetto agli altri lavoratori interni all'azienda, permettendogli di incontrarsi con i colleghi e di accedere alle informazioni dell'azienda, nel rispetto di regolamenti o accordi aziendali.

⁸² Del rischio che il lavoro agile, da strumento di inclusione, si trasformi paradossalmente in uno strumento di segregazione lavorativa dei lavoratori con disabilità se ne avvedono, tra gli altri, anche BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, cit., 417 e VERZULLI, op. cit., 14.

In relazione alla necessità di modellare il lavoro agile sulle specifiche esigenze dei lavoratori con disabilità, favorendone il *work-life balance* e l'occupabilità, un ruolo importante potrebbe essere svolto dalla contrattazione collettiva, così come da quelle figure – a cominciare dal *disability manager*⁸³, la cui istituzione è obbligatoria nelle pubbliche amministrazioni⁸⁴ – deputate all'inserimento lavorativo e all'integrazione dei lavoratori disabili. A questo proposito, la strada più indicata per la gestione dell'inserimento lavorativo delle persone con disabilità sembra essere quella del *diversity management*, ovvero quell'insieme di politiche e *best practices* nella gestione delle risorse umane volte ad affrontare quelle criticità che spesso insorgono nei luoghi di lavoro per la compresenza di individui aventi caratteristiche personali eterogenee, trasformando la diversità in ricchezza ed opportunità sia per la persona che per l'impresa⁸⁵. Sempre nel contesto del *diversity management*, inoltre, potrebbero trovare adeguato riconoscimento le istanze di tutela dei lavoratori fragili, nonché – più in generale – dei lavoratori vulnerabili, da intendersi come tutti quei soggetti meritevoli di una particolare protezione in ragione di una situazione di svantaggio e debolezza da riferire vuoi allo stato di salute, vuoi alle condizioni personali, familiari o sociali e, per questo motivo, maggiormente esposti al rischio di esclusione socio-lavorativa.

Da questo punto di vista, non vanno sottovalutati quei passaggi delle *Linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità* che invitano la contrattazione collettiva ad occuparsi del tema delle soluzioni ragionevoli, contrattazione che – in particolare – è chiamata a «favorire una codificazione degli accomodamenti ragionevoli sulla base di quanto enucleato dalla Giurisprudenza di merito fino ad ora». La contrattazione collettiva, in effetti, si pone come la sede più adatta per coniugare la disciplina del lavoro agile e quella relativa alle soluzioni ragionevoli, definendo – ad esempio – le priorità d'accesso, le forme di accomodamento ragionevole eventualmente necessarie per rendere possibile lo svolgimento della prestazione in modalità agile e l'alternanza tra prestazione "in sede" e da remoto al fine di evitare il rischio di isolamento⁸⁶. Trattasi, del resto, di un'ipotesi espressamente prevista dall'art. 10 del *Protocollo Nazionale sul lavoro in mo-*

⁸³ Si vedano l'art. 14, comma 4, lett. b), l. n. 68/1999 e l'art. 1, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 151/2015, disposizioni che – al pari delle *Linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità* – contemplano espressamente, seppur in termini meramente promozionali, l'istituzione di un responsabile dell'inserimento lavorativo dei lavoratori disabili nelle imprese.

⁸⁴ Cfr. l'art. 39-ter d.lgs. n. 165/2001, rubricato «Responsabile dei processi di inserimento delle persone con disabilità». Sull'assunzione dei lavoratori disabili nelle pubbliche amministrazioni, anche con particolare riguardo alla figura del Responsabile dei processi di inserimento delle persone con disabilità, v. almeno CAFFIO, RICCARDI, *Questioni vecchie e nuove in tema di assunzioni dei disabili nelle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 2023, 1, 41 ss.

⁸⁵ Sul *diversity management* v. NUNIN, op. cit., 893 ss.; MALZANI, *Dal collocamento mirato al diversity management*, cit., 725 ss.; EAD., *Benessere e sicurezza dei lavoratori: oltre la disabilità*, in *VTDL*, 2020, 4, 978 ss.; KARA, PACHALA-SZYMCZYK, ROSA, TONELLI, *Reasonable accommodation beyond disability: an inclusive equality approach through the organisation of the enterprise*, in *DSL*, 2024, 1, 53 ss.

⁸⁶ Sul possibile ruolo della contrattazione collettiva nell'adattare la disciplina del lavoro agile alle esigenze dei lavoratori con disabilità v., ad esempio, BROLLO, *Fragilità e lavoro agile*, cit., 8 ss., nonché PASCUCCI, op. cit., 717 ss. e VERZULLI, op. cit., 15 ss.

dalità agile del 7 dicembre 2021, disposizione secondo cui «le Parti sociali si impegnano a facilitare l'accesso al lavoro agile per i lavoratori in condizioni di fragilità e di disabilità, anche nella prospettiva di utilizzare tale modalità di lavoro come misura di accomodamento ragionevole»⁸⁷.

Più in generale, pare che tanto la contrattazione collettiva quanto le pratiche di *diversity management* possano fornire un importante contributo nell'indirizzare il lavoro agile verso finalità ulteriori e diverse rispetto a quelle indicate dall'art. 18, comma 1, l. n. 81/2017⁸⁸. Non a caso, tale istituto è stato definito polifunzionale⁸⁹. Così, oltre ad una migliore conciliazione vita-lavoro, si è visto come l'istituto in parola possa favorire, in qualità di accomodamento ragionevole, l'inserimento e la permanenza dei lavoratori disabili o in condizione di fragilità all'interno del mercato del lavoro, salvaguardandone inoltre la salute e persino la professionalità. Già note, poi, le sue potenzialità quale strumento per il ripopolamento delle cosiddette aree interne e, più in generale, delle aree svantaggiate⁹⁰. Meno esplorate, invece, sono le sue possibili applicazioni quale strumento di *active ageing*⁹¹, anche se le cose potrebbero presto cambiare. Infatti, l'art. 5, comma 2, d.lgs. 15 marzo 2024, n. 29, adottato in attuazione della delega di cui agli artt. 3-5 l. 23 marzo 2023, n. 33, impegna espressamente il datore di lavoro a porre in essere «ogni iniziativa diretta a favorire le persone anziane nello svolgimento, anche parziale, della prestazione lavorativa in modalità agile, nel rispetto della disciplina prevista dai contratti collettivi nazionali di settore vigenti»⁹². Sembra dunque assodato che le funzioni assolte dall'istituto di cui al Capo II della l. n. 81/2017 possano essere molteplici. Allo stesso tempo, però, va preso atto del fatto che per rendere effettiva questa polifunzionalità l'istituto del lavoro agile deve essere sapientemente plasmato e modellato tenendo conto del contesto nel quale viene calato e delle finalità per cui viene implementato, il che conferma ancora una volta, laddove ce ne fosse stato davvero bisogno, l'importante funzione adattiva svolta dalla contrattazione collettiva nella regolamentazione di questo istituto.

⁸⁷ In proposito, v. almeno DE FALCO, *Il Protocollo sul lavoro agile per l'inclusione sociale delle persone con disabilità*, in *Boll. Adapt*, n. 44/2021.

⁸⁸ Cfr., ad esempio, BROLLO, *Fragilità e lavoro agile*, cit., 8 ss., nonché PASCUCCI, op. cit., 717 ss. e VERZULLI, op. cit., 13 ss.

⁸⁹ Cfr. BROLLO, *La polifunzionalità del lavoro agile*, in *DML*, 2023, 3, 551 ss.

⁹⁰ In proposito, v. almeno DE FALCO, *Il lavoro agile nelle (e per) le Aree interne*, in BROLLO, DEL CONTE, MARTONE, SPINELLI (a cura di), op. cit., 22 ss., nonché, con specifico riguardo al cosiddetto *South working*, ZILLI, *Dal telelavoro... al telelavoro: vent'anni (e due pandemie) attorno alla prestazione resa fuori dai locali dell'organizzazione*, in *ADL*, 2022, 4, 711 ss.

⁹¹ Sul fattore età nel contesto del diritto del lavoro, sull'*age management* e sulle misure di invecchiamento attivo v. ZILLI (a cura di), *La discriminazione per età*, in *VTDL*, 2023, 2, 325 ss., nonché 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 e-Book*, n. 95/2022 e, in particolare, BROLLO, *Lavoro agile: prima gli anziani?*, *ivi*, 67 ss.

⁹² Per persona anziana, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 29/2024, si intende la persona che ha compiuto 65 anni di età.

CORTE DI GIUSTIZIA UE, sentenza 7 dicembre 2023, n. 518/2022; Pres. A. Prechal – Rel. F. Biltgen, N. Wahl, J. Passer e M.L. Arastey Sahrún – Avv. Gen J. Richard de la Tour – AP Assistenzprofis GmbH (Avv. O. Viehweg, Rechtsanwalt) – J.M.P. (Avv. T. Nick, Rechtsanwalt)

Rinvio pregiudiziale – Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – Direttiva 2000/78/CE – Art. 2. Par. 5 – Discriminazione fondata sull'età – Servizio di assistenza personale a persone disabili – Offerta di lavoro contenente l'indicazione di un'età minima e una massima della figura ricercata – Presa in considerazione dei desideri e degli interessi della persona con disabilità – Normativa tedesca – Giustificazione.

L'articolo 2, paragrafo 5, della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, (...), letto alla luce dell'articolo 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'articolo 19 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, (...), deve essere interpretato nel senso che: esso non osta a che l'assunzione di una persona che fornisce assistenza personale sia soggetta a un requisito di età, in applicazione di una normativa nazionale la quale prevede che siano presi in considerazione i desideri individuali delle persone che, a causa della loro disabilità, hanno diritto a prestazioni di servizi di assistenza personale, qualora tale misura sia necessaria alla tutela dei diritti e delle libertà altrui.

La garanzia della autodeterminazione del disabile. Il caso tedesco

Elena Signorini

Prof. Ass. Università degli studi di Bergamo

SOMMARIO: 1. Introduzione: i fatti di causa. – 2. Contesto normativo di riferimento. – 2.1. Il diritto internazionale. – 2.2. Il diritto dell'Unione. – 2.2.1. Cenni sulla giurisprudenza in tema di discriminazione per età. – 2.3. Il diritto tedesco riferito alla vicenda in esame. – 3. Cause giustificatrici della natura discriminatoria del trattamento. – 4. Alcune considerazioni generali e riflessioni conclusive

Sinossi: La Corte di Giustizia con la pronuncia in esame sancisce il principio che la tutela del diritto di autodeterminazione della persona con disabilità debba prevalere sulla tutela contro la discriminazione basata sull'età, nel caso di assunzione di un assistente per un soggetto portatore di handicap. Il contributo affronta il ragionamento che la Corte ha elaborato per rispondere alle esigenze riconducibili a due distinti gruppi

protetti: ciò che contraddistingue il cuore della vicenda è proprio la “competizione” che si instaura tra distinte minoranze e la posizione che va ad assumere il diritto antidiscriminatorio.

Abstract: The Court of Justice, with the ruling in question, establishes the principle that the protection of the right of self-determination of the person with disabilities must prevail over the protection against discrimination based on age in the case of hiring an assistant for a person with a disability. The paper deals with the reasoning that the Court has developed to respond to the needs of two distinct protected groups: what distinguishes the heart of the case is precisely the “competition” that is established between distinct minorities and the position that anti-discrimination law assumes.

1. Introduzione: i fatti di causa

La vicenda portata all’attenzione della Corte di Giustizia¹ (di seguito Corte) attiene alla interpretazione ed al bilanciamento di una serie di norme destinate a disciplinare il principio di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (art. 2, par. 5, art. 4, par. 1, art. 6 par. 1 e art. 7 della Direttiva 2000/78/CE) (di seguito Direttiva), alla luce delle previsioni della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea (di seguito Carta) e della Convenzione delle Nazioni Unite dedicata ai diritti delle persone con disabilità (di seguito Convenzione)².

Focus della questione è come equilibrare la tutela della discriminazione fondata sull’età (della ricorrente lavoratrice) con la tutela contro la discriminazione fondata sulla disabilità (di cui è destinataria una ragazza disabile di anni ventotto, di cui si vuol garantire il diritto all’autodeterminazione), nell’ambito delle norme che disciplinano la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro (riferita alle modalità di ricerca del personale applicate dalla agenzia di assistenza).

La controversia ha origine nel luglio 2018 in Germania allorquando la società AP Assistenzprofis GmbH, prestatore di servizi di assistenza e consulenza ai disabili, pubblica un’offerta di lavoro tesa alla individuazione di un’assistente personale di sesso femminile per una studentessa di anni ventotto. L’annuncio in questione puntualizzava che la candidata avrebbe dovuto aiutare la giovane in tutti gli ambiti della vita quotidiana e che, per tale motivo, avrebbe dovuto avere preferibilmente un’età compresa tra i 18 e i 30 anni.

A seguito dell’esito negativo della candidatura presentata dalla ricorrente, nata nel 1968, questa ricorre *in primis* in via stragiudiziale ed in seguito presso l’Arbeitsgericht Koln (Tribunale del lavoro di Colonia, Germania) al fine di ottenere il risarcimento del danno per discriminazione diretta fondata sull’età³. Preliminarmente la ricorrente denuncia come la sua esclusione fosse, presumibilmente, derivante dall’età, che non ricadeva nell’intervallo

¹ <https://curia.europa.eu>.

² Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, in www.lavoro.gov.it

³ Art. 15 AGG

anagrafico previsto, circostanza che la resistente peraltro non confuta. In secondo luogo, denuncia che la differenza di trattamento fondata sull'età non trovasse la sua giustificazione nella natura dei servizi di assistenza personale, né fosse autorizzata dalla normativa nazionale⁴, dato che, una determinata età non sarebbe rilevante ai fini del rapporto di fiducia nell'ambito di una siffatta assistenza personale.

Il percorso della vicenda prima di giungere al Bundesarbeitsgericht (Corte Federale del lavoro, Germania) vede il primo grado vinto dalla lavoratrice, mentre il secondo, avanti il Landesarbeitsgericht Köln (Tribunale superiore del lavoro del Land, Colonia, Germania) vinto dall'agenzia.

Il caso in esame si connota per la duplicità degli ambiti di tutela ad essa riconducibili. La sua complessità deriva, infatti, dalla circostanza che, entrambi i soggetti coinvolti nella vicenda, la persona disabile da un lato e la lavoratrice dall'altro, sono destinatarie di tutele specifiche che debbono necessariamente trovare un equo temperamento. Proprio per individuare e dettare precisamente l'ambito di operatività di tali tutele, la questione, è stata fatta oggetto di rinvio pregiudiziale, onde accertare se nel caso in oggetto fosse giustificata la discriminazione fondata sull'età dell'aspirante lavoratrice indicata nell'annuncio. Il tutto alla luce della Direttiva citata. Il ricorso a questa modalità risponde alla necessità di garantire un'interpretazione corretta e uniforme del diritto europeo ai sensi dell'art. 267 del TFUE⁵.

L'iter procedurale si conclude con la decisione della Corte che sancisce che “ L'articolo 2, paragrafo 5, della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, (...), letto alla luce dell'articolo 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'articolo 19 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, (...), debba essere interpretato nel senso che: esso non osta a che l'assunzione di una persona che fornisce assistenza personale sia soggetta a un requisito di età, in applicazione di una normativa nazionale la quale prevede che siano presi in considerazione i desideri individuali delle persone che, a causa della loro disabilità, hanno diritto a prestazioni di servizi di assistenza personale, qualora tale misura sia necessaria alla tutela dei diritti e delle libertà altrui”⁶.

Si tratta di una pronuncia che produrrà un forte impatto poiché va a legittimare la preferenza in termini di età, espressa dal richiedente, determinando il superamento dei criteri di oggettività, che contraddistinguono gli scostamenti da quanto previsto dalle norme, a favore della soggettività. Allo stesso tempo la decisione costituisce una risposta specifica per la categoria delle persone disabili, non riferibile agli altri criteri su cui vige il divieto

⁴ Art. 8, comma 1, AGG

⁵ Art. 267, TFUE, in www.europa.eu

⁶ C. giust., 7 luglio 2023, C518/22 in <https://curia.europa.eu/juris/document>; R. A. DE ROSAS, *Assistenti personali dei disabili e discriminazioni fondate sull'età*, Nota a Corte di giustizia Unione Europea, 07/12/2023, n. 518, in *FI*, 22 dicembre 2023 in www.foroitaliano.it.

posto dalla Direttiva, che cela però il rischio che l'approccio soggettivo possa produrre uno scostamento influenzato dagli eventuali pregiudizi che il richiedente stesso potrebbe trasporre nella sua preferenza.

2. Contesto normativo di riferimento

Nel quadro dei divieti di discriminazione quello fondato sull'età è considerato il più giovane del diritto antidiscriminatorio comunitario⁷, ciò nonostante numerose⁸ sono state le questioni sollevate dalle autorità giudiziarie aventi ad oggetto la compatibilità con la Direttiva di alcune previsioni legislative⁹ rese dal legislatore nazionale per giustificare discriminazioni dirette ai danni di lavoratori anziani e/o giovani sulla base di caratteristiche presuntivamente correlate all'età dei medesimi¹⁰.

In generale le discriminazioni sono definite come “differenze illegittime di trattamento”¹¹ sulla base di una determinata caratteristica, tra cui appunto figura anche l'età. Con riferimento al caso in esame, va richiamato come la tutela venga garantita non solo per quanto attiene le condizioni di lavoro, ma anche “alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione indipendentemente dal ramo di attività e a tutti i livelli della gerarchia professionale, nonché alla promozione”¹².

Nel corso degli anni il diritto antidiscriminatorio ha rappresentato uno dei fulcri dell'azione dell'UE, indirizzata al contrasto di ogni tipo di pratica discriminatoria, anche attraverso il coordinamento delle politiche nazionali che possano favorire l'inclusione sociale ed alti livelli di occupazione. Sono state quindi emanate tre diverse direttive dirette a dare attuazione al principio di non discriminazione e diversità: la n. 2000/43/Ce, riguardante la discriminazione per razza e origine etnica; la n. 2000/78/Ce, concernente convinzioni personali, credo, età, handicap e tendenze sessuali; e la n. 2000/73/Ce sulla parità di genere.¹³

⁷ BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in BARBERA, (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 125.

⁸ C. giust., 22 novembre 2005, causa C/144/04, W. M. c. R. H., in www.curia.europa.eu; nonché in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/>; C. giust., 19 gennaio 2010, causa C555/07, K., in www.curia.europa.eu; C. giust. 16 ottobre 2007, causa C.411/05, P. de la V., in www.curia.europa.eu; C. giust., 5 marzo 2009, causa C-388/07, Age concern England, in www.curia.europa.eu; C. giust. 19 aprile 2016, causa C441/14, D. I., in www.curia.europa.eu; C. giust., 15 aprile 2021, causa C-511/19, ABF – O., in www.curia.europa.eu

⁹ C. giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, cit.

¹⁰ C. giust., 12 gennaio 2010, W. c. S. F. am M., causa C-229/08, in www.curia.europa.eu; C. giust., 12 gennaio 2010, P. c. B. fur Z. fur den B. W.-L., causa C341/08, in www.curia.europa.eu; FELIZIANI, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona. La Corte di Giustizia prende atto della natura giudica vincolante della Carta di Nizza (nota a CGCE 19 gennaio 2010, S. K. c. S., C-555/07)*, 2011, <https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Feliziani>.

¹¹ SALARDI, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici*, Giappichelli editore, 2015, 4.

¹² Art. 3, Dir. 2000/78, in www.europa.eu.

¹³ BONARDI, *op. cit.*; BLANPAIN, *Le differenze di trattamento e la discriminazione connessa all'età: una società per tutte le età*,

In questo ampio contesto quella fondata sull'età costituisce un caso peculiare, giacché sono tollerate deroghe all'applicazione del principio di parità di trattamento in presenza di determinate cause giustificatrici¹⁴.

Nel caso di specie, poi, bisogna tenere conto del fatto che sia il lavoratore, che lamenta la natura discriminatoria dell'annuncio di assunzione, sia la persona con disabilità hanno, al contempo, diritto alla tutela contro la discriminazione; bisogna quindi comprendere come sia possibile conciliare i diritti di entrambi i soggetti, appartenenti ai gruppi protetti, e se l'art. 4, par. 1, l'art. 6, par. 1, l'art. 7 e/o l'art. 2, par. 5 della Direttiva possano essere interpretati nel senso che, in una situazione come quella oggetto del procedimento principale, possa ritenersi giustificata una discriminazione diretta fondata sull'età.

Nel proseguo le riflessioni ripercorreranno il contenuto della pronuncia che dedica le sue prime sezioni al contesto normativo soffermandosi sul diritto internazionale, sul diritto europeo. Il contributo previo un rapido richiamo alla normativa indicata e ad un breve (e non esaustivo) *excursus* sulla giurisprudenza della Corte sul tema, si focalizzerà sulla disciplina tedesca per poi affrontare il procedimento principale e la questione pregiudiziale.

2.1. Il diritto internazionale

Nel caso in esame la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesarbeitsgericht nasce nell'ambito di una vicenda i cui contorni di incertezza, riguardo l'interpretazione delle norme, sono tratteggiati e ravvisabili nell'azione intentata dalla ricorrente che denuncia di essere stata vittima di una discriminazione diretta. Tale discriminazione sarebbe ravvisabile all'interno dell'offerta di lavoro, a cui la stessa risponde, in cui si ricercava una assistente personale di sesso femminile di età compresa tra i 18 e i 30 anni di età per una studentessa di anni 28. L'annuncio puntualizzava che tale assistente avrebbe dovuto aiutare l'assistita in tutti gli ambiti della vita quotidiana.

Nella sezione dedicata al diritto internazionale la sentenza ripercorre le norme contenute nella Convenzione (approvata con decisione 2010/48/CE dal Consiglio) partendo dal preambolo di cui richiama le lett. c), h), j) ed n) che offrono un quadro di riferimento a favore delle persone con disabilità (incluse quelle che richiedono un maggior sostegno), riaffermando l'universalità, indivisibilità, interdipendenza e interrelazione dei diritti umani (che vanno promossi e protetti) e delle libertà fondamentali, di cui si deve garantire il pieno godimento, costituendo la discriminazione sulla base della disabilità una violazione della dignità e del valore della persona umana. La Convenzione richiama, peraltro, già in apertura il diritto all'autodeterminazione, obiettivo che mira ad assicurare, alle persone

in *DRI*, 2005, 942; BORELLI, *Efficacia e ambito di applicazione dei principi di non discriminazione*, *Commento* 9 gennaio 2009 a *Corte di Giustizia* 23 settembre 2008, C427/06, Bartsch, in www.europeanrights.eu; STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello «europeo» dell'antidiscriminazione*, Cedam, 2008, 23; IZZI, *Active ageing e divieti di discriminazioni in base all'età: quali tutele per i lavoratori anziani dell'Unione europea?* 2014, in <https://iris.unito.it>

¹⁴ IZZI, *Eguaglianze e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, 2005, 388; SCHIAVETTI, *Limiti e deroghe al divieto di discriminazione per età*, in *RGL*, I, 2011, 661 ss.

con disabilità, l'autonomia, l'indipendenza individuale, ivi compresa la libertà di compiere le proprie scelte.

L'inquadramento normativo di questa sezione segue un tracciato che parte dall'art. 1, rimarcando l'intento di tutelare il pieno ed uguale godimento dei diritti e libertà fondamentali delle persone con disabilità, promuovendo il rispetto della loro dignità, e passa attraverso l'art. 3 richiamando, tra i principi cui la stessa si ispira, il rispetto della dignità intrinseca per l'autonomia individuale; la tutela contro le discriminazioni; la piena ed effettiva inclusione nella società e il rispetto per la differenza, attuato, favorendo l'accettazione della disabilità come parte della diversità umana.

Concorrono a completare il quadro di riferimento i principi generali degli artt. 5, 12 e 19 che segnalano come il contrasto all'esclusione sociale passi per l'indipendenza che può esser raggiunta solo garantendo uguaglianza e contrastando le discriminazioni.

Contribuisce a tale obiettivo quanto previsto dalla lett. b dell'art. 19 laddove richiama la necessità che sia assicurato loro l'accesso ad una serie di servizi adattati ai loro bisogni (lett. c), tra i quali l'assistenza personale necessaria per consentire il quotidiano inserimento nella società, evitando l'isolamento o il rischio di segregazione.

2.2. Il diritto dell'Unione

A livello europeo la Corte traccia il diritto antidiscriminatorio¹⁵, esplorando la Direttiva 2000/78/CE¹⁶ che stabilisce il quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro sulla base della religione o delle convinzioni personali, della disabilità, dell'età o dell'orientamento sessuale¹⁷. La rilettura della norma dà vita ad un percorso¹⁸ che produce la trama nella quale si cala la questione in esame¹⁹.

Tutto prende l'avvio dai considerando 23 e 25. Il primo individua i casi strettamente limitati in cui una disparità di trattamento può essere giustificata. Tra questi spicca l'età,

¹⁵ BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007; BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria – Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019; BARBERA, GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria. Fonti strumenti interpreti* Giappichelli, 2020; DONADIO, *Modelli e questioni di diritto contrattuale antidiscriminatorio*, Giappichelli, 2018; LA TEGOLA, *Il divieto di discriminazione per età nel diritto del lavoro*, Cacucci, 2017; ZILLI, "Non ho l'età": ageismo e gestione delle (diversità e) generazioni nel lavoro privato e pubblico, in *VTDL*, 2023, 2; ZILLI, BILOTTA, *Combattere le discriminazioni*, Editrice Universitaria Udinese, 2021.

¹⁶ PALADINI, *La Dir. 2000/78 e i pertinenti obblighi internazionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *GI*, 2020, 2500-2516.

¹⁷ C. giust., 17 aprile 2018, E., ECLI:EU:C:2018:2571, in <https://www.osservatoriosullefonti.it>; COSIO, *La discriminazione per ragioni di età. La figlia di un dio minore si prende la scena*, in *LDE*, 2019, 2, in <https://www.lavorodirittieuropa.it>.

¹⁸ C. giust., 19 aprile 2016, causa C441/14, D. I., per conto della A. A/S, c. S. K. E. R., in <http://curia.europa.eu>; CALAFÀ, *Sull'assenza di limiti alla disapplicazione: l'effetto diretto orizzontale dopo il caso Dansk*, in *RIDL*, 2016, II, 472.

¹⁹ IZZI, *La Corte di Giustizia e le discriminazioni per età: scelte di metodo e di merito*, in *RGL*, 2012, 125; COSIO, *La discriminazione per ragioni di età – La figlia di un dio minore si prende la scena*, cit.; CURCIO, *Principio di uguaglianza e divieto di discriminazione*, 2010, <http://www.europeanrights.eu>.

definito in dottrina anche fattore Cenerentola²⁰, perché ultimo arrivato²¹ tra i fattori di discriminazione²². Con il secondo la Direttiva sottolinea l'essenzialità del divieto di discriminazione basata sull'età per il raggiungimento degli obiettivi in materia di occupazione e promozione della diversità nell'occupazione, pur ammettendone deroghe ed eccezioni, la cui operatività è affidata a disposizioni specifiche che possono variare secondo la situazione nazionale²³. Ricadono in queste ipotesi limitate quelle disparità di trattamento che possono essere giustificate quando una caratteristica, che sia collegata all'età²⁴, costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, a condizione che la finalità sia legittima ed il requisito proporzionato²⁵.

2.2.1. Cenni sulla giurisprudenza in tema di discriminazione per età

La discriminazione per età è un concetto in evoluzione sul quale la Corte in più occasioni si è pronunciata²⁶. Tra le molte questioni portate alla sua attenzione vi sono quelle a favore dell'inserimento professionale dei lavoratori anziani disoccupati²⁷; a favore del regime di riserva di manodopera quale mezzo che risponde a giustificati obiettivi di politica del lavoro²⁸; a favore del possesso da parte dei candidati ad una assunzione di una specifica caratteristica (ad es. il possesso di capacità fisiche particolarmente elevate) correlata a uno dei criteri di differenziazione²⁹. Nella casistica si segnalano i casi nei quali la Corte: con riguardo al reclutamento nel corpo dei vigili del fuoco, sancisce giustificato l'età massima dei 35 anni essendo legato all'obiettivo di garantire una capacità operativa ed il limite dell'età previsto non si pone al di sotto di quanto necessario per raggiungere l'obiettivo³⁰; con riguardo al reclutamento nel corpo della polizia, di minori di anni 30, dichiara che il margine discrezionale riconosciuto agli Stati non può avere l'effetto di svuotare nella sua sostanza l'attuazione del principio di non discriminazione in ragione dell'età e che

²⁰ AMATO, *Discriminazione per età: Cenerentola troverà la sua scarpetta?*, 2009, in <http://www.europeanrights.eu>.

²¹ GRILLO PASQUARELLI, *Discriminazioni per età: Cenerentola ha perso per sempre la sua scarpetta*, 2017, in <https://www.questionegiustizia.it>.

²² Compare infatti nel 1997 all'interno dell'art. 13 TUE e poi lo si ritrova nell'art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE.

²³ COSIO, *Le discriminazioni per età: il giudice nazionale si trasforma in giudice europeo*, 2013, in <http://www.europeanrights.eu>; LASSANDARI, *L'irrisolvibile confronto tra la Corte e gli Stati sulle discriminazioni per ragioni di età*, in *RIDL*, 2014, 750.

²⁴ BAILLY, *Discrimination en raison de l'âge: sources européennes et mise en oeuvre en droit interne*, *Droit social* 2012, 223.

²⁵ C. giust., 15 novembre 2016, causa C416/13, S. in <http://curia.europa.eu>; 2 giugno 2022, causa C587/2020, in <http://curia.europa.eu>.

²⁶ C. giust., 19 luglio 2017, causa C143/16, in <http://curia.europa.eu>; COSTO, *Le discriminazioni per ragioni di età. La saga Abercrombie*, in *LDE*, 1, 2018; BONARDI, *Il divieto di discriminazione per età alla deriva: note sul caso Abercrombie*, in *RIDL*, 2017, II, 545.

²⁷ C. giust., 22 novembre 2005, causa C144/04, M., in <http://curia.europa.eu>; CALAFÀ, *Licenziamenti collettivi alle poste e discriminazioni in base all'età: la prima applicazione nazionale della sentenza Mangold*, in *RCDL*, 2006, 915, nota a App. Firenze 27 marzo 2006, P.I. c. O.

²⁸ C. giust., 15 aprile 2021, causa C511/19, ABF – O., in <http://curia.europa.eu>.

²⁹ C. giust., 12 gennaio 2010, causa C229/08, W. Stadt Frankfurt am Main, in <http://curia.europa.eu>.

³⁰ C. giust., 12 gennaio 2010, causa C229/08, W., cit.

pertanto la normativa spagnola non possa esser giustificata *ex art. 6*³¹; con riguardo al reclutamento di agenti destinati a svolgere funzioni operative ed esecutive dichiara che l'esclusione dei candidati di età superiore a 35 anni da un concorso, per tale motivazione, è compatibile con il diritto dell'Unione³² perché è stato dimostrato che la capacità operativa può ridursi dopo i 40 anni³³. Nel caso ultimo indicato si evidenzia come la previsione di limiti anagrafici possano trovare giustificazione ove collegati ad esigenze operative (scopo legittimo), ma la proporzionalità di tali misure deve essere comprovata.

Nel senso della sproporzionalità e irragionevolezza del limite d'età si è invece pronunciata tra le tante la Corte in occasione del raggiungimento del 60° anno di età dei piloti di linea della Lufthansa³⁴, nonché più recentemente la Corte, ritornando sul reclutamento³⁵, dichiara illegittime le norme nazionali che pongano condizioni sproporzionate (limite di anni 30) rispetto alle funzioni effettivamente da esercitare (ruolo di Commissario di Polizia).

L'attenzione alla caratteristica correlata si amplia di contenuto nel caso in oggetto ove i fattori attenzionati sono l'età ma anche l'obiettivo perseguito (cui fa riferimento il considerando 25) e nei quali fattori come la soggettività e la suscettibilità giocano un ruolo importante nell'instaurazione di relazioni³⁶ lavorative, basate sulla fiducia, come quella in esame. Il quadro di riferimento europeo si sviluppa focalizzando l'obiettivo della Direttiva, l'ambito applicativo, sia in termini oggettivi che soggettivi, e la nozione di discriminazione diretta. Di rilievo è il ruolo attivo nell'attuazione del diritto antidiscriminatorio attribuito al legislatore nazionale che deve rendere effettivo il principio della parità di trattamento, (art.1) lasciando impregiudicate le misure della legislazione nazionale che, in una società democratica, siano necessarie (...) alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui (art. 2, par. 5).

Si tratta di una disposizione aperta che affida pertanto al legislatore nazionale, l'individuazione dei casi in cui le deroghe al divieto di discriminazione dirette per età siano giustificate. Tali deroghe dovranno inoltre scaturire da apposite "disposizioni", che potranno essere contenute in provvedimenti aventi forma di norme di legge o di contratto collettivo, che rispondano alle finalità previste dal par. 5 dell'art. 2 di tutela dell'interesse pubblico e del bilanciamento degli interessi collettivi. L'attribuzione della legittimità ad una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a uno dei motivi fissati nell'art. 1 pre-

³¹ C. giust., 13 novembre 2014, causa C416/13, V. P., in <http://curia.europa.eu>.

³² C. giust., 15 novembre 2016, causa C258/15, G. - A V. de Policia y Emergencias, in <http://curia.europa.eu>.

³³ <https://curia.europa.eu>.

³⁴ C. giust., 13 settembre 2011, causa C447/09, P., in <http://curia.europa.eu>; ZEPPELLI, *Gli ultimi approdi dei giudici di Lussemburgo in tema di discriminazioni per età: la sentenza C297/10, C298/10 e la sentenza C447/09*, 2011, in <http://www.europeanrights.eu>.

³⁵ C. giust., 17 novembre 2022, causa C304/21, in <http://curia.europa.eu>.

³⁶ C. giust., 08 novembre 1983, n. 165, causa C165/82, in <http://www.era-comm.eu>.

suppone altresì che essa sia oggettivamente e ragionevolmente giustificata da una finalità legittima (art. 6).

Nel ripercorrere lo scheletro della Direttiva, la Corte rammenta che l'art. 6 pone solo per alcuni fattori clausole generali di giustificazione delle discriminazioni dirette, dando vita ad una limitazione preventiva corposa. Non si tratta però di un elenco specifico, poiché "le finalità legittime e le disparità di trattamento hanno un valore meramente indicativo"³⁷ e sono contraddistinte dal carattere di interesse generale. L'eventuale deroga al principio del divieto di discriminazione deriva pertanto dalla rispondenza agli obiettivi di politica del lavoro, del mercato del lavoro o della formazione professionale, che possono essere giustificate da una finalità legittima,

Sull'ampia sfera applicativa dell'art. 6 ha impattato l'azione della Corte che nel tempo ha adottato un atteggiamento prudente nel sindacato giudiziale sulle finalità predeterminate a livello nazionale oltre che sugli strumenti prescelti per conseguirle nel solco di quanto prescritto anche dall'art. 7. Completa il quadro di riferimento il richiamo alla Carta, nello specifico all'art. 26 che garantisce il diritto delle persone disabili di beneficiare di "misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità"³⁸, nonché alla Convenzione, con particolare rilievo dell'art. 19 già citato.

In questo contesto di riferimento normativo e giurisprudenziale si va a porre il rinvio alla Corte nel cui ruolo essa viene guidata dalla lettura armonica delle norme della Direttiva con quelle della Convenzione³⁹, supportate dal rimando all'allegato II della decisione 2010/48/CE, che traccia i contorni interpretativi tra i due *corpus* normativi⁴⁰.

Il nucleo intorno al quale devono svilupparsi le riflessioni è l'art. 2, par. 5 della Direttiva che va letto in senso restrittivo verificando se la differenza di trattamento oggetto del procedimento principale derivi da una misura prevista dalla normativa nazionale. Esito di tale azione combinata è il riconoscimento che la discriminazione fondata sull'età, come quella di cui al procedimento principale, derivi da una misura necessaria a garantire la tutela dei diritti e delle libertà altrui, ex art. 2, par. 5 della Direttiva indicata, ed in particolare la tutela del diritto all'autodeterminazione della persona interessata al momento della prestazione di servizi di assistenza personale⁴¹.

³⁷ C. giust., 5 marzo 2009, causa C388/07, cit.

³⁸ Art. 26, Carta dei diritti dell'Unione europea, in www.europa.eu.

³⁹ C. giust., 11 settembre 2019, causa C397/18, EU:C:2019:703, in www.curia.europa.eu.

⁴⁰ C. giust., 11 aprile 2013, HK Danmark, cause C335/11 e C337/11, EU:C:2013:222, in <https://curia.europa.eu>; C. giust., 1° dicembre 2016, causa C 395/15, EU:C:2016:917, in <https://eur-lex.europa.eu/>; C. giust., 10 febbraio 2022, causa C485/20, in <https://www.aranagenzia.it>;

⁴¹ C. giust., 11 settembre 2019, causa n. C397/18, cit.; C. giust., 18 gennaio 2018, causa C270/16, EU:C:2018:17, in <https://curia.europa.eu>.

2.3. Il diritto tedesco riferito alla vicenda in esame

Il terzo nucleo normativo è quello dedicato al diritto tedesco applicabile al caso in esame⁴². La sentenza richiama il Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (di seguito GG) corrispondente alla Costituzione della Repubblica federale di Germania del 1949, nonché l'Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (di seguito AGG), corrispondente alla Legge generale sull'uguaglianza di trattamento del 2006, con cui è stata trasposta la Direttiva nell'ordinamento tedesco. Di tale norma sono richiamati, rispettivamente l'art. 7 che vieta le discriminazioni di cui ai motivi indicati all'art. 1 (tra cui l'età); l'art. 5 che autorizza una differenza di trattamento in presenza di misure appropriate e idonee dirette ad evitare o compensare svantaggi esistenti a causa dei motivi di cui all'art. 1 (tra i quali l'età); nonché gli artt. 8, par. 1 e 10 che ricalcano letteralmente gli artt. 4 e 6 della Direttiva. Completa il quadro tedesco dell'AGG il richiamo all'art. 15 che delinea gli effetti patrimoniali conseguenti ad una discriminazione, prescrivendo al comma 1, l'obbligo per il datore di lavoro, nel caso di violazione del divieto di discriminazione, di risarcire il danno conseguente anche se di natura non patrimoniale (art. 15, comma 2).

L'ultima fonte tedesca richiamata è il Sozialgesetzbuch (di seguito SGB I) corrispondente al libro I del codice della previdenza sociale del 1975 di cui si richiama l'art. 33 ultimo periodo laddove pone l'accento sui "desideri dell'avente diritto o dell'obbligato che devono essere soddisfatti nella misura in cui essi sono ragionevoli".

La normativa tedesca è imperativa nel disporre che, quando vengano adottate decisioni in materia di prestazioni finalizzate a favorire la partecipazione alla vita sociale, debbano essere accolti i desideri individuali delle persone che hanno diritto alle prestazioni di servizi di assistenza personale (art. 8, par. 1, SGB IX), purché essi siano legittimi e ragionevoli, con riferimento alla situazione e alle caratteristiche della persona (art. 8, par. 1, SGB IX⁴³ e art. 33, SGB I)⁴⁴. Con tali previsioni il legislatore tedesco non si è però limitato ad attribuire una mera facoltà, ma un vero e proprio obbligo teso al compimento degli obiettivi individuati nell'art. 78, par. 1, del SGB IX, che indica gli aspetti della vita quotidiana sui quali va ad incidere l'attività di assistenza.

La Corte, come vedremo nel proseguo, riconosce la legittimità alla normativa nazionale di normare sul punto dando rilievo alle scelte e preferenze delle persone disabili prevedendo, che in particolari situazioni, l'indicazione di un intervallo anagrafico, si allinei con il dettato del sistema giuridico europeo.

È soprattutto intorno al principio di autodeterminazione (art. 33 del Sozialgesetzbuch I) che la società resistente sviluppa la sua richiesta di rigetto delle richieste della lavoratrice⁴⁵.

⁴² PROIETTI, *La discriminazione secondo l'età nel mondo del lavoro*, in *RDETA*, 2011, 371.

⁴³ Art. 8 del SGB IX.

⁴⁴ C. giust., 7 dicembre 2023, causa C518/22, in <https://curia.europa.eu>.

⁴⁵ La AP Assistenzprofis contesta, infatti, la domanda della ricorrente ponendo in evidenza come l'ammissibilità e l'origine del trattamento differenziato basato sull'età indicata nell'annuncio trovasse la propria radice normativa giustificatrice proprio

A sostegno della legittimità del criterio anagrafico contenuto nell'offerta di lavoro la resistente sottolinea come la natura dell'attività di assistenza personale contempla l'accompagnamento permanente oltre che altamente personale, tale da comportare una dipendenza permanente della persona assistita. Il soddisfacimento di tali necessità verrebbe ad esser garantito, proprio, dall'accoglimento dei desideri di avere come assistente personale una persona tra i 18 e i 30 anni, ritenuta idonea a soddisfare quelle esigenze strettamente personali nell'ambito della vita sociale, in quanto studentessa universitaria.

Con riguardo al criterio della proporzionalità di cui all'art. 8 dell'AGG la Corte ha evidenziato come questo rappresenti uno dei principi generali del diritto che esige che siffatte limitazioni non eccedano quanto è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo perseguito e prescrive di conciliare, per quanto possibile, il principio della parità di trattamento con le esigenze della pubblica sicurezza che sono determinanti per le condizioni di esercizio dell'attività di cui trattasi⁴⁶. L'assunto così rappresentato consentirebbe, inoltre, di perseguire l'obiettivo della tutela del diritto della personalità *ex art. 2, par. 1, del GG*, in combinato disposto con l'art. 1 del GG.

3. Cause giustificatrici della natura discriminatoria del trattamento

Alla luce della ricostruzione operata nelle prime sezioni la Corte è stata quindi chiamata a stabilire se rientri e possa considerarsi giustificata dalla normativa nazionale tedesca un'eventuale differenza di trattamento basata sull'età che poggia sui desiderata dei destinatari della prestazione assistenziale.

Il diritto antidiscriminatorio si caratterizza per una forte stratificazione e per la grande influenza che su di esso ha prodotto sia il diritto comunitario, che la stessa giurisprudenza⁴⁷. Il diritto antidiscriminatorio con riferimento all'età ha però anche un'altra caratteristica poiché esso rappresenta uno degli ambiti cui vengono fatte convergere varie deroghe garantite che lasciano spazio a discrezionalità, sebbene queste vadano comunque interpretate in modo restrittivo⁴⁸.

negli artt. 8, par. 1 e 10 dell'AGG citati.

⁴⁶ C. giust., 15 maggio 1986, C222/84, J.- C. C. R. U. C. in <https://curia.europa.eu>.

⁴⁷ MANFREDI, *Discriminazione in base all'età: la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, 2020, in <http://www.era-comm.eu>; TRIA, *Il divieto di discriminazione tra Corte di Strasburgo e Corti interne*, 2014, <http://www.european-rights.eu>.

⁴⁸ CAPROTTI, *Riflessioni sul margine di discrezionalità degli Stati membri in materia di disciplina antidiscriminatoria*, in *DPCE on line*, n. 2, 2018, 479 e ss; GALLEANO, *La Corte di giustizia chiamata a decidere sulla prevalenza tra il diritto alla non discriminazione per età e alla tutela della disabilità*, in www.europeanrights.eu; MEENAN, *Age discrimination – of Cinderella and 'The Golden Bought'*, in *Id. (ed.), Equality law in an enlarged European Union understanding the Article 13 directives*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2007, 278-312

Si esprime in tal senso il Considerando 25 della Direttiva già richiamato.

Con la questione pregiudiziale il giudice di rinvio sollecita una riflessione sul combinato di norme sulle quali ha formulato la questione domandandosi se le stesse, lette alla luce delle disposizioni della Carta nonché dell'art. 19 della Convenzione debbano essere interpretate adottando il criterio restrittivo. A tal riguardo preliminarmente appare necessario comprendere se la normativa nazionale (nel caso quella tedesca) possa essere considerata riconducibile tra gli obiettivi individuati dall'art. 2 par. 5 della Direttiva. Il contesto di riferimento nel cui perimetro si sarebbe posta la discriminazione diretta è una procedura di accesso al lavoro (*ex art. 3, par. 1, lett. a)*) nella quale la ricorrente denuncia essersi concretizzata un'ipotesi di discriminazione diretta fondata sull'età, espressamente prevista dall'art. 2, par. 2, lett. a) sempre della Direttiva. In particolare, occorre comprendere se tra le misure affidate al legislatore, che la Direttiva lascia impregiudicate, ricadano quelle che il legislatore tedesco individua per garantire quel diritto all'autodeterminazione cui più volte la Corte fa riferimento (artt. 33 del SGB I, 8 del SGB IX, 8, par. 1, AGG e 78 par. 1 del SGB IX). È possibile tracciare un filo di connessione tra quello che è l'impegno che traspare dalla normativa tedesca e lo scopo auspicato dalla beneficiaria disabile delle prestazioni.

L'indicazione anagrafica sarebbe, infatti, tesa a concretizzare un obiettivo che presuppone la pianificazione del servizio di assistenza finanche con la inclusione dei criteri della selezione oltre che la partecipazione attiva al processo di assunzione. Il diritto all'espressione dei desideri e alla libera scelta delle persone concretizza il diritto di beneficiare di misure che ne garantiscano allo stesso tempo l'autonomia, l'inserimento professionale e sociale oltre che la vita comunitaria, come prescritto dal diritto dell'unione conformemente all'art. 26 della Carta.

A fronte di tali finalità è da considerarsi ragionevole che l'intervallo anagrafico imposto dalla beneficiaria delle prestazioni si esprima a favore di un soggetto appartenente alla medesima generazione, adatto ad integrarsi nell'ambiente universitario, in cui l'assistita desidera inserirsi. Depongono nel senso che il diritto alla libertà di scelta debba esser garantito alle persone con disabilità nell'ambito dell'assistenza personale molti elementi della vicenda.

La stessa giurisprudenza della Corte conferma che con l'adozione della norma citata il legislatore dell'Unione ha voluto prevenire e comporre il potenziale conflitto tra principio di parità di trattamento da un lato, e necessità di garantire tutte quelle condizioni necessarie al funzionamento di una società democratica, dall'altro. In ossequio a ciò la Corte⁴⁹, partendo dal presupposto che il diritto antidiscriminatorio europeo si applica a tutti co-

⁴⁹ C. giust., 12 gennaio 2023, causa C356/21, J.K. contro TP S.A., in <https://www.italianequalitynetwork.it/>; BRONZINI, *Sentenza della Corte di giustizia sulla discriminazione dei lavoratori autonomi*, <https://movimentoeuropeo.it/>; COUNTOURIS, FREEDLAND, DE STEFANO, *Making labour law fit for all those who labour*, <https://www.socialeurope.eu/>; BORELLI, RANIERI, *La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall'algoritmo Frank*, in *LLI*, 2021, 7(1), I.18-I.47, <https://labourlaw.unibo.it/>; Corte Suprema del Regno Unito, 27 luglio 2011, UKSC 40, causa J. contro H., in <https://www.supremecourt.uk>.

loro che svolgano una qualsiasi attività di lavoro personale, senza distinzione tra lavoro subordinato ed autonomo, ha esteso in senso ampio l'ambito di applicazione dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), della Direttiva⁵⁰. Questo ha aperto la via ad un nuovo concetto di lavoro personale, andando davvero “*au-delà de l'emploi*”⁵¹.

La risposta al quesito sottoposto alla Corte lo si trova pertanto vergato nelle parole dell'avv. Generale Jean Richard De La Tour che, nelle sue conclusioni, puntualizza come la deroga al divieto di discriminazione, costituita dal rilievo dato ai desideri espressi dal soggetto assistito deve essere considerata rispettosa del requisito della necessità, in quanto preordinata a garantire il diritto all'autodeterminazione, consentendo ai beneficiari delle prestazioni di scegliere come, dove e con chi vivere.

Sembra, infatti, ragionevole aspettarsi che un'assistente personale corrispondente ai requisiti indicati coadiuvi la persona disabile nell'ambiente personale, sociale e universitario. Il rispetto dei desiderata promuove pertanto il rispetto del diritto all'autodeterminazione e concorre alla concretizzazione della tutela dei diritti e delle libertà altrui *ex art. 2, par. 5*. Sebbene il quesito chiedesse alla Corte di valutare la questione alla luce di una pluralità di norme questa formula il suo giudizio limitatamente all'art. 2, par. 5. Per quanto riguarda le altre la Corte opta per non verificare se la disparità di trattamento in funzione dell'età potesse essere giustificata in forza delle stesse.

Si tratta di una soluzione ermeneutica sulla quale è possibile avanzare qualche obiezione di carattere sistematico poiché, una volta effettuata l'opzione per la giustificabilità di una discriminazione diretta *ex art. 2, par. 5*, sarebbe risultato utile precisare i rapporti intercorrenti tra i meccanismi giustificativi predisposti, rispettivamente, con riguardo agli articoli 4, par. 1 e 6, par. 1 e 7 della Direttiva. Ciò nonostante, volendo rileggere la decisione nel contesto generale della sentenza va sottolineato come con riguardo all'art. 4, par. 1, la Corte non esclude che una siffatta discriminazione possa, in virtù di tale norma, trovare una giustificazione. Sul punto però il giudicante si domanda se la preferenza espressa, pur maturata nel contesto del diritto all'autodeterminazione, rappresenti una di quelle “caratteristiche” a cui fa riferimento la norma; ed ancora si domanda se una preferenza per una particolare fascia anagrafica abbia le connotazioni riferite dall'art. 4, par. 1, cit. Nel caso specifico la funzione di assistente implica una partecipazione regolare e duratura alla vita della disabile il cui scopo è fungere da intermediario con il mondo esterno. Tale scopo potrebbe dunque spiegare le ragioni dell'accoglimento dei desiderata indicati per garantire l'esecuzione ottimale del servizio. Ma la Corte comunque sceglie di non intraprendere la via tracciata nell'art. 4 per rispondere alla questione postale. La nozione del requisito

⁵⁰ C. giust., 2 gennaio 2023, causa C356/21, cit. annotata da BIAGIOTTI, *La tutela antidiscriminatoria si applica ai lavoratori autonomi: una rilevante pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *ADL*, 2023, 591; COSIO, *La tutela contro le discriminazioni nell'ambito di un'attività autonoma: verso un cambio di paradigma*, in *LG*, 2023, 257; MAGAGNOLI, *Divieti di discriminazione e lavoro autonomo: un primo passo nella ridefinizione dei confini del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2023, 544.

⁵¹ SUPIOT, *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion, 1999.

per lo svolgimento dell'attività lavorativa è stata, infatti, interpretata in senso soggettivo⁵² e bisognerebbe fornire la prova che le caratteristiche richieste sono indispensabili affinché l'attività si possa svolgere efficacemente. A ben vedere forse un ruolo facilitatore nell'integrazione avrebbe potuto esser reso da una persona con una maggior esperienza e quindi maturità. Prendere in considerazione la concezione personale di un servizio da parte dei suoi destinatari però potrebbe inoltre consentire l'emersione di pregiudizi⁵³, ne deriva se sia opportuno adottare un approccio soggettivo per i servizi di assistenza personale, in ragione della necessaria riservatezza e della particolare relazione e rapporto fiduciario che essi stabiliscono con il fruitore dell'assistenza. A tale quesito risponde il principio di interpretazione restrittiva delle esenzioni⁵⁴ che potrebbe opporsi a tale approccio, poiché l'implementazione del diritto discriminatorio va nella direzione di contribuire a far evolvere le sue implicazioni anche riguardo a comportamenti insiti in rapporti professionali che implicano un legame di fiducia.

Quanto poi all'esenzione per età di cui all'art. 6 citato, l'ipotesi prospettata non può essere accolta⁵⁵. In conformità con il principio di interpretazione restrittiva delle deroghe, la Corte nel suo ragionamento aveva già evidenziato come questa norma non coprisse tutte le finalità legittime ma solo quelle dettate da considerazioni di politica sociale come la promozione dell'impiego⁵⁶ circostanza che non ricorre in questo caso.

Potrebbe anche essere utile verificare se le caratteristiche a cui la norma fa riferimento possono riguardare, oltre alle particolari condizioni fisiche collegate all'età⁵⁷, anche ulteriori attitudini o requisiti in particolare di natura sociale o psicologica. Ammettere una tale estensione, però, potrebbe essere di difficile applicazione, in primo luogo, perché in contrasto con il principio sancito dal considerando 23 della Direttiva, secondo il quale è necessario adottare un'interpretazione restrittiva di tale disposizione in conseguenza della quale la giustificazione da essa prevista è ammissibile solo in "casi strettamente limitati". Inoltre, i requisiti e le qualità, che possono costituire oggetto del diritto di preferenza del soggetto che accede alle prestazioni di assistenza, dipendendo esclusivamente dalle scelte e dai desideri di quest'ultimo, non sembrano possedere il carattere dell'oggettività, rendendo impossibile predeterminarne contenuti e perimetro. Ancora riguardo all'art. 7 la Corte si chiede se lo scopo di assicurare la completa parità nella vita professionale, sia pertinente per giustificare una discriminazione fondata sull'età in una situazione come quella sulla quale è chiamata ad esprimersi. Come anticipato, la Corte però si sottrae a

⁵² C. giust., 17 novembre 2022, causa C304/21, in <https://curia.europa.eu>.; C. giust., 7 novembre 2019, C396/18 C, cit.

⁵³ C. giust., 14 marzo 2017, causa C188/15, B e H, in <https://curia.europa.eu>.

⁵⁴ C. giust., 21 ottobre 2021, causa C824/19 K.S, in <https://curia.europa.eu>.

⁵⁵ Art. 7, dir. 2000/78, in <https://curia.europa.eu>.

⁵⁶ C. giust., 5 marzo 2009, causa C388/07, in <https://curia.europa.eu>.

⁵⁷ C. giust., 12 gennaio 2010, causa C229/08, in <https://curia.europa.eu>; C. giust., 15 novembre 2016, causa C258/15, in <https://op.europa.eu>; C. giust., 7 novembre 2019, causa C396/18, in <https://eur-lex.europa.eu>.

queste valutazioni, ritraendosi nell'affermazione secondo cui, alla luce dell'ammissibilità della deroga al divieto di discriminazione sulla base del dettato dell'art. 2, par. 5, ulteriori indagini possono essere considerate non necessarie.

4. Alcune considerazioni generali e riflessioni conclusive

Nel caso giunto alla attenzione della Corte questa si trova ad affrontare esigenze riconducibili a due distinti gruppi protetti: ciò che contraddistingue il cuore della vicenda è proprio la competizione che si va a sviluppare tra distinte minoranze. La difficoltà con cui la Corte si è scontrata e che ci dà l'idea dello stato di salute del diritto antidiscriminatorio⁵⁸, risiede nel fatto che non si trattava di convalidare una differenza nel trattamento, a discapito di un gruppo protetto, per motivi di interesse generale, bensì di giustificarla, con l'intento di preservare e conservare degli interessi di un altro gruppo protetto. L'occasione di sciogliere i nodi della vicenda perviene, pertanto, dopo una ricostruzione sistematica dell'impianto normativo su cui poggia il divieto di discriminazione fondato sull'età.

Va segnalato però come la Corte formuli il suo giudizio limitatamente alla deroga di cui all'art. 2, par. 5, non accogliendo nel suo percorso decisionale i tracciati normativi dell'art. 4, par. 1, nonché dell'art. 6, par. 1. Essa ha preferito, pertanto, incentrare la sua decisione sulla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Si tratta di un richiamo ai diritti fondamentali contro il divieto di discriminazione che ha attribuito alla Corte un maggior spazio di manovra derivante dalla consapevolezza che le persone disabili sono titolari di una condizione speciale delineata nell'art. 26 della Carta, nonché nella Convenzione.

Ciò si traduce in un obbligo positivo di adottare le misure necessarie per garantire l'effettività di tale autodeterminazione con la medesima libertà di scelta di cui godono gli altri soggetti. È pertinente riflettere sulla tutela dei diritti altrui e sulla conciliazione dei diritti riconosciuti a gruppi di minoranza. Sul tema può aprirsi un complesso dibattito derogatorio dovendo decidere se il ricorso a un criterio vietato dalla legge possa favorire l'integrazione della persona protetta. Il rischio celato è che tali criteri possano velare dei pregiudizi e che in questa maniera essi si possano diffondere celati in misure a favore di soggetti protetti. Per affrontare il rischio, da un lato si potrebbe, infatti, esser tentati di considerare che le difficoltà specifiche che le persone disabili incontrano quotidianamente possano giustificare un adattamento di alcuni obblighi nei loro confronti ed in questo senso si potrebbe considerare legittimo acconsentire ad accogliere l'indicazione, anche se discriminatoria, quando siano riferita all'assunzione di una persona che in qualche modo condivide la loro vita. Allo stesso tempo però, tale rimodulazione porterebbe a sottrarre gli stessi soggetti

⁵⁸ BELLO, *Un anniversario da festeggiare? Riflessioni sociologico giuridiche sulle disposizioni antidiscriminatorie dell'Unione europea a vent'anni dalla loro emanazione*, in *DPCE Online*, 2020, Vol. 43.

dagli sforzi richiesti ad ogni altro individuo, circostanza che potrebbe tradursi in una contrazione del sistema di tutela.

Un altro aspetto su cui è necessario riflettere, e non emerso, è quello del criterio del sesso indicato nell'offerta di lavoro insieme a quello dell'età. A ben vedere la proposta di lavoro contestata non solo contiene il requisito contestato dell'età ma anche quello del sesso. Si tratta di un criterio che la ricorrente non ha contestato, essendo una donna, ma occorrerebbe chiedersi cosa sarebbe occorso se il candidato fosse stato un uomo o se la persona disabile avesse fatto valere le sue preferenze in materia religiosa⁵⁹, di orientamento sessuale, di convinzione⁶⁰ ecc.

La giurisprudenza della Corte ha indicato che, nei casi di discriminazione fondata sul sesso, tale eccezione vada interpretata in modo restrittivo, assicurando il rispetto dei principi di proporzionalità e trasparenza. Deve inoltre esser applicata ad attività professionali specifiche e previo l'esame di ogni singolo caso offrendo uno spaccato che riflette l'evoluzione sul ruolo che questo criterio ricopre⁶¹.

La questione presenta non pochi risvolti di complessità alla cui risoluzione ha concorso l'approccio convincente offerto dall'Avv. Generale citato. Nel caso in esame tutto consegue alla constatazione che siamo di fronte alla instaurazione di un rapporto di lavoro regolarmente remunerato che ricade sotto l'ombrello protettivo della Direttiva. Dalla possibilità attribuita alle persone disabili di manifestare le proprie preferenze consegue l'onere per gli Stati di predisporre misure e strumenti per esercitare tale diritto al pari degli altri individui. Tuttavia, a causa delle limitazioni che ne ostacolano l'esistenza questi soggetti godono, talvolta in maniera sfumata, delle libertà e della *privacy* riconosciuta a tutti gli individui. Dalle riflessioni della Corte emerge, pertanto, la consapevolezza che costoro hanno necessità di un intermediario, una figura che costituisce l'anello di congiunzione con la società. Nel caso *de quo* questo anello è nei desiderata indicati. Al tempo stesso tener conto delle preferenze personali o anche del pregiudizio nell'assunzione (che in esso può celarsi) può esser visto come un mezzo per restituire alla persona protetta perché disabile, un margine di apprezzamento e di rivalutazione per la propria condizione, che le ha sottratto l'autonomia di auto organizzarsi.

Le condizioni poste dall'art. 2, par. 5 paiono quindi esser soddisfatte poiché l'obbligo di tener conto della volontà del destinatario della prestazione è previsto dalla legislazione nazionale tedesca ed è necessario in una società democratica per garantire il diritto alla

⁵⁹ C. giust., 14 marzo 2017, causa C188/15, B e H, in www.curia.europa.eu; C. giust., 10 luglio 2008, F. causa (C54/07, EU:C:2008:397), in www.curia.europa.eu; Poso, *Religione e pregiudizio. La Corte di Giustizia e la discriminazione per il velo islamico indossato nei luoghi di lavoro tra libertà religiosa dei lavoratori e libertà di impresa*, in *LB*, n. 2017, 050.

⁶⁰ C. giust., 17 aprile 2018, causa C414/16, in *LDE*, 2018, 2 con nota di BALDETTI, *Requisiti occupazionali delle organizzazioni di tendenza e tutela del lavoratore. L'intervento della Corte di Giustizia nel caso Egenberger v. Evangelisches Werk*.

⁶¹ C. giust., 11 gennaio 2000, causa C285/98, T. K. – Repubblica Federale tedesca, in www.curia.europa.eu.

autodeterminazione per le persone disabili. Ne consegue che la differenza di trattamento fondata sull'età deriva da una misura necessari ai sensi della norma richiamata.

La decisione della Corte non è però destinata ad essere generalizzata: in questo caso appare ragionevole accogliere la preferenza dell'età, perché porta con sé una certa somiglianza e vicinanza anagrafica che potrebbe facilitare la sua integrazione nella società. Resta fermo che la volontà di porre le persone disabili nella stessa situazione di chi non lo è deve conciliarsi con altri principi fondamentali poiché l'assimilazione non è assoluta. Altresì non è assoluto il diritto all'integrazione delle persone disabili: le difficoltà sono principalmente legate all'individuazione delle limitazioni operative e dall'interazione di esse con l'ambiente di vita⁶².

La Direttiva ne fornisce un esempio anche per quanto attiene all'accesso al mercato del lavoro richiamando quanto previsto dall'art. 5 in ordine ai ragionevoli adeguamenti idonei a consentire l'accesso al lavoro delle persone con disabilità purché l'onere rimanga proporzionato⁶³. La ricerca di un equilibrio degli interessi in gioco è pertanto essenziale ed il criterio di ragionevolezza si applica anche quando la persona disabile utilizza gli interessi e le proprie preferenze nell'assunzione di un assistente personale.

Ne consegue che la sentenza del 7 dicembre 2023 non pregiudica in alcun modo la decisione della Corte federale in merito agli altri criteri vietati dalla Direttiva. Il criterio dell'età è soggetto a un regime derogatorio più ampio rispetto agli altri fattori richiamati dalla norma⁶⁴.

Il divieto di discriminazione in oggetto si presenta meno radicale, il che può spiegare perché il diritto all'autonomia delle persone con disabilità ha prevalso. In argomento sovrviene però un altro dubbio. Cosa accadrebbe se l'offerta di lavoro come assistente personale prescrivesse l'appartenenza ad una particolare religione, o prescrivesse il sesso, convinzioni personali o orientamento sessuale? La questione si complica anche perché nella Direttiva 2006/54, non si ravvede una deroga analoga a quella dell'art. 2, par. 5. In tale Direttiva la tutela dei diritti e delle libertà altrui non è contenuta nel dispositivo, con la conseguenza che si dovrà ricorrere alle previsioni di cui ai requisiti per lo svolgimento dell'attività lavorativa (quelli che la Direttiva 2000/78 contempla all'art. 4), che sono invece previsti, pur con le perplessità sopra espresse. Con riguardo invece agli altri criteri, la prova della ragionevolezza sarà sottoposta a dura prova e si dovrà trovare un nuovo equilibrio.

Alla luce di queste considerazioni la decisione assunta dalla Corte è sicuramente coraggiosa pur sollevando molti interrogativi. Ma la materia è assai vischiosa e va apprezzato lo sforzo che la Direttiva ha fatto promuovendo l'avvio di alcune dinamiche virtuose che hanno indotto gli operatori giuridici e gli Stati membri ad interrogarsi sulla legittimità delle

⁶² FRANZINI, SOLICAPA, *L'inclusione sociale delle persone con disabilità: un processo ancora lungo*, 2020, in <https://www.welforum.it/>.

⁶³ SPINELLI, *La sfida degli "accomodamenti ragionevoli" per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in *DLM*, 2017, 1, 39.

⁶⁴ CAVALLINI, *L'âge Contribution pour « Le temps en droit du travail »*, 2017, (a cura di Teyssié), éd.Panthéon, Assas, 172-197.

condotte discriminatorie e su principi fondamentali come l'uguaglianza e la non discriminazione⁶⁵.

Fatte queste riflessioni generali va segnalato come al termine del percorso di analisi la Corte abbia risposto alla questione sollevata in via pregiudiziale dichiarando che *“l'art. 2, par.5, della Direttiva, (...) non osta a che l'assunzione di una persona che fornisce assistenza personale sia soggetta a un requisito di età, in applicazione di una normativa nazionale la quale prevede che siano presi in considerazione i desideri individuali delle persone che, a causa della loro disabilità, hanno diritto a prestazioni di servizi di assistenza personale, qualora tale misura sia necessaria alla tutela dei diritti e delle libertà altrui”*.

Il fulcro della riflessione si volge dunque sulla necessità di bilanciare i diritti della persona disabile con il diritto del lavoratore a non essere discriminato che è la prospettiva con cui è stata affrontata la disabilità la cui evoluzione è dovuta anche grazie alla Convenzione citata che ha offerto un approccio che ha ampliato la visione agli elementi, materiali e immateriali, che circondano e ostacolano la persona e che andrebbero rimossi.

Quello delle discriminazioni per età peraltro è un tema complesso che opera sia con riferimento alla giovane età o alle età più avanzate e che spesso si fonde anche con valutazioni culturali.

La risposta al quesito chiaramente non può essere unica, la richiesta deve essere, come già anticipato a livello europeo e come giustamente richiesto anche dalla normativa tedesca legittima e ragionevole, una legittimità e una ragionevolezza che vengono definite di volta in volta prendendo in considerazione le esigenze della persona che necessita di un supporto. Nel caso specifico la richiesta risulta essere motivata dal fatto che una persona di età vicina al destinatario dell'assistenza sarebbe riuscita ad *“integrarsi più facilmente nell'ambiente personale, sociale e universitario”* frequentato dalla giovane, motivo per cui non sono state rilevate discriminazioni.

L'imposizione di un requisito di età può quindi essere necessaria e giustificata alla luce della tutela del diritto all'autodeterminazione della persona disabile interessata. La *ratio* della decisione è quella di dare effettività al diritto di integrazione delle persone disabili (contemplato nell'art. 2 della nostra Costituzione) in un ambito particolarmente sensibile come quello delle discriminazioni.

Nel caso in esame il diritto, e nel caso specifico il diritto antidiscriminatorio, si fonde quindi con altre discipline, capaci di comprendere le esigenze della persona evidenziando quali siano le caratteristiche del prestatore di assistenza che possano effettivamente agevolare l'inclusione nella società. Serve un approccio concreto e multidisciplinare per garantire la maggiore tutela di tutte le parti coinvolte e per definire comunque in modo chiaro il confine tra la tutela dei diritti e delle libertà altrui e il diritto antidiscriminatorio.

⁶⁵ BELLO, cit.

CORTE D'APPELLO DI TORINO, sentenza 31 ottobre 2023; Pres. M. Milani - Est. M. Alzetta – (omissis), (omissis), (omissis), (omissis), (omissis) (avv. ti M. Caffaratti, L. Pigozzi e A. Enrichens) c. G. S.p.a. (avv. ti D. Dirutigliano e L. Ropolo)

Premi di risultato – disabilità – discriminazione diretta – caregiver – permessi ex L. n. 104/1992.

La mancata equiparazione delle assenze per la fruizione dei permessi ex L. n. 104/1992 alle presenze in servizio nell'ambito di un premio di risultato negoziato collettivamente costituisce una discriminazione diretta, fondata sulla disabilità, nei confronti dei lavoratori-caregivers che assistano un familiare disabile. (massima non ufficiale)

Premi di risultato e discriminazioni retributive

Michele Dalla Sega

Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università di Udine

SOMMARIO: 1. I fatti di causa. – 2. L'iter argomentativo adottato dai giudici. – 3. Premi di risultato e discriminazioni: i diversi profili di un intreccio delicato. – 4. I segnali per il legislatore e le parti sociali.

Sinossi: Il contributo analizza una recente sentenza della Corte d'appello di Torino che ha configurato la sussistenza di una discriminazione diretta, fondata sulla disabilità, in caso di mancato computo dei permessi previsti dall'art. 33 della L. n. 104/1992 nell'ambito di un premio di risultato aziendale negoziato con il sindacato. La pronuncia in commento riporta quindi l'attenzione sul complesso intreccio tra politiche retributive e tutele contro le discriminazioni nel nostro contesto nazionale, che già in diverse occasioni è stato oggetto di importanti pronunce giurisprudenziali.

Abstract: *The comment analyses a recent sentence by the Court of appeal of Turin, that found the existence of a direct discrimination, based on disability, in the context of a company performance bonus, negotiated by a company with the trade unions.*

The decision of the Court therefore draws attention to the complex intertwining between remuneration policies and protection against discrimination in our national context, which has already been the subject of important jurisprudential pronouncements.

1. I fatti di causa

Cinque lavoratori, aventi diritto ai permessi previsti dall'art. 33 della l. 5 febbraio 1992, n. 104 per coloro che assistano un familiare con disabilità, adivano il Tribunale di Torino per contestare il mancato computo di tali permessi come giorni di presenza ai fini della maturazione del premio di risultato (da qui in avanti *pdr* o *premio variabile*), adducendo così la configurazione di una condotta discriminatoria nei loro confronti. Peraltro, i lavoratori lamentavano anche il mancato conteggio delle giornate di fruizione di tali permessi come *periodo effettivo di guida*, utile all'attribuzione del parametro retributivo superiore secondo quanto previsto dall'art. 2 del CCNL Autoferrotranvieri e trasporto pubblico locale, applicato in azienda¹.

I ricorrenti richiedevano quindi di accertare e dichiarare la natura discriminatoria del comportamento alla base della determinazione del *pdr* e, conseguentemente, la parificazione delle assenze in questione alla presenza in servizio, previa declaratoria di nullità o illegittimità o annullamento delle disposizioni dell'accordo aziendale contestate. Allo stesso tempo, veniva chiesto di condannare l'azienda al pagamento delle differenze retributive dovute sul calcolo del *pdr*, oltre che degli interessi e dell'eventuale rivalutazione monetaria annessa.

Il Tribunale di Torino respingeva il ricorso ritenendo che, sebbene fosse configurabile una discriminazione indiretta nei confronti dei lavoratori, la disparità di trattamento rilevata fosse giustificata dalla presenza di finalità legittime.

Contro tale ordinanza, gli originari ricorrenti interponevano appello, censurando la sentenza sotto vari profili, con l'obiettivo di dimostrare la sussistenza di una discriminazione diretta.

I giudici della Corte d'appello di Torino hanno quindi esaminato i vari motivi di doglianza in maniera congiunta, accogliendo il ricorso dei lavoratori, con la condanna dell'azienda a pagare una somma a titolo di differenze retributive dovute e a conteggiare i periodi di fruizione dei permessi *ex l. n. 104/1992* (oltre che i periodi di congedo straordinario *ex art. 42, commi 5 e 5-bis*) come periodi di guida effettiva, al fine dei passaggi automatici di parametro retributivo stabiliti dall'art. 2 del contratto nazionale applicato.

L'iter argomentativo dei giudici presenta profili di particolare interesse, che è utile ripercorrere in questa sede per compiere alcune riflessioni sul complesso intreccio tra politiche retributive e tutele contro le discriminazioni nel nostro contesto nazionale.

¹ Secondo quanto previsto dal CCNL Autoferrotranvieri, come integrato dalle varie intese intervenute negli anni, i parametri retributivi 158, 175 e 183 possono essere conseguiti, rispettivamente, dopo 9, 16 e 21 anni di *guida effettiva*.

2. L'iter argomentativo adottato dai giudici

Un primo aspetto di rilievo dell'iter argomentativo dei giudici è rappresentato dalla lettura eurocomunitaria che i giudici forniscono rispetto al principio di non discriminazione, alla luce di quanto sancito nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cd. Carta di Nizza) e ribadito nella Dir. 2000/78/CE del 27 novembre 2000, poi ripresa nel nostro ordinamento nazionale dal d. lgs. 9 luglio 2003, n. 216. Secondo quanto evidenziato dalla Corte d'appello, si parla di “discriminazione diretta” quando «per uno degli specifici fattori di protezione» indicati dall'art. 1 della Direttiva del 2000², «una persona è trattata in modo meno favorevole di quanto sia stata o sarebbe stata trattata una persona (non associata a uno dei fattori di protezione in questione) in una situazione analoga».

Si tratta, invece, di *discriminazione indiretta* nei casi in cui alcuni atti o comportamenti «apparentemente neutri, possono mettere in una posizione di particolare svantaggio» le persone, per motivi legati a religione, convinzioni personali, *handicap*, età e orientamento sessuale. Nell'ambito di questa seconda fattispecie, tuttavia, viene ammessa una disparità di trattamento «qualora la disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il loro conseguimento siano appropriati e necessari» ovvero nel caso in cui il datore adotti misure adeguate per far fronte agli svantaggi provocati, alla luce degli obblighi legislativi previsti sul punto³.

Nel caso di specie – come evidenziano i giudici aditi – rileva il concetto di “discriminazione diretta” così come ricostruito dalla giurisprudenza eurocomunitaria. Invero, il richiamo è alla sentenza del 17 luglio 2008, causa C-303/06⁴, in cui è stato chiarito in maniera netta come la Direttiva del 2000 «vieta di discriminare non una determinata categoria di persone, ma vieta atti di discriminazione correlati ai fattori di protezione» indicati dalla normativa, tra cui risulta espressamente anche l'*handicap*. Conseguentemente, sono protette dalle discriminazioni dirette sia le persone con disabilità, sia le persone (non disabili) che assistano i propri familiari con disabilità, quali sono, nel nostro ordinamento, i fruitori dei permessi ex art. 33 della l. n. 104/1992.

Questa interpretazione *estensiva* del concetto di *discriminazione diretta*, del resto, è stata fatta propria anche dalla giurisprudenza di legittimità, come confermato dalle varie pronunce della Corte di cassazione richiamate in giudizio che hanno affrontato, sotto diversi profili, controversie riguardanti lavoratori che assistessero familiari con disabilità⁵. Risulta

² Si tratta, nel concreto, delle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.

³ Ci si riferisce, in questo caso, ai cd. accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006, e regolati, nel nostro contesto nazionale, nell'ambito del d.lgs. n. 216/2003 (art. 3, comma 3-bis), in attuazione della Dir. n. 2000/78/CE. Sul tema si rinvia, *ex multis*, a D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *ADL*, 2019, 6, 1211 ss.

⁴ V. C. Giust., 17 luglio 2008, causa C303/06, *Coleman*, in *www.curia.europa.eu*.

⁵ In questo senso, opera il richiamo a Cass., 12 ottobre 2017, n. 24015, in *IG*, 2017, 6, 575, con nota di LIMENA; Cass. 3 no-

pertanto errato, per i giudici della Corte d'appello, il richiamo dei giudici di primo grado alla diversa fattispecie di *discriminazione indiretta*.

Una volta collocata la questione sui binari della *discriminazione diretta*, l'obiettivo dei giudici d'appello diventa quello di verificare se, nel caso in questione, il criterio di esclusione adottato nella disciplina del premio di risultato «possa dirsi inscindibilmente legato alla disabilità, determinando un trattamento meno favorevole» fondato su tale situazione.

Su questo punto, i giudici non mostrano alcun dubbio, evidenziando come la disabilità costituisca «indefettibile presupposto dei permessi» per i quali viene negata l'equiparazione alle presenze, nell'ambito delle prassi aziendali in atto. A nulla rilevano, in tal senso, i passaggi della difesa volti a evidenziare le *soluzioni ragionevoli* adottate dalla stessa azienda sul punto. Si tratta, infatti, di possibili *giustificazioni* delle disparità di trattamento che assumono importanza solo a fronte di discriminazioni indirette, e non, come in questo caso, di discriminazioni dirette.

Allo stesso tempo, i giudici specificano che lo *status* dei *caregivers* non è equiparabile a quello dei lavoratori che non svolgono la propria attività per malattia e infortunio (penalizzati anch'essi nel calcolo delle presenze ai fini del premio di risultato), dato che la malattia e l'infortunio non sono inclusi tra i fattori tipici di protezione considerati dalla normativa europea e «non possono nemmeno essere assimilati, *sic et simpliciter*, alla nozione di *bandicap*», come conferma la giurisprudenza comunitaria sul tema⁶. Parimenti, risulta priva di fondamento l'ipotesi di *discriminazione alla rovescia*, propugnata dalla difesa, che si configurerebbe verso chi abbia effettivamente svolto la propria prestazione lavorativa, in caso di equiparazione delle assenze ai fini dell'erogazione del premio di risultato.

Chiariti in maniera definitiva i punti di merito, ai giudici non resta che fornire basi di legittimità a un proprio intervento su un atto dell'autonomia collettiva, quale è appunto l'accordo aziendale che ha introdotto e regolamentato il premio di risultato oggetto di controversia. Su questo punto, da un lato i giudici ribadiscono che, nel caso in questione, configurandosi una ipotesi di discriminazione tipizzata, «il sindacato del giudice (...) è giustificato dal limite legale posto alle discriminazioni vietate». Dall'altro lato viene richiamata, in senso meramente rafforzativo, la giurisprudenza commercial-civilistica sulle clausole cd. *claims made*⁷, che consente ai giudici di intervenire sugli statuti negoziali in tutti quei casi in cui risulti necessario per «prevenire o reprimere l'abuso del diritto».

vembre 2015, n. 22421, in *RIDL*, 2016, 3, II, 480, con nota di Buoso; Cass. 8 giugno 2017, n. 14187, in *D&G*, 8 giugno 2017; Cass. 31 gennaio 2018, n. 2466, in *D&G*, 1° febbraio 2018.

⁶ V. C. Giust., 11 luglio 2006, causa C13/05, *Chacon Navas*; C. Giust., 11 aprile 2011, cause C335/11 e C337/11 (cause riunite), *HK Danmark*, tutte in *www.curia.europa.eu*.

⁷ I giudici in questo senso richiamano Cass. Civ., SS.UU., 6 maggio 2016, n. 9140, in *GComm*, 2017, 6, 992 con nota di MUGAVERO. Per approfondire il tema cfr. anche, *ex multis*, MAGNI, *Le Sezioni unite sul contratto di assicurazione per la responsabilità civile "claims made": contratto valido (a meno che "la manipolazione dello schema tipico non ne avveleni la causa")*, in *GI*, 2016, 12, 2607 ss.

Sulla base di quanto emerso dalla disamina, la Corte d'appello di Torino accoglie l'appello dei lavoratori, riconoscendo la natura discriminatoria del comportamento dell'azienda, che viene quindi condannata a risarcire i ricorrenti delle differenze retributive dovute sul calcolo del pdr, nonché a conteggiare i permessi *ex l. n. 104/1992* e il congedo straordinario *ex art. 42, commi 5 e 5-bis, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151* come periodi di *guida effettiva* al fine dei passaggi automatici di parametro retributivo stabiliti dal CCNL.

3. Premi di risultato e discriminazioni: i diversi profili di un intreccio delicato

La sentenza in commento si inserisce nel solco di un più ampio dibattito giurisprudenziale relativo alle forme di retribuzione variabile introdotte nei vari contesti aziendali e territoriali attraverso la contrattazione collettiva. Se, infatti, a livello di principio non è mai stato messo in discussione, in ambito legislativo⁸ e giurisprudenziale⁹, il ruolo preponderante dell'autonomia collettiva sul tema, sul piano operativo non sono mancati gli interventi dei giudici in relazione alle modalità di strutturazione ed erogazione dei premi, nell'ambito delle intese collettive in materia.

Negli anni, le direttrici di intervento sono state diverse, alla luce della pluralità di ambiti su cui la retribuzione di produttività incide, che spaziano dal rapporto (e la gerarchia) tra le diverse fonti contrattuali¹⁰ al rispetto delle norme che consentono la decontribuzione delle somme negoziate collettivamente¹¹. In questa sede, tuttavia, ci si concentrerà sulle sentenze che hanno trattato i possibili fattori di discriminazione legati ai premi, ponendo sotto la lente di giudizio quegli specifici indicatori fissati nei pdr che ricollegano, in via diretta o in veste di indici correttivi¹², il calcolo dell'importo finale alle presenze del lavoratore in azienda.

⁸ Si veda l'espresso richiamo ai «contratti aziendali o territoriali» previsto dall'art. 1, comma 187 della l. 28 dicembre 2015, n. 208 quali fonti esclusive per l'istituzione dei premi di risultato che possono fruire del quadro di agevolazioni fiscali e contributive previsto in materia.

⁹ In questo senso cfr. Cass., 15 febbraio 2008, n. 3874, in banca dati *DeJure* nonché, in senso conforme, Cass., 19 febbraio 2009, n. 4078, in *GC Mass*, 2009, 2, 272; Cass., 22 marzo 2010, n. 6852, in *GC Mass*, 2010, 3, 416. Nell'ambito di tali pronunce è stata ribadita la competenza esclusiva della contrattazione di secondo livello in materia di retribuzione variabile, non solo nei termini di mera esecuzione delle clausole di rinvio poste dalla contrattazione nazionale ma nell'ottica dell'intera regolamentazione dell'istituto.

¹⁰ Sul punto, si rinvia all'ampia rassegna operata da VILLA, *Orientamenti della giurisprudenza in tema di premi di risultato*, in *ADL*, 2013, 2, 444 ss.

¹¹ V. Cass., 16 agosto 2022, n. 24814, in *Ius Lavoro*, 26 ottobre 2022, con nota di LANZARA.

¹² In merito a tale distinzione, per comprendere come questa si sviluppi nell'ambito degli accordi collettivi cfr. MOSCA, TOMMASSETTI, *Il premio di risultato nella contrattazione collettiva: lineamenti teorici*, in PERCIAVALLE, TOMMASSETTI (a cura di) *Il premio di risultato nella contrattazione aziendale. Lineamenti teorici e analisi casistica dell'esperienza italiana e spagnola*, ADAPT LABOUR STUDIES eBook series n. 59, 20.

Un primo fronte di discussione riguarda le pronunce relative alle prassi contrattuali che penalizzano sul piano economico i lavoratori che svolgono attività sindacale, con particolare riferimento a coloro che usufruiscano dei permessi sindacali. In questo specifico ambito, la giurisprudenza prevalente ha rimesso «la scelta delle assenze all'autonomia collettiva»¹³, non sussistendo sul tema un divieto espressamente posto dalla legge. Per evidenziare eventuali profili discriminatori in questo ambito, non è pertanto possibile il ricorso all'articolo 28 della l. 20 maggio 1970, n. 300 (cd. Statuto dei lavoratori), dedicato alla repressione della condotta antisindacale, qualora il comportamento del datore di lavoro sia legato all'adempimento di clausole collettive. In tal caso, infatti, la penalizzazione per i lavoratori non avviene «contro» la libertà sindacale ma è il riflesso di una norma collettiva»¹⁴. Tale orientamento è stato rafforzato da una importante pronuncia della Corte di cassazione risalente al 2015¹⁵, con la quale i giudici di legittimità hanno negato la natura antisindacale del comportamento del datore di lavoro che aveva compreso le giornate di sciopero nell'ambito della previsione di «assenteismo»¹⁶.

Ben diverso è stato invece l'approdo delle corti, relativamente a specifiche situazioni di svantaggio, collegate alle condizioni di quei lavoratori (nella maggioranza dei casi *lavoratrici*), che sospendano la propria attività lavorativa per far fronte a specifiche esigenze conciliative. In questa prospettiva, si ritrovano plurime pronunce giurisprudenziali, che hanno identificato discriminatorie le ipotesi in cui specifiche forme di astensione (obbligatoria o facoltativa) previste a livello normativo o contrattuale, non siano state considerate per calcolare le forme di retribuzione variabile.

Particolarmente significativa, in tale ottica, è stata una pronuncia del Tribunale di Firenze del 2011¹⁷, che ha qualificato come discriminatoria la condotta del datore di lavoro (in tal caso, il comune di Firenze) che, ai fini della corresponsione del premio aziendale, aveva escluso dal calcolo delle presenze non solo le assenze per congedo di maternità, ma anche quelle per l'interdizione anticipata, connessa a una gravidanza cd. a rischio. In tal caso, i giudici hanno fatto riferimento alla «discriminazione indiretta», che si configura ogni qualvolta «una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso» (art. 25 del

¹³ Cfr. VITALETTI, *La retribuzione di produttività*, ESI, 2013, 76.

¹⁴ *Ibidem*. Secondo l'A., tuttavia, tale orientamento andrebbe riconsiderato, tenuto conto che, alla luce dell'intervento integrativo del d. lgs. n. 216/2013, «sembra difficile ritenere che il fattore discriminatorio rappresentato dalle «convinzioni personali» non includa anche le opinioni sindacali, consentendo in tal modo di poter estendere il divieto di discriminazione indiretta anche ai motivi sindacali».

¹⁵ V. Cass., 18 marzo 2015, n. 5435, in *D&G*, 18 marzo 2015.

¹⁶ Su tale pronuncia, in termini critici, si veda il commento di DI STASI, *La retribuzione variabile in Italia*, in *Revista Derecho Social y Empresa*, 2016, 5, 18, in cui l'A. evidenzia che «lo sciopero, al pari di altri diritti che tutelano la personalità del lavoratore, è un diritto di rango costituzionale che nulla ha a che fare con ragioni di assenteismo «colpevole»».

¹⁷ V. Trib. Firenze 15 febbraio 2011, n. 179, in www.osservatoriodiscriminazioni.org.

d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, cd. Codice delle pari opportunità). In senso ancora più ampio, è intervenuto nel 2016 il Tribunale di Torino¹⁸, che ha constatato la presenza di una “discriminazione indiretta di genere” in caso di mancato computo dei congedi parentali e per malattia dei figli ai fini del premio. Nelle argomentazioni del giudice, si tratta di fattispecie che, se in linea teorica possono riguardare anche i lavoratori padri, sul piano concreto «finiscono per penalizzare le donne, che (...) fruiscono in modo esclusivo e preponderante» di tali congedi.

Parallelamente a queste pronunce, si è sviluppato un ulteriore filone giurisprudenziale che ha individuato la natura diretta delle discriminazioni derivanti dal mancato computo nei premi in relazione a specifiche fattispecie sospensive della prestazione di lavoro. In questa prospettiva, si segnala la sentenza del 2020 del Tribunale di Asti¹⁹, ove è stata accolto il ricorso di un lavoratore (di sesso maschile) che richiedeva autonoma protezione del suo *status* di “genitore” a fronte di un accordo aziendale che non equiparava le assenze per la fruizione del congedo parentale alle presenze al lavoro. In tal caso, a risultare decisiva è stata «un’interpretazione teleologicamente orientata della disciplina nazionale ed europea in tema di tutela della genitorialità»²⁰, che ha portato i giudici a estendere il divieto di discriminazione per ragioni connesse al sesso anche alla “genitorialità”. La discriminazione è stata ritenuta diretta, in quanto la disposizione oggetto di giudizio colpiva direttamente i lavoratori che fruivano dei congedi parentali, penalizzandoli rispetto ad altre categorie (quali i fruitori dei permessi *ex l. n. 104/1992*, dei permessi sindacali e dei permessi per donazione del sangue) che, invece, venivano “salvate” ai fini della maturazione del premio. In senso conforme, seppur sorrette da un *iter* argomentativo diverso, si collocano alcune pronunce di merito, decise in occasione dell’esclusione dei permessi *ex l. n. 104/1992* dal calcolo dei premi variabili. In questo solco si pone la pronuncia della Corte d’appello torinese qui annotata, che consolida il filone locale²¹, condiviso anche da altri giudici²². In tutti i casi citati, a risultare decisiva è una lettura dei fatti di causa fondata sull’interpretazione eurounitaria del principio di non discriminazione, e che amplia in maniera rilevante

¹⁸ V. Trib. Torino 26 ottobre 2016, n. 1858, in *RIDL*, 2017, 2, II, 278 con nota di PERUZZI, a cui si rinvia per l’ampia analisi critica della pronuncia. La sentenza è stata successivamente confermata in App. Torino, 10 gennaio 2018, n. 937 (a quanto consta inedita).

¹⁹ V. Trib. Asti 7 dicembre 2020, in *ADL*, 2021, 5, 1249 con nota di E. DE MARCO (Manca l’iniziale del nome per possibile omonimia).

²⁰ Cfr. E. DE MARCO (nel commento a Trib. Asti 7 dicembre 2020, cit.), 1254.

²¹ V. App. Torino 12 aprile 2021, n. 91 (a quanto consta inedita); App. Torino 13 giugno 2022, n. 212 in *www.dirittoantidiscriminatorio.it* con commento di DE FALCO. Su tale pronuncia si veda anche GRIVET FETÀ, *Rilevanza delle assenze per permessi ex l. 104/1992 ai fini della determinazione del premio di risultato*, in *Labor*, 13 febbraio 2023.

²² V. in senso conforme Trib. Catania 15 marzo 2023, n. 1015 (a quanto consta inedita); Trib. Catania 11 maggio 2023, n. 2330 (a quanto consta inedita).

«il fattore di rischio discriminatorio “handicap”»²³ ricollegandolo «a qualunque condizione connessa allo stesso»²⁴.

4. I segnali per il legislatore e le parti sociali

Pare utile svolgere qualche riflessione finale in merito ai nodi che la pronuncia in commento (ri)solleva con riferimento a forme di retribuzione, quali i premi di risultato, ormai sempre più diffusi nel nostro Paese, come si evince dai numerosi rapporti periodici sul tema²⁵.

Se è vero, infatti, che le forme di retribuzione variabile consentirebbero a lavoratrici e lavoratori, in condizioni di pari opportunità, di conseguire trattamenti ulteriori e aggiuntivi rispetto ai salari stabiliti dal contratto nazionale, in stretta connessione col raggiungimento degli obiettivi aziendali, i numerosi interventi giurisprudenziali pongono l'accento sulle discriminazioni che *de facto* si verificano, allorché tali prassi si sviluppino in maniera sregolata, con particolare riferimento agli indicatori legati alla presenza. In questi termini, come già evidenziato nelle prime ricerche sul punto, il rischio principale è che, attraverso le intese collettive, «si possa perseguire una velata derogabilità *in peius* della disciplina legale sulle astensioni dal lavoro»²⁶.

Di tali rischi pare essersi accorto anche il legislatore italiano, nel momento in cui, nell'ambito delle disposizioni della l. 28 dicembre 2015, n. 208 (che costituiscono tuttora il quadro normativo di riferimento in tema), ha incluso espressamente il periodo di astensione obbligatoria di maternità nel computo per la determinazione del premio variabile (art. 1, comma 183, l. n. 208/2015). Si tratta senza dubbio di un primo passo importante, purtroppo (come dimostrano le sentenze degli ultimi anni) non ancora sufficiente a sgombrare il campo dai possibili effetti distorsivi delle forme di retribuzione variabile, il cui impatto discriminatorio può essere acuito dall'importante quadro di agevolazioni fiscali e contributive previste in materia²⁷.

In una prospettiva *de iure condendo*, l'impressione è che, anziché porsi in attesa di una diversa regolamentazione legale, sulla falsariga di quello di fine 2015, sia necessario un

²³ Cfr. GRIVET FETÀ, *op. cit.*, 1.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Cfr. l'ultimo report a cura del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali sul deposito dei contratti ex art.14 del d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151, reperibile sul sito istituzionale del Ministero (www.lavoro.gov.it) e aggiornato al 15 febbraio 2024, che segnala il deposito, a partire dal 2016 (anno di entrata in vigore del nuovo quadro di agevolazioni in materia), di un totale di 92.670 contratti di secondo livello che introducono premi di risultato. Tra questi, alla data del 15 febbraio 2024, 9.903 accordi risultavano ancora attivi, di cui 8.258 sottoscritti a livello aziendale e 1.645 a livello territoriale, per un totale di 3.045.154 lavoratori coperti da tali forme retributive aggiuntive.

²⁶ Cfr. DEL BIONDO, *I premi di risultato: una rassegna critica delle prassi negoziali*, in *RGL*, 2018, 2, 360.

²⁷ Su questo specifico nodo problematico cfr. PERUZZI, *La parità retributiva di genere nello specchio della decentralizzazione contrattuale. Problemi e soluzioni in una prospettiva di analisi comparata*, in *RIDL*, 2017, 2, 1, 267.

intervento di indirizzo, a livello nazionale, che provenga delle stesse parti sociali, poiché le pratiche discriminatorie passate in rassegna non sono frutto di politiche unilaterali delle aziende, quanto invece di intese negoziate con le rappresentanze aziendali e/o territoriali del sindacato.

In questa direzione, pare opportuna la predisposizione da parte delle principali organizzazioni datoriali e sindacali di apposite Linee guida, a livello settoriale o interconfederale, che possano orientare le aziende e le rappresentanze dei lavoratori nella predisposizione degli accordi di secondo livello. I principali contratti collettivi nazionali applicati in Italia, allo stato attuale, contengono già specifiche indicazioni per la sottoscrizione degli accordi di secondo livello sui premi di risultato. Nel concreto, tuttavia, tali disposizioni si concentrano principalmente sulle modalità di predisposizione degli indicatori, affinché possano adattarsi alle singole attività svolte dalle imprese²⁸, o svilupparsi nel rispetto del quadro normativo-fiscale vigente²⁹. Non sono, invece, quasi mai affrontate l'opportuna equiparazione di qualificate assenze alla presenza sul luogo di lavoro: nei rari casi in cui questo accade, rimangono comunque scoperte le fattispecie oggetto delle pronunce sin qui menzionate, specie con riferimento alla disabilità e alla cura *diversa* della genitorialità³⁰.

Alla luce del richiamato sindacato giudiziale, pare potersi affermare che, se le parti sociali intendono difendere il proprio ruolo e l'autonomia collettiva nella determinazione delle forme di retribuzione variabile, lo sviluppo delle auspiccate Linee guida si rende non solo necessario, ma anche urgente, per affrontare in sede decentrata (anche) i nodi problematici qui analizzati, per evitare il perpetuarsi delle fattispecie discriminatorie. La storia delle relazioni industriali dimostra come i processi di negoziazione siano sempre frutto di un delicato bilanciamento di interessi tra le parti al tavolo della trattativa, condizionato dai rapporti di forza, dai *gap* di informazioni tra gli interlocutori, nonché dalle risorse messe in campo³¹. In queste complesse *dinamiche*, alla ricerca di *equilibrio* anche con le istanze produttive aziendali, non possono tuttavia essere sacrificate le tutele e le garanzie che l'ordinamento riconosce a lavoratori e lavoratrici e che debbono trovare posto anche in un (maggiormente) corretto sviluppo della contrattazione, che risponda ai principi nazionali e sovranazionali del diritto antidiscriminatorio.

²⁸ Cfr. le Linee guida in materia di premio di risultato previste nel CCNL Industria metalmeccanica e installazione d'impianti (art. 12, titolo IV, sez. quarta e allegato 5 del CCNL), in cui le parti si concentrano esclusivamente sull'individuazione degli indicatori con riferimento alle specifiche tipologie aziendali. Non viene invece prevista alcuna *salvaguardia* in merito a specifiche situazioni personali dei lavoratori nell'ambito del passaggio dedicato ai *criteri di attribuzione individuale del pdr*.

²⁹ In questa prospettiva, cfr. ad esempio le linee guida previste dal CCNL Terziario, distribuzione e servizi (art. 6), in cui vengono illustrati i criteri previsti dalla legge per poter usufruire del trattamento fiscale e contributivo di favore per i premi.

³⁰ Cfr. il CCNL Industria Chimica-Farmaceutica, che con riferimento al "premio variabile" (art. 49), specifica che ai fini del calcolo dei giorni di assenza non devono essere considerati «quelli relativi a ferie, a festività coincidenti con le giornate lavorative, a riposi aggiuntivi e per la riduzione dell'orario annuo (...), alla fruizione di permessi accantonati nel Conto ore, a assemblee retribuite, a permessi sindacali retribuiti, a permessi per donazioni di sangue (...) e per donazioni di midollo osseo (...), nonché a permessi giornalieri per allattamento concessi alle lavoratrici e ai lavoratori».

³¹ Cfr. GOTTARDI, *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e regolazione*, in *LD*, 2016, 4, 880.

CORTE DI CASSAZIONE, sez. lav., ordinanza 8 novembre 2023, n. 35527; Pres. Doronzo – Rel. Cinque - L. (*Omissis*) (Avv. Vincenzo Ioffredi) c. P.E. (Avv. Bruno Cossu, Savina Bomboi, Marina Capponi)
Conferma App. Firenze sent. n. 698/2019

Licenziamento della lavoratrice madre – Cessazione dell'attività d'azienda – Tutela reintegratoria piena – Esercizio provvisorio dell'impresa – Deroghe al divieto di licenziamento ex art. 54, comma 3, d.lgs. n. 151/2001 – Nullità.

In caso di fallimento, non si applica la deroga al divieto di licenziamento della lavoratrice madre nel primo anno di vita del figlio per cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta – pur in assenza di un esercizio provvisorio dell'impresa – qualora siano adottate attività conservative dell'azienda che ne escludono l'effettiva cessazione. La lavoratrice madre licenziata ha diritto alla tutela reintegratoria piena.

TRIBUNALE DI MILANO, sez. lav., sentenza 3 ottobre 2023, n. 3153; Palmisani – Z.A.Z. e G.O. (Avv. Mei Maria Grazia) c. ISS PALUMBO SRL (Avv. Palla Michele)

Licenziamento collettivo – discriminazione di genere – Violazione dell'art. 5, comma 2, l. n. 223/1991 – Discriminazione nell'accesso alla formazione – Criteri di scelta – Discriminazione diretta ed indiretta – Tutela reintegratoria piena.

Nell'ambito di una procedura di licenziamento collettivo per riduzione del personale, l'attribuzione di un elevato punteggio, tra i criteri di scelta, al possesso di una specifica formazione acquisita prevalentemente da lavoratori di sesso maschile, costituisce una discriminazione indiretta ex art. 25, comma 2, d.lgs. n. 198/2006. Pertanto, il licenziamento va dichiarato nullo con conseguente reintegra delle lavoratrici nel posto di lavoro.

Licenziamenti discriminatori per motivi di genere e per maternità

Isabella Accardo

Dottoranda di ricerca in Studi di genere nell'Università degli Studi di Palermo

SOMMARIO: 1. Licenziamento collettivo e discriminazioni dirette e indirette. – 2. Il regime sanzionatorio del licenziamento discriminatorio e della lavoratrice madre. – 3. Sulla deroga al divieto di licenziamento della lavoratrice madre per cessazione dell'attività dell'azienda.

Sinossi: Con la sentenza e con l'ordinanza in commento i giudici tornano a pronunciarsi in materia di discriminazione di genere. Il Tribunale di Milano ha affermato che costituisce una discriminazione indiretta, ex art. 25, comma 2, d.lgs. n. 198/2006, l'attribuzione di un elevato punteggio, tra i criteri di scelta, al possesso di una formazione il cui accesso è stato consentito dal datore di lavoro in modo preminente ai lavoratori di sesso maschile. La Corte di cassazione ha accolto una lettura rigorosa del concetto di cessazione dell'attività d'azienda, quale deroga al divieto di licenziamento della lavoratrice madre per cessazione dell'attività ex art. 54, comma 3, d.lgs. n. 151/2001 e ha chiarito che – in presenza di un fallimento e pur in assenza di un esercizio provvisorio dell'impresa – non può applicarsi tale deroga in presenza di attività conservative dell'azienda che ne escludono l'effettiva cessazione.

Abstract: *With the sentence and the order in question, the judges return to ruling on gender discrimination. The Court of Milan stated that it constitutes indirect discrimination, pursuant to art. 25, paragraph 2, Legislative Decree no. 198/2006, the attribution of a high score, among the selection criteria, to the possession of training whose access has been allowed by the employer primarily to male workers. The Court of Cassation accepted a rigorous reading of the concept of cessation of company activity, as an exception to the prohibition on dismissal of the working mother for cessation of activity pursuant to art. 54, paragraph 3, Legislative Decree no. 151/2001 and clarified that - in the presence of bankruptcy and even in the absence of a temporary operation of the company - this exemption cannot be applied in the presence of conservative activities of the company which exclude its actual cessation.*

1. Licenziamento collettivo e discriminazioni dirette e indirette

Con le pronunce in commento, il Tribunale di Milano e la Corte di Cassazione sono intervenute in materia di parità di genere, riconoscendo la tutela reintegratoria piena ad alcune dipendenti licenziate per ragioni discriminatorie fondate sul sesso, confermando la crescente attenzione dei giudici nazionali sul tema.

La sentenza del Tribunale di Milano ha dichiarato discriminatorio il licenziamento collettivo intimato da una società che, in seguito al deposito dell'istanza di fallimento di un cliente, aveva dato avvio alla procedura di riduzione del personale prevista dalla l. 23 luglio 1991, n. 223, per nove risorse addette al magazzino. Nella determinazione dei criteri di scelta per individuare i lavoratori da licenziare, il datore di lavoro aveva attribuito 60 punti a coloro che svolgevano mansioni di carrellista e 0 punti agli addetti al *picking* (la movimentazione manuale delle merci).

All'esito della procedura, sulla base dei punteggi finali, venivano individuate nove lavoratrici da licenziare su nove esuberanti dichiarati¹.

¹ La società aveva successivamente licenziato sette di queste risorse, viste le dimissioni di una dipendente e lo stato di malattia di un'altra lavoratrice. Sei di queste sette lavoratrici avevano promosso l'azione giudiziaria e, nelle more del processo, quattro di loro avevano raggiunto un accordo conciliativo con la società resistente, con la conseguenza che il giudizio è proseguito solo per due ricorrenti.

Le dipendenti contestavano di avere subito, da un lato, una discriminazione diretta a livello di formazione *ex art. 27*, comma 3, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, sostenendo di essere state arbitrariamente escluse dai corsi di formazione per la guida dei carrelli elevatori, riservati ai soli colleghi di sesso maschile e ad una sola collega di sesso femminile. Dall'altro lato, esse sostenevano di avere subito una discriminazione indiretta, ai sensi dell'art. 25, comma 2, d.lgs. n. 198/2006, a causa dell'assegnazione di un elevato punteggio alla figura di carrellista tra i criteri di scelta da utilizzare per individuare i lavoratori da licenziare.

Le ricorrenti deducevano, altresì, la violazione dell'art. 5, comma 2, l. n. 223/1991 che impone all'impresa di non licenziare una «percentuale di manodopera femminile superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata con riguardo alle mansioni prese in considerazione». Pertanto, chiedevano, in via principale, l'accertamento della natura discriminatoria delle condotte del datore di lavoro e conseguentemente la dichiarazione della nullità del licenziamento; e, in via subordinata, l'accertamento della violazione dei criteri di scelta e/o la violazione delle procedure di cui alla l. n. 223/1991², con condanna della società al pagamento di un'indennità risarcitoria non assoggettata a contribuzione previdenziale ai sensi dell'art. 3, comma 1, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23.

Come noto, l'attuale nozione di discriminazione diretta e indiretta, con particolare riferimento al genere, è il risultato di interventi legislativi e giurisprudenziali che si sono susseguiti nel tempo³.

² Il diritto alla reintegrazione in caso di licenziamento collettivo per riduzione di personale è previsto dall'art. 10, d.lgs. n. 23/2015 solo in ipotesi di licenziamento intimato senza l'osservanza della prevista forma scritta, mentre, in caso di violazione delle procedure, compresa quella sindacale, o dei criteri di scelta, spetterà solo l'indennizzo monetario. Ciò a differenza di quanto previsto dalla l. n. 223/1991 per i lavoratori assunti precedentemente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, i quali potranno continuare a godere della maggior tutela della reintegra e delle retribuzioni *medio tempore* maturate: così CARBONE, *Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale nel contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in *FI*, 2015, 239 ss. Sul regime di tutela previsto in caso di violazione dei criteri di scelta v. VISONÀ, *Violazione dei criteri di scelta e tutele nel Jobs Act: una questione ancora aperta*, in *LDE*, 2021, III, 2 ss.; GRAGNOLI, *I licenziamenti collettivi, il diritto europeo e i significativi dubbi della giurisprudenza italiana*, in *LDE*, 2021, I, 2 ss.

³ La normativa antidiscriminatoria nazionale è senza dubbio debitrice degli interventi comunitari. In tal senso si v. Dir. 2000/78 CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro; Dir. 97/80/CE, riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso; Dir. 2002/73 CE, che modifica la direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, Dir. 76/207 CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro; Dir. 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. In dottrina sulla nozione di discriminazione di genere v. CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione della nozione di discriminazione*, in *RGL*, 2006, I, 559 ss.; BASILICO, *La tutela della parità di trattamento uomo-donna nei rapporti di lavoro*, in *Aa.Vv.*, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e/o diffusi*, Giappichelli, 2003, 513 ss.; FAVILLI, *La nozione di discriminazione fra normativa comunitaria e leggi italiane*, in *Aa.Vv.*, *Il codice delle pari opportunità*, Giuffrè, 2007, 133 ss.; BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007; BALLESTRERO, *La nozione di discriminazione nella legge n. 125/91*, in *RCDL*, 1992, II, 779 ss.; BARBERA, *La nozione di discriminazione*, in TREU, BALLESTRERO (a cura di), *Commentario sistematico della l.10 aprile 1991, n. 125. Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, in *NLCC*, 1994, I, 55 ss.; STIZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, 2011, 233 ss.

Già a partire dalla l. 9 dicembre 1977 n. 903, sulla parità di trattamento tra uomo e donna in materia di lavoro, in attuazione dell'art. 37 Cost.⁴, erano stati posti specifici divieti di discriminazione di genere. Da una parte, veniva vietata qualsiasi discriminazione fondata sul sesso nell'accesso al lavoro, nella retribuzione, nell'attribuzione delle qualifiche e delle mansioni, nonché nella progressione di carriera; dall'altra, si provvedeva ad estendere la sanzione di nullità prevista dall'ultimo comma dell'art. 15, l. 20 maggio 1970, n. 300, anche ai patti o gli atti discriminatori per motivi di razza, di lingua e di sesso.

Successivamente è stata emanata la l. 10 aprile 1991, n. 125 (modificata prima con il d.lgs. 23 maggio 2000, n. 196, e poi con il d.lgs. 30 maggio 2005, n. 145, in attuazione della Dir. 2002/73/CE) che ha introdotto la nozione di azioni positive per una più concreta ed effettiva realizzazione della parità tra uomo e donna nei rapporti di lavoro⁵.

Tuttavia, solo con il d.lgs. n. 198/2006, c.d. Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, si è provveduto al riassetto normativo della materia, sistematizzando in un unico testo tutti gli interventi legislativi in tema di parità di genere con riferimento al lavoro, con l'obiettivo di prevenire e rimuovere ogni forma di discriminazione fondata sul sesso.

Così, oggi, il Codice delle pari opportunità definisce le discriminazioni di genere, riprendendo le nozioni di discriminazione diretta e indiretta già contenute nell'art. 4, l. n. 125/1991. Secondo l'art. 25, comma 1, d.lgs. n. 198/2006 (modificato dal d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5, emanato in attuazione della Dir. 2006/54 CE) costituisce discriminazione diretta qualsiasi disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento, che produca un effetto pregiudizievole, discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e, comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga. Ai sensi dell'art. 25, comma 2, invece, si ha una discriminazione indiretta ogni qualvolta sia adottato un comportamento, una prassi, una disposizione, un patto o atto apparentemente neutro che mettano o possano mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto ai lavoratori dell'altro sesso, a meno che si tratti di requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa⁶.

Da ciò emerge, dunque, che il presupposto della discriminazione diretta è una disparità di trattamento fondata su un fattore di rischio vietato dalla legge (in questo caso il sesso) e che la discriminazione indiretta, invece, si verifica in presenza di un criterio neutro idoneo

⁴ Con l'entrata in vigore dell'art. 37 Cost., il legislatore ha introdotto il principio della parità di trattamento tra lavoratrici e lavoratori, collegato all'art. 3, comma 2, Cost. Sulla norma costituzionale, TREU, *Commento all'art. 37*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, Tomo I, Zanichelli, 1979, 155 ss.; BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Il Mulino, 1979, 109 ss.

⁵ Se la l. n. 903/1977 si basava sul principio di eguaglianza formale, la l. n. 125/1991 si è collocata in un'ottica di eguaglianza sostanziale, cioè promozionale delle pari opportunità, come previsto dall'art. 3, comma 2, Cost.: così TROJSI, *Divieto di discriminazione e forme di tutela. Profili comparatistici*, Giappichelli, 2012, 48. Sul punto v. CAPPONI, *Divieti di discriminazione*, in AA.Vv., *Il codice delle pari opportunità*, Giuffrè, 2007, 189 ss.

⁶ Sulle eccezioni al divieto di discriminazione diretta e sulle possibili giustificazioni di quelle indirette si v. FERLUGA, *I divieti di discriminazione per motivi di genere*, in *Diritti fondamentali*, 2021, I, 153 ss.

a produrre conseguenze diverse su gruppi individuati dal legislatore; per aversi discriminazione indiretta è inoltre sufficiente che il comportamento o l'atto sia anche solo potenzialmente idoneo a produrre un effetto discriminatorio, non essendo necessaria l'effettiva concretizzazione della situazione di svantaggio⁷.

Va precisato che l'art. 25 è stato recentemente modificato con la l. 5 novembre 2021, n. 162. Per quanto concerne le discriminazioni dirette e indirette, tra le fattispecie discriminatorie vengono ora espressamente ricomprese anche le condotte tenute nei confronti delle candidate e dei candidati in fase di selezione del personale; con riferimento alle sole discriminazioni indirette si aggiunge, invece, il riferimento alle prassi di natura organizzativa o incidenti sull'orario di lavoro, apparentemente neutre, che mettano o possano mettere i candidati in fase di selezione e i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a quella dei lavoratori dell'altro sesso⁸.

Perdipiù, con la l. n. 162/2021 è stato inserito anche il nuovo comma 2-*bis* che ribadisce la rilevanza discriminatoria del «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 o dell'esercizio dei relativi diritti» ponga il lavoratore o la lavoratrice in determinate condizioni di svantaggio, limiti le opportunità di partecipazione alla vita e alle scelte aziendali o l'accesso ai meccanismi di avanzamento e progressione di carriera⁹.

Fatte queste premesse, nella fattispecie esaminata dal Tribunale di Milano, il giudice ha rinvenuto una diretta «correlazione tra una discriminazione in punto di formazione e il conseguente trattamento discriminatorio al momento del licenziamento», con conseguente accertamento della relativa nullità. Invero, la scelta di escludere quasi interamente la forza lavoro femminile dai corsi di formazione per la guida dei carrelli elevatori ha dato luogo, intanto, ad una discriminazione diretta, *ex art. 27, comma 3, d.lgs. n. 198/2006*, «trattandosi di un comportamento con un effetto chiaramente pregiudizievole nei confronti delle lavoratrici di sesso femminile, le quali hanno subito un trattamento meno favorevole rispetto a quello riservato a tutti i lavoratori di sesso maschile, a parità di mansioni e inquadramento». Questa circostanza, d'altronde, era emersa anche dai dati del rapporto periodico sulla situazione del personale maschile e femminile del biennio 2020-2022, *ex art. 46, d.lgs. n. 198/2006*, come riportati dalla Consigliera di parità.

⁷ Così FERLUGA, *op.cit.*, 156.

⁸ LIGORIO, *Discriminazioni di genere sul luogo di lavoro: sanzioni e tutele*, in *Boll. Adapt.*

⁹ Sulla questione si v. C. GAROFALO, *Il problematico allargamento della nozione di discriminazione nel codice delle pari opportunità*, in *LDE*, 2023, I, 2 ss.; BALLESTRERO, BORELLI, SANTAGATA DE CASTRO, IZZI, *Sesso, genere, discriminazioni: riflessioni a più voci*, in *LD*, 2022, III, 497 ss.; CALAFÀ, *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, in *IEN*, 2022.

Nella motivazione, a sostegno della decisione, il giudice sottolinea che il diritto alla formazione e alla crescita professionale trova copertura costituzionale nell'art. 35 Cost., la cui *ratio* è quella di tutelare il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni e di curare la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori. In secondo luogo, il Tribunale ribadisce l'importanza del rispetto del divieto di discriminazione nell'accesso alla formazione, quale strumento idoneo a scongiurare, *ex post*, ulteriori trattamenti discriminatori a livello di retribuzione, nella progressione di carriera, nell'attribuzione di incarichi apicali e in materia di licenziamento: l'esclusione di taluni soggetti dalle iniziative di formazione condurrebbe immancabilmente a una disparità di trattamento con effetti a lungo termine.

Sicché, l'attribuzione di un elevato valore al possesso del patentino da carrellista ha comportato una discriminazione indiretta che ha posto le lavoratrici in una posizione di particolare svantaggio rispetto ai lavoratori, ai sensi dell'art. 25, comma 2, d.lgs. n. 198/2006, considerati gli effetti delle impossibilità di frequentare il corso di formazione sulla successiva selezione dei lavoratori da licenziare.

Non a caso, il Tribunale ha anche accertato la violazione dell'art. 5, comma 2, l. n. 223/1991, dal momento che la società aveva collocato in mobilità una percentuale di manodopera femminile (100%) superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata con riguardo alle mansioni prese in considerazione (54, 55%)¹⁰. Tale circostanza non è irrilevante se si considera che, secondo la dottrina e la giurisprudenza, la natura discriminatoria del licenziamento collettivo viene altresì contemplata dall'art. 5, comma 2, l. n. 223/1991. Tale prescrizione costituisce una estrinsecazione del generale divieto di discriminazione di genere, e comporta anch'essa la nullità del licenziamento intimato in violazione del criterio¹¹.

¹⁰ La giurisprudenza di legittimità è intervenuta nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'esatto significato da attribuire all'espressione "mansioni prese in considerazione" di cui all'art. 5, comma 2, l. n. 223/1991; secondo la giurisprudenza di merito ed una parte della dottrina la valutazione del rispetto della regola del mantenimento della percentuale doveva riferirsi a tutta la collettività aziendale, la Corte di Cassazione invece ha dichiarato che, in base al dato letterale della norma, il calcolo della percentuale di manodopera deve essere circoscritto al solo ambito delle mansioni oggetto di riduzione. Peraltro, secondo un'interpretazione ormai assodata in dottrina e in giurisprudenza, l'art. 5, comma 2, l. n. 223/1991, non prevede una comparazione tra il numero di lavoratori e di lavoratrici prima e dopo la mobilità, ma impone di verificare la percentuale di lavoratrici e, successivamente, permette di porre in mobilità un numero di dipendenti nel cui ambito la componente femminile non deve essere superiore alla percentuale precedentemente calcolata: così SARTOR, *I dubbi interpretati sull'art. 5, comma 2, L. n. 223/1991 e la controversa legittimità delle quote di genere*, in *LG*, 2019, X, 893 ss. Sull'art. 5, comma 2, l. n. 223/1991, anche Cass., 3 febbraio 2016, n. 2113, in *RIDL*, 2016, II, 770, con nota di AMORIELLO e Trib. Taranto 5 dicembre 2013, in *FI*, 2014, I, 601. In dottrina v. NANI, *Licenziamenti collettivi e parità fra i generi: impatto della "quota" a tutela dell'occupazione femminile*, in *RGL*, 1995, I, 267 ss.; VENEZIANI, *A proposito di quote e percentuali nel diritto del lavoro italiano e comunitario*, in *RIDL*, 1997, I, 337 ss.; GHEZZI, *Licenziamenti collettivi e «quote» di lavoratrici tra legge italiana e giurisprudenza comunitaria*, in *LG*, 1997, V, 357 ss.; IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, 2005, 313 ss.; SCARPONI, *Le azioni positive: le disposizioni comunitarie, le luci e le ombre della legislazione italiana*, in *Aa.Vv.*, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, 423 ss.

¹¹ La conseguenza dell'accertamento di tale violazione trova, del resto, soluzione nell'art. 5, comma 3, l. n. 223/1991, che prevede l'applicazione del regime sanzionatorio di cui all'art. 18, comma 4, l. n. 300/1970, solo in caso di violazione dei criteri di scelta di cui all'art. 5, comma 1, l. n. 223/1991, e non anche in caso di violazione dell'obbligo di conservazione della percentuale di manodopera femminile di cui all'art. 5, comma 2, l. n. 223/1991: così SARTOR, *op. cit.*

2. Il regime sanzionatorio del licenziamento discriminatorio e della lavoratrice madre

Quanto al regime giuridico del licenziamento discriminatorio¹², la l. 15 luglio 1966, n. 604, all'art. 4¹³, per la prima volta ha sancito la nullità del «licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dell'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali», indipendentemente dalla motivazione adottata. Tale nullità è stata prescritta, altresì, dall'art. 15, l. n. 300/1970, poi modificato dall'art. 13, l. n. 903/1977 e dall'art. 4, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, che prevede la nullità di qualsiasi atto o patto diretto a licenziare un lavoratore a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero, nonché dei licenziamenti attuati a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basati sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali.

L'art. 3, l. 11 maggio 1990, n. 108, ne indica invece il regime sanzionatorio, ribadendone la nullità «indipendentemente dalla motivazione addotta» e prescrive la reintegra del lavoratore, indipendentemente dai livelli occupazionali dell'impresa o dell'unità produttiva, rinviando all'art. 18, l. n. 300/1970, ormai modificato dalla l. 28 giugno 2012, n. 92, se trattasi di lavoratore assunto prima del 7 marzo 2015. Mentre, per i lavoratori assunti dopo tale data trovano applicazione le tutele indicate dall'art. 2, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (attuativo della l. 10 dicembre 2014, n. 183, c.d. Jobs Act, contenente la disciplina del contratto a tutele crescenti)¹⁴.

Le due disposizioni hanno un contenuto sostanzialmente identico: il lavoratore cui sia stato comminato un licenziamento discriminatorio ha diritto alla cosiddetta tutela reintegra-

¹² Il licenziamento discriminatorio si configura quando il provvedimento che pone fine al rapporto di lavoro è determinato da caratteristiche personali del lavoratore come il sesso, l'orientamento sessuale, l'etnia, la lingua, l'età, la disabilità, il credo politico, la fede religiosa, le convinzioni personali, l'appartenenza ad un sindacato o la partecipazione ad attività sindacali. Sul licenziamento discriminatorio si v. F. MARINELLI, *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito. Contributo allo studio della fattispecie*, Giuffrè, 2017; TARQUINI, *La discriminazione sul lavoro e la tutela giudiziale*, Giuffrè, 2015, 75 ss.; LAZZERONI, *Licenziamento discriminatorio, motivo illecito determinante e procreazione assistita: cronaca di un diritto in evoluzione*, in *DML*, 2016, II, 303 ss.; BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *RGL*, 2013, I, 139 ss.; BALLESTRE-RO, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *DLRI*, 2016, II, 231 ss.; BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, in *ADL*, 2013, IV-V, 830 ss.; SALVAGNI, *Licenziamenti discriminatori e ritorsivi: evoluzione della giurisprudenza e ripartizione dell'onere della prova*, in *LPO*, 2018, V-VI, 287 ss.; F. MARINELLI, *Licenziamento discriminatorio: fattispecie, fattori discriminatori e onere della prova. La Cassazione mette ordine*, in *LB*, 2019, II, 191 ss.; CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WP D'Antona, It.*, 404 ss.; TARQUINI, *Il licenziamento discriminatorio, "soggetto inatteso": alcune riflessioni sul principio paritario e la disciplina limitativa del recesso datoriale*, in *LDE*, 2023, II, 2 ss.

¹³ Articolo modificato dal d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24.

¹⁴ La disciplina del licenziamento discriminatorio di cui all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015, diversamente dalle altre tipologie di licenziamento, è rimasta sostanzialmente invariata nel confronto con il testo di cui all'art. 18, l. n. 300/1970, riformato dalla l. n. 92/2012. Sul confronto tra l'art. 18, l. n. 300/1970 e il d.lgs. n. 23/2015 per quanto riguarda il licenziamento discriminatorio si v. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel "passaggio" dall'art. 18. Stat. lav. all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015*, in *ADAPTE-book*; RUSSO, *Prime osservazioni sul licenziamento discriminatorio e nullo nel Jobs Act*, in *LPO*, 2015, III-IV, 141 ss.; F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del D.lgs. 24 dicembre 2014)*, in *IG*, 2015, II, 113 ss.

toria piena, in forza della quale il datore di lavoro è obbligato a riammettere il lavoratore nel posto di lavoro, corrispondere al lavoratore un'indennità risarcitoria (dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, cosiddetto *aliunde perceptum*, e in ogni caso non inferiore a 5 mensilità) e a versare i contributi previdenziali ed assistenziali per tutto il periodo intercorso fra il licenziamento e quello della reintegrazione.

La diversità tra le due disposizioni si coglie nella modalità di computo dell'indennità risarcitoria: a differenza dell'art. 18, l. n. 300/1970 che prevede che l'indennità vada calcolata sull'ultima retribuzione globale di fatto, ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 23/2015, va determinata sull'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto¹⁵.

Inoltre, nel campo di applicazione dell'art. 18 st. lav., il licenziamento discriminatorio è equiparato, quanto ad effetti, a quello intimato per causa di matrimonio, ex art. 35, d.lgs. n. 198/2006¹⁶, o in violazione dei divieti di licenziamento previsti dal T.U. delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, il d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151¹⁷, o ancora riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. Viceversa, l'art. 2, d.lgs. n. 23/2015 prevede tale sanzione per ogni altro caso di nullità previsto dalla legge¹⁸ e nelle ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giurisdizione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli artt. 4, comma 4, e 10, comma 3, l. 12 marzo 1999, n. 68.

Ai sensi dell'art. 54, comma 1, T.U., la lavoratrice madre è ulteriormente protetta attraverso un divieto assoluto di licenziamento dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine del periodo di congedo di maternità obbligatorio, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino, pena la nullità del licenziamento¹⁹.

¹⁵ DIBITONTO, *I licenziamenti nulli. I licenziamenti discriminatori*, in AA.VV., *Il sistema delle tutele nei licenziamenti alla luce della normativa emergenziale*, Giuffrè, 2022, 209 ss.

¹⁶ Sul licenziamento intimato per causa di matrimonio v. GOTTARDI, *La protezione dei licenziamenti per causa di matrimonio delle lavoratrici non si estende ai lavoratori*, in *RIDL*, 2019, II, 188 ss.; OCCHINO, *La questione dell'applicabilità del divieto di licenziamento per causa di matrimonio alle sole lavoratrici*, in *DRI*, 2019, II, 676 ss.

¹⁷ T.U. recentemente modificato dal d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105, che ha recepito la Dir. 2019/1158, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e prestatori di assistenza. Sul punto v. VALLAURI, *Il d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105 di attuazione della Direttiva (UE) 2019/1158*, in *LDE*, 2022, III, 2 ss. Sul licenziamento della lavoratrice madre e sulla tutela del lavoro delle donne si v. PERUZZI, *Sul licenziamento «discriminatorio» della lavoratrice madre*, in *RGL*, 2008, IV, 833 ss.; NUNIN, *Il licenziamento della lavoratrice madre*, in *LG*, 2010, XII, 1165 ss.; BELLOCCHI, *op. cit.*; RAUSEL, *Maternità: interdizione anticipata, dimissioni, divieto di licenziamento*, in *DPL*, 2008, XLVIII, 2737 ss.; ROTONDI, *Subordinazione e tutela della maternità*, in *DPL*, 2008, XLVII, 2699 ss.; PAGAMICI, *Il licenziamento della lavoratrice madre è nullo fino al compimento del primo anno del bambino*, in *PMI*, 2015, I, 49 ss.; ADELMO, *La tutela della maternità e paternità*, in *DPL*, 2001, IX, 2 ss.; COLAPIETRO, *Dalla tutela della lavoratrice madre alla tutela della maternità e dell'infanzia: l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, in *GI*, 2000, VI, 1022 ss.

¹⁸ La Corte Costituzionale, con sentenza del 22 febbraio 2024, n. 22, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, limitatamente alla parola «espressamente». Sul punto, C. Cost., 22 febbraio 2024, n. 22, in *LG*, 2024, III, 253 ss., con nota di D. BERNARDI.

¹⁹ Sul dibattito circa il tipo di sanzione con cui colpire il licenziamento illegittimo a danno della lavoratrice madre è inter-

La *ratio* del divieto va rintracciata, da un lato, nell'intenzione di limitare il licenziamento discriminatorio e, dall'altro, nella volontà di garantire una stabilità economica e psicologica della madre lavoratrice, impedendo al datore di lavoro, ad eccezione dei casi previsti dalla legge, di esercitare il recesso per delle ragioni che potrebbero giustificarlo se non ci fosse il divieto²⁰.

Esistono, tuttavia, alcune eccezioni al divieto di licenziamento della lavoratrice madre: il recesso è consentito in presenza di colpa grave da parte della lavoratrice, costituente giusta causa di licenziamento; nell'ipotesi di cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta; nel caso di ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o di risoluzione del rapporto di lavoro per scadenza del contratto a tempo determinato; nonché in caso di esito negativo del periodo di prova (art. 54, comma 3, T.U.)²¹.

3. Sulla deroga al divieto di licenziamento della lavoratrice madre per cessazione dell'attività dell'azienda

Con l'ordinanza in epigrafe la Corte di Cassazione è intervenuta proprio sull'interpretazione di una delle eccezioni al divieto, contemplate dal comma 3 dell'anzidetto art. 54, T.U., ovvero quella della cessazione dell'attività d'azienda.

La questione non è nuova nel panorama giurisprudenziale dal momento che la Suprema Corte già in diverse occasioni si è pronunciata sulla deroga, alimentando un vivace dibattito, anche dottrinale, sui confini interpretativi ed applicativi del concetto di "cessazione dell'attività".

Secondo un primo filone giurisprudenziale, la deroga al divieto si configurerebbe anche in presenza di una cessazione solo parziale dell'attività, purché la soppressione riguardi un ramo di attività o un reparto autonomo dell'azienda e a condizione che il datore di lavoro dimostri l'impossibilità di collocare altrove la lavoratrice all'interno dell'azienda²².

venuta la Corte Costituzionale con la sentenza 8 febbraio 1991, n. 61. Prima del 1991, l'art. 2, l. 30 dicembre 1971, n. 1204 (abrogata dal d.lgs. n. 151/2001), non precisava quale fosse la sanzione da applicare in violazione del divieto e la Corte di Cassazione, in via interpretativa, aveva ritenuto che il licenziamento della lavoratrice madre dovesse considerarsi solo temporaneamente inefficace. Solo con la sentenza del 1991, la Corte costituzionale ha esteso la sanzione della nullità al licenziamento della lavoratrice madre. Sul punto, C. Cost., 8 febbraio 1991, n. 61, in *RGL*, 1991, III, 3 ss., con nota di SCAGLIONE.

²⁰ LENSÌ, *La tutela e il sostegno della maternità e della paternità*, in AA.VV., *Il Codice delle pari opportunità*, Giuffrè 2007, 458.

²¹ Sulle deroghe al divieto di licenziamento delle lavoratrici madri per colpa grave si v. Cass., 26 gennaio 2017, n. 2004, in *LG*, 2017, VII, 673 ss., con nota di BRESCIANI, Cass., 29 settembre 2011, n. 19912, in *LG*, 2012, VI, 592 ss., con nota di GIRARDI, Cass., 11 giugno 2003, n. 9405, in *LG*, 2004, X, 944 ss., con nota di NUNIN; Sulle deroghe per ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o per scadenza del termine si v. Cass., 27 agosto 2003, n. 12569, in *AC*, 2004, 801 ss. e Cass., 22 giugno 2009, n. 14583, in *LG*, 2009, XI, 1166 ss. Sulle deroghe per esito negativo della prova v. Cass., 21 agosto 2004, n. 16505, in *MGL*, 2004, 949 ss., Trib. Milano 6 maggio 2006, in *LG*, 2007, I, 95.

²² Sul punto v. Cass., 8 settembre 1999, n. 9551, in *RIDL*, 2000, II, 517 ss., con nota di MARRA; Cass., 7 febbraio 1992, n. 1334, in *FI*, 1993, I, 1209; Cass., 26 marzo 1982, n. 1897, in *RIDL*, 1983, II, 91 ss., con nota di MAZZIOTTI.

Un secondo orientamento, oramai consolidato, invece, ritiene che la norma andrebbe interpretata in senso restrittivo, dovendosi ammettere la deroga al divieto solo in caso di chiusura totale dell'azienda²³. Per la giurisprudenza di legittimità, infatti, la disposizione di cui all'art. 54, comma 3, T.U., trattandosi di una norma che pone un'eccezione a un principio generale, non può che essere di stretta interpretazione, e in quanto tale non è suscettibile di interpretazione analogica. Inoltre, se il legislatore avesse voluto riferirsi al singolo reparto d'azienda l'avrebbe fatto in maniera esplicita, come nel comma 4 dello stesso art. 54.

Nel caso oggetto della pronuncia di legittimità, la ricorrente era stata licenziata, all'esito della dichiarazione di fallimento dell'azienda, dopo aver goduto di un periodo di congedo per maternità obbligatoria ed entro il primo anno di vita del figlio²⁴.

In primo grado, il Tribunale aveva accolto la domanda di nullità del recesso per violazione del divieto di cui all' art. 54, comma 1, T.U., con una pronuncia confermata dalla Corte d'Appello di Firenze. Anche secondo la Corte territoriale, infatti, sulla base delle prove emerse nel corso del giudizio, non si sarebbe verificata quella cessazione dell'attività dell'azienda, idonea ad escludere la validità del divieto di licenziamento della lavoratrice madre. La questione verteva, infatti, proprio sull'interpretazione del concetto giuridico di cessazione dell'attività dell'azienda, declinata in relazione alla nozione di esercizio provvisorio dell'impresa *ex art. 104, commi 1 e 2, r.d. 16 marzo 1942, n. 267*.

Orbene, nel caso di specie, dopo il fallimento della società, era stato effettivamente dimostrato che l'esercizio provvisorio dell'impresa non era stato disposto né con la sentenza dichiarativa di fallimento, né successivamente con autorizzazione del giudice delegato, ma che erano in corso solo attività conservative per il trasferimento a terzi.

Occorreva pertanto valutare se far prevalere la lettura formale della legge fallimentare, che, in presenza di un fallimento, esclude la cessazione dell'attività d'azienda qualora ne

²³ Sulla questione v. Cass., 20 maggio 2021, n. 138621, in *www.corte di cassazione.it*, che esclude l'interpretazione estensiva o analogica della deroga al divieto di licenziamento della lavoratrice madre; Cass., 28 settembre 2017, n. 22720, in *RIDL*, 2018, II, 31, con nota di DE LUCA e in *Temilavoro.it*, 2018, X, 1 ss., con nota di MIRACOLINI, Cass., 6 giugno 2018, n. 14515, in *RIDL*, 2018, 4, II, 930 ss., Cass. 31 luglio 2013, n. 18363, in *LG*, 2014, III, 261 ss., con nota di ZANETTO, che considerano la deroga al divieto di licenziamento della lavoratrice nel periodo di gravidanza e fino al compimento di un anno di età del figlio, prevista in caso di cessazione dell'azienda, non estendibile alle ipotesi di cessazione dell'attività di un singolo reparto dell'azienda, ancorché dotato di autonomia funzionale; Cass., 18 maggio 2005, n. 10391, in *LG*, 2006, I, 92 ss., che menziona due condizioni per la non applicabilità del divieto, cioè che il datore di lavoro sia un'azienda e che vi sia cessazione dell'attività.

²⁴ L'art. 16, d.lgs. n. 151/2001 prevede un periodo di astensione obbligatoria, durante il quale è fatto divieto assoluto di adibire a lavoro, che normalmente comprende i due mesi precedenti la data presunta del parto e i tre mesi successivi al parto. Tale obbligo di astensione ricomprende, però, sia il periodo intercorrente tra la data presunta e la data effettiva del parto, ove esso avvenga oltre la data presunta, sia gli ulteriori giorni non goduti prima del parto, qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta. In quest'ultimo caso, i giorni di congedo non goduti prima del parto devono essere aggiunti al periodo di congedo di maternità dopo il parto anche se si supera il periodo complessivo di 5 mesi. Tuttavia, con la l. 30 dicembre 2018, n. 145, è stato aggiunto il comma 1.1. dell'art. 16, che riconosce alla lavoratrice la «facoltà di astenersi dal lavoro esclusivamente dopo l'evento del parto entro i cinque mesi successivi allo stesso». Ciò a condizione che lo consentano il medico specialista del Servizio sanitario nazionale e il medico competente ai fini della prevenzione e della tutela della salute nei luoghi di lavoro. Sulla modifica del 2018 v. CAFIERO, *Diversità e inclusione. Gli impatti sull'organizzazione del lavoro in azienda e le regole per la certificazione della parità di genere*, Giuffrè, 2023, 36.

sia stato disposto l'esercizio provvisorio, o se far prevalere una concezione sostanziale dell'evento "cessazione".

La Suprema Corte, richiamando l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale in materia, fa propria l'idea per cui il concetto di cessazione dell'attività d'azienda deve essere interpretato in senso sostanziale. Affinché, dunque, possa considerarsi effettivamente cessata l'attività d'azienda deve escludersi «ogni possibilità che comporti, in qualche modo, la continuazione o la persistenza dell'impresa, a qualsiasi titolo essa avvenga». Pertanto, non potendosi configurare una reale cessazione dell'attività, l'ordinanza ha respinto il ricorso della società, con conseguente applicazione della tutela ripristinatoria *ex art. 18, l. n. 300/1970*.

CORTE DI CASSAZIONE, IV sez. civ., ordinanza interlocutoria 8 novembre 2023, n. 1788; Pres. Di Paolantonio – Est. Cavallari – P. M. Fresa (concl. conf.) – G. L. (avv. M. Parpagioni) c. ATAC spa Azienda per la mobilità di Roma Capitale (avv. D. La Rosa)

Rinvio pregiudiziale – Caregiver familiare – Discriminazione per associazione – Direttiva 2000/78/CE – Legge 5 febbraio 1992, n. 104 – Legge 27 dicembre 2017, n. 205.

Ai sensi dell'art. 267 del TFUE, la Suprema Corte chiede alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sui seguenti quesiti: a) se, nell'ipotesi in cui una lavoratrice, caregiver di minore con disabilità grave, sia vittima di una discriminazione indiretta in ambito lavorativo, possa azionare la medesima tutela antidiscriminatoria riconosciuta al lavoratore con disabilità dalla Direttiva 2000/78/CE; b) se, in caso di risposta affermativa alla prima questione, l'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE vada interpretato nel senso che grava sul datore di lavoro l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli anche per il caregiver familiare; c) se, in caso di risposta affermativa all'una e/o all'altra questione, la Corte possa individuare la nozione di caregiver familiare rilevante ai fini dell'applicazione della Direttiva 2000/78/CE.

Caregiver, chi era costui? Il modello italiano avanti alla Corte di Giustizia

Mariavittoria Biondo

Dottoranda di ricerca in Diritto del Lavoro nell'Università degli studi di Udine

SOMMARIO: 1. Il caso e i quesiti posti alla CGUE. – 2. La nozione di *caregiver* familiare nella disciplina italiana: a) nella legge 5 febbraio 1992, n. 104, attraverso le modifiche del 2010 e 2022 – 2.1. (segue) b) nella legge 27 dicembre 2017, n. 205. – 3. La persona che cura come soggetto discriminato «per associazione»: l'ambito (esteso) della Direttiva 2000/78/CE – 3.1. Discriminazione diretta o indiretta? – 4. Flessibilità dei tempi (e dei luoghi), accomodamenti ragionevoli e organizzazione aziendale – 5. Lezioni dalla pandemia.

Sinossi: L'ordinanza di rinvio pregiudiziale in commento offre l'occasione per riflettere sull'estensione della tutela antidiscriminatoria, di cui alla Direttiva 2000/78/CE, ai lavoratori *caregiver*. In ordine ai quesiti formulati dalla Suprema corte, l'autrice si concentra sulla ricostruzione della nozione di *caregiver* familiare, da cui partire per un più ampio ragionamento sulla natura della discriminazione cd. per associazione.

Abstract: *The Author deals with an order for a preliminary ruling on non-discrimination protection, as provided for in Directive 2000/78/EC, for caregivers. With regard to the questions raised by the Supreme Court, the Authors focuses on the reconstruction of the notion of family caregiver, from which starting with a broader reasoning on the nature of discrimination cd. by association.*

1. Il caso e i quesiti posti alla CGUE

L'ordinanza interlocutoria della Corte di Cassazione qui in commento si colloca in un dibattito dottrinale e giurisprudenziale che si presenta con ormai quotidiana frequenza, con ricadute di sempre maggiore ampiezza e attualità.

Il caso riguarda una lavoratrice madre che, in relazione alla sua qualità di *caregiver*, chiedeva al datore di lavoro di essere stabilmente assegnata a un turno fisso giornaliero ovvero l'adibizione a mansioni di livello inferiore, in modo da poter assistere il figlio con disabilità grave e, allo stesso tempo, continuare a svolgere la propria attività lavorativa. Diversamente, il datore di lavoro adottava "ragionevoli accomodamenti" di natura provvisoria e discontinua, respingendo la richiesta esplicita formulata dalla lavoratrice. Avverso tale comportamento, la lavoratrice ricorreva al Tribunale di Roma per l'accertamento del carattere discriminatorio della condotta datoriale. Fra i comportamenti contestati, assumeva particolare rilievo l'asserito diverso trattamento posto in essere dall'Azienda datrice, a discapito della ricorrente. Infatti, la lavoratrice aveva chiesto di vedersi riconosciuto il medesimo trattamento garantito ai colleghi *essi stessi* disabili, per i quali la soluzione datoriale era stata l'adibizione a mansioni diverse, meglio compatibili con la condizione personale, e/o l'assegnazione a un turno fisso. Tali opzioni erano però state escluse per lei dalla datrice di lavoro, la quale riteneva che il mutamento di mansioni chiesto e accordato ai colleghi (anche attraverso riqualificazione) fosse giustificato dalle loro condizioni di salute, per cui risultava legittimo concedere a quelli – e non a lei, non avendo *ella stessa* una disabilità – tali adattamenti dell'attività lavorativa.

La lavoratrice risultava soccombente in entrambi i gradi di merito, ove si era ritenuto che ella non avesse dimostrato l'esistenza di una condotta discriminatoria e osservando come, comunque, il datore di lavoro avesse offerto e posto in essere soluzioni modificative della situazione descritta, anche se diverse da quelle richieste dalla lavoratrice. Avanti alla Suprema Corte, la lavoratrice deduceva la sussistenza della discriminazione per ragioni di disabilità, contestando la *ragionevolezza* degli accomodamenti posti in essere dal datore di lavoro e lamentando l'insufficienza delle prove fornite dallo stesso. Infine, la ricorrente allegava di essere stata licenziata circa tre mesi dopo il rigetto del ricorso in appello.

In sede di legittimità le prospettazioni offerte portano la Corte a optare per il rinvio pregiudiziale della questione avanti alla CGUE. Nella propria ordinanza, la Corte è ben consapevole della nuova formulazione dell'art. 25, comma 2-*bis*, del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (c.d. Codice delle pari opportunità, CPO), che allarga la nozione di discriminazione comprendendovi i trattamenti sfavorevoli determinati dalle esigenze di cura familiare; tut-

tavia, tale soluzione non è applicabile, *ratione temporis*, al caso in esame. Altresì, secondo la Cassazione vi è notevole confusione sulla definizione di *caregiver* familiare, rilevante ai fini dell'interpretazione della Dir. 2000/78/CE. Vi sono poi ulteriori dubbi, ove la Corte ricostruisce i precedenti casi affrontati dalla CGUE, ma contesta la perfetta applicabilità dei precedenti (spec. caso *Coleman*) al caso in esame. Pertanto, la Cassazione chiede: a) se, nell'ipotesi in cui una lavoratrice, *caregiver* di minore con disabilità grave, sia vittima di una discriminazione indiretta in ambito lavorativo, possa azionare la medesima tutela antidiscriminatoria riconosciuta al lavoratore con disabilità dalla Dir. 2000/78/CE (d'ora in avanti, Direttiva 78); b) se, in caso di risposta affermativa alla prima questione, l'art. 5 della Direttiva 78 vada interpretato nel senso che grava sul datore di lavoro l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli anche per il *caregiver* familiare; c) se, in caso di risposta affermativa all'una e/o all'altra questione, la Corte possa individuare la nozione di *caregiver* familiare rilevante ai fini dell'applicazione della Direttiva 78.

2. La nozione di *caregiver* familiare nella disciplina italiana: a) nella legge 5 febbraio 1992, n. 104, attraverso le modifiche del 2010 e 2022

Sembra necessario partire dall'ultima questione che la Corte si pone (la nozione di *caregiver*), per risalire controcorrente verso le questioni preliminari che riguardano la discriminazione asseritamente patita dalla lavoratrice e le possibili soluzioni. Si tratta di un tema che solo di recente ha suscitato l'interesse degli studiosi, che, per rispondere a bisogni sociali emergenti, si stanno faticosamente misurando con la costruzione della figura giuridica del "soggetto che offre la cura"¹.

Nel caso qui in esame, ella rappresenta l'archetipo del(la) *caregiver* familiare, cioè del genitore (*rectius*, la madre) che presta assistenza e cura al proprio figlio con disabilità grave². Tale figura emerge con l'emanazione della l. 5 febbraio 1992, n. 104, con cui si realizza il primo *corpus* di tutele per i *caregiver* (prima di allora inesistenti e/o garantite soltanto alle madri di minori di età inferiore ai tre anni *temporaneamente* malati³). In questo senso,

¹ La recente, ma sempre più copiosa giurisprudenza sulle questioni concernenti la conciliazione tra vita e lavoro dei *caregiver* sta stimolando l'interesse verso la questione definitoria che, sin qui, non veniva affrontata poiché, ai fini della risoluzione dei casi concretamente presentatisi, era sufficiente attingere alle definizioni esistenti. V. Cass., 3 aprile 2012, n. 09201 in *GD*; Cass. 17 dicembre 2020, n. 29009; Trib. Roma, 13 ottobre 2018, n. 7688; Trib. Ferrara, 24 gennaio 2019, n. 14; Trib. Bergamo, 30 giugno 2023, n. 558; Trib. Torino, 24 novembre 2023, n. 2102.

² Come emerge ampiamente dalle indagini statistiche, cfr. EUROCARERS, *Cafers in Europe*, 2009, 5; ISTAT, *I tempi della vita quotidiana. Lavoro, conciliazione, parità di genere e benessere soggettivo*, 2019, 37 ss.; il rapporto sull'Indice EIGE (*European Institute for Gender Equality*) relativo all'uguaglianza di genere 2022 e, per un'analisi comparata, v. ANPAL, *Conciliazione vita lavoro: sviluppo di policy. Analisi comparata internazionale*, Collana biblioteca Anpal, 2018, 9. La cura di un familiare costituisce una *zavorra* personale e professionale, che grava soprattutto sulle donne. In dottrina, anche per un'analisi della condizione occupazionale connessa alla cura: ZILLI, *Donne che curano: il lavoro delle caregivers in Italia*, in FILLI (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità? Ragionando degli effetti dell'invecchiamento della popolazione sulla società, sul mercato del lavoro e sul welfare*, ADAPT University Press, 2022; LIMA QUINTERO, GORFINKIEL DIAZ, in CASANO (a cura di), *Verso un mercato del lavoro di cura: questioni giuridiche e nodi istituzionali*, ADAPT University Press, 2022, 163 ss.

³ Il riferimento è all'art. 7, comma 2, della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, che stabiliva come la lavoratrice avesse diritto

la l. n. 104/1992 rappresenta lo sforzo più importante del legislatore per sostenere *continuativamente* il genitore *caregiver*, ovvero la persona che, più di chiunque altro, svolge il lavoro di cura come responsabilità e dovere morale, in un contesto in cui l'assistenza continuativa è quasi sempre un compito femminile, che si aggiunge alle scelte lavorative o le soppianta⁴.

A seguito dell'adozione di questo provvedimento, la cura è stata integrata nei successivi interventi volti a sostenere la maternità e la paternità, avendo riguardo soprattutto ai genitori di minore con disabilità⁵, e, più in generale, mirati alla promozione dell'equilibrio tra tempi di lavoro e di cura, di cui alla legge 8 marzo 2000, n. 53 e al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151. In tale sede, l'importanza della l. n. 104/1992 si rinviene nel fatto che il *caregiver* familiare esce dall'ambito domestico, privo di rilevanza giuridica, per divenire soggetto di diritto⁶ e, in quanto tale, persona meritevole di tutele. Benché nessuno degli articoli della l. n. 104/1992 sia, invero, dedicato esplicitamente al *caregiver* familiare, dal combinato disposto della versione originaria degli artt. 3, comma 3 e 33 si ricava come si tratti della persona che lavora, la quale rende un intervento assistenziale continuativo, a favore del parente o affine entro il terzo grado che, in condizione di disabilità grave, non sia ricoverato a tempo pieno in una struttura (ospedaliera o residenziale). Nella versione originaria della l. n. 104/1992 la qualità di *caregiver* richiedeva la convivenza con la persona beneficiata dalla cura, al fine di supportare *in primis* la persona onerata quotidianamente del lavoro di cura, modellato sulla protezione accordata alla lavoratrice madre⁷.

È solo con la l. n. 183/2010 che la l. n. 104/1992 si adatta a un contesto meno strutturato, attraverso l'estensione delle agevolazioni di cui all'art. 33 al coniuge⁸, nonché l'eliminazione della convivenza come requisito necessario per l'accesso alle protezioni.

«ad assentarsi dal lavoro durante la malattia del bambino di età inferiore a tre anni, dietro presentazione di certificato medico». Sulla *temporaneità* della tutela riconosciuta dalla l. n. 1204/1971, FONTANA, *Permessi per assistenza a minori con handicap e loro frazionabilità*, in *Giur. mer.*, 1999, 6, 1125.

⁴ Per un'attenta e approfondita analisi sulla matrice domestica della cura, anche secondo una prospettiva di genere, MALUCCELLI, *Lavori di cura. Cooperazione sociale e servizi alla persona: l'esperienza di Cadiai*, il Mulino, 2007, spec. 87 ss., ove si legge come, secondo alcuni studi, lo sviluppo della psicologia femminile «appare caratterizzato da una superiore disponibilità e responsabilità verso gli altri». Altresì, per un'analisi del lavoro di cura secondo una prospettiva giuslavoristica, GOTTARDI, *Lavoro di cura. Spunti di riflessione*, in *LD*, 2001, 1, 121 e, più di recente, BORELLI, *Who cares? La (mancanza di) dignità sociale per il lavoro di cura*, in *VTDL*, 2020, 3, 653, spec. 657 ss. e CASANO, TIRABOSCHI (a cura di), *Il lavoro domestico e di cura a cinquanta anni dal primo contratto collettivo di settore*, in *Boll. Adapt*, 2024, 2.

⁵ In tal senso, è rilevante la legge 8 marzo 2000, n. 53, che determina come prima finalità «l'istituzione dei congedi dei genitori e l'estensione del sostegno ai genitori di soggetti portatori di *handicap*», art. 1, comma 1, lett. a).

⁶ Sul tema v. i contributi raccolti da BILOTTA, RAIMONDI (a cura di), *Il soggetto di diritto*, Jovene, 2020.

⁷ La protezione della maternità, infatti, rappresenta uno dei primi interventi della legislazione sociale italiana. Per un inquadramento generale del contesto *ante* e *post* T.U. n. 151/2001, GOTTARDI, *Le modifiche al testo unico maternità-paternità e la conciliazione tra vita familiare e vita professionale. Ragionando di d.lgs. n. 80/2015 e dintorni*, in EAD. (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, 2016, 1-12. Più di recente, FILÌ, *L'impatto del decreto n. 105/2022 sul contesto. Ottimismo della volontà, pessimismo dell'intelligenza e pragmatismo visionario*, in D. GAROFALO, TIRABOSCHI, FILÌ, TROJSI (a cura di), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro, ADAPT e-Book*, n. 96/2023.

⁸ Si evidenzia come, a seguito dell'entrata in vigore della legge 20 maggio 2016, n. 76, le agevolazioni di cui all'art. 33 della

Il recente d.lgs. n. 105/2022, con cui è stata recepita la Direttiva 1158/2019/UE (d'ora in avanti, Direttiva 1158), ha apportato ulteriori modifiche all'art. 33, l. n. 104/1992, quali il riconoscimento della priorità nella trasformazione del lavoro agile o verso altre forme di lavoro flessibile⁹, pur senza incidere sulla definizione (implicita) di *caregiver* familiare a cui tali benefici sono riconosciuti.

Si deve però osservare che, confrontando la nozione nazionale con quella europea di prestatore di assistenza, di cui all'art. 3, lett. d), della Direttiva 1158, l'ambito soggettivo di applicazione di quest'ultima è, per un verso, assai più ampio, andando al di là del vincolo e del grado di parentela o affinità, e, per un altro, ben più limitato, se si considera come il diritto eurounitario si fondi sul requisito obbligatorio della convivenza¹⁰.

Da un lato, il riferimento pare piuttosto quello di un riconoscimento all'interno della famiglia anagrafica, di cui all'art. 4 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, per cui «agli effetti anagrafici per famiglia si intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, unione civile, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune». Ai sensi di tale disposizione, sembra che la locuzione “vincoli affettivi” sia posta «quale indicatore familiare in alternativa all'esistenza di un legame formalizzato»¹¹.

Dall'altro, la mancanza di vincoli affettivi apre al concetto di solidarietà nella società civile, sicché nella prospettiva eurounitaria il vicino di casa, che si trasferisca presso una persona in condizione di disabilità grave per prestarle assistenza e cura, sarebbe *caregiver* familiare¹². In tutti i casi deve però trattarsi di una persona che lavori, non solo nel momento in cui chiede di accedere ai benefici, ma anche allorché intenda fruirne.

2.1. (segue) b) nella legge 27 dicembre 2017, n. 205

Si deve ora osservare che la nozione di *caregiver* sin qui ricostruita rileva soltanto ai fini dell'applicazione delle agevolazioni di cui all'art. 33, l. n. 104/1992.

l. n. 104/1992 sono state riconosciute anche al *partner* dell'unione civile, essendo equiparato al coniuge ai sensi dell'art. 1, comma 20 della stessa. Per il convivente di fatto, invece, non essendo equiparato al coniuge, è stato necessario l'intervento della Corte Costituzionale. Sul punto, v. C. cost. 5 luglio 2016, n. 213, in *Giur. cost. org.*, con nota di CORDIANO, ASSENNATO, CALDIRONI, BARONE, PEDULLÀ.

⁹ A tal proposito, ALESSI, *Focus Flessibilità*, in *QRGL*, 2023, 8, 33 e DAGNINO, *Sull'attuazione della Direttiva UE 2019/1158: il nodo del "lavoro flessibile"*, in *LG*, 2023, 2, 140. Per un esame delle novità introdotte dal d.lgs. n. 105/2022, RUSSO, *Alla ricerca di un equilibrio tra attività professionale e vita familiare: il d. lgs. n. 105/2022*, in *Labor*, 15 settembre 2022 e BONARDI, *Il diritto di assistere. L'implementazione nazionale delle previsioni a favore dei caregivers della direttiva 2019/1158 in materia di conciliazione*, in *Aa. Vv.*, *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della direttiva 2019/1158/CE*, in *Quaderni DLM*, 2023, 14, 103.

¹⁰ In tale direzione, con una riflessione sull'ampiezza dell'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della Dir. 1158/2019/UE, BONARDI, *Disabilità e caregivers. Problemi aperti e prospettive*, in *QRGL*, 2023, 8, 40, spec. 45.

¹¹ AIMO, CONSITO, GIANONCELLI, LONG, *Essere famiglia per il diritto: riflessioni interdisciplinari*, in *LD*, 2018, 4, 697, spec. 701.

¹² Tale prospettiva la si ritrova anche nel progetto *EUROFAMCARE* (2003-2005), che annoverava, tra i vari *caregiver* familiari, anche gli amici o i vicini della persona anziana, che, legati da un rapporto stretto e diretto con la medesima, erano equiparati ai familiari. In merito a tale progetto, LAMURA *et Al.*, *Family Carers' Experiences Using Support Services in Europe: Empirical Evidence from the EUROFAMCARE Study*, in *The Gerontologist*, 2008, Vol. 48, No. 6, 752-771.

Già il 17 settembre 2015 la Commissione petizioni del Parlamento europeo aveva accolto la denuncia delle violazioni dei diritti umani dei *caregiver* in Italia, sollecitando il Governo italiano ad affrontare questa problematica, tanto che veniva presentata una proposta di legge in questo senso¹³. Ma, l'accidentato percorso giungeva in porto solo qualche anno dopo, con la legge 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio per il 2018), allorché il legislatore nazionale si preoccupava di identificare il *caregiver* familiare e di collegare alla cura l'istituzione di un apposito fondo di sostegno¹⁴.

Secondo la definizione contenuta nell'art. 1, comma 255, della legge di bilancio 2018, il *caregiver* familiare è «la persona che assiste e si prende cura del coniuge, dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto ai sensi della legge 20 maggio 2016, n. 76, di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall'art. 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, o sia titolare di indennità di accompagnamento ai sensi della legge 11 febbraio 1980, n. 18».

La previsione si caratterizza per un vastissimo ambito soggettivo di applicazione: infatti, l'intervento in commento definisce il *caregiver* familiare in termini più estesi e complessi dei beneficiari della previsione *ex art.* 33, l. n. 104/1992, andando oltre il richiamo al *lavoratore*, preferendo il generico rinvio alla *persona* che cura¹⁵.

Tale estensione riveste un'importanza notevole per una duplice ragione: soggettiva, ove considera una ampia numerosità dei *caregiver*, ovvero lavoratori autonomi, parasubordi-

¹³ Camera dei Deputati, proposta di legge n. 3414, «Disposizioni per il riconoscimento e il sostegno dell'attività di cura e assistenza», presentata alla Camera il 10 novembre 2015, 2. Di recente, la posizione è stata ribadita dall'ONU, su cui CARCHIO, *L'ONU condanna l'Italia per violazione dei diritti umani dei caregiver familiari*, in *EQUAL*, 2022, <https://www.dirittoantidiscriminatorio.it/>.

¹⁴ Tale Fondo, letteralmente «Fondo per il sostegno del ruolo di cura e di assistenza del *caregiver* familiare», è stato recentemente abolito dalla legge 30 dicembre 2023, n. 213 (legge di bilancio per il 2024), e sostituito dal Fondo Unico Disabilità, con una dotazione di euro 552 milioni circa per l'anno 2024 (art. 1, comma 210, l. n. 213/2023). In particolare, ai sensi della lett. f), comma 213, art. 1, l. n. 213/2023, parte delle risorse di tale fondo dovranno essere destinate anche agli «interventi finalizzati al riconoscimento del valore sociale ed economico dell'attività di cura non professionale del *caregiver* familiare», ammesso che, in ragione delle ambiziose – e numerose – finalità di cui al predetto comma 213, si riesca a finanziare una somma adeguata e non meramente simbolica. A tal proposito, si aggiunge come, a tali risorse, si sommino quelle da ripartire alle Regioni ai sensi del d.P.C.M. 30 novembre 2023, «Criteri e modalità di riparto di utilizzo delle risorse del Fondo per il sostegno del ruolo di cura e di assistenza del *caregiver* familiare per l'anno 2023», che ammontano a circa 25.8 milioni di euro.

¹⁵ Sul punto, si è espresso anche il CESE (Comitato Economico e Sociale Europeo), che, nel parere sul tema «Il ruolo dei familiari che prestano assistenza alle persone con disabilità e alle persone anziane: l'esplosione del fenomeno durante la pandemia», risalente al 2022, ha «rileva[to] la necessità di definire in modo più approfondito il fenomeno attraverso studi ed analisi sociologici, basati su dati statistici, che vertano in particolare sull'impatto dell'attività di assistenza a lungo termine a congiunti sui prestatori di tale assistenza (*caregiver*), a prescindere dal fatto che svolgano contestuale attività lavorativa».

nati e inoccupati, fin qui esclusa¹⁶; oggettiva, non essendo limitata alle sole agevolazioni lavorative.

In aggiunta, il novero dei soggetti inclusi comprende esplicitamente i *partner* dell'unione civile e il convivente di fatto, di cui alla l. n. 76/2016, sia pure con perplessità in dottrina rispetto alla effettività della tutela¹⁷. Altresì, sono oggi inclusi i *caregiver* dei titolari di indennità di accompagnamento, accordata ai sensi della legge 11 febbraio 1980, n. 18.

Con riferimento all'assistenza e cura di parenti o affini di terzo grado, il legislatore mantiene il c.d. criterio di ordine di priorità gerarchico, di cui al secondo periodo dell'art. 33, comma 3, della l. n. 104/1992¹⁸, per cui il *caregiver* è tale solo se soddisfa uno dei requisiti in esso contemplati, rappresentati dalla mancanza o decesso dei genitori, del coniuge, della parte di un'unione civile o del convivente di fatto o del parente o affine di secondo grado oppure qualora gli stessi soggetti siano affetti da patologie invalidanti o abbiano compiuto i sessantacinque anni di età.

La rilevanza di tale definizione si coglie altresì esaminando l'utilizzo che di essa viene fatto: non solo è quella a cui fa riferimento il già richiamato d.lgs. n. 105/2022, ma coincide anche con i beneficiari di cui alla l. 23 marzo 2023, n. 33 (c.d. Legge Delega Anziani)¹⁹, in cui è *caregiver* familiare «[il soggetto] di cui all'art. 1, comma 255, [della l. n. 205/2017]»²⁰, come riportato anche nell'art. 39, comma 1, del decreto legislativo 15 marzo 2024, n. 29, attuativo della l. delega cennata.

Attualmente, il tema è all'attenzione del neo-istituito «Tavolo tecnico per l'analisi e la definizione di elementi utili per una legge statale sui *caregiver* familiari»²¹, ove si dovrà altresì tener conto delle definizioni introdotte a livello regionale.

¹⁶ Muovendo dai dati di UNIONCAMERE, *Il senso del lavoro oggi*, Roma, 13 settembre 2023, con riferimento al 2022 il numero di occupati era pari a 23,1 milioni, di cui 18,1 dipendenti e 5,0 autonomi. Per essi, le ore di lavoro non retribuito sono state apprezzate nel valore di 70 miliardi, molte delle quali svolte per la cura e l'assistenza di familiari non autosufficienti. Questo si comprende anche osservando il di poco precedente report dell'ISTAT, *Conciliazione tra lavoro e famiglia*, 18 novembre 2019, che evidenzia come la quota maggiore di *caregiver* familiari sia in età lavorativa (45-64 anni). Ma recentemente, il medesimo ISTAT, *Rapporto annuale 2022. La situazione del Paese*, 2022, spec. 173-175, ha segnalato come le schiere dei *caregiver* siano oggi non di rado ingrossate anche dagli inoccupati, in particolare gli anziani in età pensionabile, adibiti a occuparsi dei familiari non autosufficienti.

¹⁷ PISTORE, *Alla ricerca di un inquadramento giuridico per il caregiver familiare*, in DEL PUNTA, GOTTARDI, NUNIN, TIRABOSCHI (a cura di), *Salute e benessere dei lavoratori: profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, ADAPT University Press, 2020, 207 ss.

¹⁸ BONARDI, op. cit., 46.

¹⁹ Per un primo commento alla c.d. Legge Delega Anziani, CASANO, *Riforma dell'assistenza agli anziani non autosufficienti: il disegno di legge delega*, in *Boll. ADAPT*, n. 36/2022 e DE TOMMASO, MAINO, *Riforma non autosufficienza: i contenuti della Legge Delega approvata dal Parlamento*, in *Percorsi di secondo welfare*, 22 marzo 2023, <https://www.secondowelfare.it/long-term-care/riforma-non-autosufficienza-i-contenuti-della-legge-delega-approvata-dal-parlamento/>. Per una riflessione critica sulle tante “deleghe in bianco” lasciate al Governo, CEMBRANI, DE LEO, *La legge-delega in materia di politiche a favore degli anziani: le insidie delle molte deleghe in bianco lasciate al Governo e di una elder law italiana che sembra aver messo nell'angolo la componente di cura della non autosufficienza*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2023, 3, 447, spec. 453 ss., ove si considera il ruolo della famiglia nella cura degli anziani.

²⁰ Art. 1, lett. f), l. n. 33/2023.

²¹ V. Decreto della Ministra per le Disabilità, di concerto con la Ministra del lavoro e delle politiche sociali sull'istituzione

In forza della loro competenza residuale in materia di assistenza sociale (art. 117, c. 4, Cost.)²², alcune Regioni, quali, in ordine di attivazione, l'Emilia-Romagna, l'Abruzzo e la Campania²³, hanno riconosciuto e valorizzato il ruolo del *caregiver* familiare ben prima del legislatore statale. Tali Regioni si sono infatti dotate di una propria normativa, definitoria della figura del *caregiver*, allo scopo di tutelarne la condizione, colmando le lacune della legislazione statale.

L'Emilia-Romagna, regione apripista, ha definito il *caregiver* familiare come «la persona che volontariamente, in modo gratuito e responsabile, si prende cura nell'ambito del piano assistenziale individualizzato (di seguito denominato PAI) di una persona cara consenziente, in condizioni di non autosufficienza o comunque di necessità di ausilio di lunga durata, non in grado di prendersi cura di sé», seguita pedissequamente dall'Abruzzo²⁴ e dalla Campania²⁵.

A seguito della cennata introduzione della definizione statale, le regioni prive, prima di allora, di una definizione propria di *caregiver* familiare, quali la Sicilia, la Lombardia, la Puglia e la Calabria²⁶, si sono limitate a richiamare detta definizione.

Diversamente, con la l. r. 24 febbraio 2023, n. 8, la Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia ha elaborato una nozione più larga, ampliando il novero dei soggetti definibili quali *caregiver* familiari. Infatti, la Regione Friuli-Venezia Giulia ha garantito un ampio assetto protettivo non solo al *caregiver* familiare come definito nella disciplina nazionale, ma ha esteso i benefici a chi si prenda cura e assista responsabilmente, in modo globale e continuo: a) un parente o affine di terzo grado, anche non convivente; b) una persona con cui abbia comprovata relazione affettiva o amicale stabile. In questo modo, non solo la Regione FVG ha escluso, per il parente o affine di terzo grado, la limitazione che vincola

del «Tavolo tecnico per l'analisi e la definizione di elementi utili per una legge statale sui *caregiver* familiari», pubblicato al seguente indirizzo web: <https://disabilita.governo.it/it/notizie/insediato-tavolo-caregiver-presto-legge-per-riconoscimento/>.

²² Su cui COLOMBO, *Principi ed ordinamento della assistenza sociale*, Giuffrè, 1954; LIVERANI, *L'assistenza sociale e i suoi principi legislativi*, Giuffrè, 1987; BERGO, *Il diritto sociale frammentato. Principio di sussidiarietà e assistenza sociale*, Cedam, 2013; NAPOLITANO, *L'assistenza sociale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *VTDL*, 2019, 2, 389.

²³ V. art. 2, l. r. Emilia-Romagna 28 marzo 2014, n. 2, rubricata «Norme per il riconoscimento e il sostegno del *caregiver* familiare (persona che presta volontariamente cura e assistenza)», art. 2, l. r. Abruzzo 27 dicembre 2016, n. 43, rubricata «Norme per il riconoscimento ed il sostegno del *caregiver* familiare (persona che presta volontariamente cura e assistenza)» e art. 2, l. r. Campania 20 novembre 2017, n. 33, rubricata «Norme per il riconoscimento ed il sostegno del *caregiver* familiare».

²⁴ Lett. «il *caregiver* familiare è la persona che volontariamente, in modo gratuito e responsabile, si prende cura nell'ambito del Piano Personalizzato di Assistenza (di seguito denominato PPA) di una persona cara e in condizioni di non autosufficienza e non in grado di prendersi cura di sé, che necessita di ausilio di lunga durata e di assistenza continuativa e globale» (art. 2, l. r. Abruzzo n. 43/2016).

²⁵ Lett. «il *caregiver* familiare, scelto dalla persona da assistere oppure dal suo tutore, in primo luogo tra i familiari ed i conviventi, è la persona che si prende cura nell'ambito del Progetto Individuale per le persone disabili, di seguito denominato Progetto Individuale, di cui all'articolo 14 della legge 8 novembre 2000, n. 328 (Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali), di una persona consenziente, non autosufficiente o comunque in condizioni di necessario ausilio di lunga durata, non in grado di prendersi cura di sé» (art. 2, l. r. Campania n. 33/2017).

²⁶ V. l. r. Sicilia 21 marzo 2024, n. 5; l. r. Lombardia 30 novembre 2022, n. 23; l. r. Puglia 27 febbraio 2020 n. 3; l. r. Calabria 7 febbraio 2024, n. 6.

lo statuto protettivo ai *caregiver* «nei soli casi di cui al secondo periodo dell'art. 33, comma 3, l. n. 104/1992», ma è andata anche oltre i legami familiari tipici, ricomprendendo anche persone assistite che siano diversi dal coniuge, *partner*, convivente, parente o affine, aprendo alla stabilità degli affetti come nuovo requisito fondante il diritto alle provvidenze regionali.

Quanto sinora detto esplicita l'esistenza di un quadro normativo caotico e disorganico, in cui Stato e Regioni legiferano su una materia dai confini incerti, ove si intersecano diverse competenze legislative: quella esclusiva dello Stato, con riferimento ai livelli essenziali di assistenza; quella esclusiva delle Regioni, per quanto riguarda l'assistenza sociale; quella concorrente, ove si faccia riferimento alla materia salute. Sembra porsi all'orizzonte potenziali conflitti di attribuzione, sin qui non sorti vuoi per la novità delle questioni regolatorie, vuoi per la ritrosia dell'uno e delle altre a occupare un campo difficile, di grandi tensioni e importanti oneri finanziari.

3. La persona che cura come soggetto discriminato «per associazione»: l'ambito (esteso) della Direttiva 2000/78/CE

Quando si affronta la tematica dei soggetti che prestano cura e assistenza, lo snodo cruciale è rappresentato dalla sentenza C. giust., 17 luglio 2008, Causa C-303/06, *Coleman*, ove si affronta una controversia fondata sul licenziamento discriminatorio ai danni di una lavoratrice *caregiver*, all'epoca sollevata dall'*Employment Tribunal* del Regno Unito pre Brexit. Con tale decisione, la CGUE ha ritenuto che l'ambito di applicazione *ratione personae* della Direttiva 78 non debba essere interpretato in senso restrittivo, con riferimento ai "fattori di rischio" di cui all'art. 1 della stessa²⁷. Infatti, la Direttiva 78 non perseguirebbe l'obiettivo di tutelare una determinata categoria di persone, ma piuttosto il fine di combattere le discriminazioni fondate sui fattori di rischio²⁸. In questo senso, la sentenza *Coleman* afferma l'estensione della protezione accordata dalla Direttiva 78 non solo con riguardo alla "vittima immediata" (i.e., il soggetto cui attiene il fattore di rischio) ma anche di quella

²⁷ Lett. «essa [la Direttiva 78] non ha (...) dichiarato che il principio della parità di trattamento e l'ambito di applicazione *ratione personae* (...) devono, con riferimento a tali motivi, essere interpretati in senso restrittivo», par. 46, Sentenza *Coleman*. Sull'origine della locuzione "fattore di rischio", Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, 2005, spec. 42, nota 36. Per una prima applicazione della sentenza *Coleman* a opera del giudice italiano, v. Trib. Pavia, ord. 18 settembre 2009, in *D&L*, 2008, 4, 1169 con nota di CALAFÀ, *Disabilità, discriminazione e molestia "associata": il caso Coleman e l'estensione elastica del campo soggettivo di applicazione della dir. 2000/78*, e RUSSI, *Divieto di discriminazione del parente del disabile: una prima applicazione della sentenza Coleman*, in *ivi*, 2009, 773.

²⁸ Par. 36.

“mediata”²⁹, rappresentata dalla persona *associata* al soggetto che detiene detto fattore, con la costruzione della cd. discriminazione per associazione³⁰.

Si deve dunque prender atto dell’ampliamento dei confini della tutela antidiscriminatoria, pur segnalando profili problematici legati all’interpretazione combinata della normativa multilivello, che introducono «elementi di incertezza suscettibili di generare, in assenza di un’avveduta ‘gestione’ interpretativa, pericolosi equivoci e improvvide fughe all’indietro»³¹, che rinnovano la sensazione di un diritto antidiscriminatorio «per sua natura relativo perché assume valenza e portata diversa a seconda del periodo storico e del contesto sociale nel quale può venire in considerazione, per tale ragione i fattori discriminatori sono mutevoli nel tempo e nello spazio»³².

Riportando la questione al caso che ci occupa, è necessario verificare se e come alla vittima mediata possa trovare applicazione la Direttiva 78³³, affinché si possa colmare il vuoto normativo che *ratione temporis* affligge i fatti per cui è causa³⁴.

In primo luogo, si può osservare come rientri nelle possibilità della CGUE operare un (ulteriore) ampliamento dell’ambito di applicazione della Direttiva 78³⁵, come già accaduto in occasione della pronuncia della C. giust., 16 luglio 2015, Causa C-83/14, *Chez*³⁶, *ove la Corte, interrogata su una vicenda relativa a un caso di discriminazione indiretta fondata*

²⁹ PERUZZI, *Da Mangold in poi. L’interpretazione delle direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE nelle pronunce pregiudiziali della Corte di giustizia*, in CALAFÀ, GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, 2009, spec. 137.

³⁰ Sul punto, WATCHER, *Affinity Profiling and Discrimination by Association*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2020, 35, 2, spec. 31 ss.; TRIA, *La parità di trattamento nelle condizioni di lavoro e il divieto di discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE*, in COSIO, CURCURUTO, CERBO, MAMMONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dell’Unione Europea*, Giuffrè, 2023, spec. 400; C. GAROFALO, *Il problematico allargamento della nozione di discriminazione nel codice delle pari opportunità*, in *LDE*, 2023, 1, spec. 9, ove si dibatte anche sulla questione del diritto all’accomodamento ragionevole per il *caregiver* familiare.

³¹ Izzi, op. cit., 22-24, spec. 24

³² TRIA, *La parità di trattamento nelle condizioni di lavoro e il divieto di discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE*, op.cit., spec. 386.

³³ CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *RIDL*, 2002, 1, 75 e Izzi, op. cit., 378 ss.

³⁴ Come osservato, l’attuale contesto normativo, tanto europeo, quanto nazionale, si è evoluto significativamente rispetto al tempo dei fatti della vicenda. Sull’applicazione *ratione temporis* del principio euro-unitario di non discriminazione, BELMONTE, *L’applicazione ratione temporis del principio europeo di non discriminazione sul lavoro a termine*, in *LDE*, 2023, 3, 1, spec. 4-7. In argomento, TUFANO, *La certezza del diritto nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2019, 4, 767, spec. 773-774. In giurisprudenza, v. C. giust., 14 febbraio 2012, causa C-17/10, *Toshiba Corporation e altri* spec. par. 50-51. In generale, sul diritto del lavoro dell’UE, COSIO, CURCURUTO, CERBO, MAMMONE (a cura di), op. cit., spec. 377- 459, ove è trattato il tema della parità di trattamento nelle condizioni di lavoro e del divieto di discriminazione nella giurisprudenza della CGUE.

³⁵ *Contra* TARQUINI, *Obblighi di cura e organizzazione del lavoro: alcune osservazioni alla luce della l. 162/2021*, in *Labor*, 2022, 1, 129, spec. 132, che dubita di tale estensione al caso in commento, quanto meno con riguardo alla questione degli accomodamenti ragionevoli e ANDRETTA, *La centralità della figura del caregiver nell’assistenza ai disabili: effettività della tutela e adattamenti ragionevoli. La resilienza è donna*, in *Labor*, 1° febbraio 2024, che osserva come, verosimilmente, la questione non sarà nemmeno affrontata dal giudice europeo (per effetto dell’art. 99 del regolamento processuale della CGUE).

³⁶ BARBERA, BORRELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in *Biblioteca ‘20 maggio’*, 2022, 1, 86, spec. 90-93. Sul ruolo della CGUE quale interprete creativo del diritto, MARINO, *Il diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza delle Corti*, in *LD*, 2021, 2, 399, spec. 400, ove si legge come «la Corte di Giustizia, in particolare, oltre a svolgere la sua peculiare funzione nomofilattica, ha ricoperto spesso un ruolo creativo nell’orientare e, talvolta, anticipare le scelte del legislatore».

sull'origine etnica, ha adottato un'interpretazione «in senso oggettivo e non soggettivo [del] nesso di causalità che lega il trattamento o l'effetto svantaggioso al fattore protetto»³⁷. In altri termini, ai fini dell'accertamento del particolare svantaggio patito, la Corte ha più volte dato rilievo al fattore di rischio in sé considerato, benché il soggetto invocante la protezione non fosse la vittima diretta.

La necessità di un'applicazione armoniosa della Direttiva 78 legittima anche l'elaborazione di una definizione di *caregiver* familiare da parte della Corte stessa, di tal modo che si possa assicurare la necessaria unità del diritto europeo. Invero, già la Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021 sull'applicazione della direttiva 2000/78/CE del Consiglio rifletteva sulla necessità di «intensificare gli sforzi (...) per creare un mercato del lavoro dell'UE inclusivo, accessibile e non discriminatorio, con un approccio strategico olistico e basato sul ciclo di vita, per le persone con disabilità e per tutti, conformemente ai trattati dell'UE e ai diritti enunciati nel pilastro europeo dei diritti sociali nonché ai valori internazionali sanciti dall'Agenda 2030 delle Nazioni Unite», ma soprattutto «procedere quanto prima a una revisione della direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione per armonizzarla pienamente con le disposizioni della UNCRPD (n.d.A.: Convenzione ONU per i diritti delle persone con disabilità del 2008)»³⁸.

Nella questione che ci occupa, il caso può essere affrontato muovendo dalla successiva Direttiva 2019/1158/UE. Non osta la posteriorità della vicenda: benché il criterio *ratione temporis* rivesta una certa rilevanza ai fini della garanzia della certezza del diritto, non v'è norma che imponga alla CGUE di applicare i criteri di esegesi in ordine gerarchico³⁹. Sul punto, si segnala che, se è pur vero che «il principio della certezza del diritto esige, infatti, che qualsiasi situazione di fatto venga di regola, purché non sia espressamente disposto il contrario, valutata alla luce delle norme giuridiche vigenti al momento in cui essa si è prodotta», le norme sostanziali del diritto dell'Unione europea «possono eccezionalmente essere applicate retroattivamente, qualora dalla lettera, dallo scopo o dallo spirito di tali norme risulti chiaramente che dev'essere loro attribuita efficacia retroattiva»⁴⁰. La Corte potrebbe sviluppare un'interpretazione evolutiva delle norme rilevanti nella causa principale, evidenziando la rilevanza del diritto vivente quale strumento efficace di lotta *comune* alle discriminazioni, non risultando leso il principio della certezza del diritto. Sicché la Dir. 2019/1158/UE cit. potrebbe intendersi come esplicativa dell'ambito di garanzia della protezione di un ben determinato *caregiver* rispetto alle discriminazioni per associazione.

³⁷ BARBERA, BORRELLI, op. cit.

³⁸ Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021 sull'applicazione della dir. 2000/78/CE del Consiglio che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro alla luce della UNCRPD, punti 1 e 2.

³⁹ D'AGNONE, *Alcune brevi osservazioni sui criteri utilizzati dalla Corte di giustizia per interpretare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Annali AISDUE, Associazione Italiana Studiosi di Diritto dell'Unione Europea*, 8 dicembre 2020, 1.

⁴⁰ C. giust., 14 febbraio 2012, causa C-17/10, *Toshiba Corporation e altri*, rispettivamente par. 48 e 44, cit.

3.1. Discriminazione diretta o indiretta?

Osservando la poc'anzi citata Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (UNCRPD), si rammenta che «le disposizioni (...) possono essere invocate al fine di interpretare quelle della [Direttiva 78]»⁴¹. Di particolare rilievo, come evidenziato dallo stesso giudice del rinvio, risulta essere l'art. 2 della menzionata Convenzione, che stabilisce come «ai fini della presente Convenzione: (...) per “discriminazione fondata sulla disabilità” si intende qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo. Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole»⁴².

La Convenzione del 2008 non pone l'accento sulla persona discriminata, quanto invece sul fattore di rischio in sé considerato, ovvero sulla disabilità, che qui conta ai fini della discriminazione per associazione. Ove, dunque, si possa ritenere che la lavoratrice di cui al rinvio pregiudiziale, *caregiver* di minore con disabilità grave, sia vittima di una discriminazione in ambito lavorativo, ai fini dell'applicazione della Direttiva 78 ci si deve chiedere se si tratti di discriminazione diretta ovvero indiretta. La distinzione non è certo un mero formalismo, ma apre percorsi significativamente diversi: nel caso di discriminazione diretta, da intendersi, ai sensi dell'art. 25, comma 1, CPO, come il trattamento meno favorevole che una persona subisce in forza di una sua caratteristica o condizione personale, rispetto al trattamento che un'altra persona in una situazione analoga riceve, ha ricevuto o potrebbe ricevere, l'onere della prova consiste nell'indicare con precisione i fatti contestati, trovando applicazione l'attenuazione dell'inversione dell'onere della prova. Diversamente, in caso di discriminazione indiretta, come definita ai sensi dell'art. 25, comma 2, CPO⁴³, i meccanismi processuali sono più complessi: da parte ricorrente, è necessaria la prova dell'esistenza della disposizione, del criterio o della prassi svantaggiosi, non sempre agevole ove si consideri l'asimmetria informativa tra lavoratore e datore; da parte resistente, è ammessa

⁴¹ Pronuncia in commento, par. 45, che conferma l'orientamento della CGUE di cui alla sentenza *Coleman* e alla C. giust. 18 marzo 2014, causa C-363/12, Z.

⁴² La ratifica di tale Convenzione, infatti, ha ingenerato un cambio di paradigma significativo in materia di diritti delle persone con disabilità. *Ex multis*, DE FALCO, *Disabilità e lavoro non subordinato: una questione di accessibilità*, in *LDE*, 2021, 3, spec. 6-8; GRIFFO, *La conciliazione lavoro-vita per le persone con disabilità e le loro famiglie*, in *QRGL*, 2023, 8, 55, spec. 55-57.

⁴³ Lett. «si ha discriminazione indiretta, ai sensi del presente titolo, 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», come modificato dall'art. 2 della l. 5 novembre 2021, n. 162.

la prova della finalità legittima del comportamento censurato, nonché l'appropriatezza e la necessità dei mezzi impiegati per raggiungerla.

Ai fini strettamente processuali, la distinzione tra l'una e l'altra forma di discriminazione non pare irrilevante. Nell'ipotesi della discriminazione diretta, la franchezza del comportamento discriminatorio, posto palesemente a danno della vittima, obbliga alla giustificazione oggettiva del contegno tenuto: nell'opposto caso della discriminazione indiretta potrebbe non essere agevole convincere la corte adita della natura discriminatoria del comportamento apparentemente neutro, a maggior ragione se si tiene conto della possibilità della resistente di fornire una spiegazione alternativa del comportamento censurato⁴⁴. Ai fini strettamente sostanziali, invece, la distinzione tra l'una e l'altra forma di discriminazione pare sfumare, se non addirittura destinata a scomparire: ciò che conta, infatti, è l'effetto negativo che la vittima della discriminazione patisce. In tal guisa, si osserva come sia proprio il fattore di rischio "esigenze di cura personale o familiare", introdotto nel nuovo comma 2-bis dell'art. 25, CPO, che ha indotto parte della dottrina a ritenere «se sia appropriato continuare a fare affidamento su questa dicotomia per poter delimitare l'ambito entro il quale l'autore della discriminazione può formulare giustificazioni»⁴⁵.

Secondo la Corte rimettente, il caso in esame andrebbe ricondotto nell'alveo della discriminazione *indiretta*: proprio per questo motivo, infatti, la vicenda non sarebbe collocabile nell'esatto solco della sentenza *Coleman*, sul presupposto che il trattamento differenziato, di cui in tale pronuncia era destinataria la *caregiver*, fosse determinato dall'applicazione letterale delle disposizioni legislative. In esse, la suprema Corte ha riconosciuto il comportamento *apparentemente neutro* idoneo a determinare la posizione di «svantaggio rispetto alla generalità degli altri lavoratori»⁴⁶.

Nel caso che ci occupa, invece, sebbene la lavoratrice non sia *ella stessa* disabile, la disabilità grave del figlio ha inciso significativamente sulla sua capacità lavorativa, in particolare sulla flessibilità oraria. Non solo l'assistenza al figlio con disabilità grave ha costretto la lavoratrice a chiedere turni diversi e financo il demansionamento, ma l'ha addirittura posta nella condizione di rinunciare al lavoro per tener conto del superiore interesse del figlio, destinatario di «protezione e cure necessarie per il [suo] benessere»⁴⁷. Sul punto, si osserva come la stessa Direttiva 1158, al considerando 5, stabilisca come «i genitori dovrebbero es-

⁴⁴ BIAGIONI, *I procedimenti in materia di discriminazione*, in *LDE*, 2023, Speciale, 1, spec. 15.

⁴⁵ SANTAGATA DE CASTRO, *Discriminazione diretta e indiretta: una distinzione da ripensare?*, in *LD*, 2022, 3, 497, spec. 510. In tema, VOZA, *Eguaglianza e discriminazioni nel diritto del lavoro. un profilo teorico*, relazione AIDLASS – XXI Congresso nazionale Messina, 23-25 maggio 2024 e, *ivi* citate, BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazioni*, in *LLI*, 2021, 7, 1, 14 e DE SIMONE, *Discriminazione*, in NOVELLA, TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, Giappichelli, 2022, 127 ss.

⁴⁶ TARQUINI, *op. cit.*, spec. 135.

⁴⁷ Art. 24, *Diritti del bambino*, Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea. A sostegno di tale argomentazione, TRIA, *La parità di trattamento nelle condizioni di lavoro e il divieto di discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE*, *op.cit.*, 401 evidenzia come l'estensione dell'ambito di applicazione della Direttiva 78, per mezzo della sentenza *Coleman*, sia giustificato in quanto «il mantenimento del posto di lavoro è una condizione essenziale perché le persone disabili che da loro sono dipendenti possano condurre una vita normale».

sere guidati principalmente dall'interesse superiore del fanciullo», il che risulta impossibile se le condizioni di lavoro non permettono ai genitori di poter soddisfare tale interesse. Questa impostazione corrisponde anche al superamento della valutazione della discriminazione in funzione della comparabilità delle situazioni fra il soggetto asseritamente discriminato e il gruppo in cui è inserito, in favore di una valutazione della situazione del singolo individuo, incentrata sugli effettivi negativi del trattamento⁴⁸.

4. Flessibilità dei tempi (e dei luoghi), accomodamenti ragionevoli e organizzazione aziendale

Il contenzioso in esame si colloca nel difficile bilanciamento fra l'interesse della lavoratrice, che richiede un'efficace soluzione dei propri problemi, e quello dell'Azienda datrice, che non intende accogliere le soluzioni proposte, ritenute d'ostacolo all'ottimizzazione dell'organizzazione aziendale. Mentre nell'ambito dei licenziamenti, questioni come l'obbligo di *repêchage*⁴⁹ e del demansionamento concordato o inflitto⁵⁰ sono state ampiamente discusse, rispetto agli oneri datoriali, invece, il quadro normativo si fa debole e incerto⁵¹. Con riguardo agli accomodamenti ragionevoli a favore di soggetti diversi dalla persona con disabilità, la normativa è stata, sino a poco tempo fa, silente (v. *infra*), e la giurisprudenza rilevante non si è esposta positivamente⁵².

⁴⁸ TRIA, *La parità di trattamento nelle condizioni di lavoro e il divieto di discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE*, op.cit., 386.

⁴⁹ Per una rassegna degli orientamenti in dottrina e giurisprudenza da ultimo DE FALCO, *Il diritto alla riqualificazione professionale per la conservazione del posto di lavoro*, in *IG*, 2023, 5, 501 ss.

⁵⁰ GRAMANO, *Sull'estensione dell'obbligo di repêchage a mansioni inferiori: la conferma della giurisprudenza*, in *DRI*, 2018, 3, 910, e i riferimenti ivi citati, specialmente CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, in *DLRI*, 2016, 149, 167.

⁵¹ Sul punto, recentissimo LAMBERTUCCI, *Lavoro a tempo parziale e lavoro povero*, in BROLLO, ZOLI, LAMBERTUCCI, BIASI (a cura di), *Dal lavoro povero al lavoro dignitoso. Politiche, strumenti, proposte*, Adapt E-Book, n. 101/2024, 156, spec. 168-169, in cui si propone un esempio (isolato) proveniente dall'autonomia collettiva, fornito quale risposta alle debolezze della normativa vigente. In argomento, volendo fornire un ulteriore esempio di debolezza e ambiguità della normativa vigente sul tema, si consideri l'art. 7, comma 3, d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, che, in materia di prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro, indica espressamente quali "eventi", per cui il periodo di prova di sei mesi si interrompe senza conseguenze per il lavoratore, le seguenti quattro ipotesi: malattia, infortunio, congedo di maternità/paternità obbligatori. In altri termini, è escluso il congedo straordinario per assistenza alle persone con disabilità, generando un vuoto di tutela a svantaggio dei lavoratori *caregiver*. Tuttavia, interrogato sul punto, il Ministero del Lavoro (MLPS_Gabinetto_Ministro_28_Registro_Ufficiale.U.0011977.02-09-2022) ha precisato che «gli eventi indicati nel comma 3 dell'articolo 7 del decreto legislativo n. 104/2022 sono meramente esemplificativi (e non tassativi e, dunque, esaustivi) di quelle situazioni di sospensione protette dal legislatore». La stessa lettura è stata accolta dalla Circolare n. 19 del 20 settembre 2022. Simili ambiguità si registrano anche con riferimento all'accesso e alle modalità di organizzazione del lavoro agile, nonché alla disciplina relativa agli obblighi di trasparenza. Su tale ultimo punto, è intervenuto il già citato d.lgs. 104/2022, in recepimento della Direttiva 2019/1152/UE. In tema, ZILLI, *La via italiana per condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili*, in *DRI*, 2023, 1, 25.

⁵² ROSSI, *Assistenza al familiare disabile e obbligo datoriale di adottare "ragionevoli accomodamenti"*, in *IG*, 2018, 6, 1647, spec. 1662, ove si legge come la CGUE, proprio nel caso *Coleman*, «ha sottolineato che l'art. 5 della direttiva si applica esclusivamente ai lavoratori con disabilità, giacché le misure ragionevoli che esso impone di adottare "potrebbero rivelarsi

Rileverebbe, quale *extrema ratio*, il principio della buona fede contrattuale, che però dipende dal *buon senso* e dalla *sensibilità* del singolo imprenditore, evidentemente concetti labili e privi di coerenza. La recentissima disciplina in tema di accomodamenti ragionevoli, di cui all'art. 5-bis, l. n. 104/1992 novellato dall'art. 17 del d.lgs. 3 maggio 2024, n. 62, può offrirsi, di nuovo, come canone interpretativo della Direttiva 78, sicché sarebbe onere del richiedente prospettare l'accomodamento meglio confacente alle proprie necessità, rinviando al datore l'onere di spiegare perché tale soluzione sia irragionevole.

Tale impostazione supera gli errori commessi dal legislatore italiano con riguardo alla disciplina degli orari di lavoro flessibili, di cui all'art. 9 della Direttiva 1158, secondo cui al prestatore di assistenza spetta il diritto di richiedere orari di lavoro flessibili e il datore di lavoro è tenuto a *prendere in considerazione* tali richieste, alla luce sia delle proprie esigenze sia di quelle del lavoratore, motivando l'eventuale rifiuto o rinvio. ad essi, l'ordinamento italiano non si è affatto adeguato, «sul presupposto implicito che le forme di tutela già previste, come la priorità nella trasformazione da *full time* a *part-time* o nell'adibizione al lavoro agile, debbano considerarsi già sufficienti»⁵³.

In tale scenario, l'interrogativo della Cassazione riguardo all'allargamento dell'obbligo di offrire accomodamenti ragionevoli anche ai *caregiver* e non solo ai lavoratori disabili⁵⁴ mostra la rivoluzione sociale in atto, imperniata sul riconoscimento e valorizzazione del ruolo del *caregiver* familiare, per cui si intende «sostenere il progressivo miglioramento delle condizioni di vita» (art. 39, c. 1, d.lgs. n. 29/2024). Pare dunque superabile quell'impostazione della giurisprudenza eurounitaria e di parte della dottrina che ritiene come gli accomodamenti ragionevoli siano da riferirsi esclusivamente al lavoratore con disabilità accertata⁵⁵, in favore dell'affermarsi di un importante cambio nella posizione della Corte di giustizia dell'Unione Europea, che pare sempre più decisa ad accogliere il modello cd. bio-psico-sociale della disabilità, secondo il quale non è la condizione soggettiva a qualificare la disabilità di una persona ma è l'interazione fra la persona e l'ambiente specifico a causa di barriere di diversa natura che possono determinare limitazioni per la partecipazione alla vita professionale⁵⁶. Questa apertura si scontra con l'atteggiamento dei datori di lavoro italiani, che si collocano tra i meno sensibili in Europa rispetto all'accoglimento

sproporzionate se non fossero limitate alle sole persone disabili».

⁵³ ALESSI, Focus *Flessibilità*, in *QRGL*, 2023, 8, 33, spec. 35. In tema, BONARDI, *Disabilità e caregivers. Problemi aperti e prospettive*, in *QRGL*, 2023, 8, 40 e, ampiamente, i contributi di ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D'ONGHIA, MILITELLO, SARACINI e VALLAURI, *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della direttiva 2019/1158/UE*, op. cit.

⁵⁴ SPINELLI, *La sfida degli accomodamenti ragionevoli per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in *DLM*, 2017, 1, 39.

⁵⁵ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *L'evoluzione del concetto giuridico di disabilità: verso un'inclusione delle malattie croniche?*, in *DRI*, 2017, 1, 74, sull'assunto per cui l'art. 5 della Direttiva 78 si rivolge esclusivamente alle persone disabili, non lasciando margini di discrezionalità per un'interpretazione estensiva della norma.

⁵⁶ PASTORE, *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *RDSS*, 2016, 1, 209 e CIMAGLIA, «Niente su di noi senza di noi»: la Corte di Giustizia delinea il nuovo diritto al lavoro delle persone con disabilità, in *RGL*, 2013, 3, 405.

delle richieste di flessibilità degli orari di lavoro⁵⁷, collegate alla volontà delle persone che lavorano di migliorare la conciliazione fra vita professionale, familiare e privata⁵⁸. In questo contesto, ha ancora un peso il tardivo recepimento nazionale dell'art. 5 della Direttiva 78, giunto solo nel 2013, che condiziona la percezione dell'obbligo, ove «per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previsti accomodamenti ragionevoli»⁵⁹.

L'estensione delle medesime tutele anche a favore dei *caregiver* andrebbe a colmare un vuoto di protezione che tale intervento non contempla. In mancanza di un simile sostegno, assai frequentemente i soggetti che curano si vedono costretti ad abdicare rispetto al proprio impiego, rinunciandovi in favore dell'esercizio del *welfare* familistico, che trova nel nucleo domestico la soluzione dei propri problemi di assistenza. L'ampiezza del fenomeno del ritiro dal lavoro, approfonditamente studiato ma solo per le lavoratrici madri, coinvolge invece i *caregiver* di ogni età e rapporto con la persona disabile, soprattutto ove si consideri che la cura genitoriale si interrompe con l'età adulta del beneficiario, mentre il bisogno di sostegno in favore delle persone disabili diviene, al contrario, via via più intenso.

Alla mancanza di un adeguato monitoraggio si aggiunge l'assenza di azioni positive specifiche⁶⁰, attraverso cui promuovere misure idonee ad eliminare tutti quegli ostacoli che, concretamente, impediscono ai *caregiver* (e alle *caregiver*) familiari di mantenere la propria occupazione⁶¹. Sicché l'estensione dell'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli in favore (anche) dei *caregiver* sarebbe sì un onere per l'impresa, ma comportante più una riorganizzazione del lavoro, che un ampliamento della accessibilità fisica ai luoghi di lavoro⁶².

⁵⁷ GOTTARDI, *Lo stato di avanzamento dei lavori a livello di istituzioni europee sulla parità di genere*, in CALAFÀ, GOTTARDI (a cura di), op. cit., 21, spec. 33.

⁵⁸ Sul punto MILITELLO, *Tempi di lavoro e conciliazione. L'orario di lavoro scelto come strumento di parità*, in AA. VV., *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della direttiva 2019/1158/CE*, op. cit., 41, spec. 64. In giurisprudenza, Trib. Bologna, decreto 31 dicembre 2021, n. 7559, in *Quest. Giust.*, con nota di CURCIO.

⁵⁹ Art. 9, comma 4-ter, d.l. 28 giugno 2013, n. 76, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 99.

⁶⁰ In argomento, TRIA, *La parità di trattamento nelle condizioni di lavoro e il divieto di discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE*, op. cit., 439-448 e NOVELLA, *Nuove tecniche di diritto diseguale e principio di eguaglianza*, in *LD*, 2004, 3-4, 557.

⁶¹ Per una prospettiva internazionale sul tema, WILLIAMS ET AL., *Protecting family caregivers from employment discrimination. Insight on the Issues*, 2012, 68, 1-26. Quanto alla moltiplicazione dei potenziali beneficiari delle azioni positive, IZZI, op. cit., 411 ss. Più di recente, in materia di conciliazione vita-lavoro, v. PERCORSI DI SECONDO WELFARE, FONDAZIONE CRC (a cura di), *Le politiche di conciliazione tra famiglia, lavoro e servizi per l'infanzia. Un'analisi del quadro attuale e delle esperienze in corso*, febbraio 2024, consultabile all'indirizzo web: <https://www.secondowelfare.it/studio/le-politiche-di-conciliazione-tra-famiglia-lavoro-e-servizi-per-linfanzia/>.

⁶² Su tale aspetto, DE FALCO, *Accomodamenti ragionevoli: sovvenzioni nel settore privato, accessibilità ovunque*, in *RIDL*, 2021, I, 429, spec. 440 ss.

5. Lezioni dalla pandemia

In tema di riorganizzazione del lavoro, l'esperienza pandemica può ritenersi a pieno titolo il più grande esperimento di improvviso, rapido e drastico rinnovamento dei processi produttivi mai vissuto contemporaneamente dall'umanità. Proprio tale contingenza ha fatto emergere una nuova immagine di fragilità, riconducibile alla condizione di *caregiver* familiare⁶³. Nella prima fase della pandemia, il legislatore ha considerato i lavoratori *caregiver* familiari esattamente alla stregua dei lavoratori disabili gravi, parificandoli nella categoria dei «più fragili fra i fragili»⁶⁴ e riconoscendo loro il *diritto* di svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile⁶⁵. La disciplina emergenziale ha dato atto dell'effetto domino che, dalla fragilità della persona assistita, muove verso la condizione del *caregiver* familiare, al punto da dover ricorrere a un'equiparazione delle tutele.

Con la cessazione dello stato di emergenza, però, le specifiche tutele pandemiche e post-pandemiche a favore dei *caregiver* si sono progressivamente ridotte sino a scomparire quasi del tutto⁶⁶, salva la sola ipotesi della priorità nella richiesta di trasformazione agile o flessibile dell'impiego⁶⁷. Ma, se prima dell'emergenza pandemica il lavoro agile era visto dal datore quale uno strumento da impiegare (con fatica e) solo per le persone con disabilità o per quelle a rischio di perdere il posto di lavoro⁶⁸, a quattro anni dal primo *lockdown*, invece, la sensibilità è mutata, sia nella percezione collettiva, sia nella magistratura, dando corpo ai primi tentativi di estensione delle protezioni⁶⁹.

Il datore di lavoro è oggi tenuto a guardare alla propria organizzazione in un'ottica multi-dimensionale, prendendo in esame non solo la dimensione fisica e psico-fisica, ma anche

⁶³ PASCUCCI, *L'emersione della fragilità nei meandri della normativa pandemica: nuove sfide per il sistema di prevenzione?*, in *RDSS*, 2023, 4, 691, ove si legge come «probabilmente l'insegnamento più importante che si può trarre dalla vicenda della fragilità emersa durante la pandemia è che la parola "fragilità", con quanto essa evoca, non si potrà più ignorare, nel senso che i fattori che concorrono a determinarla dovranno essere considerati in una più ampia prospettiva sistemica di prevenzione dei maggiori rischi che tali fattori comportano», spec. 717. In tema di lavoratori fragili, secondo una prospettiva multilivello, D. GAROFALO, *Il sostegno all'occupazione dei soggetti svantaggiati*, in *RDSS*, 2009, 1, 39.

⁶⁴ BROLLO, *Fragilità del lavoro nell'era pandemica*, in BASSANELLI (a cura di) *Abitare oltre la casa. Metamorfosi del domestico*, DeriveApprodi, 2022, 103.

⁶⁵ Fatta eccezione per la categoria dei lavoratori autonomi, come chiarito dai messaggi INPS n. 2584/2020 e n. 171/2021, nonché per quelle attività non compatibili con la modalità di lavoro agile. Su quest'ultimo punto, BROLLO, op. cit., spec. 106 e 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.

⁶⁶ Con la scadenza dell'ultima proroga al 31 marzo 2024, di cui all' art. 18-bis del d.l. 18 ottobre 2023, n. 145, conv. in l. 15 dicembre 2023, n. 191, si ripristina la disciplina ordinaria del lavoro agile di cui all'art. 18, l. 22 maggio 2017, n. 81.

⁶⁷ Nel caso del lavoro agile, dacché qualificato come diritto, è stato poi ridotto a «priorità», come sancito nell'art. 18, comma 3-bis, l. n. 81/2017.

⁶⁸ Sul punto ZILLI, *Il lavoro agile per Covid-19 come "accomodamento ragionevole" tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell'impresa*, op. cit., spec. 539.

⁶⁹ Trib. Firenze, 22 ottobre 2019; Trib. Ferrara, 24 gennaio 2019, n. 14.

quella sociale e psico-sociale, considerate *ad unum* per realizzare il benessere nei luoghi di lavoro⁷⁰ anche in prospettiva di contrasto alle discriminazioni⁷¹.

In questa ottica, se si considera la salute come lo «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza dello stato di malattia o d'infermità»⁷² e, congiuntamente, la si rapporta al cennato modello bio-psico-sociale della disabilità, si ricava la possibilità (se non proprio la necessità) di includere gli accomodamenti anche a favore del *caregiver* tra gli strumenti idonei a tale scopo, in modo tale da ridurre lo svantaggio incombente sui disabili assistiti, attraverso l'azione di tutela a favore dei *caregiver* stessi.

Diversamente da altre ipotesi che si stanno affacciando alle Corti⁷³, nel caso di specie sembrano dunque numerosi i frammenti che, nell'ordinamento, possono portare a una lettura estensiva della Direttiva 78, utile anche se la direzione presa dal legislatore va decisamente verso l'irrobustimento delle tutele a favore del *caregiver*. La pronuncia della CGUE è dunque di cruciale importanza, sia con riferimento alle situazioni lavorative collocate nella vecchia disciplina, sia guardando agli obblighi descritti dalla disciplina che si appresta a entrare in vigore e che potranno dirsi “nuovi”, oppure, al contrario, “già esistenti” nel nucleo della Direttiva 78/2000.

⁷⁰ Per riprendere la prospettiva sostenuta in ALES, *Il benessere del lavoratore: nuovo paradigma di regolazione del rapporto*, in *DLM*, 2021, 1, 43, spec. 46.

⁷¹ TRIA, *Alla ricerca di un lavoro diretto al benessere: il danno ex art. 2087 cod. civ. e il c.d. danno comunitario nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *LDE*, 2024, 1, spec. 3 e ID., *La parità di trattamento nelle condizioni di lavoro e il divieto di discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE*, op. cit., spec. 378.

⁷² Art. 2, c. 1, lett. o), d.lgs. 9 aprile 2008, 81.

⁷³ Il riferimento è alla nota vicenda relativa alla (tentata) estensione degli accomodamenti ragionevoli alle questioni inerenti alla discriminazione per motivi religiosi. Il caso atteneva al comportamento di un'insegnante statale, sanzionata per aver rimosso il crocifisso dall'aula durante le proprie ore di lezioni, in spregio a un opposto ordine di servizio, che imponeva a tutti i docenti di mantenere il crocifisso affisso durante l'attività didattica, emanato al fine di rispettare la volontà espressa dagli studenti. La questione è giunta sino in Cassazione (Cass. SS.UU., 9 settembre 2021, n. 24414 in Dejure), ove la Suprema corte si è limitata ad affermare come l'accomodamento ragionevole in materia religiosa sia una indicazione che proviene dall'esperienza delle altre Corti, qui applicabile al comportamento del dirigente, il quale non aveva ricercato e promosso «un accomodamento da tutti sostenibile» e, cioè, una soluzione «di mediazione e limitazione proporzionata».

Preuve des discriminations: la consécration française d'un «droit à la preuve» permet-elle de mieux garantir les droits des victimes?

Frédéric Guiomard

Professeur à l'Université Toulouse – Capitole IDR, EA 1902

SOMMAIRE : PREMIÈRE PARTIE – LA PROMESSE D'UNE MEILLEURE GARANTIE DE LA PREUVE DES DISCRIMINATIONS.
– Introduction. – 1. La promesse d'une meilleure garantie de la preuve des discriminations.
– 1.1. La liberté de produire des preuves. – 1.1.1. L'essor du droit à la preuve. – 1.1.2. La répercussion de cette jurisprudence sur la texte des preuves des discriminations. – 1.2. La production forcée des preuves.

Abstract: *The proof is a key dimension in the fight against discrimination before the courts. Employees often lack sufficient evidence to establish unequal treatment, and the elements available to workers often cannot be used as they might violate the privacy rights of other workers. The case law of the ECHR and ECJ attempts to overcome these obstacles with various tools, such as the principle of equality of arms, a part of the equitable procedure, and the concept of the effectiveness of substantive law. France, with its different legal tradition, addresses this issue through the means of a “right to prove” granted to litigants. On the surface, this notion seems protective of victims of discrimination, as it allows them to claim a fundamental right to produce evidence on par with other workers’ fundamental rights and the right to business secrecy. Indeed, this evolution has led to significant changes in the access and use of data in discrimination litigations. However, the idea of a “right to prove” is theoretically difficult to explain, and the protection offered to litigants is not entirely clear. It is fully dependent on the application of a proportionality test, the outcome of which is rather uncertain.*

Keywords: Discrimination – Proof of discriminations – Effectiveness – Right to prove

PREMIÈRE PARTIE ¹

LA PROMESSE D'UNE MEILLEURE GARANTIE DE LA PREUVE DES DISCRIMINATIONS

Introduction

La promotion de règles de preuve et d'administration de la preuve favorables aux victimes dans le droit européen et dans les différents droits nationaux en Europe n'a sans doute pas éliminé les nombreux obstacles qui se dressent devant les plaignants dans les contentieux relatifs aux discriminations.

Sous l'influence du droit européen, d'importantes mutations ont pourtant progressivement fait évoluer les litiges relatifs aux discriminations : la victime n'a plus la charge de prouver seule la discrimination. Il lui revient seulement de prouver des faits susceptibles de constituer une discrimination, le défendeur étant chargé de montrer l'absence de toute discrimination. Ce mécanisme, rappelé dans chacune des directives européennes, a fait l'objet d'une importante jurisprudence de la CJUE. Il semble également valorisé par la Cour européenne des droits de l'homme, qui, non seulement en admet la validité au regard des règles et principes qu'elle protège, mais encore l'érige au rang d'un mécanisme nécessaire à leur application². Ces modes de preuve ont permis d'admettre de façon croissante la preuve des discriminations indirectes au moyen de statistiques. Pourtant, même dans les domaines où l'accès à des informations pourrait paraître relativement aisé, la détermination des niveaux de salaires, les autorités européennes ont dû reconnaître que la preuve des discriminations est loin d'être aisée. La directive sur la transparence des rémunérations 10 mai 2023 proclame ainsi dans son considérant n° 52 qu'il n'est « pas toujours facile pour les victimes et les tribunaux de savoir comment établir ne serait-ce que cette présomption »³.

L'observation des pratiques contentieuses montre en effet que l'accès aux preuves des discriminations, même facilité pour les victimes, demeure fort compliqué. Malgré l'essor de l'obligation d'information portant sur le contrat de travail et les conditions de travail⁴ sur la collecte et le traitement des données, ou le développement de l'information-consultation, nombre de documents potentiellement utiles à la preuve des discriminations demeurent hors de portée, qu'ils concernent le salarié lui-même ou, ses collègues dans l'entreprise.

¹ La première partie de l'essai est publiée sur le n. 2 de 2024; la seconde partie sur le n. 3 de 2024.

² CEDH, D.H. et autres c. République tchèque [GC], n° 57325/00, 13 novembre 2007, n° 186, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-83258> « des règles de preuve moins strictes s'imposent en cas d'allégation de discrimination indirecte. » ; CEDH Natchova et autres c. Bulgarie [GC], nos 43577/98 et 43579/98, n° 157,

³ Directive (UE) 2023/970 du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 2023 visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes pour un même travail ou un travail de même valeur par la transparence des rémunérations et les mécanismes d'application du droit, Considérant n° 52.

⁴ DIRECTIVE (UE) 2019/1152 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne

Il paraît par exemple difficile pour un salarié d'obtenir des détails concernant la rémunération ou l'évaluation de collègues de travail, et pour un candidat au recrutement, des informations sur les autres candidats⁵.

Le droit français n'ignore bien évidemment ni la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, avec la reconnaissance au sein du droit du procès équitable à la protection de l'égalité des armes, ni les exigences du droit de l'Union sur la preuve des discriminations. Toutefois, l'histoire spécifique du droit de la preuve conduite à aborder ces questions de preuve au prisme d'une approche spécifique : celle d'un droit à la preuve dont seraient titulaires les parties au litige. L'inscription de ces questions probatoires dans le vocabulaire des droits-créances (classiquement assimilés à des droits fondamentaux) ou à des droits subjectifs de la personne pourrait être ici le signe d'un renforcement des garanties offertes aux justiciables, tant au titre de l'examen des preuves soumises au juge, qu'à celui des éléments de preuve dont la production peut être sollicitée. Cette reconnaissance est-elle prometteuse d'une meilleure garantie des droits du justiciable ? On pourrait l'espérer sans y croire totalement.

La question se pose avec acuité dans les débats français, à la suite d'une consécration éclatante de la force du droit à la preuve par l'Assemblée plénière dans deux arrêts rendus le 22 décembre 2023. Le litige en question ne portait pas sur la preuve de discriminations, mais concernait la production de preuves de l'employeur collectées à l'insu des salariés. Mais la solution qu'il consacre, fondée sur une sorte de droit fondamental à la preuve dans le procès, devrait augurer d'une attitude des juges plus accueillante à l'égard de la preuve des discriminations dans les procès civils (1.). Pour autant, la promotion du droit à la preuve revêt une portée incertaine en raison du flou qui l'entoure : c'est alors l'utilité même de cette notion qui doit être interrogée (2).

1. La promesse d'une meilleure garantie de la preuve des discriminations

Historiquement, le droit français a longtemps ignoré ce que l'on désigne aujourd'hui comme le « droit à la preuve ». Au contraire, la tradition juridique a fait perdurer l'image d'un droit de la preuve calqué sur le duel judiciaire, dans lequel chacune des parties doit apporter au juge les éléments nécessaires à la conviction du juge pour pouvoir emporter sa cause. Cette conception a cependant été largement entamée avec la reconnaissance d'un rôle beaucoup plus actif pour le juge dans le Nouveau Code de procédure civile, entré en vigueur en 1976. La doctrine va alors proposer de systématiser l'évolution du droit

⁵ CJUE, C-415/10, Galina Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH, 19 avril 2012.

français autour de l'idée de la promotion d'un « droit à la preuve⁶ », qui fut ensuite reprise par la jurisprudence. Classiquement, ce droit à la preuve recouvre deux dimensions bien distinctes : d'un côté, il permet de garantir la liberté de produire des preuves en justice, et, de l'autre, il garantit le droit de solliciter la production de preuves. Dans l'un et l'autre cas, le droit des discriminations pourrait à la fois trouver un terrain d'application fertile, mais la déclinaison qui en est concrètement faite montre que de très nombreuses difficultés attendent toujours les plaignants.

1.1. La liberté de produire des preuves

Le litige relatif aux discriminations, comme un grand nombre de litiges du travail, soulève des difficultés nombreuses. Dans le cadre d'un travail pour autrui qui caractérise le contrat de travail, le salarié cumule des difficultés d'ordre pratique (accès aux documents de l'entreprise, obtention de témoignage de salariés subordonnés au même employeur, compréhension des raisons exactes des choix opérés...) et aussi d'ordre juridique. Les documents produits font souvent l'objet d'un droit de propriété de l'entreprise, et leur production est parfois susceptible d'être qualifiée de faute disciplinaire ou de vol, si le salarié se les est procurés en dehors de ses fonctions ou au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour l'exercice des droits de la défense⁷. L'entreprise peut opposer à la production de tels documents le respect de la vie privée⁸, le respect du secret des affaires ou du secret professionnel le cas échéant, ou encore, plus souvent le droit au respect de la vie privée des autres salariés concernés par les divulgations d'éléments tels que les montants de salaire, l'âge, le sexe, la nationalité, etc. Aussi la liberté de produire des preuves est-elle une question cruciale pour le droit des discriminations. Les mutations proviennent d'abord du droit commun de la preuve, dont les incidences précises sur les contentieux des discriminations demeurent difficiles à percevoir.

⁶ G. GOBEAUX, « Le droit à la preuve », in CHAÏM PERELMAN, et PAUL FORIERS (dir.), *La preuve en droit*, Travaux du centre national de recherche logique, Établissements Émile Bruylant, 1981, p. 277-301. Reproduit in *Revue Juridique de la Sorbonne*, Décembre 2020, no 2, p. 218 ; A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, préf. J.-C. Saint-Pau, LGDJ, 2010, p. 184 s.

⁷ Soc. 31 mars 2015, n° 13-24.410, P, D. 2016.806, obs. P. LOKIEC. L'employeur peut sanctionner le salarié pour une faute disciplinaire si l'appropriation des documents se fait en dehors de ce cadre protégé, ou demander la destruction des documents pris par le salarié. L'employeur peut aussi agir sur le terrain pénal et demander la condamnation pour vol du salarié. Crim. 9 juin 2009 n° 08-86.843, P., D. 2010. 306, note H.K. GABA. A contrario, le salarié n'est protégé que s'il agit strictement dans le cadre de ses fonctions et dans la limite de ce qui est nécessaire à l'exercice de ses droits de la défense cf. Crim. 11 mai 2004, no 03-85.521 P, Dr. soc. 2004. 938, note F. DUQUESNE; *ibid.* 1042, obs. F. MOULY. Adde B. BOSSU et H. TOURNIQUET, *Droits du salarié sur les documents de l'entreprise qui le concernent*, RDT 2016. Controverse, 74.

⁸ Cf. CE. 7 octobre 2022, n°443826, reconnaissant que les comptes d'une fondation privée relèvent de la vie privée de ces organismes ; la jurisprudence de la Cour de cassation paraît plus réservée sur ce terrain (Cass. 1e civ. 17-3-2016 n° 15-14.072, P) mais la Cour européenne des droits de l'homme n'exclut pas la protection du droit au secret des correspondances des personnes privées Cf. CEDH, *Association for european integration and human rights and Ekimdzhev c. Bulgarie*, 28 juin 2007, n° 62540/00

1.1.1. L'essor du droit à la preuve

L'essentiel des débats français autour de la question des preuves des discriminations est aujourd'hui pensé au prisme du « droit à la preuve ». Celui-ci n'a rien de spécifique au contentieux relatif aux discriminations dans le travail. Il a même longtemps été ignoré par le droit du travail. La chambre sociale de la Cour de cassation a, en effet, fortement limité la recevabilité des preuves de l'employeur lorsque celles-ci étaient obtenues de façon illicite, et en particulier au moyen d'enregistrements ou vidéosurveillances faits à l'insu des salariés. L'arrêt Neocel avait ainsi fermement proclamé que « tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite », ce dont il découlait son irrecevabilité devant le juge⁹. Cette prise de position ferme contre la production de toute preuve obtenue à l'insu de l'autre partie révèle le choix jurisprudentiel d'une ferme protection de la vie personnelle des salariés. L'arrêt Nikon¹⁰ fut l'apogée de cette politique, avant qu'elle ne s'érousse progressivement.

L'évolution de cette question et l'admission croissante de preuves obtenues de façon illicite provint probablement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui a rendu une abondante jurisprudence sur la manière dont doit se comprendre la protection de la vie privée en cas de production de preuves attentatoires à celle-ci par la partie adverse, ce qui mène la Cour à rechercher une conciliation entre le respect du droit à la vie privée et les règles du procès équitable. Un seul arrêt, se réfère à la protection d'un « droit à la preuve » peut-être d'ailleurs de façon accidentelle : l'arrêt L.L. contre France¹¹. Les autres arrêts rendus antérieurement et postérieurement ont évité cette dénomination, mais ils font l'application d'une règle de proportionnalité entre, d'un côté, le respect du droit à la vie privée, et, de l'autre, le principe d'égalité des armes déduit de l'article 6-1 qui « implique notamment l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire¹² », et impose au juge « l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre¹³ ».

⁹ Soc. 20 nov. 1991, «Néocel», no 88-43.120 P: D. 1992. 73, concl. Y. CHAUVY; RJS 1992. 25, no 1, rapp. Ph. WAQUET.

¹⁰ Soc. 2 oct. 2001, Sté Nikon France, n° 99-42.942 P, Dr. soc. 2001. 915, note J.-E. RAY; *ibid.* 2002. 84, étude A. MOLE; RTD civ. 2002. 72, obs. J. HAUSER; GADT, n° 70 RTD civ. 2002. 72, obs. Hauser. Adde P. ADAM, Droit à la preuve, protection de la vie privée et réseaux sociaux Droit social 2021. 14

¹¹ CEDH, L.L. c. France, (Req. n°7508/02), n° 40 qui oppose à la production d'un dossier médical du conjoint par la partie demanderesse dans le cadre d'une procédure de divorce le « droit à la preuve du conjoint » (traduit dans la version anglaise « right to produce evidence »)

¹² CEDH DOMBO BEHEER B.V. c. PAYS-BAS (Requête no14448/88), 27 octobre 1993, n° 33 ; CEDH ALMEIDA SANTOS c. PORTUGAL (Req. n° 50812/06), 6 octobre 2010, n° 38

¹³ CEDH AFFAIRE N.N. ET T.A. c. BELGIQUE (Req. n° 65097/01), 1^{er} dec. 2008, n° 44 ; Perez c. France [GC], no 47287/99, n° 80

La Cour de cassation, de son côté, tout en justifiant son évolution par le respect de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁴, fit alors systématiquement référence à l'idée d'un droit à la preuve. Celui-ci fut consacré par un arrêt du 5 avril 2012 de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation¹⁵, qui imposa au juge de vérifier, selon une formule devenue classique « si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence ». L'arrêt rendu par la Cour de cassation en Assemblée plénière le 22 décembre 2023¹⁶ fait un pas supplémentaire dans la généralisation complète de cette règle, devenue désormais, semble-t-il, la seule à appliquer en cas de contestation sur la recevabilité des preuves. Jusque là, l'invocation du droit à la preuve résistait à la production de preuves déloyales : lorsque le plaignant produisait des preuves obtenues par provocation, par ruse ou par tout autre procédé déloyal, la Cour considérait que la dignité du système judiciaire exigeait de déclarer irrecevables de telles preuves devant les juridictions de l'ordre judiciaire¹⁷. Cependant, une telle restriction pouvait être discutée au regard des principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'Homme relativement à la protection de la possibilité raisonnable de présenter sa cause. L'interdiction de la production de toute preuve collectée de façon déloyale empêche § certains justiciables de faire valoir leurs droits alors même qu'ils disposent d'éléments qui établissent indiscutablement le comportement du défendeur. Tel est, par exemple, le cas d'un employeur qui constate un vol à partir d'une caméra dissimulée, mais ne peut pas s'en prévaloir. Dans l'affaire soumise à l'Assemblée plénière, un responsable commercial n'avait pas restitué des documents commerciaux de l'entreprise et avait été convoqué à un entretien par la direction, qui l'avait enregistré à son insu afin d'attester de son refus de restituer ces documents. La Cour de cassation ne se prononce pas directement sur la recevabilité de l'enregistrement en question (l'affaire est renvoyée à une autre cour d'appel), mais elle opère un revirement de jurisprudence sur la recevabilité des preuves déloyales. La Cour soumet désormais les preuves produites de façon déloyale à un régime identique à celui fixé pour les preuves illicites. Le juge devra « apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence, le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte

¹⁴ Rapport annuel de la Cour de cassation de 2012, La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Doc. Fr., 2012, p. 329

¹⁵ Civ. 1re, 5 avr. 2012, 11-14.177, Bull. civ. I, no 85 ; D. 2012. 1596, note G. LARDEAUX ; D. 2013. 269, obs. N. FRIGERO ; RTD civ. 2012. 506, obs. J. HAUSER. Pour un panorama de la jurisprudence ultérieure cf A. LEPAGE, Rep. Civ. Dalloz, V° Droits de la personnalité (2022), n° 303.

¹⁶ Ass. Plen 22 décembre 2023, n° 21-11.330 P, Dr. soc. 2024. 293 obs.. Chr. Radé, D. 2024. 296 note. Th. PASQUIER, RT D Civ. 2024. 186 obs.. J. KLEIN.

¹⁷ Cf. Ass. plén., 7 janv. 2011, no 09-14.667, D. 2011. 562, note F. FOURMENT ; JCP 2011, n o 208, note RUY ; RTD civ. 2011. 127, obs. FAGES ; RTD civ. 2011. 383, obs. Ph. THÉRY

à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi ».

L'arrêt explicite les raisons qui ont conduit à ce revirement de jurisprudentiel, évoquant tour à tour la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur l'égalité des armes (n°9), la difficulté à distinguer la preuve illicite et la preuve déloyale (n°11) et la jurisprudence criminelle sur la loyauté probatoire (n°10). Ces arguments pourraient tous être relativisés : la jurisprudence de la Cour européenne n'a jamais abordé directement la loyauté de la preuve, la question des procédés de preuve relevant du juge national ; la preuve déloyale par stratagème, ruse ou provocation comprend un degré supplémentaire par rapport à la preuve illicite, et la jurisprudence pénale a longtemps divergé de la jurisprudence civile, sans que cela inquiète outre mesure la Cour de cassation.

Peu importe. La Cour de cassation a sans doute anticipé une nouvelle condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme. Tout autant qu'une question de droit, l'admission de preuves sans restriction, particulièrement lorsqu'elles viennent de la captation de sons ou d'images, omniprésente dans la vie sociale du fait de la diffusion des smartphones, est perçue de manière assez générale comme une nécessité du temps présent. Il y a là une « demande de vérité¹⁸ » à laquelle les juges ne sauraient ne pas faire écho. La large admission des preuves en justice répond avant tout à une demande de justice, fort répandue, qui exige de produire ce qui paraît relever de faits évidents. Pour autant, la Cour de cassation n'a pas posé les principes d'une admissibilité sans réserve de ces preuves : elle soumet leur production à un strict régime de proportionnalité, seules les preuves indispensables peuvent être admises¹⁹.

La fiabilité de la preuve issue de captations numériques est pourtant toute relative et, à mesure que les outils d'intelligence artificielle viendront affaiblir la présomption de vérité qui leur est attribuée, leur force probante ne pourra qu'être amenée à s'amenuiser.

La libéralisation de la production des preuves, dans la jurisprudence, est d'abord le fruit de stratégies d'employeurs destinées à contourner la ferme jurisprudence née dans les années 1990 afin de limiter la production de preuves issues de modes de surveillance dissimulés. L'essentiel du contentieux sur ces questions concerne donc des preuves obtenues par l'employeur à l'insu des salariés, même si on trouve dans quelques arrêts une application de règles comparables pour les preuves produites par les salariés²⁰.

¹⁸ X. LAGARDE, Le droit à la preuve. Réflexions sur une notion bancaire, D. 2023. 1526 (introduction).

¹⁹ Cf interview de Jean-Guy HUGLO, Doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation, Ouvrir le droit à la preuve en sauvegardant des intérêts contradictoires, SSL n° 2077, 29 janvier 2024, p. 13.

²⁰ Cf. Soc. 29 janvier 2008, 06-45.814, Inédit, RJS 4/2008, n° 379 (irrecevabilité d'un enregistrement d'une conversation avec l'employeur à son insu) ; Soc. 6 février 2013, 11-23.738, P, RJS 4/2013, n° 316 (production des messages laissés sur la boîte vocale de son téléphone mobile jugés recevables, l'employeur ne pouvant ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur), ou encore la production de données médicales des patients par le salarié d'une clinique (Soc. 20 déc. 2023, n° 21-20.904 B, Dr. soc. 2024. 195, obs. MOULY; RJS 3/2024, no 140; JCP S 2024. 1037, obs. Lahalle). Toutefois la Chambre criminelle exclut le plus souvent le délit d'atteinte à la vie privée de l'employeur, les propos tenus au cours d'un entretien préalable au licenciement relevant de la sphère professionnelle et ne portent pas atteinte à l'intimité de la vie privée. (Crim. 12 avril 2023

L'essentiel de la jurisprudence se concentre sur le contrôle de la recevabilité des preuves patronales, dès lors que les éléments de preuve sont susceptibles de porter atteinte à la vie personnelle du salarié. Ces preuves ne sont recevables que si elles sont nécessaires à l'exercice des décisions de l'employeur. On y retrouve par exemple le droit de filmer le salarié par un mécanisme non porté à sa connaissance dans le contexte de suspicion de vol ou d'irrégularités constatées dans les stocks²¹, la production de publications sur un groupe Facebook dès lors que la diffusion porte atteinte aux intérêts commerciaux²², la production des adresses IP de connexion du salarié²³.

Ce contrôle de proportionnalité est cependant parfois exclu : il est des situations dans lesquelles les faits allégués par l'employeur portent directement atteinte à l'intimité de la vie privée et les juges n'ont pas en ce cas à examiner la recevabilité des preuves²⁴. Tel avait été le cas dans le second arrêt rendu par l'Assemblée plénière du 22 décembre 2023. L'affaire concernait un salarié qui avait tenu des propos homophobes à l'égard d'autres salariés de l'entreprise sur un réseau social purement privé : bien que le contenu ait été appréhendé par un collègue de façon fortuite, la Cour de cassation refuse de recevoir une telle preuve, « une conversation privée qui n'était pas destinée à être rendue publique ne pouvant constituer un manquement du salarié aux obligations découlant du contrat de travail²⁵ ». Il en est certainement de même lorsque l'employeur fait appel à un détective privé pour surveiller le salarié dans sa vie privée²⁶.

Ce dernier point n'est cependant pas entièrement clair dans la jurisprudence : les frontières entre ce qui relève de la vie privée et de la vie professionnelle ne sont pas tracées de façon étanche, et il existe un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles des faits relevant de la vie privée peuvent être rattachés à la vie professionnelle. En certaines hypothèses, un comportement du salarié, par exemple la publication sur les réseaux sociaux peut directement avoir un impact sur la vie de l'entreprise, par la divulgation d'informations commerciales²⁷ ou de secrets industriels. En d'autres, elle se réfère à des obligations implicitement liées au contrat de travail, bien que fondées sur des faits relevant de la vie extra-professionnelle, à l'instar des manquements à la probité pour des employés du sec-

n° 22-83.581, Inédit RJS 10/2023, n° 501)

²¹ Soc. 14 février 2024, 22-23.073, P.

²² Soc. 10 nov. 2021, n° 20-12.263, P., D. 2021. 2093 ; Dr. soc. 2022. 81, obs. P. ADAM ; Soc. 30 sept. 2020, n° 19-12.058 P: D. 2020. 2383, note GOLHEN; ibid. 2021. Pan. 209, obs. AYNÈS; RDT 2020. 753, note KAHN; ibid. 764, obs. LHOMOND; Dr. ouvrier 2020. 793, note LECLERC; x; JCP S 2020. 3042, avis BERRIAT, obs. LOISEAU.

²³ Soc. 25 nov. 2020, n° 17-19.523 P: D. 2021. 117, note LOISEAU ; Dr. soc. 2021. 21, note TRASSOUDAINÉ-VERGER; ibid. 170, note SALOMON; RDT 2021. 199, obs. MRAOUAHI; JSL 2021, no 511-3, obs. NASSOM-TISSANDIER; JCP S 2021. 1032, obs. BOSSU.

²⁴ Ass. Plen.

²⁵ Soc. 22 décembre 2023, 21-11.330, B. Voir également pour la tenue de propos xénophobes sur une messagerie professionnelle, qui ne peuvent être fautifs dès lors qu'ils sont restés privés, Soc. 6 mars 2024, n° 22-11.016 B.

²⁶ Soc. 26 nov. 2002, no 00-42.401 P.

²⁷ Soc. 30 sept 2020, n° 19-12.058 : B, prec. note 21.

teur bancaire²⁸, ou encore l'utilisation, en dehors du temps de travail, d'outils ou véhicules de l'entreprise pour commettre un délit²⁹, voire la commission de faits susceptibles de ternir l'image de l'entreprise³⁰. L'obligation de loyauté peut également justifier un rattachement à la vie professionnelle de faits paraissant pourtant purement privés³¹. La frontière entre vie professionnelle et vie privée n'est donc pas tracée avec une grande précision. Dans l'arrêt du 22 décembre 2023, des propos homophobes tenus sur un réseau privé pourraient par exemple être invoqués au titre non d'une faute du salarié comme l'avait fait l'employeur, mais à celui d'un trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise, ce qui aurait éventuellement rendu la preuve possible. Selon les hypothèses, des faits proches peuvent dès lors être appréhendés soit au prisme de la protection de la vie privée, ce qui rend toute production de preuve irrecevable, soit à celui de faits rattachés à la vie professionnelle, rendant applicable le régime du contrôle de proportionnalité.

Au-delà de ces incertitudes, il apparaît que la jurisprudence contemporaine a clairement fait un pas en direction d'une plus grande admissibilité des preuves, qu'elles soient issues de procédés illicites ou déloyaux de preuve. Comme on le perçoit, ces évolutions ont pour l'heure surtout été invoquées afin d'étendre l'emprise du pouvoir de l'employeur à l'égard du salarié. Mais la règle jurisprudentielle, fondée sur le respect du « droit à la preuve », ne concerne pas que l'employeur, et le salarié a vocation à s'en prévaloir également, notamment dans les contentieux relatifs aux discriminations qui suscitent nombre de difficultés probatoires.

1.1.2. La répercussion de cette jurisprudence sur la production des preuves des discriminations

La jurisprudence de la Cour de cassation, confortée par les décisions de l'Assemblée plénière du 22 décembre 2023, tend à renouveler le cadre probatoire, en plaçant la production des preuves sous la seule contrainte du respect du régime du « droit à la preuve ». La recevabilité des preuves dépend pour l'essentiel de l'application du contrôle de proportionnalité.

Le premier enjeu concerne la persistance de la jurisprudence spécifique aux salariés sur la production de documents appartenant à l'entreprise. La Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de préciser l'incidence de sa nouvelle jurisprudence sur la production de preuves provenant de documents de l'entreprise. Bien que l'essentiel de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la liberté de produire des preuves soit rendu sur le fondement de l'article 8 CESDH (protection de la vie privée), rien n'exclut de la transposer dans le domaine du droit au respect des biens (article 1 du Protocole n°

²⁸ Soc. 25 janvier 2006 n° 04-44.918, BRJS 4/06 n° 404.

²⁹ Soc. 18 mai 2011 n° 10-11.907, inédit, RJS 8-9/11 n° 669 (vol commis avec un camion de l'entreprise).

³⁰ Soc. 7 février 1985 n° 82-43.505 P. (vol d'un tableau par un cadre de l'entreprise).

³¹ Voir en dernier lieu Soc. 29 mai 2024 n° 22-16.218 P. : obligation de révéler à l'employeur une relation amoureuse avec un collègue au nom d'une obligation de loyauté.

1) : la production de preuves attentatoires aux biens de l'entreprise pourrait être justifiée, sur le fondement de l'article 6-1 si elle peut franchir les conditions du contrôle de proportionnalité. Cela devrait inviter à revoir la jurisprudence sur le vol des documents de l'entreprise. La production des documents de l'entreprise (photocopies, données prises sur les ordinateurs ou serveurs informatiques) pourrait alors être jugée recevable, non pas en considération du fait que le salarié y a eu accès dans le cadre de ses fonctions et dans le but de préparer sa défense, mais dans le cadre de l'exercice de son droit à la preuve. Seul le critère du caractère indispensable du document dans le litige mériterait désormais d'être pris en compte, indistinctement de la question de la propriété des documents et de la licéité de l'appropriation, des circonstances de l'accès au document et de la finalité poursuivie par le justiciable.

Cette évolution pourrait-elle, s'étendre, au-delà de la recevabilité des preuves, à la sanction pénale de l'appropriation de tels documents ? L'assemblée plénière a mentionné la nécessité d'une mise en cohérence de la jurisprudence civile et la jurisprudence répressive. Toutefois, les enjeux sont ici tels qu'on imagine mal la jurisprudence criminelle finisse par admettre, au nom d'un droit à la preuve des collectes de données de grande ampleur ou à la captation plus ou moins systématique de sons ou d'images à l'insu de l'employeur. La recevabilité des preuves illicites ou déloyales dans le procès civil n'exclut donc pas toute reconnaissance d'infraction pénale.

D'ores et déjà, la nouvelle jurisprudence laisse entrevoir une évolution de certains aspects importants en matière de discrimination. Tel est le cas, en particulier, du harcèlement discriminatoire ou de la persistance d'attitudes ou propos discriminatoires dans l'entreprise. En ce cas, le droit à la preuve peut justifier de produire des preuves obtenues à l'insu de l'employeur et des collègues de travail, que ce soient un enregistrement des conversations ou des captations d'images faites à l'insu des personnes. Il faut alors démontrer que de tels modes de preuve, illicites, sont indispensables pour le droit à la preuve du salarié (il n'existe pas d'autre moyen possible) et proportionnées au but recherché. L'application du critère de proportionnalité dépend bien sûr de nombreux facteurs tels que les circonstances ou le lieu des enregistrements, de l'étendue des captations faites et des raisons qui ont conduit le salarié à porter un tel soupçon. Certains modes de preuve plus intrusifs encore pourraient même être envisagés, tels que l'accès à des messageries, à des réseaux sociaux privés, ou à des disques durs ou tout autre document à l'insu des personnes qui les détiennent, sous réserve d'une immixtion dans l'intimité de la vie privée du défendeur. Certaines cours d'appel semblent d'ailleurs se montrer ouvertes à la recevabilité de

preuves de la discrimination par la production d'enregistrements audio clandestins³². Mais d'autres ont refusé de le faire³³.

Le second enjeu concerne la production des données lorsque le litige relatif à la discrimination impose la comparaison de la situation du plaignant avec celle d'un nombre plus ou moins important de ses collègues, relativement à la rémunération ou la carrière. Conformément au droit de l'Union européenne, qui admet le recours à la statistique pour établir des discriminations³⁴, le droit français accepte la production de panels de comparaisons. Ces derniers exigent cependant de divulguer nombre d'informations relativement au sexe, à l'origine, à la rémunération ou à l'évolution de la carrière des salariés concernés. Des entreprises ont donc opposé à ce type de production de donnée l'atteinte à la vie privée des salariés concernés, ou l'atteinte au secret des affaires. La reconnaissance des statistiques comme un mode possible de preuve des discriminations, objet d'une attention croissante des textes européens³⁵, impose pourtant aux juridictions de les recevoir largement.

Certains arrêts l'ont reconnu expressément, même si peu d'affaires ont conduit directement à examiner la recevabilité des preuves produites, la majorité des affaires concernant leur production forcée. Un arrêt intéressant d'une Cour d'appel permet néanmoins de montrer que le raisonnement impliqué par le respect du droit à la preuve est suivi par les juges du fond. Une salariée invoquait l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe et sur son état de grossesse. Elle produisait, à titre de comparaison, un tableau où le nom de différents salariés, leur date d'embauche, le niveau de salaire, et de classification. Le document avait été mis en ligne sur l'Intranet par erreur par la DRH, qui l'avait ensuite retiré et demandé à tous les collaborateurs de le détruire. Mais l'un des salariés l'avait conservé et transmis à la plaignante. L'employeur invoquait l'irrecevabilité du document, mais la Cour d'appel considère que sa production est justifiée et proportionnée : la salariée « ne disposait pas d'autres moyens de preuve au moment de la saisine du juge prud'homal pour fournir

³² C.A. BOURGES 13 septembre 2019 - 19/01169 (enregistrement clandestin d'un entretien professionnel avec l'employeur, preuve recevable) ; Grenoble 1er septembre 2022 n°20/03611 (enregistrement d'une conversation téléphonique avec l'employeur, recevabilité dans une situation où le salarié était « confronté à de réelles difficultés de preuve ») ; Versailles - 20 décembre 2023 - 21/01092 (recevabilité d'un enregistrement clandestin d'une séance du CSE. Douai 26 janvier 2024 - 22/00840 (recevabilité de deux enregistrements d'entretiens avec le gérant de l'entreprise).

³³ Amiens 20 mars 2024, n° 23/01066 : irrecevabilité de la production d'un procès-verbal du CSE, celui-ci ayant été communiqué au salarié à un moment où il n'était plus salarié de l'entreprise, le salarié ayant à sa disposition beaucoup de documents pour prouver les dysfonctionnements de l'entreprise.

³⁴ Cf. CJUE 24 septembre 2020 YS contre NK AG, Aff. C-223/19 ; CJUE 3 octobre 2019, Schuch-Ghannadan, C-274/18 ; CJUE 9 février 1999, Seymour-Smith et Perez, C-167/97 et CJUE 6 décembre 2007, Voß, C-300/06.

³⁵ La mention des statistiques comme mode possible de preuve est présente dans la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (Considérant n° 15), puis devient, à la faveur de la Directive 2023/970 du 10 mai 2023 visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes pour un même travail ou un travail de même valeur par la transparence des rémunérations et les mécanismes d'application du droit un droit auquel les États ne peuvent s'opposer (considérant n° 28) et, directement dans le corps de la directive, un mode de preuve reconnu (article 19-3).

des éléments de comparaison en vue d'établir la discrimination alléguée³⁶ ». L'impossibilité d'accéder à ce type de données justifie donc ici la production par le salarié de données obtenues de façon déloyale ou illicite.

La force du droit à la preuve (ou de la garantie du droit à l'égalité des armes) est telle que ces règles permettent d'outrepasser les différentes obligations professionnelles qui imposent au salarié de ne pas divulguer certaines informations, que l'on désigne parfois par l'expression assez confuse de « secret professionnel ». Les juridictions semblent appliquer les mêmes exigences au regard du caractère indispensable et proportionné des preuves produites.

Un salarié travaillant pour l'ambassade du Brésil avait ainsi, au mépris d'une clause de confidentialité inscrite dans son contrat, produit une liste de personnes nommément désignées employées au consulat général du Brésil et le montant de leur salaire. Cette liste avait été obtenue par un autre salarié dans un précédent litige et l'employeur n'avait pas autorisé sa diffusion. La Cour d'appel de Paris considère néanmoins que la preuve « est strictement nécessaire à l'exercice de ses droits en justice, indispensable à cet effet³⁷ ».

L'application de la proportionnalité a ici conduit que le juge à mettre en balance à la fois les circonstances de la violation de la clause de confidentialité (divulgarion limitée au litige), et celles de l'appropriation des documents (diffusion par l'employeur lui-même).

Certains litiges peuvent cependant conduire à la violation de secrets professionnels plus précisément protégés, comme la violation du secret médical. Sans se prononcer directement sur la recevabilité de la preuve, un arrêt de la Cour de cassation³⁸ a estimé que la communication de données personnelles de patients d'une clinique afin de prouver des faits de harcèlement pouvait constituer une faute grave. Elle fait valoir que le licenciement était justifié, car le salarié avait méconnu les termes de L. 1110-4, (protection du secret médical), qui s'impose à tous les salariés des établissements de santé. Le régime qu'elle applique est cependant inspiré des formules relatives au droit de produire des preuves en indiquant que « la production en justice de documents couverts par le secret médical ne peut être justifiée que lorsqu'elle est indispensable à l'exercice des droits de la défense et proportionnée au but poursuivi » : le respect du droit à la preuve est donc érigé en fait justificatif qui fait obstacle à la sanction civile ou le cas échéant pénale.

Cette indication montre donc le poids du droit procédural à la preuve, qui a des incidences possibles sur le fond du droit, y compris face à des secrets professionnels légalement garantis. En retour, cette décision montre aussi l'ambivalence d'une telle reconnaissance, conditionnée à la l'incertitude des résultats du contrôle de proportionnalité. Il est certain que, dans la pesée des droits antagonistes, la protection du droit au secret pèse

³⁶ Grenoble, 26 octobre-2023 n° 18/04078, RJS 2/2024, n° 2

³⁷ Cour d'appel de Paris, 16 mai 2024 n° 21/09582

³⁸ Soc. 20 janvier 2023 n° 21-20.904 FS-B

lourdement sur la décision des juges, comme cela a été le cas dans cet arrêt. L'étendue des preuves susceptibles d'être produites s'avère dès lors incertaine et fait peser sur le salarié le risque de sanctions pénales ou disciplinaires.

1.2. La production forcée des preuves

La seconde dimension que le droit français rattache à l'idée d'un droit à la preuve est la reconnaissance de la faculté de solliciter la production forcée des preuves détenues par l'autre partie. Ce type de preuve est essentiel dans le droit des discriminations en raison, la plupart du temps, de la nécessité de présenter des éléments de comparaison, voire des éléments statistiques précis permettant d'établir des différences de traitement. Ce type de preuve est particulièrement difficile à produire, non seulement parce que seul l'employeur détient les éléments nécessaires (montants de salaire, classifications, évolution des carrières dans l'entreprise), mais aussi parce que ces éléments impliquent pour l'employeur de divulguer nombre de données se rapportant à la vie privée d'autres salariés.

Sous l'emprise du droit européen, l'administration de la preuve a été facilitée, grâce à un mécanisme en deux temps, l'employeur étant tenu de justifier des différences pratiquées lorsque le salarié établit des faits qui, *prima facie*, sont susceptibles de constituer une différence de traitement³⁹. A chacune de ces étapes, le salarié doit cependant disposer de preuves suffisamment précises et convaincantes. L'établissement des différences de traitement tout comme la contestation des justifications de exige de disposer d'éléments précis et souvent de données statistiques⁴⁰. Chaque étape exige donc, pour garantir l'effectivité de la protection contre les discriminations, d'accéder à des informations et documents détenus par l'employeur.

Dans la procédure française, deux voies cohabitent à cet effet.

La première est intégrée à la procédure ordinaire. L'un des principes directeurs de la procédure civile est en effet que le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles (Art. 10 CPr. Civ.). Il peut donc demander la production de toute pièce qui lui semble nécessaire. Le principe est à comprendre au regard des autres principes qui gouvernent le procès civil : les parties sont tenues uniquement d'alléguer les faits à l'appui de leurs prétentions (Art. 6), et de prouver les faits nécessaires au succès de leurs prétentions (Art. 9). Les parties n'ont pas l'obligation d'apporter au juge des éléments qui seraient contraires à leurs prétentions et corroboreraient celles de l'adversaire. Néanmoins, elles peuvent solliciter du juge des mesures d'instruction, que le juge peut ordonner à l'encontre de l'autre partie (Art. 11), sous réserve que la partie demanderesse ne dispose pas d'éléments suffisants et qu'elle ait suffisamment fait preuve de

³⁹ C. Trav. Art. L. 1134-. La règle transpose en droit français les différentes directives européennes sur les discriminations (notamment Dir. 2000/78, Art. 10 ; 2000/43, Art. 8 ; 2006/54, Art. 19).

⁴⁰ Voir notamment CJCE 9 février 1999, Seymour-Smith et Perez, C-167/97, EU:C:1999:60, point 62; CJUE 3 octobre 2019 Minoo Schuch-Ghannadan c. Medizinische Universität Wien, C-274/18 n° 48.

diligence dans la production des preuves dont elle dispose (Art. 146). Le juge se voit donc reconnaître, d'un large pouvoir pour ordonner la production de pièces, spécialement dans le procès en discriminations dans lequel nombre de pièces sont détenues par la partie défenderesse. La limite vient du fait qu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire du juge, qui n'est pas tenu de faire droit aux demandes de production de preuve⁴¹, sans même avoir à s'expliquer des raisons du refus⁴². Les règles relatives à l'action en justice en matière de discrimination rappellent ces règles sans apporter davantage de précision (C. Trav. Art. L. 1134-1).

Dans le cadre des litiges du travail, devant les juridictions prud'homales, de telles mesures d'instruction ont vocation à être prononcées dans le cadre de l'audience initiale menée devant le bureau de conciliation et d'orientation, chargé de mettre l'affaire en état d'être jugée⁴³. Il est possible de désigner un conseiller rapporteur chargé d'instruire l'affaire, qui dispose du pouvoir d'auditionner toute personne et de faire procéder à toute mesure d'instruction⁴⁴. Le bureau de conciliation et d'orientation peut également lui-même prendre des mesures d'instruction⁴⁵. Certaines décisions et certains auteurs ont pu considérer que cette phase de mise en état exige du juge qu'il joue un rôle actif, et que le fait de ne pas prendre des mesures d'instructions peut en certaines circonstances, s'apparenter à un « abus de pouvoir négatif⁴⁶ ». La volonté de renforcer la mise en État de l'affaire par le bureau de conciliation et d'orientation depuis 2016 plaide en ce sens, mais les règles et la jurisprudence n'ont jamais véritablement franchi le pas qui passerait d'une faculté (conseillée) de prendre des mesures d'instruction, à un devoir pesant sur les juges. L'attitude des juges prud'homaux est donc souvent imprévisible à cet égard.

Face à ces incertitudes, c'est souvent la seconde voie qui est explorée par les plaignants afin de pouvoir s'engager dans un litige : celle de la production forcée de pièces avant même l'engagement du litige, dans le cadre des dispositions de l'article 145 C. Pr. Civ. Ce dernier permet de saisir le juge, soit en référé soit sur requête (c'est-à-dire sans prévenir d'avance l'adversaire) afin d'obtenir des mesures d'instruction, « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige ». Ce type de mesure peut être demandé devant le conseil de prud'hommes pour obtenir des preuves en vue d'un litige portant sur les discriminations, sans que les règles spéciales de preuve y fassent obstacle⁴⁷ : le salarié peut alors cumuler

⁴¹ Cf. Civ. 1^{ère}, 4 décembre 1973, n° 72-13.385, P.

⁴² Civ. 2^e, 16 octobre 2003, n° 01-13.770 P.

⁴³ Cf. L. 1454-1-2 C. Trav.

⁴⁴ Cf. R. 1453-4 et R. 1454-4 C. Trav.

⁴⁵ R. 1454-14 C. Trav.

⁴⁶ Evelyne SERVERIN, Tiennot GRUMBACH, Des devoirs et des pouvoirs des conseillers prud'hommes lors de l'audience initiale, RDT 2009. 462.

⁴⁷ Soc. 22 septembre 2021, n°19-26.144 P, RTD Civ. 2021 p.887 note H. BARBER ; cf. H. BARBER, De l'articulation de la charge de la preuve et du droit à la preuve à la lumière du droit du travail RDT 2022. 95

le bénéficiaire d'un allègement de la charge probatoire avec la faculté de solliciter du juge des éléments de preuve. Ce texte ne nécessite pas que le salarié dispose d'éléments de preuve suffisants au départ - il permet au contraire à la partie d'avoir accès aux preuves qui lui manquent⁴⁸.

Le recours à ce texte exige que le demandeur n'ait pas préalablement engagé une instance sur le même objet⁴⁹. Le juge, sans apprécier le bien-fondé de la demande⁵⁰ (ici l'existence d'une discrimination) doit apprécier qu'un litige est possible et qu'il existe un motif légitime de solliciter une preuve. À l'instar de la demande de mesures d'instruction dans un litige en cours, le juge dispose du pouvoir souverain d'apprécier cette légitimité⁵¹. Toutefois, le juge doit s'assurer de la possibilité d'un litige « plausible, crédible bien qu'éventuel et futur dont le contenu et le fondement seraient cernés, approximativement au moins, et sur lesquels pourrait influencer le résultat » de la mesure sollicitée⁵² : une motivation minimale du refus est donc requise, sur laquelle la Cour de cassation n'opère qu'un contrôle restreint. Les difficultés probatoires inhérentes aux discriminations ont depuis longtemps conduit les plaideurs à mobiliser ce texte afin d'obtenir des preuves des différences de traitement pratiquées⁵³. Les défendeurs ont alors opposé à de telles mesures l'atteinte à la vie privée qui en résulterait pour les autres salariés, dont des informations seraient communiquées au demandeur. C'est à ce stade que la Cour de cassation a fait intervenir un droit à la preuve. Dans un premier temps, celui-ci n'a pas été directement mentionné. Elle estimait que « le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile » : le juge pouvait ordonner la production des preuves en constatant à la fois l'existence d'un motif légitime et ces mesures sont « nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées⁵⁴ ». Cette dernière référence montrait cependant que la Cour avait en vue (sans citer les textes au visa de l'arrêt) la conciliation entre la production des preuves et la protection de la vie privée. Les arrêts ultérieurs ont plus explicitement ancré cette règle dans le contrôle de proportionnalité et donc dû se référer à un droit fondamental destiné à justifier des atteintes à un droit fondamental. La Cour de cassation se réfère alors à la nécessité pour les juges du fond de vérifier si les mesures demandées sont « nécessaires à l'exercice du droit à la preuve de la partie qui les sollicite[e]

⁴⁸ L'article 146 C. Pr. Civ., qui conditionne le recours aux mesures d'instruction à l'absence de carences des parties n'est donc pas applicable. Voir notamment Ch. Mixte, 7 mai 1982, RTD Civ. 1982 .788 obs. R. PERROT, id. 1983. 185 obs. J. NORMAND.

⁴⁹ L'appréciation se fait à la date de la saisine du juge des référés cf. Soc. 16 mars 2021, 19-21.063, P.

⁵⁰ Cf. Civ. 4 nov. 2001, n° 21-14.023 P.

⁵¹ Civ. 2^e, 14 mars 1984, RTD Civ. 1984. 562 obs. R. PERROT.

⁵² Civ. 2^e, 10 dec. 2020, n° 19-22.619 P.

⁵³ Cf. Soc. 9 décembre 2012, 10-20.526 P.

⁵⁴ Id.

et ne port[ent] pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés⁵⁵ ».

La protection du droit à la preuve a donc été retenue afin de garantir la production de preuves en matière de discriminations sans opposer systématiquement la protection du droit au respect de la vie privée des tiers, ce qui revêt un apport considérable dans des contentieux qui exigent de comparer la situation d'un plaignant avec celle de ses collègues.

Le principe n'est guère contesté, mais son application concrète suscite des difficultés concrètes qui concernent l'étendue des preuves révélées. Le contrôle de la proportionnalité des atteintes portées à la vie privée des salariés permet au juge de limiter la divulgation d'un nombre trop important d'informations. Dans l'arrêt Renault Truck⁵⁶, les juges ont été confrontés à des demandes de preuves portées par 31 salariés invoquant une discrimination provenant de leur appartenance ou activité syndicale. Ils demandaient la production d'un grand nombre de données permettant de comparer leurs rémunérations carrières avec celles de collègues engagés au même moment et avec une qualification comparable (selon la méthode dite des panels⁵⁷). La Cour de cassation reprend à cette occasion sa jurisprudence sur le respect du droit à la preuve, mais elle complète les formules préalablement mises en avant par une référence à la protection des données dans le cadre du RGPD, dont elle rappelle qu'elle n'est pas un droit absolu, et qu'elle doit être mise en balance avec d'autres droits fondamentaux. La conséquence est que désormais, la Cour de cassation se réfère non seulement au caractère indispensable de la production des preuves et à leur caractère proportionné, mais aussi au « cantonnement » du « périmètre de la production de pièces sollicitée ». En d'autres termes, la production forcée des données et des preuves ne peut pas être menée de façon indistincte, à l'image d'un large filet de pêche qui serait lancé pour voir ce qu'il peut en ressortir, mais elle doit cibler les éléments les plus pertinents pour établir l'inégalité de traitement. Cela aboutit à un contrôle très fin par les juges du fond, qui peuvent, comme en l'espèce, rejeter la production systématique des comptes-rendus d'évaluations professionnelles, mais exiger la production de bulletins de salaire déterminés pour un grand nombre de salariés, et exiger, également que ces bulletins ne soient pas anonymisés si les besoins de l'analyse le demandent⁵⁸.

⁵⁵ Soc. 16 novembre 2016, 15-17.163, Inédit ; Soc. 16 mars 2021, 19-21.063, P.

⁵⁶ Soc. 1er juin 2023, 22-13.238 P, JCP S 2023. 1158 note G. LOISEAU.

⁵⁷ Sur ces méthodes de comparaison voir l'explication donnée par le Défenseur des droits, Décision-cadre relative aux conditions d'accès à la preuve de la discrimination en matière civile, n° 2022-139, 31 août 2022 ; Cf. F. GUIOMARD, Les méthodes d'évaluation des préjudices nés de discriminations, Droit social 2023. 316 ; La « méthode Clerc » renforcée par la protection du droit à la preuve, Rev. trav. 2023. 133 ; voir également E. COULOMBEL, La réparation du préjudice de carrière du salarié victime de discrimination, Droit social 2023. 325.

⁵⁸ Voir également sur les questions de l'étendue des données transmises et de l'anonymisation Soc. 16 mars 2021, no 19-21.063 P Dr. soc. 2021. 645, note ADAM ; Soc. 8 mars 2023, no 21-12.492 B ; CA Paris 2 septembre 2022, RDT 2023 p.133 obs. F. GUIOMARD, prec.

Certains auteurs estiment aujourd'hui que cette interprétation est satisfaisante, car elle permettrait « dans la grande majorité des cas » d'obtenir les éléments de preuve indispensables⁵⁹. D'autres estiment, sur le fond, que cela permet d'accéder à un nombre de données trop importantes, voire de favoriser des constructions statistiques artificielles⁶⁰. À l'inverse, on peut tout aussi bien soutenir que les restrictions posées à l'égard du demandeur, qui doit pouvoir montrer dès le départ que les preuves qu'il n'a pas encore sont indispensables à son droit à la preuve. La démarche tend alors à aligner les preuves indispensables sur les preuves susceptibles de caractériser une atteinte à l'égalité de traitement pesant dans le premier temps du litige sur le salarié.⁶¹ Cela conduit en réalité à figer l'établissement des différences de traitement dans une méthode donnée de comparaison, alors même que la jurisprudence se montre souple à l'égard de l'établissement des statistiques⁶², et que ces dernières ne sont pas la seule voie admissible pour prouver les discriminations. À cet égard, le refus de confier l'accès aux comptes-rendus d'entretiens d'évaluation par les juges du fond dans la même affaire⁶³ pourrait paraître plus discutable, tant ce type d'instrument de gestion est aujourd'hui central dans les évolutions de carrière des salariés. La complexité des litiges et l'étendue des preuves exigées sont réglées, *in fine*, par l'application du principe de proportionnalité, c'est-à-dire à une appréciation laissée pour l'essentiel aux juges du fond, même si la Cour de cassation n'a pas abandonné un contrôle minimal sur le caractère indispensable du recours aux preuves produites. L'issue de la quête d'une production des preuves est donc relativement incertaine, bien que couverte par l'idée d'un droit à la preuve.

C'est alors l'utilité même de l'idée d'un droit à la preuve qu'il convient de discuter en tant qu'outil de facilitation des litiges relatifs aux discriminations.

⁵⁹ J-Y FROUIN, Le droit à la preuve, sens et mode d'emploi, RJS 5/2023, n° 15.

⁶⁰ G. LOISEAU, *prec.*; J. ICARD, Discrimination: causalité ou corrélation? D. 2023. 457 et Discrimination et tests statistiques, de sérieuses questions juridiques, D. 2024.

⁶¹ Voir en ce sens Soc. 8 mars 2023, 21-12.492, P.

⁶² CJUE 3 octobre 2019, Schuch-Ghannadan, Aff. C-274/18, point 53.

⁶³ Chambéry, 7 décembre 2021 - 21/00570.

