

EQUAL

RIVISTA DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

IN EVIDENZA:

- Appalti pubblici e clausola di condizionalità per favorire l'occupazione di giovani e donne
- L'azione di classe e il ruolo delle organizzazioni sindacali nel contrasto alle discriminazioni
- Il part-time a turni e la puntuale indicazione della collocazione dell'orario di lavoro
- Il trasferimento temporaneo dei dipendenti pubblici al vaglio della Consulta
- Sostegno alla maternità e paternità delle coppie formate da genitori dello stesso genere
- Il trattamento di dati relativi alla sieropositività tra CEDU e diritto interno
- *Employing Confessional Theology Professors in Serbia: (Ir)Reconcilability of Religious Freedom, Academic Freedom, and Guarantees of Labour Rights (Seconda parte)*

n. 6 / 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

- CARMELA GAROFALO, *La clausola di condizionalità per favorire l'occupazione di giovani e donne nel nuovo Codice degli appalti pubblici*» 527
- GIOVANNA ZAMPIERI, *L'azione di classe e il ruolo delle organizzazioni sindacali nel contrasto alle discriminazioni*» 545

Giurisprudenza

- ELENA PASQUALETTO, *Il part-time a turni e la puntuale indicazione della collocazione dell'orario di lavoro tra contratto individuale, contratto collettivo e potere sostitutivo del giudice*.....» 569
[Corte di Cassazione, ordinanza 29 aprile 2024, n. 11333]
- MONICA NAVILLI, *Il trasferimento temporaneo dei dipendenti pubblici al vaglio della Consulta*» 589
[Corte costituzionale, sentenza 16 aprile 2024, n. 99]
- ILARIA BRESCIANI, *Un primo passo verso l'estensione delle misure di sostegno della maternità e della paternità alle coppie formate da genitori dello stesso genere*» 599
[Tribunale di Bergamo, ordinanza 5 febbraio 2024]
- GABRIELE FRANCO, *Il trattamento di dati relativi alla sieropositività tra CEDU e diritto interno*» 609
[Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, 23 gennaio 2024, ricorsi n. 71555/12 e 48256/13]

Dialogues

- LJUBINKA KOVAČEVIĆ, *Employing Confessional Theology Professors in Serbia: (Ir)Reconcilability of Religious Freedom, Academic Freedom, and Guarantees of Labour Rights (Seconda parte)*» 627

La clausola di condizionalità per favorire l'occupazione di giovani e donne nel nuovo Codice degli appalti pubblici*

The conditionality clause to favour the employment of young people and women in the new public procurement Code

Carmela Garofalo

Ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disciplina delle clausole sociali nel CCP: il nuovo campo di applicazione. – 3. Le clausole sociali di parità di genere e generazionali nel CCP. – 4. Le misure premiali collegate alla clausola di condizionalità. – 5. Qualche osservazione conclusiva.

Sinossi: Il saggio esamina le novità introdotte dal Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) in tema di clausole sociali (art. 57), con particolare riferimento al dispositivo di condizionalità per favorire l'occupazione di giovani e di donne la cui applicazione, precedentemente prevista per le sole procedure finanziate dal PNRR o del PNC, è stata generalizzata e resa obbligatoria, quale requisito necessario dell'offerta, unitamente alle clausole di equo trattamento economico-normativo e di stabilità occupazionale. Il difetto di coordinamento dell'art. 57 con le altre disposizioni del nuovo Codice, nello specifico con quella relativa ai contratti riservati (art. 61), e la non perfetta aderenza con i principi della delega, hanno generato contrasti interpretativi con una tendenza a limitare il campo di applicazione della clausola di condizionalità, depotenziandone la funzione di finalizzazione sociale degli appalti pubblici.

* Il presente contributo è riconducibile alla attività svolta dall'Unità di ricerca locale dell'Università degli studi di Bari Aldo Moro (CUP H53D23010850001), nell'ambito del progetto PRIN PNRR 2022 "YES- Youth Employment Strategy" (Principal Investigator Prof.ssa Carmela Garofalo, Codice: P2022H89ZS), finanziato nell'ambito della Missione 4 "Istruzione e Ricerca" del PNRR (componente C2 – investimento 1.1, Fondo per il Programma Nazionale di Ricerca e Progetti di Rilevante Interesse Nazionale - PRIN), a valere sui fondi europei del programma NextGeneration EU.

Abstract: The paper examines the innovations introduced by the Public Procurement Code, (Legislative Decree no. 36 of 31 March 2023), in regulating the social clauses (art. 57), with particular reference to the conditionality device to favour the employment of young people and women. The application of this device previously envisaged only for procedures financed by the PNRR or the PNC, is now generalized and made compulsory as a necessary condition of the tender, together with the clauses on fair economic treatment and employment stability. The need to coordinate art. 57 with the other provisions of the new Code, and in particular with the one concerning reserved contracts (art. 61), and the imperfect respect of the principles of delegation have given rise to different interpretations. Most of these aim to limit the scope of the conditionality clause, thus weakening its function of social completion of public procurement.

Parole chiave: Appalti pubblici – Politiche sociali - Clausole sociali – Requisiti necessari dell’offerta – Pari opportunità di genere e generazionali – Clausola di condizionalità – Appalti riservati – Inclusione lavorativa giovani, donne, disabili e soggetti svantaggiati

Keywords: *Public procurement – Social policies – Social clauses – Necessary supply requirements – Equal gender and generational opportunities - Conditionality clause – Reserved contracts – Employment inclusion of young people, women, disabled people and disadvantaged people*

1. Premessa

La finalizzazione sociale degli appalti pubblici, dopo un lungo percorso di metabolizzazione nell’ordinamento multilivello¹, è entrata in una nuova fase a seguito dell’emanazione del Codice dei contratti pubblici adottato con il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (in avanti, anche solo CCP) in forza della delega al Governo conferita dall’art. 1, l. 21 giugno 2022, n. 78 e nel contesto delle misure attuative del PNRR.

Il nuovo Codice persegue, tra gli altri, l’obiettivo della semplificazione attraverso una sistemazione complessiva della materia, apprezzabile quantomeno per la maggiore intelligibilità del suo contenuto rispetto ai passati Codici [decreti legislativi 12 aprile 2006, n. 163 e 18 aprile 2016, n. 50]², ma soprattutto consacra un modello di *public procurement* socialmente orientato nel quale gli acquirenti pubblici «non sono soltanto interessati all’acquisto al prezzo più basso o al miglior rapporto qualità/prezzo ma anche a garantire che tramite gli appalti si conseguano vantaggi sociali e si evitino o si attenuino impatti sociali avversi durante l’esecuzione del contratto di appalto»³.

¹ Per un’ampia ricostruzione della disciplina eurounitaria in tema di appalti pubblici MELI, *Appalti e clausole sociali nel diritto europeo*, in D. GAROFALO (a cura di) *Appalti e lavoro. Disciplina pubblicistica*, vol. I, Giappichelli, 2017, 55 ss.

² SANTORO, “A cavallo” tra due codici: l’equo trattamento dei lavoratori nella nuova normativa sui contratti pubblici, in WP CSDL “Massimo D’Antona”.IT – 467/2023; BANDINI, *L’istituto delle clausole sociali nella visione del Codice dei contratti pubblici*, D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in *Innovazione e Diritto*, 2023, 2, 1 ss.

³ In questo senso Comunicazione della Commissione «Acquisti sociali – una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici», 26 maggio 2021, (C 2021) 3573 final. In dottrina SCARPELLI, *La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici*, in M.T. CARINCI, CESTER, MATTAROLO, SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati*

Nell'ultimo ventennio, infatti, parallelamente alla messa a punto di una dorsale sociale nel diritto eurounitario⁴, è emersa la consapevolezza di poter utilizzare gli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali comuni, fra cui la promozione dell'inclusione sociale, attraverso l'innalzamento dei livelli occupazionali e la realizzazione di politiche sociali⁵.

Obiettivi dichiaratamente sanciti nella dir. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 che, nell'aggiornare la precedente disciplina del 2004, all'art. 18, par. 2, tra i «*principi per l'aggiudicazione*» degli appalti, ha riconosciuto agli Stati membri la facoltà di adottare «misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X», e all'art. 70 ha concesso alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di inserire nell'avviso di indizione o nei documenti di gara «*condizioni particolari (di esecuzione)*» di ordine sociale o relative all'occupazione, collegate all'oggetto dell'appalto⁶.

L'ampia libertà riconosciuta agli Stati membri dalla direttiva del 2014 ha favorito il diffondersi negli ordinamenti interni di clausole sociali assurte a *topos* del conflitto genetico tra la costituzione economica europea e i controlimiti dei sistemi di *welfare* degli Stati membri⁷, seguendo la parabola della dimensione sociale dell'UE la cui perdurante ambiguità ha

e pubblici. *Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, 2011, 307 ss.

⁴ CARUSO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in SCIARRA, CARUSO (a cura di), *Trattato di Diritto Privato dell'Unione europea. Il lavoro subordinato*, Giappichelli, 2009, 748 ss.; CARUSO, ALAIMO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT n. 82/2010; CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, 2009.

⁵ FORLIVESI, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato* in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 275/2015; LEONE, *Appalti pubblici e tutele sociali: la promozione dell'occupazione dei soggetti svantaggiati*, in D. GAROFALO (a cura di) *Appalti e lavoro. Disciplina pubblicistica*, vol. I, Giappichelli, 2017, 3 ss.

⁶ Tra le disposizioni maggiormente indicative si possono citare anche: a) il *considerandum* n. 37 secondo cui – in vista di un'adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro – è particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure pertinenti per garantire pure il rispetto degli obblighi in materia sociale; tali misure possono trovare riscontro in clausole contrattuali (*considerandum* n. 39); b) i *consideranda* nn. 97-99 che forniscono indicazioni in merito agli aspetti sociali. Rispetto alla previgente direttiva, si registra una maggiore articolazione delle "considerazioni sociali" e, soprattutto, la novità della possibilità di introdurre tali profili, non soltanto nell'ambito delle condizioni di esecuzione, ma altresì tra i criteri di aggiudicazione (conformemente a quanto contemplato dal successivo art. 67, par. 2); l'art. 69, par. 3, secondo cui «L'amministrazione aggiudicatrice respinge l'offerta se ha accertato che l'offerta è anormalmente bassa in quanto non rispetta gli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2». In dottrina ALLAMPRESE, ORLANDINI, *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva sugli appalti pubblici*, in RGL, 2014, I, 169 ss.; VARVA, *Concorrenza e promozione sociale. Le nuove prospettive alla luce della direttiva appalti 2014/24/UE*, in PERULLI (a cura di) *L'idea di diritto del lavoro*, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi, Wolters Kluwer- Cedam, 2014, 188 ss.

⁷ *Amplius* COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT n. 196/2014; Id., *Direttive sui contratti pubblici e Corte di giustizia: continuità e discontinuità in tema di clausole sociali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT n. 309/2016; CAFFIO, *Le clausole sociali tra il bando di gara e la disciplina del contratto collettivo*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro. Disciplina pubblicistica*, vol. I, Giappichelli, 2017, 849 ss.; GIUBBONI, *Libertà economiche fondamentali, circolazione dei servizi e diritto del lavoro*, in MEZZANOTTE (a cura di) *Le libertà fondamentali dell'Unione Europea e il diritto privato*, Studies in Law & Social Sciences n. 2, Roma Tre-Press, 2016, 187; BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione europea*, Il Mulino, 2008, 199.

esaltato (ed esalta) la funzione nomofilattica della Corte di giustizia attraverso il paradigma della “proporzionalità”⁸.

Ancorché i timidi passi della normativa europea in materia di clausole sociali negli appalti pubblici risentano fortemente dei vincoli in materia di distacco transnazionale dettati dalla dir. 96/71/CE, come modificata dalla dir. 2018/957/UE, e più in generale dell'impronta neoliberista lasciata dalle pronunce della Corte di giustizia (a partire dal famoso “*Laval quartet*”⁹ e proseguita con le successive sentenze *Commissione c. Germania*¹⁰ e *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund*¹¹ sino alle recenti sentenze *Ungheria c. Parlamento europeo* e *Polonia c. Parlamento europeo*¹²) nell'ordinamento italiano, già il Codice del 2016 aveva mostrato di saper sfruttare tutte le opportunità concesse dal legislatore europeo di innestare negli appalti pubblici anche valutazioni di ordine sociale, attraverso l'introduzione di clausole sociali di prima generazione (di equo trattamento economico-normativo riconosciuto ai lavoratori impegnati nell'esecuzione dell'appalto) e di seconda generazione (di stabilità occupazionale), anche se va detto, con riferimento a queste ultime, che gli approdi più recenti della giurisprudenza amministrativa (recepiti anche dall'ANAC nella Linee guida n. 13 del 2019 sulle clausole sociali) ne hanno fortemente limitato la portata applicativa ritenendo che, in una prospettiva costituzionale di bilanciamento delle tutele sociali con la libertà economica (art. 41 Cost.) e con le prerogative di buon andamento dell'attività amministrativa (art. 97 Cost.), esse non possano essere intese nel senso di comportare un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente, dovendo tale obbligo essere armonizzato con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal

⁸ Sul tema ORLANDINI, *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno*, in *LD*, 2020, 2, 285 ss.; IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, 2018; BORGOGELLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico. Relazione alle Giornate di Studio AIDLASS*, Cassino, 18-19 maggio 2017; PALLINI, *Diritto europeo e limiti di ammissibilità delle clausole sociali nella regolazione degli appalti di opere e servizi*, in *GDLRI*, 2016, 151, 537 ss.

⁹ Ci si riferisce alle celebri pronunce *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Commissione c. Lussemburgo*, rispettivamente C. giust. 11 dicembre 2007, C-438/05 C. giust. 18 dicembre 2007, C-341/05; C. giust. 3 aprile 2008, C-346/06; C. giust. 3 aprile 2008, C-319/06. In dottrina BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia «bilancia» il diritto di sciopero*, in *LD*, 2008, 2, 371; CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, in *DLRI*, 2008, 117, 147-167; CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking, Rassegna di diritto pubblico europeo)*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* n. 61/2008; VENEZIANI, *La Corte di Giustizia ed il trauma del cavallo di Troia*, in *RGL*, 2008, 2, 295-311; FORLIVESI, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* n. 275/2015.

¹⁰ C. giust. 15 luglio 2010, C-271/08. Per un commento di tale sentenza cfr. DE SALVIA, *Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali operato dalla Corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equoordinati?*, cit.

¹¹ C. giust. 18 settembre 2014, C-549/13.

¹² C. giust. 8 dicembre 2020, C-620 e C. giust. 8 dicembre 2020, C-626. In dottrina BORELLI, ORLANDINI, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *Questione Giustizia*, 2019, 4, 54 ss.

nuovo assuntore al fine di realizzare economie di costi da valorizzare, in chiave competitiva, nella procedura di affidamento dell'appalto¹³.

Una rinnovata attenzione all'istituto della clausola sociale è stata, poi, recentemente posta nell'ambito delle misure previste dal PNRR per assicurare che l'intero meccanismo di *recovery*, tra le priorità trasversali, determini un impatto significativo e prevedibile sulla crescita dell'occupazione femminile e giovanile¹⁴. In tale contesto l'art. 47, comma 4, del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, nella l. 29 luglio 2021, n. 108, subordina la partecipazione a bandi di gara, avvisi e inviti nell'ambito delle procedure afferenti agli investimenti pubblici coperti dai finanziamenti del PNRR o del PNC, all'assunzione dell'obbligo da parte degli operatori economici di «assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30 per cento, delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile»¹⁵.

Il dispositivo di condizionalità è obbligatorio sia per l'accesso ai fondi in sede di presentazione dell'offerta, sia per l'esecuzione del progetto, mentre “ulteriori misure premiali” possono essere previste (facoltativamente) dalle stazioni appaltati per assegnare un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato che abbiano adottato specifiche misure per promuovere le pari opportunità anche di genere o che superino la quota del 30% di occupazione aggiuntiva femminile o giovanile creata nell'esecuzione del contratto¹⁶.

La condizionalità si configura, perciò, come “azione positiva” ossia come dispositivo derogatorio rispetto alle dinamiche ordinarie del mercato del lavoro finalizzato a raggiungere obiettivi ritenuti di interesse generale (in questo caso l'aumento dei tassi di occupazione giovanile e femminile)¹⁷.

Sotto diverso profilo, tale tipologia di disposizioni contribuisce ad ampliare il novero delle clausole sociali che diventano vettori non solo di equità delle condizioni contrattuali e di stabilità occupazionale, ma anche di tutela delle pari opportunità di genere e generazionali nella consapevolezza che gli enti aggiudicatori dispongono (soprattutto grazie alle risorse del PNRR) di un potere d'acquisto incomparabile e, con esso, della reale capacità di orientare il mercato verso uno sviluppo sostenibile etico-sociale, ambientale ed economico.

¹³ In questo senso, *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 25 gennaio 2024, n. 807; Cons. St., sez. V, 11 ottobre 2021, n. 6784; Cons. St., sez. III, 23 aprile 2021, n. 297; Cons. St., sez. V, 2 novembre 2020, n. 6761, tutte in *Dejure*.

¹⁴ PANTANO, *Clausole sociali, concorrenza, investimento pubblico e tutela del lavoro: dal Codice dei contratti pubblici al PNRR*, in *Federalismi.it*, 5 ottobre 2022; CAPOTORTO, *Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici per la ripresa post-pandemica*, in *Nuove Autonomie*, 2023, 3, 799 ss.

¹⁵ V. anche le «Linee guida per favorire la pari opportunità di genere e generazionale, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC» contenute nel d.m. 7 dicembre 2021.

¹⁶ VOZA, *Eguaglianza e discriminazioni nel diritto del lavoro. Un profilo teorico*. Relazione al XXI Congresso nazionale AIDLASS – Messina, 23-25 maggio 2024, 60.

¹⁷ CARDINALI, *PNRR. La clausola di condizionalità all'occupazione di giovani e donne: azione positiva o azione mancata?* in *Inapp Working Paper* n. 92, Roma, Inapp.

Si tratta di un'opzione di politica del diritto¹⁸ a cui ha mostrato di aderire anche il legislatore del nuovo CCP che riscrive la disciplina delle clausole sociali, allargandone l'ambito di applicazione e strutturizzando la clausola di condizionalità già prevista per i soli contratti pubblici finanziati dal PNRR o PNC.

Si pone allora l'interrogativo, a cui intende fornire risposta la presente riflessione, se il nuovo dispositivo di condizionalità recepito nel CCP, avendo perso il suo carattere temporaneo ed emergenziale, possa configurarsi a tutti gli effetti come una *clausola sociale di terza generazione* con efficacia generalizzata oppure, stante il mancato coordinamento con le altre norme del Codice, ed in particolare con quelle che disciplinano gli appalti riservati, ne risulti depotenziata la portata.

2. La disciplina delle clausole sociali nel CCP: il nuovo campo di applicazione

Si è detto che, in continuità con la previgente disciplina, il (nuovo) CCP ha affidato la tutela delle esigenze sociali nel sistema delle gare pubbliche alla previsione, tra gli elementi di selezione e/o esclusione dei candidati o tra i criteri di valutazione delle offerte, di clausole sociali definite nell'allegato I.1, art. 2, lett. o), come «disposizioni che impongono ad un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie».

L'attuale disciplina delle clausole sociali, in attuazione del principio di delega enunciato nell'art. 1, lett. h), l. n. 78/2022, è contenuta nell'art. 57 che, «per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione» e «tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea», impone la previsione nella *lex specialis* di «specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato, nonché l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore...nonché a garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare».

Quanto al campo di applicazione della nuova disciplina, l'art. 57 rappresenta l'approdo di plurimi interventi normativi e giurisprudenziali/amministrativi formati nella vigenza

¹⁸ GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 2, 2001, 137.

dell'art. 50 del Codice del 2016, espliciti prima nel parere del Consiglio di Stato n. 2703 del 21 novembre 2018 e poi nelle Linee guida dell'ANAC n. 13 del 13 dicembre 2019¹⁹.

Il previgente art. 50 veniva interpretato dalla giurisprudenza nel senso che l'obbligo di prevedere nella documentazione di gara specifiche clausole sociali investiva solo gli affidamenti di appalti e concessioni di lavoro e servizi *ad alta intensità di manodopera*, diversi da quelli di natura intellettuale²⁰; negli altri casi (con esclusione degli appalti di fornitura, degli appalti/concessioni in cui la prestazione lavorativa era scarsamente significativa o anche irrilevante e dei casi in cui era riscontrabile l'elemento dell'*intuitus personae*) rimaneva solo una facoltà per le stazioni appaltanti. Le clausole sociali potevano, poi, essere previste, a seguito della modifica dell'art. 36 del Codice del 2016²¹, anche negli affidamenti sotto soglia o nei settori speciali, in considerazione del richiamo operato dall'art. 114, comma 1, alla disciplina contenuta negli artt. da 1 a 58.

Nel nuovo Codice, invece, la previsione delle suddette clausole è obbligatoria e declinata quale requisito necessario dell'offerta per tutti i contratti di lavori e servizi, di importo superiore e inferiore alla soglia comunitaria, con esclusione solo dei servizi di natura intellettuale, *indipendentemente* dalla condizione di essere o meno ad alta intensità di manodopera, con un'evidente estensione del loro campo di applicazione.

Inoltre, nonostante si utilizzi la locuzione "tra l'altro" che potrebbe essere interpretata come possibilità per la stazione appaltante di scegliere solo alcune delle clausole sociali indicate nell'art. 57, l'ANAC ha chiarito che la norma, in conformità alla delega e ai progressi interventi legislativi in materia, prevede l'obbligo di inserire nei bandi di gara tutte le specifiche "clausole sociali" ivi menzionate. Ciò non esclude che la stazione appaltante, tenuto conto della tipologia dell'intervento, possa introdurre nella *lex specialis* ulteriori tipologie di clausole sociali di contenuto diverso da quelle tipizzate dall'art. 57, comma 1, ma pur sempre orientante all'inclusione sociale.

La natura cogente delle clausole sociali è confermata dalla previsione contenuta nell'art. 102 che impone alla stazione appaltante di richiedere all'operatore economico, al momento dell'offerta, una dichiarazione di impegno a garantire la loro applicazione in caso di aggiudicazione. Per non aggravare il procedimento di gara, al comma 2, si prevede che tale obbligo (sociale) possa essere assolto dall'operatore economico con l'indicazione nell'offerta delle modalità con cui intende adempiere agli impegni assunti, la cui attendibi-

¹⁹ In questi termini Relazione illustrativa del Consiglio di Stato del 7 dicembre 2022, 87-88.

²⁰ Per servizi di natura intellettuale, secondo le Linee guida dell'ANAC n. 13/2019, si intendono quelli che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, come ad esempio il brokeraggio assicurativo o la consulenza. Tale condizione si verifica nei casi in cui, anche eventualmente in parallelo all'effettuazione di attività materiali, il fornitore elabora soluzioni, proposte, pareri che richiedono una specifica e qualificata competenza professionale, prevalente nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse. Inoltre, il servizio non ha natura intellettuale per il solo fatto di essere prestato da personale oggetto all'obbligo di iscrizione in albi professionali.

²¹ Art. 8, comma 1, lett. 0a-bis) d.l. n. 76/2020 conv. in l. n. 120/2020.

lità è valutata dalla stazione appaltante con qualsiasi mezzo ritenuto adeguato. Di contro la mancata accettazione delle clausole sociali da parte dell'operatore economico costituisce manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata, come tale inammissibile con conseguente esclusione dalla gara.

Sempre con riferimento al campo di applicazione dell'art. 57, una particolare attenzione viene rivolta agli interventi riguardanti il *settore dei beni culturali e del paesaggio* a cui il nuovo Codice riserva una specifica disciplina (artt. 132-134) in conformità alla legge delega n. 78/2022 che all'art. 1, comma 2, stabilisce, in svariati principi e criteri direttivi, la necessità di «tenere conto delle specificità dei contratti nei settori speciali e nel settore dei beni culturali».

Anche la disciplina della clausole sociali ha risentito della rilevanza assegnata dal nostro legislatore a tali settori prevedendo un particolare impegno affinché la gestione dei contratti pubblici in tale ambito avvenga secondo il paradigma della sostenibilità sociale, energetica ed ambientale.

Attraverso l'art. 57, perciò, si obbligano le pubbliche amministrazioni a rendere gli eventi o le manifestazioni culturali o la gestione del patrimonio paesaggistico inclusivi e sostenibili, andando a scegliere, tra le diverse alternative a disposizione per la realizzazione del progetto, quelle in grado di tutelare la stabilità occupazionale, il contrasto al lavoro irregolare, la parità di genere, le pari opportunità generazionali, l'inclusione lavorativa e poi, comunque, la sostenibilità energetica ed ambientale.

Una previsione che rischia di rimanere un'enunciazione di principio nella misura in cui il MIT con il parere n. 2083/2023 ha escluso l'applicazione delle clausole sociali negli affidamenti diretti (stante il riferimento testuale nell'art. 57 ai "bandi di gara" e agli "avvisi") che rappresentano la quota maggioritaria nel settore dei beni culturali, soprattutto dopo l'innalzamento dei relativi limiti a 150mila euro, con la conseguente contrazione delle garanzie di inclusione sociale e delle disposizioni volte a garantire le stesse tutele economiche e normative sia per i lavoratori in subappalto che per i dipendenti dell'appaltatore.

3. Le clausole sociali di parità di genere e generazionali nel CCP

Con il nuovo Codice le clausole sociali non si riferiscono unicamente alla garanzia del trattamento economico e della stabilità occupazionale, ma anche, in una visione più ampia, alle pari opportunità in una logica di non discriminazione, a tutela dell'accesso al lavoro di alcune categorie di lavoratori "svantaggiati".

L'art. 57 CCP obbliga, infatti, la stazione appaltante ad introdurre nella *lex specialis*, come requisito necessario dell'offerta, anche «misure orientate a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate», previsione già contenuta, come detto in premessa, nell'art. 47, comma 4, d.l. n.

77/2021, nell'ambito delle procedure afferenti agli investimenti pubblici coperti dai finanziamenti del PNRR o del PNC.

Tra le questioni emerse all'indomani dell'entrata in vigore nel nuovo CCP, v'è quella del controverso ambito applicativo di siffatte clausole, destinata a creare non poche incertezze nella redazione dei bandi di gara per l'aggiudicazione di lavori e servizi diversi da quelli intellettuali.

Il primo nodo da sciogliere riguarda il rispetto dei principi di delega contenuti nell'art. 1, comma 2, lett. h), l. n. 78/2022 laddove, mentre per le misure orientate a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate viene utilizzato, a differenza delle prime due clausole sociali, il verbo «*promuovere*», il legislatore delegato utilizza il verbo «*garantire*», ponendosi il dubbio se la clausola di “terza generazione” nell'impianto del nuovo Codice abbia solo una valenza promozionale oppure, alla pari delle altre, abbia assunto valore cogente, *id est* come «requisiti necessari dell'offerta».

Sempre rispetto alla legge delega, si registra un'ulteriore discrasia nel testo del nuovo Codice. All'art 1, comma 2, lett. h), l. n. 78/2022 la clausola di condizionalità viene declinata anche come requisito di “premierità”, mentre nell'art. 57, comma 1, viene previsto che tali clausole siano inserite obbligatoriamente nella *lex specialis* solo come requisiti necessari dell'offerta e non, del pari, come criteri di premierità²².

La valenza premiale di siffatte clausole, invece, è contemplata nel successivo art. 61, comma 2, sui contratti riservati, che obbliga le stazioni appaltanti e gli enti concedenti a prevedere nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, «come requisiti necessari o come ulteriori requisiti premiali dell'offerta», meccanismi e strumenti idonei a realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

Attenendosi al dato letterale delle disposizioni esaminate, si potrebbe concludere che mentre l'art. 57, comma 1, ha introdotto una norma *ad hoc*, con efficacia generalizzata, che obbliga le stazioni appaltanti ad inserire nella *lex specialis* la clausola di condizionalità solo come requisito necessario dell'offerta, negli appalti riservati *ex art.* 61 v'è la possibilità che tale clausola venga introdotta anche, ed in via alternativa, come ulteriore requisito premiale.

È evidente, però, che tale lettura rischia di produrre effetti distorti nella misura in cui la disciplina generale (dell'art. 57) appare più stringente rispetto a quella speciale sugli appalti riservati (*ex art.* 61), oltre che porsi in netto contrasto con il principio di delega che,

²² Solo nell'art. 108, comma 7, CCP si prevede che: «Al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese per l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere comprovata dal possesso della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198».

come detto, ha previsto una doppia efficacia delle clausole di condizionalità nell'ambito della gare pubbliche.

In conformità con la *voluntas* del legislatore delegante è preferibile ritenere, allora, che il punteggio assegnato nel disciplinare di gara alle clausole sociali per realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa di disabili o svantaggiati, attenga a due profili concorrenti e non alternativi tra loro: da un lato, le suddette clausole sociali sono inserite (obbligatoriamente) nel bando di gara o nell'avviso come requisiti necessari dell'offerta e, quindi, vengono valutate solo per la parte qualitativa dell'offerta sotto l'aspetto sociale; dall'altro lato possono essere inserite (anche) come requisiti premiali dell'offerta e, quindi, valutate al fine di assegnare un maggior punteggio all'operatore economico.

Il secondo nodo interpretativo riguarda, invece, il difetto di coordinamento tra l'art. 57 e l'art. 61, comma 2, che ripropone la clausola di condizionalità (anche, o solo, a fini di premialità) nel contesto degli appalti riservati agli operatori economici e alle cooperative sociali (e loro consorzi) il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate, con un espresso rinvio, in sede di prima applicazione, all'Allegato II.3 per la previsione di meccanismi e strumenti premiali ad essa collegati.

La questione attiene, in particolare, all'ambito oggettivo di applicazione dell'Allegato II.3 se limitato ai soli contratti riservati ovvero esteso, in forza dell'art. 57, a tutti i contratti pubblici.

Secondo la Relazione illustrativa del Consiglio di Stato, l'Allegato II.3 ha generalizzato, in attuazione di apposito criterio di delega, le disposizioni già contenute nell'art. 47 d.l. n. 77/2021 per gli interventi finanziati con le risorse del PNRR e del PNC, che vengono così stabilizzate ed estese a regime a tutti i contratti pubblici.

Una lettura che, sin da subito, non ha trovato pareri concordi soprattutto da parte dell'AN-CE e dell'ANAC che hanno evidenziato come un'applicazione generalizzata dell'allegato II.3 anche agli appalti di lavori diversi da quelli riservati, rischia di generare diverse criticità nella gestione delle procedure di gara.

L'ANAC, in particolare, nella consultazione avviata prima dell'approvazione del bando-tipo n. 1/2023, ha chiesto agli *stakeholders* di formulare «eventuali osservazioni circa la scelta di ritenere non vincolanti, per tutti gli appalti, le prescrizioni dell'allegato II.3 del Codice» partendo dal presupposto che esso è richiamato dall'art. 61, comma 4, solo per gli appalti riservati.

Questa posizione restrittiva è stata, poi, confermata nella versione definitiva del bando-tipo n.1/2023 in cui tutte le clausole previste dal predetto Allegato II.3 e dall'art. 47 d.l. n. 77/2021 sono state ricondotte alla disciplina dei soli contratti riservati e di quelli finanziati dal PNRR-PNC. La tesi dell'ANAC parte dal presupposto che l'ambito applicativo dell'Allegato II.3 (che, tra l'altro, contiene norme auto-delegificanti destinate a rivestire natura secondaria nel sistema delle fonti) non può essere esteso oltre a quello ricavabile dalla norma primaria che lo legittima, ovvero l'art. 61.

Sulla stessa linea di pensiero si è, poi, attestato il Ministero per la famiglia, la natalità e le pari opportunità che nelle “Linee guida” adottate il 20 giugno 2023, ha precisato che l'Allegato II.3 riguarda solo i bandi riservati *ex art.* 61.

A complicare il quadro ricostruttivo è giunta, da ultimo, la Risposta del Servizio Supporto Giuridico del MIMS²³ che si allinea alla tesi della Relazione illustrativa e «...atteso che il comma 2 dell'art. 61 è applicabile a tutte le tipologie di appalti e non sono a quelli riservati o finanziati con le risorse del PNRR e del PNC» estende le previsioni di cui all'Allegato II.3 a tutti i bandi di gara.

Alla luce di quanto appena delineato, la sovrapposizione di istituti e la sovrabbondanza di tutele potrebbe condurre, per un'eterogenesi dei fini, ad un effetto contrario rispetto a quello voluto dal legislatore delegato paventandosi una mancata o ridotta applicazione della clausola di condizionalità per le difficoltà operative a cui andrebbero incontro le stazioni appaltanti.

Occorre, infatti, rammentare la tendenziale vincolatività dei bandi-tipo ANAC già prevista dall'art. 71 d.lgs. n. 50/2016 e oggi confermata nell'art. 83, comma 3, del nuovo Codice, con la conseguenza che l'adesione alla tesi estensiva proposta nella Relazione illustrativa del Consiglio di Stato dovrebbe essere oggetto di adeguata motivazione da parte della stazione appaltante, qualora quest'ultima intendesse applicare la disciplina dell'Allegato II.3 agli appalti diversi da quelli riservati.

Le stazioni appaltanti saranno propense, perciò, a fare applicazione del bando-tipo, senza richiamare la disciplina dell'Allegato II.3, e quindi della clausola di condizionalità, se non nel caso di appalti riservati *ex art.* 61, con un depotenziamento della portata applicativa dell'art. 57.

Per tale motivo, l'ANAC ha pubblicato in data 27 luglio 2024²⁴ delle proposte emendative al CCP sottolineando la necessità di attribuire a ciascun obiettivo la corrispondente tutela, in un ambito oggettivo e soggettivo adeguato.

Con specifico riferimento alla clausola di condizionalità viene proposta la seguente (ri) formulazione dell'art. 57, comma 1: «Per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti inseriscono nei bandi di gara, specifiche clausole sociali con le quali sono indicati, come requisiti necessari dell'offerta, criteri orientati tra l'altro a: garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato; garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore secondo quanto indicato all'articolo 11; promuovere meccanismi e strumenti, anche di premialità, per realizzare le pari opportunità generazionali e di genere [...]».

²³ Risposta del Servizio Supporto Giuridico del MIMS al quesito cod. 2011 del 24/05/2023 «Applicabilità ai soli appalti riservati di cui all'art. 61 del D.Lgs. 36/2023 della disciplina prevista dall'All. II. 3».

²⁴ Il documento è stato modificato con nota di rettifica del 2 agosto 2024.

Secondo questo emendamento, più aderente alla legge delega, il CCP dovrà prevedere l'obbligo di inserire nei bandi di gara, alternativamente, requisiti di partecipazione o requisiti premiali (come indicati nell'Allegato II.3) finalizzati a realizzare la parità di genere e generazionale.

Sempre nell'emendamento viene, poi, eliminato dall'art. 57 il riferimento ai soggetti svantaggiati la cui tutela viene demandata esclusivamente all'art. 61 e, quindi, al Terzo settore (laboratori protetti). Parallelamente dall'art. 61 scompare il richiamo al meccanismo di condizionalità contenuto nell'attuale comma 2 e con esso il rinvio all'allegato II.3²⁵.

È indubbio che le proposte emendative dell'ANAC, seppur attestano un *revirement* dell'Autorità rispetto alle indicazioni fornite nel bando-tipo, in fase di prima applicazione, risolverebbero tutte le criticità sin qui evidenziate restituendo alla clausola di condizionalità, per come *ab origine* concepita dal legislatore delegante, valore cogente e di strumento promozionale per perseguire la finalizzazione sociale di *tutti* gli appalti pubblici e non solo di quelli *riservati* la cui disciplina ritorna ad essere destinata esclusivamente ai soggetti disabili o svantaggiati.

4. Le misure premiali collegate alla clausola di condizionalità

Passando ora alla disamina della disciplina di dettaglio della clausola di condizionalità, si è detto che essa è contenuta nell'Allegato II.3 del nuovo Codice e nelle Linee guida adottate il 20 giugno 2023, con cui sono stati definite le modalità e i criteri applicativi delle misure premiali e predisposti modelli di clausole da inserire nei bandi di gara differenziati per settore, tipologia e natura del contratto o del progetto.

Entrambe le fonti regolative rappresentano la fedele trascrizione rispettivamente dell'art. 47 d.l. n. 77/2021 e delle Linee guida del 7 dicembre 2021, potendosi riproporre anche per esse le stesse perplessità già evidenziate in vigenza della normativa sui contratti pubblici finanziati dal PNRR o dal PNC, con riguardo al regime delle deroghe alle quote di assunzione di giovani e donne che le stazioni appaltanti possono prevedere.

A tale riguardo, si possono distinguere adempimenti che devono essere assolti dagli operatori economici e altri, invece, che riguardano le stazioni appaltanti. Un altro criterio distintivo delle misure riguarda l'efficacia delle stesse che possono trovare immediata applicazione nelle procedure di gara oppure necessitano di essere recepite da parte delle stazioni appaltanti in specifiche previsioni nei bandi gara.

²⁵ Si propone, infine, di sdoppiare la lettera c) dell'art. 102 in due previsioni: da un lato garantire le pari opportunità generazionali in tutti i contratti, con le modalità di cui sopra [lett. c)]; dall'altro lato garantire l'inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate solo nei contratti riservati ex art. 61 [lett. d)].

Con riferimento al primo profilo, viene prescritto che gli operatori economici tenuti alla redazione del Rapporto sulla situazione del personale di cui all'art. 46 d.lgs. n. 198/2006 (quindi con oltre cinquanta dipendenti) devono produrre, a pena di esclusione dalla gara, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, copia dell'ultimo Rapporto redatto, con attestazione della sua conformità a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera o al consigliere regionale di parità ovvero, in caso di inosservanza dei termini previsti dal comma 1 del medesimo art. 46, con attestazione della sua contestuale trasmissione ai medesimi soggetti.

Gli operatori economici che, invece, occupano un numero pari o superiore a quindici dipendenti e non superiore a cinquanta, devono consegnare alla stazione appaltante, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, una relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni e in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della CIG, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta. Anche in questo caso il rapporto sulla situazione del personale deve essere trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e al consigliere o alla consigliera regionale di parità.

La violazione dell'obbligo di produzione della relazione di genere determina, inoltre, l'impossibilità di partecipare in forma singola ovvero in raggruppamento temporaneo, per un periodo di dodici mesi, ad ulteriori procedure di affidamento afferenti ai contratti riservati *ex art. 61 CCP*.

Agli stessi soggetti viene imposto, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, di consegnare alla stazione appaltante, la certificazione di cui all'art. 17 l. 12 marzo n. 68²⁶ e una relazione relativa all'assolvimento degli obblighi di cui alla medesima legge e alle eventuali sanzioni o provvedimenti disposti a loro carico nel triennio precedente la data di scadenza della presentazione delle offerte.

La mancata produzione dei predetti documenti, costituendo obbligo da adempiersi al momento della stipula del contratto, a differenza di quanto accade in caso di omissione del Rapporto *ex art. 46* Codice della pari opportunità, non comporta l'esclusione dalla gara, ma solo l'applicazione delle penali, da commisurarsi in base alla gravità della violazione e proporzionali rispetto all'importo del contratto e alle prestazioni dello stesso.

I richiamati obblighi di consegna, essendo previsti direttamente dalla legge, si applicano anche in mancanza di espressa previsione nel bando di gara, pur se le Linee guida suggeriscono, per esigenze di certezza dei rapporti giuridici e di tutela dell'affidamento degli operatori economici, di indicarli ugualmente.

²⁶ L'art. 17, l. n. 68/1999 impone alle imprese che partecipano a bandi di appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o concessioni con pubbliche amministrazioni di presentare preventivamente alla controparte pubblica, a pena di esclusione dalla gara, la dichiarazione del proprio legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro delle persone con disabilità.

Per quanto riguarda gli adempimenti posti a carico delle stazioni appaltanti si prevede che, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, vengano introdotte specifiche clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e di donne.

In particolare si specifica che costituiscono requisiti necessari dell'offerta l'aver assolto al momento della presentazione dell'offerta stessa agli obblighi *ex l. n. 68/1999* e l'assunzione da parte dell'operatore economico dell'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30% delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse e/o strumentali²⁷, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile²⁸.

I bandi di gara possono contenere ulteriori criteri premiali per l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente e al candidato²⁹.

Trattasi, perciò, di misure non direttamente applicabili in quanto richiedono specifiche declinazioni attuative nell'ambito dei bandi di gara che tengano conto delle caratteristiche del progetto e delle peculiarità dei vari settori del mercato, lasciando ampi spazi di discre-

²⁷ Le Linee guida del 20 giugno 2023 hanno chiarito che la percentuale del 30% si riferisce alle attività necessarie per l'esecuzione del contratto. Tale riferimento non implica di distinguere tra assunzioni necessarie e non necessarie, ma introduce una relazione o un nesso funzionale tra l'esecuzione del contratto e le assunzioni, nel senso che nel calcolo della quota corrispondente al numero delle assunzioni obbligatorie occorre fare riferimento a tutte le assunzioni funzionali a garantire l'esecuzione del contratto aggiudicato. Devono ritenersi escluse dal citato computo le assunzioni non funzionali a garantire l'esecuzione del contratto.

²⁸ Secondo le Linee guida del 20 giugno 2023 l'obiettivo relativo all'occupazione giovanile riguarda persone di età inferiore a trentasei anni e va considerato autonomo rispetto a quello dell'occupazione femminile, ossia la percentuale di incremento deve essere assicurata con riferimento a entrambe le tipologie. In ordine alla platea da considerare per il calcolo della percentuale si deve fare riferimento al numero complessivo di nuove assunzioni da impiegare lungo l'arco temporale di esecuzione del contratto; infine, le assunzioni da destinare a occupazione giovanile e femminile si identificano con il perfezionamento di contratti di lavoro disciplinati dal d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 e dai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale.

²⁹ L'art. 1, comma 5, Allegato II.3 stabilisce che le stazioni appaltanti possono prevedere l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato che: a) nei tre anni antecedenti la data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, non risulti destinatario di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori ai sensi dell'art. 44 del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), dell'art. 4 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, dell'art. 4 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, dell'art. 3 l. 1° marzo 2006, n. 67, degli artt. 35 e 55-*quinquies* del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna (d.lgs. n. 198/2006) ovvero dell'art. 54 del Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità (d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151); b) utilizzi o si impegni a utilizzare specifici strumenti di conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro per i propri dipendenti, nonché modalità innovative di organizzazione del lavoro; c) si impegni ad assumere, oltre alla soglia minima percentuale prevista come requisito di partecipazione, persone disabili, giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività a esso connesse o strumentali; d) abbia, nell'ultimo triennio, rispettato i principi della parità di genere e adottato specifiche misure per promuovere le pari opportunità generazionali e di genere, anche tenendo conto del rapporto tra uomini e donne nelle assunzioni, nei livelli retributivi e nel conferimento di incarichi apicali; e) abbia, nell'ultimo triennio, rispettato gli obblighi di cui alla l. n. 68/1999; f) abbia presentato o si impegni a presentare per ciascuno degli esercizi finanziari, ricompresi nella durata del contratto di appalto, una dichiarazione volontaria di carattere non finanziario ai sensi dell'art.7 d.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254.

zionalità al *public procurement* nel perseguimento delle finalità connesse alla clausola di condizionalità.

La discrezionalità delle stazioni appaltanti è ancor più marcata nell'ambito della disciplina delle deroghe all'applicazione della clausola di condizionalità.

L'Allegato II.3 (art. 1, comma 7) prevede due tipologie di deroga: una totale che consiste nella possibilità per le stazioni appaltanti di escludere l'inserimento nella *lex specialis* di clausole necessarie e/o di premialità e dell'obbligo di riservare ai giovani e alle donne, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota non inferiore al 30% delle assunzioni; la seconda deroga (parziale) consente alle stazioni appaltanti di stabilire per le predette assunzioni una quota inferiore al 30%.

In ogni caso, le deroghe non possono operare in modo incondizionato, in quanto la loro attivazione è subordinata all'esistenza di specifici presupposti che corrispondono, per entrambe le tipologie, ai casi in cui l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati dalla stazione appaltante rendano l'inserimento delle clausole premiali e il predetto obbligo assunzionale impossibile o contrastante con gli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

Pur in presenza di questi presupposti, le stazioni appaltanti hanno, tuttavia, facoltà di applicare o non le deroghe, per le quali comunque devono fornire «adeguata e specifica motivazione prima o contestualmente all'avvio di procedura ad evidenza pubblica»³⁰.

Più nello specifico, le ragioni indicate nelle Linee guida del 2023 (in continuità con quelle del 2021) che consentono l'abbassamento della quota del 30% sono difformi per contenuto e portata tra giovani e donne. Per quanto attiene all'*occupazione giovanile*, la motivazione a sostegno della deroga può riguardare i casi in cui le specifiche esigenze correlate alle caratteristiche delle mansioni da svolgere per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, richiedano, per oltre il 70% delle nuove assunzioni, *una pregressa esperienza o specializzazione tali da rendere la fascia anagrafica giovanile con esse incompatibile*. Mentre per la *quota di genere* nelle nuove assunzioni, nella motivazione la stazione appaltante può fare anche riferimento al *livello dei tassi di occupazione femminile*, per cui il raggiungimento della percentuale del 30% delle nuove assunzioni potrebbe incontrare difficoltà in particolari contesti di attività in ragione delle caratteristiche strutturali delle mansioni da svolgere o del contesto di applicazione dei contratti.

Definire come parametri di deroga le stesse criticità strutturali che i *target* coinvolti incontrano nel mercato del lavoro "vigente" (*skill gap* per i giovani e *sottorappresentazione*

³⁰ Le Linee guida del 2023 precisano che, in via generale e salve valutazioni più specifiche relative alle peculiarità delle diverse fattispecie, deve ritenersi difficilmente motivabile l'applicazione di deroghe negli appalti di servizi relativi a contratti ad alta intensità di manodopera (che presentino un costo della manodopera pari ad almeno il 50% dell'importo totale del contratto). Al contempo, in tutti i casi in cui nelle nuove assunzioni intervengono «clausole sociali» di riassorbimento occupazionale - come può accadere nel cambio di appalti di servizi - la deroga può trovare adeguata motivazione nell'obiettivo di garantire stabilità occupazionale agli addetti che escono da una precedente fornitura.

occupazionale per le donne) appare in contraddizione con la finalità di azione positiva della condizionalità, congeniata quale dispositivo derogatorio delle dinamiche ordinarie di reclutamento di giovani e donne. La genericità dei parametri di deroga, da un lato, lascia ampio margine di disapplicazione e, dall'altro, contrasta con la natura derogatoria della quota, che, in ipotesi di violazione dei suddetti principi generali, sembrerebbe addirittura poter esercitare una funzione contraria agli obiettivi per cui è sorta.

Nonostante tali antinomie fossero già emerse con riguardo alla clausola di condizionalità inserita nelle gare pubbliche finanziate dal PNRR o dal PNC³¹, il legislatore del CCP non ha modificato l'impianto regolatorio, integralmente riproposto nel nuovo Codice, con il risultato di rendere superabile il suo carattere di obbligatorietà e di limitare la sua portata applicativa. In questa direzione si colloca anche la proposta di modifica avanzata dall'ANAC di eliminare, come misura obbligatoria, la riserva di assunzione del 30% di giovani e donne (a suo dire non richiesta dalla legge delega, ma prevista, solo per le procedure pubbliche finanziate dal PNRR) e di prevedere, come possibile requisito di accesso, la sola presentazione del Rapporto sullo stato del personale maschile e femminile e, come possibile requisito premiale, la certificazione *ex art. 46-bis* d.lgs. n. 198/2006, lasciando alla stazione appaltante, poi, a seconda del settore di intervento, la scelta del meccanismo più idoneo per realizzare le pari opportunità generazionali e di genere.

5. Qualche osservazione conclusiva

Il legislatore del nuovo Codice, attraverso la riscrittura della disciplina delle clausole sociali, ha inteso perseguire l'obiettivo di politica sociale e di occupazione, propugnato già a livello europeo, rispetto al quale «gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità nella definizione delle misure» da adottare³².

L'inserimento obbligatorio nelle procedure di gara pubblica della clausola di condizionalità, declinata quale requisito necessario dell'offerta, rappresenta indubbiamente un'efficace leva per realizzare un'economia sociale poiché consente di creare nuove opportunità di accesso al lavoro per giovani e donne che, ordinariamente, il mercato non riesce a rendere equamente accessibili.

³¹ Nella Relazione annuale dell'ANAC sull'attività svolta nel 2023, presentata alla Camera dei deputati il 14 maggio 2024, emerge che dal 2022 al 2023 la percentuale degli affidamenti PNRR e correlati che prevedono quote del 30% per giovani e donne, è di fatto rimasta ferma (la percentuale era del 56,62% nel 2022, mentre è stata del 56,87% nel 2023). Nel 2023 per i contratti di importo maggiore o uguale a 40.000 €, il 20,04% degli affidamenti è avvenuto con deroga totale alla quota di assunzione giovani/donne (33,10% del 2022), il 22,04% con deroga parziale (9,69% nel 2022); per i contratti di importo maggiore o uguale a 150.000 € le percentuali sono del 17,43% (32,04% nel 2022) e del 23,41% (9,93% nel 2022); per i contratti di importo maggiore o uguale a 1.000.000 € le percentuali sono 16,06% (31,65% nel 2022) e 24,47% (9,93% nel 2022).

³² C. giust., 6 ottobre 2021, causa C-598/19, *Conacee*.

In questo contesto, l'azione positiva, complice la cogenza dell'adempimento, può esercitare due importanti funzioni: *in primis*, indurre un'accelerazione del cambiamento della cultura organizzativa degli operatori economici privati che contrattano con la pubblica amministrazione, intrisa di stereotipi di genere e generazionali soprattutto nella fase di reclutamento del personale (soprattutto femminile); in secondo luogo, in quanto elemento di rottura di uno schema che produce disuguaglianze di opportunità di lavoro, di agire come fattore di redistribuzione di *chance* di accesso in un'ottica di equità di genere e generazionale e di giustizia sociale³³.

Se, quindi, le clausole sociali sono «disposizioni che impongono ad un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie», la clausola di condizionalità non può che essere ricondotta a tale categoria, rappresentandone un'evoluzione in grado di produrre impatti significativi nel processo di finalizzazione sociale del sistema di *public procurement* (di qui la denominazione di clausola di terza generazione).

Il potenziale strategico di tale clausola, tuttavia, è stato mortificato dalla declinazione applicativa datane dalla prassi amministrativa che ne ha limitato fortemente la portata, sancendo la sua inefficacia come dispositivo derogatorio delle dinamiche ordinarie del mercato del lavoro.

Un'interpretazione restrittiva che non trova conferma, come è stato analizzato nel presente contributo, né nel dato letterale dell'art. 57 né negli obiettivi enunciati dal legislatore delegante quali formanti genetici di tale normativa, con il risultato di aver privato la clausola di terza generazione del carattere di obbligatorietà generalizzata e di averla ridotta ad una "buona prassi" in contesti particolarmente sensibili o riservati.

Complice la scarsa chiarezza del dettato normativo, è prevalso un approccio burocratico dettato dal timore degli operatori economici di far fronte ad oneri burocratici eccessivi in un clima di sostanziale diffidenza e avversione al meccanismo della condizionalità e delle quote obbligatorie di assunzione (si pensi agli obblighi assunzionali *ex l. n. 68/1999*), già mostrata in vigenza dell'omologa previsione per i contratti pubblici finanziati dal PNRR o dal PNC e riproposta anche nell'ambito del nuovo quadro regolatorio.

Sul piano della razionalità complessiva del sistema è auspicabile, perciò, un intervento correttivo del legislatore finalizzato ad armonizzare le varie disposizioni del CCP in cui è contenuta la clausola di condizionalità, senza snaturare la sua natura di azione positiva e soprattutto la sua natura cogente, nell'idea che la contrattualistica pubblica può rappresentare un modello (virtuoso) di bilanciamento tra le logiche competitive ed efficientistiche e le esigenze di tutela dei diritti sociali.

³³ In questi termini CAPOTORTO, *op. cit.*; NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2019, 110.

L'azione di classe e il ruolo delle organizzazioni sindacali nel contrasto alle discriminazioni

Class action and the trade unions' role in combating discriminations

Giovanna Zampieri

Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università di Padova

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il mosaico normativo in materia di sindacato e processo. – 2.1. La complicata situazione delle norme processuali (e del ruolo del sindacato) nell'ambito del diritto antidiscriminatorio. – 3. Una nuova tessera: l'azione di classe (art. 840-*bis* c.p.c.) e l'inibitoria collettiva (art. 840-*sexdecies* c.p.c.). – 3.1. Il problema della legittimazione e dell'iscrizione del sindacato...ma è davvero un problema? – 4. L'azione di classe e l'inibitoria collettiva nel contrasto alle discriminazioni. – 5. Sindacato e lavoratori discriminati: *a win-win situation* attraverso l'esperimento dell'azione di classe (brevi riflessioni conclusive).

Sinossi: Il presente contributo opera una ricostruzione della normativa in materia di azione processuale delle organizzazioni sindacali al fine di verificare se, nell'assetto attuale dell'ordinamento italiano, vi sia spazio per l'esercizio dell'azione di classe come strumento per il contrasto di comportamenti discriminatori del datore di lavoro. In conclusione, viene messo in evidenza il potenziale ruolo che le organizzazioni sindacali potrebbero svolgere grazie agli strumenti dell'azione di classe e dell'inibitoria collettiva, nonché le relative ricadute sul piano delle relazioni industriali.

Abstract: *This paper reconstructs the legislation on procedural action by trade unions to verify whether, in the current Italian legal system, there is room for the exercise of class action as a tool to counteract discriminatory practices by employers. In conclusion, the potential role that trades union organizations could play thanks to the instruments of class action and collective injunction is highlighted, as well as the related repercussions in terms of industrial relations.*

Parole chiave: Organizzazioni sindacali – *Class action* – Azione di classe – Inibitoria collettiva – Processo – Diritto antidiscriminatorio – Discriminazioni – Intersezionalità

Key-words: *Trade unions – Class action – collective injunction – Process – Anti-discrimination law – Discriminations – Intersectionality*

1. Premessa

Intento del presente contributo¹ è verificare se nell'ordinamento italiano vi sia spazio per l'esercizio dell'azione di classe in ambito antidiscriminatorio e, in particolare, per il contrasto alle discriminazioni nel contesto lavorativo.

Partendo da tale quesito, si vuole indagare quale sia il ruolo che le organizzazioni sindacali possono eventualmente svolgere attraverso l'esperimento della nuova *class action* o dell'inibitoria collettiva – disciplinate al Titolo VIII-*bis* (rubricato “Dei procedimenti collettivi”) del Libro Quarto del codice di procedura civile – nell'azione di contrasto a comportamenti discriminatori attuati in ambito lavorativo². A tal fine si è reso necessario procedere preliminarmente all'esame degli altri casi in cui l'ordinamento mette a disposizione del soggetto collettivo strumenti di accesso alla tutela giurisdizionale. Da un punto di vista metodologico, l'analisi è stata condotta tenendo in particolare considerazione il dato normativo: ne risulta un quadro composito, formatosi dalla stratificazione normativa nei vari ambiti del diritto (processuale civile e penale, lavoristico, costituzionale e, da ultimo, antidiscriminatorio), dal quale emerge la poliedricità del ruolo del sindacato che si riflette sull'azione processuale dello stesso.

L'azione di classe di cui all'art. 840-*bis* c.p.c. e l'inibitoria collettiva di cui all'art. 840-*sexdecies* c.p.c. si inseriscono in tale quadro normativo e, anticipando i risultati del ragionamento svolto, potrebbero acquisire un ruolo rilevante proprio nell'ambito del diritto antidiscriminatorio. Quest'ultimo, a causa della sua frammentarietà e fattorialità, presenta spazi vuoti di tutela o situazioni rispetto alle quali non è prevista una adeguata soluzione processuale ma che potrebbero trovare una prima risposta nei procedimenti a carattere collettivo di cui al Titolo VIII-*bis* del Libro Quarto del c.p.c. L'utilizzo degli strumenti dell'azione di classe e dell'inibitoria collettiva potrebbe inoltre presentare ricadute sul piano delle relazioni industriali. In particolare, si devono considerare i risultati in termini di forza rappresentativa per le organizzazioni sindacali. A quest'ultime viene infatti fornito uno strumento per attivarsi a tutela di quelle categorie di lavoratori i cui interessi, spesso sottorappresentati nell'azione contrattuale, acquisirebbero rilevanza nell'agire processuale delle stesse organizzazioni sindacali.

¹ Il presente contributo costituisce una versione rivista e aggiornata del *paper* presentato in occasione della partecipazione all'*AISRI Early Career Conference 2024. Rappresentanza e azione collettiva in un mondo del lavoro che cambia* organizzato dall'Associazione Italiana di Studio delle Relazioni Industriali e svoltosi il 13 e 14 giugno 2024 presso l'Università Ca' Foscari di Venezia.

² Più in generale sul rapporto tra organizzazioni sindacali e gli strumenti di cui al Titolo VIII-*bis* del Libro Quarto c.p.c. si segnala il recente contributo di PROTOPAPA, *Sindacato e nuove azioni di “classe”*, in *LD*, 2024, 2, 257 ss.

2. Il mosaico normativo in materia di sindacato e processo

L'utilizzo dello strumento processuale da parte del sindacato non è certo una novità. L'art. 28, legge 20 maggio 1970, n. 300 ha rappresentato la porta d'accesso per la tutela giudiziaria dell'interesse collettivo e ha segnato il primo passo per il riallacciamento dei rapporti tra il sindacato e il potere giudiziario – e quindi lo Stato³ – a seguito dell'esperienza corporativa⁴. La citata disposizione dello Statuto dei Lavoratori si caratterizza strutturalmente per la sua formulazione quale «fattispecie aperta, ma teologicamente determinata, tipizzando il comportamento illegittimo attraverso la direzione in cui si muove la lesione del bene protetto»⁵ dagli artt. 39, primo comma, e 40 della Costituzione. L'art. 28 l. n. 300/1970 correda di uno strumento processuale la libertà costituzionalmente individuata e attribuisce all'organizzazione sindacale la funzione di catalizzatore degli interessi dei singoli lavoratori. La sintesi degli interessi dei singoli identifica l'interesse collettivo a tutela del quale l'organismo locale delle associazioni sindacali nazionali è legittimato ad agire in giudizio *iure proprio*⁶ ai sensi dell'art. 28 l. n. 300/1970. Quest'ultimo non è dunque un mezzo di rappresentanza processuale per il sindacato che voglia agire in giudizio a tutela dei diritti dei singoli⁷, ma uno strumento il cui utilizzo è finalizzato alla tutela di una libertà costituzionalmente rilevante e che riguarda, indistintamente, l'intera platea dei lavoratori. Come è stato efficacemente descritto, il livello collettivo presenta «un duplice volto: da un lato

³ In questo senso RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale. Nuova edizione riveduta e aggiornata*, Utet, 2003, 119, il quale afferma che l'introduzione dell'art. 28, l. n. 300/1970, ha reso possibile il «racordo funzionale tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale».

⁴ Secondo RAIMONDI, *Interesse collettivo, diritti individuali omogenei e la nuova azione di classe*, in RAZZOLINI, VARVA, VITALETTI, (a cura di), *Sindacato e processo (a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori)*, Editoriale del 22 giugno 2020, in *giustiziacivile.com*, 3, l'introduzione dell'art. 28, l. n. 300/1970, ha «parzialmente colmato» lo spazio vuoto tra azione sindacale e politica giudiziaria.

⁵ RECCHIA, *La «bella giovinezza» dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in RAZZOLINI, VARVA, VITALETTI, (a cura di), *Sindacato e processo (a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori)*, Editoriale del 22 giugno 2020, op. cit., 5.

⁶ Particolarmente incisivo sul punto RAIMONDI, *Interesse collettivo, diritti individuali omogenei e la nuova azione di classe*, op. cit., 10, ove afferma che «lo Stato tutela l'interesse collettivo quando il suo perseguimento è impedito da condotte lesive di diritti conferiti agli individui ed il cui esercizio corrisponde ad un assetto valoriale che attribuiscono loro rilevanza pubblica. In questo caso, viene attribuito a soggetti privati, totalmente od in parte a seconda dei casi, il potere di farlo valere in giudizio, se e nella misura in cui tali soggetti privati siano rappresentativi di interessi così assimilabili tra loro tanto da farli ritenere una categoria».

⁷ Nonostante la forza espansiva dell'ambito di applicazione dell'art. 28, l. n. 300/1970, la giurisprudenza ha riconosciuto la legittimazione attiva del sindacato ad agire in giudizio in caso di violazione della parte normativa del contratto collettivo solamente «nell'ipotesi di violazione sistematica degli *standards* collettivi di trattamento [...] tali da comportare un attentato all'ordine contrattuale e alla stessa posizione del sindacato in ragione delle specifiche circostanze e modalità». In tal senso si è espresso il Trib. Palermo, sez. lav., 2 maggio 2017, il quale richiama sul punto Cass., 17 gennaio 1990, n. 207, in *FI*, 1990, I, 2591 ove è possibile leggere che «la valutazione del comportamento va condotta, come appare ovvio, con rigore estremo allorquando emergano violazioni dei disposti dalla parte normativa del contratto, contenente previsioni destinate ad operare direttamente sul piano dei rapporti tra datore di lavoro e lavoratori [...], chiaro essendo che con una diversa visione del problema ogni inadempimento del datore di lavoro potrebbe essere interpretato come diretto contro il sindacato».

fattore di “coagulo” di interessi individuali deboli o dispersi e, dall’altro, veicolo degli interessi, così organizzati, entro il più ampio spazio della regolazione del conflitto, all’interno del quale essi si emancipano dal proprio statuto di posizioni soggettive per fungere da strumenti per l’implementazione del diritto obbiettivo⁸.

Sebbene sia stata evidenziata la singolarità strutturale della c.d. azione per la repressione della condotta antisindacale di cui all’art. 28, l. n. 300/1970, nell’ambito dell’ordinamento processuale⁹, essa non rappresenta l’unica via di accesso al giudizio per il sindacato. Ai sensi del secondo comma dell’art. 421 c.p.c. il giudice, nell’ambito degli ampi poteri istruttori che ne caratterizzano la funzione nel giudizio in materia di lavoro, può «disporre d’ufficio in qualsiasi momento [...] la richiesta di informazioni e osservazioni, sia scritte che orali, alle associazioni sindacali indicate dalle parti». Inoltre, il successivo art. 425, comma 1, c.p.c., prevede che «su istanza di parte, l’associazione sindacale indicata dalla stessa ha facoltà di rendere in giudizio, tramite un suo rappresentante, informazioni e osservazioni orali o scritte». Le disposizioni degli artt. 421, comma 2, e 425, comma 1, c.p.c. consentono al sindacato di accedere al processo al fine di coadiuvare il giudice o la parte nel corso del giudizio¹⁰. Mentre nell’ambito dell’azione *ex art. 28, l. n. 300/1970*, il sindacato agisce direttamente in giudizio in qualità di tutore e garante di un interesse proprio della collettività dei lavoratori rappresentati, l’intervento nel processo ai sensi degli artt. 421, comma 2 e 425, comma 1, c.p.c. integra un “sostegno” alla posizione del singolo lavoratore che ha agito in giudizio o si sostanzia nel ruolo di *amicus curiae* del giudice incaricato di risolvere la controversia.

Il ruolo di *amicus curiae* è poi quello con cui il sindacato può accedere al giudizio di costituzionalità. La delibera della Corte in sede non giurisdizionale dell’8 gennaio 2020¹¹ ha approvato alcune modifiche alle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale: viene introdotto l’art. 4-ter il quale prevede che «le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, possono presentare alla Corte costituzionale un’opinione scritta» che «non può superare la lunghezza di 25.000 caratteri, spazi inclusi»¹². L’ampiezza della

⁸ MEZZANOTTE, *Class action e Costituzione: dimensione metaindividuale dei diritti e ruolo della giurisdizione*, in *Nomos*, 2022, 1, 19.

⁹ RECCHIA, *La “bella giovinezza” dell’art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 8, che evidenzia la forza espansiva di tale modello anche al di fuori del diritto del lavoro.

¹⁰ Per un’analisi estesa delle norme che consentono l’intervento del sindacato nel processo d’ufficio (art. 421, comma 2, c.p.c.) o su istanza di parte (art. 425, comma 1, c.p.c.) si veda FALSONE, *Il sindacato e la risoluzione delle controversie: una, nessuna o centomila*, in RAZZOLINI, VARVA, VITALETTI, (a cura di), *Sindacato e processo (a cinquant’anni dallo Statuto dei lavoratori)*, cit., 6 ss. L’Autore mette in evidenza che «il diritto vivente, col sostegno della dottrina, [ha imposto] una lettura diametralmente opposta, secondo cui l’intervento dei sindacati contrapposti fa d’ausilio alle parti in lite [piuttosto che al giudice], favorendo quel disvelamento della dimensione collettiva della disputa individuale».

¹¹ Pubblicata in G.U. Serie Generale n. 17 del 22 gennaio 2020.

¹² Così dispone il secondo comma dell’art. 4-ter delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, come risultanti a seguito della delibera della Corte in sede non giurisdizionale dell’8 gennaio 2020.

disposizione consente di affermare che tra “le formazioni senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali” rientrano anche le organizzazioni sindacali. Pur trattandosi di uno strumento quantitativamente e qualitativamente¹³ limitato¹⁴, esso consente al sindacato di dare voce all'interesse collettivo dei lavoratori rappresentati che acquisisce così rilevanza nell'ambito delle decisioni sulle leggi e, conseguentemente, sui valori su cui esse si fondano.

Nemmeno l'ambito del processo penale è rimasto terreno inesplorato per le associazioni sindacali. La lett. a) dell'art. 78 c.p.p. ammette la costituzione di parte civile di enti o associazioni e, il successivo art. 91 c.p.c. stabilisce che «gli enti e le associazioni senza scopo di lucro ai quali, anteriormente alla commissione del fatto per cui si procede, sono state riconosciute, in forza di legge, finalità di tutela degli interessi lesi dal reato, possono esercitare, in ogni stato e grado del procedimento, i diritti e le facoltà attribuiti alla persona offesa dal reato». Il legislatore ha quindi garantito una via d'accesso per il sindacato anche in sede di giudizio penale dal momento che, in considerazione della gravità dell'offesa al bene tutelato dall'ordinamento, anche l'interesse collettivo può risultare leso dal reato commesso. In tal senso si esprime la giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione che, in caso di giudizio penale su casi di reati commessi in violazione di norme in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, ritiene «ammissibile, indipendentemente dall'iscrizione del lavoratore al sindacato, la costituzione di parte civile delle associazioni sindacali nei procedimenti per reati di omicidio o lesioni colpose, commessi con violazione della normativa antinfortunistica, quando l'inosservanza di tale normativa possa cagionare un danno autonomo e diretto, patrimoniale o non patrimoniale, alle associazioni sindacali, per la perdita di credibilità dell'azione di tutela delle condizioni di lavoro dalle stesse svolta»¹⁵. Il risultato è un insieme variegato di norme processuali cui corrispondono altrettanti strumenti che consentono al sindacato di varcare le soglie delle aule giudiziarie: quest'ultime

¹³ Il comma 5 dell'art. 4-ter dispone che «le formazioni sociali e i soggetti istituzionali le cui opinioni sono state ammesse [...] non assumono qualità di parte nel giudizio costituzionale, non possono ottenere copia degli atti e non partecipano all'udienza».

¹⁴ Estensivamente sul punto FALSONE, *Il sindacato e la risoluzione delle controversie: una, nessuna o centomila*, op. cit., il quale evidenzia inoltre la possibilità per le organizzazioni sindacali di ricorrere all'intervento ai sensi del settimo comma dell'art. 4 delle Norme integrative secondo cui «nei giudizi in via incidentale possono intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio». L'Autore sottolinea come tale norma sia il risultato della consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale che, così come affermato da C. cost., 27 febbraio 2020, n. 37, riconduce l'ammissibilità dell'intervento del terzo al fatto che «l'incidenza sulla posizione soggettiva dell'interveniente deve derivare dall'immediato effetto che tale pronuncia produce sul rapporto sostanziale oggetto del giudizio a quo». Tale impostazione ha quindi reso molto complicato l'intervento nel giudizio di costituzionalità da parte delle organizzazioni sindacali ai sensi dell'art. 4 delle Norme integrative.

¹⁵ In questo senso Cass. pen., sez. IV, 24 novembre 2021, n. 46154, in *www.cortedicassazione.it*, che richiama sul punto Cass. pen., sez. IV, 18 gennaio 2010, n. 22558, in *CP*, 2011, 2, 1126, con nota di PINELLI, e Cass. pen., sez. IV, 27 aprile 2015, n. 27162, in *www.cortedicassazione.it*. In un diverso caso, che però non vedeva il coinvolgimento di un'organizzazione sindacale, i giudici di legittimità hanno chiarito che «la rappresentatività dell'ente deve essere valutata in stretta e specifica aderenza con la struttura e natura dei reati presi in considerazione, giacché qualsiasi generico riferimento a fatti criminosi o a beni giuridici privi di un loro solido aggancio alla struttura e alla dinamica delle fattispecie incriminatrici renderebbe del tutto vago il concetto di “rappresentatività” e finirebbe per fare dell'ente un rappresentante “innominato” di qualsiasi tipo di interesse collettivo» (Cass. pen., sez. II, 27 settembre 2016, n. 43494, in *D&G*, 2016, 14 ottobre, con nota di PIRAS).

divengono quindi una nuova scenografia del conflitto collettivo ove la dinamica datore di lavoro-associazioni sindacali vede l'intervento di un soggetto terzo e imparziale, ossia il giudice. La scenografia, però, muta in considerazione della porta di ingresso utilizzata per accedere al processo in quanto, a ciascuna di esse, corrisponde l'esercizio di una specifica funzione che l'ordinamento ha attribuito al sindacato. Infatti, «sembra che la potenziale polivalenza processuale del sindacato faccia il paio, non per caso, con la sua attuale multifunzionalità funzionale, esercitata, come si è visto, a cavallo fra dimensione intersindacale, controllo delle condizioni individuali di lavoro e delicate incombenze pubbliche»¹⁶.

2.1. La complicata situazione delle norme processuali (e del ruolo del sindacato) nell'ambito del diritto antidiscriminatorio

In questo articolato contesto si inseriscono oggi le norme in materia di diritto antidiscriminatorio. Nel corso degli ultimi decenni ha preso forma nel nostro ordinamento un *corpus* normativo di derivazione comunitaria e sovranazionale per il contrasto alle discriminazioni che ha trovato nel diritto del lavoro terreno fertile in cui attecchire ed espandersi. Lo sviluppo del "sottosistema" del diritto antidiscriminatorio¹⁷ ha riguardato tanto le disposizioni sostanziali quanto quelle di natura processuale, dando vita ad un apparato normativo per l'accesso alla giustizia per le vittime di discriminazione dal carattere frastagliato e frammentato¹⁸.

Il diritto antidiscriminatorio si caratterizza strutturalmente per l'individuazione di determinati fattori protetti: il sesso, la razza e l'origine etnica, la religione, le convinzioni personali, la disabilità, l'età, la nazionalità e l'orientamento sessuale. Ciascuno di essi costituisce il nocciolo della tutela sostanziale identificabile nei divieti di discriminazione diretta e indiretta, oltre al divieto di molestie, rispetto al fattore protetto e nella conseguente nullità di tutti gli atti e comportamenti attuati in violazione di tali divieti. Sebbene il meccanismo di funzionamento del diritto antidiscriminatorio sia il medesimo per tutti i fattori protetti, ciascun nucleo di tutela ha visto uno sviluppo differenziato in termini di diritto positivo e, in particolare, ciò può dirsi con riguardo alle norme processuali¹⁹.

¹⁶ FALSONE, *Il sindacato e la risoluzione delle controversie: una, nessuna o centomila*, cit., 4.

¹⁷ Così definito nell'*Introduzione* di BARBERA, GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019.

¹⁸ NAPPI, *L'inverso rapporto tra il polimorfismo e efficienza nelle tutele processuali antidiscriminatorie. Atti giornate di studio AIDLASS. Messina, 23-25 maggio 2024*, la cui versione provvisoria è consultabile in <https://aidlass.it/wp-content/uploads/2024/05/Relazione-NAPPI.pdf> (visitato il 28 maggio 2024). La tesi sostenuta nel corso dell'elaborato porta l'Autore a concludere che «in luogo di molteplici riti, procedure e meccanismi probatori [...] rispetto ai quali si è costretti ad operare relazioni e congiunzioni sovente attraverso l'intervento creativo del giudice, l'obiettivo cui bisogna puntare è quello di dar vita ad un nuovo art. 15 St. Lav. che non si limiti a definire in modo compiuto e omnicomprensivo il bene oggetto della tutela, ma contestualmente stabilisca soprattutto un unico modello procedurale, con un unico giudice competente, un unico meccanismo probatorio, un unico regime sanzionatorio (che non può essere certo solo quello della mera nullità dell'atto), un unico sistema risarcitorio, e questo sia nella dimensione individuale che collettiva e indeterminata del fenomeno stesso».

¹⁹ Per tutti GUARISO, MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, cit., 445 ss.

A questo si aggiunge un insieme di regole riguardante la parità di trattamento tra lavoratori impiegati con forme contrattuali atipiche – come il contratto a tempo determinato, il contratto *part-time* o il contratto di somministrazione di lavoro – e lavoratori *standard*, ossia coloro i quali risultano assunti direttamente dal datore di lavoro a tempo pieno e indeterminato. Le disposizioni sulla parità di trattamento, anch'esse di derivazione comunitaria, sono distribuite nelle leggi che disciplinano le forme di lavoro atipico. Tuttavia, a differenza di quanto accaduto per i fattori di carattere soggettivo sopra elencati, allo sviluppo della disciplina di diritto positivo in materia di lavoro atipico non ha fatto seguito il proliferare della regolamentazione processuale volta a far valere in giudizio le clausole riguardanti il principio di parità di trattamento tra lavoratori tipici e atipici.

In tale contesto, anche il ruolo del sindacato nel processo in materia di diritto antidiscriminatorio assume forme e caratteri diversi in considerazione del fattore protetto cui la norma processuale di riferisce. Pertanto, nel caso delle discriminazioni fondate sulla razza e sull'origine etnica, il primo comma dell'art. 5, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, attribuisce la legittimazione ad agire – in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione – alle associazioni e agli enti «inseriti in un apposito elenco approvato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e del Ministro per le pari opportunità ed individuati sulla base delle finalità programmatiche e della continuità dell'azione» e purché munite di delega. Gli stessi enti ed associazioni, tra cui le organizzazioni sindacali, sono inoltre legittimati ad agire in giudizio «nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione» (art. 5, comma 3, d.lgs. n. 215/2003). Ai giudizi così instaurati, l'art. 4, d.lgs. n. 215/2003, dispone l'applicazione del rito semplificato di cognizione di cui all'art. 28, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150.

Con formulazione sostanzialmente analoga, l'art. 5, comma 1, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, in materia di tutela contro le discriminazioni fondate sulla religione, le convinzioni personali, la disabilità, l'età, la nazionalità e l'orientamento sessuale, ammette la legittimazione ad agire in giudizio delle organizzazioni sindacali, delle associazioni e delle organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso «in forza di delega, rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità [...] contro la persona fisica o giuridica cui è riferibile il comportamento o l'atto discriminatorio». Ai sensi del secondo comma dell'art. 5, d.lgs. n. 216/2003, i medesimi soggetti sono inoltre «legittimati ad agire nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione». Nuovamente, in considerazione del rinvio contenuto all'art. 4 d.lgs. n. 216/2003, ai giudizi così instaurati si applica il rito sommario di cognizione di cui all'art. 28 d.lgs. n. 150/2011.

L'evidente differenza tra le previsioni richiamate consiste nell'assenza del requisito dell'iscrizione all'elenco istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali per il sindacato che intenda agire in giudizio ai sensi dell'art. 4 d.lgs. n. 216/2003 e che è invece richiesto dall'art. 5 d.lgs. n. 215/2003 nei casi di discriminazione fondata sulla razza o l'origine etnica.

Ulteriore articolazione nel quadro normativo è rappresentata da quanto disposto agli artt. 43 e 44 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (c.d. T.U. Immigrazione) i quali hanno introdotto, rispettivamente, il divieto di discriminazione e l'azione civile per reagire ad eventuali comportamenti discriminatori per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Ai sensi del decimo comma dell'art. 44 d.lgs. n. 286/1998, nel caso in cui «il datore di lavoro ponga in essere un atto o in comportamento discriminatorio di carattere collettivo, anche nei casi in cui non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni, il ricorso può essere presentato anche dalle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale»²⁰. Anche in questo caso risulta assente il requisito dell'iscrizione all'elenco istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali per il sindacato che intenda agire in giudizio a tutela di atti discriminatori per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi di cui all'art. 43 d.lgs. n. 286/1998. È invece presente il riferimento al requisito della maggiore rappresentatività a livello nazionale che non è menzionato dalle disposizioni di cui all'art. 5 d.lgs. n. 215/2003 e all'art. 5 d.lgs. n. 216/2003.

La parziale armonizzazione tra discipline contenute nel d.lgs. n. 215/2003 e nel d.lgs. n. 286/1998 è avvenuta ad opera della giurisprudenza che ha riconosciuto la legittimazione ad agire in giudizio a tutela di discriminazioni fondate sulla nazionalità alle associazioni iscritte all'elenco di cui all' art. 5, comma 3, d.lgs. n. 215/2003. Secondo i giudici di legittimità «affermare che esse – ossia le associazioni iscritte all'elenco di cui all' art. 5, comma 3, d.lgs. n. 215/2003 – possano agire in giudizio solo per le discriminazioni per razza o etnia e non per il fattore della nazionalità che serve a qualificarle, non è solo palesemente illogico; ma introdurrebbe un ulteriore difetto di coordinamento tra norme di diverso livello»²¹. Ancora diverso è l'assetto risultante dalle disposizioni contenute nel Capo III del Titolo III, Libro III (rubricato “Pari opportunità tra uomo e donna nei rapporti economici”) del d. lgs. 11 aprile 2006, n. 198, c.d. Codice delle pari opportunità in tema di discriminazione di genere, da cui emerge l'intenzione del legislatore di favorire, sul piano processuale, il ruolo di un soggetto diverso rispetto al sindacato. Nell'ambito del contrasto alle discriminazioni di genere nel contesto lavorativo, gli artt. 36, 37 e 38 d.lgs. n. 198/2006 mettono in risalto il ruolo della Consigliera o del Consigliere di parità²², tanto nel caso di intervento nei giudizi promossi dal singolo (art. 36, comma 2) quanto in situazioni in cui si ravvisi «l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori diretti o indiretti di carattere collettivo [...] nell'accesso al lavoro, nella promozione e nella formazione professionale, nelle condizioni

²⁰ Anche in questo caso, l'art. 44, comma 2, d.lgs. n. 286/1998, stabilisce che «alle controversie previste dal presente articolo si applica l'articolo 28 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150».

²¹ Cass., 8 maggio 2017, n. 11165, paragrafo 4.7, in *FI*, 2017, 10, I, 3100; nello stesso senso anche Cass., 8 maggio 2017, n. 11166, in *www.cortedicassazione.it*.

²² Più precisamente, la Consigliera o il Consigliere di parità della città metropolitana e dell'ente di area vasta di cui alla l. 7 aprile 2014, n. 56 o regionale territorialmente competente.

compresa la retribuzione, nelle progressioni di carriera, nonché in relazione alle forme pensionistiche collettive [...] anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto le lavoratrici o i lavoratori lesi dalle discriminazioni» (art. 37, comma 1). Nei casi di cui all'art. 37 d.lgs. n. 198/2006 è previsto che le rappresentanze sindacali aziendali o, in loro assenza, le associazioni locali aderenti alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale vengano sentite dalla Consigliera o dal Consigliere di parità, prima, e dal giudice, poi, al fine di predisporre un piano di rimozione delle discriminazioni accertate.

L'intervento processuale delle organizzazioni sindacali nel contrasto alle discriminazioni di genere in ambito lavorativo riveste quindi carattere residuale, in quanto è ammesso esclusivamente per delega del lavoratore ai sensi dell'art. 38, comma 1, d.lgs. n. 198/2006. Riappare inoltre il requisito della maggiore rappresentatività sul piano nazionale che restringe ulteriormente l'elenco delle organizzazioni sindacali chiamate a svolgere un ruolo nell'ambito del giudizio in materia di discriminazioni fondate sul genere.

L'art. 55-*quinquies* d.lgs. n. 198/2006 prevede l'applicabilità del rito semplificato di cognizione di cui all'art. 28 d.lgs. n. 150/2011 esclusivamente nei casi di discriminazione nell'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura di cui al Titolo II-*bis*, Capo V del Libro III d.lgs. n. 198/2006. Le controversie in materia di discriminazione di genere sul lavoro di cui al Titolo I del medesimo Libro III d.lgs. n. 198/2006 sono invece regolate dalle disposizioni di cui agli artt. da 36 a 41-*bis* d.lgs. n. 198/2006, con evidente differenziazione sul piano processuale rispetto agli altri casi di giudizio antidiscriminatorio precedentemente elencati. Nessuna specifica disposizione di carattere processuale è invece presente nei casi di discriminazioni fondate su motivi di carattere oggettivo, ossia riguardanti le differenze di trattamento ingiustificate in ragione della specifica tipologia contrattuale del lavoratore "discriminato". Il riferimento è ai lavoratori con contratto a tempo parziale e con contratto di lavoro a tempo determinato i quali, ai sensi dell'art. 7, comma 1 e 25, comma 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, hanno diritto a non ricevere un trattamento meno favorevole rispetto al lavoratore comparabile impiegato, rispettivamente, a tempo pieno o con contratto a tempo indeterminato. Più blanda²³ è invece la previsione di cui al successivo art. 35, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, il quale prevede che «per tutta la durata della missione presso l'utilizzatore, i lavoratori del somministratore hanno diritto, a parità di mansioni svolte, a condizioni economiche e normative *complessivamente* non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore». Infine, l'art. 20, comma 1, d.lgs. 22 maggio 2017, n. 81 dispone che «il lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile ha diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello *complessivamente* appli-

²³ La ragione di tale diversità deve essere individuata nella diversa formulazione della clausola in materia di parità di trattamento contenuta nella dir. 2008/104/CE relativa al lavoro tramite agenzia interinale di cui la disciplina contenuta nel Capo IV del d.lgs. 81/2015 rappresenta la normativa di attuazione. Sul punto ROBIN-OLIVER, LO FARO, *Atypical Forms of Employment*, in JASPERS, PENNING, PETERS (a cura di), *European Labour Law*, Intersentia, 2019, 233 ss.

cato [...] nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda».

La disciplina del lavoro a tempo parziale e del lavoro agile è stata recentemente innovata dalle previsioni del d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105 emanato in attuazione della dir. (UE) 2019/1158 relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza. Al fine di adeguarsi alle previsioni di diritto dell'Unione europea, il legislatore ha introdotto divieti di discriminazioni per i lavoratori che richiedano di usufruire di tipologie di lavoro flessibile – *part-time* e *smart-working* – per ragioni di assistenza e cura dei figli o di persone con disabilità. In tali casi, un'ipotesi ricostruttiva potrebbe essere quella di considerare le discriminazioni legate alla tipologia contrattuale come *species* di discriminazioni fondate sul sesso o sulla disabilità, con applicazione del relativo regime processuale e conseguente possibilità di intervento del sindacato, rispettivamente, ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 198/2006 o art. 5 d.lgs. n. 216/2003.

Il sistema delle norme che individuano lo spazio di azione processuale delle organizzazioni sindacali presenta pertanto il più alto grado di complessità nell'ambito del diritto antidiscriminatorio²⁴. Dal *patchwork* di disposizioni brevemente richiamate emerge un nuovo ruolo del sindacato quale soggetto che agisce in giudizio non a tutela dell'interesse collettivo della generalità dei lavoratori ma di singoli lavoratori – o di specifiche categorie di lavoratori – identificati in ragione di un fattore protetto. Nell'ambito del diritto antidiscriminatorio avviene una specificazione della posizione di tutela del sindacato, il quale è chiamato a svolgere un ruolo di garanzia delle “minoranze” che riflettono, nel contesto lavorativo, le disuguaglianze sociali che il legislatore intende rimuovere al fine di promuovere lo sviluppo della persona umana ai sensi dell'art. 3 della Costituzione, anche nelle formazioni sociali ove si svolge la personalità del singolo. Quanto emerge dalla ricomposizione dei frammenti del quadro normativo in materia processuale è talvolta un ruolo di importanza secondaria del sindacato nell'azione di contrasto alle discriminazioni²⁵ e che, ad esempio, nel caso delle discriminazioni di genere si colloca in una posizione retrostante rispetto a quella della Consigliera o del Consigliere di parità. La frammentarietà e scarsa sistematicità della disciplina, anche di carattere processuale, aggrava le difficoltà legate

²⁴ Si segnala inoltre che il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (c.d. Riforma Cartabia) ha introdotto l'art. 441-*quater* c.p.c. a norma del quale «le azioni di nullità dei licenziamenti discriminatori, ove non siano proposte con ricorso ai sensi dell'art 414, possono essere introdotte, ricorrendone i presupposti, con i riti speciali». In assenza di ulteriori specificazioni normative, tra i riti speciali possono dunque ritenersi compresi tanto quello disciplinato all'art. 28, d.lgs. n. 150/2011, quanto, per ciò che riguarda le discriminazioni di genere, il procedimento di cui agli artt. da 36 a 41-*bis*, d.lgs. n. 198/2006. Sul punto, NAPPI, *L'inverso rapporto tra il polimorfismo e efficienza nelle tutele processuali antidiscriminatorie. Atti giornate di studio AIDLaSS. Messina, 23-25 maggio 2024*, cit., 40.

²⁵ Così dicendo non si vuole negare quanto affermato da Cass., 8 maggio 2017, n. 11165, cit., ove i giudici di legittimità spiegano che «nella materia della tutela contro le discriminazioni collettive, la legittimazione ad agire in capo ad un soggetto collettivo rappresenta un'eccezione. All'opposto, essa rappresenta una regola ampiamente presente nel settore». Si intende piuttosto evidenziare come alla regola corrisponda un ruolo di non immediata rilevanza delle organizzazioni sindacali che sfuma ulteriormente a causa dalla frammentazione della disciplina nelle varie disposizioni normative richiamate.

all'azione in giudizio con la conseguenza di scoraggiare l'attivismo processuale del sindacato che, attraverso l'art. 28 l. n. 300/1970, ha dato prova della rilevanza che l'accesso al giudizio da parte delle organizzazioni sindacali assume nella ridefinizione delle dinamiche delle relazioni industriali e, prospetticamente, sociali.

3. Una nuova tessera: l'azione di classe (art. 840-bis c.p.c.) e l'inibitoria collettiva (art. 840-sexdecies c.p.c.).

L'art. 1, l. 12 aprile 2019, n. 31 – entrata in vigore venticinque mesi dopo la sua pubblicazione – ha introdotto il Titolo VIII-*bis* (rubricato “Dei procedimenti collettivi”) nel Libro Quarto del codice di procedura civile. L'art. 840-*bis* c.p.c. prevede che «i diritti individuali omogenei sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe [...]. A tale fine, un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro i cui obiettivi statutari comprendano la tutela dei predetti diritti o ciascun componente della classe può agire nei confronti dell'autore della condotta lesiva per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni». Il successivo art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. introduce invece l'azione inibitoria collettiva attraverso la quale «chiunque abbia interesse alla pronuncia di una inibitoria di atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti, può agire per ottenere l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva».

La prima, dirompente, differenza rispetto alla precedente disciplina dell'azione di classe e dell'inibitoria collettiva è ravvisabile nella nuova collocazione topografica che, dal codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)²⁶, le vede trasferite all'interno del codice di procedura civile. La traslazione da un ambito normativo ad un altro è stata accompagnata da modifiche della disciplina di carattere positivo: ne risulta ampliato il campo di applicazione che, non più limitato alla categoria dei consumatori, ricomprende ora qualsiasi categoria o tipologia di titolari di diritti individuali omogenei²⁷. La “deconsumerizzazione” degli strumenti processuali di cui al nuovo Titolo VIII-*bis* c.p.c. è stata accolta con favore dalla dottrina che non ha però mancato di mettere in evidenza le criticità della disciplina introdotta dalla l. n. 31/2019²⁸. Gran parte delle critiche derivano dal confronto con la di-

²⁶ L'art. 5, l. n. 31/2019, dispone che «gli articoli 139, 140 e 140-*bis* del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, sono abrogati».

²⁷ Con particolare riferimento all'azione di classe, CONSOLO, *Artt. 840-bis-840-sexiesdecies: la nuova azione di classe e la nuova inibitoria*, in CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, Ipsoa, 2019 – a cui si rinvia per un commento generale alle norme del Titolo VIII-*bis* c.p.c. – afferma che «giocosamente vien detto sia “deconsumerizzata”».

²⁸ CONSOLO, *Artt. 840-bis-840-sexiesdecies: la nuova azione di classe e la nuova inibitoria*, cit., parla di «disciplina senz'altro perfettibile». Sul problema dei costi di lite si veda PARDOLESI, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 3, 303, il quale però conclude affermando che si tratta di una «soluzione imperfetta, dunque. Ma migliore di altre. Perché in una materia in cui, come si diceva, non c'è modo di soddisfare tutte le esigenze, la “meno peggio” ha ragione di aspirare all'aggiudicazione del titolo». Sull'azione inibitoria collettiva di cui al nuovo art. 840-*sexdecies* c.p.c., si veda BELLELLI, *Riflessio-*

disciplina della (o più correttamente delle) *class action* statunitense²⁹ della quale le disposizioni del Titolo VIII-*bis* c.p.c. cercano di ricreare – forse con troppa timidezza – lo spirito e la funzionalità³⁰.

Senza pretesa di esaustività, si intende ora descrivere brevemente i tratti caratterizzanti la disciplina dell'azione di classe di cui agli artt. 840-*bis* e seguenti c.p.c. Si è già evidenziato che, in considerazione del carattere generale dello strumento – acquisito a seguito dallo spostamento nel codice di procedura civile – legittimati attivi all'esercizio dell'azione di classe sono i singoli titolari di diritti individuali omogenei nonché le organizzazioni o le associazioni senza scopo di lucro i cui obiettivi statuari ricomprendano la tutela dei predetti diritti³¹. Ai sensi del terzo comma dell'art. 840-*bis* c.p.c., i legittimati passivi dell'azione di classe sono invece le imprese o i fornitori di enti gestori di servizi pubblici e di pubblica utilità³². La competenza territoriale inderogabile è attribuita dall'art. 840-*ter*, comma 1, c.p.c. alla sezione specializzata in materia di impresa competente per il luogo ove ha sede la parte resistente³³.

ni critiche sull'azione inibitoria collettiva nella nuova formulazione introdotta nel codice di procedura civile, in NGCC, 2021, 6, 1429 ss.

²⁹ La *Rule 23* prevede tre categorie di *class actions*. L'azione di cui alla *Rule 23 (b) (1)* che può essere esercitata quando «il perseguimento di azioni separate da parte o contro i singoli membri della classe creerebbe il rischio di: (A) decisioni incoerenti o diverse rispetto ai singoli membri della classe, che stabilirebbero standard di condotta incompatibili per la parte che si oppone alla classe; oppure (B) sentenze relative a singoli membri della classe che, in pratica, sarebbero determinanti per gli interessi degli altri membri che non sono parti delle singole sentenze o che comprometterebbero o ostacolerebbero in modo sostanziale la loro capacità di tutelare i propri interessi», l'azione di cui alla *Rule 23 (b) (2)* può essere esperita nel caso in cui «la parte che si oppone alla classe ha agito o rifiutato di agire per motivi che si applicano in generale alla classe, in modo che un provvedimento ingiuntivo definitivo o un provvedimento dichiarativo corrispondente sia appropriato per la classe nel suo complesso». Infine, l'azione di cui alla *Rule 23 (b) (3)* può essere utilizzata nei casi in cui «il tribunale ritiene che le questioni di diritto o di fatto comuni ai membri della classe siano predominanti rispetto alle questioni che riguardano solo i singoli membri e che un'azione collettiva sia superiore ad altri metodi disponibili per risolvere in modo equo ed efficiente la controversia. Le questioni pertinenti a queste conclusioni includono: (A) gli interessi dei membri della classe nel controllare individualmente l'azione o la difesa di azioni separate; (B) l'entità e la natura delle controversie già avviate da o contro i membri della classe; (C) l'opportunità o l'indesiderabilità di concentrare la controversia in un determinato foro; e (D) le probabili difficoltà di gestione di un'azione collettiva».

³⁰ Per una comparazione dettagliata tra disciplina statunitense e italiana dell'azione di classe si rinvia a GERARDO, *Comparazione tra la disciplina della class action nel diritto statunitense e l'azione di classe italiana alla luce della legge n. 31 del 2019*, in *Judicium*, 16 settembre 2020. MAZZEI, *Società digitale e collective redress: azione rappresentativa europea, class action statunitense e azione di classe italiana a confronto*, in *federalismi.it*, 2023, 2, 120 ss. mette in evidenza, in un'ottica comparata, il ruolo cruciale che gli strumenti di tutela giurisdizionale collettiva assumono nell'ambito della società digitale.

³¹ L'art. 840-*bis*, comma 4, c.p.c. precisa che «in ogni caso resta fermo il diritto all'azione individuale».

³² Lo stesso terzo comma dell'art. 840-*bis* c.p.c. fa però salve «le disposizioni in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici» di cui al d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198.

³³ CONSOLO, *Artt. 840-bis-840-sexiesdecies: la nuova azione di classe e la nuova inibitoria*, cit., sottolinea che «non è però chiaro se con l'impiego del termine “sede” si sia inteso designare in modo univoco ed esclusivo il luogo della sede legale del resistente, o invece rinviare al foro generale delle persone giuridiche di cui all'art. 19 c.p.c.». Inoltre, l'Autore ritiene che nel caso di impresa convenuta operante sul territorio italiano che non abbia però sede in Italia sussisterà la competenza giurisdizionale italiana qualora l'illecito plurioffensivo si sia verificato sul territorio nazionale: il giudice competente per territorio dovrà essere individuato *ex art. 18 c.p.c.* e, pertanto, seguendo l'indirizzo della giurisprudenza di legittimità elaborato in relazione ai casi in cui il convenuto è una persona giuridica straniera priva di stabilimento o rappresentanti processuali in Italia.

Lo svolgimento del procedimento – regolato dal rito sommario di cognizione di cui agli artt. 702-*bis* e seguenti c.p.c. per quanto non derogato dalle previsioni del Titolo VIII-*bis* c.p.c. – si caratterizza per una struttura trifasica. La prima fase consiste nel filtro di ammissibilità e si conclude con l'ordinanza sull'ammissibilità della domanda di cui all'art. 840-*ter*, comma 4-8, c.p.c.³⁴, successivamente resa pubblica nel portale dei servizi telematici gestito dal Ministero della Giustizia. Il giudice è chiamato a verificare, oltre alla non manifesta infondatezza della domanda, l'omogeneità dei diritti individuali per la cui tutela viene esercitata l'azione di classe, l'assenza di conflitto di interessi tra il resistente e il ricorrente nonché la capacità di quest'ultimo di «curare adeguatamente i diritti individuali omogenei fatti valere in giudizio» (art. 840-*ter*, comma 3, lett. *d*), c.p.c.)³⁵. La seconda fase ha inizio con l'apertura di una finestra temporale in cui coloro che si assumono titolari di diritti individuali riconducibili alla classe identificata nell'ordinanza sull'ammissibilità della domanda possono aderire all'azione di classe. Si tratta dei c.d. aderenti precoci³⁶ che, ai sensi del primo comma dell'art. 840-*quinquies* c.p.c., non acquisiscono la qualità di parte del processo ma hanno diritto ad accedere al fascicolo informatico e a ricevere le comunicazioni a cura della cancelleria. La seconda fase prosegue con l'istruttoria secondo quanto previsto dagli artt. 702-*bis* e seguenti e 840-*quinquies* c.p.c. e si conclude con sentenza: quest'ultima, il cui contenuto è dettagliato all'art. 840-*sexies* c.p.c., contiene l'accertamento del diritto del ricorrente e la condanna del resistente nei suoi confronti³⁷ nonché l'accertamento della responsabilità del resistente nei confronti della classe e la relativa condanna generica. La terza (e ultima) fase del procedimento vede inizialmente la riapertura della finestra temporale per la presentazione della domanda di adesione³⁸ per coloro che non l'avevano presentata a seguito dell'ordinanza sull'ammissibilità dell'azione di classe. Segue poi la predisposizione del progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti, funzione che l'art. 840-*octies* c.p.c. attribuisce al rappresentante comune degli aderenti e in base

³⁴ Ai sensi del settimo comma dell'art. 840-*ter* c.p.c., l'ordinanza sull'ammissibilità della domanda dell'azione di classe è reclamabile innanzi alla Corte d'appello nel termine di trenta giorni dalla sua comunicazione o dalla notificazione, se anteriore.

³⁵ Uno degli aspetti che segnano la maggiore differenza tra la disciplina italiana dell'azione di classe italiana rispetto a quella dell'ordinamento statunitense è da individuare nel diverso bilanciamento tra la prima fase del procedimento, consistente nel filtro di ammissibilità, e la fase dell'accertamento dei diritti dei singoli appartenenti alla classe. Infatti, mentre nell'ordinamento italiano il procedimento si caratterizza per una fase-filtro snella e una successiva fase di accertamento e liquidazione del danno più complicata e macchinosa, il procedimento della *class action* statunitense vede uno sbilanciamento nella prima fase della c.d. *certification*. Il giudice statunitense, al fine di dichiarare ammissibile la *class action* – ed emettere il *certification order* – è chiamato a verificare la sussistenza dei requisiti della *Rule 23*, ossia *numerosity*, *commonality*, *typicality* e *adequacy of representation*; valutazione che viene svolta con particolare rigore dalla Corti degli Stati Uniti. Sul punto: HAWKINS, *Current Trends in Class Action Employment Litigation*, in *Labor Lawyer*, 2003, 1, 36 ss.; più di recente sulla *class action* in materia di qualificazione del rapporto dei lavoratori di *Uber* si veda CRANK, O'Connor v. Uber Technologie, inc.: *The Dispute Lingers – Are Workers in the On-Demand Economy Employees or Independent Contractors?*, in *American Journal of Trial Advocacy*, 2016, 3, 616 ss.

³⁶ CONSOLO, *Artt. 840-bis-840-sexiesdecies: la nuova azione di classe e la nuova inibitoria*, op. cit.

³⁷ Qualora il ricorrente coincida con una associazione o una organizzazione legittimata all'azione ai sensi dell'art. 840-*bis* c.p.c. il giudice emetterà una condanna generica.

³⁸ Il cui contenuto è dettagliato nelle previsioni dell'art. 840-*septies* c.p.c.

al quale «il giudice, con decreto motivato, quando accoglie in tutto o in parte la domanda di adesione, condanna il resistente al pagamento delle somme o delle cose dovute a ciascuno aderente a titolo di risarcimento o di restituzione» (art. 840-*octies*, comma 5, c.p.c.). Infine, il rappresentante comune degli aderenti può ricorrere all'esecuzione forzata del decreto di cui all'art. 840-*octies* c.p.c. qualora il debitore non provveda spontaneamente al pagamento delle somme *ivi* stabilite, come avviene nel caso di adempimento spontaneo ai sensi dell'art. 840-*duodicies* c.p.c.

L'azione di classe di cui agli artt. 840-*bis* c.p.c. si caratterizza quindi per la scelta del modello dell'*opt-in*³⁹: coloro che intendono partecipare al procedimento – sebbene non come parte formale – sono tenuti a presentare domanda di adesione ai sensi del primo comma dell'art. 840-*quinquies* c.p.c. o dell'art. 840-*septies* c.p.c. Fondamentale risulta pertanto la pubblicità e, conseguentemente, la conoscibilità del procedimento che viene garantita attraverso il portale dei servizi telematici gestito dal Ministero della giustizia di cui al secondo comma dell'art. 840-*ter* c.p.c.⁴⁰.

Altro tratto caratterizzante l'azione di classe è rappresentato dai poteri istruttori del giudice disciplinati all'art. 840-*quinquies* c.p.c. Il tribunale, non solo può avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici per l'accertamento della responsabilità del convenuto (art. 840-*quinquies*, comma 4, c.p.c.) ma, ai sensi del quinto comma dell'art. 840-*quinquies* c.p.c., il giudice «su istanza motivata del ricorrente, contenente l'indicazione dei fatti e prove ragionevolmente disponibili dalla controparte, sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda [...] può ordinare al resistente l'esibizione delle prove rilevanti che rientrano nella sua disponibilità». L'effettività del potere istruttorio del giudice è garantita dalle sanzioni pecuniarie individuate dal successivo comma 11 e 12 ma, soprattutto, dalla previsione di cui al tredicesimo comma: in caso di mancata ottemperanza all'ordine di esibizione delle prove «il giudice, valutato ogni altro elemento di prova, può ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce».

Solamente un articolo del Titolo VIII-*bis* del Libro Quarto c.p.c. è dedicato all'azione inhibitoria collettiva. Rispetto all'azione di classe di cui all'art. 840-*bis* c.p.c. non è ravvisabile alcuna differenza in termini di legittimazione attiva e passiva, né per quanto riguarda la competenza territoriale. Diverso è, invece, il rito designato dal legislatore che consiste nel rito camerale di cui agli artt. 737 e seguenti c.p.c.; le previsioni in essi contenute, così come le disposizioni dell'art. 840-*quinquies* c.p.c., sono applicabili solo in quanto compatibili. Viene inoltre ribadito che il tribunale può avvalersi di dati statistici e presunzioni sem-

³⁹ Tale scelta del legislatore costituisce un altro punto di lontananza rispetto alla *call action* statunitense che, diversamente, si basa sul meccanismo dell'*opt-out*. Pertanto, «negli Stati Uniti l'efficacia della sentenza colpisce tutti i *class members* di una *class action* che non hanno esercitato l'*opt-out*»; così a GERARDO, *Comparazione tra la disciplina della class action nel diritto statunitense e l'azione di classe italiana alla luce della legge n. 31 del 2019*, cit., che mette in evidenza quali sono i vantaggi che ha prodotto l'utilizzo del meccanismo dell'*opt-out* e i profili di incompatibilità dello stesso rispetto all'ordinamento costituzionale italiano.

⁴⁰ Consultabile al seguente link (visitato il 29 maggio 2024) in https://servizipst.giustizia.it/PST/it/pst_2_16.wp

plici (art. 840-*sexdecies*, comma 5, c.p.c.). Suscitano poi particolare interesse le previsioni di cui al sesto e al settimo comma dell'art. 840-*sexdecies* c.p.c. Viene attribuito al giudice il potere di adottare, unitamente alla condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, i provvedimenti di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. (c.d. *astreinte*) – anche al di fuori dei casi *ivi* previsti – nonché di ordinare alla parte soccombente di adottare «misure idonee ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate» (art. 840-*sexdecies*, comma 7, c.p.c.). In chiusura, l'ultimo comma dell'art. 840-*sexdecies* c.p.c. fa salve le disposizioni previste in materia di leggi speciali.

Dall'affacciarsi nell'ordinamento processuale italiano del nuovo Titolo VIII-*bis* del Libro Quarto c.p.c. non è passato molto tempo prima che la dottrina cogliesse le possibilità di utilizzo dello strumento nell'ambito delle controversie di lavoro⁴¹. Nessun dubbio è sorto rispetto alla possibilità per il singolo lavoratore di azionare gli strumenti disciplinati dagli artt. 840-*bis* e 840-*sexdecies* c.p.c. né rispetto all'identificazione dei lavoratori come un gruppo omogeneo; meno immediato è stato invece il riconoscimento del ruolo di legittimati attivi proprio in capo alle organizzazioni sindacali.

3.1. Il problema della legittimazione e dell'iscrizione del sindacato...ma è davvero un problema?

Ad accompagnare l'introduzione del Titolo VIII-*bis* del Libro Quarto c.p.c., l'art. 2 l. n. 31/2019 ha previsto l'inserimento di due nuovi articoli nelle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile, gli artt. 196-*bis* e 196-*ter*. In particolare, quest'ultimo delegava il Ministero della giustizia a adottare, con decreto, l'elenco delle organizzazioni e associazioni legittimate all'azione di classe ai sensi dell'art. 840-*bis* c.p.c.⁴².

Con il decreto del 17 febbraio 2022, n. 27⁴³, il Ministro della giustizia ha provveduto a dare attuazione alla delega e ha escluso le organizzazioni sindacali dall'elenco delle organizzazioni e associazioni legittimate ad agire nelle azioni di classe a tutela di diritti individuali omogenei, includendo i soli enti individuati dall'art. 4 d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (c.d. Codice del Terzo settore).

⁴¹ Tra cui BASTIANELLI, *Nuova "class action" all'italiana: i lavoratori troveranno l'America?*, in *RTDPC*, 2023, 2, 679 ss.; DALFINO, *Tecniche di risoluzione delle "questioni comuni" ai lavoratori*, in *LDE*, 2021, 4; DE SANTIS, *Processo di classe per le controversie di lavoro?*, in *LDE*, 2021, 4; G. RECCHIA, *Il sindacato va al processo: interessi collettivi dei lavoratori e azione di classe*, in *LDE*, 2021, 4.

⁴² In particolare, il decreto doveva contenere i requisiti per l'iscrizione nell'elenco (tra cui: la verifica delle finalità programmatiche, dell'adeguatezza a rappresentare e tutelare i diritti omogenei azionati e della stabilità e continuità delle associazioni e delle organizzazioni stesse, nonché la verifica delle fonti di finanziamento utilizzate), i criteri per la sospensione e la cancellazione delle organizzazioni e associazioni iscritte, nonché il contributo dovuto ai fini dell'iscrizione e del mantenimento della stessa (fissato in misura tale da consentire comunque di far fronte alle spese di istituzione, di sviluppo e di aggiornamento dell'elenco) e, infine, le modalità di aggiornamento dell'elenco stesso.

⁴³ Regolamento in materia di disciplina dell'elenco pubblico delle organizzazioni e associazioni di cui agli articoli 840-*bis* del codice di procedura civile e 196-*ter* delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile, come introdotti dalla legge 12 aprile 2019, n. 31, recante disposizioni in materia di azione di classe.

Non è tardata la reazione delle organizzazioni sindacali. Cgil e Usb hanno impugnato il decreto del 17 febbraio 2022, n. 27 innanzi al Tar Roma il quale ha definito «palesamente illogica e irragionevole»⁴⁴ l'esclusione delle organizzazioni sindacali poiché «storicamente, la nascita del sindacato è funzionale all'esercizio di iniziative collettive a difesa della "classe" dei lavoratori (es. la contrattazione collettiva): pertanto, precludere a tale soggetto la tutela giurisdizionale, anch'essa collettiva, appare antitetico con la generalità del rimedio disciplinato dal legislatore»⁴⁵. Con tale motivazione, il Tar Roma emette una pronuncia di annullamento parziale avente efficacia che, secondo l'indirizzo costante della giurisprudenza amministrativa⁴⁶, si estende anche a coloro che non hanno preso parte al giudizio di impugnazione dell'atto avente una pluralità di destinatari, un contenuto inscindibile e che risulti affetto da vizi di validità tali da inficiarne il contenuto in modo indivisibile per tutti i destinatari⁴⁷.

A livello normativo sembrano dunque superati gli ostacoli che limitavano la legittimazione attiva del sindacato all'esperimento dell'azione di classe *ex art. 840-bis c.p.c.*⁴⁸ Permangono invece i dubbi di coloro i quali ritengono che il requisito dell'iscrizione possa "inospettare" le organizzazioni sindacali a causa del controllo di trasparenza sui bilanci che il Ministero della giustizia dovrebbe operare al fine di consentire l'iscrizione all'elenco⁴⁹ nonché per il carattere evocativo delle previsioni contenute nell'inattuata seconda parte dell'art. 39 della Costituzione. Si tratta di dubbi che possono essere superati anche grazie a quanto recentemente chiarito dalla pronuncia del Tar Roma ove viene spiegato che «al fine di garantire la bontà dell'iniziativa giurisdizionali, è stata prevista una limitazione della legittimazione per mezzo dell'iscrizione nel già menzionato elenco pubblico: si tratta di una speciale abilitazione che trova la sua (ragionevole) spiegazione nella necessità di evitare la creazione di scatole vuote senza requisiti di stabilità e rappresentatività, foriere di contenziosi giurisdizionali, avviati per finalità esclusivamente emulative». Il giudice amministrativo sembra ben conscio del fatto che, in un contesto caratterizzato da un elevatissimo grado di frammentazione dell'azione sindacale, l'apertura generalizzata e indistinta

⁴⁴ Tar Lazio, sez. I, 23 giugno 2023, n. 10653, paragrafo 9.3, in *DRI*, 2023, 4, 1110.

⁴⁵ Tar Lazio, sez. I, 23 giugno 2023, n. 10653, cit., paragrafo 9.5.

⁴⁶ *Ex multis* Cons. Stato, sez. VI, 6 settembre 2010, n. 6473, in *FA*, 2010, 9, 1892, che richiama Cons. Stato, sez. IV, 16 giugno 2007, n. 3289 in *FA*, 2007, 6, 1799.

⁴⁷ RECCHIA, "Oltre il giardino" del processo del lavoro: azione di classe e legittimazione attiva del sindacato, in *RGL*, 2023, 3, 340.

⁴⁸ RECCHIA, *Il sindacato va al processo: interessi collettivi dei lavoratori e azione di classe*, op. cit., aveva precedentemente sostenuto che «la rappresentanza degli interessi del lavoro ha un fondamento assai diverso da quello della rappresentanza di qualunque altro interesse e conosce, già a livello costituzionale, la differenza tra le previsioni dell'art. 18 e dell'art. 39, primo comma: esse non si pongono, come è noto, in un rapporto di *genus* e *species*, perché il fine sindacale è riconosciuto in maniera incondizionata, proprio in quanto diretto all'autotutela di interessi connessi a relazioni giuridiche in cui sia dedotta l'attività di lavoro. Tanto dovrebbe dunque bastare a ritenere che il decreto ministeriale (e l'elenco per esso istituito) non sia necessario ai fini della legittimazione ad agire delle organizzazioni sindacali». Nello stesso senso RAZZOLINI, *Azione di classe e legittimazione ad agire del sindacato a prescindere dall'iscrizione nel pubblico elenco: prime considerazioni*, in *LDE*, 2021, 4.

⁴⁹ CRISTOFOLINI, *Sindacato e trasparenza finanziaria in prospettiva comparata*, in *DLRI*, 2021, 1, 97 ss.

all'utilizzo dell'azione di classe e dell'inibitoria collettiva da parte di sindacati aventi basso grado di rappresentatività potrebbe essere utilizzata in modo opportunistico, con riflessi distorti sul piano delle relazioni industriali⁵⁰.

Una nuova freccia da scoccare per le organizzazioni sindacali: quest'ultime dispongono ora di uno strumento, di carattere generale, mediante il quale accedere al processo per azioni a tutela di singole e specifiche situazioni a titolarità individuale ma che, per il loro carattere diffuso e omogeneo, si risolvono nella creazione di un danno – o nella costituzione di un pericolo – per la generalità o per un gruppo di lavoratori individuabile come classe. Quella dell'azione di classe – e dell'inibitoria collettiva – è una tessera che si aggiunge al mosaico delle disposizioni normative che definiscono il rapporto tra sindacato e processo ma che, in definitiva, rispecchia l'insieme delle funzioni dell'azione sindacale e le correda di un apposito strumento di tutela attraverso l'azione in giudizio.

4. L'azione di classe e l'inibitoria collettiva nel contrasto alle discriminazioni

Come si è avuto modo di vedere, il diritto antidiscriminatorio non ha tardato ad attribuire anche alle organizzazioni sindacali la legittimazione ad agire a tutela delle situazioni dei singoli lavoratori discriminati – per delega *ex art.* 5, comma 1, d.lgs. n. 215/2003, art. 5, comma 1, d.lgs. n. 216/2003 e art. 38, comma 1, d.lgs. n. 198/2006 – o nei casi di discriminazione collettiva⁵¹ ai sensi dell'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 215/2003 e dell'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 216/2003 nonché dell'art. 44, comma 10, d.lgs. n. 286/1998. Né sono mancati i casi in cui le organizzazioni sindacali hanno utilizzato gli strumenti messi a disposizione dalle previsioni di diritto antidiscriminatorio⁵².

In questa cornice le previsioni del titolo VIII-*bis* del Libro Quarto c.p.c. possono assumere rilevanza in quanto il risultato della loro applicazione potrebbe consentire il progredire dell'effettività della tutela apprestata dalle norme di diritto antidiscriminatorio attraverso l'azione del sindacato nell'ambito del processo.

⁵⁰ D'altra parte, la necessità di operare una selezione tra organizzazioni sindacali non è un problema nuovo per il legislatore che ha spesso utilizzato i criteri della maggiore rappresentatività, prima, e della maggiore rappresentatività comparata più di recente.

⁵¹ Alcune pronunce della Corte di giustizia (C. giust., 18 luglio 2008, causa C-54/07, *Ferym*, in www.curia.europa.eu; C. giust., 25 aprile 2013, causa C-81/12, *Accept*, in www.curia.europa.eu) hanno affermato la compatibilità con il diritto dell'Unione Europea dell'iniziativa processuale del sindacato che agisca a tutela di c.d. discriminazioni potenziali.

⁵² BIASI, *L'algoritmo di Deliveroo sotto la lente del diritto antidiscriminatorio*, in *ADL*, 2021, 3, 780 ss.; FROSECCHI, *Antisindacalità o discriminazione? La condotta di Ryanair e l'“imbarazzo” della scelta sull'azione giudiziale*, in *RGL*, 2020, 1, 158 ss. Sul punto si veda anche RAZZOLINI, *Class action: l'azione in giudizio del sindacato verso un cambio di paradigma*, in *RIDL*, 2023, 1, 126 ss. cui si rinvia anche per l'indicazione in nota dei contributi a commento delle sentenze sul caso Fiat (App. Roma, 19 ottobre 2012), Ryanair (App. Brescia, 24 luglio 2019) e Deliveroo (Trib. Bologna, 31 dicembre 2020).

La prima rilevante funzione riconducibile tanto all'azione di classe *ex art. 840-bis* c.p.c. quanto all'inibitoria collettiva di cui all'art. 840-*sexdecies* c.p.c. è quella di fungere da collante tra le discipline speciali e specifiche dei singoli fattori tutelati dal diritto antidiscriminatorio. Quello a cui si sta facendo riferimento non è una astratta omogeneizzazione delle norme processuali sopra richiamate; a ciò osterebbe, in particolare, la previsione di cui al decimo comma dell'art. 840-*sexdecie* c.p.c. che fa espressamente salve le disposizioni di leggi speciali, tra cui anche le previsioni di diritto antidiscriminatorio. Quest'ultime lasciano degli spazi vuoti che gli strumenti processuali di diritto antidiscriminatorio non consentono di colpire in considerazione delle caratteristiche strutturali di tale disciplina il cui carattere frammentato e intermittente origina dalla predisposizione di una tutela per fattori, anziché per settore disciplinare.

Il primo caso è quindi quello delle c.d. discriminazioni multiple ove il trattamento differenziato è attuato in relazione a più di un fattore tutelato dal diritto antidiscriminatorio⁵³. L'altro caso è invece quello delle c.d. discriminazioni intersezionali, ossia quelle ipotesi in cui «la persona, potenziale vittima di una discriminazione, appartiene allo stesso tempo a due (o più) gruppi protetti e la disparità di trattamento è conseguente alla combinazione di tali fattori»⁵⁴. Si tratta di tipologie di discriminazione che si caratterizzano per la «plurioffensività» del trattamento differenziato che, sul piano sostanziale, interessano più di un fattore tutelato dal diritto antidiscriminatorio ma che non trovano risposta sul piano processuale in quanto a ciascun fattore si ricollega una diversa disciplina speciale.

Tra esse assume particolare rilevanza la discriminazione intersezionale della quale sono state recentemente messe in luce le potenzialità nell'ambito del contrasto alle discriminazioni di genere⁵⁵. Il presupposto di tale affermazione è che il divieto di discriminazione fondato sul genere colpisce un insieme di situazioni ampio e differenziato rispetto al quale l'approccio intersezionale potrebbe consentire di «guardare dentro le singole identità, per coglierne [...] le diversificazioni, che [...] riguardano la complessa sfera dell'universo femminile»⁵⁶. Proprio in tale contesto le discriminazioni intersezionali hanno trovato riconoscimento normativo attraverso la previsione nella dir. (UE) 2023/970 del parlamento Europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023 volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di

⁵³ Simultaneamente, nel caso delle c.d. discriminazioni aggiuntive, o in momenti diversi, così come nel caso delle c.d. discriminazioni sequenziali.

⁵⁴ MILITELLO, STRAZZARI, *I fattori di discriminazione*, in BARBERA, GUARISO, (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, cit., 156 ss.

⁵⁵ CORAZZA, *Diritto antidiscriminatorio e oltre: il lavoro delle donne come questione redistributiva. Atti giornate di studio AIDLASS. Messina, 23-25 maggio 2024*, la cui versione provvisoria è consultabile in https://aidlass.it/wp-content/uploads/2024/05/Corazza_relazione-Aidlass-XXI.pdf (visitato il 31 maggio 2024), 40 ss.; VOZA, *Eguaglianza e discriminazioni nel diritto del lavoro. Un profilo teorico. Atti giornate di studio AIDLASS. Messina, 23-25 maggio 2024*, la cui versione provvisoria è consultabile in <https://aidlass.it/wp-content/uploads/2024/05/Relazione-VOZA.pdf> (visitato il 31 maggio 2024), 41 ss.

⁵⁶ CORAZZA, *Diritto antidiscriminatorio e oltre: il lavoro delle donne come questione redistributiva. Atti giornate di studio AIDLASS. Messina, 23-25 maggio 2024*, cit., 42.

pari valore attraverso la trasparenza retributiva e i relativi meccanismi di applicazione⁵⁷. L'art. 3 definisce la discriminazione intersezionale come «la discriminazione fondata su una combinazione di discriminazioni fondate sul sesso e su qualunque altro motivo di cui alla direttiva 2000/43/CE o alla direttiva 2000/78/CE». Ai sensi del successivo art. 16, le discipline di attuazione degli Stati membri devono tenere in considerazione il carattere intersezionale della discriminazione ai fini della quantificazione del risarcimento del danno derivante dalla violazione di un diritto o di un obbligo connesso al principio della parità di retribuzione.

In questo spazio, non coperto dalla disciplina speciale relativa al singolo fattore tutelato, possono quindi trovare applicazione – al ricorrere dei presupposti di legge – gli strumenti di cui al Titolo VIII-*bis* del Libro Quarto c.p.c. Quest'ultimi consentono di trasferire sul piano processuale quello che la fattispecie delle discriminazioni intersezionali permette di afferrare sul piano sostanziale, ossia «di cogliere il disvalore delle discriminazioni sovrapposte e di prestare attenzione [...] alle ipotesi in cui diversi fattori di discriminazione si concentrano su una stessa persona». Comportamenti discriminatori aventi tali caratteristiche acquisiscono maggiore pericolosità sociale ove assumano carattere collettivo danneggiando una pluralità di individui che si trovino nella medesima situazione; quest'ultimi, qualora le condotte discriminatorie siano attuate in un contesto lavorativo, potrebbero trovare proprio nell'intervento delle organizzazioni sindacali un valido alleato sul piano processuale.

Risulta allora evidente come l'inibitoria collettiva *ex art. 840-sexdecies* c.p.c. trovi in questi casi un fisiologico ambito di applicazione e come, rispetto ad altri strumenti processuali propri del diritto antidiscriminatorio, possa condurre a risultati aventi (forse) maggiore efficacia, soprattutto nel contesto lavorativo. Il motivo di tale affermazione deve essere ricercato nelle previsioni di cui al sesto e settimo comma dell'art. 840-*sexdecies* c.p.c. Il giudice, unitamente alla condanna, può adottare i provvedimenti di cui all'art. 614-*bis* c.p.c.: per questa via potrebbe quindi trovare applicazione anche nelle controversie in

⁵⁷ Lo stesso art. 25 d.lgs. n. 198/2006 – come risultante a seguito delle modifiche introdotte dalla l. n. 162/2021 – reca una definizione di discriminazione di genere che prende in considerazione una serie di fattori ulteriori rispetto al genere operando, pertanto, secondo la logica delle discriminazioni intersezionali. Il comma 2-*bis* dell'art. 25 d.lgs. n. 198/2006 dispone infatti che «costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, ogni trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro che, in ragione del sesso, dell'età anagrafica, delle esigenze di cura personale o familiare, dello stato di gravidanza nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti, pone o può porre il lavoratore in almeno una delle seguenti condizioni: a) posizione di svantaggio rispetto alla generalità degli altri lavoratori; b) limitazione delle opportunità di partecipazione alla vita o alle scelte aziendali; c) limitazione dell'accesso ai meccanismi di avanzamento e di progressione nella carriera». Sul punto, PASQUALETTO, *La complicata nozione di discriminazione di genere dopo la legge n. 162/2021*, in *DRI*, 2024, 2, 371, secondo cui «è condivisibile l'idea per la quale il legislatore ha voluto colpire proprio questo tipo di accettabili disparità di trattamento, allo scopo di consentire più facilmente l'utilizzo delle tecniche di tutela (anche processuale) legate al genere (e soprattutto a quello femminile) nelle assai frequenti situazioni in cui questo fattore interferisce con altre condizioni personali ed in specie con quelle che sono state aggiunte all'elenco del comma 2-*bis*».

materia di discriminazioni in ambito lavorativo la c.d. *astreinte*⁵⁸. Quest'ultima, attraverso l'imposizione di un peso economico sul soccombente in caso di inottemperanza, rafforza il carattere coercitivo – e, pertanto, l'efficacia – della statuizione del giudice. Si tratta di una conclusione supportata dal dato normativo dello stesso art. 840-*sexdecies* c.p.c. il cui ultimo comma fa salve le disposizioni previste in materia di leggi speciali; tra queste non sembrerebbero però rientrare le previsioni dello stesso codice di procedura civile di cui agli artt. 409 e seguenti⁵⁹. Discipline contenute in leggi speciali sono quelle di cui al d.lgs. n. 215/2003, al d.lgs. n. 216/2003, al d.lgs. n. 198/2006 e al d.lgs. n. 286/1998 che però non trovano applicazione nel caso di discriminazione intersezionale o collettiva, ove pertanto è possibile individuare uno spazio applicativo per l'art. 840-*sexdecies* c.p.c. A supporto di tale ricostruzione è poi possibile addurre un argomento di carattere generale secondo il quale il contrasto alle discriminazioni costituisce un interesse che trascende la sfera lavorativa e che trova fondamento nell'art. 3 della Costituzione nonché nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La considerazione della rilevanza dell'interesse in gioco potrebbe allora consentire di avallare un'interpretazione estensiva del sesto comma dell'art. 840-*sexdecies* c.p.c. che, basandosi sul dato letterale, porti ad affermare l'applicabilità dell'art. 614-*bis* c.p.c. ai casi di accertata discriminazione nel contesto lavorativo, in quanto maggiormente tutelante dell'interesse costituzionalmente rilevante.

Il giudice, ai sensi del settimo comma dell'art. 840-*sexdecies* c.p.c., può inoltre ordinare al soccombente di adottare misure idonee a eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate. Evidente è l'assonanza con la previsione di cui all'art. 37, comma 3, d.lgs. n. 198/2006⁶⁰ che però, grazie al carattere di norma generale dell'art. 840-*sexdecies* c.p.c., trova applicazione in ambiti ulteriori rispetto a quello dei casi di discriminazione di genere di cui al Capo II del Libro III d.lgs. n. 198/2006, in particolare quello delle discriminazioni intersezionali.

Le c.d. discriminazioni di carattere oggettivo costituiscono un altro ambito in cui le previsioni relative ai divieti di discriminazione non sono sempre accompagnate da specifiche disposizioni processuali. I lavoratori vittime di trattamenti differenziati ai sensi dell'art. 7 o dell'art. 25 d.lgs. n. 81/2015, al fine di far valere il loro diritto alla parità di trattamento,

⁵⁸ Sull'irragionevolezza dell'esclusione dell'applicazione dello strumento di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. alle controversie in materia di lavoro si veda BIASI, *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro: compensazione, sanzione, deterrenza*, Giuffrè, 2022, 140 ss.

⁵⁹ Ad una opposta ricostruzione conduce invece la lettura dei lavori preparatori alla c.d. Riforma Cartabia della Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi, in particolare del documento contenente Proposte normative e illustrative, 24 maggio 2021 articolo 7, lettera b). In tale contesto è stata espressamente espunta la proposta della Commissione di riforma presieduta dal Prof. Luiso di introdurre nelle cause di lavoro la possibilità di applicare le misure di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. Sul punto, ATTANASIO, *Riforma del processo civile: le modifiche al rito del lavoro*, in *Euroconference*, 2023, 2, in nota a p. 59.

⁶⁰ Secondo cui «il giudice, nella sentenza che accerta le discriminazioni [...] ordina all'autore della discriminazione di definire un piano di rimozione delle discriminazioni accertate [...]. Nella sentenza il giudice fissa i criteri, anche temporali, da osservarsi ai fini della definizione ed attuazione del piano».

dovranno pertanto ricorrere all'esperimento degli strumenti di carattere ordinario, senza poter beneficiare dell'agevolazione probatoria di cui all'art. 28 d.lgs. n. 150/2011. La stessa considerazione riguarda i lavoratori somministrati o i lavoratori che svolgano la prestazione in modalità agile ai quali vengano applicate condizioni economiche e normative complessivamente inferiori a quelle dei lavoratori, rispettivamente, direttamente impiegati dall'utilizzatore o che svolgono la loro prestazione presso la sede del datore di lavoro. Tuttavia, al verificarsi di un trattamento differenziato che colpisca indistintamente la generalità dei lavoratori con contratti atipici, il singolo lavoratore o le organizzazioni sindacali potrebbero ora decidere di fare ricorso, in considerazione della specifica situazione da tutelare, allo strumento dell'azione di classe *ex art. 840-bis c.p.c.* o all'inibitoria collettiva di cui all'art. 840-*sexdecies c.p.c.* Quest'ultimi prevedono la possibilità per il tribunale di avvalersi delle prove di dati statistici e di presunzioni semplici oltre che di esercitare i poteri istruttori di cui all'art. 840-*quinquies*, comma 5 e seguenti, c.p.c., espressamente richiamato al quarto comma dell'art. 840-*sexdecies c.p.c.* Si tratta di disposizioni che potrebbero agevolare sul piano processuale la posizione dei lavoratori nei casi di discriminazione collettiva di carattere oggettivo, anche lì dove rappresentati dalle organizzazioni sindacali. Le disposizioni da ultimo richiamate consentono infine di mettere l'accento su un ulteriore profilo funzionale dell'utilizzo dell'azione di classe⁶¹ in chiave di strumento per il contrasto alle discriminazioni, ossia quello attinente alla ripartizione dell'onere della prova.

Il ricorso ai dati statistici nel giudizio sull'accertamento del carattere discriminatorio di una condotta non è cosa nuova⁶²: il quarto comma dell'art. 28 d.lgs. n. 150/2011 prevede che, qualora il ricorrente fornisca «elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione». Parzialmente diversa è la formulazione dell'art. 40 d.lgs. n. 198/2006, in base al quale il ricorrente deve fornire «elementi di fatto, di carattere statistico [...] idonei a fondare, in termini *precisi e concordanti*, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso». Sul punto è però intervenuta la Corte di Cassazione la quale afferma con orientamento consolidato che «il d.lgs. n. 198 del 2006, art. 40 stabilisce un'attenuazione del regime probatorio ordinario in favore della parte ricorrente, la quale è tenuta solo a dimostrare una ingiustificata differenza di trattamento o anche solo una posizione di particolare svantaggio dovute al fattore di rischio tipizzato dalla legge in termini tali da integrare una presunzione di discriminazione»⁶³.

⁶¹ Le considerazioni che seguono sono esclusivamente riferite allo strumento di cui all'art. 840-*bis c.p.c.*

⁶² Sul punto VARVA, *Presunzioni e prova statistica nel diritto antidiscriminatorio tra ordinamento italiano, europeo e statunitense*, in CHIARAMONTE, FERRARA, (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica*, Franco Angeli, 2018, 197 ss.

⁶³ Cass., 3 febbraio 2023, n. 3361, in *LG*, 2023, 5, 521, con nota di GIOVANARDI, GUARNIERI, LUDOVICO, TREGLIA, che richiama sul punto i principi espressi da Cass., 26 febbraio 2021, n. 5476, in *GI*, 2021, 10, 2173, con nota di MAZZANTI. Sull'applicabilità del regime probatorio anche in caso di molestie di veda Cass., 15 novembre 2019, n. 23286, in *cortedicassazione.it*.

Come è stato evidenziato⁶⁴, la stretta connessione tra profili sostanziali e profili processuali in materia di diritto antidiscriminatorio viene quindi messa in risalto dall'introduzione di un regime di prova agevolato nell'ambito del quale l'utilizzo del dato statistico costituisce solamente uno degli elementi che possono essere presi in considerazione dal giudice⁶⁵. Quella che è stata definita una "inversione condizionata" dell'onere della prova⁶⁶ nell'accertamento del carattere discriminatorio della condotta non trova però margine di applicazione in materia di risarcimento del danno che «deve inevitabilmente seguire i criteri ordinari, pur con l'ampio e inevitabile ricorso alle presunzioni che deve accompagnare la prova del danno non patrimoniale in tema di diritti fondamentali della persona»⁶⁷.

È proprio sotto tale profilo che risulta di particolare interesse la possibilità di fare ricorso all'azione di classe di cui all'art. 840-*bis* c.p.c. Infatti, nonostante tale disposizione non introduca un regime di prova agevolato quale quello disciplinato all'art. 28 d. lgs. n. 150/2011, la possibilità di richiedere al giudice di ordinare alla parte resistente l'esibizione di prove rilevanti nella sua disponibilità (art. 840-*quinquies*, comma 5, c.p.c.) oltre che di far gravare sul ricorrente l'anticipo delle spese e dell'acconto sul compenso del consulente tecnico d'ufficio (art. 840-*quinquies*, comma 3, c.p.c.) identificano un assetto del carico probatorio dalla distribuzione non omogenea in quanto sbilanciato a favore del ricorrente. Pertanto, nel caso di azioni di classe avviate per contrastare comportamenti seriali del datore di lavoro aventi carattere discriminatorio, l'apparato processuale definito dalla disciplina di cui all'art. 840-*quinquies* c.p.c. potrebbe agevolare il ricorrente – e gli aderenti – sotto il profilo della prova in materia di risarcimento del danno derivante dalla discriminazione subita⁶⁸.

L'agevolazione sotto il profilo delle spese potrebbe poi "invogliare" i lavoratori ad intraprendere l'azione di classe e a portare innanzi al giudice quelle situazioni a cui è più difficile dare seguito sul piano individuale ma che, nella loro dimensione processual-collettiva, potrebbero acquisire maggiore forza deterrente. Un'azione volta a richiedere il risarcimento del danno per un'intera categoria di lavoratori discriminati è infatti cosa ben diversa dall'azione volta a conseguire il risarcimento per un singolo lavoratore discriminato. Dall'altro lato, la necessità di difendersi nel procedimento di cui all'art. 840-*bis* c.p.c. comporta per il datore di lavoro un notevole sforzo economico. Ciò sia in considerazione dei maggiori costi che gravano su di lui in ragione della disciplina di cui all'art. 840-*bis* c.p.c., sia per la necessità di evitare un esito infausto del processo che potrebbe acquisi-

⁶⁴ GUARISO, MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, cit., 459 ss.

⁶⁵ I dati che possono essere presi in considerazione dal giudice sono elencati in modo ampio da C. giust., 16 luglio 2015, causa C-83/14, *Chez*, in *www.curia.europa.eu*, paragrafi 78 e seguenti.

⁶⁶ VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro. Tredicesima edizione*, Giappichelli, 2021, 309.

⁶⁷ GUARISO, MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, cit., 465.

⁶⁸ Nonostante si debba tenere in considerazione la necessità di superare la difficoltà consistente nella dimostrazione della necessaria omogeneità dei crediti risarcitori dei vari lavoratori come evidenziato da CONSOLO, *Artt. 840-bis-840-sexiesdecies: la nuova azione di classe e la nuova inibitoria*, cit.

re notevoli proporzioni proprio in considerazione della dimensione collettiva dell'azione esperita.

Lo spazio per lo sviluppo dell'azione di classe *ex art. 840-bis* c.p.c. e dell'inibitoria collettiva di cui all'art. 840-*sexdecies* c.p.c. in chiave di strumenti per il contrasto alle discriminazioni nel contesto lavorativo sembra quindi tutt'altro che assente.

5. Sindacato e lavoratori discriminati: *a win-win situation* attraverso l'esperimento dell'azione di classe (breve riflessioni conclusive)

Tutt'altro che irrilevante appare inoltre il ruolo che il sindacato è chiamato a svolgere proprio attraverso l'esperimento dell'azione di classe e dell'inibitoria collettiva al fine di contrastare le discriminazioni subite dai lavoratori. Ruolo che è stato riconosciuto anche dal Tar Roma lì dove ha affermato che «storicamente, la nascita del sindacato è funzionale all'esercizio di iniziative collettive a difesa della “classe” dei lavoratori»⁶⁹. Nell'ambito del diritto antidiscriminatorio la “classe” dei lavoratori attraversa un processo di specificazione il cui risultato sono gruppi di persone contraddistinte da determinate caratteristiche tutelate e che, proprio in ragione di tali caratteristiche, subiscono trattamenti meno favorevoli rispetto alla generalità dei lavoratori.

È quindi a tutela di queste nuove classi di lavoratori che la funzione delle organizzazioni sindacali conosce un nuovo spazio di espansione attraverso l'azione processuale consistente nell'esperimento dell'azione *ex art. 840-bis* c.p.c. e dell'inibitoria collettiva disciplinata all'art. 840-*sexdecies* c.p.c. Si tratta di classi di lavoratori deboli perché individuabili attraverso uno o più di quei fattori a cui il diritto antidiscriminatorio fornisce tutela in quanto specchio di una debolezza sul piano sociale che si riverbera nel contesto lavorativo. Qualora le organizzazioni sindacali decidessero di perseguire la strada aperta dal Titolo VIII-*bis* del Libro Quarto c.p.c., le nuove classi di lavoratori deboli si troverebbero pertanto a poter contare su un alleato in grado di fare da apripista sul piano processuale alle pretese dei singoli oltre che da scudo nel caso di esito negativo della controversia. L'attuale disciplina dell'azione di classe consente infatti di aderire solamente dopo la sentenza di accertamento così azzerando il rischio di intraprendere azioni infruttuose e di rimanere esposti a comportamenti ritorsivi del datore di lavoro durante lo svolgimento del processo.

Le classi deboli che potrebbero trarre beneficio dall'attivismo processuale delle organizzazioni sindacali consistente nell'utilizzo dell'azione di classe e dell'inibitoria collettiva sono proprio quelle che, nell'attuale contesto delle relazioni industriali, risultano meno rappre-

⁶⁹ Tar Lazio, sez. I, 23 giugno 2023, n. 10653, cit., par. 9.5.

sentate dall'azione contrattuale dei sindacati. La debolezza sociale delle classi di individui tutelati dal diritto antidiscriminatorio si dimostra anche nell'ambito della dimensione collettiva che vede lavoratrici, lavoratori disabili, lavoratori anziani e lavoratori precari e stranieri scarsamente rappresentati dalle scelte che si traducono nello svolgersi dell'azione sindacale sul piano contrattuale⁷⁰. L'utilizzo degli strumenti di cui al Titolo VIII-*bis* del Libro Quarto c.p.c. potrebbe quindi restituire alle organizzazioni sindacali una posizione rafforzata in termini di rappresentatività di una forza lavoro sempre meno uniforme e dalle esigenze sempre più differenziate.

Si potrebbe forse arrivare ad affermare che, se le organizzazioni sindacali non daranno seguito, attraverso l'azione di classe o altri strumenti, anche alle esigenze delle classi deboli di lavoratori sarà a loro rischio e pericolo!

CORTE DI CASSAZIONE, ordinanza 29 aprile 2024, n. 11333; Pres. Esposito - Rel. Rivero - XX S.p.a. (Avv.ti Rondoni, Quarto, Plauti Clausi) c. YY (Avv.ti Neri, Guariso).

Cassa App. Milano, sent. n. 1115/2019, e rinvia ad App. Milano in diversa composizione.

Lavoro a tempo parziale – Lavoro a turni – Orario di lavoro – Tempo libero – Contratto individuale – Clausole elastiche – Potere sostitutivo del giudice – Autonomia negoziale.

In tema di lavoro a tempo parziale organizzato in turni è necessaria la puntuale indicazione, nel contratto di lavoro, della collocazione temporale dell'orario della prestazione lavorativa, con riferimento al giorno, alla settimana, al mese ed all'anno, non essendo consentito al datore di lavoro, nemmeno in base all'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 81 del 2015, derogare a tale previsione e indicare l'orario dei turni di lavoro successivamente alla conclusione del contratto, con cadenza annuale, in assenza di clausole elastiche. Qualora manchi, nel contratto a tempo parziale, la puntuale collocazione dei turni di lavoro, il giudice deve provvedere a tale specificazione, non configurando ciò alcuna lesione dell'autonomia negoziale delle parti.

Il *part-time* a turni e la puntuale indicazione della collocazione dell'orario di lavoro, tra contratto individuale, contratto collettivo e potere sostitutivo del giudice

Elena Pasqualetto

Professoressa associata di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Padova

SOMMARIO: 1. Breve premessa sul caso deciso e sul lavoro a turni. – 2. La disciplina applicabile nel caso di specie e il coordinamento fra i diversi commi dell'art. 5 del d.lgs. n. 81/2015. – 3. La collocazione oraria nel *part-time* a turni, tra contratto individuale e contratto collettivo. – 4. Il lavoro a turni: tempo parziale e tempo pieno a confronto. – 5. L'impatto delle nuove regole sulla prevedibilità dell'organizzazione del lavoro nel *part-time* a turni. – 6. La mancata puntuale indicazione dell'orario e il potere sostitutivo del giudice.

Sinossi: La nota, partendo dall'analisi di un'ordinanza della Cassazione, approfondisce il tema relativo alle modalità con cui le parti devono confezionare il contratto di lavoro quando si tratta di lavoro a tempo parziale a turni. Si ritiene che sia a tal fine necessario interpretare la norma di cui all'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 81/2015 in conformità con la *ratio* della disciplina sul *part-time*, che esclude un potere unilaterale del datore di lavoro di modificare la collocazione oraria del lavoro. Viene affrontata anche la questione attinente al potere del giudice di integrare il contenuto del medesimo tipo di contratto in punto di collocazione oraria, qualora il datore ed il lavoratore non l'abbiano stabilita in maniera sufficientemente precisa.

Abstract: *The commentary, starting from the analysis of an order of the Supreme Court of Cassation, delves into the issue concerning the manner in which the parties must write the employment contract when it concerns part-time shift work. For this purpose, it is considered necessary to interpret the rule set forth in Article 5, subparagraph 3, of Legislative Decree No. 81/2015 in accordance with the ratio of the part-time regulation, which excludes a unilateral power of the employer to change the distribution of working time. Also addressed is the issue concerning the judge's power to supplement the content of the same type of contract in terms of hourly placement, if the employer and employee haven't established it in a sufficiently precise manner.*

1. Breve premessa sul caso deciso e sul lavoro a turni

L'ordinanza della Cassazione in commento è molto interessante anche perché affronta alcune questioni che mettono in evidenza l'intreccio tra discipline di istituti diversi. La prima questione riguarda le modalità con cui le parti devono confezionare il contratto di lavoro quando si tratta di lavoro a tempo parziale a turni. La seconda, meno problematica, attiene invece al potere del giudice di integrare il contenuto del medesimo tipo di contratto in punto di collocazione oraria, qualora il datore ed il lavoratore non l'abbiano stabilita in maniera sufficientemente precisa.

Nel caso di specie il dipendente era stato assunto nel 2009, appunto a *part-time* con un sistema di turni, ma il contratto individuale si limitava a quantificare l'impegno del lavoratore, riportando un orario di 1008 ore annuali, 8 ore giornaliere, 18 turni mensili, stabilendo infine in 7 il numero complessivo dei mesi da lavorare nell'arco di un anno. Il prestatore aveva pertanto fatto causa all'azienda, sostenendo che il contratto era carente nella definizione della distribuzione nel tempo dell'orario di lavoro, in violazione della normativa sul lavoro a tempo parziale, ottenendo dalla Corte d'Appello di Milano¹ una sentenza che condannava la datrice di lavoro al risarcimento del danno, calcolato in via equitativa. I giudici negavano invece che rientrasse nelle loro competenze la fissazione delle modalità temporali di svolgimento della prestazione, in sostituzione delle parti, ritenendo che ciò attenga alla discrezionale volontà delle stesse e quindi rientri nell'autonomia negoziale, in considerazione delle esigenze di produzione e di lavoro. L'azienda aveva fatto quindi ricorso in Cassazione, cui era seguito un controricorso del lavoratore ed un successivo

¹ Dall'ordinanza non si desume invece cosa fosse stato deciso in primo grado.

autonomo ricorso dello stesso, che aveva, a sua volta, provocato un controricorso della società datrice di lavoro. Ma, al di là del complesso intreccio processuale, alla Cassazione veniva in sostanza chiesto di pronunciarsi sulle due questioni sopra riassunte, sulle quali la decisione è stata *in toto* favorevole al lavoratore².

Vale anche la pena di precisare che, a proposito della normativa applicabile al caso concreto, nelle decisioni delle due corti c'è una discreta confusione tra la disciplina di cui al d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61³ e quella di cui al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81. Risulta invero dagli atti che, pur essendo il rapporto sorto nel 2009 (e dovendo quindi essere assoggettato alla prima delle due normative menzionate), il ricorrente aveva invocato l'art. 10 del d.lgs. n. 81/2015, nella parte in cui attribuisce al giudice il potere di determinare la collocazione temporale della prestazione qualora questa non sia stata esattamente individuata dalle parti nel contratto. E se è vero che, sotto alcuni profili, tra le regole succedutesi nel tempo e riguardanti le tematiche in esame non vi sono particolari differenze, sotto altri aspetti qualche significativa innovazione c'è. Ma, comunque, quello che interessa in questa sede non è tanto una pignola e specifica critica alla decisione della Cassazione, quanto piuttosto l'approfondimento delle problematiche sostanziali sollecitate dalla vicenda.

Prima di entrare nel merito di tali questioni è necessario, tuttavia, qualche chiarimento sul tipo di rapporto di cui si tratta. Come si è detto, il lavoratore era stato assunto con un contratto a tempo parziale, con la particolarità di dover sottostare ad un sistema di turni. Il lavoro a turni costituisce una peculiare modalità di organizzazione e distribuzione dell'orario di lavoro, che viene utilizzata sia nel settore pubblico che in quello privato. A grandi linee si può dire che nel pubblico impiego tale modalità mira solitamente a garantire la copertura massima dell'orario di servizio per quelle funzioni che richiedono una dilatata erogazione nella giornata e/o nella settimana, laddove altre tipologie di orario non siano sufficienti a conseguire questo risultato. In ambito privato i turni sono invece spesso necessari al funzionamento a ciclo continuo degli impianti industriali, ma possono servire anche per le attività economiche più disparate e sono funzionali a diverse esigenze, come accade, ad esempio, nel settore del commercio ed in specie nella grande distribuzione. La definizione di lavoro a turni si ritrova nell'art. 1, comma 2, lett. f), del d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66, per il quale è così qualificabile «qualsiasi metodo di organizzazione del lavoro anche a squadre in base al quale dei lavoratori siano successivamente occupati negli stessi posti di lavoro, secondo un determinato ritmo, compreso il ritmo rotativo, che può essere di tipo continuo o discontinuo, e il quale comporti la necessità per i lavoratori di compiere un lavoro a ore differenti su un periodo determinato di giorni o di settimane», mentre

² Una vicenda molto simile è stata peraltro qualche giorno dopo definita in modo analogo da Cass., sez. lav., 15 maggio 2024, n. 1375, commentata da ALLIERI, *La predeterminazione dell'orario di lavoro nel contratto a tempo parziale*, in *IUS Lavoro*, fasc. 4, 4 settembre 2024.

³ Attuativo della direttiva 97/81/CE, relativa all'Accordo-quadro sul lavoro a tempo parziale, concluso da UNICE, CEEP e CES.

lavoratore a turni è definito (quasi banalmente) dalla lett. g) come «qualsiasi lavoratore il cui orario di lavoro sia inserito nel quadro del lavoro a turni»⁴.

A queste definizioni non corrisponde tuttavia, almeno a livello di normativa legale, un apparato compiuto di regole, limitandosi il legislatore del 2003 a fare riferimento al lavoro a turni in alcune norme derogatorie. La definizione sembra dunque funzionale solo a delimitare in modo specifico l'ambito di applicazione di queste ultime⁵. Ed invero l'art. 9, sui riposi settimanali, consente di fare eccezione alla regola generale (per la quale al lavoratore spetta un periodo minimo di riposo di 24 ore consecutive ogni 7 giorni – da godere di regola di domenica – e da cumulare con il riposo giornaliero) per le «attività di lavoro a turni ogni volta che il lavoratore cambi turno o squadra e non possa usufruire, tra la fine del servizio di un turno o di una squadra e l'inizio del successivo, di periodi di riposo giornaliero o settimanale» (così al comma 2, lett. a)⁶. Ed ancora l'art. 17, comma 3, lett. a), sempre per l'ipotesi in cui il turnista cambi squadra e non possa godere, tra la fine del servizio di una squadra e l'inizio di quello della squadra successiva, di periodi di riposo giornaliero, ammette che si deroghi alla disciplina di cui all'art. 7 (sul diritto al riposo di almeno 11 ore consecutive), purché ricorrano determinate condizioni⁷.

Ad ogni modo, dal complesso delle disposizioni definitorie si deduce che tratto caratteristico del lavorare a turni è la variabilità dell'orario di lavoro dei singoli, quella che spesso viene definita la “rotazione” degli stessi sui diversi turni di lavoro predisposti dal datore.

⁴ BOLEGO, *Finalità e definizioni*, in LECCESE (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2005, 84, ricorda come la definizione del d.lgs. n. 66/2003 ricalchi quasi pedissequamente quella prevista dalla direttiva n. 93/104/Ce (poi trasfusa nella direttiva n. 2003/88/Ce). L'unica differenza riguarda il fatto che nella definizione interna compare un “anche” davanti all'espressione “a squadre”, ciò che comporta un ampliamento della nozione rispetto a quanto previsto in sede eurounitaria. Per una definizione generale del lavoro a turni, prima della direttiva del 1993, si veda BUONCRISTIANO, *Il tempo nella prestazione di lavoro subordinato*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, 1986, vol. XV, 547.

⁵ La dottrina ritiene che in tal modo il legislatore interno abbia disatteso le indicazioni provenienti dalla normativa comunitaria: così CARABELLI, LECCESE, *Il d.lgs. n. 66/2003, di attuazione delle direttive in materia di orario di lavoro: i problemi posti dai vincoli comunitari e costituzionali*, in LECCESE (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, cit., 7. Ed in effetti la direttiva prevede che per i turnisti debbano essere previste specifiche misure atte a garantire loro, così come ai lavoratori notturni, sia «un livello di protezione in materia di sicurezza e di salute adattato alla natura del loro lavoro», sia «servizi o mezzi appropriati di prevenzione e protezione (...) equivalenti a quelli applicabili agli altri lavoratori e (...) disponibili in ogni momento».

⁶ In argomento, cfr. BELLUMAT, *Art. 9. Riposi settimanali*, in CESTER, MATTAROLO, TREMOLADA (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, 287, che mette in guardia dal rischio di un uso distorto della deroga per l'ipotesi in cui, a seguito di successivi cambi di squadra, la riduzione del riposo settimanale non sia compensata da meccanismi di recupero e non venga mantenuto il rapporto medio imposto di un giorno di riposo ogni sei di lavoro.

⁷ Occorre invero che ciò sia previsto dalla contrattazione collettiva oppure, in mancanza, da un decreto del Ministero del Lavoro (o della Funzione pubblica per i dipendenti pubblici, di concerto con il primo), su richiesta delle organizzazioni sindacali nazionali di categoria comparativamente più rappresentative o delle associazioni nazionali di categoria dei datori di lavoro firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro. In argomento sia consentito rinviare a PASQUALETTO, *Art. 17. Deroghe alla disciplina in materia di riposo giornaliero, pause, lavoro notturno, durata massima settimanale*, in CESTER, MATTAROLO, TREMOLADA (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, cit., 516, ove si mette in evidenza la *ratio* della deroga, che consiste nel fatto che nel cambio del turno (o della squadra) è facile che si verifichi un (sia pure occasionale) ravvicinamento dei periodi di lavoro richiesti al prestatore. In questo caso peraltro l'art. 17 prevede che al lavoratore venga riconosciuto un periodo di riposo compensativo o, in subordine, una protezione appropriata.

Non basta quindi l'avvicendamento di più lavoratori sullo stesso posto di lavoro, essendo necessario che ciascuno dei dipendenti appartenente alle varie squadre lavori in orari differenti in un arco di tempo determinato di giorni, settimane o mesi⁸.

In questo senso si esprime anche la giurisprudenza, pure quando si pronuncia su questioni diverse da quelle affrontate nella decisione in commento, ad esempio sul diritto del lavoratore di percepire l'indennità di turno. Secondo Trib. Foggia, sez. lav., 24 settembre 2021, n. 3271 «il turno consiste in un'effettiva rotazione del personale in prestabilite articolazioni giornaliere». È necessario cioè che i dipendenti si alternino nei diversi turni e non operino invece sempre nello stesso arco temporale⁹.

Tale alternanza viene, a sua volta, richiesta perché generalmente gli orari dei turni (o di alcuni fra questi) sono poco compatibili, sia sul piano personale che su quello familiare, con i normali ritmi e le comuni incombenze della vita quotidiana e si ritiene quindi più equo assegnarli (appunto a rotazione) ai diversi lavoratori coinvolti, imponendo a tutti un sacrificio più contenuto. Ciò vale in special modo se fra le fasce orarie previste dal datore ve ne sono alcune collocate nel periodo notturno.

2. La disciplina applicabile nel caso di specie e il coordinamento fra i diversi commi dell'art. 5 del d.lgs. n. 81/2015

Compiuta questa breve premessa si tratta ora di affrontare la prima questione sollecitata dalla vicenda in esame, riguardante, come si è detto, le modalità con cui è necessario definire l'orario di lavoro del dipendente se costui lavora a turni e si tratta, contemporaneamente, di lavoro a tempo parziale.

Il problema della concorrenza di queste due modalità lavorative non era stato preso specificamente in considerazione dal d.lgs. n. 61/2000, il quale si limitava a stabilire (all'art. 2, comma 2) che «nel contratto di lavoro a tempo parziale è contenuta puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale dell'orario

⁸ D. SIMONATO, *Art. 1 § 2, Finalità e definizioni*, in CESTER, MATTAROLO, TREMOLADA (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, cit., 69. Bisogna in ogni caso evitare di confondere il turno in senso oggettivo, cioè il periodo (o fascia oraria) in cui il datore suddivide il tempo necessario nella sua organizzazione per lo svolgimento di una determinata attività, con il turno in senso soggettivo, che è quello affidato al singolo turnista: in questo senso si esprime l'A. nel saggio citato, al quale si rinvia anche per alcune ulteriori specificazioni sulle possibili articolazioni del lavoro a turni, che può essere a squadre, a ritmo rotativo, a ritmo continuo e a ritmo discontinuo. Una modalità è quella dei c.d. turni avvicendati e continui, che possono essere svolti anche da lavoratori a tempo parziale: in argomento si veda Cass., sez. lav., 23 settembre 2016, n. 18709, in *RGL*, 2017, n. 1, II, 46, con nota di CARBONE, *Part-time e svolgimento di turni avvicendati e continui*.

⁹ Per questo motivo non possono definirsi tecnicamente turni quelle articolazioni dell'orario di lavoro in cui semplicemente il prestatore è impegnato su spezzoni di orario diversi nella giornata, ma sempre uguali nel tempo, come nel caso deciso da Cass., sez. lav., 25 luglio 2014, n. 17009, nella quale comunque si affronta il tema centrale in questo scritto, relativo alle corrette modalità di fissazione dell'orario di lavoro, sostenendo la tesi della necessaria specificazione, nel contratto, di tali "turni".

con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno»¹⁰. Il d.lgs. n. 81/2015, che ha abrogato la previgente disciplina del *part-time*, assorbendola, ha riproposto tale regola in maniera assolutamente identica (al comma 2 dell'art. 5), aggiungendo però anche (al comma 3) che «quando l'organizzazione del lavoro è articolata in turni, l'indicazione di cui al comma 2 può avvenire anche mediante rinvio a turni programmati di lavoro articolati su fasce orarie prestabilite». Tale disposto riprende la formulazione contenuta nella circolare del Ministero del Lavoro n. 9 del 18 marzo 2004¹¹, che parlava della possibile programmazione, da parte dei contratti collettivi, delle modalità della prestazione lavorativa a tempo parziale «con riferimento a turni articolati su fasce orarie prestabilite»¹².

Nel caso di specie la società ricorrente, richiamando l'art. 5 del d.lgs. n. 81/2015, lamentava che i giudici di appello non avessero tenuto conto della normativa contrattuale collettiva di riferimento sul lavoro a tempo parziale organizzato in turni. Il CCNL in questione infatti disciplinava proprio il *part-time* verticale a turni e questi venivano comunicati ai lavoratori anno per anno. In sostanza secondo il datore di lavoro non vi era indeterminatezza nella collocazione oraria della prestazione perché le indicazioni contenute nel contratto individuale dovevano essere integrate con quelle di cui alla disciplina collettiva. Ciò sarebbe stato conforme a quanto previsto dall'art. 5, comma 3, d.lgs. 81/2015, ma va subito rilevato come in realtà tale disposizione non parli di turni previsti dal CCNL, non sembrando considerare sufficiente un rinvio, da parte del contratto individuale, a quello collettivo. L'idea che emerge dalla normativa è cioè quella che la definizione dell'orario di lavoro debba essere, se non si lavora a tempo pieno, assolutamente individualizzata. A ciò si aggiunga che, come anticipato, il d.lgs. n. 81/2015 non era applicabile al caso di specie¹³.

Ad ogni modo la Cassazione, nell'ordinanza in epigrafe, disattende il ragionamento del datore di lavoro, ritenendo mal formulato il contratto individuale, nella parte in cui indica solo la quantità della prestazione: come si è già detto 1008 ore all'anno, 8 ore al giorno, 18 turni al mese, 7 mesi di lavoro all'anno. La Corte in realtà aggiunge che quella relativa ai 7 mesi di lavoro all'anno costituisce l'unica «specifica indicazione», laddove a chi scrive sembra invece che anche questo sia solo un riferimento di tipo quantitativo: non si capisce infatti quali siano, nell'arco dell'anno, i 7 mesi coinvolti e quali intervalli siano previsti tra un periodo di lavoro e l'altro.

È invece condivisibile l'affermazione della Cassazione per la quale, se anche si applicasse il d.lgs. n. 81/2015, i commi secondo e terzo dell'art. 5 andrebbero letti in modo coordi-

¹⁰ Completava il comma trascritto la previsione per cui «clausole difformi sono ammissibili solo nei termini di cui all'art. 3, comma 7».

¹¹ Sulle modifiche apportate dal d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 al d.lgs. n. 61/2000.

¹² In questo senso anche BAVARO, *Il lavoro part-time dopo il d.lgs. n. 81/2015*, in GHERA, GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Bari, Cacucci, 2015, 217. Su questo collegamento si tornerà più avanti, al par. 3.

¹³ Coerentemente, anche nella citata Cass. n. 1375/2024 i giudici, facendo applicazione esclusiva del d.lgs. n. 61/2001, trattandosi di *part-time* a turni hanno ritenuto necessaria una puntuale indicazione dell'orario all'interno del contratto.

nato e quindi è nel contratto individuale che vanno indicati i turni. Invero non è possibile compiere un'interpretazione del terzo comma dell'art. 5 slegata da quella di cui al secondo o, addirittura, derogatoria rispetto ad esso.

Se invero ci si concentra unicamente sulla disposizione dedicata al lavoro a turni e se ne fa un'interpretazione letterale, può anche sembrare che essa ammetta una certa variabilità di orario. Essa stabilisce infatti che «quando l'organizzazione del lavoro è articolata in turni, l'indicazione di cui al comma 2 può avvenire anche mediante rinvio a turni programmati di lavoro articolati su fasce orarie prestabilite». Se ne potrebbe cioè desumere, *in primis*, che i turni devono essere programmati e, *in secundis*, che questi vanno articolati su fasce prestabilite. Risulterebbe cioè che mentre le fasce vanno già fissate nel contratto, gli specifici turni del lavoratore possono essere invece solo “programmati”, evidentemente in anticipo, senza però che si precisi con quanto anticipo e senza che si pretenda che ciò risulti già dal contratto di lavoro. Tentando una semplice esemplificazione, se questa esegesi fosse corretta, nel contratto si potrebbe scrivere che le fasce praticate in azienda sono: 6-12 / 12-18 / 18-24 / 24-6. Su questa base il datore potrebbe poi, con adeguato anticipo, comunicare al lavoratore quali sono i suoi specifici turni per le settimane o i mesi a venire. Così si era in effetti mossa la società ricorrente nella vicenda *de qua*. Ma, come si diceva, una simile lettura finisce per considerare il terzo comma dell'art. 5 una previsione derogatoria rispetto al principio di cui ai primi due commi, principio che ha, a sua volta, una derivazione costituzionale, come sancito in modo perentorio dalla Corte costituzionale nella nota sentenza 11 maggio 1992, n. 210¹⁴.

Correttamente quindi la Cassazione, nell'ordinanza in commento, sostiene una diversa interpretazione e cioè quella per cui le diverse norme di cui all'art. 5 vanno lette in modo coordinato. In questo senso vi è, d'altra parte, anche un elemento di tipo letterale: ed invero lo stesso terzo comma prevede che è l'indicazione di cui all'art. 2 che, nel lavoro *part-time* a turni, può essere fatta in modo peculiare, laddove l'indicazione di cui al comma 2 è, a sua volta, la «puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale dell'orario»¹⁵.

Ne consegue, per i giudici di legittimità, che non basta neppure che i turni siano comunicati all'inizio dell'anno. Ciò andrebbe contro la *ratio* protettiva della disciplina del *part-time*, per la quale il lavoratore deve potersi organizzare non solo il tempo di lavoro ma anche, e soprattutto, il tempo “liberato dal lavoro”, come riconosciuto una volta per tutte dalla citata sentenza n. 210/1992 della Corte costituzionale¹⁶.

¹⁴ In *FI*, 1992, I, 3232, con nota di ALAIMO, *La nullità della clausola sulla distribuzione dell'orario nel “part-time”: la Corte costituzionale volta pagina?*, in *RCDL*, 1992, 843.

¹⁵ Anche per GAZZETTA, *Il diritto del lavoratore turnista alla programmazione del proprio tempo libero*, in *LG*, 2008, 11, 1153, è nulla la «clausola di distribuzione dell'orario di lavoro che si limiti a prevedere turni avvicendati a rotazione, con la mera indicazione di fasce entro cui la prestazione a tempo parziale può essere richiesta, non integrando la stessa gli estremi della necessaria e puntuale indicazione della collocazione temporale della prestazione».

¹⁶ In questo senso sembra orientato anche LECCESE, *Il lavoro a tempo parziale*, in *AA.VV.*, *I contratti di lavoro. Subordinati e*

Questo significa che nel lavoro a tempo parziale neppure dovrebbe porsi una questione di preavviso nella comunicazione dei turni, in quanto essi vanno indicati nel contratto una volta per tutte¹⁷. Ciò vale a meno che, come si dirà dopo, non sia stata inserita nell'accordo individuale una clausola elastica.

3. La collocazione oraria nel *part-time* a turni, tra contratto individuale e contratto collettivo

Ed in effetti dopo la storica decisione del 1992 è pacifico (anche perché le norme sono - una volta tanto - limpide sul punto) che nel *part-time* il datore non può unilateralmente gestire o modificare la collocazione oraria della prestazione¹⁸.

Questo non significa, sempre secondo la Cassazione nell'ordinanza in commento, che nel contratto individuale non possa essere contenuto un rinvio al sistema di turni previsto dalla contrattazione collettiva ma, se si tratta di *part-time*, tale rinvio «non autorizza affatto a non prevedere nulla nel contratto individuale (ovvero a non stabilire nessun turno)»¹⁹.

Sull'inadeguatezza di un mero rimando alla disciplina collettiva, anche aziendale, per stabilire l'orario di lavoro nel tempo parziale, non solo ma soprattutto se organizzato a turni, si era già espressa in modo molto chiaro la giurisprudenza. Ad esempio per Trib. Milano 2 gennaio 2006²⁰ «anche laddove i contratti collettivi regolino la materia del contratto a tempo parziale, il datore di lavoro dovrà sempre indicare in maniera preventiva (una volta per tutte, salvo modifica concordata con il lavoratore) al lavoratore *part-time* e con il suo consenso, le fasce orarie nelle quali svolgere la sua attività lavorativa»²¹. E nel caso in cui

autonomi, Torino, Giappichelli, 2021, 9, che parla della necessaria individuazione nel contratto «delle specifiche fasce orarie nelle quali il lavoratore turnista *part-time* svolgerà la propria attività».

¹⁷ Una diversa interpretazione del comma 3 dell'art. 5 è proposta invece da BAVARO, *Il lavoro part-time dopo il d.lgs. n. 81/2015*, cit., 218 ss., il quale conclude però nel senso dell'incostituzionalità della disciplina.

¹⁸ In questo senso, tra le più recenti, Trib. Milano, sez. lav., 31 marzo 2021, per la quale i limiti allo *ius variandi* dell'imprenditore nei contratti di lavoro *part-time* sono previsti a garanzia della programmabilità del tempo libero (eventualmente in funzione dello svolgimento di un'ulteriore attività lavorativa), che assume carattere essenziale, comportando l'immodificabilità unilaterale dell'orario.

¹⁹ Invece, come si è detto, nel caso di specie la società ricorrente aveva preteso di indicare i turni solo successivamente, in via annuale.

²⁰ In RCDL, 2006, 139, con nota di CORRADO, *Mancata indicazione della distribuzione dell'orario di lavoro part-time e potere di determinazione giudiziale: una conferma dal Tribunale di Milano*. Nel caso di specie il giudice ha fatto riferimento sia alla disciplina di cui al d.lgs. n. 61/2000, sia a quella previgente e cioè al d.l. 30 ottobre 1984, n. 726 (convertito in l. 19 dicembre 1984, n. 863), dal quale già emergeva la regola della necessaria predeterminazione della collocazione oraria nel contratto individuale.

²¹ Conforme è Trib. Milano 27 settembre 2005, in RCDL, 2006, 498, con nota di CORDEDDA, *Programmazione dei turni nel contratto di lavoro part-time e tutela risarcitoria del lavoratore*, ove si legge che sono ammissibili solo clausole di turnazione articolata che rispettino l'esigenza di una rigida predeterminazione dell'orario di lavoro. E non soddisfa tali requisiti una clausola per la quale i turni, distribuiti settimanalmente su sei giorni lavorativi (e stabiliti su tre possibili fasce) sono resi noti ai lavoratori anticipatamente, con cadenza quindicinale.

tali contratti ammettano l'inserimento dei dipendenti in turni avvicendati, questo non autorizza il datore ad operare continue variazioni di detti turni per ciascun lavoratore, anche se comunicate con anticipo. Eventuali disposizioni collettive che consentano siffatte variazioni, essendo in netto contrasto con la *ratio* della disciplina sul lavoro ad orario ridotto, devono pertanto considerarsi radicalmente nulle. La sentenza citata aggiunge, del tutto condivisibilmente, che anche dalla circolare del Ministero del Lavoro n. 9 del 2004 non si desume qualcosa di diverso. Ed infatti, se pur essa parla di una possibile programmazione, ad opera della contrattazione collettiva, della prestazione lavorativa a tempo parziale in turni su fasce orarie prestabilite, occorre che nel contratto individuale sia recepita una turnazione tale da consentire al prestatore di conoscere preventivamente la collocazione oraria del suo impegno lavorativo «anche in un futuro non prossimo»²².

Si può aggiungere, a questo punto, che proprio il fatto che il legislatore abbia trasferito la formulazione di cui alla citata circolare nel comma 3 dell'art. 5 del d.lgs. n. 81/2015, ove si parla del contenuto imprescindibile del contratto individuale, vale a confermare una volta per tutte che non è sufficiente un semplice rimando alla disciplina collettiva per la programmazione dei turni.

In questo senso si esprime anche Trib. Monza 3 agosto 2020²³, che definisce molto incisivamente la collocazione oraria nel *part-time* come un “diritto soggettivo perfetto” del lavoratore, intangibile da parte della contrattazione collettiva, anche aziendale.

E la dottrina²⁴ ha chiarito che, quand'anche si trattasse di accordi di prossimità, stipulati ai sensi dell'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148), eventuali deroghe alla disciplina di cui al d.lgs. n. 81/2015 non solo dovrebbero risultare da clausole espresse in tal senso, ma in ogni caso non potrebbero spingersi sino ad escludere la necessità del consenso individuale alla fissazione ed a successive modifiche dell'orario di lavoro. Ciò in quanto, come si è detto, verrebbe altrimenti compromessa quella che è la *ratio* dell'intera disciplina legale, che richiede anche per la stipulazione di eventuali clausole elastiche tale consenso, non surrogabile da quello implicito nel rinvio alla contrattazione collettiva, in ciò facendo proprio il principio volontaristico del lavoro a tempo parziale, che ha un evidente fondamento costituzionale nell'art. 4, comma 2, Cost. ma che trova appigli anche in altri principi costituzionali, che danno rilievo alle diverse attività svolgibili (per scelta o per necessità) dal *part-timer* nel tempo liberato dal lavoro²⁵. Ed infatti l'art. 6 del d.lgs. n. 81/2015 stabilisce che le clausole elastiche vanno pattuite dalle parti individuali (e lo stesso era previsto dall'art. 3, comma 9, del d.lgs. n. 61/2000)

²² Un'interpretazione “cauta” di quanto stabilito dalla circolare è stata fatta negli anni anche dai giudici di merito: si veda la giurisprudenza citata da BAVARO, *Il lavoro part-time dopo il d.lgs. n. 81/2015*, cit., 218.

²³ In *ADL*, 2020, n. 6, 1522, con nota di DEL FRATE.

²⁴ DEL FRATE, *Part-time a turni e clausole elastiche tra consenso individuale e accordo collettivo*, in *ADL*, 2020, n. 6, 1529.

²⁵ In argomento cfr. PASQUALETTO, *Il potere di nuova valutazione dei part-time già concordati con la PA e il ripudio della logica del consenso*, in *RIDL*, 2014, II, 337.

in forma scritta ed addirittura di fronte alla Commissione di certificazione qualora tale istituto non sia disciplinato dai contratti collettivi. Dai commi da 4 a 6 del medesimo articolo si desume inoltre che queste clausole vanno costruite in modo accurato e circostanziato. Se invero non vi è una regolamentazione collettiva applicabile al rapporto le clausole devono prevedere, a pena di nullità, «le condizioni e le modalità con le quali il datore di lavoro, con preavviso di due giorni lavorativi, può modificare la collocazione temporale della prestazione». E si ritiene che siffatte cautele debbano operare anche nei casi in cui è il contratto collettivo a regolare questo particolare istituto, pena l'attribuzione alle parti collettive di un potere che la legge ha evidentemente voluto concentrare nelle mani di quelle individuali, non solo nel momento genetico.

Da tutto ciò consegue che una disciplina collettiva del lavoro a turni, che non tenga specificamente conto del fatto che alcuni lavoratori operano in regime di *part-time*, anche se perfettamente adeguata a regolare gli avvicendamenti nelle fasce dei lavoratori a tempo pieno, non può essere “fatta passare” come una clausola elastica, valida dunque per i *part-timers*.

4. Il lavoro a turni: tempo parziale e tempo pieno a confronto

Emancipandoci a questo punto dalla specifica vicenda e compiendo qualche ulteriore riflessione sul lavoro a turni, si può dire che una ricostruzione della normativa quale quella proposta dalla Cassazione (ed invero difficilmente contestabile) immette nell'organizzazione del lavoro a turni a tempo parziale notevoli elementi di rigidità, che lo rendono non facile da gestire. Se ne deduce infatti innanzi tutto che il datore non può limitarsi a utilizzare le fasce orarie predisposte e pensate per i lavoratori a tempo pieno, decidendo di volta in volta (sia pure con comunicazioni anticipate) come collocarvi il minore numero di ore svolte dai *part-timers*²⁶. A ciò si aggiunga che, qualora l'azienda voglia modificare i turni di un prestatore, deve riscrivere il contratto di lavoro oppure inserirvi una clausola elastica, con tutte le precauzioni di cui si è detto. Ne consegue che questo sistema di organizzazione oraria del lavoro appare in definitiva assai poco conveniente per le aziende, soprattutto se confrontata con il lavoro a turni a tempo pieno.

Secondo un primo orientamento della giurisprudenza invero in quest'ultimo caso il datore, non dovendo indicare una volta per tutte l'orario di lavoro nel contratto, può gestirlo nel corso del tempo come vuole, anche modificandolo, cambiando ad esempio i turni del

²⁶ Per fare un esempio, se il prestatore è stato assunto per lavorare quattro ore al giorno, il datore non può prevedere la fascia 8-16 e pretendere di far iniziare il lavoro una volta alle 8 ed un'altra alle 12. Diversamente sembra però ragionare BAVARO, *Il lavoro part-time dopo il d.lgs. n. 81/2015*, cit., 219, per il quale dall'art. 5, comma 3, si desume che l'impresa resta libera di decidere quando far iniziare la prestazione del *part-timer* nella fascia.

dipendente. È quanto risulta da Cass., sez. lav., 17 luglio 2018, n. 19014, per la quale non costituisce variazione dell'orario di lavoro, assimilabile alla trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, l'utilizzazione di un lavoratore che, dopo essere stato impiegato in turni continui di cinque giorni lavorativi e due di riposo su 37 ore settimanali, lo sia in turni continui ed avvicendati di quattro giorni lavorativi e due di riposo su 40 ore settimanali. Per la Cassazione infatti detta modificazione di orario, regolata dal CCNL, integra una diversa modalità di prestazione lavorativa, sempre a tempo pieno.

Ed è in effetti consistente l'orientamento, sia della dottrina (soprattutto più risalente)²⁷ che della giurisprudenza²⁸, secondo cui qualora l'orario di lavoro del dipendente corrisponda al c.d. orario normale il datore conserva il potere di modificarlo, trattandosi di un elemento essenziale del suo potere auto-organizzativo, che quindi non è sindacabile in mancanza di specifici elementi che evidenzino una discriminazione o una vessazione nei confronti del prestatore di lavoro. Per una parte della giurisprudenza, in specie, va disattesa ogni possibile estensione al tempo pieno dei limiti posti allo *ius variandi* orario nei contratti *part-time*, nei quali la programmabilità del tempo libero assume carattere essenziale, giustificando la immodificabilità dell'orario da parte datoriale al fine di garantire la esplicazione di un'ulteriore attività lavorativa oppure un diverso impiego del tempo. E la scelta del particolare tipo di rapporto evidenzia come tali finalità o anche mere possibilità siano determinanti per l'equilibrio contrattuale²⁹.

Le variazioni dell'orario di lavoro, nel caso del tempo pieno, vengono cioè declassate a livello di un semplice aggiustamento di un elemento accessorio del contratto e del rapporto. Ovviamente limiti specifici al potere datoriale possono derivare da un accordo in tal senso con il lavoratore o dalla contrattazione collettiva, che può, ad esempio, condizionarlo alla dimostrazione di specifiche esigenze tecniche, produttive o organizzative.

C'è però anche una giurisprudenza più attenta, che anche nel lavoro a tempo pieno pone alcune limitazioni al potere datoriale di modificare l'orario, che non viene comunque in sé

²⁷ Si rinvia agli autori citati da BOLEGO, *Sul potere del datore di lavoro di variare la collocazione dell'orario nel full time*, in *RIDL*, 2008 II, 826. Anche più di recente tuttavia l'esistenza di un potere datoriale di modifica della distribuzione oraria del lavoro è stata attentamente verificata alla luce della disciplina di cui al d.lgs. n. 66/2003: così DELFINO, *Il lavoro notturno e a turni fra problemi teorici e questioni applicative*, in *ADL*, 2014, I, 51 e ss.

²⁸ Per Cass., sez. lav., 3 novembre 2021, n. 31349, nei rapporti di lavoro a tempo pieno il diritto del datore di lavoro alla distribuzione dell'orario di lavoro, espressione del potere di organizzazione dell'attività, può subire limiti solo in dipendenza di accordi che vincolino l'imprenditore a particolari procedure, diversamente da quanto accade nei contratti con orario *part-time*, nei quali la programmabilità del tempo libero del lavoratore (al fine di garantire l'esplicazione di un'ulteriore attività lavorativa) assume carattere essenziale, che giustifica la non modificabilità dell'orario da parte datoriale. Nello stesso senso Cass., sez. lav., 16 aprile 1993, n. 4507, in *RIDL*, 1993, II, 684, con nota di BURRAGATO, *Recesso unilaterale dal contratto collettivo e principio di buona fede*, in *RGL*, 1994, II, 1052, con nota di D'AVEILLO, *Orario di lavoro e modificabilità unilaterale da parte del datore di lavoro nei contratti a tempo pieno*. Per Trib. Milano 22 agosto 2005, in *LG*, 2006, 714, nel lavoro ad orario normale il tempo libero è garantito solo al fine del recupero delle energie psico-fisiche. Per Trib. Torino, sez. lav., 23 febbraio 2016, è legittima la modifica unilaterale dell'orario di lavoro del dipendente *full-time*, se operata dal datore di lavoro con correttezza e buona fede e nel rispetto della normativa sulle limitazioni al lavoro notturno, anche con riferimento alla l. 5 febbraio 1992, n. 104.

²⁹ Così Cass., sez. lav., 3 novembre 2021, n. 31349.

contestato³⁰. Già qualche anno fa invero Cass., sez. lav., 21 maggio 2008, n. 12962³¹ aveva riconosciuto che le esigenze di programmabilità del tempo libero, ravvisate espressamente dal legislatore nell'ambito del rapporto di lavoro *part-time*, sussistono, pur se in maniera meno pressante, anche nel contratto di lavoro a tempo pieno³². Ciò in quanto pure in questo tipo di rapporti il tempo libero ha una sua specifica importanza per il rilievo sociale che assumono, anche per i dipendenti *full-time*, attività come quelle di tipo ricreativo, sportivo, culturale, politico, scolastico o altre attività di lavoro vero e proprio, possibili qualora non sia prevista una clausola di esclusiva³³.

Più di recente, e con specifico riferimento al lavoro a turni, la Cassazione, con sentenza del 3 settembre 2018, n. 21562, ha dichiarato che, anche in assenza di specifiche disposizioni di legge o di contratto che regolino dettagliatamente questa modalità lavorativa, i turni devono essere comunicati ai lavoratori interessati con ragionevole anticipo, essendo tale dovere imposto al datore di lavoro dalla necessità di eseguire con correttezza e buona fede il rapporto di lavoro³⁴. Ed invero non solo nel lavoro a tempo parziale, ma anche in quello a tempo pieno, ha una specifica rilevanza giuridica il tempo non impegnato dal lavoro, il quale può infatti essere utilizzato non solo per dedicarsi ad attività ricreative, ma anche per trarre da un altro impiego un'ulteriore fonte di reddito.

Si può aggiungere, a questo proposito, che la crescente diffusione di quello che viene definito "lavoro povero" comporta che sia purtroppo sempre più frequente e plausibile che anche al prestatore impiegato a tempo pieno serva una seconda occupazione per vivere dignitosamente, pur se ciò risulta in contrasto con quanto dovrebbe desumersi dall'art. 36

³⁰ E la dottrina supporta in modo convinto tale lettura. Ci si limita in questa sede a fare riferimento a ICHINO, *Interessi individuali, collettivi e dell'impresa in materia di distribuzione dell'orario di lavoro*, in *RIDL*, 1990, II, 630, ed a MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, Cedam, 2000, 329, il quale, criticando Cass. n. 4507/1993, rileva come i limiti alla modificabilità dell'orario nel *part-time* siano limiti all'autonomia negoziale delle parti e non ad un preesistente potere unilaterale dell'imprenditore.

³¹ In *RIDL*, 2008 II, 825, con nota di BOLEGO; in *DPL*, 2008, 2086, con nota di SCHIAVONE, *L'organizzazione di turni di lavoro*; in *LG*, 2008, 11, 1147, con nota di GAZZETTA.

³² Per la Corte «pertanto, l'art. 10 l. 14 febbraio 1958, n. 138, che impone alle aziende esercenti autoservizi pubblici di linea extraurbani di affiggere i turni di servizio negli uffici, nelle autostazioni, nei depositi e nelle officine in modo che il personale ne possa prendere conoscenza, essendo rivolto a consentire ai lavoratori una ragionevole programmazione del proprio tempo in relazione agli impegni lavorativi, non deve essere interpretato nel senso che l'affissione possa avvenire a ridosso dell'inizio della prestazione lavorativa».

³³ In precedenza Trib. Lecce 17 aprile 2003, in *LPO*, 2006, I, 684, con nota di RAVERA, *Esigenze produttive e articolazione dell'orario in due turni*, aveva affermato che i cambiamenti di orario devono sempre fondarsi su esigenze produttive e devono tenere conto, oltre che dei principi di correttezza e buona fede, delle particolari esigenze personali e familiari del prestatore. Sui limiti intrinseci al potere datoriale cfr. anche Trib. Lodi 22 novembre 2002, in *RCDL*, 2003, 125; Cass., sez. lav., 28 maggio 2008, n. 13967, in *GC*, 2009, 1, 1978; in *DPL*, 2008, 2090.

³⁴ La Cassazione in questa sentenza mette in stretto collegamento correttezza e buona fede con solidarietà, sostenendo che «la buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia, tra l'altro, in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo limite principale unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico».

Cost. Prova indiretta di quanto affermato si trae altresì dall'art. 8 del d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, per il quale il datore di lavoro non può vietare al dipendente di svolgere un'altra attività lavorativa in un orario diverso da quello programmato e concordato, né può, per tale motivo, riservargli un trattamento meno favorevole³⁵. È vero che ciò non vale nel caso in cui dal "secondo lavoro" possa derivare «un pregiudizio per la salute e la sicurezza, ivi compreso il rispetto della normativa in materia di durata dei riposi» (art. 8, comma 2, lett. a), ma tale pregiudizio non si verifica sempre e automaticamente quando, appunto, si svolge un "secondo lavoro", molto dipendendo dall'entità oraria dello stesso.

Seguendo questa linea di pensiero le stesse argomentazioni che hanno portato la Corte costituzionale nel 1992 a vietare il lavoro a chiamata nel caso di contratti ad orario ridotto potrebbero essere poste a fondamento di un analogo divieto e, più in generale, del riconoscimento del potere datoriale di modificare l'orario di lavoro anche nel tempo pieno. Per giustificare tale soluzione sarebbe necessario stabilire un collegamento molto forte tra la pretesa del lavoratore a tempo pieno a non subire modiche di orario ed alcuni principi costituzionali, diversi da quello desumibile dall'art. 36 Cost., relativi alle attività che, come si è già detto, anche il prestatore ad orario normale può aver programmato (o cui si trova costretto a dedicarsi) in considerazione della collocazione originaria del suo tempo di lavoro. Si pensi ai principi che riguardano il lavoro di cura all'interno della famiglia, di cui agli artt. 30 e 31 Cost., o il diritto allo studio, che può avere ad oggetto, a mente dell'art. 34 Cost., anche «i gradi più alti degli studi».

Se tuttavia non si ritiene possibile (come sembra più corretto) arrivare ad una conclusione così dirompente, resta in ogni caso aperta la questione relativa ad un impiego corretto del potere di comunicazione degli specifici turni e cioè quella dell'individuazione del c.d. ragionevole anticipo. La Corte di Cassazione, nella citata sentenza n. 21562/2018, afferma che dal principio su cui si fonda il diritto alla programmabilità del tempo libero non è possibile dedurre in modo rigido in che cosa consista tale adeguato spazio di preavviso. Esso può invero variare in dipendenza di molteplici variabili, quali il tipo di organizzazione del lavoro, le caratteristiche concrete del rapporto e le necessità di vita del dipendente. In particolare può anche accadere che «alla particolare connotazione dell'attività consegua una necessità di adattare i turni lavorativi con un certo grado di elasticità»³⁶. Ma in ogni caso, come precisato da Cass. n. 12962/2008, l'affissione dei turni non può avvenire "a

³⁵ In argomento, cfr. D'APONTE, *La nuova disciplina del cumulo di impieghi tra obbligo di fedeltà e libertà del lavoratore nell'art. 8 del d.lgs. n. 104/2022*, in *MGL*, 2023, n. 4, 677; SCARPELLI, *Decreto trasparenza: disciplinato il diritto del lavoratore (privato) a svolgere un'altra prestazione lavorativa*, in *giustiziavivile.com*, 23 agosto 2022; SIGILLÒ MASSARA, *Cumulo fra attività lavorative: la novella del decreto trasparenza*, in *MGL*, 2022, n. 4, 873.

³⁶ Da ciò la Corte fa anche derivare la regola per cui grava sul dipendente, che lamenti l'irregolarità nella comunicazione dei turni (assumendo di aver subito un pregiudizio da tale condotta), allegare e dimostrare non solo la non tempestività della comunicazione, ma anche la concreta incidenza di tale condotta.

ridosso” dell’inizio della prestazione lavorativa e quindi, ad esempio, con un preavviso di appena 24 ore³⁷.

Resta dunque, come messo in evidenza anche dalla dottrina³⁸, una notevole incertezza su quale spazio di tempo possa configurare un ragionevole preavviso, essendo talora messa in discussione proprio l’analogia tra lavoro a tempo pieno e lavoro a tempo parziale in merito a tale specifica questione³⁹. Se tale analogia fosse invero ritenuta davvero esistente si potrebbe attingere al comma 5 dell’art. 6 del d.lgs. n. 81/2015, che, a proposito delle variazioni di orario consentite a fronte di una clausola elastica, impone un preavviso di almeno 48 ore⁴⁰, ma si tratterebbe in ogni caso, a parere di chi scrive, di un intervallo molto ridotto.

5. L’impatto delle nuove regole sulla prevedibilità dell’organizzazione del lavoro nel *part-time* a turni

Conclusa ad ogni modo questa digressione e tornando ad occuparsi di una delle questioni specifiche sollevate dal caso in esame – e cioè quella riguardante il diritto del lavoratore *part-time* di conoscere da subito e definitivamente i turni a lui specificamente assegnati nell’ambito delle fasce orarie individuate dal datore – può essere interessante soffermarsi sulla disciplina relativa agli obblighi datoriali di informazione circa le condizioni applicabili al rapporto, di cui al d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152 (come modificato dal già citato d.lgs. n. 104/2022) per cercare di capire se se ne possa dedurre qualcosa di diverso.

La premessa è che si tratta, come è pacifico, di regole la cui violazione non inficia la validità del contratto di lavoro, ponendosi sul diverso piano degli obblighi informativi⁴¹. Questo non esclude però che tale disciplina, specie dopo i recenti innesti, metta in luce la particolare sensibilità del legislatore per il diritto del lavoratore alla trasparenza e, ciò che forse più rileva in questa sede, alla prevedibilità delle condizioni di lavoro, valori che

³⁷ Come pretendeva di fare la società convenuta in una vicenda decisa da App. Torino 12 aprile 2017, in *RGL*, 2018, II, 45, con nota di Russo, *Mancato preavviso nella comunicazione dei turni di lavoro e danno esistenziale*.

³⁸ Russo, *Tempestiva comunicazione dei turni, disconnessione e armonizzazione: quando il benessere dei lavoratori passa attraverso l’orario di lavoro*, in *RGL*, 2020, I, 543 e ss.

³⁹ È quanto fa Cass., Sez. lav., 6 dicembre 2019, n. 31957, in *GL*, 2020, 67 ss.

⁴⁰ In questo senso la citata App. Torino 12 aprile 2017, la quale non ritiene adeguato a stabilire una durata inferiore neppure un accordo collettivo aziendale, ratificato da ben il 94% dei lavoratori, con l’argomento che esso non può comunque prevalere su disposizioni imperative di legge o su norme di rango costituzionale. Nella sentenza si fa riferimento anche alla necessaria tutela della dignità dei lavoratori, che rischia di essere compromessa dall’impossibilità di organizzare il tempo non occupato dal lavoro.

⁴¹ Ed invero la loro violazione comporta, ai sensi dell’art. 4 del d.lgs. n. 152/1997, solo sanzioni amministrative o, se si tratta di pubbliche amministrazioni, conseguenze sul piano della responsabilità dirigenziale e della misurazione della *performance*. Peraltro la dottrina non ha mancato di sottolineare come il legislatore nazionale avrebbe potuto sfruttare meglio le sollecitazioni provenienti dall’ordinamento eurounitario, spingendosi nella direzione di codificare un vero e proprio diritto (non solo alla conoscibilità) ma anche alla programmabilità degli impegni lavorativi: così Tebano, *I diritti di informazione nel d.lgs. n. 104/2022. Un ponte oltre la trasparenza*, in *LDE*, 2024, n. 1, 7.

sono in effetti esplicitamente menzionati dalla direttiva del Parlamento e del Consiglio UE del 20 giugno 2019, n. 1152, attuata in Italia dal d.lgs. n. 104/2022⁴².

L'art. 1 del novellato d.lgs. n. 152/1997 distingue gli obblighi informativi datoriali a seconda che il contratto di lavoro preveda o meno un'organizzazione dell'orario di lavoro in tutto o in gran parte prevedibile. Nel primo caso al prestatore vanno comunicate «la programmazione dell'orario normale di lavoro e le eventuali condizioni relative al lavoro straordinario e alla sua retribuzione, nonché le eventuali condizioni per i cambiamenti di turno» (comma 1, lett. o).

Nel secondo caso invece, quando cioè il rapporto di lavoro è caratterizzato da modalità organizzative in gran parte o interamente imprevedibili e non prevede un orario normale di lavoro programmato, le informazioni da fornire concernono «1) la variabilità della programmazione del lavoro, l'ammontare minimo delle ore retribuite garantite e la retribuzione per il lavoro prestato in aggiunta alle ore garantite; 2) le ore e i giorni di riferimento in cui il lavoratore è tenuto a svolgere le prestazioni lavorative; 3) il periodo minimo di preavviso a cui il lavoratore ha diritto prima dell'inizio della prestazione lavorativa e, ove ciò sia consentito dalla tipologia contrattuale in uso e sia stato pattuito, il termine entro cui il datore di lavoro può annullare l'incarico» (comma 1, lett. p)⁴³.

Questa alternativa presuppone la legittimità di un'organizzazione del lavoro del secondo tipo. Tuttavia il fatto che nella lett. o) si mettano insieme cambiamenti di turni e prevedibilità sembra voler dire che il cambio turno non costituisce di per sé un elemento di imprevedibilità dell'organizzazione oraria, rilevando presumibilmente il fatto che nel lavoro a turni, sia a tempo pieno che a tempo parziale, la quantità di ore da svolgere e la conseguente retribuzione sono comunque garantite. In questo senso si è espresso anche il Ministero del Lavoro, con la circolare n. 19 del 20 settembre 2022, n. 19, per la quale rientrano nella definizione del lavoro prevedibile anche le ipotesi di lavoro a turni e di lavoro multi-periodale⁴⁴.

L'imprevedibilità di cui si parla alla lett. p) appare cioè legata non tanto alla distribuzione quanto all'entità delle ore da lavorare⁴⁵. Se ciò è corretto, gli specifici doveri informativi ivi previsti si attagliano piuttosto al caso in cui nel lavoro a tempo parziale c'è una clausola elastica, che consente al datore di aumentare il numero di ore, oppure al lavoro intermittente⁴⁶. In queste due ipotesi invero il prestatore non sa se e quanto lavorerà, con

⁴² Sul tema si veda ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pisa, Pacini Giuridica, 2022, spec. p. 123 e ss.

⁴³ In argomento, cfr. SCARANO, *Il diritto alla informazione sulla prevedibilità dell'orario di lavoro*, in GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, TROISI (a cura di), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro*, Adapt Labour Studies, e-Book series, 2023, n. 96, spec. 201 e ss.

⁴⁴ Per il Ministero pertanto in tali casi è sufficiente indicare che il lavoratore viene inserito in detta articolazione oraria e rendere note le modalità con cui allo stesso saranno fornite informazioni in materia.

⁴⁵ Si veda in tal senso anche l'art. 9 del d.lgs. n. 104/2022.

⁴⁶ Lo si desume anche dal considerando n. 21 della direttiva n. 1152/2019/UE, per il quale «se, a causa della natura dell'im-

la precisazione che nel *part-time* con clausola elastica ciò riguarda le ore che eccedono quelle che configurano il suo impegno orario consueto, mentre nel lavoro intermittente ciò riguarda l'intera prestazione lavorativa, non avendo il datore alcun obbligo di chiamare effettivamente il lavoratore nei periodi in cui questo abbia dato la propria disponibilità⁴⁷. Se questa lettura è corretta, se ne può dedurre che al di fuori di queste due ipotesi, e quindi anche nel lavoro a turni, il datore deve informare il lavoratore sia su quello che è il suo normale orario di lavoro, sia sui possibili cambiamenti di turni, che vengono in questo molto ulteriormente "sdoganati". Trattandosi tuttavia, come si è detto, di una disciplina che non interferisce direttamente con le regole sulla validità del contratto⁴⁸, si deve pensare che tali cambiamenti continuino ad essere consentiti nel lavoro a turni a tempo pieno e non in quello ad orario ridotto nel quale, come si è cercato di dimostrare, il dipendente gode di quell'importantissima protezione che è l'immodificabilità dei turni.

6. La mancata puntuale indicazione dell'orario e il potere sostitutivo del giudice

La seconda questione, sollevata questa volta dal lavoratore con ricorso incidentale, riguarda il fatto che la Corte d'Appello non aveva ritenuto di dover / poter stabilire l'esatto orario di lavoro (come prevedono invece sia il d.lgs. n. 61/2000 che il d.lgs. n. 81/2015), sostenendo che ciò rientrerebbe nell'autonomia negoziale delle parti, «in considerazione delle esigenze di produzione e di lavoro».

Facilmente la Cassazione, nell'ordinanza in commento, ha potuto invece richiamare l'art. 10 del d.lgs. n. 81/2015, evidenziando come esso non faccia altro che mutuare quanto già previsto dal d.lgs. n. 61/2000. Il giudice quindi *deve* determinare le modalità temporali di svolgimento della prestazione e tale dovere non viene meno per il fatto che si tratta di la-

piego, come nel caso di un contratto a chiamata, non è possibile indicare una programmazione del lavoro fissa, i datori di lavoro dovrebbero informare i lavoratori in merito alle modalità di determinazione del loro orario di lavoro, comprese le fasce orarie in cui possono essere chiamati a lavorare e il periodo minimo di preavviso che devono ricevere prima dell'inizio di un incarico di lavoro». Ma anche i considerando da 31 e 35 confermano che, per il legislatore eurounitario, lavoro imprevedibile è quello che è tale nell'*an* e non solo nel *quando*.

⁴⁷ Ed in effetti il legislatore, dopo il decreto trasparenza, ha ritenuto necessario modificare l'art. 15 del d.lgs. n. 81/2015, sul contenuto necessario (in realtà solo "a fini di prova") del contratto di lavoro intermittente, precisando che fra gli elementi da inserirvi c'è anche «la natura variabile della programmazione del lavoro». Ciò pone, per la verità, il problema del coordinamento tra gli obblighi derivanti da questo articolo e quelli scaturiti dal d.lgs. n. 152/1992: è quanto rileva ROSSILLI, *Non c'è trasparenza senza prevedibilità per i lavoratori discontinui*, in www.federalismi.it, n. 3/2024, 315.

⁴⁸ Lo ribadisce la citata circolare n. 19/2022, per la quale *ratio* della riforma è «quella di ampliare e rafforzare gli obblighi informativi, ma tale operazione di ampliamento e di rafforzamento deve essere calata nella concretezza del rapporto di lavoro». In argomento, cfr. AVANZI, *L'orario di lavoro nel "decreto trasparenza", fra prerogative datoriali e diritti dei lavoratori*, in www.bollettinoadapt.it, 27 settembre 2022, n. 3, il quale giustamente sottolinea come le nuove regole informative impattino più sui profili quantitativi del tempo di lavoro, lasciando inalterate quelle che attengono al potere datoriale di distribuzione dell'orario.

voro a turni. Per la Cassazione ciò non comporta alcuna lesione dell'autonomia negoziale delle parti, anche perché è previsto che il giudice tenga conto delle esigenze indicate dal lavoratore e di quelle del datore di lavoro.

Anche l'idea che sia il giudice a dover stabilire gli orari di lavoro non ben definiti nel contratto rappresenta una costante della disciplina sul *part-time*. La formulazione delle norme succedutesi nel tempo è lievemente cambiata, ma il principio non è stato rinnegato nella sua sostanza.

L'art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 61/2000, premesso che l'eventuale mancanza o indeterminazione, nel contratto scritto, delle necessarie indicazioni relative all'orario non comportava la nullità del contratto di lavoro a tempo parziale, aggiungeva che, nel caso in cui l'omissione riguardasse la sola collocazione temporale dell'orario, il giudice doveva «provvedere a determinare le modalità temporali di svolgimento della prestazione lavorativa a tempo parziale con riferimento alle previsioni dei contratti collettivi di cui all'art. 3, comma 7, o, in mancanza, con valutazione equitativa, tenendo conto in particolare delle responsabilità familiari del lavoratore interessato, della sua necessità di integrazione del reddito derivante dal rapporto a tempo parziale mediante lo svolgimento di altra attività lavorativa, nonché delle esigenze del datore di lavoro».

L'art. 10 del d.lgs. n. 81/2015, a sua volta, non ripropone in modo esplicito la regola che esclude la nullità del contratto in caso di violazioni delle regole di forma, ma ciò è comunque desumibile dal fatto che sono previste «altre» conseguenze sanzionatorie. Al comma 2 si legge che, qualora la mancanza riguardi «la sola collocazione temporale dell'orario, il giudice determina le modalità temporali di svolgimento della prestazione lavorativa a tempo parziale, tenendo conto delle responsabilità familiari del lavoratore interessato e della sua necessità di integrazione del reddito mediante lo svolgimento di altra attività lavorativa, nonché delle esigenze del datore di lavoro».

Due sono le differenze fra le due formulazioni⁴⁹. In primo luogo in quella attualmente in vigore è scomparso il riferimento alle previsioni dei contratti collettivi di cui all'art. 3, comma 7 (che erano i contratti collettivi sulle clausole elastiche, stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi), alle quali il giudice doveva in prima battuta attenersi per fissare l'orario di lavoro. In secondo luogo non si dice più che, in mancanza di tale disciplina collettiva, nel tenere conto delle diverse variabili (che restano quelle originarie) il giudice debba compiere una valutazione equitativa.

Con riferimento alla prima differenza sembra potersi dire che essa è coerente con l'idea che fa dell'autonomia individuale il perno della disciplina sul *part-time*, quale logica e giusta conseguenza del fatto che, se si sceglie questo contratto, al centro di tutto non pos-

⁴⁹ In argomento, cfr. LIMENA, *Il sistema sanzionatorio nelle collaborazioni continuative e coordinate, nel lavoro autonomo, a progetto, intermittente e part time*, in BROLO, CESTER, MENGHINI (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Trieste, EUT, 2016, 362.

sono che esserci le esigenze del singolo, non interpretabili né standardizzabili a livello di contrattazione collettiva.

La seconda modifica appare invece, almeno ad un primo sguardo, solo formale, posto che, come si è detto, non cambiano i parametri ai quali il giudice deve attenersi nella sua valutazione. Con un po' di pignoleria si può tuttavia sottolineare un'altra piccola differenza fra le due formulazioni e cioè il fatto che nella seconda non appare più la locuzione "in particolare". Se ne potrebbe desumere allora che davvero non si tratti più di una valutazione equitativa, essendo il giudice oggi (diversamente da prima) costretto a tenere conto solo dei tre parametri indicati, restando aperta la questione di come le parti debbano esplicitare al giudice i loro *desiderata*.

La norma peraltro non colloca tali parametri in una chiara scala di priorità⁵⁰, non potendosi considerare tale il semplice ordine seguito dalla legge nell'elencarli. Valorizzando tuttavia a questo fine le argomentazioni di Corte cost. n. 210/1992 si può arrivare a considerare di maggior peso le esigenze del lavoratore, con il che si consegue anche un malcelato obiettivo punitivo nei confronti del datore di lavoro, sicuramente principale "colpevole" della non adeguata redazione del contratto. In ogni caso è il giudice a dover soppesare le diverse esigenze. La necessità di integrazione del reddito con i compensi derivanti da altre attività può, ad esempio, risultare particolarmente rilevante nell'ipotesi di *part-time* ad orario molto ridotto.

La giurisprudenza chiamata negli anni a pronunciarsi sul punto sembra in realtà maggiormente concentrata sul tema del diritto al risarcimento del danno che, sempre a mente delle norme sopra citate, spetta al lavoratore che ha dovuto subire una non puntuale collocazione dell'orario di lavoro, in considerazione della maggiore penosità e onerosità che viene ad assumere la prestazione lavorativa per la messa a disposizione delle energie lavorative per un tempo maggiore di quello effettivamente lavorato⁵¹.

Ma anche del potere di specificazione dell'orario i giudici hanno fatto nel tempo un discreto uso⁵², generalmente assecondando le richieste dei lavoratori. Ad esempio Trib. Milano, sez. lav., 9 dicembre 2010, n. 5140 ha dato preponderante peso alle esigenze di conciliazione vita familiare-lavoro di una delle ricorrenti. Ed ancora Trib. Milano 2 gennaio 2006⁵³, non avendo il datore di lavoro addotto nessuna specifica ragione organizzativa,

⁵⁰ In senso contrario si veda però App. Milano 7 gennaio 2008, in *RCDL*, 2008, 605, con nota PARIS, *Contratto a tempo parziale: necessità della predeterminazione della collocazione temporale della prestazione lavorativa e regime sanzionatorio*, che condivide tale lettura deducendola, oltre che dalla lettera della legge, dall'interpretazione proposta dalla più volte citata circolare n. 9/2004 del Ministero del Lavoro, oltre che dalla sentenza n. 210/1992 della Corte costituzionale. Analogamente Trib. Milano 27 settembre 2005, cit. in nota 21. Anche per MAZZURANA, *Contratto a tempo parziale: la determinazione giudiziale dell'orario e il risarcimento del danno*, in *RCDL*, 2009, 2, 469, si tratta di «criteri gerarchicamente ordinati».

⁵¹ Sul punto, ad esempio, Cass., sez. lav., 4 dicembre 2014, n. 25680; Cass., sez. lav., 7 settembre 2012, n. 14999.

⁵² Si veda, ad esempio, Trib. Milano, sez. lav., 19 novembre 2014, che applica l'art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 61/2000.

⁵³ Si veda nota 20.

ha accordato alla ricorrente l'orario richiesto, mentre in Trib. Milano 28 gennaio 2004⁵⁴ il giudice (dopo avere individuato le fasce orarie nelle quali il datore aveva interesse a ricevere la prestazione) ha collocato le ore di lavoro nel turno diurno, per consentire ad una lavoratrice madre di attendere ai propri doveri familiari.

Più di recente, in applicazione della disciplina di cui al d.lgs. n. 81/2015, in una vicenda in cui alcune lavoratrici, assunte originariamente per lavorare a turni, erano state in seguito spostate ad un orario fisso e poi, contro la loro volontà, riportate ad un sistema di turni, la datrice di lavoro è stata condannata a ripristinare l'orario fisso⁵⁵.

Deve trattarsi, in ogni caso, della fissazione di uno specifico orario, non potendo il giudice indicare delle fasce "sovrabbondanti" rispetto al numero di ore cui è obbligato il singolo dipendente (magari perché uguali a quelle utilizzate per i lavoratori a tempo pieno), altrimenti viene nuovamente mancato l'obiettivo della esatta programmabilità del tempo libero. Bene si è espressa pertanto, ad esempio, Trib. Milano 21 luglio 2001⁵⁶ che, nel caso di una lavoratrice assunta per lavorare quattro ore al giorno, ma con turni distribuiti su fasce variamente collocate nella giornata (dalle 7 del mattino sino alle 3 di notte), ha assegnato la lavoratrice a specifici turni (dalle 10 alle 14 oppure dalle 11 alle 15), tenendo conto a tal fine delle sue responsabilità familiari.

Un potere che viene invece, giustamente, negato al giudice è quello di apporre lui stesso, su richiesta del solo datore di lavoro, una clausola elastica al contratto⁵⁷. Se però la clausola è stata voluta da entrambe le parti e correttamente formulata, nel caso in cui sopravvengano esigenze incompatibili con le fasce indicate nel contratto (purché si tratti di esigenze meritevoli di tutela) il giudice dovrebbe poterle rideterminare, su richiesta del lavoratore, evitando a quest'ultimo l'assai più drastica scelta della revoca del proprio consenso a tale elemento di flessibilità⁵⁸.

Del tutto diverso appare, infine, l'intervento del giudice nelle ipotesi in cui, a fronte di una non chiara collocazione nel tempo delle ore di lavoro nell'ambito di un contratto etichettato come a tempo parziale, emerga nel processo la prova che la prestazione si è svolta in realtà ad orario normale. In questo caso invero è certo (ma non riconducibile alle previsioni di cui agli artt. 8 del d.lgs. n. 61/2000 o 10 del d.lgs. n. 81/2015) che il giudice possa riqualificare il rapporto come a tempo pieno⁵⁹ e, conseguentemente, individuare come orario di lavoro quello di fatto praticato dalle parti nel corso della relazione.

⁵⁴ In *RCDL*, 2004, 365, con nota di CORRADO, *La disciplina delle c.d. clausole elastiche nel contratto di lavoro a tempo parziale tra il d.lgs. 61/2000 e il d.lgs. 276/2003*.

⁵⁵ Si tratta della già citata Trib. Monza 3 agosto 2020.

⁵⁶ In *RCDL*, 2001, 989, con nota di BONSIGNORIO, *Un caso di applicazione delle nuove regole sul part-time elastico*.

⁵⁷ Così Trib. Milano 4 febbraio 2009, in *RCDL*, 2009, 2, 466, con nota di MAZZURANA.

⁵⁸ In questo senso, sostanzialmente, LECCESE, *Il lavoro a tempo parziale*, cit., 10.

⁵⁹ Così App. Potenza, sez. lav., 7 giugno 2016, n. 112.

CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA 16 aprile 2024, n. 99 – Pres. Barbera – Red. D’Alberti - Ministero dell’interno, Dipartimento Vigili del fuoco, del soccorso pubblico e della difesa civile c. E. B.
Questione di legittimità rimessa dal Consiglio di Stato, sez. III, 15 novembre 2023.

Lavoro pubblico – Assistenza e solidarietà sociale – In genere – Beneficiari – Criteri e requisiti – Scelte del legislatore soggette allo scrutinio di ragionevolezza, al fine di verificare la coerenza dei filtri selettivi con la *ratio* della norma censurata.

*Le scelte del legislatore concernenti i criteri selettivi per il riconoscimento di benefici pubblici devono essere sempre operate in ossequio al principio di ragionevolezza, evitando soluzioni normative che ne limitino, in maniera irragionevole, l’ambito soggettivo di applicazione. Nel sindacare tali scelte, lo scrutinio di costituzionalità – che mira a verificare se vi sia una ragionevole correlazione tra la condizione prevista per l’ammissibilità al beneficio pubblico e gli altri peculiari requisiti che ne condizionano il riconoscimento – deve svolgersi secondo la struttura tipica del sindacato svolto ai sensi dell’art. 3, primo comma, Cost., che muove dall’identificazione della *ratio* della norma e verifica, poi, la coerenza del filtro selettivo introdotto con la stessa.*

Lavoro pubblico – Maternità e infanzia – Congedi parentali – Impiegati pubblici con figli minori fino a tre anni di età – Possibilità di ottenere il trasferimento temporaneo ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l’altro genitore esercita la propria attività lavorativa, anziché ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale è fissata la residenza della famiglia o nella quale l’altro genitore eserciti la propria attività lavorativa – Violazione del principio di ragionevolezza – Illegittimità costituzionale *in parte qua*.

*È dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione del principio di ragionevolezza, l’art. 42-bis, comma 1, del d.lgs. n. 151 del 2001, nella parte in cui prevede che il trasferimento temporaneo del dipendente pubblico, con figli minori fino a tre anni di età, possa essere disposto «ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l’altro genitore esercita la propria attività lavorativa», anziché «ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale è fissata la residenza della famiglia o nella quale l’altro genitore eserciti la propria attività lavorativa». La norma censurata dal Consiglio di Stato, terza sezione, restringe irragionevolmente l’ambito di applicazione dell’istituto, minando la finalità di rilievo costituzionale di sostegno e promozione della famiglia, dell’infanzia e della parità dei genitori nell’accudire i figli nei loro primissimi anni di vita. A fronte di una simile *ratio*, la limitazione imposta non tiene nella dovuta considerazione la maggiore complessità ed eterogeneità che caratterizza l’odierna organizzazione della vita familiare, alla luce delle trasformazioni che hanno investito sia le modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative, grazie anche alle nuove tecnologie, sia i sistemi di trasporto; di conseguenza, compromette l’adeguata tutela e la ricomposizione di quei nuclei familiari in cui entrambi i genitori – situazione, nella realtà, sempre meno rara – si trovino a vivere separati per esigenze lavorative, prestando le proprie rispettive attività in regioni diverse da quelle in cui è stata fissata la residenza familiare.*

Il trasferimento temporaneo dei dipendenti pubblici al vaglio della Consulta

Monica Navilli

Ricercatrice in Diritto del lavoro nell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. L'art. 42-bis, d.lgs. n. 151/2001, sotto lo sguardo della giurisprudenza. – 3. Il trasferimento temporaneo alla prova di una restrizione geografica non più ragionevole.

Sinossi: Il contributo prende in esame l'istituto della mobilità temporanea appositamente creato per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni partendo dagli orientamenti giurisprudenziali nel tempo prodotti, per poi considerare l'apporto dato dalla Corte costituzionale (sentenza 16 aprile 2024, n. 99) all'obiettivo costituzionale di sostegno e promozione della famiglia e alle possibilità di conciliazione tra esigenze familiari e lavoro.

Abstract: *The paper examines the temporary mobility institute created specifically for public administration employees, based on the judgments produced over time, and then considers the contribution made by the Constitutional Court (Judgment of 16 April 2024, n. 99) to the constitutional objective of supporting and promoting the family and the possibilities of reconciling family needs with work.*

1. Il caso

A fronte della richiesta di temporaneo trasferimento ai sensi dell'art. 42-bis, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, presso una sede della pubblica amministrazione prossima al comune di residenza del nucleo familiare, e non nella provincia o regione in cui presta l'attività lavorativa l'altro genitore, il lavoratore vedeva rigettata l'istanza. Il rigetto veniva giustificato non solo per la assenza di posti disponibili nella sede richiesta quanto, soprattutto, per carenza di uno dei presupposti richiesti dal legislatore al fine del trasferimento, ovvero per l'ambito territoriale presso il quale si domandava lo spostamento. Se per parte ricorrente non pareva sussistere evidentemente una differenza in ordine al menzionato ultimo presupposto, al contrario, per parte datoriale, la possibilità di accordare il trasferimento era ed è strettamente connessa, secondo l'esplicita lettera della norma, alla collocazione geografica in cui ha sede l'attività lavorativa del coniuge.

Ebbene, proprio in riferimento a quest'ultimo aspetto, il giudice rimettente, rigettati i primi due motivi di appello, ha ritenuto di dover sollevare questione di legittimità costituzionale della censurata disposizione, nella parte in cui subordina la possibilità di ottenere il trasferimento temporaneo al fatto che «il coniuge del richiedente abbia la propria attività lavorativa (e non l'attività lavorativa o la residenza del nucleo familiare, ove le nozioni

non coincidano) nella stessa Provincia o Regione ove è ubicata la sede di servizio presso la quale si domanda il trasferimento».

Sul punto già si era espressa l'autorità giurisdizionale di primo grado "estendendo" la tutela assicurata dalla disciplina del 2001 in linea con quella che si ritiene essere anima e *ratio* della norma stessa. Ad avviso del giudice di primo grado, infatti, l'art. 42-bis, comma 1, d.lgs. n. 151/2001, non andrebbe interpretato «in senso strettamente letterale a pena di avallare situazioni palesemente irragionevoli come quella in cui il coniuge lavori a pochi chilometri dalla sede in cui viene richiesto il trasferimento ma questa si trovi oltre il confine di una diversa regione». Pertanto, sebbene il legislatore abbia valorizzato, ai fini del trasferimento temporaneo, non già la residenza del nucleo familiare, ma il luogo di lavoro dell'altro genitore, ove quest'ultimo «si trovi in una posizione che consenta (per distanza, rete viaria, rete di trasporto, etc.) di raggiungere quotidianamente il luogo di ricongiungimento, la *ratio legis* (che è quella di agevolare la riunione della famiglia nei primi anni di vita della prole) deve ritenersi realizzata al pari di quanto accadrebbe se la sede di servizio del primo si trovasse nella medesima regione, non potendo ragionevolmente costituire le linee di confine fra i diversi ambiti amministrativi in cui è suddiviso il Paese elemento discriminante nella materia di cui ci si occupa».

Un'interpretazione adeguatrice, quest'ultima, non accolta dal Consiglio di Stato. Seppur mossa da premesse condivisibili, risulterebbe impedita dal chiaro tenore letterale della disposizione, che fa «espreso riferimento, quale elemento che dà titolo al richiesto trasferimento (nella medesima Provincia o Regione), alla sede di servizio del coniuge, e non alla sua (e del nucleo familiare) residenza». Sicché, a fronte dell'impossibilità di praticare un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 42-bis, il quale così come formulato porterebbe nel caso specifico ad «un esito irragionevole e, dunque, contrario all'art. 3 Cost., nonché contrastante con la tutela costituzionale della famiglia, della genitorialità e dell'infanzia, di cui agli artt. 29, 30 e 31 Cost., porta lo stesso a rimettere la questione alla Corte costituzionale.

2. L'art. 42-bis d.lgs. n. 151/2001 sotto lo sguardo della giurisprudenza

La norma oggetto di attenzione, sia nella versione attuale frutto di una revisione operata meno di un decennio fa¹, sia in quella originaria² risponde alla necessità di soddisfare

¹ Cfr. art. 14, comma 7, l. 7 agosto 2015, n. 124 con cui, in particolare, il legislatore ha sostanzialmente ridotto la discrezionalità dell'amministrazione di partenza e di arrivo col prevedere il diniego (motivato) limitato a casi o esigenze eccezionali. Sul punto, *amplius*, MARAGA, *L'assegnazione temporanea del dipendente pubblico ex art. 42-bis d.lgs. n. 151/2001 nella giurisprudenza recente*, in *LPA*, 2020, 2, 144.

² V. art. 3, comma 105, l. 24 dicembre 2003, n. 350

esigenze familiari e di accudimento congiunto della prole nei primissimi anni di vita col riconoscere al dipendente pubblico la possibilità di richiedere “l'avvicinamento” della sede lavorativa dei due genitori.

In particolare, con un istituto a carattere provvisorio, fruibile anche in modo frazionato, vanno così ad assicurarsi quei valori, diritti e doveri, costituzionalmente garantiti alla cura dei figli minori, alla famiglia (artt. 29, 30 e 31 Cost.), principale formazione sociale nella quale si forma la persona umana.

Il disposto non ha mancato di passare il vaglio della giurisprudenza con una produzione apprezzabile specialmente in riferimento alla qualificazione della situazione giuridica soggettiva del lavoratore, sì da mostrar differenti letture volte a riconoscere un diritto soggettivo, un interesse legittimo o solo una mera aspettativa in capo al dipendente, ovvero per l'applicabilità della prerogativa a tutti i lavoratori pubblici senza distinzione fra amministrazioni “privatizzate e/o contrattualizzate” e non riformate³.

In particolare, anche dopo il ridimensionamento della discrezionalità delle pp.aa. nel concedere o meno il trasferimento⁴, in via maggioritaria si è riconosciuto al dipendente pubblico un interesse legittimo⁵ «in considerazione del fatto che la legge prevede solo la mera “possibilità” di assegnazione temporanea e dispone un procedimento del tutto equiparabile a quello amministrativo per la verifica della sussistenza dei presupposti per l'accoglimento della richiesta previsti dalla disposizione»⁶. Contestualmente è rimasto in capo ad un orientamento minoritario la qualificazione dell'istituto in termini di diritto soggettivo, di un diritto pur subordinato alla sussistenza “degli specifici requisiti” richiesti dalla disposizione⁷.

Al ricorrere dei presupposti necessari, ovvero l'essere genitori di un minore fino a tre anni e lo svolgimento da parte del coniuge (o ancor meglio dell'altro genitore) di una attività lavorativa, così genericamente “definita”, nella stessa provincia o regione della sede di

³ A tal proposito, per l'applicabilità al personale militare e delle Forze di polizia di Stato, escluso dalla c.d. “privatizzazione del pubblico impiego” (v. art. 2, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165) Tar Sicilia Palermo, sez. III, 3 gennaio 2024, n. 28, in *OneLegale-Banca dati*; Tar Piemonte Torino, sez. I, 5 settembre 2023, n. 741, in *OneLegale-Banca dati*; Tar Friuli-V. Giulia Trieste, sez. I, 1 giugno 2021, n. 171, in *OneLegale-Banca dati*; Tar Piemonte Torino, sez. I, 25 febbraio 2021, n. 191 e Tar Lazio Roma, sez. I bis, 7 gennaio 2021, n. 223 sempre in *OneLegale-Banca dati*.

⁴ Art. 14, comma 7, l. n. 124/2015.

⁵ Tar Sicilia Palermo, sez. III, 3 gennaio 2024, n. 28; Cons. Stato, sez. II, 5 ottobre 2022, n. 8527, in *QG*, 2022; Cons. Stato, 7 febbraio 2020, n. 961, in *D&G*, 10 febbraio 2020; Cons. Stato, sez. IV, ord. 28 aprile 2017, n. 1802; Cons. Stato, sez. IV, 23 maggio 2016, n. 2113; Cons. Stato, sez. III, 3 agosto 2015, n. 3805; Cons. Stato, sez. III, 5 dicembre 2014, n. 6031; Cons. Stato, sez. III, 8 aprile 2014, n. 1677; Trib. Napoli, 15 maggio 2020, n. 10188 e Trib. Siracusa, 10 agosto 2019, in *Redazione Giuffrè*, 2019; Trib. Busto Arsizio, 12 novembre 2014, n. 449, in *RIDL*, II, 2015, 447. Escludono un “diritto soggettivo assoluto” o un “diritto incondizionato” o un “diritto assoluto incondizionato: Trib. Milano, 19 luglio 2012, in *ADL*, 2012, 1359 con nota di Di STASI, *Assegnazione provvisoria del lavoratore: presupposti per la fruizione del beneficio e potere discrezionale della P.A.*; Tar Torino, 9 ottobre 2014, n. 1525; Trib. Venezia 14 febbraio 2012, in *RGLV*, 2012, 1, 66, con nota di PAONE.

⁶ In questi termini MARAGA, op. cit., 145.

⁷ V. Tar Campania Napoli, sez. IV, 27 gennaio 2022, n. 557; Tar Torino (Piemonte), sez. I, 9 ottobre 2014, n.1525; Trib. Firenze, 2 agosto 2014; Trib. Reggio Emilia, 9 novembre 2005, in *LPA*, 2006, 2, 397; Trib. Lecce, 16 luglio 2007, in *DL*, 2008, 2, 762, con nota di SERRANO; Trib. Novara, 29 giugno 2009, in *Il Civilista*, 2010, 6, 83.

destinazione, si riconosce all'amministrazione datore di lavoro il compito di accettare o meno la richiesta di trasferimento subordinatamente alla sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva e previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione. L'eventuale dissenso deve essere motivato e limitato a casi o esigenze eccezionali, escludendo semplici difficoltà organizzative rispetto al personale disponibile o alle generiche esigenze della sede di attuale appartenenza⁸. Operano, tuttavia, su quest'ultimo aspetto alcune eccezioni, seppur limitate a date amministrazioni⁹, sì da considerare possibile una attenuazione del beneficio per la specialità del rapporto di servizio che contraddistingue la condizione del personale¹⁰.

In ordine all'ambito di applicazione della norma, considerato il riferimento alle pubbliche amministrazioni, è andata progressivamente ad affermarsi, in giurisprudenza, una generale applicabilità dell'istituto ricomprendente anche le realtà escluse dalla riforma avviate negli anni novanta, non solo in forza del tenore della disposizione oggetto di attenzione, ma anche in base ad un'interpretazione orientata dalle norme costituzionali e sovranazionali in materia di sostegno della genitorialità e di tutela dell'infanzia¹¹. Indiscussa nel dibattito la presenza della duplice condizione della sussistenza nella sede di destinazione di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva e dell'assenza di esigenze di servizio eccezionali¹², vanno, invece, a rilevare differenti letture supportate da specifici interventi normativi per il personale militare e delle Forze della Polizia di Stato. In tali casi, seppur con posizioni di minoranza¹³, va ad evidenziarsi una applicazione della

⁸ Cons. Stato, sez. III, 16 febbraio 2016, n. 685; sez. III, 1° aprile 2016, n. 1317; Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio 2017, n. 2243; Cons. Stato, sez. IV, 6 dicembre 2017, n. 5288; Cons. Stato, sez. IV, 14 settembre 2018, n. 4348; Cons. Stato, sez. IV, 17 maggio 2019, n. 2380; Tar Brescia, (Lombardia) sez. I, 19 giugno 2020, n. 461.

⁹ A tal proposito, si ricordano le Forze armate e le Forze di polizia.

¹⁰ V. Art. 40, comma 30-ter, lett. q), d.lgs. 27 dicembre 2019, n. 172 (Disposizioni integrative e correttive, a norma dell'articolo 1, commi 2 e 3, della legge 1° dicembre 2018, n. 132, al decreto legislativo 29 maggio 2017, n. 95), con cui va a restringersi il "campo" di applicazione per il personale della Polizia di Stato, sì da consentire il rigetto della richiesta anche solo per mere esigenze di servizio. Tar Aosta, (Valle d'Aosta) sez. I, 11 ottobre 2019, n. 49; Tar Roma, (Lazio) sez. I, 7 gennaio 2021, n. 223; Tar Lazio Roma, sez. IV, 22 gennaio 2024, n. 1033, tutte in *Onelegale* (banca dati).

¹¹ Tar Sicilia Palermo, sez. III, 3 gennaio 2024, n. 28; Tar Sicilia Catania, sez. III, 3 novembre 2023, n. 3268; Tar Piemonte Torino, sez. I, 5 settembre 2023, n. 741; Tar Bologna, (Emilia-Romagna) sez. I, 15 febbraio 2021, n. 116; Tar Friuli-V. Giulia Trieste, sez. I, 1 giugno 2021, n. 171; Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2020, n. 961; Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2019, n. 6577; Cons. Stato, sez. II, 26 agosto 2019, n. 5872; Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2017, n. 4993; Cons. Stato, sez. IV, 14 ottobre 2016, n. 4257; Cons. Stato, sez. IV, 23 maggio 2016, n. 2113; Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2015, n. 2426; Cons. Stato, sez. III, 16 dicembre 2013, n. 6016; Cons. Stato, sez. III, 16 ottobre 2013, n. 5036; Cons. Stato, sez. IV, 10 luglio 2013, n. 3683; Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2730.

¹² Cons. Stato, sez. III, 15 novembre 2023, n. 9795, secondo cui «neppure la norma speciale per le forze di polizia e gli appartenenti all'Amministrazione della Difesa, il comma 31-bis dell'art. 45 del d.lgs. 29 maggio 2017, n. 95, spinge il *favor* per le esigenze di servizio dell'Amministrazione sino al punto di consentire una motivazione generica inerente alle ragioni di servizio che faccia riferimento alle scoperture di organico, senza che queste ultime risultino particolarmente gravi, o in generale si richiami alle funzioni svolte dal reparto di attuale assegnazione del dipendente, senza evidenziare specifiche ragioni, anche legate ai compiti svolti da colui che richiede il trasferimento temporaneo». In senso conforme Tar Sicilia Catania, sez. III, 3 novembre 2023, n. 3268; Tar Lombardia Milano, sez. IV, 29 giugno 2023, n. 1648; Cons. Stato, sez. II, 5 ottobre 2022, n. 8527; Tar Piemonte Torino, sez. I, 25 febbraio 2021, n. 191; Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2021, n. 1360.

¹³ Cons. Stato, sez. VI, 1° luglio 2019, n. 3361; Cons. Stato, sez. III, 29 agosto 2018, n. 5068; Tar Emilia-Romagna Bologna,

tutela “familiare” in parte “attenuata” dalla disciplina speciale dei rispettivi ordinamenti si da consentire sotto il profilo del possibile diniego un ritorno a quella maggior discrezionalità dell’amministrazione che il legislatore del 2015 aveva circoscritto.

Contrasti interpretativi si ricordano anche guardando all’elemento temporale. Dopo un’iniziale incertezza dettata dalla duplice presenza di due dati triennali, l’uno riferibile all’età della prole, l’altro alla durata massima del trasferimento, tanto da portare in taluni casi a far coincidere i due termini in “una unica condizione” con la conseguente decadenza del trasferimento al compimento del terzo anno di vita del figlio, la parola definitiva è stata offerta direttamente dal Ministero. Abbracciando l’orientamento maggioritario, si è giunti a considerare ben distinti i due dati, a riconoscere la facoltà di chiedere il trasferimento entro il compimento del terzo anno del minore e per una durata massima di un triennio, al solo ricorrere del quale opera il “ritorno” alla sede di partenza¹⁴.

Vagliando la richiamata produzione giurisprudenziale alcun problema sembra, invece, essere stato sollevato in ordine alla questione che ha portato la Consulta a pronunciarsi nella scorsa primavera.

L’ipotesi di considerare la sede lavorativa e non la residenza nel nucleo familiare, anche solo come alternativa, restituisce l’impressione di una costante (se non scontata) elezione e vicinanza di quest’ultima alla prima in riferimento ad uno dei genitori-lavoratori, si da presumere che il richiamo legislativo alla sede di lavoro implichi anche “la vicinanza alla casa familiare”. Dato giustificabile, forse, *ab origine* in conformità ad un «criterio di normalità sociale» riscontrabile nel momento in cui venne varata la norma, ma oggi affatto ascrivibile alla mutata realtà della società italiana.

Emerge ormai da decenni, come dimostra il caso *a quo*, il tema di una non prossimità fra la residenza familiare e i luoghi di lavoro (ubicati nella provincia o Regione) non solo di uno quant’anche di entrambe le figure genitoriali. Giova ricordare a tal proposito che il pendolarismo non solo fra Comuni, Città metropolitane, quant’anche in particolare fra Regioni è andato progressivamente crescendo¹⁵ anche nel nostro Paese, pur se con tassi nettamente inferiori rispetto agli altri Stati europei.

La problematica, peraltro, è affiorata proprio negli anni in cui si è dato corso a trasformazioni in ordine alle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, anche al fine di agevolare la conciliazione fra esigenze lavorative e familiari, nonché a rinnovamenti sul piano della mobilità contribuendo a una maggiore facilità di spostamento quotidiano, almeno su alcune direttrici. Mutazioni che, per usare le parole del Consiglio di Stato,

n. 455/2019; Tar Lazio Roma n. 10143/2019. Con una posizione più attenuata v. Tar Lazio Roma, sez. I quater, 2 ottobre 2023, n. 14500.

¹⁴ Tar Firenze, (Toscana) sez. I, 24 ottobre 2017, n. 1279.

¹⁵ A tal proposito rilevanti appaiono i dati dell’ultimo censimento Istat (2011) in <http://dati-censimentopopolazione.istat.it/>; Rapporto Eurostat, *Commuting between regions*, 2020-2021, in *Commuting between regions - Products Eurostat News - Eurostat* (europa.eu).

consentono di evitare uno «sradicamento del nucleo familiare» laddove residenza e sede di lavoro, pur distanti, sono compatibili con spostamenti quotidiani, peraltro in contesti in cui da un trentennio è decaduto quell'obbligo di residenza anagrafica presso il comune ove il dipendente ha la sede di servizio che ha caratterizzato i rapporti di lavoro pubblici *ex art. 12, d.p.r. n. 3/1957*¹⁶.

3. Il trasferimento temporaneo alla prova di una restrizione geografica non più ragionevole

Il pensiero della Consulta prende le mosse proprio da queste ultime considerazioni per giungere ad accogliere non solo il contrasto tra la previsione del d.lgs. 151/2001 e la Carta costituzionale, quant'anche a provvedere a colmare il vuoto normativo rilevato inserendo una previsione conforme al dettato costituzionale e alternativa rispetto a quella determinata dal legislatore ordinario.

Assodato che le scelte del legislatore concernenti i criteri selettivi per il riconoscimento di benefici pubblici devono «essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza»¹⁷, il vaglio costituzionale viene ad essere condotto all'interno della specifica disposizione, sì da «verificare se vi sia una ragionevole correlazione tra la condizione prevista per l'ammissibilità del beneficio e gli altri peculiari requisiti che ne condizionano il godimento e ne definiscono la ratio»¹⁸. Va in tal modo ad operarsi uno scrutinio che trova le proprie origini nel rapporto col principio di uguaglianza, nelle pronunce aventi ad oggetto la violazione di quest'ultimo¹⁹, per poi essere, nel tempo, dallo stesso sganciato sino a divenire «un canone generale di controllo della funzione legislativa, integrativo di altri valori costituzionali, con funzione di “chiusura” del sistema»²⁰.

Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte ha già in più occasioni ritenuto costituzionalmente illegittime, per contrasto con l'art. 3 Cost., norme legislative nazionali, regionali o

¹⁶ Sul punto v. allegati A e B del d.lgs. n. 165/2001.

¹⁷ Cfr. C. cost., 16 aprile 2024, n. 99, pt. 4.1; C. cost., 28 novembre 2005, n. 432; tra le altre, C. cost. sentenze 10 aprile 2018, n. 107 e 20 giugno 2018, n. 166; C. cost., 11 giugno 2014, n. 168, C. cost., 1° luglio 2013, n. 172; C. cost., 18 gennaio 2013, n. 2; C. cost., 9 febbraio 2011, n. 40, tutte in *www.cortecostituzionale.it*.

¹⁸ Così C. cost., 20 giugno 2018, n. 166, e C. cost., 10 aprile 2018, n. 107; C. cost. 3 giugno 2013, n. 133; C. cost., 28 novembre 2005, n. 432, tutte in *www.cortecostituzionale.it*.

¹⁹ Sul punto CORAGGIO, *Le declinazioni del giudizio di ragionevolezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in <https://arcadia.sba.uniroma3.it/>, 2011, 9 s.; SCACCIA, *Motivi teorici e significati pratici della generalizzazione della ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in LA TORRE, SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, 2002, 397, *contra* PALADIN, *Esiste un “principio di ragionevolezza” nella giurisprudenza costituzionale?*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, 1994, 163 e ss.

²⁰ Così CORAGGIO, op. cit., 17; in generale RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in LA TORRE, SPADARO (a cura di), op. cit., 97 ss.; SCACCIA, *Ragionevolezza delle leggi*, in CASSESE (diretto da), *Diz. Dir. Pubbl.*, Giuffrè, 2006, 4805 e ss.

provinciali che subordinavano il riconoscimento di determinate prestazioni assistenziali o benefici al possesso di requisiti non assicuranti un accurato bilanciamento di interessi in astratto, tali da comportare discriminazioni intollerabili fra situazioni similari²¹. Ammessa la possibilità di introdurre regimi differenziati, va ad evidenziarsi come tale facoltà sia però «consentita solo in presenza di una causa normativa non palesemente irrazionale o arbitraria, che sia cioè giustificata da una ragionevole correlazione tra la condizione cui è subordinata l'attribuzione del beneficio e gli altri peculiari requisiti che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la ratio»²². Pertanto, come per le disposizioni limitanti l'ambito soggettivo di applicazione di permessi o congedi straordinari per l'assistenza di familiari (art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151/2001)²³ si è giunti alla pronuncia di incostituzionalità ritenendo irragionevole il filtro selettivo introdotto rispetto alla *ratio* della norma, un analogo destino attendeva l'art. 42-bis, d.lgs. n. 151/2001.

Ebbene, se la finalità perseguita dal legislatore è quella di consentire nei primi anni di vita del minore di «ricongiungere» il nucleo familiare a vantaggio del bambino stesso e della condivisione del «carico e accudimento familiare» fra i genitori, nell'accordare il trasferimento temporaneo solo «ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa», la stessa verrebbe frustrata. L'intenzione risulterebbe vanificata in tutte le ipotesi in cui la scelta privata va soverchiare la presunzione di una coincidenza territoriale fra residenza (ove vive il figlio minore) e sede di servizio di almeno uno dei due lavoratori, sì da portare ad escludere soggetti altrettanto (se non maggiormente) esposti alle condizioni di bisogno e di disagio, di promozione della famiglia, dei minori (ancor più infanti) e della parità dei genitori nella cura dei figli, con non poche ripercussioni sul piano occupazionale. Un'interpretazione, di fatto, restrittiva, ancorata ad una suddivisione «politica del territorio» incapace di tenere in debita considerazione le distanze reali, anche in regioni o province diverse, così come inadeguata davanti alla maggiore complessità ed eterogeneità dell'organizzazione familiare odierna, alle variazioni nei contesti lavorativi e nei trasporti.

Non manca di rilevarsi come, peraltro, il predetto criterio paradossalmente risulterebbe idoneo invece ad accordare il beneficio in situazioni chiaramente illogiche, sì da avallare la richiesta di trasferimento di un lavoratore-genitore che lavora a pochi chilometri dalla sede in cui viene richiesto il trasferimento poiché collocata oltre il confine di una diversa regione o provincia. Non solo. Il «filtro» selettivo mostrerebbe la sua attitudine a influenzare

²¹ Cfr. AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, op. cit.; CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola. Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013*, in www.cortecostituzionale.it; PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *ED, Agg.*, I, Giuffrè, 1997, 898 ss.; CARIGLIA, *L'operatività del principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in LA TORRE, SPADARO (a cura di) *La ragionevolezza nel diritto*, cit., 173 ss.

²² C. cost., 25 maggio 2018, n. 107.

²³ C. cost., 7 novembre 2018, n. 232.

sul piano soggettivo «il concreto ambito di applicazione dell'istituto» incidendo sulla collocazione dell'ubicazione della residenza familiare. Emergerebbe la non remota possibilità che, al fine o meno di accedere alla tutela in parola, si condizioni la libertà di scelta dei singoli nell'elezione di un determinato luogo a dimora abituale per sé e per la famiglia²⁴. Una siffatta restrizione legale dell'ambito di applicazione dell'istituto, allora come rilevato dalla Consulta, non può che risultare ben lungi dall'essere ragionevole rispetto alla finalità, anche di rilievo costituzionale, che il trasferimento temporaneo mira ad attendere. Al contrario, la «funzione di agevolare la cura dei minori nella primissima infanzia», favorendo la «riaggregazione» dei nuclei familiari allorché i genitori-lavoratori si trovino a vivere separati per esigenze lavorative, così come la protezione dei «valori della famiglia, e più in generale della genitorialità, tutelati dall'art. 30 della Costituzione [...] e dal successivo art. 31 [...]»²⁵, la promozione della parità fra genitori nell'accudimento dei figli trovano soddisfazione nel consentire il temporaneo trasferimento, ad almeno uno dei due genitori, anche presso la sede in cui è scelto di fissare la residenza familiare e in cui, *ex art.* 45 comma secondo cod.civ., è domiciliato il figlio. Lettura, questa, che permette sul fronte lavoristico la realizzazione concreta degli obiettivi di conciliazione fra esigenze/responsabilità familiari e lavorative, la parità di genere, ed al contempo di «salvare» in parte il disposto. Accertata così l'illegittimità costituzionale dell'art. 42-*bis*, comma 1, d.lgs. n. 151/2001, come accennato, la Corte opera ricorrendo a quella tecnica decisoria che consente «di «salvare il salvabile»»²⁶ allorché una disposizione legislativa solo in parte si rivela affetta dal contestato vizio di incostituzionalità. Non limitandosi a censurare l'omissione del legislatore ordinario con una «caducazione pura e semplice di una legge, comunque, non del tutto compatibile con la Costituzione»²⁷, sì da creare un vuoto nella tutela, esercita una funzione, non di rado, definita «parelegislativa»²⁸. Attraverso un'operazione di vera e propria riscrittura del testo normativo viene così ampliato l'ambito di applicazione dell'istituto dell'assegnazione temporanea «ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale è fissata la residenza della famiglia o nella quale l'altro genitore eserciti la propria attività lavorativa, sì da rendere la disposizione conforme a Costituzione e, nel

²⁴ Cfr. CALICE, *Sub art. 43 c.c.*, in BONILINI, CONFORTINI, GRANELLI (a cura di) *Codice Civile commentato, wolterskluwer*, in *OneLegale*; CANDIAN, *Domicilio, residenza, dimora*, in *DDP civ.*, VII, Utet Giuridica, 1991; CARNELUTTI, *Note critiche intorno ai concetti di domicilio, residenza e dimora*, in *Studi di diritto civile*, Giuffrè, 1916; COSTANZA, *Domicilio, residenza e dimora (dir. civ.)*, in *EG*, XII, Treccani, 1989; MONTUSCHI, *Sub artt. 43-47, Del domicilio e della residenza*, in *Comm. SB*, Zanichelli – Il Foro Italiano, 1970.

²⁵ Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1418.

²⁶ CAMERLENGO, FURLAN, *Lezioni di diritto costituzionale vivente*, Cedam, 2023, 274.

²⁷ RUGGERI, *Corte costituzionale e Parlamento in chiaroscuro*, in *FI*, 2000, 21 ss.

²⁸ A tal proposito già PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *FI*, 1980, v.103, V, 122-123; in chiave di «applicazione estrema del principio di legittimità costituzionale» MODUGNO, *Corollari del principio di legittimità costituzionale e sentenze sostitutive della Corte*, in *GCost*, 1969, 69 ss.; LAVAGNA, *Sulle sentenze additive della Corte costituzionale*, in *GI*, 1969, 148 ss.; GUARINO, *Le sentenze costituzionali manipolative*, in *AA.Vv.*, *Studi in onore di Giocchino Scaduto*, Padova, 1970, 353 ss.

concreto, dar corso a una svolta che non solo garantisce una protezione adeguata nei casi in cui entrambi i genitori lavorino in regioni diverse dalla residenza familiare, quant'anche consente una opportunità per l'aumento, se non almeno il mantenimento, di tassi di occupazione femminile in presenza di figli rispetto a quelli registrabili in assenza di prole²⁹.

²⁹ Cfr. ISTAT, *Il mercato del lavoro*, in www.istat.it, 11 giugno 2021; CAMERA DEI DEPUTATI - SERVIZIO STUDI DIPARTIMENTO LAVORO, *L'occupazione femminile*, in *Le politiche pubbliche italiane*, 2023, n. 4, spec. 3-9; INAPP, *Rapporto plus 2022*; ISTAT, *Rapporto SDGs 2023*, Roma, 2023, 91 ss.; EUROSTAT, *Employment and activity by sex and age - annual data*, 2023 e 2024; da ultimo si richiama la Dir. 2019/1158/UE ultimo intervento che affronta le problematiche oggetto di attenzione.

TRIBUNALE DI BERGAMO, ordinanza 5 febbraio 2024 – Giudice Dott. S. Cassia – Rete Lenford – Avvocatura per i diritti LGBTI+ APS (Avv. A. Guariso, F. Rizzi) c. INPS (R. Maio, F. Collerone, M. Sferrazza, S. Pischedda)

Tutela della maternità e della paternità – Coppie di genitori dello stesso sesso – Discriminazione – Diritto a usufruire delle prestazioni ex d.lgs. 151/2001.

In tema di tutela e sostegno della maternità e della paternità, va osservato che sussiste una ingiustificata discriminazione a danno delle coppie dello stesso sesso che risultino genitori dai registri dello stato civile, rispetto ai genitori di diverso sesso, per ottenere il riconoscimento dei diritti ex d.lgs. 151/2001, in quanto il sistema informatico dell'INPS impedisce, almeno per alcune delle prestazioni ex d.lgs. 151/2001, la domanda da parte dei genitori dello stesso sesso. Dunque, al fine di eliminare tale situazione, l'INPS è tenuta a modificare il proprio sistema informatico di ricezione delle domande amministrative.

Un primo passo verso l'estensione delle misure di sostegno della maternità e della paternità alle coppie formate da genitori dello stesso genere

Ilaria Bresciani

Ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università di Parma

SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. La genitorialità delle coppie formate da persone dello stesso sesso: evoluzione normativa e giurisprudenziale. – 3. Il diritto del lavoro e gli istituti a sostegno della genitorialità: il quadro normativo. – 4. Prove di estensione del campo di applicazione soggettivo degli istituti a sostegno della genitorialità. L'evoluzione giurisprudenziale.

Sinossi: Nell'ambito di un quadro normativo nel quale la tutela della genitorialità è ancorata alla figura della famiglia tradizionale, la difesa dei diritti delle coppie formate da genitori dello stesso sesso risulta affidata alla sensibilità dei giudici, i quali, in alcune occasioni hanno esteso l'applicazione di istituti a sostegno della maternità e della paternità. L'ordinanza si pone come un ulteriore tassello verso l'affermazione del principio per cui l'orientamento sessuale dei componenti della coppia non può condizionare i diritti connessi al ruolo di genitore.

Abstract: In a regulatory framework in which the protection of parenthood is anchored to the traditional family, the defence of the rights of couples formed by parents of the same sex is entrusted to the sensitivity of judges, who, on some occasions, have extended the application of institutions in support of working mothers

and fathers. The ordinance is a further step towards the affirmation of the principle according to which the sexual orientation of the members of the couple cannot condition the rights connected to the role of parent.

1. Il fatto

Un'associazione ha agito in giudizio contro l'Inps per difendere il diritto delle coppie composte da genitori dello stesso sesso di accedere ai medesimi istituti per la cura dei figli di cui possono godere le coppie formate di genitori eterosessuali. Le misure in questione, tutte previste dal d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità*, sono il congedo di paternità obbligatorio (art. 27-bis), il congedo di paternità alternativo (art. 28), il congedo parentale (art. 29), i riposi giornalieri della madre e del padre (artt. 39 e 40), e le indennità di maternità per le lavoratrici iscritte alla gestione separata dell'Inps, nonché per le lavoratrici autonome e le imprenditrici agricole (artt. 64 e 66).

Il primo argomento portato all'attenzione del giudice concerne il diritto delle coppie di genitori dello stesso sesso di usufruire degli istituti a sostegno delle responsabilità di cura nei confronti dei figli. Tuttavia, tale questione non è stata trattata nel merito, stante il rilevato difetto di legittimazione ad agire dell'associazione per la tutela dei diritti LGBT, in ragione del fatto che la domanda è stata proposta nell'interesse di generiche «coppie di genitori dello stesso sesso».

Invece, il secondo quesito riguarda il carattere discriminatorio del sistema informatico adottato dall'ente previdenziale, il quale non consente alle coppie formate da genitori dello stesso sesso di presentare domanda per quegli istituti. In questo caso, il giudice ha ritenuto sussistente la legittimazione ad agire dell'associazione, stante il riferimento a un diritto reclamato da coppie costituite da genitori dello stesso sesso riconosciuti come tali a seguito di iscrizione nei registri dello stato civile italiani.

La doglianza ha trovato accoglimento, in quanto il fatto che il sistema informatico dell'Inps non consenta a queste persone di presentare la domanda amministrativa, impedendo l'inserimento di codici fiscali di persone aventi lo stesso genere, peraltro senza che siano previste modalità alternative di accesso alle prestazioni, determina un'ingiustificata discriminazione a danno dei genitori iscritti nei registri dello stato civile, ponendo gli stessi in una posizione di svantaggio rispetto a quella in cui si trovano le coppie formate da genitori di genere diverso.

2. La genitorialità delle coppie formate da persone dello stesso sesso: evoluzione normativa e giurisprudenziale

Negli ultimi anni si è assistito all'intensificarsi del dibattito sulla genitorialità delle coppie formate da persone dello stesso sesso, ma gli inviti volti a provocare un intervento

del legislatore su questo tema non hanno avuto esito¹. La stessa Corte costituzionale ha evidenziato l'esistenza di un vuoto di tutela nei confronti dei genitori omosessuali e dei minori nati con l'aiuto di tecniche di procreazione diverse da quelle ammesse dal nostro ordinamento².

Di fatti, in Italia, la pratica della gestazione per altri è illegale, mentre sono consentite la fecondazione assistita omologa ed eterologa, ma soltanto alle coppie eterosessuali³. Pertanto, le coppie omosessuali che desiderino avere dei figli spesso si recano all'estero per ricorrere a quelle tecniche vietate nel nostro Paese, andando incontro a complesse vicende legali riguardanti il riconoscimento del figlio nato con tali modalità da parte del genitore non biologico, non essendo previsto alcun automatismo.

Il fatto che non esista una legge che regolamenti e tuteli la genitorialità di una coppia omosessuale comporta che la responsabilità genitoriale sia riconosciuta solo al genitore biologico del bambino, con esclusione di quello elettivo o intenzionale che pure abbia aderito al progetto di filiazione⁴.

Nell'ordinamento interno, in tema di genitorialità, a partire dall'impianto del Codice civile⁵, domina la figura della famiglia tradizionale fondata sul matrimonio, ove la qualità di madre e di padre è riferita, in via esclusiva, rispettivamente, alla donna e all'uomo che formano la coppia. Così, anche la legge 4 maggio 1983, n. 184, nel disciplinare l'adozione di minori c. d. piena o in casi particolari, non riconosce tale possibilità alle coppie formate da genitori dello stesso sesso, nemmeno se uniti civilmente⁶.

La stessa l. 20 maggio 2016, n. 76, avente a oggetto la regolamentazione delle convivenze di fatto e delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, pur avendo regolato i rapporti della coppia omosessuale⁷, ha mancato di regolamentare la relazione della coppia con i figli nati al suo interno e, al contempo, ha escluso l'applicazione delle norme relative ai rapporti tra genitori e figli nell'ambito della famiglia fondata sul matrimonio⁸.

¹ MARCELLO, *La genitorialità delle coppie omosessuali in Italia, Le soluzioni giurisprudenziali nel silenzio del legislatore*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, 17, 802 ss.

² C. cost. 9 marzo 2021, n. 32. Sul punto, v. BILOTTI, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, in *NGCC*, 2021, 4, 919 ss.

³ SCALISI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *RDC*, 2017, 5, 1097 ss.

⁴ DE PASQUALE, *Cittadini LGBTIO tra uguaglianza e discriminazioni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2021, 3.

⁵ V., in particolare, gli artt. 231 ss. e 250 ss. c.c.

⁶ MARCELLO, *La genitorialità delle coppie omosessuali in Italia, Le soluzioni giurisprudenziali nel silenzio del legislatore*, cit., 802 ss.; GRASSO, *Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da pma omosex e surrogazione?*, in *NLCC*, 2021, 3, 700 ss.

⁷ SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, 881 ss.

⁸ Nel corso dei lavori parlamentari che hanno portato all'emanazione della l. n. 76 del 2016 è stata stralciata la proposta di modifica dell'art. 44, lett. b), l. n. 184 del 1983 (v. il disegno di legge n. 2081, art. 5), che avrebbe consentito l'adozione del figlio del genitore naturale da parte del *partner* unito civilmente (c. d. *stepchild adoption*), v. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *NGCC*, 2016, 12, 1718 ss.; CASABURI, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso nella L. 20 maggio 2016, n. 76*, in *FI*, I, 2246 ss.

Infine, anche la l. 19 febbraio 2004, n. 40, recante *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, stabilisce che in Italia possono ricorrere a tali tecniche solo le coppie composte da soggetti di sesso diverso (art. 5) e, di conseguenza, non trovando applicazione il riconoscimento automatico dello stato di genitore previsto dai successivi artt. 8 e 9, non è consentito ai bambini nati nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita praticata all'estero da una coppia formata da persone dello stesso sesso l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre o dal padre intenzionale, essendo quella qualifica riservata solo al genitore biologico⁹.

Di fatti, qualora l'atto di nascita sia stato formato all'estero, l'ufficiale di stato civile può trascriverlo in Italia, su richiesta dei genitori, secondo le regole del diritto internazionale privato, ovvero nel rispetto dei principi di ordine pubblico previsti dal nostro ordinamento¹⁰. Ed è proprio sull'interpretazione del concetto di ordine pubblico che la dottrina e la giurisprudenza si sono divise¹¹, con riguardo alla possibilità per entrambi i componenti di una coppia di ottenere il riconoscimento della genitorialità¹², nonostante nel tempo si sia assistito a una apertura, anche da parte delle Corti superiori¹³ ed europee¹⁴.

La Corte di Cassazione a sezioni unite si esprime affermando che, «la compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dagli art. 64 e ss. della l. 31 maggio 1995, n. 218, deve essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»¹⁵. A seguito di tale pronuncia la stessa Corte ha sollevato

⁹ ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità: la legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale scientifica, 2020.

¹⁰ G. PERLINGERI, ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Esi, 2019.

¹¹ NAZZARO, *Il difficile rapporto tra genitorialità e famiglia tra indicazioni giurisprudenziali e novità legislative*, in *Diritto successioni famiglia*, 2017, 3, 864 ss.; SASSI, *Filiazione intenzionale e interesse allo status*, in *Diritto successioni famiglia*, 2018, 2, 531 ss.; G. PERLINGERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le sezioni unite in tema di c. d. maternità surrogata*, in *Diritto successioni famiglia*, 2019, 2, 337 ss.

¹² FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *NGCC*, 2019, 4, 815 ss.

¹³ C. cost., 9 marzo 2021, nn. 32 e 33, in *GI*, 2022, 2, 311 ss., con nota di FAVILLI; Id., in *Famiglia e diritto*, 2021, 7, 704, con nota di FERRANDO; C. cost., 28 marzo 2022, n. 79, in *Famiglia e diritto*, 2022, 10, 897 ss., con nota di SESTA.

¹⁴ C. giust., 5 giugno 2018, causa C-673/16, *Coman*; C. giust., sez. VI, 18 settembre 2019, causa C-366/18, *Commissione europea c. Repubblica Italiana*, in *DPCE online*, 2019, 4, 3017 ss., con nota di MARCHESINI; C. giust., grande sezione, 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A.*, in *DPCE online*, 2022, 1, 507 ss., con nota di MINUCCI; DOGLIOTTI, *Protezione dei minori, diritto interno, giurisprudenza della Corte eur. dir. uomo*, in *NGCC*, 2022, 2, 420 ss.; GRASSI, *Riconoscimento del rapporto di filiazione omogenitoriale e libertà di circolazione all'interno dell'Unione europea*, in *RDIPP*, 2022, 3, 591 ss.

¹⁵ Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Famiglia e diritto*, 2019, 7, 653 ss., con note di DOGLIOTTI e di FERRANDO; Id., in *NGCC*, 2019, 4, 737 ss., con nota di SALANITRO.

questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, dell'art. 18, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, e dell'art. 64, comma 1, lett. g), l. n. 218/1995, «nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del cd. genitore d'intenzione non biologico»¹⁶.

A una prima chiusura¹⁷, è seguita una maggiore consapevolezza circa il fatto che anche il bambino nato da coppie di genitori dello stesso sesso attraverso tecniche di procreazione vietate nel nostro Paese ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con il soggetto che ha condiviso il progetto genitoriale accanto al genitore biologico, portando la Corte di cassazione ad affermare che l'esigenza di assicurare a tale bambino gli stessi diritti degli altri figli può trovare garanzia attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari, previsto dall'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184/1983, e che, in assenza di interventi legislativi *ad hoc*, questo rappresenta lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello *status* di figlio, al legame di fatto con il genitore intenzionale che abbia condiviso il disegno procreativo e che si sia preso cura del bambino sin dal momento della nascita¹⁸. La stessa Corte costituzionale, pur rigettando le questioni di legittimità proposte con riferimento agli artt. 8 e 9, della l. n. 40/2004, in quanto spetta al legislatore la scelta dei mezzi più adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario, ha affermato che «non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore riscontrato nel caso di specie»¹⁹. Inoltre, con riguardo alla soluzione proposta dalla Corte di Cassazione di ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari, ha affermato che la stessa «costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali», in quanto l'adozione di casi particolari «non attribuisce la genitorialità all'adottante» e «non è chiaro se essa istituisca rapporti di parentela tra l'adottato e coloro che quest'ultimo percepisce socialmente come i propri nonni, zii, o addirittura fratelli e sorelle», ma «questa forma di adozione resta comunque

¹⁶ Cass. civ., sez. I, ord., 29 aprile 2020 n. 8325, in *Famiglia e diritto*, 2020, 7, 685 ss., con note di FERRANDO e di RECINTO.

¹⁷ Cass. civ., sez. I, ord., 25 febbraio 2022, n. 6383, in *Famiglia e diritto*, 2022, 6, 581 ss., con nota di CALVIGNONI, per la quale «nel caso di minore concepita mediante l'impiego di tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e nata in Italia, non è accoglibile la domanda di rettificazione dell'atto di nascita volta ad ottenere l'indicazione in qualità di madre della bambina, accanto a quella che l'ha partorita, anche della donna cui è appartenuto l'ovulo poi impiantato nella partoriente, poiché in contrasto con l'art. 4, comma 3, della l. n. 40 del 2004, che esclude il ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali, anche in presenza di un legame genetico tra il nato e la donna sentimentalmente legata a colei che ha partorito». Nello stesso senso, Cass. civ., sez. I, ord., 4 aprile 2022, n. 10844, in *Pluris*.

¹⁸ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *QG*, 1 ss., con nota di VENUTI; Id., in *GI*, 2023, 11, 2320 ss., con nota di SALVI; Cass. civ., sez. I, 2 agosto 2023, n. 23527, in *Famiglia e diritto*, 2023, 12, 1053, con nota di CALVIGNONI.

¹⁹ C. cost., 9 marzo 2021 n. 32, cit.

subordinata all'assenso del genitore "biologico", che potrebbe anche mancare in caso di crisi della coppia»²⁰.

3. Il diritto del lavoro e gli istituti a sostegno della genitorialità: il quadro normativo

La decisione del Tribunale di Bergamo ha condannato l'ente previdenziale a rimuovere la discriminazione indiretta perpetrata ai danni delle coppie di genitori dello stesso sesso riconosciuti come tali nei registri dello stato civile italiani, imponendo di modificare il sistema operativo per consentire a tali soggetti di inoltrare le domande volte a ottenere le prestazioni legate al sostegno alla genitorialità dei lavoratori previste dal d.lgs. n. 151/2001. Tale pronuncia attiene in via esclusiva alla possibilità di presentare le relative istanze e, per le ragioni di cui sopra, pone come requisito essenziale che i soggetti richiedenti abbiano ottenuto lo *status* di genitori mediante la trascrizione nell'atto di nascita del figlio registrato presso gli uffici dello stato civile del territorio italiano. Pur non entrando nel merito della fondatezza del diritto a ottenere il riconoscimento di quelle prestazioni, lasciando all'Inps il compito di valutare, caso per caso, la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge, la decisione offre lo spunto per riflettere sull'evoluzione di tali misure e sulla loro estensione soggettiva e oggettiva.

Il d.lgs. 151/2001, *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53*, ha previsto una serie di istituti volti a sostenere i lavoratori, dipendenti e autonomi, nel proprio ruolo di genitori, consentendo loro di conciliare il lavoro con le esigenze di cura e accudimento dei figli minori di età.

La prima misura che l'associazione ricorrente avrebbe voluto portare all'attenzione del giudice è il congedo di paternità obbligatorio di cui all'art. 27-*bis* e, in particolare, la facoltà della lavoratrice genitore in una coppia composta da due donne di poterne beneficiare. La norma, introdotta dal d. lgs. 30 giugno 2022, n. 105, prevede il diritto del padre lavoratore di astenersi dal lavoro per un periodo di dieci giorni lavorativi, anche in maniera non continuativa, a partire dai due mesi antecedenti la data presunta del parto e fino ai cinque mesi successivi²¹. La durata del congedo è aumentata a venti giorni lavorativi in caso di

²⁰ C. cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit., V., anche, C. cost., 28 marzo 2022, n. 79, cit., in cui si precisa che «l'adozione in casi particolari, lungi dal dare rilevanza al solo consenso e dall'assecondare attraverso automatismi il mero desiderio di genitorialità, dimostra una precipua vocazione a tutelare l'interesse del minore a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate. Essa presuppone, infatti, un giudizio sul miglior interesse del minore e un accertamento sull'idoneità dell'adottante, fermo restando che non può una valutazione negativa sull'idoneità all'assunzione della responsabilità genitoriale fondarsi sul mero orientamento sessuale del richiedente l'adozione e del suo partner».

²¹ F. MARINELLI, *Modifiche al d.lgs. n. 151/2001. I congedi di paternità obbligatorio e alternativo*, in D. GAROFALO, TIRABOSCHI, FILLI, TROISI (a cura di), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105*

parto plurimo, la misura spetta anche al padre adottivo o affidatario, ed è compatibile con la fruizione del congedo di maternità da parte della lavoratrice e con il congedo di paternità alternativo di cui al successivo art. 28²².

Tuttavia, le modifiche non hanno inciso sul campo d'applicazione soggettivo della norma, la quale continua ad applicarsi al padre lavoratore subordinato del settore privato e pubblico²³.

La medesima osservazione è valida anche per la seconda misura portata all'attenzione del giudice per valutarne l'estensione al padre genitore in una coppia composta da due uomini. Si tratta del congedo di paternità alternativo previsto dall'art. 28²⁴. La norma, modificata dal d.lgs. n. 105/2022 solo nella rubrica, prevede il diritto del padre lavoratore di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che spetta alla lavoratrice, ma si tratta di un diritto condizionato rispetto al congedo di maternità, in quanto il diritto all'astensione dal lavoro sorge solo in caso di morte o di grave infermità della madre, ovvero di abbandono o di affidamento esclusivo del bambino al padre²⁵.

La terza misura è quella dei congedi parentali di cui all'art. 32²⁶, evocata dalla ricorrente al fine di verificare se possano spettare a ciascuno dei due genitori, indipendentemente dal genere dell'altro. La norma è stata oggetto di modifiche legislative. Dapprima²⁷, la l. 8 marzo 2000, n. 53 ha sostituito il diritto all'astensione facoltativa della madre con il congedo parentale; poi l'istituto ha trovato una sua collocazione nell'ambito del d.lgs. n. 151/2001²⁸; più di recente il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 80 ha esteso la prerogativa ai dipendenti pubblici

del 2022, ADAPT e-Book series, n. 96/2023, 483 ss.

²² Il congedo di paternità obbligatorio era stato introdotto per la prima volta dalla l. 28 giugno 2012, n. 92 (art. 4, comma 24), in via sperimentale per il triennio 2013-2015, ma si trattava di un diritto piuttosto contenuto dato che obbligava il padre lavoratore, entro i cinque mesi dalla nascita del figlio, ad astenersi dal lavoro per un solo giorno, con possibilità di richiedere altri due giorni in sostituzione della madre in relazione al periodo di astensione obbligatoria spettante a quest'ultima. Stante l'esigenza di recepire le indicazioni provenienti dalla direttiva UE 2019/1158, volta a favorire un maggiore equilibrio tra il lavoro e le esigenze familiari, la norma ha subito proroghe e adattamenti nel corso degli anni (fino alla sua stabilizzazione con dell'art. 1, comma 354, l. 11 dicembre 2016, n. 232), v. LOREA, *Sul congedo di paternità: orientamenti e prospettive*, in *DML*, 2012, 265 ss.; PASQUARELLA, *Work-life balance: esiste un modello italiano di "conciliazione condivisa" dopo il jobs act?*, in *RIDL*, 2017, 54 ss.

²³ F. MARINELLI, *Modifiche al d.lgs. n. 151/2001. I congedi di paternità obbligatorio e alternativo*, cit., 487.

²⁴ IZZI, *Il work-life balance al maschile: a proposito di congedi dei padri*, in *LD*, 2020, 333 ss.; NUNIN, *Riequilibrio dei ruoli nel lavoro di cura e ricomposizione del conflitto tra lavoro "esterno" e responsabilità familiari: le risposte della nuova normativa in materia di tutela dei genitori lavoratori*, in MISCIONE (a cura di), *I congedi parentali. L. n. 53/2000 (in T.U. n. 151/2001)*, Ipsoa, 2001, 42 ss.

²⁵ LOREA, *Sul congedo di paternità: orientamenti e prospettive*, cit., 265 ss.; CALAFÀ, *Sull'autonomia del congedo di paternità del lavoratore subordinato*, in *RGL*, 2010, 2, 323 ss.

²⁶ CASILLO, *Congedi parentali nel d.lgs. n. 105/2022*, 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*, cit., 492 ss.

²⁷ Sulla disciplina iniziale v., GOTTARDI, *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in *LD*, 1999, 498 ss.

²⁸ ALES, voce *Maternità e congedi parentali*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Giuffrè, 2016, 531 ss.; CALAFÀ, *Congedo parentale e cura del minore. Limiti funzionali al diritto potestativo del padre*, in *RIDL*, 2009, 2, 277 ss.; NUNIN, *Congedi parentali e tutela dei diritti del padre lavoratore: novità normative ed orientamenti della giurisprudenza*, in *LG*, 2001, 11, 1055 ss.

e ha aumentato l'età del figlio entro cui il congedo può essere richiesto²⁹; infine, il d.lgs. n. 105/2022 ha modificato la lett. c) del comma 1, al fine di estendere il diritto al genitore unico o affidatario esclusivo del figlio³⁰. L'art. 32 riconosce a ciascun genitore il diritto di astenersi dal lavoro nei primi dodici anni di vita del figlio, per un periodo complessivo massimo di dieci mesi, ma mentre nel primo inciso la norma si riferisce "ai genitori" in generale, lasciando aperti margini per un'interpretazione estensiva del suo campo di applicazione³¹, nel secondo periodo, alle lettere a) e b), torna a distinguere tra la madre e il padre, al fine di ripartire il complessivo periodo di congedo. Una estensione del campo di applicazione soggettivo si è avuta con l'aggiunta della lett. c), la quale riconosce tutti gli undici mesi di congedo previsti per la coppia genitoriale anche al genitore solo (c d. famiglia monogenitoriale), nonché al genitore affidatario esclusivo.

Anche i riposi giornalieri sono concessi a entrambi i genitori, ma la disciplina distingue tra quelli concessi alla madre (art. 39) e quelli riservati al padre (art. 40), prevedendo che alla madre spettino due riposi giornalieri della durata di un'ora ciascuno (o di mezz'ora se il figlio frequenta l'asilo nido o un'altra struttura), anche cumulabili, durante il primo anno di vita del figlio (o solo uno se l'orario di lavoro è inferiore a sei ore)³², mentre il padre ha diritto agli stessi periodi di riposo solo se è l'unico genitore affidatario, o in alternativa alla madre che non ne usufruisca, o nel caso in cui la madre non sia lavoratrice subordinata, o in caso di morte o grave infermità della madre³³.

Gli ultimi due istituti per i quali l'associazione ricorrente ha chiesto di accertare il diritto ad usufruirne da parte del padre genitore in una coppia formata da due uomini sono le indennità di maternità di cui agli artt. 64 e 66³⁴ previste, rispettivamente, a favore delle lavoratrici iscritte alla gestione separata dell'Inps, di quelle autonome e delle imprenditrici agricole³⁵. Anche questi, come i precedenti, prendono in considerazione i genitori, intesi

²⁹ NUNIN, *I congedi parentali dopo il D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 80*, in *LG*, 2016, 1, 14 ss.

³⁰ RICCOBONO, *I congedi genitoriali nella prospettiva del Family Act*, in *DML*, 2021, 2, 391 ss.; CASILLO, *Congedi parentali nel d.lgs. n. 105/2022*, cit., 492 ss.

³¹ CALAFÀ, *Unioni civili, convivenze di fatto e modello lavoristico di tutela dei diritti dei genitori-lavoratori*, in *LG*, 2016, 11, 962 ss., 965.

³² La sentenza C. cost., 1° aprile 2003, n. 104, ha esteso il diritto di fruire dei riposi in caso di adozione e affidamento entro il primo anno dall'ingresso del minore nella famiglia, v. MILIANTI, *I riposi giornalieri in caso di adozione e affidamento*, in *RIDL*, 2004, 2, 250 ss.

³³ VETTOR, *Riposi giornalieri e congedo per malattia del bambino ex articoli 40 e 47 del decreto legislativo n. 151/2001: riconoscimento al padre lavoratore anche quando la madre svolga attività casalinga*, in *DRI*, 2012, 3, 852 ss.

³⁴ PESSI, *Alcuni aggiustamenti della Consulta sul riconoscimento dell'indennità di maternità "piena" alle lavoratrici autonome*, in *GCost*, 2013, 1, 490 ss.; CANAVESI, *Manca il presupposto? Co.co.co., art. 2116 c.c. e formalismo della Corte di cassazione*, in *GI*, 2021, 11, 2424 ss.

³⁵ DELEONARDIS, *L'estensione della tutela per maternità delle lavoratrici autonome*, in 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*, cit., 517 ss.; STOLFA, *Il congedo parentale per lavoratrici e lavoratori autonomi (art. 2, comma 1, lett. U, d.lgs. n. 105/2022)*, in 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*, cit., 531 ss.

quali madre e padre parte di una coppia formata da persone di genere diverso, confermando come l'impianto generale del d.lgs. n. 151/2001 sia ancorato a una concezione della famiglia ereditata dal passato, con ruoli separati della donna e dell'uomo, a cui seguono tutele differenziate in ragione della sfera biologica, senza valorizzare la genitorialità in sé e per sé considerata, nell'esclusivo interesse del minore.

La persistente disparità di trattamento tra genitori può configurare una discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale³⁶, la quale è stata espressamente vietata dagli artt. 1 e 2 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, emanato in attuazione della Direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

4. Prove di estensione del campo di applicazione soggettivo degli istituti a sostegno della genitorialità. L'evoluzione giurisprudenziale

Il diritto del lavoro e della previdenza sociale non è rimasto insensibile ai mutamenti che hanno interessato la famiglia³⁷, nonostante la strada da percorrere sia ancora lunga³⁸.

Di fatti, le recenti modifiche legislative apportate al d.lgs. n. 151/2001 da parte del d.lgs. n. 105/2022, non hanno inciso sull'ambito soggettivo di applicazione dei vari istituti, i quali, dunque, restano riferiti ai genitori, intesi quali madre e padre parte di una coppia formata da persone di genere diverso. Nonostante, la direttiva UE 2019/1158³⁹, all'art. 1, richiami la figura del «genitore equivalente», sia pure con riferimento al solo congedo di paternità, il legislatore nazionale ha continuato a ignorare le istanze dei genitori omosessuali, anche dopo l'emanazione della legge sulle unioni civili⁴⁰.

³⁶ CASILLO, *Congedi parentali nel d.lgs. n. 105/2022*, cit., 498.

³⁷ In generale, sull'estensione dell'indennità di mancato preavviso e del trattamento di fine rapporto al *partner* unito civilmente con il lavoratore deceduto (art. 1, comma 17, l. n. 76/2016), e di altri istituti, quali il congedo matrimoniale, il divieto di licenziamento per causa di matrimonio e la nullità delle dimissioni rassegnate e entro un anno dallo stesso v., PASSALACQUA, *Profili lavoristici della L. n. 76 del 2016 su unioni civili e convivenze di fatto*, in *WP D'Antona*, *It.*, n. 320/2017, 1 ss.; DE MOZZI, *Le ricadute lavoristiche della l. n. 76 del 2016 in materia di unioni civili: luci ed ombre*, in *ADL*, 2017, 46 ss.

³⁸ AA. VV., *Sesso, genere, discriminazioni: riflessioni a più voci (Parte quarta)*, in *LD*, 2023, 2, in particolare i contributi di FERRARA, *Un'altra cura è possibile*, 383 ss.; MILITELLO, *Questo non è un Paese per genitori (lavoratori)*, 388 ss.; SCARPONI, *Madri e padri al lavoro: le ambiguità irrisolte del quadro normativo nazionale*, 394 ss.; TINTI, *Il posto della cura. Note su conciliazione dei tempi e flessibilità*, 399 ss.; AA. VV., *Sesso, genere, discriminazioni: riflessioni a più voci*, in *LD*, 2022, 3, e in particolare i contributi di BORGOGELLI, DE SIMONE, GOTTARDI, *Presentazione*, 493 ss.; BALLESTRERO, BORELLI, SANTAGATA DE CASTRO, IZZI, *Sesso, genere, discriminazioni: riflessioni a più voci (Parte prima)*, 497 ss.

³⁹ ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D'ONGHIA, *Per una trasposizione responsabile della Direttiva n. 2019/1158, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, in *RGL*, 2022, I, 111 ss.; VITALETTI, *Equilibrio tra attività professionale e vita familiare. Il decreto legislativo di attuazione della Direttiva n. 2019/1158*, in *RGL*, 2022, 4, 563 ss.

⁴⁰ CASILLO, *Congedi parentali nel d.lgs. n. 105/2022*, cit., 498.

Qualche passo in avanti nel segno di un'equiparazione tra i coniugi e le coppie unite civilmente o di fatto, è stato fatto con riguardo al campo di applicazione del congedo c.d. straordinario di cui all'art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151/2001, nonché dei permessi previsti dall'art. 33, comma 3, della l. n. 104/1992, per l'assistenza a disabili gravi, in quanto entrambe le misure sono state estese ai lavoratori e alle lavoratrici omosessuali per l'assistenza al *partner* unito civilmente e ai suoi parenti⁴¹.

Per il resto, la tutela dei diritti delle coppie formate da genitori dello stesso sesso risulta ancora affidata alla sensibilità dei giudici, i quali, in alcune occasioni hanno equiparato la madre intenzionale alla figura di padre lavoratore.

Per esempio, la giurisprudenza di merito ha affermato il diritto della madre c.d. intenzionale, unita civilmente alla madre biologica, di usufruire del congedo parentale riservato, dall'art. 32, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 151/2001, al padre lavoratore, purché lo *status* di genitore risulti dai registri dello stato civile⁴².

In base a tale ricostruzione, la madre intenzionale può astenersi dal lavoro in via facoltativa entro i dodici anni di vita del bambino per un periodo, anche non continuativo, di massimo sei mesi dalla nascita del figlio, elevabile a sette mesi in caso di genitore solo o con affidamento esclusivo del minore, beneficiando dello stesso trattamento di cui godono i genitori di sesso diverso⁴³.

In questo caso i giudici hanno valorizzato la prospettiva funzionale della genitorialità, andando oltre il mero dato biologico, nell'ottica di offrire una maggiore protezione al minore e donando rilevanza al legame instaurato tra quest'ultimo e il genitore intenzionale.

In effetti anche dall'ordinanza in commento sembra potersi trarre la volontà di ammettere la sussistenza di tali diritti in capo ai genitori dello stesso sesso. Nonostante il giudice eviti di pronunciarsi sulla domanda di accertamento della sussistenza del diritto dei genitori dello stesso sesso di godere degli istituti volti a sostenere le responsabilità di cura nei confronti dei figli alle medesime condizioni previste per le coppie di genitori eterosessuali, in un passaggio della decisione si legge che, se i soggetti compaiono nei registri dello stato civile, «sia gli uni che gli altri sono riconosciuti dall'ordinamento come genitori e possono ottenere il riconoscimento dei loro diritti *ex* d.lgs. n. 151/2001, a seconda che sussistano o meno gli elementi della fattispecie costitutiva, vagliati dall'Inps in seguito alla necessaria proposizione della domanda amministrativa».

In questo senso, l'ordinanza si pone come un primo tassello verso l'affermazione del principio per cui l'orientamento sessuale dei componenti della coppia non può condizionare i diritti connessi al ruolo di genitore.

⁴¹ V. Circolare Inps n. 36 del 7 marzo 2022.

⁴² Trib. Milano, ord., 12 novembre 2020, in *MGL*, 2021, 2, 513 ss., con nota di BELMONTE; Id., in *QG*, 7 gennaio 2021, con nota di LOCATI.

⁴³ La decisione è stata confermata nel secondo grado di giudizio, v. App. Milano 17 marzo 2021, in *RGL*, 8-9, 2021, con nota di VOLPE; Id., in *ADL*, 2021, 1434 ss., con nota di MIRACOLINI.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, Terza Sezione, 23 gennaio 2024, ricorsi n. 71555/12 e 48256/13; Pres. Pere Pastor Vilanova – Canc. Milan Blaško – O.G. e altri (avv.ti K. Farmakidis-Markou, A. Stamoulis, E. Spathana, V. Papadopoulos, I. Tzeferakou, H. Papageorgiou, P. Masouridou.) c. Grecia (sig.ra M. Germani)

Art. 8 C.e.d.u. – Diritto al rispetto della vita privata – Prelievo di sangue senza consenso – Trattamento di dati personali – Sieropositività – Categorie particolari di dati – HIV – Privacy.

Costituisce un'ingerenza ingiustificata nella vita privata in violazione dell'art. 8 C.e.d.u. sul diritto al rispetto della vita privata, quando non prevista dalla legge, la sottoposizione a un prelievo di sangue per l'accertamento dello stato di sieropositività in assenza di preventivo consenso. Del pari, integra un'ingerenza ingiustificata nel medesimo diritto, poiché sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti, la pubblicazione sul web, da parte delle autorità, di dati personali e relativi alla salute, e in particolare riguardanti lo stato di sieropositività, considerata anche la natura di tali dati e i rischi sociali connessi alla relativa diffusione.

Il trattamento di dati relativi alla sieropositività tra CEDU e diritto interno

Gabriele Franco

Dottorando di Ricerca nell'Università di Udine, Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, D.M. n. 630/2024

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Le questioni giuridiche sottese alla sentenza. – 3. Le soluzioni offerte dalla Corte EDU. – 4. Osservazioni: sul trattamento dei dati relativi allo stato di sieropositività. – 4.1. La l. n. 135/1990 (e la relativa interpretazione giurisprudenziale). – 4.2. Le tutele offerte dalla normativa *privacy*, lette attraverso i provvedimenti del Garante. – 4.2.1. Gli interventi sotto il regime della l. n. 675/1996. – 4.2.2. Gli interventi sotto il regime del d.lgs. n. 196/2003. – 4.2.3. Gli interventi sotto il regime del reg. UE 2016/679. – 5. Conclusioni.

Sinossi: La sentenza in commento, incentrata su due differenti tensioni con l'art. 8 C.e.d.u. in caso di accertamento dello stato di sieropositività, offre l'occasione di ricostruire lo statuto di tutele previsto dall'ordinamento italiano per il trattamento dei dati relativi all'HIV. Muovendo dalle regole di riservatezza imposte dalla l. 5 giugno 1990, n. 135, come interpretate dai giudici di legittimità, si ripercorre il regime di protezione rafforzata previsto dalle normative *privacy* tempo per tempo vigenti, osservato attraverso la lente applicativa del Garante *privacy*. La giurisprudenza del Garante degli ultimi venticinque anni si lega così con il recente arresto della Cedu, attraverso i nodi della particolare natura di tali dati e dell'applicazione del principio di proporzionalità.

Abstract: *The present decision, which focuses on two different strains with art. 8 E.c.b.r. in case of detection of seropositivity status, provides an opportunity to retrace the statute of protections provided by the Italian legal system for the processing of HIV-related data. Starting from the rules of confidentiality laid down by Law no. 135 of 5 June 1990, as interpreted by the courts of legitimacy, the reinforced protection regime provided for by the privacy regulations in force from time to time, observed through the applicative lens of the Italian Data Protection Authority, is explored. The Garante's caselaw of the last twenty-five years is thus connected with the recent decision of the ECHR through the knots of the particular nature of these data and the application of the principle of proportionality.*

1. Il caso

La vicenda in esame nasce da un'operazione di polizia avvenuta nel centro di Atene nel corso del 2012. In particolare, in due diverse occasioni sono state fermate centoquindici donne sospettate di prostituzione, condotta punita a titolo di reato in mancanza delle condizioni previste dalla legge nazionale. In entrambi i casi le donne sono state condotte nei locali della polizia greca dove, sottoposte a una visita medica e a esame del sangue, è stata accertata la positività all'HIV di alcune di esse. Le donne risultate sieropositive sono state quindi arrestate con l'accusa di lesioni. Inoltre, il pubblico ministero, in ambo le occasioni e con motivazione analoga¹, ha disposto con ordinanza la divulgazione delle foto e dei nomi delle donne positive al *test*, assieme al motivo per cui era stato avviato un procedimento penale a loro carico e al fatto che erano sieropositive. L'ordinanza, pubblicata sul sito *web* della polizia, è stata riportata da numerose testate locali, con ampia copertura mediatica per molti giorni e la condanna di diversi organismi e associazioni per i diritti umani e dei malati.

Il procedimento penale è proseguito con il rinvio a giudizio e la definitiva assoluzione alcuni anni dopo. Pendente il medesimo, alcune donne hanno fatto valere le proprie ragioni innanzi al pubblico ministero e al procuratore generale presso la Corte d'appello, nonché al Garante *privacy* greco, non trovando però ragione. Esaurite le vie di ricorso interne, dieci delle donne sieropositive hanno presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo avverso il comportamento tenuto dalle autorità elleniche. Ciò in relazione sia alla sottoposizione a un prelievo di campioni di sangue in assenza di preventivo consenso, sia alla pubblicazione di dati personali e relativi alla salute, e in particolare riguardanti lo stato di sieropositività. L'undicesima ricorrente si è invece rivolta alla Corte limitatamente alla diffusione, durante un telegiornale serale, del proprio nome, accompagnato dalla foto

¹ Si legge nella sentenza in commento, che riporta la parte rilevante dell'ordinanza *de quo*: «[...] la società sarà protetta e lo Stato raggiungerà più facilmente il proprio scopo di punire i reati sopra citati, rivelando la possibile commissione di atti simili da parte loro, incoraggiando tutti coloro che hanno già avuto rapporti con le stesse a sottoporsi a esami medici e prevenendo il panico che potrebbe colpire tutti coloro che hanno avuto rapporti con prostitute con caratteristiche simili» (t.d.a.).

di un'altra persona, con l'indicazione che si trattava di una prostituta sieropositiva (era stata la sorella a dichiarare tali false generalità in occasione del controllo delle autorità).

2. Le questioni giuridiche sottese alla sentenza

Con la decisione in commento la Corte ha dovuto valutare, in relazione a due condotte differenti ma connesse nello stesso fatto storico, una duplice presunta violazione della medesima disposizione, vale a dire l'art. 8 C.e.d.u., a conferma della rilevanza prismatica e in perenne evoluzione della norma².

Da un lato, è stata invocata la violazione dell'articolo in parola per il prelievo di campioni di sangue in assenza del consenso delle ricorrenti interessate dall'esame³. Dall'altro, l'indebita ingerenza nella vita privata, il cui rispetto è garantito dalla norma è stata contestata rispetto alla pubblicazione, per ordine del pubblico ministero, dei dati personali delle ricorrenti, tra cui quelli relativi allo stato di sieropositività.

3. Le soluzioni offerte dalla Corte EDU

Le valutazioni della Corte in merito alle due violazioni ruotano, ciascuna, attorno a una delle pietre angolari (*rectius*, condizioni di applicazione) dell'art. 8, comma 2, C.e.d.u. La Cedu ha infatti concentrato la propria esegesi sulla rilevanza, nel caso in esame, di due dei requisiti cumulativi necessari per rendere giustificabile, ai sensi della norma citata, un'ingerenza nel diritto fondamentale proclamato dall'art. 8, comma 1, C.e.d.u. Si ricorda che, secondo il disposto dell'art. 8, comma 2, C.e.d.u., per essere lecita e giustificata, l'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata deve essere prevista dalla legge (e su questo requisito si è soffermata la Corte in relazione alla prima doglianza delle ricorrenti), per il perseguimento di uno dei legittimi scopi elencati dalla disposizione (sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, benessere economico del paese, difesa dell'ordine e prevenzione dei

² Per un inquadramento della disposizione, *ex multis*, BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Art. 8: Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2012, 297; SCHABAS, *Article 8. Right to respect for private and family life*, in *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, 2016, 358; HIRVELÄ, HEIKKILÄ, *Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence. A Practical Guide to the Article 8 Case-law of the European Court of Human Rights*, Intersentia, 2022; ZAGREBELSKY, CHENAL, TOMASI, *Diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza. Diritto al matrimonio e uguaglianza dei coniugi*, in *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, il Mulino, 2022, 295; PERNA, *Articolo 8. Diritto al rispetto della vita privata e familiare. Parte I. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in BELTRANI (diretto da), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. I diritti - La procedura*, Zanichelli Editore, 2022, 659; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life*, 9 aprile 2024.

³ In relazione a tale condotta, le ricorrenti hanno contestato allo Stato anche la violazione dell'art. 3 C.e.d.u. relativo alla proibizione della tortura. La Cedu, padrona della qualificazione giuridica dei fatti di causa, ha però ricondotto le doglianze sollevate nel perimetro applicativo del solo art. 8 C.e.d.u.

reati, protezione della salute e della morale, protezione dei diritti e delle libertà altrui), e come misura necessaria per il raggiungimento di tali obiettivi in una società democratica (quest'ultima è invece la condizione approfondita dalla Corte nel contesto della seconda violazione contestata dalle ricorrenti).

Quanto alla prima contestazione – premesso un richiamo al (granitico) orientamento per cui un intervento medico, incluso il prelievo di campioni di sangue o saliva, senza il consenso libero e informato del paziente costituisce un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata, nella dimensione dell'integrità fisica⁴ – la Corte si è concentrata sulla prima condizione che deve sussistere per giustificare una simile ingerenza. Occorrendo, in tal senso, che la stessa sia «*prevista dalla legge*», i giudici hanno ricordato le caratteristiche di accessibilità e prevedibilità che devono assistere la considerata previsione normativa, nell'ottica di fornire un'adeguata protezione contro l'arbitrio delle autorità. Tali requisiti, per la Corte, non hanno trovato riscontro nel caso di specie. Difatti, le disposizioni richiamate dal governo greco come base giuridica dell'intervento medico, pur contemplando l'obbligo per chi esercita la prostituzione di sottoporsi a *test* di rilevamento di alcune malattie, tra cui l'HIV, non prevedono una descrizione della procedura da seguire in tali casi, né un riferimento allo *screening* che doveva essere svolto dalle autorità, con o senza il consenso delle donne. Peraltro, le disposizioni procedurali citate imponevano di ottenere un ordine del pubblico ministero affinché le autorità potessero eseguire misure investigative, salva l'unica eccezione del pericolo imminente (circostanza non fatta valere dallo Stato né verificatasi nel caso di specie). Pertanto, considerato che il prelievo non era stato preceduto da un'analisi o da un riferimento alle disposizioni di legge rilevanti e che non era stata seguita alcuna procedura specifica, per i giudici l'intervento medico non poteva essere giustificato da alcuna delle disposizioni citate. Le norme di diritto interno non sono state quindi considerate dalla Corte prevedibili nei propri effetti nei confronti delle ricorrenti, risultando così incapaci di sorreggere un'ingerenza conforme alla legge ai sensi dell'art. 8, comma 2, C.e.d.u.

Quanto alla seconda violazione, pacifico per tutte le parti che la pubblicazione dei dati delle ricorrenti disposta dal pubblico ministero ha costituito un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata (art. 8, comma 1, C.e.d.u.), chiarito che l'ingerenza era prevista dalla legge secondo i requisiti sopra richiamati e che sussisteva uno dei legittimi scopi elencati dall'art. 8, comma 2, C.e.d.u., la Corte si è quindi espressa sul requisito della necessità dell'ingerenza in una società democratica per il raggiungimento dello scopo individuato. Ciò si è tradotto in un necessario vaglio dei caratteri di pertinenza, sufficienza e proporzionalità delle ragioni addotte dalle autorità nazionali per giustificare la diffusione

⁴ Cfr. Cedu, 26 aprile 2002, causa 2346/02, *Pretty c. Regno Unito*; Cedu, 22 luglio 2003, causa 24209/94, *F. c. Turchia*; Cedu, 5 ottobre 2006, causa 75725/01, *Trocellier c. Francia*; Cedu, 8 novembre 2011, causa 18968/07, *V.C. c. Slovacchia*; Cedu, 13 maggio 2008, causa 52515/99, *Jubnke c. Turchia*; Cedu, 2 giugno 2009, causa 31675/04, *Codarcea c. Romania*; Cedu, 3 luglio 2012, causa 34806/04, *X c. Finlandia*; Cedu, 9 giugno 2015, causa 54041/14, *G.H. c. Ungheria*.

dei dati nelle forme descritte. Richiamando, e allineandosi, a un proprio precedente⁵, ma rilevando anche la natura “super-sensibile”⁶ dei dati sulla sieropositività, i giudici hanno censurato la scelta del pubblico ministero di non valutare se, nel caso di specie, fossero adottabili altre misure per garantire una minore esposizione delle ricorrenti. L'autorità, infatti, si è limitata a ordinare la pubblicazione dei dati, senza esaminare la situazione particolare di ciascuna donna o valutare gli effetti che la pubblicazione avrebbe potuto avere nei loro confronti. Il pubblico ministero avrebbe errato anche per non aver considerato se la diffusione di un annuncio di carattere generale, limitato alla regione in cui si era verificato il fatto, e che menzionasse *sic et simpliciter* l'arresto di prostitute sieropositive, avrebbe potuto essere sufficiente ai fini della tutela della salute pubblica, e in particolare di chi aveva intrattenuto rapporti sessuali con le ricorrenti. A queste ultime, ha notato inoltre la Corte, l'ordinamento greco – al tempo dei fatti – non riconosceva la possibilità di essere ascoltate prima della decisione, né il diritto di impugnarla una volta emessa. Ancora una volta, il rilievo della violazione viene corroborato facendo riferimento alla natura dei dati coinvolti: «le informazioni diffuse riguardavano la sieropositività dei ricorrenti, la cui diffusione poteva avere conseguenze devastanti per la loro vita privata e familiare e per la loro situazione sociale e professionale, esponendoli alla stigmatizzazione e al rischio di esclusione» (t.d.a.). Peraltro, lo *screening* relativo all'HIV per le persone dedite alla prostituzione, seppur autorizzato da alcune norme nazionali, non rientrava tra i casi di deroga alla regola di riservatezza dei *test*. Per i giudici, in definitiva, l'interferenza nel diritto al rispetto della vita privata delle ricorrenti non è stata sufficientemente giustificata ed è risultata sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti, con conseguente violazione dell'art. 8 C.e.d.u.

All'esito delle valutazioni svolte, la Cedu ha quindi condannato lo Stato a compensare economicamente i danni non patrimoniali patiti dalle ricorrenti.

4. Osservazioni: sul trattamento dei dati relativi allo stato di sieropositività

La vicenda in commento e le argomentazioni risolutive della Cedu offrono l'occasione di approfondire lo stato della normativa vigente e del diritto vivente in Italia in relazione a due differenti tensioni che si possono verificare con il diritto (o meglio, i diritti) di cui

⁵ Cfr. Cedu, 20 giugno 2023, causa 36705/16, *Margari c. Grecia*. Il caso ha riguardato la pubblicazione sulla stampa, su ordine del pubblico ministero e per un periodo di sei mesi, di immagini e dati personali di un imputato in un procedimento per associazione a delinquere.

⁶ Per un approfondimento sulla disciplina dei dati “super-sensibili” in Italia, anche alla luce della normativa sovranazionale, v. FRANCO, SARTORE, *Commento all'articolo 9 del Regolamento (UE) 2016/679*, in BOLOGNINI, PELINO (a cura di), *Codice della disciplina privacy*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2024, 108.

all'art. 8 C.e.d.u. La prima, concernente il momento della rilevazione dello stato di sieropositività, chiama in causa il diritto al rispetto della vita privata inteso come diritto all'integrità fisica e all'autodeterminazione⁷. La seconda, afferente alla comunicazione o diffusione di dati sullo stato di sieropositività, richiama invece il diritto alla protezione dei dati personali, a volte inteso anche come diritto all'autodeterminazione informativa, come tutelato dalla stessa norma⁸.

Non potendosi in questa sede ripercorrere i confini e i tratti distintivi di tali due diritti, accomunati dall'obiettivo di protezione di valori simili ma con formulazione e portata differenti⁹, considerato l'ampissimo dibattito dottrinale già sviluppato in relazione alla prima delle citate tensioni, si desidera qui dedicare spazio e riflessioni alla seconda. E ciò al fine di ricostruire e dare conto del regime giuridico di tutela dei dati relativi alla sieropositività in Italia.

4.1. La l. n. 135/1990 (e la relativa interpretazione giurisprudenziale)

Punto di partenza e – come si vedrà – tutt'ora pietra angolare del sistema di regole, garanzie e tutele per il trattamento dei dati relativi allo stato di positività all'HIV è la l. 5 giugno 1990, n. 135¹⁰. Tale normativa, autorizzando l'attuazione di una serie di interventi «[a]llo scopo di contrastare la diffusione delle infezioni da HIV mediante le attività di prevenzione e di assicurare idonea assistenza alle persone affette da tali patologie» (art. 1, comma 1), è stata «la prima a disporre un piano dettagliato, analitico e organico di misure per contrastare la patologia in questione»¹¹ ed è presto divenuta il *corpus* legislativo a cui tutti i successivi e più specifici provvedimenti in materia hanno fatto riferimento¹².

⁷ Per un inquadramento, v. nota 2.

⁸ Per un inquadramento, v. nota 2, ma anche, *ex multis*, CASTELLANETA, *Articolo 8. Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in FINOCCHIARO, D'ORAZIO, POLLICINO, RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, 3. Rispetto al rapporto fra tale diritto fondamentale e le contemporanee dinamiche di mercato, si segnala – tra i temi ad oggi maggiormente dibattuti – quello relativo alla commerciabilità dei dati personali. Sul punto, v. CERRINA FERONI (a cura di), *Commerciabilità dei dati personali. Profili economici, giuridici, etici della monetizzazione*, il Mulino, 2024.

⁹ AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI, CONSIGLIO D'EUROPA, CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, GARANTE EUROPEO DELLA PROTEZIONE DEI DATI, *Manuale sul diritto europeo in materia di protezione dei dati: edizione 2018*, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2018, 21. Sul punto v. anche nota 2 e, *ex multis*, KOKOTT, SOBotta, *The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR*, in *International Data Privacy Law*, 3(4), 2013, 222; TERRASI, *Il rapporto tra diritto alla privacy e protezione dei dati personali tra Corte di giustizia dell'Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in DISTEFANO (a cura di), *La protezione dei dati personali ed informatici nell'era della sorveglianza globale*, Editoriale Scientifica, 2017, 127.

¹⁰ Recante “*Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS*” (G.U. n. 132 dell'8 giugno 1990).

¹¹ C. cost., 31 gennaio 1991, n. 37, utile da richiamare anche per un inquadramento del contesto di riferimento al tempo dell'intervento legislativo *de quo*: «la legge [...] si presenta effettivamente [...] come intesa a dare una prima risposta seria e non frammentaria all'eccezionale situazione di emergenza sociale determinata dalla allarmante diffusione dell'infezione da HIV, patologia nuova e gravissima in espansione a livello non solo nazionale, ma mondiale [...] tale legge vuole perseguire un interesse non frazionabile, ma concernente l'intera collettività nazionale e che richiede, per essere soddisfatto, misure e interventi di dimensioni corrispondenti. Inoltre, si tratta di un interesse che si presenta come particolarmente stringente e imperativo, essendo connesso alla indilazionabile necessità di contrastare, con mezzi adeguati, gli effetti eccezionali di un fenomeno morboso devastante, nell'intento di fornire uno standard minimo irrinunciabile di garanzia [...]».

¹² LUZI, COLUCCI, SULIGOI, *La normativa italiana in materia di HIV, AIDS e Infezioni Sessualmente Trasmesse (IST)*, Istituto Superiore di Sanità (Rapporti ISTISAN 12/8), 2012, p. vi.

Per ciò che qui più interessa, la norma cardine è l'art. 5, in materia di accertamento dell'infezione, che detta una serie di garanzie di riservatezza e non discriminazione dei soggetti colpiti dall'infezione da HIV. Tale disposizione prevede anzitutto che «[l]'operatore sanitario e ogni altro soggetto che viene a conoscenza di un caso di AIDS, ovvero di un caso di infezione da HIV, anche non accompagnato da stato morboso, è tenuto a prestare la necessaria assistenza e ad adottare ogni misura o accorgimento occorrente per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'interessato, nonché della relativa dignità» (comma 1). La norma è stata modificata dall'art. 178 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196¹³. Tale novella¹⁴, oltre a estendere l'ambito soggettivo di applicazione dell'obbligo, ha recepito l'evoluzione del concetto di «*tutela della riservatezza*», ampliandone le maglie in favore di una più estesa e completa «tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'interessato, nonché della relativa dignità»¹⁵. L'articolo in parola prosegue, al comma 2, imponendo che «la rilevazione statistica della infezione da HIV deve essere comunque effettuata con modalità che non consentano l'identificazione della persona»¹⁶. Il successivo comma 3, richiamato il principio generale dell'obbligatorietà del preventivo consenso in relazione agli esami per la rilevazione della malattia¹⁷, consente lo svolgimento di «analisi di accertamento di infezione da HIV, nell'ambito di programmi epidemiologici, soltanto quando i campioni da analizzare siano stati resi anonimi con assoluta impossibilità di pervenire alla identificazione delle persone interessate»¹⁸. Di assoluta rilevanza ai presenti fini – anche in collegamento con la vicenda alla base della sentenza in analisi – è poi il comma 4, che impone un rigido regime di riservatezza per la divulgazione dei risultati dei *test*. Si prevede, infatti, che «[l]a comunicazione di risultati di accertamenti diagnostici diretti o indiretti per infezione da HIV può essere data esclusivamente alla persona cui tali esami sono riferiti». Completa la disposizione il divieto di discriminazioni sulla base dell'accertata infezione da HIV, anche in relazione all'accesso o al mantenimento di posti di lavoro¹⁹, riferimento che

¹³ Recante il «*Codice in materia di protezione dei dati personali*» (G.U. n. 174 del 29 luglio 2003 – Suppl. Ordinario n. 123).

¹⁴ La versione originale della norma così recitava: «Gli operatori sanitari che, nell'esercizio della loro professione, vengano a conoscenza di un caso di AIDS, ovvero di un caso di infezione da HIV, anche non accompagnato da stato morboso, sono tenuti a prestare la necessaria assistenza adottando tutte le misure occorrenti per la tutela della riservatezza della persona assistita».

¹⁵ Seguendo la relazione parlamentare di accompagnamento al testo di legge, l'articolo è stato emendato «al fine di precisare che nell'assistenza ai malati di AIDS gli operatori sanitari devono adottare ogni accorgimento occorrente per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'interessato, nonché della relativa dignità».

¹⁶ Anche tale disposizione è stata modificata dall'art. 178 del d.lgs. n. 196/2003, introducendo in particolare il coinvolgimento del Garante per la protezione dei dati personali nell'emanazione del decreto del Ministro della Salute relativo alla disciplina per le rilevazioni epidemiologiche e statistiche in questione.

¹⁷ «Nessuno può essere sottoposto, senza il suo consenso, ad analisi tendenti ad accertare l'infezione da HIV se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse».

¹⁸ L'articolo in commento, in particolare con riferimento ai commi 3 e 5, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo da C. cost., 2 giugno 1994, n. 2018 «nella parte in cui non prevede accertamenti sanitari dell'assenza di sieropositività all'infezione da HIV come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi».

¹⁹ «L'accertata infezione da HIV non può costituire motivo di discriminazione, in particolare per l'iscrizione alla scuola, per lo svolgimento di attività sportive, per l'accesso o il mantenimento di posti di lavoro».

si lega strettamente con la disciplina sui doveri per i datori di lavoro di cui al successivo art. 6²⁰.

La norma ha quindi trovato nella giurisprudenza degli anni successivi alcuni importanti interventi chiarificatori. Oltre agli arresti che hanno sancito la mancanza di una tutela, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 135/1990, rispetto alla possibilità, per le persone affette da HIV, di intervenire in giudizio limitandosi a indicare le proprie iniziali²¹, merita di essere segnalata l'interpretazione fornita in Cass. civ., Sez. III, 30 gennaio 2009, n. 2468²². Il caso ha visto il ricorrente chiamare in causa un'azienda sanitaria per aver condotto, in occasione di un ricovero, un test per l'HIV in assenza di preventivo consenso e senza rispettare l'anonimato. Inoltre, la cartella clinica in cui erano confluiti gli esiti del test era stata custodita senza alcuna riservatezza, con successiva diffusione delle notizie sulla propria salute all'interno e all'esterno della struttura. Oltre ad argomentare in merito alla mancanza del consenso allo *screening* per l'HIV, la Corte ha chiarito la portata del requisito dell'anonimato previsto dall'art. 5. In particolare, nonostante tale regola sia imposta dalla norma solo con riferimento alle indagini epidemiologiche, per la Corte, «[c]iò non consente di escludere [...] che anche per le indagini cliniche debba essere rispettata quanto meno la riservatezza del paziente, adottando tutte le misure idonee a far sì che natura ed esito del test, dati sensibili raccolti nell'anamnesi, e accertamento della malattia, siano resi noti solo entro il ristretto ambito del personale medico e infermieristico adibito alla cura e vengano custoditi adottando tutti gli accorgimenti necessari ad evitare che altri, ed in particolare il pubblico, possano venire a conoscenza delle suddette informazioni».

4.2. Le tutele offerte dalla normativa *privacy*, lette attraverso i provvedimenti del Garante

Il regime di riservatezza riconosciuto dall'art. 5 della l. n. 135/1990 non è l'unica garanzia approntata dall'ordinamento in relazione ai dati connessi allo stato di sieropositività. Difatti risulta indubitabile la qualificazione di tali informazioni come «*dati personali*»²³ e la

²⁰ «1. È vietato ai datori di lavoro, pubblici e privati, lo svolgimento di indagini volte ad accertare nei dipendenti o in persone prese in considerazione per l'instaurazione di un rapporto di lavoro l'esistenza di uno stato di sieropositività. 2. Si applica alle violazioni delle disposizioni contenute nel comma 1 il sistema sanzionatorio previsto dall'articolo 38 della legge 20 maggio 1970, n. 300».

²¹ Trib. Roma, 27 novembre 1998; App. Roma, 23 ottobre 2000.

²² Per un commento puntuale della pronuncia v. DELBON, CONTI, *Consenso informato e tutela della riservatezza nell'accertamento dell'infezione da HIV*, in *Pratica Medica & Aspetti Legali*, 3(4), 2009, 169.

²³ La definizione attualmente vigente è quella di cui all'art. 4, par. 1, n. 1), del reg. UE 2016/679: «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale». In passato, si è fatto riferimento a «qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale» (art. 1, comma 2, lett. c), l. n. 675/1996, poi art. 4, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 196/2003). Per un approfondimento, in termini sia di diritto vivente, sia di evoluzione storico-normativa, v. nota 25, tra cui, *ex multis*, BYGRAVE, TOSONI, *Article 4(1). Personal data*, in KUNER, BYGRAVE,

relativa raccolta, archiviazione, diffusione o comunicazione a terzi come «trattamento»²⁴ ai sensi delle normative *privacy* tempo per tempo vigenti²⁵. Ciò, già di per sé, rende applicabile a tali fattispecie il complesso di obblighi e tutele disposti da questi *corpora* normativi, in punto, a tacer d'altro, di liceità, minimizzazione, trasparenza, sicurezza. Al contempo, la qualificazione dei dati sull'HIV quali «dati sensibili»²⁶ – oggi «categorie particolari di dati personali»²⁷ – ai sensi delle pertinenti disposizioni *privacy* rende altresì applicabile il re-

DOCKSEY, DRECHSLER, *The EU General Data Protection Regulation. A Commentary*, Oxford University Press, 2020, 103; PELINO, *Commento all'articolo 4.1 del Regolamento (UE) 2016/679*, in BOLOGNINI, PELINO (diretto da), *Codice della disciplina Privacy*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2024, 28.

²⁴ Secondo la norma oggi vigente, trattasi di «qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione (art. 4, par. 1, n. 2), reg. UE 2016/679). Le precedenti formulazioni si riferivano a «qualunque operazione o complesso di operazioni, svolti con o senza l'ausilio di mezzi elettronici o comunque automatizzati, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati» (art. 1, comma 2, lett. b), l. n. 675/1996) e a «qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati» (art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 196/2003). Per un approfondimento, v. nota 25, tra cui, *ex multis*, TOSONI, BYGRAVE, *Article 4(2). Processing*, in KUNER, BYGRAVE, DOCKSEY, DRECHSLER, op. cit., 116.

²⁵ Per un inquadramento della materia si rimanda, *ex multis*, a CLEMENTE (a cura di), *Privacy*, Cedam, 1999; PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, vol. 1 e 2, Giuffrè Francis Lefebvre, 2006; MODAFFERI, *Lezioni di diritto alla protezione dei dati personali, alla riservatezza e all'identità personale*, Lulu.com, 2015; PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, G. Giappichelli Editore, 2016; PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679, vol. 1 e 2*, G. Giappichelli Editore, 2016; BOLOGNINI, PELINO, BISTOLFI, *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2016; CICCIA MESSINA, BERNARDI, *Privacy e regolamento europeo*, Ipsosa, 2016; FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli editore, 2017; PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019; SCIAUDONE, CARAVÀ (a cura di), *Il codice della privacy. Commento al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e al D. Lgs. 10 agosto 2018, n. 101 alla luce del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR)*, Pacini Giuridica, 2019; TOSI (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019; KUNER, BYGRAVE, DOCKSEY, DRECHSLER, *The EU General Data Protection Regulation. A Commentary*, Oxford University Press, 2020; FINOCCHIARO, D'ORAZIO, POLLICINO, RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021; RICCIO, SCORZA, BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy. Commentario*, Wolters Kluwer, 2022; BOLOGNINI, PELINO (diretto da), *Codice della disciplina Privacy*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2024.

²⁶ Tale categoria è stata riferita ai «dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale» (art. 22, comma 1, l. n. 675/1996, poi art. 4, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 196/2003). Per un inquadramento delle due disposizioni, v. MASCHIO, *I dati sensibili*, in CLEMENTE (a cura di), op. cit., 213 e GAMBERALE, *Il trattamento dei dati sensibili*, in PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, cit., 1071.

²⁷ Ai sensi dell'art. 9, par. 1, del reg. UE 2016/679, trattasi di «dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché [...] dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona». Inoltre, ai presenti fini, rileva anche la definizione di «dati relativi alla salute» fornita dall'art. 4, par. 1, n. 15): «i dati personali attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute». Per un approfondimento, v. nota 25, tra cui, *ex multis*, FRANCO, SARTORE, *Commento all'articolo 9 del Regolamento (UE) 2016/679*, in BOLOGNINI, PELINO (diretto da), op. cit., 108.

gime di protezione rafforzata che queste legislazioni hanno riconosciuto nel tempo a tale categoria di dati personali²⁸.

Ciò ha inevitabilmente e rapidamente attratto anche la competenza del Garante per la protezione dei dati personali²⁹ in materia di trattamento di dati connessi all'HIV. Fin dalla sua istituzione, avvenuta con la l. 31 dicembre 1996, n. 675³⁰ – prima normativa nazionale in materia di *privacy*, peraltro successiva alla l. n. 135/1990 – e poi con l'entrata in vigore, prima del d.lgs. n. 196/2003 e poi del reg. UE 2016/679³¹, il Garante si è espresso nella materia *de quo* con numerosi provvedimenti, di carattere generale e particolare. Dall'analisi di tale corposa giurisprudenza è possibile, da un lato, ricostruire il rapporto che nel tempo si è instaurato tra le tutele della l. n. 135/1990 e quelle previste per gli stessi casi dalla normativa *privacy* vigente, e, dall'altro, di approfondire i contorni essenziali delle garanzie riconosciute in questi casi dalle leggi *data protection*, letti attraverso la lente applicativa del Garante.

4.2.1. Gli interventi sotto il regime della l. n. 675/1996

La prima importante area di azione del Garante in relazione al trattamento dei dati relativi allo stato di sieropositività ha riguardato la documentazione per l'iscrizione nelle liste di collocamento e per il riconoscimento dell'invalidità civile. In tale sede, nel ritenere non necessaria l'indicazione della presenza dell'infezione da HIV, il Garante si è pronunciato sul rapporto tra la l. n. 135/1990 e l. n. 675/1996. È stato chiarito che la seconda – ponendosi in armonia con le finalità di alto valore sociale perseguite dalla prima, anche in riferimento allo scopo del legislatore di escludere comportamenti discriminatori verso soggetti sieropositivi o affetti da HIV – non ne ha in alcun modo abrogato le disposizioni³². Piuttosto, la legge *privacy* ne ha confermato la vigenza, aggiungendo ulteriori garanzie di tutela della dignità delle persone malate³³. In tal senso, l'art. 5 della l. n. 135/1990 è stato integrato dal regime di cui agli artt. 22 e 23 della l. n. 675/1996, che subordina(va) il trattamento dei dati sullo stato di salute al consenso dell'interessato e all'autorizzazione

²⁸ V. note 25, 26, 27. Per una panoramica sulle più recenti sfide in materia con riferimento allo specifico settore sanitario, v. CERRINA FERONI, *Le nuove frontiere della medicina. Assetti istituzionali e gestione dei dati*, il Mulino, 2024.

²⁹ Per un approfondimento sul ruolo del Garante, anche in chiave evolutiva (di pari passo con il diritto tutelato), v. CERRINA FERONI (a cura di), *Il ruolo del Garante per la protezione dei dati personali. La tutela di un diritto fondamentale tra sfide passate e scommesse per il futuro*, il Mulino, 2023.

³⁰ Recante "Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali" (G.U. n. 5 dell'8 gennaio 1997 – Suppl. Ordinario n. 3).

³¹ "Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)" (G.U.U.E. L 119 del 4 maggio 2016).

³² Garante *privacy*, 19 dicembre 1997 (doc. web n. 39168).

³³ Garante *privacy*, 29 ottobre 1998 (doc. web n. 48666). In tal senso, è stato altresì osservato che l'individuazione e la protezione rafforzata dei dati sensibili – caratterizzati per la particolare capacità di incidere sulla riservatezza dell'interessato e di determinare rischi di discriminazione sociale – ha costituito il nucleo fondamentale dell'innovazione legislativa *de quo* (F. MASCHIO, op. cit., 213-214).

del Garante (salvo i casi di deroga al tempo vigenti). Inoltre, la previsione sulla comunicazione dei risultati degli accertamenti diagnostici (art. 5, comma 4, l. n. 135/1990) doveva essere applicata congiuntamente all'art. 23, comma 2, della l. n. 675/1996, secondo cui i dati idonei a rivelare lo stato di salute potevano essere resi noti all'interessato solo per il tramite di un medico designato dallo stesso o dal titolare del trattamento. Coerente con questo primo arresto è anche un coevo provvedimento, relativo – questa volta – al divieto, per le commissioni mediche che svolgono accertamenti sanitari sui lavoratori, di divulgare la diagnosi di AIDS³⁴. Tale pronuncia è significativa in quanto il Garante, nel fornire alle commissioni una serie di soluzioni alternative per dare esecuzione all'obbligo di riservatezza *ex art. 5, comma 1, della l. n. 135/1990*, ha fatto applicazione di quel criterio di proporzionalità che la Cedu, nella sentenza in commento, ha rilevato mancare nelle scelte del pubblico ministero greco³⁵.

Gli orientamenti anzidetti sono stati confermati anche negli anni immediatamente successivi in diversi provvedimenti riguardanti, tra gli altri: la trasmissione di dati nominali e di indicazioni terapeutiche relative a pazienti affetti da AIDS alla direzione di una ASL per rilevare il consumo di farmaci, nonché la relativa conservazione negli archivi ospedalieri³⁶; la comunicazione al tribunale per i minorenni, da parte dei medici delle ASL, di dati relativi alla sieropositività di aspiranti genitori adottivi (facendosi, anche in questo caso, applicazione del menzionato criterio di proporzionalità)³⁷; le regole applicabili alla sorve-

³⁴ Garante *privacy*, 31 luglio 1998 (doc. web n. 39172).

³⁵ Si legge nel provvedimento: «la commissione potrebbe documentare la diagnosi relativa all'AIDS o all'HIV in un documento riservato anziché nel verbale di cui all'art. 6 del medesimo d.m., dovendosi applicare tale disposizione tenendo conto di prevalenti norme speciali quali quelle relative all'AIDS. La commissione potrebbe altrimenti redigere il verbale di accertamento comprensivo anche della predetta diagnosi, ma trasmettendo al provveditorato non una copia integrale o parziale del verbale stesso, ma un diverso attestato che riassume le notizie indicate nell'art. 6 del d.m., configurato in maniera tale da evitare che la diagnosi relativa all'AIDS o all'HIV sia desumibile con relativa facilità, anche in maniera indiretta. Deve ritenersi infatti che la trasmissione al provveditorato di una copia del verbale depurata del solo giudizio diagnostico, risulterebbe astrattamente conforme a quanto previsto dal regolamento ma violerebbe la previsione di cui all'art. 5 della legge n. 135 del 1990, in quanto il caso di AIDS o l'infezione da HIV risulterebbe comunque immediatamente, sebbene in maniera indiretta, essendo tale caso l'unico, allo stato della legislazione vigente, nel quale il verbale di accertamento medico non può essere comunicato integralmente all'esterno».

³⁶ Garante *privacy*, 7 gennaio 1999 (doc. web n. 38989), dove il Garante ha precisato, da un lato, che «rilevazioni e controlli sul numero delle presenze, sulla durata dei periodi di degenza, sul tipo di farmaci somministrati dovrebbero avvenire attraverso rilevazioni che siano in grado di preservare, appunto, l'anonimato dei soggetti interessati», e, dall'altro, che «occorre verificare che l'accesso ai dati nominativi degli ammalati sia possibile esclusivamente ai dipendenti della divisione di malattie infettive o di altri reparti ospedalieri che abbiano reali esigenze di accesso agli stessi per ragioni di assistenza e cura ai medesimi pazienti. I nominativi di questi non dovranno invece essere accessibili ai dipendenti operanti in altre divisioni o presso le strutture amministrative dell'ospedale e della U.L.S.S. che dovranno, quindi, apprestare idonee misure di sicurezza».

³⁷ Garante *privacy*, 15 luglio 1999 (doc. web n. 42022), ove il Garante ha elencato una serie di misure che «possano essere adottate per assicurare il regolare svolgimento delle procedure necessarie alle adozioni e, al tempo stesso, la salvaguardia della dignità delle persone interessate», e in particolare: «il medico del servizio di medicina legale che compia i dovuti accertamenti (tra cui quello per l'infezione HIV, sulla base del consenso scritto degli interessati), può comunicare il risultato diagnostico direttamente ed esclusivamente all'interessato e trasmettere invece al tribunale una relazione medica da cui si evinca un giudizio complessivo circa la sussistenza di eventuali condizioni di rischio o patologiche che possono minacciare l'interesse del minore [...] Qualora questa soluzione non potesse essere accolta [...] appare [...] coerente con la ratio della normativa in materia di AIDS [...] una prassi secondo la quale ciascuno dei coniugi, informato dal medico in ordine alla proprie condizioni di salute, provveda personalmente a produrre la documentazione al tribunale dei minorenni».

gianza epidemiologica dei casi di infezione da HIV e all'obbligo di denuncia dei casi di AIDS conclamato³⁸; la richiesta di accesso a dati e documenti che includono informazioni sull'AIDS in possesso di enti locali da parte di consiglieri comunali³⁹; l'istruzione di alcuni procedimenti amministrativi in materia previdenziale, in particolare per le cause di servizio legate a casi di infezione da HIV⁴⁰.

Tra i provvedimenti adottati in quegli anni, per evidente affinità con la sentenza in commento, merita di essere separatamente menzionato quello relativo alla divulgazione di alcuni dati personali riguardanti una prostituta sieropositiva⁴¹. Nella vicenda di specie, la locale polizia giudiziaria aveva diffuso agli organi di informazione la foto, i dati anagrafici e l'ospedale di ricovero dell'interessata, con contestuale comunicazione alle questure di altre città dei nominativi delle persone che avevano intrattenuto rapporti con la stessa. Limitandosi, per ragioni di competenza, al vaglio sulla legittimità della diffusione dei dati della donna rispetto alla l. n. 135/1990 (le cui disposizioni «pur non essendo direttamente applicabili al caso di specie, devono essere tenute in considerazione come precise linee di tendenza dell'ordinamento, nella parte in cui evidenziano l'esigenza di una particolare tutela per le informazioni inerenti ai casi di AIDS o di infezione da HIV») e ai principi di pertinenza e non eccedenza dei dati *ex art. 9* della l. n. 675/1996 (la cui applicazione «deve essere [...] più accurata quando si trattano informazioni per le quali l'ordinamento prevede un particolare regime di tutela, quali, appunto, quelle relative all'AIDS o all'infezione da HIV, la cui ingiustificata circolazione può arrecare grave pregiudizio per la vita privata e la dignità personale degli interessati ed essere fonte per discriminazioni»), il Garante, ancora una volta, ha censurato il mancato vaglio di proporzionalità della misura adottata. È stato infatti osservato che «le finalità cui mirava la diffusione dei dati [...] potevano essere perseguite con pari efficacia, seguendo, in riferimento alla legge n. 675, modalità più rispettose dei principi di cui all'art. 9 [...]. In particolare, poteva essere evitata la divulgazione dell'immagine e delle generalità della persona e la sua ingiustificata esposizione all'attenzione di tutti i mezzi di informazione, anche a livello nazionale e all'estero». Per il Garante, dunque, «gli organi investigativi dovevano individuare modalità e procedure di informazione più selettive, basate ad esempio, come è avvenuto successivamente in casi analoghi, sulla divulgazione della notizia della sieropositività (e da altri elementi di identificazione indiretta) di una persona che si prostituiva abitualmente in una determinata

³⁸ Garante *privacy*, 16 febbraio 2000 (doc. web n. 30907).

³⁹ Garante *privacy*, 8 febbraio 2001 (doc. web n. 1075036).

⁴⁰ Garante *privacy*, 3 maggio 2001 (doc. web n. 1076053), nel quale il Garante ha chiarito che «[q]uando il giudizio diagnostico riguarda casi di infezione da HIV o di AIDS, è necessario [...] che il verbale recante tale diagnosi sia consegnato dapprima al solo interessato, per le sue valutazioni. Ove questi ritenga di chiedere o di non opporsi all'ulteriore prosecuzione del procedimento, gli uffici devono adottare specifiche cautele, in aggiunta a quanto previsto dal citato art. 3, per l'ulteriore utilizzazione e conservazione dei dati ivi contenuti, in modo da limitarne rigorosamente la conoscibilità».

⁴¹ Garante *privacy*, 13 aprile 1999 (doc. web n. 39077).

zona, accompagnata, sempre a livello esemplificativo, dall'istituzione di numeri verdi o di altri servizi di informazione ed assistenza».

4.2.2. *Gli interventi sotto il regime del d.lgs. n. 196/2003*

La linea di azione del Garante, come finora delineata, è stata confermata anche alla luce del nuovo regime di regole in materia di *privacy* introdotto dal d.lgs. n. 196/2003. La perdurante vigenza e rilevanza della l. n. 135/1990, anche dopo la menzionata novella, è stata fondata sul dettato dell'art. 184, comma 3, del d.lgs. n. 196/2003, ai sensi del quale «[r]estano ferme le disposizioni di legge e di regolamento che stabiliscono divieti o limiti più restrittivi in materia di trattamento di taluni dati personali»⁴². Alle garanzie di tale legge speciale si sono quindi affiancate quelle previste dalle norme *privacy* di più recente introduzione, come quelle in materia di obblighi e misure di sicurezza applicabili al trattamento dei dati personali (artt. 33 e ss. e Allegato B – Disciplinare tecnico in materia di misure minime di sicurezza del d.lgs. n. 196/2003)⁴³.

Il vaglio sulla coerenza dei trattamenti di dati relativi alla sieropositività con il nuovo quadro giuridico è stato quindi condotto dal Garante in diverse occasioni, riguardanti, *inter alia*: il trattamento di dati relativi all'HIV da parte di una struttura ospedaliera ai fini di accertamento dei requisiti psicofisici per la patente di guida⁴⁴; le istanze di riconoscimento dell'invalidità civile e il rilascio delle relative certificazioni per l'iscrizione alle liste di collocamento o per la richiesta di esenzione da tasse scolastiche e universitarie⁴⁵; l'accertamento di idoneità al servizio di un militare presso la commissione medico-legale del comando di appartenenza⁴⁶; la comunicazione dello stato di sieropositività ricevuta dal medico di famiglia che ne aveva avuto notizia da una casa di cura⁴⁷.

Particolarmente degna di nota è poi l'adozione, da parte del Garante, di alcune *Prescrizioni concernenti la raccolta d'informazioni sullo stato di sieropositività dei pazienti da parte degli esercenti le professioni sanitarie*⁴⁸. Il provvedimento, di valenza generale, prende le mosse da un intervento di carattere particolare rivolto a uno studio dentistico odontoia-

⁴² Il Garante ha infatti precisato che «le disposizioni del Codice [...] hanno rafforzato le cautele previste dalla legislazione previgente a tutela della riservatezza delle persone sieropositive imponendo agli operatori sanitari e ad ogni altro soggetto che venga a conoscenza di un caso di infezione da Hiv di “adottare ogni misura o accorgimento occorrente per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'interessato, nonché della relativa dignità” e per le quali “restano ferme le disposizioni di legge e di regolamento che stabiliscono divieti o limiti più restrittivi in materia di trattamento di taluni dati personali” (art. 5, comma 1, l. 5 giugno 1990, n. 135 come modificato dall'art. 178, comma 2, del Codice e art. 184, comma 3, del Codice [...])» (Garante *privacy*, 27 maggio 2010 (doc. web n. 1738383)).

⁴³ Per un approfondimento, v. nota 25, tra cui, *ex multis*, PARAVANI, *L'adozione di misure di sicurezza*, in PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, cit., 655.

⁴⁴ Garante *privacy*, 28 giugno 2006 (doc. web n. 1322833).

⁴⁵ Garante *privacy*, 21 marzo 2007 (doc. web n. 1395821).

⁴⁶ Garante *privacy*, 2 ottobre 2009 (doc. web n. 1658119).

⁴⁷ Garante *privacy*, 27 maggio 2010 (doc. web n. 1738383), seguito poi da Garante *privacy*, 24 gennaio 2013, n. 28 (doc. web n. 2337641).

⁴⁸ Garante *privacy*, 12 novembre 2009, n. 35 (doc. web n. 1673588).

trico che, in sede di prima accettazione di ogni paziente, in modo sistematico e indipendentemente dal tipo di intervento, era solito distribuire un questionario in cui evidenziare anche l'eventuale infezione da HIV⁴⁹. La censura di tale condotta rispetto ai principi di pertinenza e non eccedenza dei dati è diventata l'occasione per il Garante di rilasciare talune indicazioni valevoli per gli esercenti le professioni sanitarie. Agli stessi è stato prescritto «di non raccogliere in fase di accettazione di ogni paziente che si rivolge a questi per la prima volta – e a prescindere dal tipo di intervento o piano terapeutico da eseguire – informazioni relative alla presenza di un eventuale stato di sieropositività. Gli esercenti le professioni sanitarie, infatti, – previo consenso informato del paziente – possono raccogliere l'informazione relativa all'eventuale presenza di un'infezione da HIV solo qualora tale dato anamnestico sia ritenuto dagli stessi necessario in funzione del tipo di intervento sanitario o di piano terapeutico da eseguire sull'interessato; resta fermo che quest'ultimo rimane libero di decidere in modo consapevole (e quindi informato) e responsabile di non comunicare al medico alcuni eventi sanitari che lo riguardano»⁵⁰.

Merita, infine, menzione la vicenda originata da un provvedimento con cui il Garante, nel contesto di un procedimento per l'accertamento dell'inabilità al lavoro, ha riconosciuto l'illiceità della comunicazione dei dati della richiedente, incluso il riferimento all'infezione da HIV, da un circolo scolastico a un altro⁵¹. La legittimità del provvedimento è quindi giunta al vaglio della Corte di Cassazione che, pronunciandosi in favore del Garante, ancora una volta si è rifatta all'importanza di applicare il principio di proporzionalità fatto valere anche dalla Corte EDU nella sentenza in commento⁵².

4.2.3. Gli interventi sotto il regime del reg. UE 2016/679

La linea di continuità con il passato è stata confermata dal Garante anche con l'entrata in vigore del reg. UE 2016/679, seguito e declinato, a livello nazionale, dalle norme del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101⁵³. In questo caso, la perdurante validità della l. n. 135/1990

⁴⁹ Garante *privacy*, 12 novembre 2009 (doc. web n. 1686068).

⁵⁰ Per un commento v. CONTI, DELBON, LAFFRANCHI, PAGANELLI, DE FERRARI, *HIV-positive status and preservation of privacy: a recent decision from the Italian Data Protection Authority on the procedure of gathering personal patient data in the dental office*, in *Journal of Medical Ethics*, 38(6), 2012, 386; MACINATI, *Commento al provvedimento del Garante Privacy del 12 novembre 2009, n. 35*, in BOLOGNINI, PELINO (a cura di), op. cit., 1489.

⁵¹ Garante *privacy*, 24 settembre 2009 (doc. web n. 1658058).

⁵² «[...] correttamente il Garante ha ritenuto che la comunicazione al 4 Circolo didattico delle informazioni sulla salute dell'interessata contenute nella versione integrale del verbale di visita collegiale configurasse un trattamento illecito di dati, dal momento che il 3 Circolo, avrebbe potuto conseguire ugualmente la prosecuzione del procedimento trasmettendo una copia parziale della documentazione pervenutagli da cui fosse omessa la visibilità di dati sanitari riferiti all'interessata ultrone rispetto a quello dell'accertata inabilità al lavoro e riguardanti la diagnosi accertata, gli esami obiettivi e gli accertamenti clinici e strumentali effettuati, nonché l'anamnesi da cui emerge anche l'informazione relativa all'Hiv, in maniera tale da rendere nota all'istituzione scolastica competente ad emettere il provvedimento finale soltanto l'informazione relativa al giudizio medico-legale di inidoneità all'impiego» (Cass. civ., Sez. I, 29 maggio 2015, n. 11223). Per un commento v. ALOVISIO, *Privacy, l'ente pubblico commette violazione nella comunicazione di dati sanitari*, in *Diritto & Giustizia*, 22, 2015, 4.

⁵³ Recante «Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale

trova fondamento nell'attuale art. 75 del d.lgs. n. 196/2003, il quale, nel disciplinare le specifiche condizioni applicabili al trattamento di dati in ambito sanitario, espressamente prevede che «[i]l trattamento dei dati personali effettuato per finalità di tutela della salute e incolumità fisica dell'interessato o di terzi o della collettività deve essere effettuato ai sensi dell'articolo 9, paragrafi 2, lettere h) ed i), e 3 del regolamento, dell'articolo 2 septies del presente codice, nonché nel rispetto delle specifiche disposizioni di settore». Risulta oggi pacifico che tra le specifiche disposizioni di settore rientri anche quanto previsto dalla l. n. 135/1990⁵⁴. Parallelamente alle tutele già previste da detta legge, per il trattamento dei dati relativi allo stato di sieropositività trova oggi applicazione il nuovo assetto della disciplina sui dati sensibili – divenuti categorie particolari di dati personali – introdotto dal reg. UE 2016/679⁵⁵. Valgono quindi, e *inter alia*: l'inedito regime di divieto generale al trattamento di tali dati di cui all'art. 9, par. 1, con le deroghe tassative di cui al successivo par. 2⁵⁶, così come il venir meno della necessità, per i professionisti sanitari soggetti al segreto professionale, di richiedere il consenso del paziente per i trattamenti necessari alla prestazione sanitaria (e tenendo conto anche delle misure di garanzia per il trattamento dei dati relativi alla salute *ex art. 2-septies* del d.lgs. n. 196/2003⁵⁷); il nuovo atteggiarsi del principio di trasparenza *ex art. 5, par. 1, lett. a)*⁵⁸; il cambio di prospettiva rispetto all'adozione delle

sulla protezione dei dati)» (G.U. n. 205 del 4 settembre 2018). Per un'analisi puntuale dei profili di novità, v. nota 25, oltre a CICCIA MESSINA, *Guida al codice privacy. Come cambia dopo il GDPR e il D.Lgs. n. 101/2018*, Ipsos, 2018 e MARTORANA (a cura di), *GDPR e Decreto Legislativo 101/2018*, Wolters Kluwer, 2019.

⁵⁴ «[I]l legislatore ha previsto una tutela rafforzata per il trattamento dei dati relativi all'infezione da HIV, prevedendo, da un canto, l'obbligo di comunicare i risultati di accertamenti diagnostici diretti o indiretti per la predetta infezione alla sola persona cui tali esami si riferiscono, dall'altro, l'obbligo, a carico dell'operatore sanitario e di ogni altro soggetto che venga a conoscenza di un caso di AIDS ovvero di infezione di HIV, di adottare ogni misura o accorgimento per la tutela dei diritti della persona e della sua dignità (art. 5, comma 4 e art. 1, comma 2, legge 5 giugno 1990, n. 135). Le predette disposizioni normative rientrano nelle specifiche disposizioni di settore fatte salve dall'art. 75 del Codice, che riassume le condizioni del trattamento dei dati personali per finalità di tutela della salute in ambito sanitario» (Garante *privacy*, 16 settembre 2021, n. 328 (doc. web n. 9722297)).

⁵⁵ Garante *privacy*, 7 marzo 2019, n. 55 (doc. web n. 9091942).

⁵⁶ Per un'esegesi, v. nota 25, tra cui FRANCO, SARTORE, in BOLOGNINI, PELINO (a cura di), op. cit., 108; GEORGIEVA, KUNER, *Article 9. Processing of special categories of personal data*, in KUNER, BYGRAVE, DOCKSEY, DRECHSLER, op. cit., 365; DURST, *Il trattamento di categorie particolari di dati in ambito sanitario*, in PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, cit., 65; DRUETTA, PURIFICATI, *Articolo 9 – Trattamento di categorie particolari di dati personali*, in RICCIO, SCORZA, BELISARIO, op. cit., 111.

⁵⁷ Sul punto, v. nota 25, tra cui CARAVÀ, *Misure di garanzia per il trattamento dei dati genetici, biometrici e relativi alla salute*, in SCIAUDONE, CARAVÀ (a cura di), op. cit., 85; BOLOGNINI, *Commento all'articolo 2-septies del Decreto Legislativo 196/2003*, in BOLOGNINI, PELINO (a cura di), op. cit., 491.

⁵⁸ Per un'analisi di dettaglio, v. nota 25, tra cui FRANCO, PELINO, SARTORE, *Commento all'articolo 5 del Regolamento (UE) 2016/679*, in BOLOGNINI, PELINO (a cura di), op. cit., 81; DE TERWANGNE, *Article 5. Principles relating to processing of personal data*, in KUNER, BYGRAVE, DOCKSEY, DRECHSLER, op. cit., 309; RESTA, *Articolo 5 – Principi applicabili al trattamento di dati personali*, in RICCIO, SCORZA, BELISARIO, op. cit., 60.

misure di sicurezza tecniche e organizzative⁵⁹; tutte previsioni – come altre – da applicare attraverso e secondo il nuovo principio di *accountability*⁶⁰.

Negli anni più recenti il Garante ha quindi valutato il rispetto del quadro normativo così aggiornato in pronunce riguardanti, tra le altre: la comunicazione di dati relativi all'infezione da HIV di alcuni pazienti effettuata via *e-mail* da un'azienda ospedaliero-universitaria⁶¹; la pubblicazione, su una banca dati giuridica, di sentenze recanti dati identificativi di soggetti sieropositivi⁶²; la trasmissione di dati relativi all'infezione da HIV all'amministrazione penitenziaria⁶³. Di recente, con un intervento di carattere generale, e sempre in applicazione della l. n. 135/1990, il Garante ha inoltre chiarito che il referto sull'HIV può essere inserito nel Fascicolo Sanitario Elettronico soltanto dopo che il medico ha comunicato di persona all'interessato l'esito dell'esame⁶⁴.

Si segnala, peraltro, che il Garante ha continuato a fare applicazione delle prescrizioni adottate nel 2009⁶⁵, riconoscendone la compatibilità con le norme del reg. UE 2016/679 e con le disposizioni del d.lgs. n. 101/2018, ai sensi dell'art. 22, comma 4, di tale ultima disposizione⁶⁶. Questa compatibilità deve naturalmente tenere conto del mutato quadro normativo. Di conseguenza, il riferimento, di cui al provvedimento prescrittivo del 2009, all'abrogato Allegato B del d.lgs. n. 196/2003 dovrà ora intendersi sostituito dal nuovo approccio adottato dal reg. UE 2016/679 in materia di misure di sicurezza, dovendo queste ultime venire individuate fin dalla fase di progettazione e per impostazione predefinita e

⁵⁹ In ottica di studio ulteriore, tra diritto e tecnica, v. nota 25, tra cui BURTON, *Article 32. Security of processing*, in KUNER, BYGRAVE, DOCKSEY, DRECHSLER, op. cit., 630; CAPPARELLI, *Commento all'articolo 32 del Regolamento (UE) 2016/679*, in BOLOGNINI, PELINO (a cura di), op. cit., 206; ROTOLO, *Articolo 32 – Sicurezza del trattamento*, in RICCIO, SCORZA, BELISARIO, op. cit., 372.

⁶⁰ Sul punto v. nota 58.

⁶¹ Garante *privacy*, 16 settembre 2021, n. 328 (doc. web n. 9722297). In questo caso, il Garante ha contestato al titolare del trattamento di «aver effettuato una comunicazione di dati relativi alla salute e, in particolare, di infezione da HIV [...] in assenza di un idoneo presupposto giuridico e, quindi, in violazione dei principi di base del trattamento di cui agli artt. 5 e 9 del Regolamento nonché dell'art. 75 del Codice, che riassume le condizioni del trattamento dei dati personali per finalità di tutela della salute in ambito sanitario, richiamando le specifiche disposizioni di settore. Tra queste, nel caso specifico, si evidenzia l'obbligo, da un canto, di comunicare i risultati di accertamenti diagnostici diretti o indiretti per l'infezione da HIV alla sola persona cui tali esami si riferiscono, dall'altro, l'obbligo, a carico dell'operatore sanitario e di ogni altro soggetto che venga a conoscenza di un caso di AIDS ovvero di infezione di HIV, di adottare ogni misura o accorgimento per la tutela dei diritti della persona e della sua dignità (art. 5, comma 4 e art. 1, comma 2, legge 5 giugno 1990, n. 135)».

⁶² Garante *privacy*, 9 maggio 2024, n. 435 (doc. web n. 10054644).

⁶³ Garante *privacy*, 6 giugno 2024, n. 337 (doc. web n. 10039453).

⁶⁴ Garante *privacy*, *Fascicolo sanitario elettronico - Domande più frequenti* (accessibile a www.garanteprivacy.it/faq/fascicolo-sanitario).

⁶⁵ Tale norma prevede che «[a] decorrere dal 25 maggio 2018, i provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali continuano ad applicarsi, in quanto compatibili con il suddetto regolamento e con le disposizioni del presente decreto».

⁶⁶ Ciò è avvenuto in Garante *privacy*, 10 giugno 2021, n. 239 (doc. web n. 9677521) relativamente al caso di un medico che, all'atto dell'accettazione, richiedeva di compilare inderogabilmente un questionario al fine di poter accedere ai servizi dentistici offerti presso il proprio studio, raccogliendo così anche informazioni relative all'eventuale stato di sieropositività. Il Garante ha ritenuto che tale trattamento sia avvenuto «in violazione dei principi di base del trattamento (art. 5 del Regolamento) per aver raccolto informazioni sulle malattie infettive tra le quali quelle relative all'HIV, all'atto di accettazione, indipendentemente dal tipo di intervento da effettuare o di piano di cura da intraprendere».

risultare adeguate al rischio per i diritti e le libertà per le persone fisiche *ex artt.* 5, 24, 25 e 32 del reg. UE 2016/679⁶⁷.

5. Conclusioni

La sentenza della Cedu in commento ha messo in luce l'importanza e la necessità, da parte di un ordinamento giuridico, di apprestare specifiche e adeguate misure di garanzia in relazione al trattamento dei dati sullo stato di sieropositività. Tale regime di maggiore tutela trova intrinseca giustificazione nella natura di tali informazioni, la cui ingiustificata diffusione può determinare per gli interessati, secondo le parole della Corte, «conseguenze devastanti per la loro vita privata e familiare e per la loro situazione sociale e professionale, esponendoli alla stigmatizzazione e al rischio di esclusione» o, secondo quelle dell'allora presidente del Garante Stefano Rodotà, «[un] grave pregiudizio per la vita privata e la dignità personale degli interessati ed essere fonte per discriminazioni»⁶⁸. È chiaro, al contempo, che la protezione di tali prerogative di rango costituzionale non può limitarsi alla semplice posa della cornice normativa. La messa in opera delle garanzie previste dal quadro di riferimento è rimessa agli operatori di settore di volta in volta coinvolti, dalle autorità agli attori del mondo sanitario pubblico e privato. A questo riguardo, tanto dalla sentenza della Corte, quanto dagli orientamenti di Garante e giudici di legittimità emerge l'importanza di dare corretta e dinamica – a volte persino creativa – applicazione del principio di proporzionalità. Tale elemento strutturale dell'art. 8, comma 2, C.e.d.u. deve dunque essere il criterio guida per il temperamento di esigenze contrapposte nella necessità di proteggere i dati personali – *rectius* il godimento di tutti i diritti connessi – delle persone sieropositive o affette da HIV.

⁶⁷ MACINATI, *op. cit.*, 1492.

⁶⁸ Garante *privacy*, 13 aprile 1999 (doc. web. n. 39077).

Employing Confessional Theology Professors in Serbia: (Ir)Reconcilability of Religious Freedom, Academic Freedom, and Guarantees of Labour Rights*

Ljubinka Kovačević

Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Law

CONTENTS: SECOND PART. 3. Church Supervision Over the Selection and Work of Professors at the University of Belgrade Faculty of Orthodox Theology. – 3.1. Legislative ‘History’ and Social Context. – 3.2. Challenges of Reconciling Religious Freedom with University Autonomy (and Academic Freedom). – 3.2.1. Multiple Aspects and Limits of Academic Freedom. – 3.2.2. Autonomy and Academic Freedom of the University of Belgrade and Faculty of Orthodox Theology (and Their Professors). – 3.3. Employment Status of Theology Professors and Suggestions for Its Improvement. – 3.3.1. Conditions and Procedures for Entering into an Employment Relationship. – 3.3.2. Duty of Loyalty and the Legal Repercussions of Its Violations. – 3.3.3. Procedural Guarantees.

Abstract: This paper aims to shed light on the ongoing discussion on allowing church authorities to supervise the selection of theology professors at the University of Belgrade Faculty of Orthodox Theology. After providing a summary of the characteristics of the religious ethos employer, particularly confessional theological faculties, the paper outlines the legislative history and social context of regulating the selection and employment of theology professors in Serbia. Special attention is provided to the church authorities’ approval (blessing) for the selection of professors, as well as their approval for individuals to engage in the teaching of students. This is followed by a consideration of challenges related to reconciling the religious freedom (and institutional autonomy) of the church on the one side, and the academic freedom of confessional theological faculties and their professors on the other. Finally, the paper explores the issue of protecting these employees’ labour rights, particularly in light of risks stemming from employment under ambiguous conditions, the need to more precisely determine the legal ramifications of violating the duty of loyalty (and punishing employees progressively for such violations), and the procedural guarantees necessary for the effective protection from wrongful termination of employment and the right to an effective remedy.

* The first part of this paper is published on Issue 5, the second part on Issue 6.

Keywords: Right of Churches to Self-Determination – Religious Ethos Employer – Confessional Theology Faculties – Academic Freedom – Selection and Employment of Theology Professors – Duty of Loyalty – Labour Rights.

SECOND PART

3. Church Supervision Over the Selection and Work of Professors at the University of Belgrade Faculty of Orthodox Theology

3.1. Legislative ‘History’ and Social Context

Serbia is a secular state, meaning it does not have a state church, while the vast majority of its citizens identify as Orthodox Christians (more than 85%)¹. The University of Belgrade Faculty of Orthodox Theology is the only state faculty of confessional theology in Serbia. It prepares students for the priesthood and religious teaching, as well as for scientific work in the field of theology. This Faculty was established as part of the state university system by the Law on the University in 1905, along with four other faculties (Faculty of Philosophy, Faculty of Law, Faculty of Medicine, and Faculty of Technical Sciences)². Due to a lack of qualified lecturers, as well as the outbreak of the Balkan Wars and World War I, the Faculty of Orthodox Theology began operating only 15 years later³. Its professors were selected according to the Law on the University; however, in line with the provisions of the Law on the Serbian Orthodox Church (1929), the appointment to a professorship was possible only after the Holy Synod of Bishops of the Serbian Orthodox Church determined the religious suitability of the candidates⁴. Additionally, in cases where there were “proven discrepancies” between a professor’s behaviour and the teachings of the Orthodox Church, the Synod initiated actions through the ministry of education to address these discrepancies⁵.

¹ See: Republički zavod za statistiku, *Stanovništvo prema veroispovesti*, available on <<https://data.stat.gov.rs/Home/Result/3104020301?languageCode=sr-Latn>>.

² More recent research, however, indicates that the earliest higher education theological institution was the Spiritual Collegium for Young Theologians established in 1740 or 1741, which educated students based on the Kyiv spiritual tradition. VUKAŠINOVIĆ, *Visoko teološko obrazovanje kod Srba*, in VUKAŠINOVIĆ (ed.), *Bogoslovlje kod Srba: izazovi i perspektive*, Pravoslavni bogoslovski fakultet, 2022, 19-24.

³ Serbia was then a part of the Kingdom of Serbs, Croats, and Slovenes, or the Kingdom of Yugoslavia, which had two additional confessional theology faculties: Roman Catholic theological faculties in Zagreb and Ljubljana.

⁴ Law on the Serbian Orthodox Church (*Official Gazette of Kingdom of Yugoslavia*, no. 269/1929), Art. 18, par. 2.

⁵ Law on the Serbian Orthodox Church, cit., Art. 18, par. 1.

After World War II, a revolutionary change in government took place, resulting in the creation of a new state based on a predominantly Marxist ideology. This shift entailed aggressive secularisation typical for communist regimes, leading to the removal of all religious content from education at all levels⁶. Consequently, in 1952, the Faculty of Orthodox Theology was abolished as a state institution and excluded from the University of Belgrade. The Faculty continued to function as the Theological Faculty of the Serbian Orthodox Church, under the auspices of the Holy Synod, which included, among other things, the Synod's prerogatives regarding the selection of theology professors⁷.

The decision to abolish the Faculty of Orthodox Theology as a state institution was revoked in 2004, as democratic changes in Serbia brought about a revised relationship of the state to religion, which included the reinstatement of religious education. This made the Faculty of Orthodox Theology a member of the state-held University of Belgrade once again, but it remained «under the spiritual and canonical auspices of the Serbian Orthodox Church»⁸. This was also confirmed by the provision of Art. 3, par. 1 of the Statute of the Faculty of Orthodox Theology (2006): «The Faculty is a scientific and the highest education institution in the field of Orthodox theology at both the University of Belgrade and the Serbian Orthodox Church». This is reflected, among other things, in the influence of the Church on students' admissions and the selection of theology professors, with both requiring the approval of Church authorities.

The Faculty of Orthodox Theology traditionally required the Church's consent for an individual's participation in the call for a professorial position, as well as for the selected candidate's participation in teaching. This practice is established by the Faculty's Statute provisions regarding the approval (blessing – known as *blagoslov* in Serbian)⁹ of a bishop

⁶ After the conflict between the Yugoslav political leadership and that of the USSR (1948), a political system of self-management had been introduced. Self-management was supposed to defend the self-importance of the Yugoslav socialist system in relation to the prevailing Stalinism and the leading role of the USSR, as well as to develop a new image of the state that would be acceptable to the West, since self-management negated totalitarianism and opened the possibility for the development of democracy and market relationships. During later stages of the development of Yugoslav socialist society, the intense restriction of religious freedom was gradually replaced by the state's cooperation with religious organisations.

⁷ Cf. Basic regulations on Theological Faculty of the Serbian Orthodox Church of 1954 (Art. 7, par. 1, al. g, d), and Art. 15), of 1955 (Art. 6, par. 1, al. g, d, dj)), of 1970 (Art. 6, paras. g, d)), and of 1998 (Art. 12, par. d), and Art. 29), cited according to the texts of the Regulations published in: VUKAŠINOVIĆ (ed.), *Stoleće Pravoslavnog bogoslovske fakulteta – Tom I*, Univerzitet u Beogradu – Pravoslavni bogoslovski fakultet, 2023, 79-99, 113-122, and 136-170).

⁸ Statute of the University of Belgrade – Faculty of Orthodox Theology (2006), Art. 2, para. 8 (acc. to the text of the Statute published in: VUKAŠINOVIĆ [ed.], *Stoleće Pravoslavnog bogoslovske fakulteta – Tom I*, Univerzitet u Beogradu – Pravoslavni bogoslovski fakultet, 2023, 208-269).

⁹ The term “blessing” carries a specific theological significance, considering it not only implies consent but also indicates that divine grace is invoked upon the individual to transmit faith in a true and authentic manner. For this reason, Bremer notes that, unlike the *nihil obstat*, a blessing is not aimed at identifying a “wrong” development in an individual and the Church authorities taking appropriate corrective action. Instead, it is tied to the trust that Church authorities have in the individual's development in a way that benefits theology and, consequently, the Church. A blessing, therefore, pertains to the individual as a person, rather than what they think or believe, and thus, ‘serves to improve the state of the person (which is needed by everyone). It contains the wish for their well-being, rather than an endorsement of a particular trait or characteristic, such as what they teach students or write in their publications’. BREMER, op. cit., 181.

for applying for the position of teacher, lecturer, assistant, or researcher at the Faculty¹⁰, as well as the approval of the Holy Synod of Bishops for the teaching service¹¹. More specifically, this means that the employment of a theology professor is preceded by the selection of an individual for the position of professor, with dual supervision of the selection process.

The first form of supervision concerns *participation in the call for the position of professor and the entering into employment relationship* at the Faculty. A candidate must obtain the “*approval (blessing)*” of a bishop in addition to proving they meet the required knowledge, skills, and competencies. However, neither the Church’s acts nor the Faculty’s statutes established criteria for obtaining a blessing, nor do they regulated the procedure for granting or revoking it; instead, the decision to grant a blessing was at the bishop’s discretion. The Statute of the Faculty, only after the 2022 amendments, explicitly stipulates that blessing has as its aims ‘maintenance of the right to free, autonomous and authentic interpretation of the religious identity of Serbian Orthodox Church’, as well as ‘improvement of spiritual and theological culture, and establishing of ethical standard of maintenance of canonical order, church spirituality and moral of professors and students’¹². Also, Amended Statute establishes the obligation of the Faculty to regulate conditions and procedure for obtaining a blessing, as well as a procedure for its revoke¹³.

The second form of supervision pertains to the possibility of the individual, whom the Faculty’s Selection Committee has chosen as a professor of theology, to lecture and participate in other forms of teaching at the Faculty. This “*approval for teaching service*” is issued by the Holy Synod of Bishops, the highest administrative and supervisory authority of the Serbian Orthodox Church, which consists of the Patriarch and four archbishops. The Faculty’s Statute did not include rules on the procedure for granting or revoking this approval, although for professors already employed at the Faculty, revoking an approval could result in the termination of employment. The Law on Higher Education, only after the 2021 amendments, explicitly specifies the revocation of approval as a reason for the loss of professorial title, while the Statute of the Faculty, only after the 2022 amendments, explicitly stipulates this issue, including termination of employment because of revoke of approval for teaching service.

Whether the rules governing the first form of Church authority supervision were suitable was first considered in 2012, by the Commissioner for the Protection of Equality, an inde-

¹⁰ Statute of the University of Belgrade – Faculty of Orthodox Theology, cit., Art. 91.

¹¹ Statute of the University of Belgrade – Faculty of Orthodox Theology, cit., Art. 95, par. 4.

¹² Decision on the Amendments to the Statute of the University of Belgrade – Faculty of Orthodox Theology (2022), Art. 3a), paras. 2-3 (acc. to the text of the Decision published in VUKAŠINOVIĆ [ed.], *Stoleće Pravoslavnog bogoslovskog fakulteta – Tom I*, Univerzitet u Beogradu – Pravoslavni bogoslovski fakultet, 2023, 315-324).

¹³ Decision on the Amendments to the Statute of the University of Belgrade – Faculty of Orthodox Theology, cit., Art. 3a), par. 4, and Art. 9-10.

pendent body that oversees the implementation of the Law on the Prohibition of Discrimination¹⁴. The Commissioner did not directly address the question of whether the blessing was justified or not, but it can be indirectly inferred that the existence of this institute is deemed acceptable. The Commissioner also found that the Statute of the Faculty of Orthodox Theology established the blessing as a requirement for all potential candidates applying for a professorial title, so in itself, this requirement does not place any individual at a disadvantage based on their religion or religious beliefs¹⁵. At the same time, it was pointed out that the relevant provisions of the Statute open *the possibility for indirect discrimination* because ‘the purpose of granting approval (blessing) is not explicitly stated, making it difficult to assess the legality and legitimacy of such an act, which is necessary when determining indirect discrimination; there are no prescribed criteria for obtaining approval (blessing); the procedure and manner of granting approval (blessing) are not regulated. Due to all these circumstances, it is evident that approval (blessing) is an act that the bishop gives or revokes based on broad discretionary authority. The overall consequence is the creation of complete legal uncertainty, as a result of the unpredictability of the outcome of the procedure for obtaining approval (blessing). Without delving into the religious nature of the blessing, its introduction into the Faculty’s statute certainly requires it to be treated like any other condition for enrolment in a study program or for applying for a certain title, which implies that the fulfilment of this condition is decided based on objective and pre-established criteria, which are, moreover, in line with anti-discrimination standards. For this reason, in order to prevent indirect discrimination, the Commissioner recommends that granting approval (blessing) either be removed from the Statute or that criteria based on which approval (blessing) is granted be more precisely regulated whilst fully adhering to anti-discrimination regulations that bind all higher education institutions¹⁶.

The Faculty of Orthodox Theology had complied with the recommendation of the Commissioner for the Protection of Equality only after the 2022 amendments of its Statute. However, these rules (and legal gaps) have attracted the public’s attention to cases of the revoking approval for teaching for several professors of the Faculty of Orthodox Theology between 2020 and 2024. Namely, part of the academic community in Serbia believes that the rules on blessing for application and the approval for teaching violate the Constitutional principles of separation of church and state, as well as university autonomy. This was highlighted in the ‘appeal to abolish the blessing’ signed by 200 professors and research associates in Serbia, as well as in notices by the Network of Academic Solidarity and Engagement (*MASA*). The Network’s last notice condemns the dismissal of one of the 12 professors and associates who signed the “Statement” in 2017 against the petition calling for

¹⁴ Law on Prohibition of Discrimination (*Official Journal of the Republic of Serbia*, no. 22/2009, 51/2021).

¹⁵ Opinion of the Commissioner for Protection of Equality on the complaint of the association A. S. against Faculty of Orthodox Theology for discrimination based on religious beliefs in the filed of education, no. 1065, October 14, 2012.

¹⁶ Opinion of the Commissioner for Protection of Equality, *ibid.*

the revision of studying the theory of evolution under Serbian education system (petition for removing the theory of evolution from school curricula for biology with an affirmation of biblical teaching on creation). After the “Statement” was published, the Patriarch banned the public appearance of all employees at the Faculty of Orthodox Theology without his prior approval¹⁷. In this regard, the *MASA* notice states that «the persecution of enlightened intellectuals, unrestrained by dogmas, is an integral part of the long-standing undermining of education and expertise», and that in the case of the Faculty of Orthodox Theology, «this attitude of the political elites towards higher education, as well as the opportunistic condescension towards certain church dignitaries, sealed the fate of the aforementioned group of professors, assistant professors, and assistants, who were publicly stigmatised before being gradually removed» from the Faculty. Specifically, the notice concerned an assistant professor and priest, who, upon signing the appeal against the petition against the theory of evolution, was banned from performing his priestly function but not from working at the Faculty. Following this decision, this employee publicly criticised certain activities of the Holy Synod, the Faculty of Orthodox Theology, and lastly the Church (regarding the communion of believers during the Covid-19 pandemic). As a result, the Selection Committee of the Faculty of Orthodox Theology did not re-elect said employee following the call for the position of assistant professor, despite the positive report of the expert commission, which is why he no longer works at the Faculty. Prior to this event, the decision to ban work was made against two full professors, one of whom was a bishop, who highlighted the necessity to consider allegations pertaining to certain illegal activities at the Faculty. One of these professors publicly criticised the work of the Holy Synod, and the decision to ban him from performing his professorial duties explicitly stated that no appeal was allowed against the decision¹⁸.

The subsequent cases prompted the competent authorities and bodies of the University of Belgrade to assess whether the provisions of the Faculty of Orthodox Theology’s Statute (2006) were in accordance with the Statute of the University of Belgrade, as well as with the Law on Higher Education. In 2019, the University’s Management requested the Committee for Statute Issues to express its opinion on the compliance of the two statutes¹⁹. This expert and advisory body of the Senate, Council, and Rector of the University of Belgrade adopted a conclusion that the Statute of the Faculty of Orthodox Theology does not comply with the Statute of the University of Belgrade, but the University Senate did not confirm this conclusion. The following year, at the initiative of the Rector of the University,

¹⁷ *Podrška docentu PBF Vukašinu Miličeviću*. Available online: <<https://akademski-masa.org/>>.

¹⁸ VUKOMANOVIĆ, Nihil obstat – srednjovekovne stranputice visokog obrazovanja u Srbiji, in *APFB* 2022, 2, 575.

¹⁹ VUKOMANOVIĆ, *ibidem*.

a working group was formed to analyse the opinion of the Committee for Statute Issues, as well as the relevant legal sources in the area of theological academic teaching in other legal systems²⁰. Based on these analyses, most members of the working group supported the conclusion of the Committee for Statute Issues.

The aforementioned events influenced the adoption of amendments to the Law on Higher Education²¹, which stipulates that «higher education institutions that offer academic study programs in the field of theology of one of the traditional churches and religious communities are authorised to prescribe, through a general act, as a necessary condition, the consent of their competent authority for participation in the call for the selection of professors and assistants, as well as the consent of their competent authority for the selection to the post of professor (consent for the teaching service)»²². Notably, the consent for the teaching service is explicitly qualified by the Law as a «mandatory condition for entering into an employment relationship»²³. The withdrawal of the latter consent results in the loss of the title if the competent authority of the traditional church or religious community revokes this approval because the «activities, views, or behaviour of that person are contrary to the beliefs that the church or religious community preaches, its teachings or the autonomous rights of the church or religious community, or if they undermine its reputation»²⁴.

Higher education institutions are left to regulate, through their general legal acts, the reasons for revoking consent for the teaching service, the involvement of higher education institution representatives in this process, and the right of the professor to make a statement on the decision²⁵. The adoption of this solution renewed the discussion over the validity of these forms of Church control, particularly to assess how this new legal framework complies with the principle of university autonomy and the guarantees of labour rights.

3.2. Challenges of Reconciling Religious Freedom with University Autonomy (and Academic Freedom)

3.2.1. Multiple Aspects and Limits of Academic Freedom

The guarantee of academic freedom rests on the guarantees of freedom of thought and expression, as well as the presumption that knowledge can be developed only through

²⁰ VUKOMANOVIĆ, *ibidem*.

²¹ Law on Amendments to the Law on Higher Education (*Official Journal of the Republic of Serbia*, no. 67/2021), Art. 18.

²² Law on Higher Education (*Official Journal of the Republic of Serbia*, no. 88/2017, 73/2018, 27/2018, 67/2019, 6/2020, 11/2021, 67/2021, 76/2023), Art. 74, para. 13. The following are considered traditional churches in Serbia: Serbian Orthodox Church, Catholic Church, Slovak Evangelical Church, Christian Reformed Church, and the Evangelical Church. Traditional religious communities are the Islamic and Jewish religious communities (Law on Churches and Religious Communities, *Official Journal of the Republic of Serbia*, no. 36/2006), Art. 10.

²³ Law on Higher Education, cit., Art. 74, par. 14.

²⁴ Law on Higher Education, cit., 74, par. 15.

²⁵ Law on Higher Education, cit., 74, par. 16.

unhindered analytical scepticism and critique²⁶. Therefore, academic freedom is not a goal in and of itself but rather a necessary requirement for the proper functioning of modern-day universities, or a tool that enables universities to serve the greater good²⁷: «open communication of findings, hypotheses, and opinions lies at the very heart of higher education and provides the strongest guarantee of the accuracy and objectivity of scholarship and research»²⁸. This is achieved through an individual and collective dimension of academic freedom, as well as the duties of public authorities to respect and protect academic freedom, or in other words, to create conditions for its effective enjoyment²⁹.

The *individual dimension of academic freedom* is related to both professors and students and is expressed through the freedom to study and teach, the freedom to conduct scientific research and elaborate the results, as well as the freedom to perform other professional activities in addition to working at the faculty³⁰. In terms of professors, the individual aspect of academic freedom especially includes the freedom to teach students and perform scientific research without the interference of other individuals whilst adhering to professional rules, the fulfilment of which is left to be judged by other colleagues³¹. Furthermore, academic freedom entails the freedom to express views on the institution where the professor is employed, protection from institutional censorship, and freedom to partake in professional or academic bodies³².

The *collective (institutional) side of academic freedom* entails the freedom of academic institutions to decide on the teaching subject and methods, who can teach students, as well as who can enrol in study programs³³. More specifically, it is concerned with the enjoyment of the degree of autonomy necessary for the institution's effective decision on academic work, administration, and related issues³⁴. This freedom is enjoyed not only by universities but also by all higher education units within the university (faculties, research institutes, etc.), which is why the university as a whole and all its units have the right and obligation to protect and develop academic freedom in all their (inner and outer) activities³⁵. The content and manner of expressing institutional academic freedom can, however,

²⁶ McCONNELL, *Academic freedom in religious colleges and universities*, in *Law and Contemporary Problems*, 1990, 3, 312.

²⁷ VRIELINK *et al.*, *Academic freedom as a fundamental right*, in: *League of European Research Universities Advice Paper*, 2010, 6, 3.

²⁸ UNESCO Recommendation concerning the Status of Higher-Education Teaching Personnel, 11 November 1997, Paris, Preamble.

²⁹ VRIELINK *et al.*, *op. cit.*, 3.

³⁰ VRIELINK *et al.*, *ibidem*.

³¹ McCONNELL, *op. cit.*, 305.

³² UNESCO Recommendation concerning the Status of Higher-Education Teaching Personnel, *cit.*, par. 27.

³³ McCONNELL, *op. cit.*, 305.

³⁴ UNESCO Recommendation concerning the Status of Higher-Education Teaching Personnel, *cit.*, par. 17.

³⁵ VRIELINK *et al.*, *op. cit.*, 3.

vary depending on the type of academic institution³⁶. The mentioned principles apply to confessional theological faculties as well, which is why their academic freedom implies the right to teach and study theology within the framework of the appropriate religious tradition³⁷. However, when it comes to the segment of institutional academic freedom related to the right of the academic institution to decide on who may teach in its study programs, the general rule is that professors are selected solely based on their academic merit, i.e. on their teaching and research excellence, expertise and experience³⁸. The exception is theological faculties, where in addition to academic merit, employees are required to have the duty of loyalty³⁹.

Academic freedom is not limitless: when there are legitimate reasons that cannot be addressed in another, less invasive way, this freedom can be limited. Its constrictions are primarily related to respect for human rights and the fundamental freedoms of others or the duty of respecting the constitution as well as the laws governing human rights and fundamental freedom⁴⁰. In this sense, academic freedom is primarily limited by the rights and freedoms of students⁴¹. Additionally, the limits of academic freedom should also be sought in the discord that exists between the individual and collective aspects of academic freedom, considering that professors are members of the faculty, members of various organisational bodies at the faculties, as well as members of the university (as a whole). «The individual's freedom is therefore limited and partially determined by the institutional context(s) in which he or she works»⁴². In any case, the academic freedom of professors can be limited only in situations in which certain constraints are necessary, and only to the degree necessary to achieve the institution's legitimate academic goals while using tools that correspond to the said goals⁴³.

3.2.2. Autonomy and Academic Freedom of the University of Belgrade and Faculty of Orthodox Theology (and Their Professors)

In light of the presented principles, one should consider the need to reconcile the rights of the Serbian Orthodox Church to self-determination on the one hand, and academic freedom on the other. The Constitution of the Republic of Serbia guarantees the autonomy of

³⁶ UNESCO Recommendation concerning the Status of Higher-Education Teaching Personnel, cit., par. 17 («Autonomy is that degree of self-governance necessary for effective decision making by institutions of higher education regarding their academic work, standards, management and related activities consistent with systems of public accountability, especially in respect of funding provided by the state, and respect for academic freedom and human rights. However, the nature of institutional autonomy may differ according to the type of establishment involved»).

³⁷ McCONNELL, op. cit., 306.

³⁸ VRIELINK *et al.*, op. cit., 10.

³⁹ VRIELINK *et al.*, *ibidem*.

⁴⁰ VRIELINK *et al.*, op. cit., 5.

⁴¹ VRIELINK *et al.*, op. cit., 10.

⁴² VRIELINK *et al.*, op. cit., 11.

⁴³ VRIELINK *et al.*, op. cit., 20.

universities and higher education and research institutions, confirming that these entities' autonomy is reflected in their independence in deciding about their inner organisation and work⁴⁴. In accordance with the provisions of the Statute of the University of Belgrade, the autonomy of this university is related, among other things, to the selection of professors and assistants⁴⁵, which some authors interpret as meaning that «non-university bodies and organs cannot and must not influence the described procedures»⁴⁶. This stance, however, does not seem applicable in terms of the Faculty of Orthodox Theology, even though the institutional autonomy of this faculty is tied to the freedom to decide who will teach their students, with the general rule that professors are elected based on their experience, expertise, and teaching and research excellence. However, in terms of the Faculty of Orthodox Theology, as an institution whose ethos (value system) rests on the Orthodox Christian religion, employees may be required the duty of loyalty in addition to their academic merit. For these types of institutions, this is explicitly confirmed in the advice paper of the League of European Research Universities⁴⁷. The proper and full consideration of adherence to or violation of the duty of loyalty of employees in such a work environment is not incompatible with the participation of church authorities through granting/revoking approval for the teaching service. In Serbian law, this falls under the authority of the Holy Synod, which «aims to ensure that the decision is collegial and not just the resolution of an individual»⁴⁸.

In connection to this, it should be mentioned that in the discussion initiated in the Serbian academic community, as an argument in favour of abandoning the Synod's approval for the teaching service, it is highlighted that members of the Synod lack the “scientific competencies” to assess the teaching and scientific work of theology professors. It is pointed

⁴⁴ Constitution of the Republic of Serbia (*Official Journal of the Republic of Serbia*, no. 98/2006, 115/2021), Art. 72.

⁴⁵ Statute of the University of Belgrade (*Journal of the University of Belgrade*, no. 201/2018, 207/2019, 213/2020, 214/2020, 217/2020, 230/2021, 232/2022, 233/2022, 236/2022, 241/2022, 243/2022, 244/2023, 245/2023, 247/2023), Art. 10, par. 1, al. 5.

⁴⁶ VUKOMANOVIĆ, op. cit., 581.

⁴⁷ VRIELINK *et al.*, op. cit., 10.

⁴⁸ BREMER, op. cit., 181. This author cleverly points out that theology is not the only science influenced by non-university entities. Such is the case with other sciences as well, given they do not develop in a vacuum but rather in a specific social context. This is vividly illustrated by an example of a law professor in some European country who advocates for reintroducing the death penalty or torturing the convicts. His colleagues would undoubtedly have debated him in academic publications, and he would most likely become isolated in his scientific field, despite that fact that there is no entity outside the university that formally controls the findings of the legal science. Instead, the control over the direction of legal science research is performed by society, which decided against the death penalty. We suppose that something similar would have happened if, for example, a labour law professor was to campaign for the introduction of forced labour to support economic growth. Such a view most certainly would not constitute a valid reason to dismiss the professor, but society would most likely respond by, say, not allowing the professor to obtain (faculty and external) financial support for a research project dedicated to introduction of forced labour. ‘Thus, society, or the state, has mechanisms to influence the research field in an academic environment without hurting the autonomy of the university’ (BREMER, op. cit., 183). A similar argument is provided by Williams, who argues that members of the academic community must realise that every institution has reasonable restrictions and does not imply that one can engage in any issue regardless of societal antagonism to a particular subject. WILLIAMS, op. cit., 15.

out that members of the Synod neither have completed doctoral studies nor have been appointed to university positions⁴⁹. This argument seems unconvincing, given that the Synod, when granting approval for the teaching service, does not assess the quality of published books and papers, the relevancy of presentations at scientific conferences, or other aspects of the candidate's academic excellence, but rather their adherence to the duty of loyalty that professors owe not only to the Faculty (as their employer) but also the Orthodox religion. This is particularly relevant considering that the most important aspect of studying at the Faculty of Orthodox Theology is its confessional nature. Accordingly, the authority of the church whose teaching is being studied at the faculty does not seem incompatible with the autonomy of the faculty (and the university), especially considering it is grounded in national legislation and tradition⁵⁰. Bremer explains this as follows: «... when theology is understood as science, then the same conditions apply to it, both epistemologically and theoretically, as for any other scientific branch, which does not exclude the special role of the church»⁵¹. Abolishing the rules related to blessing and approving the teaching service would undermine the church's ability to preserve and transmit its beliefs, which would in turn mean limiting religious freedom⁵².

3.3. Employment Status of Theology Professors and Suggestions for Its Improvement

3.3.1. Conditions and Procedures for Entering into an Employment Relationship

In Serbia, the labour rights of theology professors are regulated by the Law on Higher Education, and subsidiarily by the Labour Law. Although Serbia, as part of its commitment to becoming a member of the European Union, is in the process of aligning its legislation and practices with Dir. 2000/78, certain issues in this field have not yet been addressed. This also applies to the exception to the prohibition of discrimination related to religious ethos employers, given that this issue has not been addressed either by the Labour Law or the Law on the Prohibition of Discrimination.

Given the universality of labour rights, their effective enjoyment must be ensured for theology professors as well. However, this category of employees has a special employment status since their rights, obligations, duties, and responsibilities are regulated in line with specificities of their employer. These specificities are primarily reflected in the fact that this employer is engaged in higher education and scientific research, as activities of public interest. The Faculty prepares future priests and religious teachers for their occupation, and so transmits to students not only knowledge and skills but also spiritual experiences and faith, which should manifest in the personal life of an individual. It is therefore justi-

⁴⁹ VUKOMANOVIĆ, op. cit., 578.

⁵⁰ RAKIĆIĆ, op. cit., 337.

⁵¹ BREMER, op. cit., 177.

⁵² MCCONNELL, op. cit., 312.

fied when employing a theology professor to assess their personal circumstances relevant to a life aligned with religious dogmas, in addition to their educational abilities, scientific research results, and contributions to the academic and broader community.

Considering that confessional theology, relying on the authority that higher education holds in the contemporary world, «influences the identity, doctrine, and perception of a particular confession», it is essential to ensure that the church has «the right to keep this influence within the boundaries of its self-determination»⁵³. This is achieved through the participation of church authorities in the selection of theology professors, as well as through professors heightened duty of loyalty, because «faith, to remain credible, must be taught by a person whose way of life and public statements are not flagrantly inconsistent with a particular faith, especially if it regulates the private life and personal beliefs of its followers»⁵⁴. In turn, the legitimacy of expressing religious beliefs can only be judged by church authorities, not by public authorities or other entities. In this sense, the latter should not exert pressure on the church to accept or exclude an individual from its fold, including in the context of teaching.

When it comes to professors of the University of Belgrade Faculty of Orthodox Theology, it is noticeable that the legal framework of the Republic of Serbia lacked the necessary (material and procedural) guarantees that would ensure these individuals can effectively enjoy their labour rights. First and foremost, this applies to the *detailed specification of the institution of blessing for application and approval of teaching service, primarily in relation to granting and revoking blessing and approval*⁵⁵. Some of those rules were introduced by Amendments to the Statute of 2022. Introducing these legal rules can help address the concerns related to the fact that giving blessing and approval rested on the overly broad discretionary authority of the bishop, or Synod. This made the result of the procedure for selection, as well as the procedure for entering into an employment relationship, unpredictable. All the more so since main aims of employment are related to the enjoyment of an individual's right to work and the objectivation of the recruitment and hiring process, and only then to protecting the integrity of the worker-employer agreement and ensuring the contracted working conditions.

The right to work is a fundamental human right, which implies the right of everyone to earn a living through freely chosen occupation and employment. The effective enjoyment of this right is not possible if all jobs are not equally accessible to everyone. Therefore, recognising and removing all (formal and factual) obstacles to establishing an employment relationship is crucial for the enjoyment of the right to work. The scope of citizens who will be able to exercise their right to work is influenced, among other things, by the types

⁵³ RAKITIĆ, op. cit., 313.

⁵⁴ ECtHR, June 12, 2014, Case *Fernández-Martínez v. Spain*, cit., para 138.

⁵⁵ Cf. Opinion of the Commissioner for Protection of Equality, cit.

of occupational requirements and the manner of determining their content⁵⁶. Therefore, an employer's freedom to determine the conditions for employment cannot be unlimited; the employer is competent to assess the candidate's competencies for employment as long as those competencies are not related to qualities whose demand and consideration are strictly prohibited⁵⁷. In a similar vein, the European Committee of Social Rights argues that the European Social Charter does not prevent employers from setting any requirements for employment that they wish as long as they are not related to characteristics deemed unacceptable under the anti-discrimination clause⁵⁸. Moreover, the occupational requirements must be objectively determined by the specificities of the work process, demands of the work tasks, and work conditions at a certain job⁵⁹. Otherwise, there would be an unacceptable amount of room for employers to abuse their autonomy, primarily by establishing unnecessary, unjustified, and confusing requirements that prevent or impede citizens from enjoying their right to work⁶⁰. Aside from that, eliminating impartiality and arbitrariness during employment is also supported by the demand to define requirements for employment so that their fulfilment can be determined with certainty in each specific case⁶¹. Additionally, the process of selecting a job candidate should be open and transparent. The process for selecting professors should be based on the candidate's teaching and scientific excellence as well as their expertise and experience. In the context of selecting a theology professor, one must necessarily add the duty of loyalty: «Where a university's ethos is based on religion or belief, it may require individual teachers (and researchers) to act in good faith and with loyalty to that ethos, in conformity with Article 4.2 of Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation»⁶². In terms of employing a professor at the Faculty of Orthodox Theology, there is also the need to ensure a balance between the employer's freedom of choice of job candidates and their labour rights. The provision of the Law on Higher Education, which determines the obligation of faculties offering study programs in the field of theology to prescribe reasons for the revocation of approval for the teaching service (which the Law qualifies as one aspect of approval revocation, although this is material rather than a procedural issue), and corresponding provisions of the amended Statute of the Faculty of Orthodox Theology, can contribute to this aim.

⁵⁶ BALTIĆ, DESPOTOVIĆ, *Osnovi radnog prava Jugoslavije – sistem radnih odnosa i osnovni problemi sociologije rada*, Savremena administracija, 1971, 182.

⁵⁷ JACQUELET, *La vie privée du salarié à l'épreuve des relations de travail*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, 59.

⁵⁸ ECSR, Conclusions VIII, 28, in SAMUEL, *Droits sociaux fondamentaux: Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, 27.

⁵⁹ TINTIĆ, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, Narodne novine, 1972, 34-35.

⁶⁰ TINTIĆ, *ibidem*, 35.

⁶¹ KOVAČEVIĆ, *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2021, 569.

⁶² VRIELINK *et al.*, op. cit., 10.

3.3.2. Duty of Loyalty and the Legal Repercussions of Its Violations

The revocation of approval for the teaching service and violation of duty of loyalty are not qualified as valid grounds for termination of employment in Serbian legislation. However, the Amendment to the Law on Higher Education specifies that revoking approval for the teaching service results in the loss of title (but not in the termination of employment), while Statute of the Faculty of Orthodox Theology, after the 2022 Amendment, explicitly qualifies loss of title caused by the revocation of approval for the teaching – as valid ground for termination of employment. In accordance with the Law on Higher Education, the loss of title is reserved for the most severe violations of the duty of loyalty, while Statute qualifies as reasons for loss of title conscious and continuous activities, attitudes and behaviors that are contrary to the teaching and beliefs of the Church, which significantly threaten the doctrinal position of religion and the Church's teaching, or violate the canonical order and autonomous law of the Church, or if they undermine its reputation⁶³.

Serbia has ratified the International Labour Organisation Convention No. 158, which stipulates that an employee cannot be dismissed against their will unless there is a valid ground related to the employer's needs or the employee's abilities or behaviour. Additionally, valid grounds for dismissal can only be determined by law, which is why the existing legislative situation in Serbia does not align with the constitutional guarantee of protection against wrongful termination of employment⁶⁴. This is particularly important considering that the risk of violating the right to dismissal is intensified by the lack of precise regulations, which prevent the employee from predicting or properly and fully understanding the limitations stemming from the duty of loyalty. This could strip the legal guarantee of protection against unjustified termination of its legal contents, as well as remove it from its intended purpose.

The enjoyment of labour rights for theology professors is also threatened by the lack of *progressive punishment for employees for violations of the duty of loyalty*, given that termination appears as the last resort, i.e., as the *ultima ratio* (even *extrema ratio*). This, more precisely, means that dismissal is permitted only if the exclusion of the employee from the work environment is justified due to the severity of the violation committed or the seriousness of the consequences caused by it (e.g., leaving the church, public engagement against the church's fundamental principles, actions that, under canon law, attest to apostasy from the church, such as heresy, sacrilege related to the Holy Communion, or public blasphemy)⁶⁵. On the other hand, in cases of lesser violations, the employer may apply milder measures, such as a warning and other disciplinary measures⁶⁶. Additionally,

⁶³ Law on Higher Education, cit., Art. 74, par. 15; Decision on the Amendments to the Statute of the University of Belgrade – Faculty of Orthodox Theology, cit., Art. 108b.

⁶⁴ Constitution of the Republic of Serbia, cit., Art. 60, par. 4.

⁶⁵ ROBBERS, op. cit., 219.

⁶⁶ ROBBERS, *ibidem*.

in some legal systems, the rule on termination of employment as a last resort is specified in such a way that, in cases of revocation of approval for the teaching service, the employer is obliged (an obligation of means) to do all in their power to find another job for the individual⁶⁷. This further means that dismissal is permitted only when there is no other possibility to employ the individual in the same, similar, or other corresponding positions. In this sense, there is a need to condition dismissal due to a violation of the duty of loyalty on the obligation of the Faculty of Orthodox Theology to attempt to find another job for the employee before dismissing them. This is stipulated in Amendments to the Statute of 2022 via the rule that the Dean adopts a decision on the termination of the employment if he cannot provide the professor with a job outside of teaching, or if the employee refuses that job⁶⁸. In our opinion, this obligation could be accompanied by the obligation of the University of Belgrade to consider all possibilities for transferring the employee to another unit within the University of Belgrade for another suitable job (e.g., the position of an ethics professor at a different faculty, a researcher at a scientific institute, or a librarian at the University library). Conditioning termination of employment in this way seems acceptable, although Serbian legislation does not provide for this rule in the general regime of employment relationships, whilst in foreign legal systems it is regularly tied to the termination of employment because of the employer's needs, not when there are reasons related to the employee's conduct. This exception seems necessary considering the severely limited ability of theology professors to find a new job. With such an altered legal framework, it may become possible for professors to effectively enjoy their labour rights.

3.3.3. Procedural Guarantees

The effective labour law protection of theology professors implies the enhancement of rules related to creating conditions for the effective exercise of the employee's right to defence, prevention of wrongful dismissal, and creating conditions for an additional reconsideration of the decision to dismiss due to the revocation of approval for the teaching service⁶⁹. The Law on Higher Education prescribes only the faculty's obligation to determine *the right of the teacher in question to express their opinion in the case of revocation of approval for the teaching service*⁷⁰. The Statute of the Faculty of Orthodox Theology has regulated this issue in 2022 via the obligation to deliver a warning, which notifies the employee that there are facts and proof indicating a violation of the duty of loyalty. This warning should also specify a deadline for the employee to respond to all allegations, which is important in order to accurately determine and thoroughly assess the factual situation and so come

⁶⁷ Croatian Constitutional Court, May 22, 2013, Case U-III-702/2009, par. 10.2.5.

⁶⁸ Decision on the Amendments to the Statute of the University of Belgrade – Faculty of Orthodox Theology, cit., Art. 108b, par. 8.

⁶⁹ Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Dalloz, 2005, 134.

⁷⁰ For Serbian courts, failing to ensure conditions for the employee to enjoy their right to defense in practice constitutes a reason for annulment of decision on termination of employment.

to the right decision without unnecessary interruptions and delays. Additionally, Amended Statute stipulates that the employer's act needs to contain an explanation and information on legal remedies to prevent the abuse of the employer's right to dismissal and to create conditions for the effective exercise of the right to a fair trial. This is in accordance with the jurisprudence of the ECtHR, e.g., the case *Vallauri v. Italy*, for which the Court found a violation of the rights of a Legal Theory Professor, who was employed at the Catholic University of the Sacred Heart (*Università Cattolica del Sacro Cuore*) in Milan for over 20 years on the basis of fixed-term employment contracts concluded for each academic year. In a new call issued by the University, the Law Faculty Council refused to consider Professor Vallauri's application, because the Dean of the Law Faculty informed members of the Council that the Congregation for Catholic Education communicated to the Rector of the University that 'some of this candidate's views were obviously contrary to Catholic doctrine' and that he should cease teaching students 'out of respect for the truth and the well-being of students and the University'.⁷¹ The Court concluded that the Law Faculty Council should have explained how the views of this candidate could have affected the interests of the University. By failing to do so, they violated the procedural aspects of protecting freedom of expression, as well as the candidate's right to a fair trial. This is particularly relevant since the employee did not have the right to appeal the Council's decision, nor the right to appeal before the Italian courts⁷². This confirmed the ECtHR's position that the state's neutrality does not imply the absence of its positive obligation to protect employees in the event of a "conflict" between the autonomy of the church and the human rights and freedoms of employees⁷³.

Furthermore, one should mention the provision of the Law on Higher Education that determines the obligation of the faculty to provide, through a general act, for *the participation of members of the faculty administration in the process of revoking approval for the teaching service*. This provision undoubtedly aims to create conditions for the effective exercise of the faculty's autonomy, as it is not acceptable for the faculty, as the employer, not to participate in a procedure that directly concerns the rights, obligations, and responsibilities of the employment relationship's parties. This is because by concluding an em-

⁷¹ ECtHR, October 20, 2009, Case *Lombardi Vallauri v. Italy* (Application no. 39128/05), ECLI:CE:ECHR:2009:1020JUD003912805, par. 7.

⁷² More precisely, the Court found that the Law Faculty Council did not specify, nor assess, the degree to which the alleged heretical attitudes affected the candidate's teaching activities and how they could jeopardise the University's interest. This is particularly true given that the expression of such views was left undetermined, except for its unspecific mention in the Congregation's letter, with parts of it repeated in the letter sent by the Rector of University to the Dean of the Law Faculty. Such an indication is, according to the Court, 'broad and uncertain', because the decision to refuse considering the candidate's application was based solely on the Congregation's refusal to grant approval, with the content of its decision remaining a secret. In this way, the candidate was denied the opportunity to defend themselves and participate in the contradictory discussion, meaning that conditions for an appropriate judicial control over the contested decision were lacking in this case. ECtHR, October 20, 2009, Case *Lombardi Vallauri v. Italy*, cit., paras. 47-48, 50, 53-54, 71.

⁷³ SYCHENKO, *The European Convention on Human Rights as a tool of protection of individual labour rights*, Doctoral thesis, Università degli studi di Catania – Dipartimento di Giurisprudenza, 2015, 163.

ployment contract (with a candidate for whose engagement the church authority granted approval), refusing to conclude a new employment contract (with a candidate for whose engagement the church authority revoked approval), faculties in a way implement the decision of church authorities but also bring a decision (or more precisely, participate in making a decision) that is decisively and directly concerned with the employment status of their employees⁷⁴. Along these lines is also Bremer's conclusion (which relates to church approval in general, not a specific question related to the University of Belgrade Faculty of Orthodox Theology) that it would be preferable if the procedure for granting church approval is regulated as precisely as possible, with both the state and church involved: the state because, as an employer, it has the duty to select the best candidate for a vacant position; and the church, which «is not tasked with assessing the quality of the candidate but with preserving theological tradition. Unfortunately, these processes are not transparent in any church. It is in the interest of theology, and so the church, that the candidate for the role of professor is informed about the procedure and the possibility of appeal»⁷⁵. Finally, theology professors should be provided with *effective legal remedies for the protection of their rights*, with the accompanying institutional impartiality of bodies that decide on a particular legal remedy. This implies ensuring remedial effectiveness, which is manifested in the ability of the individual to apply a particular legal remedy to ensure appropriate protection, in the sense of rectifying the violation of rights. This was highlighted, among other things, in the ruling in the case of *Vallauri v. Italy*, with the ECtHR concluding that the state must ensure the standard of a fair trial even in disputes with religious organisations and other employers whose activities are based on faith, and their employees⁷⁶.

In our opinion, introduced improvements are important not only for enjoyment and protecting theology professors' labour rights but also for the quality of theological education and the effective exercise of the rights and freedoms of students of the University of Belgrade Faculty of Orthodox Theology, as well as the freedom of the Serbian Orthodox Church.

⁷⁴ ECtHR, June 12, 2014, Case *Fernández-Martínez v. Spain*, cit., par. 115.

⁷⁵ BREMER, op. cit., 181-182.

⁷⁶ SYCHENKO, op. cit., 164.

