

EQUAL

RIVISTA DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

IN EVIDENZA:

- *Iura et leges* nella disciplina della prova della discriminazione nel processo civile
- I lavoratori autonomi "puri" hanno diritto ai ragionevoli accomodamenti?
- La certificazione della parità di genere negli appalti pubblici
- Gli accomodamenti sempre più ragionevoli nel diritto vivente
- *The Great Inequality Gaps: A National Overview on Italy*
- *Interview with Professor Barbara Havelková*

n. 1 / 2025

Rivista bimestrale

COMITATO DI DIREZIONE

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

COMITATO SCIENTIFICO

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

COMITATO DI REDAZIONE

Vincenzo Cangemi, Alessia Gabriele, Carmela Garofalo, Laura Torsello

COMITATO DI REFERAGGIO

Alessandro Boscati, Stefano Caffio, Davide Casale, 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

- ENRICO MARIA MASTINU, *Iura et leges nella disciplina della prova della discriminazione nel processo civile*.....» 3
- DAVIDE TARDIVO, *I lavoratori autonomi “puri” hanno diritto ai ragionevoli accomodamenti?*.....» 35

Giurisprudenza

- MATTEO BORZAGA, *Sul ruolo della certificazione della parità di genere negli appalti pubblici alla luce dei primi pronunciamenti della giurisprudenza*» 51
[Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa per il Trentino-Alto Adige, Sezione di Bolzano, sentenza 4 novembre 2024, n. 257]
- FRANCESCA LIMENA, *Gli accomodamenti sempre più ragionevoli nel diritto vivente, nell’ottica antidiscriminatoria*» 63
[Tribunale di Modena, sez. lav., ordinanza ex art. 702 c.p.c., 1° marzo 2024]

Dialogues

- MASSIMILIANO DELFINO, MARIAGRAZIA LAMANNIS, CARLA SPINELLI, FEDERICA PALMIROTTA, ANNA ZILLI, MASSIMILIANO DE FALCO, *The Great Inequality Gaps: A National Overview on Italy*.....» 79
- GIULIA GORTANUTTI, *Interview with Professor Barbara Havelková*» 119

lura et leges nella disciplina della prova della discriminazione nel processo civile

lura et leges in the regulation of proof of discrimination in civil proceedings

Enrico Maria Mastinu

Professore associato di Diritto del lavoro nell'Università di Cagliari

SOMMARIO: 1. Sul carattere non autosufficiente del diritto antidiscriminatorio – 1.1. ... segue. La disciplina della prova in giudizio. – 2. Le origini e la collocazione sistematica della disciplina speciale sulla prova della discriminazione. – 3. Su alcune questioni esegetiche. In particolare: sulla natura non *statistica* della c.d. *prova statistica*. – 4. I profili applicativi. I temi di prova dell'attore. – 5. I temi di prova del convenuto. - 5.1. La prova del fatto contrario. – 5.2. La prova del fatto impeditivo. - 6. La prova dell'attinenza del criterio selettivo apparentemente neutro al fattore di discriminazione indiretta considerato dalla legge. – 7. La prova della discriminazione nelle azioni di impugnazione negoziale. Il rapporto fra le cause di giustificazione tipiche e l'art. 1345 c.c. – 8. La prova della discriminazione nelle azioni di responsabilità. Il rapporto fra le cause di giustificazione tipiche e l'impossibilità sopravvenuta di adempiere. 9. L'opacità del diritto antidiscriminatorio e le misure ordinate a facilitare l'assolvimento dell'onere della prova della discriminazione

Sinossi: Il saggio tratta le principali questioni in materia di prova della discriminazione nel processo civile. L'analisi si diparte dall'assunto che il diritto antidiscriminatorio nazionale non sia un ramo dell'ordinamento autosufficiente ma che, all'opposto, la sua comprensione prima che la sua applicazione richieda l'integrazione nelle categorie fondamentali del diritto civile e processuale civile. Speciale attenzione è dedicata ai profili applicativi della disciplina, che sono trattati nella prospettiva delle diverse tipologie di azioni (di invalidità o di inadempimento) svolte in giudizio.

Abstract: *The essay studies the main issues concerning the proof of discrimination in civil proceedings. The analysis starts from the idea that national anti-discrimination law is not a self-sufficient branch of the legal system but that its application requires integration into the basic categories of civil law and civil procedure. Special attention is paid to the applicative aspects, which are treated in the dynamic perspective of the different types of actions ordinarily carried out in court.*

Parole chiave: Discriminazione diretta – Discriminazione indiretta - Molestia – Causa di giustificazione – Prova – Onere – Statistica – Trasparenza – Ragionevoli – Inadempimento - Motivo illecito

Keywords: *Direct discrimination – Indirect discrimination – Harassment – Justification – Proof – Burden – Statistics – Transparency – Reasonable – Non compliance – Unlawful motive*

1. Sul carattere non autosufficiente del diritto antidiscriminatorio

Sebbene sia allogato in corpi normativi a sé stanti, uno dei quali pomposamente denominato *codice*, il diritto antidiscriminatorio nazionale è un complesso normativo incompleto nei contenuti e privo di una sua pur parziale autonomia scientifica, cioè di regole proprie e autosufficienti di funzionamento¹.

L'assunto ha palmare evidenza in relazione a quelle disposizioni che qualificano la discriminazione a stregua di reato² o di illecito amministrativo³. L'imputabilità, i criteri di imputazione della responsabilità, le scriminanti, il concorso di persone, la continuazione, lo statuto delle sanzioni quanto a prescrizione, intrasmissibilità agli eredi, etc. traggono tutti la loro disciplina fondamentale dal Codice penale e dalla legge 24 novembre 1981, n. 689. Discorso analogo deve farsi per la porzione di disciplina, più ampia e articolata, che attiene ai rapporti civili. Qui la discriminazione è elevata al rango di fattispecie generale e l'osservanza dei relativi divieti è presidiata da regole di validità e da regole di responsabilità con contenuti in parte originali e con la garanzia di una variegata gamma di altrettanto originali misure coercitive dirette e indirette, ma le condizioni e gli effetti dell'invalidità e dell'inadempimento, il regime delle relative azioni, della prescrizione e tutti i meccanismi di funzionamento degli istituti e delle vicende regolate debbono attingersi al diritto generale delle obbligazioni. Anche la disciplina speciale del processo, che si è andata facendo

¹ D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, in materia di discriminazione ai danni degli immigrati stranieri; d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, recante il c.d. Codice delle pari opportunità fra uomo e donna; d.lgs. 9 aprile 2003, n. 215, in materia di discriminazioni per ragioni di razza e di origine etnica; d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, in materia di discriminazioni per ragioni di nazionalità, convinzioni personali, orientamento sessuale, handicap ed età; l. 1° marzo 2006 n. 67 in materia di discriminazioni ai danni delle persone disabili; d.lgs. 30 giugno 2022, n. 195 (art. 3), in materia di discriminazioni ai danni di chi fruisca dei benefici correlati alla condizione di disabile e di quelli previsti per l'assistenza di congiunti portatori di handicap; d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, in materia di discriminazioni ai danni di chi denunci violazioni di legge commesse negli ambienti e nei luoghi di lavoro. All'elenco si deve aggiungere anche l'art. 1468 d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, che ha esteso ai militari la tutela antidiscriminatoria prevista dai d.lgs. nn. 215/2003, 216/2003 e 198/2006.

² Art. 38, l. 20 maggio 1970, n. 300; 41, comma 2, d.lgs. n. 198/2006. Con riferimento alle discriminazioni accertate giudizialmente, artt. 37 e 38 d.lgs. n. 198/2006 e art. 44, comma 8, d.lgs. n. 286/1998.

³ Artt. 41, comma 1 e 46, comma 4, d.lgs. n. 198/2006; art. 44, comma 11, d.lgs. n. 286/1998.

relativamente sviluppata, altro non è che una propaggine minore del diritto processuale generale⁴.

Sul terreno dei rapporti contrattuali e del rapporto di lavoro in specie, il carattere dipendente del diritto antidiscriminatorio riceve una seconda e più profonda declinazione. Poiché le discriminazioni rilevano in quanto oggetto di divieti riferiti a tutti gli aspetti e le vicende concernenti la vita professionale del lavoratore, *che già ricevono una loro regola dal contratto di lavoro e dalla sua disciplina di legge e di contratto collettivo*, la tutela che il diritto antidiscriminatorio accorda al lavoratore tende a essere coestensiva e/o a sovrapporsi rispetto a quella completa e onnipervasiva già derivante dal diritto comune del lavoro. *Deve sovrapporsi*, perché il nudo dovere negativo di non discriminare è oggetto di una regola capace di proteggere il lavoratore fattoriale contro la sottrazione di qualcosa che egli ha già ad altro titolo (il posto, la sede di lavoro, l'inquadramento professionale, l'integrità psicofisica, la dignità personale, etc.) e non può dare corpo a nessun diritto di pretesa (all'assunzione, alla promozione, alla stabilizzazione, all'inquadramento, etc.) senza appoggiarsi sul contenuto di un titolo preesistente o sottostante: il contratto di lavoro integrato dalla sua disciplina legislativa; una promessa unilaterale, un patto accessorio; una specifica disciplina di legge violata; un uso; etc⁵.

Per questo motivo, i problemi della prova della discriminazione sono prima di tutto i problemi della prova dell'inadempimento di un contratto o dell'invalidità di un atto o di un patto in funzione dell'applicazione di tutele che seguono gli schemi fondamentali del diritto comune delle obbligazioni e dei contratti, con l'aggiunta dell'ampio corredo di misure sostanziali e processuali specificamente previste dal diritto antidiscriminatorio (sanzioni compulsive dirette e indirette di natura civile, penale e amministrativa; nullità testuale degli atti e dei patti discriminatori; espressa risarcibilità del danno non patrimoniale; tutela inibitoria tipica; riti sommari non cautelari; azioni di gruppo; agevolazioni probatorie; speciali procedure di conciliazione; speciali regole sulla competenza, sulla legittimazione ad agire e sulla rappresentanza in giudizio; etc.).

L'enunciata incompletezza o insufficienza, mai adeguatamente razionalizzata nella sua portata, nelle sue cause e nei suoi effetti, è stata reputata ancora di recente come «frutto di un preconcetto», che ostacolerebbe il dispiegarsi di tutte le potenzialità di tutela del diritto antidiscriminatorio, impedendo in particolare la parificazione verso l'alto dei trattamenti nell'area dei poteri liberi e delle facoltà del datore di lavoro⁶. Ma, come ho cercato

⁴ Artt. 36 e ss., d.lgs. n. 198/2006; art. 28, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150. In un tempo ormai non recente, al tema del processo antidiscriminatorio e al problema del rapporto fra questo e il diritto sostanziale avevo dedicato un volumetto dal titolo *Diritto e processo nella lotta contro le discriminazioni di genere* (Cedam, 2010). Oggi è da salutare con favore un certo risveglio di interesse per la materia, se è vero che al processo e alle tutele sono state dedicate due delle sei relazioni al XXIII Congresso AIDLaSS, intitolato al *Diritto antidiscriminatorio e trasformazioni tecnologiche*, svoltosi a Messina nei giorni 23, 24 e 25 maggio 2024.

⁵ Sul punto ALBANESE, *Contratto, mercato responsabilità*, Giuffrè, 2008, 105.

⁶ GUARISO, *Sanzioni e rimedi nel diritto antidiscriminatorio: rimozione, risarcimento, dissuasione*, in *RGL*, 2024, 3, 354 ss.

di dimostrare in altro luogo, si tratta di un dato strutturale della disciplina nazionale il cui superamento non può essere rimesso all'inventiva o all'arbitrio dell'interprete, come talora si tende a fare, se non a prezzo di sacrificare l'equilibrio e la razionalità del sistema⁷.

1.1. ... segue. La disciplina della prova in giudizio della discriminazione

La medesima duplice dipendenza dal ramo primario dell'ordinamento cui afferisce, il diritto antidiscriminatorio la espone in relazione alla materia della prova in giudizio. Una regola ripetuta con poche varianti nei diversi plessi normativi che disciplinano la materia consentirebbe la dimostrazione della discriminazione anche mediante una presunzione di grado inferiore rispetto a quella regolata nell'art. 2729 c.c.⁸. Dopo di che, tuttavia: a) la prova può essere data con qualsiasi altro mezzo previsto dai Codici; b) per regola, la dimostrazione della discriminazione è il frutto di un'attività istruttoria complessa che non è esaurita dalla presunzione agevolata prevista dalla legge; alcuni fatti da provare a carico dell'attore, primo fra tutti il titolo dell'obbligazione che si asserisce inadempita per ragioni discriminatorie, possono essere dimostrati solo con il ricorso ai mezzi ordinari; c) le modalità di assunzione e di valutazione della prova, compresa quella presuntiva appositamente ordinata alla dimostrazione delle discriminazioni, sono quelle stabilite dal Codice di rito; d) la ripartizione degli oneri di allegazione e prova e la regola di giudizio che accolla all'onere il rischio dell'incertezza sui fatti costitutivi delle pretese fatte valere in giudizio è quella prevista dall'art. 2697 c.c.⁹.

In secondo luogo, e direi soprattutto, i temi di prova della discriminazione non sono fissi e immutabili, come potrebbe apparire ove la riflessione si svolgesse in modo statico, limitandosi all'esegesi della disciplina speciale al più allargando la ricerca alle connessioni e ai rapporti con quella generale. Variano bensì in relazione al tipo di tutela che il soggetto fattoriale invoca, la quale è a sua volta legata alla capacità di effetti che i divieti di discriminazione hanno in relazione alle vicende del rapporto di lavoro che concorrono a disciplinare: vale a dire a seconda che si faccia valere in giudizio la invalidità di un atto o di un patto eventualmente al fine di ottenere la restituzione di quanto materialmente sottratto oppure si pretenda di essere tenuti indenni dalle conseguenze di un inadempimento.

⁷ MASTINU, *Lo Statuto dei lavoratori, modello (insuperato) di tutela antidiscriminatoria*, in AA.Vv., *Occupazione, persona, solidarietà. Studi in memoria di Mario Napoli*, Giappichelli, 2025, 615 ss. Una versione ampliata nel testo e nelle note è in corso di pubblicazione sulla rivista *Argomenti di Diritto del lavoro*.

⁸ Art. 40, d.lgs. n. 198/2006; art. 28, comma 4, d.lgs. n. 150/2011.

⁹ *Infra*, §§ 4 e ss.

2. Le origini e la collocazione sistematica della disciplina speciale sulla prova della discriminazione.

Si è detto che la prova della discriminazione può essere data con qualunque mezzo. Talora l'operazione è molto agevole, come nel caso in cui la discriminazione sia diretta e dichiarata e prenda dunque il crisma dell'auto evidenza¹⁰. Ma per lo più le prove storiche, dichiarative o documentali, non sono disponibili, sicché la legge ha previsto una speciale agevolazione: all'attore è sufficiente dimostrare la sussistenza di elementi di fatto, evocativi dello scopo o dell'effetto discriminatorio del comportamento, dell'atto o del patto, anche se non qualificati da tutti o da alcuno dei requisiti previsti cumulativamente dall'art. 2729 c.c.

A quel punto si attualizza in capo al convenuto l'onere di provare il fatto contrario oppure la sussistenza di una deroga ai divieti o di una causa di giustificazione, cioè un fatto impeditivo¹¹. E se questo onere di prova non è assolto, allora la discriminazione si deve dare per accertata (art. 28, d.lgs. n. 150/2011; art. 40, d.lgs. n. 198/2006)¹².

La normativa interna è di ascendenza eurounitaria: l'art. 8 della Dir. 2000/43/CE, l'art. 10 della Dir. 2000/78/CE, l'art. 19 della Dir. 54/2006/CE hanno imposto agli Stati membri di adottare discipline dell'onere della prova che ponessero a carico del datore di lavoro l'incombente di dimostrare l'insussistenza della discriminazione ogni qual volta il lavoratore avesse allegato in giudizio *elementi di fatto in base ai quali si possa presumere (oppure fatti idonei a far presumere) che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta*. Ma la sua traduzione nell'ordinamento interno ha avuto un percorso travagliato del quale occorre dare sinteticamente conto.

Per quanto attiene alle discriminazioni di genere, la legge ha sempre richiesto che le presunzioni idonee a dimostrarne l'esistenza fossero *precise e concordanti* e non anche *gravi* (art. 4, comma 5, l. 10 aprile 1991, n. 125 e art. 40, d.lgs. n. 198/2006), come è invece prescritto dall'art 2729, comma 1, c.c.

¹⁰ Nella giurisprudenza nazionale, cfr. la nota Cass. 5 aprile 2016, n. 6575, in materia di licenziamento di una lavoratrice che aveva annunciato di doversi assentare dal lavoro per un certo periodo di tempo per sottoporsi a un ciclo di inseminazione artificiale. Nella giurisprudenza eurounitaria, C. giust., 26 febbraio 2008, causa C-506/06, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner*.

¹¹ Sulla distinzione fra cause di giustificazione e deroghe ai divieti di discriminazione rinvio alla nota 44.

¹² La specialità della disciplina della prova della discriminazione pone il problema preliminare della sua collocazione sistematica nell'area del diritto sostanziale piuttosto che di quello processuale. Il dubbio va sciolto optando per il primo corno dell'alternativa: l'attinenza a uno specifico rapporto sostanziale piuttosto che a una serie aperta di rapporti relativi a interessi di diversa consistenza rende sostanziale anche la disciplina della prova. La ricaduta più rilevante della premessa consiste in ciò che la prova agevolata potrà essere utilizzata dall'attore a prescindere dal rito, ordinario o speciale, con il quale la violazione dei divieti di discriminazione sia fatta valere. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, 2006; BORGHESI, *L'onere della prova nei licenziamenti disciplinari e discriminatori*, in *RGL*, 2016, I, 879; TARQUINI, *L'onere della prova nei giudizi contro le discriminazioni*, in *RGL*, 2024, 2, 342; PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, 2018, 141 ss. In giurisprudenza, Cass. 5 giugno 2013, n. 14206.

Invece, lo stesso alleggerimento del carico probatorio non era stato previsto dalle originarie discipline di contrasto alle discriminazioni per ragioni diverse dall'appartenenza di genere, che pure facevano larga propaganda dell'uso delle presunzioni: l'art. 3, comma 2, l. 1° marzo 2006, n. 67 in materia di tutela contro le discriminazioni a danno delle persone con disabilità, l'art. 4, comma 3, d.lgs. n. 215/2003 (in materia di tutela contro le discriminazioni di razza e origine etnica), l'art. 4, d.lgs. n. 216/2003 (in materia di discriminazioni nell'accesso al lavoro basate sulla religione, le convinzioni personali, l'handicap, l'età, la nazionalità, l'orientamento sessuale), richiedevano che le presunzioni fossero anche *gravi*, oltre che *precise* e *concordanti*. Ed altrettanto faceva l'art. 44, comma 9, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, in materia di tutela giudiziaria contro le discriminazioni per motivi etnici, razziali, nazionali o religiosi, che richiamava espressamente l'art. 2729, comma 1, c.c.

Per ricomporre la frattura con il diritto sovranazionale, dietro sollecitazione della Commissione europea, il Parlamento italiano è dovuto intervenire, cancellando dall'art. 4 del d.lgs. n. 215/2003 il requisito della *gravità* e dall'art. 4 del d.lgs. n. 216/2003 anche quelli della *precisione* e della *concordanza*¹³. Successivamente, il d.lgs. 1° settembre 2011, n. 151 ha accorpato tutte le discipline della prova in giudizio delle discriminazioni correlate a fattori diversi dal genere (art. 28, comma 4), prevedendo che la presunzione dell'esistenza di una discriminazione si possa poggiare sull'allegazione di fatti e su presunzioni non qualificati dai requisiti della *gravità* della *precisione* e della *concordanza*. Oggi, pertanto, ad essere gravate di un maggior onere sarebbero le vittime di una discriminazione di genere rispetto a quelle correlate ad altri fattori¹⁴, con una disarmonia che non appare giustificabile neppure alla luce della clausola di riserva che fa salva la specificità dei *sistemi giudiziari* degli Stati membri¹⁵.

Detto questo, bisogna subito aggiungere che la prassi giudiziaria si è presto incaricata di attenuare le differenze fra le diverse discipline speciali e fra queste e quella generale del Codice civile: la normale disponibilità di una pluralità di elementi indizianti la discriminazione consente al giudice di valutare più di un elemento e di farne quella valutazione complessiva o di sintesi che mantiene, di fatto, la prova presuntiva della discriminazione, in tutte le varianti oggi previste, agganciata al modello dell'art. 2729, comma 1, c.c.¹⁶.

¹³ Art. 8-*sexies*, comma 1, lett. b) e art. 8-*septies*, comma 1, lett. b), d.l. 8 aprile 2008, n. 59.

¹⁴ Cass. 2 febbraio 2023, n. 3361.

¹⁵ Art. 19, par. 1, Dir. 54/2006/CE; art. 8, par. 1, Dir. 2000/43/CE; art. 10, par.1, Dir. 2000/78/CE. Sul punto PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, op. cit., 144 e ss.; GUARISO, MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, in BARBERA, GUARISO (a cura di) *La tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, 2019, 459 ss.

¹⁶ Cass. 26 luglio 2016, n. 15435. Vedi anche le annotazioni di PERUZZI, *Le discriminazioni*, in ANELLI *et alii* (a cura di), *L'onere della prova*, Cedam, 2024, 954 ss.; di TARQUINI, op. cit., 337-338 e di SANTAGATA DE CASTRO, SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina*, (parte II), in *ADL*, 2015, 3, 834-835. D'altro canto, nell'applicazione della disciplina generale del Codice, la giurisprudenza fa non di rado a meno del requisito della concordanza, ritenendo sufficiente anche una sola presunzione. Cass. 26 maggio 2017, n. 13373; Cass. 11 settembre 2007, n. 19088; Cass. 4 marzo 2005, n. 4743; Cass. 24 febbraio 2004, n. 3646; Cass. 22 marzo 2001, n. 4168. In dottrina, DE MICHIEL, *Questioni sull'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, 2019, 154 ss.; NAPPI, *L'inverso rapporto tra polimorfismo*

3. Su alcune questioni esegetiche. In particolare: sul carattere non statistico della c.d. prova statistica

Il legislatore nazionale specifica che il fatto base della presunzione *non grave* (art. 40, d.lgs. n. 198/2006) o *non grave, non precisa e non concordante* (art. 28, d.lgs. n. 150/2011) può avere la consistenza del dato «di carattere statistico» e poi fornisce un'elencazione di situazioni o di vicende alle quali quel dato può afferire. L'elencazione comprende le *assunzioni*, i *regimi retributivi*, l'*assegnazione di mansioni e qualifiche*, i *trasferimenti*, la *progressione in carriera* e i *licenziamenti*. Donde un primo problema esegetico attinente al se la minor forza inferenziale derivante dall'obliterazione di alcuni (art. 40, d.lgs. n. 198/2006) o di tutti (art. 28, comma 4, d.lgs. n. 150/2011) gli attributi prescritti dall'art. 2729, comma 1, c.c. sia vanto esclusivo dei fatti base di carattere statistico oppure anche di quelli di natura diversa.

La risposta al quesito deve essere positiva. La lettera della legge è chiara, anche se la formula utilizzata è assai approssimativa: i fatti base della presunzione di discriminarietà possono *anche* avere la consistenza del dato di carattere numerico/statistico; il che significa che possono anche avere natura e consistenza diverse e che laddove la legge non richiede la *gravità*, la *precisione* e la *concordanza* della presunzione (art. 28, d.lgs. n. 150/2011)¹⁷ la prova della discriminazione potrebbe teoricamente derivare anche da un unico indizio o da un unico fatto base *non statistico*, ad esempio la contestualità di tempo fra la scoperta che il lavoratore o la lavoratrice sono portatori del fattore di discriminazione e il venir in essere dell'atto discriminatorio¹⁸.

Un secondo problema esegetico ha base nella domanda se il riferimento al carattere statistico dei fatti base della presunzione significhi che il procedimento di inferenza dal fatto noto debba essere interamente governato dalle leggi proprie di quel ramo della conoscenza. Qui la risposta deve essere negativa. Se il giudice fosse chiamato ad applicare rigorosamente le leggi della scienza statistica l'operazione logica di deduzione sarebbe governata da criteri addirittura più rigorosi rispetto alla *gravità*, alla *precisione* e alla *concordanza*, che sono stati espunti in tutto o in parte dalla disciplina positiva, in omaggio alle prescrizioni del diritto eurounitario¹⁹. Senza dire che la prova in giudizio dovrebbe sempre darsi mediante l'ausilio di un consulente tecnico, con un aggravio anche economico che mal si

e efficienza nelle tutele processuali antidiscriminatorie, testo provvisorio della relazione al XXI Congresso nazionale AIDLASS (Messina, 23-25 maggio 2024), 24.

¹⁷ La *precisione* è il carattere della presunzione fondata su fatti secondari «determinati nella loro realtà storica», cioè non vaghi; la *concordanza* deriva invece dall'appoggio su più elementi che «debbono convergere nella dimostrazione del fatto ignoto». Cass. 4 febbraio 2019, n. 3196.

¹⁸ Uno spunto in tal senso in Cass. 26 luglio 2016, n. 15435.

¹⁹ Nell'art. 2729, c.c., la *gravità* della presunzione esprime una speciale evidenza o un elevato livello di inferenza probabilistica fra il fatto noto e quello da dimostrare. In giurisprudenza, Cass. 2 febbraio 2023, n. 3361. In dottrina, PERUZZI, *La discriminazione*, op. cit., 962 e DE MICHEL, op. cit., 156 ss.

accorda con l'intento di semplificazione che il legislatore ha voluto e dovuto perseguire. E sul punto torna acconcio rammentare che nessuna delle direttive comunitarie che si sono occupate della prova presuntiva della discriminazione ha prescritto che questa dovesse avere base o natura statistica²⁰.

La formula «dati di carattere statistico» utilizzata dal legislatore italiano non è pertanto espressiva di un rinvio alla scienza statistica e alle sue leggi; non lo sarebbe a ben guardare neppure sul piano testuale; allude più semplicemente a un criterio di misurazione quantitativo del fatto base della presunzione, come anche si evince dall'elencazione degli ambiti e delle vicende ai quali si possono riferire quei dati: tutti misurabili numericamente (assunzioni, promozioni, trasferimenti, licenziamenti, etc.). Dopo di che, la valutazione dell'attendibilità del dato numerico allegato dall'attore così come del procedimento logico che da quel ceppo si diparte sono rimessi al prudente apprezzamento del Giudice, nel contraddittorio fra le parti (art. 116 c.p.c.). E sarà prima di tutto nel gioco fra allegazioni, istanze istruttorie dell'attore e opposizioni, eccezioni del convenuto che la selezione e la misurazione dei dati quantitativi potrà raggiungere un più alto grado di attendibilità²¹. Quando la Cassazione, sulla scia della Corte europea di giustizia e con l'intento di richiamare i giudici di merito a un grado minimo di rigore nella valutazione dei dati quantitativi, afferma che «una prova statistica (...), ancorché non caratterizzata da un rigore scientifico *cui resisti non potest*, non può che essere connotata, ai fini della controllabilità globale dei risultati, da una chiara esplicitazione delle modalità di rilevazione degli stessi, dalla misurazione oggettiva e quantitativa dei fenomeni, da chiare modalità di presentazione delle informazioni»²² e poi soggiunge che il miglior modo di effettuare la comparazione «consiste nel confrontare le proporzioni rispettive dei lavoratori che sono o non sono attinti dalla norma in questione»²³, non pretende di dettare criteri scientifici. Ragiona piuttosto in termini empirici, sebbene di un empirismo che cerca di tener conto delle metodologie accreditate in campo statistico²⁴. Naturalmente, nulla vieta e anzi tutto consiglia che la c.d.

²⁰ Art. 8, par. 1, Dir. 2000/43/CE; art. 10, par. 1, Dir. 2000/78/CE; art. 19, par. 1, Dir. 54/2006/CE.

²¹ *Infra*, §§ 4 e 5. Sin da ora, cfr. C. giust. 3 ottobre 2019, causa C-274/18 *Minoo Schuch-Ghannadan*; C. giust. 8 maggio 2019, causa C-161/18, *Villar Láiz*; Cass. 29 luglio 2021, n. 21801.

²² Cass. 5 giugno 2013, n. 14206.

²³ Cass. 29 luglio 2021, n. 21801; C. giust. 3 ottobre 2019, causa C-274/18 (cons. 48); C. giust. 8 maggio 2019, causa C-161/18 (cons. 39 e 40).

²⁴ Se mal non mi sono apposto davanti al loro pensiero, la conclusione rassegnata nel testo mi pare sia condivisa anche dalle Autrici che più e meglio hanno approfondito il tema della c.d. prova statistica della discriminazione nell'ordinamento nazionale ed europeo. Dopo avere premesso con una perentorietà forse eccessiva che «(...) i parametri di ammissibilità della prova statistica non possono che basarsi sulle leggi tecnico-scientifiche proprie dell'analisi statistica e i parametri di ammissibilità della prova statistica non possono che basarsi sulle leggi tecnico-scientifiche proprie dell'analisi statistica», soggiungono «che nella maggior parte dei casi i dati che vengono utilizzati hanno carattere elementare e sono ben lontani dal richiedere analisi matematiche sofisticate». Le stesse Autrici riconoscono inoltre che la presunzione della discriminazione sarebbe ricavabile anche dai dati numerici grezzi, che l'elaborazione statistica renderebbe solo più evidenti e inequivocabili. BONARDI, MERAVIGLIA, *Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio*, in BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, 2017, 366, 371, 389 e ss. Sul funzionamento della c.d. prova

prova statistica sia data dall'attore nel modo più rigoroso possibile, cioè mediante raccolta e trattamento dei dati quantitativi effettuati con criteri corrispondenti a quelli accolti nella comunità scientifica di riferimento, così sostanzialmente precludendo al convenuto la possibilità di fornire una prova contraria o di falsificare quella dedotta dall'attore, per la contraddizione che non consente che una proposizione vera sia smentita da una proposizione altrettanto vera ma di segno contrario²⁵. La legge deve preoccuparsi di stabilire un livello minimo di attendibilità probatoria, sotto il quale il Giudice non può attestarsi, ma non vieta che questo sia superato. In questo senso la statistica può rendere ottimi servizi pratici alle ragioni della parità. Ma, lo si ribadisce, quel livello minimo non è e non può essere rappresentato dalla certezza o sicurezza statistica²⁶. Come sottolineato in premessa, è al Codice, non alla disciplina speciale, muta sul punto e non autosufficiente, che debbono pur sempre attingersi i criteri di valutazione della prova dei fatti dedotti in giudizio²⁷. Problema logicamente distinto, sebbene praticamente intrecciato a quello della scientificità della c.d. prova statistica, è quello attinente alla significatività dell'impatto differenziato o dello svantaggio, che per essere rilevante deve essere *particolare*. Su questo piano ancor meno si può postulare l'applicazione di qualsivoglia regola scientifica, posto che la soglia oltre la quale un certo squilibrio o svantaggio, dimostrato numericamente, sarebbe significativo di discriminazione è stabilita dalla legge mediante un'aggettivazione del tutto ascientifica²⁸.

statistica vedi anche le annotazioni di IZZI (*Discriminazioni di sesso nel rapporto di lavoro: il nuovo regime processuale*, in *RTDPC*, 1994, 543 ss.; EAD., *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, Jovene, 2005, 145 ss.). Spunti di diritto comparato possono trarsi da CATALANO, *Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione*, in *RDP*, 1996, 514 ss.; da GIUSSANI, *La prova statistica nelle «class actions»*, in *RDP*, 1989, 1052 ss.; SANTAGATA DE CASTRO, SANTUCCI, op. cit., 821.

²⁵ A questa situazione si riferisce l'idea che, in certe situazioni, la prova statistica sarebbe *prova piena* della discriminazione, dove l'aggettivo *piena* vuole significare *non falsificabile* (TARQUINI, *L'onere della prova ...*, op. cit., 341). Diverso dal concetto di prova *piena* è quello di prova statistica *diretta*, cioè non presuntiva, che invece allude alla capacità dei dati numerici non campionari e privi di elaborazione di rappresentare compiutamente e non in via presuntiva la realtà di certi squilibri fattoriali e dunque, alla fine, della discriminazione stessa (BONARDI, MERAVIGLIA, op. cit., 377 ss. spec. 380; TARQUINI, op. cit., 342; spunti anche in GUARISO, MILITELLO, op. cit., 460 ss. e in PERUZZI, op. cit., 170). In giurisprudenza, sembra appoggiarsi solo sul nudo dato statistico, Cass. 2 febbraio 2023, n. 3361, sebbene concerna una discriminazione di genere in relazione alla quale l'art. 40 d.lgs. n. 198/2006 prescrive che la presunzione debba essere anche *concordante*, oltre che *precisa*.

²⁶ L'assunto è condiviso da PERUZZI, *La prova ...*, op. cit., 172; ID., *Le discriminazioni*, op. cit., 962, e da NAPPI, op. cit., 30-31 ma non anche da TARQUINI, op. cit., 340, la quale, a mio avviso senza calcolare adeguatamente le conseguenze della premessa che enuncia, afferma che i dati statistici dovrebbero essere rilevati con metodo scientifico «ai fini della loro ammissibilità in giudizio».

²⁷ *Retro*, § 1.1.

²⁸ La conclusione mi pare condivisa anche da BONARDI, MERAVIGLIA, op. cit., 374 e da PERUZZI, op. cit., 962. Quando la discriminazione indiretta era qualificata dallo svantaggio *proporzionalmente maggiore*, fu proposta l'utilizzazione del criterio empirico dei 4/5, invalso nell'esperienza statunitense in tema di discriminazioni razziali, ma opportunamente temperato dalla ponderazione delle circostanze del caso concreto Nell'ordinamento interno un criterio analogo, e opportunamente meno rigido, ha una indiretta base testuale nell'art. 48, comma 1, d.lgs. n. 198/2006, che indica, quale obiettivo dei piani di azioni positive nella pubblica amministrazione, *il riequilibrio della presenza femminile nelle attività e nelle posizioni gerarchiche ove sussiste un divario fra generi non inferiore a due terzi* e, nella stessa situazione, prevede l'obbligo di motivare la preferenza accordata in sede di assunzione o promozione a una qualifica superiore a un candidato di genere maschile con pari qualificazione e preparazione professionale rispetto a una di genere femminile. Sul punto BARBERA, *Discriminazioni ...*, op. cit., 250; GUAGLIANONE, op. cit., 270.

La terza e ultima questione esegetica attiene all'oggetto delle serie statistiche sulle quali si può fondare la presunzione di sussistenza della discriminazione. La legge, si è detto, lo individua in un certo numero di situazioni o vicende concernenti l'ambito del mercato del lavoro interno o comunque prossimo alla singola impresa o ente: la discriminazione si potrebbe presumere se il datore di lavoro avesse assunto, promosso, trasferito, licenziato, meglio retribuito, un numero proporzionalmente maggiore o minore di soggetti fattoriali rispetto ai non fattoriali comparabili. Ma né il *numero* di situazioni, né l'*ambito* nel quale potrebbero essere rilevate devono intendersi indicati tassativamente.

L'assunto ha una molteplicità di conferme.

Sul piano letterale vale la considerazione che il catalogo di fatti da misurarsi quantitativamente al fine di reggere la presunzione agevolata è introdotto dalla particella aggiuntiva *anche*, segno del carattere non esaustivo dell'elencazione.

Sul piano sostanziale è dirimente il rilievo che le discriminazioni a danno del lavoratore possono essere attuate non solo dal datore di lavoro ma prodursi anche nell'affiliazione ad associazioni professionali, nell'adesione a fondi di previdenza complementare, nell'accesso alle prestazioni sociali di istruzione, sanità, alloggio²⁹, dove non ha alcun senso il riferimento all'assunzione, alla promozione, al trasferimento, al licenziamento, etc.

Si consideri, infine, che solo o prevalentemente nel caso di discriminazione diretta, i dati statistico/quantitativi possono attenersi alle situazioni o vicende elencate dalla legge, ossia, si ripete, il numero di assunzioni, stabilizzazioni, licenziamenti, trasferimenti, sanzioni disciplinari, etc., che possono avere interessato i lavoratori fattoriali e quelli non fattoriali in un certo contesto di tempo e di luogo. Diverso è il discorso nel caso delle discriminazioni indirette, quelle attuate mediante assegnazione di trattamenti sfavorevoli a gruppi non selezionati in base a un fattore protetto ma di fatto composti prevalentemente da soggetti fattoriali. Nel giudizio sulla sussistenza di questo tipo di discriminazione lo squilibrio numerico rileva prima di tutto *a monte* dell'organizzazione di lavoro e riguarda la composizione diseguale del gruppo destinatario del trattamento svantaggioso, correlandosi a elementi (ad esempio, la maggiore propensione all'utilizzo del part time, il possesso di certi titoli di studio o di abilitazione professionale, certi caratteri biologici, etc.) che non attengono al singolo datore di lavoro e alla sua organizzazione. In alcuni casi, lo squilibrio nella composizione del gruppo destinatario del trattamento deterioro esaurisce i temi di prova della discriminazione³⁰ e la sua dimostrazione deve poter essere data attingendo anche a dati quantitativi e, in questo limitato senso, *statistici*, senza che possa avere efficacia preclusiva l'elencazione contenuta nella legge, la quale sul punto sconta evidentemente una visione angusta della fenomenologia e della struttura della discriminazione³¹.

²⁹ Art. 3, comma 1, lett. c), d), e), f), g), h), i), d.lgs. n. 215/2003; art. 3, comma 1, lett. c), d), d-bis), d-ter), d-quarter), d-quinquies), d.lgs. n. 216/2003; art. 27, comma 3, 30 e 30 bis, d.lgs. 198/2006.

³⁰ *Infra*, § 4.

³¹ L'assunto è pacifico in dottrina: GUARRIELLO, *Le azioni in giudizio*, in GAETA, L. ZOPPOLI (a cura di) *Il diritto diseguale. La*

4. I profili applicativi. I temi di prova dell'attore

I temi di prova a carico delle parti sono quelli correlati alla struttura della fattispecie sostanziale, assemblata dal legislatore interno secondo una sequenza di fatti costitutivi, da dimostrare a carico dell'attore, e di fatti impeditivi, *sub specie* di cause di giustificazione, da dimostrare a carico del convenuto. La tesi secondo la quale la disciplina speciale avrebbe stabilito una presunzione legale relativa e quindi invertito l'onere della prova a danno dell'autore della discriminazione non ha mai avuto un'adeguata base positiva ed è stata a ragione rigettata dalla nostra giurisprudenza³²: la previsione che la differenziazione vietata possa essere dimostrata mediante presunzioni non *gravi* o non altrimenti qualificate non predetermina un collegamento fra la discriminazione e uno specifico fatto secondario, pur suscettibile di prova contraria, come sarebbe nella logica delle presunzioni legali relative; il fatto ignoto che concorre a costituire la discriminazione deve pur sempre essere inferito dal giudice a partire da uno o più fatti base, sebbene senza la guida di alcuni o di tutti criteri previsti dall'art. 2729, comma 1, c.p.c.. Che poi si voglia etichettare questa facilitazione istruttoria come inversione parziale dell'onere della prova è in fondo una questione nominalistica che non sposta i termini fondamentali del giudizio sulla sussistenza della discriminazione³³.

legge sulle azioni positive, Giappichelli, 1992, 193; PULEO, *Discriminazioni di sesso nel mercato del lavoro. Novità ed aporie di un modello processuale*, in *RTDPC*, 1996, 135; GUARISO, MILITELLO, op. cit., 464. Il dato è pacificamente riconosciuto anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia. In una nota pronuncia dei giudici lussemburghesi si legge che, ai fini del giudizio sulla sussistenza della discriminazione indiretta, *i dati statistici possono essere presi in considerazione se riguardano una popolazione sufficiente, se non riflettano fenomeni puramente fortuiti o congiunturali e se, in generale, appaiano significativi*. Dove si vede bene che l'indagine statistica è relativa non solo all'effetto svantaggioso conseguente all'atto al patto o al comportamento che si assume discriminatorio, cui alludono le situazioni elencate dall'art. 40, d.lgs. n. 198/2006, bensì anche alla squilibrata composizione di genere del gruppo destinatario del trattamento differenziato. Cfr. C. giust., 27 ottobre 1993, causa C-127/1992, *Enderby vs. Healt authority*, punto 17 della motivazione.

³² Nella giurisprudenza nazionale prevale l'idea che l'art. 40, d.lgs. n. 198/2006 non disponga un'inversione dell'onere della prova ma una semplice attenuazione di quello naturalmente gravante sul lavoratore. Si vedano in merito Cass. 29 luglio 2021, n. 21801; Cass. 15 luglio 2021, n. 20253; Cass. 26 febbraio 2021, n. 5476; Cass. 15 giugno 2020, n. 11530; Cass. 4 febbraio 2019, n. 3196; Cass. 12 ottobre 2018, n. 25543; Cass. 3 febbraio 2016, 2113; Cass. 5 giugno 2013, n. 14206. In parziale difformità da questo orientamento Cass. 2 gennaio 2020, n. 1; Cass., 9 gennaio 2025, n. 460, le quali, sulla premessa che la presunzione di grado minore non metterebbe mai capo alla compiuta dimostrazione di tutti gli elementi della discriminazione, affermano che il rischio della perdurante situazione di incertezza graverebbe sul datore di lavoro. Nella qual proposizione è qui evidente l'omaggio alla tesi sostenuta da PERUZZI, *La prova ...*, op.cit., 148 ss.

³³ Chi desiderasse condurre approfondimenti sul punto può utilmente consultare i contributi di SASSANI, *Le pari opportunità: onere della prova e sanzioni*, in *DLRI*, 1992, 124 ss.; ID., *L'onere della prova*, in BARBERA (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità – Commentario sistematico*, in *NLCC*, 2003, 735; VALLEBONA, *Le pari opportunità: onere della prova e sanzioni*, in *DLRI*, 1992, 136 ss.; R. PESSI, *Lavoro e discriminazione femminile*, in *DLRI*, 1994, 463 ss.; BALLESTRERO, *La prova della discriminazione indiretta: ancora un passo avanti della Corte di Giustizia*, in *RIDL*, 1990, 781 ss.; DE CRISTOFARO, *Il riparto dell'onere della prova in caso di discriminazione sessuale di una lavoratrice*, in *RGL*, 1990, 527 ss.; GUARRIELLO, *Le azioni ...*, op. cit., 190 ss.; DE ANGELIS, *Profili della tutela processuale contro le discriminazioni tra lavoratore e lavoratrici*, in *RIDL*, 1992, 462 ss.; RAPISARDA SASSOON, *La tutela dei soggetti discriminati. Azione individuale, azione pubblica, tentativo di conciliazione*, in *NLCC*, I, 1994, 79; PULEO, op. cit., 100 ss.; HOESCH, *Ancora sull'onere della prova nella legge 125/1991*, in *D&L*, 1998, 449 ss.; IZZI, *Discriminazioni ...*, op. cit., 520 e ss.; EAD., *Eguaglianza ...*, op. cit., 131 ss.; CICHITTI, *Profili processuali della tutela della parità tra uomini e donne in materia di lavoro*, in *RDP*, 1996, 1200 ss.; CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario*

Ciò detto, il soggetto fattoriale dovrebbe allegare e dimostrare, nell'ordine: a) un comportamento, l'esistenza di una prassi, il compimento di un atto o la conclusione di un accordo che sottrae o nega lui anche solo potenzialmente un determinato beneficio o lo mette in una condizione di particolare svantaggio oppure di disagio se denuncia un atto di molestia; b) la correlazione di quella sottrazione con un fattore di differenziazione che la legge vieta di considerare (gravidanza, matrimonio, età, condizione di salute, nazionalità, origine etnica, orientamento sessuale, etc.); nella discriminazione indiretta questa correlazione ha base nell'attinenza strutturale del criterio selettivo apparentemente neutro al fattore di discriminazione rilevante nella concreta vicenda di causa, che è elemento al quale occorrerà dedicare una riflessione separata³⁴; c) l'essere portatore di quel fattore di differenziazione o, pur non essendolo, di essere stato considerato a tale stregua dal soggetto agente.

Quando si faccia valere una discriminazione indiretta, cioè l'assegnazione di un trattamento differenziato in ragione dell'appartenenza a un gruppo selezionato mediante un criterio apparentemente neutro, ai sopraddetti elementi si deve aggiungere: d) la composizione numericamente squilibrata del gruppo destinatario del predetto trattamento e/o il conseguente effetto proporzionalmente o particolarmente svantaggioso per l'appartenente al sottogruppo dei soggetti fattoriali.

Come è agevole constatare solo gli elementi indicati sub b) e d) si prestano a essere dimostrati mediante la presunzione fondata su dati numerici. Gli altri richiedono la deduzione e l'assunzione di comuni prove storiche. Dal che la conclusione preliminare che non è appropriato discorrere *della* prova presuntiva della discriminazione, come talora si fa e come in modo un po' approssimativo suggerisce la nostra legge. E non lo è perché la discriminazione stessa non un fatto ma una formula riassuntiva di un insieme di fatti, non tutti o non sempre dimostrabili con il solo ausilio della c.d. prova statistica agevolata³⁵.

Sarà possibile osservare meglio questo carattere strutturale in sede di trattazione delle diverse tipologie di azioni in seno alle quali può essere dedotto un fatto di discriminazione³⁶. Nella concreta dinamica del processo può accadere che la prova numerica dei fatti costitutivi della discriminazione dia esiti contraddittori o divergenti; che cioè un fatto sia evocativo della esistenza di una discriminazione e un altro, parimenti costitutivo, la escluda.

e nazionale, Giuffrè, 2007, 552 ss.; BALENA, *Gli aspetti processuali della tutela contro le discriminazioni per ragioni di sesso*, in *DLRI*, 1995, 423 ss.; M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, 2005, 91 ss.; BARALDI, *L'onere della prova nei casi di discriminazione: elementi per una concettualizzazione nella prospettiva del diritto privato*, in CALAFÀ, GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, EDIESSE, 2009, 263 ss.; BOLLANI, *Tutele e tecniche normative nel diritto antidiscriminatorio a cinquant'anni dallo Statuto*, in RUSCIANO, GAETA, ZOPPOLI, *Mezzo secolo di statuto dei lavoratori*, ES, 2020, 245 ss.; SANTAGATA DE CASTRO, SANTUCCI, op. cit. (parte II), 834 ss.; DE MICHEL, op. cit., 158 ss. La più recente e completa rivisitazione del tema è quella di PERUZZI *La prova ...*, op. cit., 148 ss.

³⁴ *Infra* § 6.

³⁵ Il dato è ben colto da BARALDI, op. cit., 272-273. Si esprime in questo fraintendimento un'asimmetria fra il piano della nozione di discriminazione, molto sviluppato e molto studiato, e quello della prova, che invece ha sofferto e soffre di un certo ritardo di attenzione tanto da parte del legislatore che da parte degli studiosi.

³⁶ *Infra*, §§ 6 e 8.

Questa situazione può verificarsi quando la discriminazione indiretta sia l'effetto dell'offerta di un bene rivolta a una platea indeterminata di soggetti. La legge prevede che il particolare svantaggio, nel che si rivela questa specie di discriminazione, possa essere anche solo *potenziale* e verificarsi anche quando non siano ancora individuati i soggetti lesi, per modo che, ad esempio, la clausola di un bando di concorso, che escludesse un numero proporzionalmente maggiore di lavoratori fattoriali dalla partecipazione alle prove selettive o li pregiudicasse nell'assegnazione del punteggio, sarebbe discriminatoria anche prima che fossero proposte le domande di ammissione al concorso, espletate le prove selettive e formata la graduatoria finale. In questo caso, quando cioè non vi fosse o non vi fosse ancora un pregiudizio finale a carico di uno o più soggetti determinati, la valutazione sulla sussistenza della discriminazione si dovrebbe poter reggere solo sulla diversa composizione del gruppo destinatario del trattamento deteriore (oltre che sulla dimostrazione dell'attinenza del criterio selettivo al fattore discriminatorio considerato)³⁷. Deve potersi reggere su queste basi, sia per assicurare l'anticipazione della tutela voluta dalla legge quando dispone che lo svantaggio possa essere solo potenziale e/o non siano ancora individuati i soggetti lesi, sia perché la misurazione dell'impatto differenziato effettuata comparando il numero di aspiranti a coprire i posti di lavoro offerti e il numero dei vincitori o degli assunti trascurerebbe di considerare quanti hanno rinunciato a proporre la loro candidatura perché scoraggiati dalla richiesta del possesso del requisito indirettamente discriminatorio³⁸. *Quid*, tuttavia, se, espletate le prove selettive, alcuni lavoratori del gruppo dei fattoriali potenzialmente svantaggiati non lo fossero stati in atto e si fossero invece aggiudicati tutti i posti disponibili? La Consigliera di parità o il/la candidato/a escluso/a che avesse in ipotesi impugnato il bando di concorso contenente la clausola discriminatoria potrebbero ottenere l'annullamento degli atti della procedura, compresa la graduatoria finale nella quale i classificati ai primi posti fossero soggetti fattoriali?

³⁷ Per richiamare due casi oggetto di altrettante pronunce di giudici nazionali, la dimostrazione che la limitazione nell'accesso al lavoro a danno dei *part timers* (TAR Sardegna, n.2181/2007) e o di coloro i quali non siano in possesso di un determinato titolo di abilitazione alla guida (TAR Sardegna n.2025/2008) svantaggia un numero proporzionalmente maggiore di appartenenti al genere femminile non potrebbe darsi con riferimento alle politiche di assunzione della singola impresa o amministrazione (che, in ipotesi, potrebbe non avere ancora mai proceduto ad effettuare alcuna assunzione); deve bensì essere integrata dalla dimostrazione dell'esistenza di dati quantitativi (esplicativi della maggiore propensione all'utilizzo del *part time* da parte delle donne o della minor propensione a conseguire quel dato titolo abilitativo alla guida), che attengono alla situazione del mercato del lavoro nazionale o anche ad ambiti estranei alla condizione lavorativa degli appartenenti al genere svantaggiato. La sentenza del TAR Sardegna 29 novembre 2007, n. 2181, si può leggere in *LPA*, 2007, 1129, la sentenza del 25 novembre 2008, n. 2025, si può leggere in *LPA*, 2008, 827 ss.

³⁸ Osserva esattamente PERUZZI (*La prova ...*, op. cit., 171) che la prova della discriminazione si reggerebbe sulla premessa che l'impatto differenziato rilevato numericamente a livello extra aziendale «si distribuisca nello stesso modo anche nel contesto del caso di specie (cioè quello aziendale)». In merito all'effetto scoraggiamento derivante dall'adozione di un criterio escludente, cfr. Cass. 11 novembre 2020, n. 28646; Cons. Stato, 10 maggio 2010, n. 2754; C. giust., 25 aprile 2013, *Associatia Accept*, causa C-81/12; C. giust., 10 luglio 2008, causa C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racisme bestrijding vs. Firma Feryn NV*, che si può leggere in *RGL*, 2008, 788 ss., con i commenti di STRAZZARI, *Corte di Giustizia e discriminazione razziale: ampliata la tutela della discriminazione diretta* e di IZZI, *Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*. Vedi anche SANTAGATA DE CASTRO, SANTUCCI, op. cit. (parte D), 540 ss.

Si osserverà, la singolare inversione di ruoli e il conseguente rimescolamento dei temi di prova a carico delle parti: alcuni lavoratori fattoriali, precisamente quelli non in possesso del requisito apparentemente neutro e come tali esclusi dalla selezione, sarebbero interessati a dare la prova della squilibrata composizione del gruppo degli esclusi, che sarebbe un elemento costitutivo della discriminazione indiretta *potenziale*; altri, parimenti fattoriali ma in possesso del requisito apparentemente neutro, a dare la prova o ad argomentare che non vi è stato alcun effetto proporzionalmente o particolarmente svantaggioso, che è un fatto contrario rispetto alla discriminazione indiretta *attuale*. Ma, nel conflitto, la discriminazione può dirsi integrata oppure no?

La risposta al quesito, per quanto iniqua possa apparire nelle sue conseguenze, deve essere in senso positivo. Il soggetto fattoriale escluso dal concorso o danneggiato nel medesimo in quanto privo del requisito apparentemente neutro deve poter essere messo in condizione di concorrere in posizione di parità con tutti gli altri candidati, a prescindere dal casuale risultato che possa avere dato la selezione. E la stessa posizione di interesse è propria dell'ente o del soggetto esponenziale del gruppo dei soggetti fattoriali, il quale agirebbe anche nell'interesse di coloro i quali alla selezione non abbiano nemmeno chiesto di partecipare perché scoraggiati dalla previsione del requisito discriminatorio.

5. I temi di prova del convenuto

L'attività probatoria del convenuto si svolge ordinariamente sui due piani della prova contraria (o meglio della prova del fatto contrario rispetto a quello costitutivo affermato dall'attore) e del fatto impeditivo, cioè della dimostrazione dell'esistenza di una di una causa di giustificazione.

5.1. La prova contraria

La prova contraria ha per oggetto gli stessi fatti costitutivi allegati dall'attore ma con segno invertito. Il convenuto potrà allegare e dimostrare che non è stato posto in essere nessun atto o patto che svantaggi uno o più soggetti fattoriali; oppure che non sussiste l'effetto svantaggioso allegato dall'attore o, pur sussistendo, che detto effetto è meno che *particolare*; oppure, nel caso di discriminazione indiretta, che il criterio di selezione è *realmente* e non *apparentemente* neutro perché seleziona in misura paritaria soggetti fattoriali e non o perché non attiene o non è collegato a nessuno degli elementi che caratterizzano l'identità dei portatori del fattore di discriminazione protetto³⁹.

Per le stesse ragioni già esposte scorrendo della prova a carico dell'attore, al convenuto potrebbe non essere sufficiente dimostrare che il criterio apparentemente neutro

³⁹ Su quest'ultimo aspetto, si vedano le considerazioni svolte *infra*, § 6.

non avrebbe prodotto, in pratica, effetti discriminatori: la sola previsione che un certo trattamento sarà assegnato o accordato secondo un criterio indirettamente discriminatorio varrebbe a integrare la discriminazione indiretta anche prima e a prescindere dall'effettivo risultato selettivo di quel criterio⁴⁰.

Sul terreno della prova contraria, l'attività difensiva del convenuto è essenziale per il corretto funzionamento della c.d. prova statistica a carico dell'attore.

Si è detto che la presunzione di grado inferiore prevista dalla legge speciale non può dirsi governata dalle leggi e dai procedimenti della statistica. I «dati statistici» cui fanno riferimento l'art. 40, d.lgs. n.198/2006 e l'art. 28, d.lgs. n.150/2011 altro non sono se non dati numerici capaci di suggerire al prudente apprezzamento del Giudice la sussistenza di un effetto svantaggioso correlato direttamente o indirettamente all'essere la vittima portatrice di uno dei fattori previsti dalla legge (art. 116 c.p.c.)⁴¹. Se il convenuto ritiene che i numeri esposti dall'attore siano errati oppure siano stati rilevati in modo errato, ad es. quanto al campione o all'intervallo temporali presi in considerazione, dovrebbe allegarlo e argomentarlo in giudizio al fine di contestare che l'attore abbia assolto al suo onere di prova. Quando ciò accadesse, il grado di verosimiglianza del dato numerico allegato dall'attore dovrebbe essere assoggettato a un controllo più severo da parte del Giudice, fino a richiedere l'eventuale intervento di un ausiliare esperto nella persona del consulente tecnico d'ufficio⁴². Se il convenuto non svolge questa indispensabile attività o se non vi riesce, il giudice potrebbe dare per assolto l'onere della prova a carico dell'attore che abbia allegato dati numerici suggestivi del suo assunto e passare a valutare la sussistenza degli altri fatti contrari o di quelli impeditivi eventualmente allegati dallo stesso convenuto⁴³.

⁴⁰ *Retro*, § 4.

⁴¹ *Retro*, § 3.

⁴² Ad es.: nella vicenda decisa da Cass. 15 giugno 2020, n. 11530, un lavoratore fattoriale aveva dimostrato che tutti i lavoratori assunti a termine in un certo giorno erano stati stabilizzati mentre lui no. Il giudice avrebbe potuto dare per sufficientemente provata la discriminazione. Ma avrebbe potuto persuadersi del contrario ove il datore di lavoro avesse allegato e dimostrato che in precedenza avevano beneficiato della stabilizzazione un numero proporzionalmente maggiore di lavoratori fattoriali, cosicché il valore medio ottenuto non sarebbe stato sufficientemente evocativo della situazione di particolare svantaggio allegata dall'attore. In un'altra vicenda era accaduto che un'amministrazione pubblica avesse bandito una procedura per un avanzamento retributivo valevole per tutti i suoi enti dislocati sul territorio nazionale, prevedendo l'attribuzione di un minor punteggio a danno dei lavoratori a part time. Nei diversi gradi di giudizio, la comparazione fra lavoratori fattoriali e non e fra aggiudicatari e non aveva dato esiti diversi a seconda che il Giudice, dietro sollecitazione delle parti, la avesse effettuata a livello di singolo ente oppure considerando l'universo dei partecipanti alla selezione (Cass. 29 luglio 2021, n. 21801).

⁴³ Cass. 3 febbraio 2016, n. 2113 e Cass. 5 giugno 2013, n. 14206 si sono espresse nel senso che i dati numerici su cui si fonda la prova statistica debbono essere specifici e soprattutto, pacifici; che se fossero contestati dal datore di lavoro non sarebbero sufficienti a reggere la presunzione di discriminazione.

La centralità della condotta processuale del datore di lavoro convenuto nella formazione della prova statistica a carico del lavoratore attore risulta bene da quella proposizione della Corte europea di giustizia, la quale ricava una presunzione di discriminatorietà dal comportamento del datore di lavoro, il quale, essendone in possesso, non ostenda i dati attinenti al numero di soggetti attinti dal trattamento differenziato. C. giust. 3 ottobre 2019, causa C-274/18, (cons. 55 e 57).

5.2. La prova del fatto impeditivo

Quando il convenuto non voglia limitare la sua attività difensiva a confutare il contenuto, il fondamento o la rilevanza delle allegazioni attoree dovrà a sua volta allegare e provare che il trattamento o l'effetto differenziato ai danni dei soggetti fattoriali è spiegabile a stregua di una causa di giustificazione o di una delle deroghe tipiche previste dalla legge, cioè che ricorre uno dei fatti previsti come ostativi al configurarsi della discriminazione indiretta o che escludono la violazione del divieto di discriminazione diretta⁴⁴.

Bisogna premettere al prosieguo della trattazione che il legislatore nazionale, con deprecabile disordine, ha costruito la disciplina delle cause di giustificazione in modo non uniforme.

In relazione alla generalità dei fattori di discriminazione considerati dalla legge (esclusa solo la cittadinanza) si è previsto che l'adozione di un criterio differenziale non costituisca discriminazione quando sia finalizzato al perseguimento di un *obiettivo legittimo* purché il mezzo utilizzato sia *appropriato e necessario*⁴⁵. A questa clausola di esclusione della discriminazione si addice l'aggettivazione di *generale*.

La formula usata dal legislatore è ampia e indeterminata. Per intendere quali possano essere i temi di prova a carico del convenuto bisogna preliminarmente sforzarsi di ridurne il tasso di genericità determinando l'*obiettivo legittimo* al cui perseguimento deve rapportarsi il giudizio di *appropriatezza* e di *necessarietà* del criterio di selezione dei destinatari dell'atto, patto o comportamento produttivo di effetti differenziati. La giurisprudenza della Corte europea di giustizia lo identifica con le *esigenze obiettive dell'impresa concretamente valutate*, che è formula esatta ma ancora troppo generica⁴⁶. A voler essere rigorosi

⁴⁴ Per quanto attiene alle discriminazioni di genere, la disciplina delle cause di giustificazione si atteggia in modo differente nelle due forme di discriminazione descritte dalla legge. In quella *indiretta* è collocata all'*interno* della nozione e ha, per questa via, un rilievo generale: la discriminazione *indiretta* è sempre esclusa quando le disposizioni, gli atti, i patti, i comportamenti, le prassi, i criteri, apparentemente neutri, ma che mettono o possono mettere in una posizione di particolare svantaggio gli appartenenti a un genere, riguardano *requisiti essenziali* allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'*obiettivo sia legittimo* e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano *appropriati e necessari* (art. 25, comma 2, d.lgs. n. 198/2006). Invece, la *nozione* di discriminazione *diretta* non incorpora la previsione di cause di giustificazione; la legge si perita di prevedere singole *deroghe* in sede di formulazione di alcuni divieti di discriminazione *diretta* (art. 27, d.lgs. n. 198/2006), ponendo un limite, che è esterno rispetto alla nozione, sebbene interno rispetto all'operare del divieto. Dopo di che, è discusso se l'insieme delle deroghe singolarmente normate al divieto di discriminazione *diretta* possa valere a enucleare o sia espressiva di una regola implicita di generale giustificabilità anche di questa specie di discriminazione. La ormai matura elaborazione in materia tende a escluderlo mantenendo rigidamente circoscritta l'area della scusabilità della discriminazione diretta (di genere). Detto questo, la giustificabilità della discriminazione diretta già sul piano della nozione piuttosto che dei singoli divieti è questione di diritto positivo, come è dimostrato dal fatto che, nel settore contenimine delle discriminazioni di genere nell'accesso ai beni e servizi (art. 55-*bis*, comma 7, d.lgs. n. 198/2006) e poi anche in quello delle discriminazioni per fattori diversi dal genere disciplinate dai decreti legislativi nn. 215/2003 (art. 3, commi 3 e 4) e 216/2003 (art. 3, commi 3 e 6), il legislatore ha previsto una causa di giustificazione generale, valevole tanto per le discriminazioni dirette che per quelle indirette, che sono entrambe escluse quando il trattamento differenziato è funzionale al perseguimento di *finalità legittime* attraverso *mezzi appropriati e necessari*.

⁴⁵ Art. 25, comma 2, d.lgs. n. 198/2006; art. 3, comma 4, d.lgs. n. 215/2003; art. 3, commi 4-*ter* e 6, d.lgs. n. 216/2003. Solo in relazione alle discriminazioni per ragioni di cittadinanza l'unica clausola di esclusione prevista consiste nell'attinenza del criterio selettivo «a requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa» [art. 43, comma 2, lett. e), d.lgs. n.286/1998].

⁴⁶ A proposito delle discriminazioni di genere, i giudici di Lussemburgo sogliono richiedere che la disparità di trattamento

quanto è richiesto dalla struttura della causa di giustificazione, *l'obiettivo legittimo* dovrebbe identificarsi con l'esigenza di consentire il funzionamento dell'organizzazione di lavoro concretamente data, secondo canoni oggettivi di razionalità organizzativa⁴⁷. Non dunque con esigenze di mercato legate al minor gradimento della clientela verso il lavoratore fattoriale⁴⁸. E neppure con l'interesse al maggior profitto, che sarebbe comunque recessivo rispetto al valore della parità, cosicché le esigenze obiettive dell'impresa (che giustificano) non coincidono con la convenienza economica dell'imprenditore, con l'economicità dell'impresa o con obiettivi di mercato (che non giustificano)⁴⁹. E si coglie in questo carattere della causa di giustificazione la differenza di peso specifico della tutela antidiscriminatoria rispetto quella accordata mediante la generica imposizione di una giustificazione necessaria per l'esercizio di alcuni poteri datoriali⁵⁰.

Talora in aggiunta, tal altra in alternativa all'elemento della legittimità dell'obiettivo perseguito dal datore di lavoro, la legge richiede che il criterio di selezione discriminatorio attenga a un *requisito essenziale* (e determinante) *ai fini dell'esecuzione della prestazione*

sia giustificata da «ragioni obiettive dell'impresa estranee a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso e conformi al principio di proporzionalità», da valutare a cura del giudice nazionale, (C. giust., 13 luglio 1989, causa C-171/1988, *Rinner Kubn vs. FWW Spezial-Gebaudereinigung GmbH & Co. KG*; C. giust., 21 ottobre 1999, causa C-333/1997, *Lewen vs. Denda*; C. giust., 26 giugno 2001, causa C-381/1999, *Susanna Brunnhöfer vs. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*; C. giust., 7 febbraio 1991, n. 184, causa C-184/1989, *Nimiz vs. Freie und Hansenstadt Hamburg*).

⁴⁷ L'assunto è condiviso da PILEGGI, *Tutela lavoristica versus tutela antidiscriminatoria*, relazione al XXI Congresso nazionale AIDLASS (Messina, 23-25 maggio 2024), 50 ss.

⁴⁸ C. giust., 10 luglio 2008, causa C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racisme bestrijding vs. Firma Feryn NV*; C. giust., 14 marzo 2017, causa C-188/15, *Asma Boungaoui* (cons 40 e 41), che si può leggere anche in RIDL 2017, 418, con nota di Nuzzo, *La Corte di Giustizia e il velo islamico*.

⁴⁹ L'elaborazione intorno a questo aspetto è largamente tributaria dell'apporto della giurisprudenza eurounitaria. C. giust., 13 maggio 1986, causa C-170/1984, *Bilka-Kaufhaus GmbH vs. Weber von Hartz*; C. giust., 27 ottobre 1993, causa C-127/1992, *Enderby vs. Heat authority*; C. giust., 21 ottobre 1999, causa C-333/1997, *Lewen vs. Denda*; C. giust., 17 ottobre 1989, causa C-109/1988, *Danfoss*, punti 32 ss. della motivazione; C. giust., 28 settembre 1994, causa C-408/1992, *Constance Christina Ellen Smith vs. Autel Systems Ltd*; C. giust., 17 giugno 1998, causa C-243/1995, *Kathlenn Hill and Ann Stapleton vs. The revenue Commissioners Department of Finances*. In un'occasione, la Corte europea ha ritenuto giustificate le disparità di trattamento conseguenti all'adozione di criteri che svantaggiavano i lavoratori a tempo parziale quando ciò fosse stato necessario a incentivare il lavoro a tempo pieno (C. giust., 31 marzo 1981, causa C-96/1980, *Jenkins vs. Kingsgate*, punto 12 della motivazione). Si consideri, infine, che la Corte europea nega efficacia scusante alle esigenze di salvaguardare gli equilibri di bilancio anche quando vengano in gioco misure adottate dagli Stati, richiedendo il perseguimento di legittimi obiettivi di politica sociale (C. giust. 20 marzo 2003, causa C-187/00 *Kutz-Bauer*). In dottrina, approfondimenti sul punto, specialmente in Izzi, *Eguaglianza* ..., op. cit., 157; BALENA, op. cit., 423 e ss.; CICHITTI, op. cit., 186.

⁵⁰ Quello sulla sussistenza della causa di giustificazione, non importa se diretta o indiretta, è un giudizio nel quale, sotto l'egida della legge ordinaria, si compone il conflitto fra i due beni dell'eguaglianza, che ha come referenti gli artt. 3, 37 e 51 Cost., e dell'efficienza delle organizzazioni di lavoro, che ha come referenti gli artt. 41 e 97 Cost. Donde l'uso di una formula elastica nella descrizione normativa della causa di giustificazione, che è il modo della legislazione costituzionale, funzionale al giudizio di bilanciamento, secondo il criterio della massimizzazione dei beni protetti oppure secondo quello alternativo della minimizzazione del sacrificio dei beni in conflitto. Ma sebbene il valore dell'efficienza e quello dell'eguaglianza siano protetti da disposizioni di pari rango, non sono essi stessi di pari rango. Ciò che costituisce un contenuto minimo irrinunciabile della nostra Carta fondamentale è il principio di eguaglianza e non anche il bene dell'efficienza degli apparati produttivi e di quelli amministrativi. Se, dunque, è lecito sacrificare l'efficienza in nome dell'eguaglianza non è altrettanto vero il contrario, cosicché, in caso di conflitto, le ragioni dell'eguaglianza debbono tendenzialmente prevalere su quelle dell'efficienza, per modo che si può sacrificare l'efficienza in nome dell'eguaglianza più di quanto si può sacrificare l'eguaglianza in nome dell'efficienza.

*di lavoro*⁵¹. Onde il convenuto è onerato della dimostrazione che, senza il requisito o l'elemento che seleziona indirettamente i lavoratori in base a un criterio apparentemente neutro (la statura, la forza fisica, un certo grado di istruzione e di formazione, una certa anzianità di servizio, la disponibilità a lavorare secondo certe modalità orarie, etc.), causando loro la somministrazione di un trattamento deteriore, non sarebbe possibile adempiere alla prestazione dedotta in contratto⁵².

Sebbene sia talora inserita nella definizione generale della causa di giustificazione della discriminazione (è il caso delle discriminazioni di genere), si tratta di una clausola di esclusione che si attaglia solo a quelle situazioni particolari nelle quali il trattamento differenziato concerne la determinazione di uno degli elementi dell'oggetto del contratto di lavoro, dunque alle discriminazioni attuate in fase di costituzione, modificazione o estinzione di uno o più rapporti di lavoro. Solo in questi casi ha senso il riferimento alla prestazione di lavoro e alla sua esecuzione. Negli altri, ad esempio nell'affiliazione ad associazioni sindacali o nell'adesione a fondi di previdenza complementare, evidentemente no e la clausola di esclusione non potrà che essere quella generale, che fa perno sulla legittimità dell'obiettivo organizzativo perseguito⁵³. Questo più limitato ambito applicativo fa meritare a questa clausola di esclusione della discriminazione l'aggettivazione di *particolare*.

La formula linguistica utilizzata dalla legge lascia intendere che il *requisito essenziale* attinga non alla prestazione di lavoro oggettivamente considerata (art. 1346 c.c.), ma alla capacità del lavoratore fattoriale candidato a eseguirla.

A determinare l'oggetto e dunque il contenuto della prova viene in aiuto il legislatore che ha tipizzato specifiche ipotesi di *essenzialità* del criterio selettivo in discorso. Il datore di lavoro potrà andare esente da responsabilità per discriminazione ai danni delle donne se dimostra che determinate occupazioni comporterebbero lo svolgimento di mansioni *particolarmente pesanti* individuate come tali dalla contrattazione collettiva⁵⁴ o richiederebbero l'assegnazione di mansioni e qualifiche speciali per le quali un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri avesse stabilito un limite di altezza⁵⁵. Oppure che l'appartenenza di genere è richiesta dal ruolo che un lavoratore o una lavoratrice devono impersonare

⁵¹ Nella disciplina delle discriminazioni di genere, i fatti che possono giustificare la differenza di trattamento sono l'attinenza del criterio selettivo a un requisito essenziale allo svolgimento dell'attività lavorativa e poi la legittimità dell'obiettivo perseguito dal datore di lavoro. Invece, nella disciplina delle discriminazioni per ragioni diverse dal genere la discriminazione è esclusa se l'elemento che differenzia il trattamento attiene a «caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima» (art. 3, comma 3, d.lgs. n. 215/2003; art. 3, commi 3 e 5, d.lgs. n. 2016/2003), oppure se sia giustificato oggettivamente «da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari» (art. 3, comma 4, d.lgs. n. 2015/2003; art. 3, commi 4-ter e 6, d.lgs. n. 216/2003).

⁵² Art. 25, comma 2, d.lgs. n. 198/2006; art. 3, comma 3, d.lgs. n. 215/2003; art. 3, commi 3 e 5, d.lgs. n. 216/2003; art. 43, commi 2, lett. e), d.lgs. n. 286/1998.

⁵³ Questa duplicità di piano dell'operatività della causa di giustificazione è ben colta anche da PERUZZI, *La prova ...*, op. cit., 188.

⁵⁴ Art. 27, comma 4, d.lgs. n. 198/2006.

⁵⁵ Art. 31, comma 2, d.lgs. n. 198/2006.

in attività dell'arte, della moda o dello spettacolo⁵⁶. Oppure il carattere confessionale di determinate mansioni, se la prestazione di lavoro del soggetto fattoriale è destinata a svolgersi dentro un'organizzazione di tendenza⁵⁷. Oppure l'aver riportato condanna in via definitiva per reati che concernono la libertà sessuale dei minori e la pornografia minore se il lavoratore deve essere adibito allo svolgimento di attività lavorativa che riguardi la cura, l'assistenza, l'istruzione e l'educazione di soggetti minorenni⁵⁸. Oppure il fatto che gli elementi di calcolo attuariale, sulla base dei quali sono stati determinati differenti livelli di prestazioni di previdenza complementare, sono diversi per uomini e donne⁵⁹.

L'elencazione non ha carattere tassativo, cosicché il datore di lavoro può essere ammesso provare che altri caratteri sono incompatibili con la mancanza o con il possesso di un requisito che seleziona indirettamente soggetti fattoriali. Ad esempio: in un caso è stato ritenuto requisito essenziale al fine dello svolgimento della prestazione di lavoro il possesso di una certa abilitazione alla guida, che era vanto maggioritario della popolazione maschile rispetto a quella femminile⁶⁰. Ma l'indicazione che se ne trae è sufficientemente precisa: il requisito deve attenersi all'idoneità a disimpegnare la concreta prestazione di lavoro.

La domanda da porsi a questo punto è quale sia il rapporto fra le due formule di esclusione della discriminazione quando la legge le preveda entrambe in un unico contesto, come si è detto accade in relazione alle discriminazioni di genere.

Taluno ha ritenuto che una volta data la prova della indispensabilità ai fini dell'esecuzione della prestazione non vi sarebbe spazio per fare questione della legittimità dell'obiettivo aziendale perseguito, proprio perché legittimo sarebbe, di per sé, lo scopo di consentire la materiale o giuridica esecuzione della prestazione di lavoro⁶¹.

Se non ché, anche supposto che vi sia coincidenza fra *indispensabilità* al fine dell'esecuzione della prestazione e *legittimità dell'obiettivo* perseguito dal datore di lavoro, resta pur sempre che la clausola di esclusione generale, quella che rimanda all'obiettivo legittimo, si riferisce non alla singola prestazione ma all'organizzazione dell'impresa o dell'ente nel suo complesso ed è integrata dalla dimostrazione che l'adozione del criterio fattoriale sia anche *appropriato e necessario*. Il che, salvo errore, dovrebbe significare o meglio confermare che l'essenzialità ai fini dell'esecuzione della prestazione non potrebbe essere valutata a prescindere dall'organizzazione di persone e mezzi nella quale quella prestazione sarebbe destinata a inserirsi e che, simmetricamente, un requisito potrebbe essere essenziale per l'esecuzione della prestazione in certo contesto organizzativo e non esserlo in un altro.

⁵⁶ Art. 27, comma 6, d.lgs. n. 198/2006.

⁵⁷ Art. 3, comma 3, d.lgs. n.216/2003.

⁵⁸ Art. 3, comma 6, d.lgs. n. 216/2003.

⁵⁹ Art. 30-bis, commi 2 e 3, d.lgs. n. 198/2006.

⁶⁰ Cons. Stato, 10 maggio 2010, n. 2754.

⁶¹ Se mal non ne ho inteso il pensiero, dovrebbe essere questa l'opinione di CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, in *RGL*, 2006, 596 ss.

Se così è, la conseguenza che discende dall'enunciata premessa ha un impatto che non deve essere trascurato, perché la prova della sussistenza di una causa di giustificazione può comportare la dimostrazione di avere adottato tutte le misure organizzative idonee a integrare la prestazione di quel particolare lavoratore o quella particolare classe di lavoratori nell'impresa o ente nei limiti in cui fossero *ragionevolmente* e aggiungerei *concretamente* esigibili sulla base del dovere di solidarietà⁶². Il che, salvo errore, significherebbe che, sul piano sostanziale, gli accomodamenti ragionevoli a beneficio dei lavoratori fattoriali dovrebbero essere esigibili anche oltre lo specifico ambito materiale nel quale la legge comanda che siano adottati (art. 3, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 216/2003)⁶³.

Ad esempio: quando in un'occasione assurda al piano delle verifiche giurisprudenziali un'amministrazione pubblica aveva bandito un concorso per l'assunzione di vigili urbani, prevedendo come requisito di ammissione alle selezioni il possesso dell'abilitazione alla guida di categoria A, necessario per condurre le motociclette in dotazione al Corpo di polizia municipale, e si era accertato che i maschi possedevano quella particolare abilitazione alla guida in proporzione di gran lunga maggiore rispetto alle donne, questo squilibrio fattoriale non aveva condotto ad affermare che vi era stata una discriminazione di genere, perché si era giudicato che poter guidare una motocicletta fosse un requisito necessario al fine di consentire al personale selezionato di eseguire la prestazione di lavoro oggetto del contratto⁶⁴. Ma con migliore aderenza alla lettera e allo spirito della legge si sarebbe potuta rassegnare una conclusione opposta se solo si fosse considerato che una possibilità alternativa e non eccessivamente costosa onde assicurarsi che i candidati da immettere in ruolo possedessero il requisito essenziale in discorso sarebbe stata la previsione nel bando di concorso della postergazione dell'assunzione per quell'aggiudicatario/a privo del titolo abilitativo in parola per il tempo necessario a conseguirlo, sotto pena dello scorrimento della graduatoria.

⁶² Sostanzialmente concorde PERUZZI, *La prova*, ..., op. cit., 201; ID., *La discriminazione*, op. cit., 978 ss., che, in relazione al licenziamento, opportunamente richiama il maggior aggravio rispetto alla dimostrazione dell'adempimento di un generico obbligo di *repêchage*, sebbene non spinto fino alla soglia degli accomodamenti ragionevoli richiesti in relazione al licenziamento del lavoratore disabile.

⁶³ Uno spunto in tal senso in MENGONI, *I diritti sociali*, in *ADL*, 1998, 11, nonché ID., *Fondata sul lavoro: la Repubblica fra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Jus*, 1998, 49; più ampia riflessione in PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Diritto del lavoro. I Nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, Cedam, 2005, 229 ss., spec., 239 e ss.; ID., *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *RIDL*, 2015, 105 e ss. Sul profilo specifico della valutazione di congruità dell'organizzazione aziendale rispetto ai precetti del diritto antidiscriminatorio cfr. anche le opposte opinioni di BARBERA, *Poteri datoriali* ..., op. cit. 43 ss.) e di LISO, *La legislazione nazionale in materia di parità e prospettive di riforma*, in DE CRISTOFARO (a cura di), *Lavoro femminile e pari opportunità*, Cacucci 1989, 76. Un accenno al problema anche in C. giust., 17 giugno 1998, causa C-243/1995, *Kathleen Hill and Ann Stapleton vs. The revenue Commissioners Department of Finances*. In materia di accomodamenti ragionevoli a beneficio dei lavoratori disabili, si veda Cass. 9 marzo 2021, n. 6497 e le successive Cass. 31 marzo 2023, n. 9095; Cass. 2 maggio 2024, n. 11731; Cass. 22 maggio 2024, n. 14316; Cass. 26 febbraio 2024, n. 5048. In dottrina l'ampia rassegna di SALVAGNI, *Il "prisma" delle soluzioni giurisprudenziali in tema di licenziamento del disabile per superamento del comporta: discriminazione indiretta, clausole contrattuali nulle, onere della prova e accomodamenti ragionevoli*, in *LPO*, 2023, 3-4, 244 ss.

⁶⁴ Cons. Stato, 10 maggio 2010, n. 2754.

Ha sempre avuto rilievo esclusivamente teorico, non essendosene mai fatta questione nelle poche verifiche applicative intervenute, il quesito se il soggetto che assume di essere stato indirettamente discriminato debba quantomeno allegare la misura, l'accomodamento o il criterio alternativi, che avrebbero potuto essere adottati onde elidere o ridurre l'impatto differenziato. In passato, l'opzione favorevole avrebbe potuto argomentarsi sulla base del parallelismo con lo schema di ripartizione degli oneri di allegazione e prova del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, dove il datore di lavoro doveva dimostrare che non esistevano possibilità di impiego alternativo del lavoratore licenziato solo quando questo avesse almeno allegato la posizione aziendale disponibile, che avrebbe potuto ricoprire⁶⁵. Oggi, dacché la nostra giurisprudenza non richiede più quest'onere di allegazione al lavoratore, quell'idea non è più sostenibile, se mai lo fosse stata⁶⁶.

6. La prova dell'attinenza del criterio selettivo apparentemente neutro al fattore di discriminazione indiretta considerato dalla legge

Nella distribuzione dei carichi probatori ai fini della dimostrazione della discriminazione indiretta può dubitarsi se il lavoratore, una volta provato lo squilibrio numerico prodotto dal criterio o fattore utilizzato dal datore di lavoro, debba anche provare il carattere *apparente* della neutralità di quel criterio rispetto al fattore di discriminazione rilevante nella concreta vicenda di causa.

Il punto è che la legge tace sulle cause della squilibrata composizione fattoriale all'interno del gruppo destinatario di un trattamento indirettamente discriminatorio, cioè sulle ragioni per le quali il criterio di selezione astrattamente neutro produce un effetto particolarmente svantaggioso a danno di alcuni, o, se si vuole, sul tipo di correlazione che deve sussistere fra il criterio di selezione stesso e il fattore differenziale perché la differenziazione possa rilevare come discriminazione. Il che, nell'esperienza applicativa, può essere fonte di qualche incertezza quando le suddette ragioni o cause non siano quelle più immediatamente riconducibili al fattore di differenziazione di volta in volta considerato (non siano, ad esempio, basate su una certa altezza, su una certa forza fisica, su una bassa morbilità, su certe abitudini alimentari, etc.). Secondo un noto arresto della Corte di Giustizia, si dovrebbe tenere conto, ai fini del giudizio di discriminazione, solo di quegli squilibri nella composizione dei gruppi destinatari di un certo trattamento, *che non riflettano fenomeni*

⁶⁵ Avevo avanzato la tesi nel mio *Diritto e processo* ..., op. cit., 128-129. L'opinione è stata avversata, debbo riconoscere con buoni argomenti, da PERUZZI, *La prova* ... op. cit., 179-180.

⁶⁶ Cass. 30 gennaio 2024 n. 2739; Cass. 9 marzo 2021, n. 6497; Cass. 22 novembre 2017, n. 27792; Cass. 20 ottobre 2017, n. 24882.

*puramente fortuiti o congiunturali*⁶⁷, che è tuttavia una determinazione concettuale negativa di scarsa capacità qualificatoria.

Quando allora e a quali condizioni può affermarsi che un criterio il quale seleziona in modo diseguale lavoratori fattoriali e non fattoriali sia *non neutro*?

Ad esempio: se un datore di lavoro decidesse di elargire un certo beneficio ai lavoratori non fumatori e poi si scoprisse che, all'interno di quel gruppo, i portatori di un certo fattore protetto fossero una minoranza, potrebbe sulla base di questo nudo fatto presumersi l'esistenza di una discriminazione indiretta, così da costringere il datore di lavoro a dimostrare che quel criterio serve a selezionare lavoratori dotati delle caratteristiche *necessarie* a svolgere le mansioni dedotte in contratto e/o la sua previsione è mezzo appropriato e necessario rispetto al perseguimento di un legittimo obiettivo aziendale?

Se si ha tratto alla storia e alla funzione del diritto antidiscriminatorio, si dovrebbe dire che un certo fattore di differenziazione è *non neutro* quando attiene a ragioni identitarie proprie della condizione esistenziale del soggetto fattoriale, che ne limitano le capacità o le possibilità di autodeterminazione al di là della sua volontà e delle sue scelte individuali. Il che conduce a considerare *non neutri* e dunque indirettamente fattoriali i criteri correlati a ragioni che affondano le loro radici nella condizione biologica, sociale, economica, culturale, educativa, di costume dei soggetti protetti e invece a considerare *realmente neutri* quelli che hanno base in loro scelte, completamente libere e individuali delle cui conseguenze negative non potrebbero che imputare sé stessi.

Se a questo punto si considera che la discriminazione indiretta è tale se il criterio di selezione è neutro solo *apparentemente*, mentre è in realtà correlato al fattore di discriminazione considerato, allora la conclusione da trarre è nel senso che dovrebbe essere il lavoratore la parte onerata della prova della apparente neutralità o, al limite, della prova che quel criterio non astrattamente correlabile a nessun fattore protetto è stato adottato proprio in considerazione o in vista degli effetti squilibrati che avrebbe prodotto, ciò che equivarrebbe evidentemente ad affermare che la discriminazione è in realtà diretta e intenzionale⁶⁸. Ove, invece, il criterio considerato fosse *realmente* neutro, la discriminazione dovrebbe essere esclusa in radice e sul datore di lavoro non dovrebbe attualizzarsi alcun onere di prova, né di fatti contrari, né di fatti impeditivi, cioè di cause di giustificazione.

In proposito, si consideri che un criterio *realmente* neutro, che tuttavia producesse casualmente, cioè indipendentemente dalla correlazione con il fattore stigmatizzato dalla legge, effetti squilibrati non avrebbe i requisiti per concorrere a integrare una causa di giustificazione. E siccome per andare esente da responsabilità il datore di lavoro deve dimostrare che il criterio di selezione indirettamente differenziante è anche funzionale alla soddi-

⁶⁷ C. giust., 27 ottobre 1993, causa C-127/1992, *Enderby vs. Healt authority*, punto 17 della motivazione.

⁶⁸ Se mal non mi sono apposto innanzi al suo pensiero la conclusione è condivisa o meglio è la medesima alla quale perviene PERUZZI *La prova ...*, op. cit., 168-169.

sfazione di obiettive esigenze dell'impresa⁶⁹, la previsione in legge di una molteplicità di fattori di discriminazione finirebbe per introdurre surrettiziamente un controllo diffuso di razionalità oggettiva sulle scelte organizzative del datore di lavoro non razionalizzabile alla luce delle categorie accolte nel diritto interno⁷⁰. Qualsiasi criterio di attribuzione di un certo trattamento può determinare effetti numericamente squilibrati ai danni di gruppi di soggetti accomunati da una qualche caratteristica, anche se questa non presenta nessun collegamento, neppure indiretto, con quel criterio. E a misura che un numero sempre maggiore di queste caratteristiche è elevato a fattore di discriminazione protetto il rischio è che pressoché tutte le scelte del datore di lavoro si prestino a essere discusse da singoli o gruppi di soggetti fattoriali⁷¹.

Detto questo, nell'assolvimento di questo onere, l'attore fattoriale è agevolato dalla possibilità di far ricorso a quello stesso dato numerico che dimostra il materiale squilibrio a danno del gruppo dei fattoriali. Il fatto che il tal criterio o fattore danneggi alcuni in misura proporzionalmente o particolarmente maggiore dovrebbe essere uno di quei dati numerici che, da solo, o in combinazione con altri indizi, potrebbe far presumere la sua non neutralità⁷². Il che potrà apparire anche un sofismo, ma, sul piano dei principi, altro è dire che la prova del tal elemento non è necessaria, ciò che equivarrebbe a dire che esso non concorre a comporre la fattispecie produttiva di effetti; altro è dire che il Giudice può ricavare la sua prova da quella di un altro fatto o elemento ritualmente acquisito al processo.

7. La prova della discriminazione nelle azioni di impugnazione negoziale. Il rapporto il motivo concorrente lecito nell'art. 1345 c.c. e le cause di giustificazione tipiche della discriminazione

Quando il soggetto fattoriale contesti la validità di un atto o di un patto deve innanzi tutto allegarne e provarne l'esistenza⁷³. In questo incumbente non soffre delle limitazioni previste dagli artt. 2721 e ss. c.c., che riguardano la situazione della parte che invochi in giudizio un contratto in vista della produzione dei suoi effetti⁷⁴.

⁶⁹ *Retro*, § 5.2.

⁷⁰ Art. 30, comma 1, l. 4 novembre 2010, n. 183.

⁷¹ La preoccupazione i sembra condivisa anche da PILEGGI, op. cit., 62

⁷² BONARDI, MERAVIGLIA, op. cit., 383, ove il richiamo a una sentenza della Corte suprema inglese (5 aprile 2017), la quale ha affermato che l'attore non sarebbe onerato della prova «del modo in cui il criterio causa lo svantaggio», intendendo evidentemente che la prova dello svantaggio sarebbe anche prova della non neutralità del criterio.

⁷³ Art. 15, l. 20 maggio 1970, n. 300; art. 26, comma 3 e art. 35, d.lgs. n. 198/2006; art. 54, comma 5, d.lgs. n. 151/2001.

⁷⁴ Cass. 4 marzo 2021 n. 5880.

Deve poi allegare e provare la sussistenza di un fatto di discriminazione correlato alle ragioni o alle conseguenze del predetto atto o patto; onere da assolvere secondo le regole generali e speciali sopra illustrate⁷⁵.

Dopo di che, se non vi è stata esecuzione o attuazione, tanto basta ad esaurire i temi di prova a carico dell'attore; la sentenza che dichiara la discriminazione costituirà titolo per sottrarsi agli obblighi e agli effetti discendenti dall'atto o dal patto nulli, e il lavoratore potrà eventualmente esercitare l'autotutela di resistenza al riparo dal pericolo di soggiacere a sanzioni disciplinari.

Se, invece, l'atto o il patto discriminatori fossero stati portati a esecuzione e avessero sottratto o leso al lavoratore un bene di sua pertinenza, ad esempio il posto di lavoro, la sede, una certa collocazione aziendale, un certo inquadramento contrattuale, etc. del quale egli chieda la restituzione, secondaria all'invalidazione dell'atto o del patto, allora la prova a suo carico si estenderebbe anche alla dimostrazione dell'esistenza del titolo sottostante attributivo del bene della vita che l'atto o il patto discriminatorio hanno illegittimamente sottratto e del quale si chiede la restituzione.

Trattandosi di restituzione e non di risarcimento, è escluso in premessa che si possa fare questione di dimostrazione dell'elemento soggettivo, sub specie di dolo o colpa, che non rilevano nel giudizio sulla sussistenza della discriminazione come causa di nullità.

Per quanto attiene alla posizione del convenuto si è a lungo male inteso il rapporto fra il diritto antidiscriminatorio e la disciplina generale sull'illiceità del motivo, affermandosi che la dichiarazione di nullità dell'atto o del patto discriminatorio avrebbe patito le limitazioni derivanti dall'art. 1345 c.c., cioè avrebbe richiesto che la discriminazione avesse avuto la consistenza del motivo unico e determinante. E l'equivoco è perdurato anche dopo che è stato finalmente (e tardivamente) reciso il collegamento con la disciplina del Codice, perché si è chiamata in causa la rilevanza obiettiva della discriminazione⁷⁶, della quale non sarebbe stato lecito dubitare, quando invece il vero problema non atteneva tanto all'intenzione dell'agente, ma all'idoneità di una giustificazione alternativa a recidere senza residui il nesso di causalità fra il fattore protetto e il trattamento peggiore (prova del fatto contrario) o l'idoneità della ragione alternativa lecita dell'atto o del patto supposti discriminatori a integrare una causa di giustificazione del trattamento differenziato o una deroga al divieto (prova del fatto impeditivo)⁷⁷.

Così intesi i termini del problema, la sua soluzione chiamava in causa il rapporto fra disciplina generale del Codice e disciplina speciale dei divieti di discriminazione, entrambe convergenti sul medesimo rapporto o sulla medesima vicenda ma con effetti diversi: più

⁷⁵ *Retro*, § 4.

⁷⁶ Cass. 5 aprile 2016, n. 6575 ma già prima Cass. 5 giugno 2013, n. 14206. La vicenda è ricostruita con completezza di riferimenti da PILEGGI, op. cit., 40 ss. e da PERUZZI, *Le discriminazioni*, op. cit., 974 ss.

⁷⁷ Entrambi questi aspetti sono fatti oggetto di ampia ed esaustiva trattazione da PERUZZI, *La prova ...*, op. cit., 139 e ss. Sul medesimo tema anche TARQUINI, op. cit., 332 ss.

vantaggiosi quelli previsti dal diritto antidiscriminatorio, perché di fronte all'allegazione e all'offerta di dimostrazione della violazione del divieto non basta al convenuto addurre una qualsiasi ragione alternativa lecita concomitante, ad esempio un giustificato motivo oggettivo o una qualsiasi altra ragione organizzativa capace ordinariamente di legittimare scelte imprenditoriali che incidono sulla posizione del lavoratore, secondo la logica dell'art. 1345 c.c.; bisogna che questa ragione sia idonea ad escludere in radice e in *concreto* la sussistenza di una causa o di un effetto discriminatori oppure abbia le caratteristiche della causa di giustificazione⁷⁸. Ad esempio, se un licenziamento per giusta causa attingesse un lavoratore fattoriale, la dimostrazione della sussistenza del motivo disciplinare addotto dal datore di lavoro potrebbe valere a mettere in dubbio che il licenziamento sia correlato al fattore protetto. Se tuttavia lo stesso inadempimento addebitato al lavoratore fattoriale fosse stato commesso anche da un lavoratore non fattoriale e questo non fosse stato attinto da nessuna sanzione, il licenziamento dovrebbe essere giudicato discriminatorio anche se astrattamente giustificato. Ancora: la disapprovazione da parte della clientela del comportamento di un certo lavoratore potrebbe ben integrare gli estremi del giustificato motivo oggettivo, ma se quella disapprovazione o quel comportamento fossero legati al possesso di un fattore di differenziazione protetto, il licenziamento potrebbe dirsi giustificato solo a condizione che se ne dimostrasse l'incidenza sull'idoneità a disimpegnare la prestazione di lavoro nel contesto aziendale dato e altresì, l'inesigibilità di misure che consentano di neutralizzare, sul piano organizzativo, gli effetti della condotta o della caratteristica correlata al fattore protetto, cioè che si dimostrasse che ricorre una causa di giustificazione. Dimostrazione che, si fa opportunamente notare, è qualcosa di più del mero *repêchage*⁷⁹.

8. La prova della discriminazione nelle azioni di responsabilità. Il rapporto fra le cause di giustificazione tipiche e l'impossibilità sopravvenuta di adempiere

Quando la discriminazione non sia solo la causa o l'effetto di un atto negoziale ma connoti un inadempimento oppure integri un fatto illecito e la domanda spiegata in giudizio non abbia dunque contenuto limitato alla declaratoria di invalidità di un atto o di un patto, la disciplina del diritto antidiscriminatorio non esaurisce vieppiù i problemi della prova in giudizio, dovendosi tenere conto anche del regime probatorio delle azioni di responsabilità contrattuale oppure extracontrattuale di fatto esercitate⁸⁰.

⁷⁸ *Retro*, § 5.

⁷⁹ PERUZZI, *La prova* ..., op. cit., 201. In giurisprudenza, da ultimo, Cass., 9 gennaio 2025, n. 460.

⁸⁰ Nei rapporti contrattuali di lavoro, i divieti di discriminazione rilevano come regole di responsabilità oltre che di validità, arricchendo o specificando il corredo di obblighi di comportamento delle parti nelle diverse fasi, sin dal momento dell'instaurazione delle trattative. Su questo cruciale aspetto, mi permetto di rinviare al mio contributo: *Lo Statuto dei lavoratori* ...

La regola generale in materia di responsabilità contrattuale vorrebbe che il soggetto fattoriale, in quanto attore/creditore, allegasse e provasse il titolo dell'obbligazione inadempita, limitandosi per il resto ad allegare l'altrui inadempimento. A quel punto graverebbe sul convenuto/debitore/inadempiente l'onere di dimostrare di avere adempiuto o che l'inadempimento o il ritardo sono stati dovuti a impossibilità sopravvenuta a lui non imputabile. A questa regola generale, è noto, fa eccezione l'inadempimento delle obbligazioni negative, in relazione alle quali il creditore è onerato anche della prova del fatto positivo contrario al divieto, nel che si concreta l'inadempimento lamentato⁸¹.

In questo quadro, il soggetto fattoriale che agisse in responsabilità dovrebbe, prima di tutto, dare la prova del fatto o dell'atto o del patto che ha generato l'obbligo inadempito. Se la discriminazione si fosse realizzata in fase di assunzione, la prova dovrebbe avere a oggetto l'esistenza di un accordo preliminare di assunzione o, in mancanza, l'avvenuta instaurazione di trattative o l'esistenza di un contatto altrimenti qualificato fra le parti; se invece attenesse a una vicenda di un rapporto negoziale già instaurato, oggetto di dimostrazione dovrebbe essere il contratto o eventualmente un patto aggiunto.

Contrariamente a quanto si è detto a proposito dell'azione di nullità, qui la prova del titolo negoziale soffre di tutte le limitazioni previste dagli artt. 2721 e ss., c.c.⁸²

Per quanto attiene alla sussistenza della discriminazione, che nelle azioni risarcitorie qualifica l'inadempimento, l'idea che il soggetto fattoriale potrebbe limitarsi ad allegarla e attendere che il datore di lavoro desse la dimostrazione del contrario o si discolpasse dimostrando che ricorre una causa di giustificazione sarebbe a dir poco ingenua.

La ragione è semplice, anche se non sempre è immediatamente percepibile: pure quando l'obbligazione inadempita abbia contenuto positivo, ad esempio un impegno o un obbligo legale ad assumere, a promuovere, a stabilizzare, a inquadrare, etc., il divieto di discriminazione ha una sua *speciale* tutela sostanziale e processuale che si attiva solo in presenza di un fatto o di un effetto riconducibile alla fattispecie materiale del diritto antidiscriminatorio, cioè di un fatto di discriminazione vietato⁸³. Il lavoratore che si duole in

op. cit., ove anche ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁸¹ Cass. SS.UU. 30 ottobre 2001, n. 13533; Cass. 25 maggio 2006, n. 12445; Cass. 8 maggio 2007, n. 10441; Cass. SS.UU. 20 novembre 2007, n. 577; Cass. 14 aprile 2008, n. 9817 e Cass. 23 aprile 2008, n. 10529; Cass. 7 gennaio 2009, n. 45. Nella copiosa letteratura in materia, VALLEBONA, *L'edonismo d'assalto di fronte alle sezioni unite: il danno alla persona del lavoratore in FI*, 2002, I, 769; Id., *Gli oneri di allegazione e di prova nelle azioni fondate sull'inadempimento del datore di lavoro*, ora in VALLEBONA, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Cedam, 2006, 59 ss.; MAGGIOLIO, *Inadempimento e oneri probatori*, in *RDC*, 2006, 172; CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *RDC*, 2006, 85 ss.; PEDRAZZOLI, *Tutela della persona e aggressioni alla sfera psichica del lavoratore*, in *RTDPC*, 2007, 1142 ss.; MAZZAMUTO, *Il mobbing*, Giuffrè, 2004, 35; AMENDOLA, *Oneri allegativi e probatori nelle domande di risarcimento del danno per inadempimento del datore di lavoro*, in *MGL*, 2010, 780 ss.

⁸² *Retro*, § 7

⁸³ Anche quando il diritto antidiscriminatorio, integrando i doveri previsti dall'art. 2087 c.c., comanda al datore di lavoro di vigilare, di prevenire o di intervenire per rimuovere situazioni di potenziale o attuale pericolo per i soggetti protetti, l'obbligo correlato si attualizza solo in presenza di concrete situazioni di pericolo, le quali devono essere dimostrate. Solo quando siano puntualmente allegati e provate circostanze di tal fatta, il che equivale a dire quando è stata data dimostrazione dell'esistenza di un fatto di discriminazione, che reclama di essere rimosso, il datore di lavoro può essere chiamato a dare la

giudizio del carattere discriminatorio dell'altrui inadempimento non chiede semplicemente un sostitutivo del programma negoziale rimasto inattuato; reclama bensì la produzione di uno di quegli effetti *aggiuntivi* sostanziali e processuali previsti dal diritto antidiscriminatorio, che hanno base in un fatto di discriminazione, che non gli basta allegare ma che deve anche provare se si vuole giovare di quegli effetti⁸⁴. Per lo più, inoltre, i divieti di discriminazione proiettano all'interno del contratto di lavoro obblighi negativi di astensione in funzione di conservazione e salvaguardia di interessi personali del lavoratore (salute e dignità); e, per questo genere di obblighi, si è detto che la regola generale sulla ripartizione degli oneri di allegazione e prova sopra enunciata soffre un'eccezione: poiché ciò che viola l'obbligazione negativa è un comportamento positivo del debitore, sarebbe comunque il creditore/lavoratore a dover dare la prova dell'inadempimento, nel nostro caso dell'atto o del comportamento discriminatorio.

L'attore fattoriale non è onerato della prova del dolo o della colpa dell'agente. La discriminazione rileva oggettivamente, oltre che sul piano della fattispecie, anche su quello dell'imputazione di responsabilità⁸⁵.

Tuttavia, un ruolo, sia pure marginale, la prova dell'elemento psicologico lo gioca, poiché se la discriminazione è dolosa non opera la limitazione del danno risarcibile a quello prevedibile al momento della nascita dell'obbligazione, così come disposto dall'art. 1225 c.c.⁸⁶.

prova liberatoria dell'inadempimento. Il che è proposizione che non contraddice le regole generali in tema di ripartizione dei carichi probatori nelle azioni contrattuali, le quali postulano che chi agisce in via contrattuale dimostri l'esistenza dell'obbligo inadempito e con questo la ricorrenza di tutte le condizioni che lo rendono attuale. Cfr. Cass. 20 luglio 2007, n. 16148. Spunti anche in Cass. 11 settembre 2009, n. 19434; nonché in Cass. 10 gennaio 2011, n. 306, che si può leggere in *ADL*, 2011, 1138 ss. con nota di CONSOLI, *La responsabilità contrattuale del datore di lavoro per violazione dell'art. 2087, Cod. civ.: ripercussioni sull'onere probatorio*.

⁸⁴ *Retro*, § 1.

⁸⁵ In giurisprudenza, uno spunto in C. giust., 22 aprile 1997, *Draehmpaehl*, causa C-190/95, che si può leggere anche in *D&L*, 1997, 733, con nota di ROMEO, *Discriminazione sessuale, colpa del datore di lavoro e tecniche risarcitorie*. In dottrina DE ANGELIS, *Il danno da discriminazioni tra risarcimento e sanzioni civili*, in *RGL*, 2008, 602; PELLICANI, *Il risarcimento del danno non patrimoniale a favore del lavoratore discriminato*, in *Aa.Vv.*, *Il danno alla persona del lavoratore*, Giuffrè, 2007, 332; GUARISO, MILITELLO, *op. cit.*, 466; GUARISO, *I provvedimenti del giudice*, in BARBERA (a cura di) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007, 605 ss. (il quale sottolinea opportunamente come la discriminazione indiretta, di regola, è commessa senza che l'autore versi in colpa, esulando dall'ordinaria diligenza la misura dello sforzo che dovrebbe compiere per avvedersi dell'effetto discriminatorio). Il problema dell'indifferenza dell'elemento psicologico non si pone, o si pone in forma attenuata, nell'area della responsabilità contrattuale, che, secondo un tradizionale indirizzo dottrinale, e comunque con la finzione giurisprudenziale della presunzione di colpa, si atteggia a responsabilità sostanzialmente oggettiva. Nell'area della responsabilità extracontrattuale, invece, specialmente quando si domandi il risarcimento del danno non patrimoniale, che richiederebbe un giudizio di rimproverabilità del soggetto agente, la deviazione rispetto alla regola generale, che vuole il danneggiato onerato della prova del dolo o della colpa dell'agente, è più evidente. Il dato è colto anche da MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile alla luce degli artt. 43 e 44 T.U. Immigrazione*, in *DFP*, 2002, 124.

La necessità della prova del dolo o della colpa ai fini del giudizio di responsabilità è sostenuta da M.T. CARINCI, *op. cit.*, 190-191, ma in seno ad una ricostruzione che qualifica i divieti di discriminazione a stregua di figure tipizzate di abuso del diritto.

⁸⁶ Anche PEDRAZZOLI, *Tutela della persona ...*, *op. cit.*, 1154, con rilievo svolto a proposito del *mobbing*, ma calzante anche per il caso della discriminazione di genere.

Per quanto attiene al danno, il soggetto discriminato dovrà sempre fornirne specifica allegazione e dimostrazione con riguardo a tutte le sue componenti, patrimoniali e non. Dovrà poi dimostrare la sua derivazione dall'illecito e, prima, la sua riconducibilità al titolo dell'obbligazione inadempita⁸⁷ e, salva l'applicazione dell'art. 1226, c.c., il suo ammontare⁸⁸.

È appena il caso di sottolineare che la prova del danno da discriminazione non ha a nulla a che spartire con la prova della derivazione del trattamento differenziato dal possesso di un certo fattore protetto. Quest'ultimo aspetto attiene al piano della discriminazione come fattispecie in sé considerata, mentre il danno da discriminazione è un elemento della responsabilità civile. Nella prova del danno da discriminazione non è, pertanto, utilizzabile l'agevolazione prevista dall'art. 40, d.lgs. n. 198/2006 e dall'art. 28 d.lgs. n. 150/2011, che opera solo sul piano della fattispecie. Ma il ricorso alle presunzioni semplici *ex art.* 2729 c.c. è largamente ammesso e anzi suggerito già nell'elaborazione interna in materia di prova del danno⁸⁹. Il che, considerata l'ascendenza comunitaria della disciplina nazionale, rappresenta una garanzia e un indicatore fra i più accreditati di effettività della tutela accordata nell'ordinamento interno⁹⁰.

Per parte sua, la posizione del convenuto subisce un aggravamento parallelo a quello che affligge l'attore. Per andare completamente esente da responsabilità non gli basta dimostrare che la discriminazione non sussiste o è giustificata. Limitandosi a quest'attività difensiva andrebbe esente solo dalle conseguenze *aggiuntive* che il diritto antidiscriminatorio prevede rispetto al diritto generale delle obbligazioni. Ma poiché, come si è detto, sottostante alla violazione del divieto di discriminazione vi è l'inadempimento a un'obbligazione con un suo autonomo titolo e chi agisce in via contrattuale vuole pur sempre ottenere il bene della vita oggetto di quell'obbligazione che gli è negato o gli è sottratto per ragioni discriminatorie⁹¹, il convenuto deve anche dimostrare che la prefata obbligazione si è estinta per una delle cause tipiche previste dalla legge, ivi compresa l'impossibilità sopravvenuta di adempiere per causa a lui non imputabile (art. 1218 c.c.), che, vale la pena di ricordare, è fatto che non coincide con la causa di giustificazione della discriminazione⁹².

⁸⁷ In materia di responsabilità contrattuale la sussistenza del nesso di causalità fra inadempimento e danno si accerta sulla base del criterio del più probabile che no. Donde l'ampio uso delle presunzioni, che sono il mezzo di prova elettivo di questo elemento della fattispecie del danno contrattuale. Ma è ancora una volta quasi superfluo precisare che si tratta di presunzioni interamente regolate dalla disciplina ordinaria del Codice. Cass. 26 aprile 2023, n. 10978; Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619. Vedi anche, se vuoi, Cass. SS.UU. 20 novembre 2007, n. 577; Cass. 7 gennaio 2009, n. 45.

⁸⁸ Cass. SS.UU. 24 marzo 2006, n. 6562, *cit.*, Cass. SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26972, *cit.*; Cass. 26 novembre 2008, n. 28274, Cass. S.U., 16 febbraio 2009, n. 3677; Cass. 4 marzo 2011, n. 5237, le quali riaffermano una regola che un certo orientamento della giurisprudenza superiore, incline a riconoscere il diritto al risarcimento dietro sola dimostrazione della lesione del bene protetto (ora la professionalità, ora la dignità, ora l'immagine) a prescindere dalla prova del danno, aveva disatteso.

⁸⁹ Cass. SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26972.

⁹⁰ C. giust., 7 marzo 2018, causa C-494/2017, *Santoro vs. Comune di Valderice* (spec. Considerando 50).

⁹¹ *Retro*, § 1.

⁹² L'impossibilità sopravvenuta di adempiere espone rispetto alla causa di giustificazione della discriminazione la stessa

9. L'opacità del diritto antidiscriminatorio e le misure strumentali ad agevolare l'assolvimento degli oneri di allegazione e prova nel processo

Inutilmente complicato, resistente a ogni sforzo di sistematizzazione, poco fruibile e complessivamente poco fruito, a dispetto della rilevanza sociale del fenomeno disciplinato⁹³. In una parola: *opaco*; questa è oggi l'immagine più immediata che il diritto antidiscriminatorio nazionale restituisce allo studioso come all'operatore pratico.

L'opacità è un fatto strutturale. La causa più vistosa è nel disordine legislativo. La disciplina interna, complice la necessità di rimanere allineata alla sua ascendente eurounitaria, si è formata per stratificazioni successive e si è distribuita in una pluralità di corpi normativi non coordinati fra loro e con aree di ingiustificabile sovrapposizione, ciò che rende non-ché difficile interpretarla ma prima ancora intendere quali siano le disposizioni da applicare. La disciplina del processo non è uniforme per tutti i fattori e gli ambiti di rilevanza delle discriminazioni. In taluni casi, la materia della prova e del processo è accorpata a quella sostanziale; in altri è separata. Le nozioni di discriminazione sono assemblate secondo tecniche non uniformi, prevedendosi in taluni casi solo una clausola di esclusione generale, in altre solo o anche una particolare, cioè riferita ad alcune vicende della vita professionale del lavoratore. La disciplina della prova ha un ambito di applicazione tarato sul mercato del lavoro interno all'impresa ed è perciò disallineata rispetto alle nozioni di discriminazione, che hanno guadagnato nel tempo un'estensione che ha travalicato l'impresa e il suo ambito interno e prossimo. La prova presuntiva ha gradi diversi di agevolazione in relazione ai differenti fattori protetti. E l'elenco delle disfunzioni potrebbe proseguire per non breve tratto⁹⁴.

eccedenza di portata che la possibilità oggettiva dell'oggetto (art. 1346 c.c.), espone rispetto al requisito dell'essenzialità ai fini dell'esecuzione della prestazione. Sul punto vedi *retro* § 5.2.

⁹³ La relativa scarsità di verifiche applicative è rilevata da tutti gli studi sulla materia. Si vedano NAPOLI, *La tutela dei diritti fra diritto sostanziale e processo: interessi protetti e forme di tutela*, in BARBIERI, MACARIO, TRISORIO LIUZZI, *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2004, 65; LASSANDARI, *Le discriminazioni sul lavoro, Nozione, interesse, tutele*, Cedam, 2010, 269 ss.; CICHETTI, *Profili processuali della tutela della parità tra uomini e donne in materia di lavoro*, in RDP, 1996, 1204; AMATO, *L'azione individuale e l'azione collettiva*, in NLCC, 2003, III, 771 ss.; GUARISO, *I provvedimenti ...*, op. cit., 579 ss.; DE ANGELIS, *Profili della tutela processuale contro le discriminazioni tra lavoratore e lavoratrici*, in RIDL, 1992, 457 e ss.; M.G. GAROFALO, *Una riflessione sul codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, in RGL, 2007, 720; SILVESTRI, *Codice delle pari opportunità e tutela antidiscriminatoria*, in RIDPC, 2007, 854 ss.; DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2001, 163 ss.; IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, Jovene, 2005, 138-139; 197 ss.; COMINATO, *Divieti di discriminazione di genere nella giurisprudenza nazionale*, in CALAFÀ, GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, EDIESSE, 2009, 157 ss.; KILPATRICK, *Gender Equality: A Fundamental Dialogue*, in SCIARRA (a cura di), *Labour Law in the Courts: National Judges and the European Court of Justice*, Oxford, 2001, 31 ss.; TAMBASCO, *Violenza e molestie nel mondo del lavoro. Un'analisi della giurisprudenza italiana*, OIL, Roma, 2022; BONARDI, *Accesso all'accademia mediante concorso e progressione in carriera: una lettura di genere*, in LDE, 3, 2022; PILEGGI, op. cit., 38 e 39 del dattiloscritto.

⁹⁴ Vedi anche le annotazioni di PILEGGI, op. cit., 30 ss.

Non aiuta a dissipare le molte nebbie una letteratura ipertrofica, non di rado sviluppatasi a ridosso, per non dire al traino, di una giurisprudenza senza guida di concetti, come è per lo più quella della Corte europea di giustizia.

Vi è poi un'opacità contingente, più vicina ai problemi pratici della prova nel processo, e questa ha base nella considerazione che la materia prima per la vittima di discriminazione o di molestia, ossia i fatti da introdurre e dimostrare nel processo, sono poco o niente disponibili per la parte onerata.

A questo livello di analisi l'opacità avrebbe validi strumenti di contrasto dentro e fuori il processo.

Dentro il processo le leve fondamentali sono il potere del Giudice di ordinare alla parte o al terzo l'esibizione di atti e documenti di cui ritenga necessaria l'acquisizione (art. 210 c.p.c.) oppure di acquisire informazioni dalle pubbliche amministrazioni, comprese quelle che hanno compiti di vigilanza sul mercato del lavoro (art. 213 c.p.c.), e dai sindacati (art. 421, comma 2, c.p.c.). Quando gli atti e le informazioni fossero richiesti alla parte del processo e questa non adempisse alla richiesta, il giudice sarebbe abilitato a trarre da questo contegno argomenti di prova del fatto oggetto di accertamento (art. 116, comma 2, c.p.c.)⁹⁵.

Fuori e prima del processo è da salutare con favore la previsione di misure ordinate a facilitare al lavoratore o alle organizzazioni e istituzioni che ne rappresentano gli interessi l'accesso a dati e informazioni concernenti il mercato del lavoro interno ed esterno all'impresa, che il datore di lavoro non fornirebbe spontaneamente, ma che sono indispensabili specialmente al fine della deduzione della c.d. prova statistica.

Si inscrivono in questa logica: il potere conferito alla Consigliera di parità di richiedere che le Direzioni interregionali e territoriali del lavoro acquisiscano presso i luoghi di lavoro informazioni sulla situazione occupazionale maschile e femminile, in relazione allo stato delle assunzioni, della formazione e della promozione professionale, delle retribuzioni, delle condizioni di lavoro, della cessazione del rapporto di lavoro e ogni altro elemento utile al fine di valutare se sussistano disparità di trattamento, in seno alle quali possano allignare fatti di discriminazione⁹⁶; l'adempimento, obbligatorio per le aziende private e le amministrazioni pubbliche con oltre cinquanta dipendenti⁹⁷, consistente nella redazione e nell'invio alle r.s.u. e al Consigliere regionale di parità di un rapporto biennale sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni e sullo stato delle assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di

⁹⁵ C. giust. 3 ottobre 2019, causa C-274/18 (conss. 47 e 52); C. giust., 19 aprile 2012, causa C-415/10, *Meister in ADL*, 2012, 4-5, 911 ss., con nota di TOMBA, *Asimmetrie informative delle parti e onere della prova della discriminazione: a proposito di un recente caso della Corte di giustizia dell'Unione europea*. In dottrina SCARPONI, *Tecniche ...*, op. cit., 94; DE ANGELIS, *Profili ...*, op. cit., 473.

⁹⁶ Art. 15, comma 5, d.lgs. n. 198/2006.

⁹⁷ Le imprese al di sotto della soglia dei cinquanta dipendenti sono espressamente facoltizzate a redigere e trasmettere il Rapporto. Devono farlo se vogliono ottenere la certificazione della parità di genere prevista dall'art. 46-bis, d.lgs n. 198/2006.

categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta⁹⁸; l'obbligo a carico della Consigliera di parità e delle rsa di rendere disponibile il rapporto al lavoratore o alla lavoratrice che ne facciano richiesta ai fini della propria tutela giudiziaria⁹⁹; nei settori o nelle posizioni gerarchiche ove sussiste un divario fra generi non inferiore a due terzi, l'obbligo per le amministrazioni pubbliche di motivare la preferenza accordata in sede di assunzione o promozione a una qualifica superiore a un candidato di genere maschile con pari qualificazione e preparazione professionale rispetto a una di genere femminile¹⁰⁰; l'obbligo per i datori di lavoro pubblici e privati di fornire ai lavoratori o alle loro rappresentanze una serie di informazioni sui divari di genere in materia retributiva, il cui inadempimento è considerato fatto base di una presunzione legale relativa circa il carattere discriminatorio di certi trattamenti retributivi¹⁰¹.

L'insieme di queste e di altre consimili misure sono oggi ritenute espressive di «un principio-guida dei rapporti all'interno delle organizzazioni» in funzione di riequilibrio della posizione delle parti del rapporto di lavoro: la *trasparenza*, che andrebbe acquisendo un ruolo sostitutivo della *riservatezza*¹⁰². E si può intravedervi un collegamento profondo con la materia della prova oltre che una frontiera avanzata nella lotta alle discriminazioni perché la mancanza di trasparenza è, al contempo, la giustificazione dello speciale regime agevolato della prova nel processo antidiscriminatorio e una delle cause più insidiose della ineguale distribuzione del potere e delle risorse dentro e fuori le organizzazioni di lavoro¹⁰³.

⁹⁸ Il Rapporto deve essere redatto secondo le indicazioni di un apposito decreto del Ministero del lavoro: oggi il d.m. 29 marzo 2022 e deve contenere le dettagliate informazioni previste dall'art. 46, comma 3, d.lgs. n. 198/2006. Le imprese che partecipano a gare di appalto pubblico debbono dimostrare, a pena di esclusione, di avere redatto e trasmesso il Rapporto ai soggetti competenti. Quando abbiano fra i quindici e i cinquanta dipendenti, un rapporto di contenuto simile a quello previsto per le imprese di maggiori dimensioni, ma con un minor grado di dettaglio, deve essere prodotto alla stazione appaltante entro sei mesi dall'aggiudicazione del contratto (all. II.3, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36). Per approfondimenti sul punto, rinvio all'ampia analisi di ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini, 2022, 123 ss. Con riferimento specifico alle misure di attuazione del PNRR, MIRACOLINI, *La parità di genere nel pubblico impiego. Potenzialità e limiti dai contributi del PNRR*, in *q. Rivista*, 2024, 5, 437 ss.

⁹⁹ Art. 2, comma 10, d.m. 29 marzo 2022.

¹⁰⁰ Art. 48, comma 1, d.lgs. n. 198/2006. Sul punto ampiamente ZILLI, op. cit., 108 ss.

¹⁰¹ Artt. 5, 6, 7, 9, 10 e 18, Dir. 970/2023/UE del 10 maggio 2023. Per approfondimento sul punto rinvio a NAPPI, op. cit., 22 e a PILEGGI, op. cit., 63 ss.

¹⁰² ZILLI, op. cit., 110; 152.

¹⁰³ BONARDI, MERAVIGLIA, *Dati statistici ...*, op. cit., 359-360; PILEGGI, op. cit., 56 ss.; IZZI, *Contrasto al gender gap nel lavoro e regole di trasparenza*, in AA.VV., *Occupazione, persona, solidarietà. Studi in memoria di Mario Napoli*, Giappichelli, 2025, 591 ss.

I lavoratori autonomi “puri” hanno diritto ai ragionevoli accomodamenti?

Are “genuine” self-employed entitled to reasonable accommodations?

Davide Tardivo

Ricercatore di Diritto del lavoro nell’Università di Padova

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Accomodamenti “generalisti” e accomodamenti “speciali” dopo il d.lgs. n. 62/2024. – 3. Estroflessioni e introflessioni della platea dei titolari del diritto agli accomodamenti nella disciplina antidiscriminatoria. – 4. Il caso dei lavoratori autonomi “genuini”: il dibattito sulla Direttiva 2000/78/CE. – 5. La posizione della Corte di giustizia in J.K. c. TP S.A.: la nozione di “lavoratore autonomo” (genuino) ai fini antidiscriminatori. – 5.1. L’ambito di applicazione della Direttiva 2000/78/CE ai lavoratori autonomi con disabilità. – 6. Estensione sì, ma di un diritto dal contenuto “ragionevolmente adattato”.

Sinossi: L’obbligo di garantire ragionevoli accomodamenti in favore delle persone con disabilità rappresenta lo strumento cardine su cui si fonda l’attuale strategia pubblica di loro inclusione, anche in ambito lavorativo. Partendo dall’analisi di come questa tendenza sia stata recepita tanto dall’ordinamento comunitario, quanto dall’ordinamento interno, il saggio indaga le tendenze espansive della platea dei titolari del diritto in questione, chiedendosi in particolare – anche alla luce di una recente pronuncia della Corte di giustizia europea – se nel loro novero possano ritenersi compresi anche i lavoratori autonomi “puri” e, in caso di risposta affermativa, come l’obbligo del committente debba trovare necessari “adattamenti”.

Abstract: *The obligation to ensure reasonable accommodations in favour of people with disabilities represents the pivotal instrument on which the current public strategy of their inclusion is based, including in the employment sphere. Moving from the analysis of how this trend has been transposed both by the EU and the domestic legal system, the essay investigates the expansive trend of beneficiaries of the right in question, wondering in particular - also in the light of a recent decision of the European Court of Justice - whether their number can be considered to include “genuine” self-employed workers and, if so, how the client’s obligation should find necessary adaptations.*

Parole chiave: Lavoro autonomo – Direttiva 2000/78/CE – Disabilità – Ragionevoli accomodamenti

Keywords: *Self-employment - Directive 2000/78/EC - Disability - Reasonable accommodation*

1. Introduzione

La domanda alla quale il presente contributo si propone di rispondere è se possa essere riconosciuto ai lavoratori autonomi che versano in condizione di disabilità il diritto di pretendere dal committente l'adozione di ragionevoli accomodamenti.

Per chiarire meglio il tema d'indagine, si impongono due precisazioni.

La prima è che ci si riferisce esclusivamente ai lavoratori autonomi “puri” o, come li definisce la Corte di giustizia, “genuini”¹, i quali, pertanto, non possono essere ricondotti né all'alveo della subordinazione², né entro l'ampia nozione di “lavoratore” (subordinato) elaborata a livello comunitario e impiegata anche ai fini della Direttiva 2000/78/CE³.

La seconda è che con la locuzione “ragionevole accomodamento” ci si riferisce, come ovvio, a quegli adattamenti organizzativi dalla multiforme tipologia di cui all'art. 2 della Convenzione ONU del 2006⁴, i quali si distinguono e superano nel contenuto quei minimi accorgimenti che il committente, ai sensi di quanto dispone il combinato disposto degli artt. 2 Cost. e 1175 e 1375 c.c., potrebbe già oggi essere tenuto a adottare per favorire l'adempimento del prestatore autonomo⁵.

¹ Per un'analisi RATTI, *Alla difficile ricerca dei contorni del lavoro autonomo nel diritto europeo*, in *LDE*, 2023, 3, 2 ss.

² Non assecondando, dunque, quella tendenza per cui “quando si discute dell'applicazione delle direttive europee in materia di discriminazioni generalmente il primo problema che ci si pone riguarda la necessaria preliminare qualificazione dell'attività lavorativa come subordinata”, come osserva ALESSI, *Lavoro tramite piattaforme e divieti di discriminazione nell'UE*, in ALESSI, BARBERA, GUAGLIANONE, *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, 2019, 686.

³ Posto che dalla nozione di “lavoratore” ai fini della Direttiva 2000/78/CE dipende l'ambito di applicazione della disciplina antidiscriminatoria, essa non può che avere “portata comunitaria”, così da assicurarne l'omogeneità applicativa in tutti gli Stati dell'Unione. Per questo motivo la Corte di giustizia ha definito il “lavoratore” come “la persona che fornisce, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione”, cfr. C. giust. 13 gennaio 2004, C-256/01, *Allonby*, par. 65-67, in www.curia.europa.eu. Si tratta di scelta definitiva in continuità con quella adottata in relazione alla libertà di circolazione in C. giust. 3 luglio 1986, C-66/85, *Laurie-Blum*, par. 17, in www.curia.europa.eu, salvo che in quest'ultima si richiede anche l'ulteriore requisito della “realtà” ed “effettività” della prestazione, che non deve essere “puramente marginale ed accessoria”, cfr. C. giust. 4 febbraio 2010, C-14/09, *Genc*, par. 26, in www.curia.europa.eu. In argomento, anche per maggiori riferimenti giurisprudenziali DE MOZZI, *Nozione eurolavorista di lavoratore e magistratura onoraria*, in *VTDL*, 2023, 1, 51 ss.; ZILLI, *La via italiana per condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili*, in *DRI*, 2023, 1, 25 ss.; BATTISTA, *L'evoluzione del concetto di lavoratore nel diritto dell'Unione europea*, in *ADL*, 2021, 3, 624 ss.; MENEGATTI, *The evolving concept of “worker” in EU law*, in *ILLeJ*, 2019, 1, 71 ss.; GIUBBONI, *Being a worker in EU law*, in *ELIJ*, 2018, 3, 223 ss.

⁴ Per un tentativo di esemplificazione delle differenti tipologie di accomodamenti si vedano da ultime le linee guida adottate nel 2024 dalla Commissione europea dal titolo “*Soluzioni ragionevoli sul lavoro. Orientamenti e buone prassi*”, accessibili al link <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8612&furtherPubs=yes>.

⁵ I canoni di correttezza e buona fede vanno oggi riletti alla luce del più ampio dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., *ex multis* v. già Cass. 13 gennaio 1993, n. 343 e Cass., sez. un., 6 marzo 2009, n. 5457, entrambe in www.cortedicassazione.it.

Così delineato, ben si comprende come il quesito d’apertura si collochi nel solco del più generale ripensamento invocato da una parte della dottrina in ordine alle tutele (non) apprestate dall’ordinamento in favore dei lavoratori autonomi⁶, e che nel recente passato ha stimolato qualche positivo intervento del legislatore⁷.

Simili interventi, però, non hanno riguardato – se non in via assolutamente residuale – i lavoratori autonomi con disabilità⁸.

Ecco perché, se si giungesse a risolvere in senso positivo la questione che ci occupa, le ricadute sul complessivo livello di tutela apprestato dall’ordinamento in favore delle persone con disabilità sarebbero tutt’altro che secondarie. La previsione dell’obbligo di introdurre ragionevoli accomodamenti, infatti, si annovera tra i più efficaci strumenti di contrasto alla marginalizzazione sociale e lavorativa delle persone con disabilità⁹. Marginalizzazione che, come intuibile, nei riguardi dei prestatori d’opera assume un’intensità ancora maggiore di quanto non accada nei confronti dei lavoratori subordinati¹⁰.

Ne consegue che (continuare a) rispondere in senso negativo al quesito d’apertura equivarrebbe a (continuare a) precludere la possibilità di raggiungere la condizione di piena parità lavorativa e, per l’effetto, anche sociale, ad una vasta platea di persone con disabilità, composta non solo da coloro che già lavorano in forma autonoma, ma anche da chi, pur aspirandovi, vi rinuncia proprio per la strutturale carenza di tutele.

Di contro, estendere l’ambito di applicazione soggettiva di questo strumento – ferme restando le insopprimibili peculiarità del rapporto di lavoro autonomo che necessariamente si rifletterebbero sul contenuto dell’obbligo e di cui si dirà in seguito – renderebbe assai più agevole alle persone con disabilità l’intrapresa e lo svolgimento anche di un’attività lavorativa in forma autonoma, così abilitandole a compiere in maniera realmente libera la scelta di cui all’art. 4 Cost.

Posto che la bontà delle conseguenze non è, però, sufficiente *ex se* a giustificare l’estensione della platea dei titolari, occorre indagare se esista nell’ordinamento una solida base giuridica su cui essa poggi.

⁶ ALAIMO, *Il lavoro autonomo fra nuove “debolezze” e deficit di protezione sociale: tutele prima, durante e dopo la pandemia*, in *RDSS*, 2021, 2, 209 ss.; PERULLI, *Una critica del lavoro autonomo*, in *LD*, 2022, 1, 201 ss.; con specifico riguardo all’attività libero professionale, D. GAROFALO, *Il lavoro libero professionale: verso l’universalizzazione delle tutele?*, in *EQUAL*, 2024, 2, 129 ss.

⁷ PERULLI, *La legge di tutela del lavoro autonomo: profili introduttivi*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018, 3 ss.; D. GAROFALO, *Il lavoro libero professionale: verso l’universalizzazione delle tutele?*, cit.

⁸ Come ben si apprezza dalla puntuale rassegna delle misure operata DE FALCO, *Disabilità e lavoro non subordinato: una questione di accessibilità*, in *LDE*, 2021, 3, 2 ss.

⁹ In argomento sia consentito il rinvio a TARDIVO, *L’inclusione lavorativa della persona con disabilità: tecniche e limiti*, Giappichelli, 2024.

¹⁰ I quali, oltre che degli accomodamenti ragionevoli, possono avvalersi, ad esempio, anche del collocamento obbligatorio di cui alla l. 12 marzo 1999, n. 68 e delle misure di cui alla l. 5 febbraio 1992, n. 104.

2. Accomodamenti “generali” e accomodamenti “speciali” dopo il d.lgs. n. 62/2024

Che i ragionevoli accomodamenti rappresentino un efficace veicolo di inclusione lavorativa, oltre che sociale in senso lato, è testimoniato dal progressivo rafforzamento del ruolo che ad essi assegnano le norme che, in diversi livelli dell’ordinamento, concorrono a disciplinare la condizione giuridica delle persone con disabilità¹¹.

Dai primi accenni presenti nella l. n. 104/1992¹² e nella l. n. 68/1999¹³, il ricorso agli accomodamenti si è poi sensibilmente consolidato grazie alla Direttiva 2000/78/CE e ancor di più alla Convenzione ONU del 2006¹⁴, fino a giungere al più recente d.lgs. 3 maggio 2024, n. 62, che almeno nell’ordinamento interno ne rappresenta l’espressione più avanzata¹⁵.

È proprio a quest’ultimo intervento che deve ricondursi la comparsa di quella che, almeno sul piano sistematico¹⁶, pare a tutti gli effetti una nuova categoria di ragionevoli accomodamenti, vale a dire quelli *ex art. 5-bis*, della l. n. 104/1992¹⁷, autonoma rispetto a quella più risalente *ex art. 3*, comma *3-bis*, del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216¹⁸.

Ora, posto che gli accomodamenti *ex art. 3*, comma *3-bis*, del d.lgs. n. 216/2003 trovano applicazione al solo ambito lavorativo, ed in seno a quest’ultimo tradizionalmente al solo lavoro subordinato, pare opportuno chiarire fin da subito se la base giuridica che giustificherebbe l’estensione dei ragionevoli accomodamenti anche ai lavoratori autonomi possa rinvenirsi proprio nell’art. *5-bis* della l. n. 104/1992.

Il comma 1 dell’art. *5-bis* statuisce che: «nei casi in cui l’applicazione delle disposizioni di legge non garantisca alle persone con disabilità il godimento e l’effettivo e tempestivo esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fonda-

¹¹ Ne delinea il quadro risultante dal fitto intreccio tra norme interne e sovranazionali LAMBERTUCCI, *Nuove frontiere della disabilità: soggetti protetti e accomodamenti ragionevoli*, in *DLM*, 2024, 2, 237 ss.

¹² Ad esempio, sotto forma di permessi *ex art. 33*.

¹³ Per un primo riferimento ai ragionevoli accomodamenti nella disciplina nazionale FERRANTE, *Art. 13, Agevolazioni per le assunzioni. Art. 14, Fondo regionale per l’occupazione dei disabili*, in G. SANTORO PASSARELLI, LAMBERTUCCI (a cura di), *Norme per il diritto al lavoro dei disabili. Legge 12 marzo 1999, n. 68. Commentario*, in *NLCC*, Cedam, 2000, 1439 ss.

¹⁴ Sulle quali NUNIN, *Disabilità, lavoro e principi di tutela nell’ordinamento internazionale*, in *VTDL*, 2020, 4, 879 ss.

¹⁵ Attuativo della l. delega 22 dicembre 2021, n. 227, sulla quale BONARDI, *Luci e ombre della nuova legge delega sulla disabilità*, accessibile su www.italianequalitynetwork.it, 8 febbraio 2022; DAGNINO, *La tutela del lavoratore malato cronico tra diritto vivente e (mancate) risposte di sistema*, in *DRI*, 2023, 2, 351; DE FALCO, *Ragionando attorno alla legge delega in materia di disabilità: una prospettiva giuslavoristica*, in *RCP*, 2022, 5, 1738 ss. Sul d.lgs. n. 62/2024 invece LAMBERTUCCI, *Nuove frontiere della disabilità: soggetti protetti e accomodamenti ragionevoli*, cit.; BATTISTI, *Il legislatore accoglie (con qualche riserva) la nozione euro-unitaria di disabilità*, in *AD*, 2024, 3, 1 ss.; da una prospettiva più settoriale CARCHIO, *Rischi e tutele nel reinserimento lavorativo delle persone con malattie croniche: prime riflessioni alla luce del d.lgs. n. 62/2024*, in *DSL*, 2024, 162 ss., spec. 179 ss.

¹⁶ E non, invece, sul piano del concreto contenuto dell’obbligo, posto che entrambe le disposizioni fanno esplicito riferimento all’art. 2 della Convenzione ONU del 2006.

¹⁷ Introdotto dall’art. 17 del d.lgs. n. 62/2024 e rubricato “ragionevole accomodamento”.

¹⁸ Che, come noto, è stato inserito dall’art. 9, comma 4 *ter*, del d.l. 28 giugno 2013, n. 76, conv. con mod. in l. 9 agosto 2013, n. 99.

mentali, l’accomodamento ragionevole (...) individua le misure e gli adattamenti necessari, pertinenti, appropriati e adeguati, che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo al soggetto obbligato».

La circostanza per cui l’art. 5-*bis* guarda all’accomodamento come strumento residuale¹⁹ e funzionale a garantire «il godimento e l’effettivo e tempestivo esercizio (...) di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali», ne conferma il carattere “generale”, che, in linea con l’impianto della l. n. 104/1992, ne espande l’ambito di applicazione ben oltre quello lavorativo.

A sostegno di questa lettura circa la potenziale irrilevanza della tipologia contrattuale che veicola la prestazione, deporrebbe proprio il tenore letterale dell’art. 5-*bis*, comma 1, laddove per individuare il titolare del diritto esso utilizza la locuzione “persone con disabilità” (e non il termine “lavoratori”), rendendo così superfluo chiedersi se essi siano subordinati o autonomi.

Coerentemente, anche nell’individuare il soggetto obbligato esso prescinde dalla terminologia tipica del rapporto di lavoro. Evocativa risulterebbe la scelta nel comma 11 dell’art. 5-*bis* dell’espressione “soggetto privato”, che ben potrebbe comprendere tanto il “datore”, quanto il “committente”.

Si tratta, però, di una suggestione che non sembra cogliere nel segno quantomeno per due motivi.

Il primo è legato alla platea dei beneficiari.

Nell’impianto delineato dal d.lgs. n. 62/2024 sembrano, infatti, convivere due distinte nozioni di disabilità, l’una in senso bio-psico-sociale “pura”, l’altra in senso bio-psico-sociale “certificata” (subordinata, cioè, al positivo svolgimento della valutazione di base)²⁰. Il diritto ai ragionevoli accomodamenti in seno alla novellata l. n. 104/1992 sembra essere stato riconosciuto proprio (e solo) alle persone riconducibili a quest’ultima definizione di disabilità

¹⁹ Al contrario dell’art. 3, comma 3-*bis*, il nuovo art. 5-*bis* descrive anche un preciso *iter* procedurale che la persona con disabilità deve seguire per chiedere l’introduzione dell’accomodamento: l’individuazione dei legittimati alla richiesta e la forma da osservare (comma 3), il diritto di partecipazione all’individuazione della misura (comma 4), le modalità di individuazione della stessa (commi 5, 6, 7), e le modalità di opposizione e le possibili reazioni all’eventuale diniego (commi 8, 9, 10, 11).

²⁰ Nel d.lgs. n. 62/2024 sembrano convivere due distinte nozioni di «disabilità». La prima è quella versata nell’art. 2, che in piena sintonia con la Convenzione ONU definisce la “condizione di disabilità” come «una duratura compromissione fisica, mentale, intellettiva, del neurosviluppo o sensoriale che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione nei diversi contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri». A questa definizione, che per effetto del successivo art. 4, comma 1, lett. a) sostituisce «ovunque ricorre, la parola “handicap”, se ne affianca una seconda utile proprio ai fini della fruizione del ragionevole accomodamento *ex art.* 5-*bis*. È quella contenuta nell’art. 2, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 62/2024, che definisce la “persona con disabilità” mediante un rinvio all’art. 3 della l. n. 104/1992. Quest’ultimo – a sua volta modificato dall’art. 3 del d.lgs. n. 62/2024 – la descrive come «chi presenta durature compromissioni fisiche, mentali intellettive o sensoriali che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione nei diversi contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri, accertate all’esito della valutazione di base». Il riferimento finale alla necessità che la condizione di disabilità sia “accertata” si collega poi a quanto prevede l’art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 62/2024, nella parte in cui per l’appunto subordina la fruizione dell’accomodamento *ex art.* 5-*bis* “al riconoscimento della condizione di disabilità” per come accertata all’esito della nuova valutazione di base.

“certificata”²¹, definendo perciò una platea di potenziali beneficiari inadatta a sostenere un’estensione generalizzata del diritto in questione a qualsivoglia lavoratore autonomo²².

Va aggiunto, peraltro, che appare assai dubbia anche la compatibilità tra lo strumento solo eventuale del progetto di vita individuale di cui all’art. 18 del d.lgs. n. 62/2024 (che pure considera l’ambito lavorativo) e lo svolgimento di attività di lavoro autonomo, la quale generalmente implica la stipula di molteplici contratti con una pluralità di committenti sempre diversi.

Il secondo motivo è di carattere sistematico.

Se è vero che l’art. 5-*bis* prevede la possibilità di ricorrere agli accomodamenti anche in ambiti diversi da quello lavorativo (ad es. l’accesso ai servizi pubblici), occorre tener presente che la stessa disposizione gli conferisce un carattere d’applicazione sussidiaria. Il comma 1 dell’art. 5-*bis* statuisce, infatti, che può ricorrersi ai ragionevoli accomodamenti solo nel caso in cui «l’applicazione delle disposizioni di legge non garantisca alle persone con disabilità il godimento e l’effettivo e tempestivo esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali».

Nel contesto lavorativo l’esercizio dei diritti del prestatore (da stabilire se solo subordinato o anche autonomo) è già espressamente garantito dalla misura *ex art. 3*, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 216/2003²³.

Ne consegue che, al netto dei dubbi sull’art. 5-*bis*, per rispondere al quesito d’apertura occorre in via preliminare stabilire se l’estensione dell’ambito di applicazione soggettiva del diritto agli accomodamenti possa fondarsi sull’art. 3, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 216/2003, quale norma di recepimento dell’art. 5 della Direttiva 2000/78/CE.

3. Estroflessioni e introflessioni della platea dei titolari del diritto agli accomodamenti nella disciplina antidiscriminatoria

Ragionare della platea dei titolari del diritto ai ragionevoli accomodamenti *ex art. 3*, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 216/2003 consente di apprezzare l’intrinseca dinamicità che connota, anche sul piano soggettivo, la disciplina antidiscriminatoria²⁴.

²¹ Cfr. art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 62/2024 e considerazioni di cui alla nota precedente.

²² Vi è, dunque, un evidente iato rispetto a quanto potrebbe avvenire laddove si impiegasse quale base giuridica a sostegno dell’estensione la disciplina antidiscriminatoria, che, come noto, non esige certificazione alcuna per l’accesso alla relativa tutela.

²³ Ecco perché pare possibile sostenere che all’esito della riforma sussistano due tipologie di accomodamento ragionevole: la prima strettamente legata all’ambito applicativo delle azioni previste dal d.lgs. n. 62/2024 e dalla l. n. 104/1992 (subordinato alla valutazione di base); la seconda specificamente deputata a operare in ambito lavorativo *ex art. 3*, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 216/2003 (che non necessita di alcun previo accertamento).

²⁴ Parlano di “carattere dinamico” dei divieti di discriminazione BARBERA, BORELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di di-*

Per quel che qui rileva, tale dinamicità si manifesta in senso tanto espansivo, quanto restrittivo.

Alla prima di queste tendenze possono ricondursi, innanzitutto, gli effetti dell'interpretazione in senso bio-psico-sociale del fattore handicap di cui all'art. 1 della Direttiva. Il risultato è stato quello di includere tra i soggetti protetti anche coloro che – diversamente da quanto accade in ambito nazionale – possono considerarsi affetti da una malattia²⁵ di lunga durata²⁶, compresa quella cronica²⁷, che discende da una menomazione fisica, mentale o psichica²⁸, e che incide sulla capacità lavorativa²⁹, tale da integrare anche solo un ostacolo e non necessariamente una causa di impossibilità di adempimento della prestazione³⁰. A questi lavoratori pacificamente trova applicazione la tutela della Direttiva 2000/78/CE e, per l'effetto, anche il diritto *ex art. 5*.

Speculare ma opposta a questa tendenza espansiva fondata sulla nozione di handicap è quella che riguarda le persone che dalla malattia guariscono: trattandosi pur sempre di un fenomeno transeunte, quando al termine della medesima il prestatore riacquista l'integrale capacità di attendere alle specifiche mansioni contrattuali rese impossibili dallo stato morboso, non può che concludersi che anche il diritto ai ragionevoli accomodamenti viene meno. Così come può venire meno il diritto nei casi in cui la menomazione (che in combinato con le barriere socio-contestuali danno vita alla disabilità) venga integralmente

scriminazione, in *WP D'Antona, It.*, 451/2022, 7, osservando che «le categorie della discriminazione (...) socialmente e storicamente determinate» si configurano come “mobili”, vale a dire suscettibili di veder esteso il proprio ambito di applicazione soggettivo in considerazione, poiché “mobile” risulta anche l'esigenza di contrastare le disuguaglianze scaturenti in un dato momento storico nei confronti di un dato gruppo di persone.

²⁵ La ratifica della Convenzione ONU da parte dell'Unione ha indotto la Corte di giustizia a superare l'iniziale impostazione di segno contrario espressa in C. giust. 11 luglio 2006, C-13/05, *Chacón Navas*, par. 44-47 e 53-57, si veda in proposito C. giust. 11 aprile 2013, C-335 e 337/2011, *HK Danmark*, par. 43-44, entrambe in www.curia.europa.eu. In dottrina TOPO, *Il licenziamento del lavoratore malato e del lavoratore disabile*, in *GI*, 2014, 2, 436 ss.; DE MOZZI, *Condizioni personali del lavoratore e licenziamento*, Cleup, 2018, 110 ss.; D. GAROFALO, *La risoluzione del rapporto di lavoro per malattia*, in *DRI*, 2023, 2, 357 ss.

²⁶ C. giust. 11 aprile 2013, C-335 e 337/2011, *HK Danmark*, par. 41 e 47; C. giust. 18 dicembre 2014, C-354/13, *FOA*, par. 59; C. giust. 1° dicembre 2016, C-395/15, *Daouidi*, par. 45; C. giust. 9 marzo 2017, C-406/15, *Milkova*, par. 36; C. giust. 18 gennaio 2018, C-270/2016, *Conejero*, par. 28. Con valutazione da svolgersi nel momento in cui l'atto ritenuto discriminatorio viene attuato, cfr. C. giust. 1° dicembre 2016, C-395/15, *Daouidi*, par. 56 in www.curia.europa.eu, così come le precedenti sentenze citate.

²⁷ Sull'argomento, oltre a CARCHIO, *Rischi e tutele nel reinserimento lavorativo delle persone con malattie croniche: prime riflessioni alla luce del d.lgs. n. 62/2024*, cit., e DAGNINO, *La tutela del lavoratore malato cronico tra diritto vivente e (mancate) risposte di sistema*, cit., anche VARVA, *Malattie croniche e lavoro tra normativa e prassi*, in *RIDL*, 2018, 1, 109 ss.; FERNÁNDEZ MARTINEZ, *L'evoluzione del concetto giuridico di disabilità: verso un'inclusione delle malattie croniche?*, in *DRI*, 2017, 1, 74 ss.

²⁸ Di cui non rileva se siano “congenite o derivanti da incidenti” o ancora se siano state “cagionate da una malattia”, così come stabilisce C. giust. 11 aprile 2013, C-335 e 337/2011, *HK Danmark*, cit., par. 40.

²⁹ Sull'esclusione della riconducibilità alla nozione di “handicap” della condizione di infertilità dovuta dall'assenza di utero C. giust. 18 marzo 2014, C-363/12, *Z.*, par. 79-81; si vedano anche, sulla condizione di obesità C. giust. 18 dicembre 2014, C-354/13, *FOA*, par. 60 e C. giust. 18 gennaio 2018, C-270/2016, *Conejero*, par. 30, tutte in www.curia.europa.eu.

³⁰ In tal senso già C. giust. 11 aprile 2013, C-335 e 337/2011, *HK Danmark*, cit., par. 44.

neutralizzata attraverso il crescente impiego di tecniche di intelligenza artificiale, medicina rigenerativa, ecc.³¹

Altra tendenza in senso espansivo sembra registrarsi con riguardo ai lavoratori discriminati per associazione.

Se è vero che in *Coleman* l'estensione della tutela antidiscriminatoria sembrava non aver varcato la soglia di un espresso riconoscimento del diritto agli accomodamenti anche a coloro che assistono le persone con disabilità³², alcuni recenti interventi di matrice pretoria e innovazioni di matrice legale sembrano aver riaperto e, per certi versi, superato quest'impostazione.

Ci si riferisce, in primo luogo, ad una recente ordinanza di rinvio *ex art.* 267 TFUE della Corte di cassazione³³, con la quale si chiede alla Corte di giustizia di chiarire se, alla luce del mutato quadro ordinamentale e sociale, non possa oggi darsi un'interpretazione più "estensiva" della Direttiva 2000/78/CE³⁴, tale a ritenere che il diritto ai ragionevoli accomodamenti vada esteso anche ai *caregiver*³⁵.

Di maggior impatto è la modifica dell'art. 25, comma 2-*bis*, del d.lgs. n. 11 aprile 2006, n.198 ad opera dall'art. 2, comma 1, l. 5 novembre 2021, n. 162³⁶, da leggersi anche alla luce del d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105³⁷.

³¹ In argomento rimando alle più ampie considerazioni svolte in TARDIVO, *L'inclusione lavorativa della persona con disabilità: tecniche e limiti*, cit., 139 ss.

³² C. giust. 17 luglio 2008, C-303/06, *Coleman*, par. 39, in *www.curia.europa.eu*, secondo cui «vero è che la direttiva 2000/78 contiene diverse disposizioni applicabili, come risulta dalla loro stessa formulazione, unicamente alle persone disabili. Infatti, il suo art. 5 precisa che per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro deve prendere i provvedimenti appropriati, a seconda delle esigenze della situazione concreta, per consentire al disabile di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possa ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato». In dottrina CALAFÀ, *Disabilità, discriminazione e molestia «associata»: il caso Coleman e l'estensione elastica del campo di applicazione soggettivo della direttiva 2000/78*, in *DEL*, 2008, 4, 1196 ss.; VENTURI, *Effettività della tutela comunitaria contro la discriminazione diretta fondata sull'handicap ed estensione dell'ambito soggettivo della tutela: il caso Coleman*, in *DRI*, 2008, 2, 849 ss.

³³ Cass. 17 gennaio 2024, n. 1788, in *www.cortedicassazione.it*, che solleva un dubbio sul quale già la dottrina si interrogava: BARBERA, BORELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, cit., 53.

³⁴ Posto che in *Coleman* la Corte di giustizia si era pronunciata con riguardo ad una discriminazione diretta, la Cassazione chiede ora di chiarire se il *caregiver* possa invocare la tutela antidiscriminatoria anche quando assuma di essere stato oggetto di una discriminazione indiretta, conseguente allo svantaggio arrecato da scelte organizzative all'apparenza neutre ma confliggenti con la sua attività di cura.

³⁵ Cass. 17 gennaio 2024, n. 1788, cit., pt. 52. In caso positivo, la Suprema Corte chiede poi di precisare anche la nozione di *caregiver* utile ai fini dell'applicazione della Direttiva CE 2000/78.

³⁶ A mente del nuovo art. 25, comma 2-*bis*, integra una discriminazione ai sensi del Titolo I del C.p.o. «ogni trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro che, in ragione (...) delle esigenze di cura personale o familiare (...) 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». In dottrina PASQUALETTO, *La complicata nozione di discriminazione di genere dopo la legge n. 162/2021*, in *DRI*, 2024, 2, 349 ss.; C. GAROFALO, *Il problematico allargamento della nozione di discriminazione nel codice delle pari opportunità*, in *LDE*, 2023, 1, 2 ss.

³⁷ Mediante il quale viene recepita la Direttiva UE 2019/1158, su cui per tutti FILI, *L'impatto del decreto n. 105/2022 sul contesto. Ottimismo della volontà, pessimismo dell'intelligenza e pragmatismo visionario*, 435 ss. e CASILLO, *Permessi e agevo-*

Al netto delle perplessità che la novella ha suscitato in dottrina³⁸, rilevante ai nostri fini è l’inserimento tra i fattori protetti delle “esigenze di cura personale o familiare”, che ben potrebbero ricomprendere quelle tipiche di un *caregiver*, e che, pur non sostanziandosi nel riconoscimento diretto dei ragionevoli accomodamenti, potrebbe giungere al medesimo risultato in via mediata³⁹.

4. Il caso dei lavoratori autonomi “genuini”: il dibattito sulla Direttiva 2000/78/CE

Appurata l’elasticità che connota la platea dei titolari del diritto agli accomodamenti di cui alla normativa antidiscriminatoria, non resta ora che stabilire se essa possa spingersi al punto di includere anche i lavoratori autonomi “genuini”.

Con riguardo a questi ultimi, anche se non con specifico riferimento agli accomodamenti, già in passato la dottrina si era interrogata su quali principi della Direttiva 2000/78/CE potessero essere loro estesi⁴⁰.

La questione si poneva perché secondo un’interpretazione aderente al dato letterale della Direttiva, quest’ultima doveva trovare applicazione ai lavoratori autonomi limitatamente alle sole condizioni “di accesso all’occupazione e al lavoro”⁴¹, e non anche alle successive fasi di svolgimento e cessazione. Rispetto ad esse, infatti, l’art. 3, par. 1, lett. c) della Direttiva, da un lato, non citava il “lavoro autonomo” (come invece accade alla lett. a) in

lazioni per i lavoratori caregivers familiari (art. 3, comma 1, lett. B, d.lgs. n. 105/2022), p. 568 ss., entrambi 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*, Tomo II, Adapt University Press, 2023.

³⁸ Secondo CALAFÀ, *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, accessibile su www.italianequalitynetwork.it, 7 gennaio 2022, la novella in parola rappresenta «l’ennesima conferma della predilezione di una tecnica di intervento spot, mirato, quasi chirurgico, forse per assecondare logiche estemporanee»; critiche anche BARBERA, BORELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, cit., 34, che ritengono la novella abbia “pasticciato il testo normativo”; in argomento anche PERUZZI, *Orario di lavoro e discriminazione per genitorialità: la soluzione giurisprudenziale prima della l. n. 162/2021*, in *RIDL*, 2022, 2, 265 ss.

³⁹ Il datore che intende provare il carattere non discriminatorio di una “disposizione”, un “criterio” o una “prassi” apparentemente neutri ora dovrebbe limitarsi a raggiungere la prova di quanto richiesto dall’art. 2, par. 2, lett. b), *sub i*) della Direttiva, ossia che simili disposizioni, criteri o prassi sono “oggettivamente giustificati da una finalità legittima” e che i mezzi impiegati per il conseguimento di quest’ultima sono “appropriati e necessari”. Si è sostenuto, però, che sarebbe proprio nel provare il carattere “necessario” della misura organizzativa che il datore potrebbe dover dimostrare l’impraticabilità di scelte organizzative diverse e idonee a consentire al *caregiver* di non subire lo svantaggio, così TARQUINI, *Obblighi di cura e organizzazione del lavoro: alcune osservazioni alla luce della l. 162/2021*, in *Labor*, 2022, 1, 135. Il datore dovrebbe così garantire ragionevoli accomodamenti non tanto in virtù dell’esistenza di un espresso obbligo di loro introduzione, quanto per provare l’inesistenza di una discriminazione indiretta o, meglio, per giustificarne gli effetti svantaggiosi ex art. 2, par. 2, lett. b), *sub i*).

⁴⁰ BARNARD, *Discrimination law, self-employment and the liberal professions*, in *European Anti-Discrimination Law Review*, 2011, 12, 21 ss.

⁴¹ Cfr. art. 3, comma 1, lett. a), Direttiva CE 2000/78.

relazione alle condizioni di “accesso”); dall’altro, menzionava istituti tipici del solo lavoro subordinato⁴².

A questa interpretazione, da cui derivava una irragionevole tutela frazionata⁴³, se ne contrapponeva una seconda, che al contrario sosteneva l’applicazione generalizzata della tutela antidiscriminatoria in ogni fase del rapporto di lavoro autonomo.

Un primo argomento speso in favore di questa diversa lettura valorizzava il fatto che, per definire il proprio ambito di applicazione, l’art. 3 della Direttiva si riferisce alle “persone”, senza che assuma rilevanza la tipologia contrattuale che ne veicola la prestazione⁴⁴.

A conforto di questa interpretazione veniva valorizzata anche la base giuridica su cui poggiano le direttive antidiscriminatorie di seconda generazione, vale a dire l’art. 19 TFUE (ex art. 13 TCE)⁴⁵, sostenendo che questa disposizione affida al Consiglio il potere di adottare provvedimenti di contrasto delle discriminazioni di portata generale, e non limitate a particolari tipologie contrattuali o a specifiche fasi del rapporto⁴⁶.

La progressiva espansione “dell’ombrello della tutela” del diritto comunitario in favore dei lavoratori non subordinati militerebbe proprio a sostegno di questa seconda interpretazione⁴⁷.

Un secondo argomento, assai più convincente e che, come si dirà a breve, verrà ampiamente ripreso dalla Corte di giustizia in una recente pronuncia, valorizzava in senso estensivo il termine “occupazione” presente nell’art. 3, comma 1, lett. c), della Direttiva 2000/78/CE. Così che, quando la Direttiva sostiene di applicarsi “all’occupazione”⁴⁸, ciò riguarderebbe qualsivoglia condizione applicabile a qualsiasi forma di lavoro, tanto dipendente, quanto autonomo, a prescindere dalla forma giuridica in cui esso viene svolto.

Ove si accogliesse – come ha di recente fatto la Corte di giustizia – questo argomento, la Direttiva 2000/78/CE ben potrebbe trovare applicazione anche ai lavoratori autonomi “genuini”.

⁴² Quali “licenziamento” e “retribuzione” di cui all’art. 3, comma 1, lett. c), Direttiva CE 2000/78.

⁴³ Cfr. in particolare BORELLI, GUARISO, LAZZERONI, *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019, 168.

⁴⁴ Principio che BORELLI, RANIERI, *La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall’algoritmo Frank*, in *LLI*, 2021, 1, 29 propongono di leggere in combinato con funzione ed efficacia assunte dal principio di eguaglianza nell’ordinamento comunitario, del quale integra un “principio generale”.

⁴⁵ BORELLI, RANIERI, *La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall’algoritmo Frank*, cit., 30.

⁴⁶ In questo senso anche C. giust. 23 aprile 2020, C-507/18, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, par. 35-36, in *www.curia.europa.eu*.

⁴⁷ Espansione che sarebbe incoraggiata tanto dalla Corte di giustizia (su cui per una panoramica MENEGATTI, *Taking EU labour law beyond the employment contract: the role played by the European Court of Justice*, in *ELLJ*, 2020, 1, 26 ss.; ALESSI, *Lavoro tramite piattaforme e divieti di discriminazione nell’UE*, cit., pp. 689-690), sia dal legislatore comunitario (rispetto alle cui iniziative si rinvia a BARBERA, *Principio di eguaglianza e divieto di discriminazione*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, cit., 31; BORELLI, RANIERI, *La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall’algoritmo Frank*, cit., 29-30).

⁴⁸ Oltre che «alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione».

Come si dirà in seguito, però, questo solo assunto non è sufficiente a giustificare *de plano* anche l'estensione del diritto *ex art. 5* della Direttiva: come testimonia proprio il caso dei *caregivers*, infatti, non sempre all'estensione dell'applicazione della Direttiva è corrisposta l'estensione del diritto agli accomodamenti.

5. La posizione della Corte di giustizia in J.K. c. TP S.A.: la nozione di “lavoratore autonomo” (genuino) ai fini antidiscriminatori

Le contrapposizioni di cui si è appena detto in ordine all'art. 3 della Direttiva sembrano essere state composte da un recente arresto della Corte di giustizia⁴⁹.

Si tratta di una pronuncia resa in un caso di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, che così può essere sintetizzato: tra il 2010 e il 2017 un *videomaker* stipulava una serie di contratti d'opera consecutivi e di breve durata con TP, società operante nel settore delle telecomunicazioni, aventi ad oggetto la realizzazione di montaggi audiovisivi, trailer e servizi per le trasmissioni promozionali. Sulla qualità della sua attività egli riceveva sempre ottimi riscontri dalla committente, tanto che i contratti si susseguivano con continuità per sette anni. L'ultimo di questi contratti veniva stipulato con durata mensile il 20 novembre 2017. Il quadro mutava radicalmente dopo che il 4 dicembre dello stesso anno il ricorrente pubblicava su YouTube un video con il suo partner sul tema della celebrazione delle feste natalizie da parte delle coppie omosessuali. Dopo la pubblicazione il ricorrente dapprima riceveva una serie di comunicazioni da parte di TP che ne sospendevano l'attività fino alla scadenza del contratto, per poi assistere al rifiuto della committente di stipulare nuovi contratti.

Considerato che in seno all'art. 1 della Direttiva i fattori di discriminazione vietati sono tra loro equiparati, sembra possibile estrapolare da questa decisione quantomeno due principi che la Corte sancisce e che risultano utili anche ai fini del quesito che ci occupa⁵⁰: il primo riguarda la definizione di lavoratore autonomo (“genuino”) ai fini della Direttiva 2000/78/CE; il secondo concerne proprio l'individuazione di quali disposizioni della medesima direttiva trovino applicazione ai lavoratori autonomi così definiti.

⁴⁹ Ci si riferisce a C. giust. 12 gennaio 2023, C-356/21, *J.K. c. TP S.A.*, in www.curia.europa.eu.

⁵⁰ Oltre ai profili che si analizzeranno di seguito, nella sentenza in parola una parte della dottrina ha rinvenuto un'adesione della Corte di giustizia (e prima dell'Avvocato generale) alla tesi della c.d. “*personal work relationship*”, che mira a superare la dicotomia delle tutele tra lavoro autonomo e subordinato; PERULLI, *Discriminazione e lavoro autonomo nella prospettiva della Corte di giustizia*, in *Labor*, 2023, 4, 408 ss.; più di recente PERULLI, *A new category within European Union Law: personal work*, in *ELLJ*, 2024, 1, 184 ss.; sulla genesi della teoria v. FREEDLAND, *Application of labour and employment law beyond the contract of employment*, in *International Labour Review*, 2007, 1-2, 3 ss.; più di recente KOUNTOURIS, DE STEFANO, *New trade union strategies for new forms of employment*, ETUC, 65.

Quanto alla definizione di “lavoratore autonomo” utile per l’applicazione della Direttiva 2000/78/CE, la Corte afferma che tale è colui che svolge attività “reali”, “effettive”, “personali” e caratterizzate “da una certa stabilità”, ossia svolte “in modo regolare a beneficio di uno stesso destinatario”, che consentono al prestatore “di accedere, in tutto o in parte, a mezzi di sostentamento”⁵¹.

Si tratta di una nozione che ha suscitato le critiche di una parte della dottrina⁵², e che attraverso la previsione del criterio della “stabilità”⁵³ sembra rivolgersi più ai prestatori d’opera c.d. “monocommittenti”, i quali per quanto autonomi versano in condizione di una certa “dipendenza” (quantomeno economica) dal committente⁵⁴. Sembrano venire esclusi, invece, quei lavoratori autonomi che tendenzialmente stipulano una pluralità di contratti ad esecuzione istantanea con committenti diversi.

Ora, per quanto comprensibilmente motivata dalla necessità di non aprire ad una incontrollata espansione dell’ambito applicativo della Direttiva, che pur sempre incide sulla libera scelta del contraente e, dunque, in via mediata sulla competitività del mercato, la soluzione della Corte desta qualche perplessità.

La prima riguarda il criterio della “stabilità”: se nel caso considerato dalla Corte esso era piuttosto evidente (potendosi desumere da una pluralità di contratti stipulati continuamente nel corso di 7 anni), meno intuitivo sarebbe il caso del prestatore che venga discriminato dopo la stipula del primo contratto.

Ci si chiede, in particolare, se esigere la “stabilità” della prestazione sia funzionale a perseguire quelle finalità che la stessa Corte di giustizia sostiene ispirino la Direttiva, vale a dire «eliminare, per ragioni di interesse sociale e pubblico, tutti gli ostacoli fondati su motivi discriminatori all’accesso ai mezzi di sostentamento e alla capacità di contribuire alla società attraverso il lavoro» (v. *infra*)?

⁵¹ C. giust. 12 gennaio 2023, C-356/21, *J.K. c. TP S.A.*, cit., par. 43-47.

⁵² Si esprime in senso critico rispetto all’impiego del carattere “reale” ed “effettivo” della prestazione BORELLI, *Commento alla sentenza della Corte di giustizia del 12.1.2023, C-356/21, J.K. c. TP s.a.*, accessibile su www.italianequalitynetwork.it, 11 febbraio 2023, osservando che tali caratteri vengono richiesti dalla giurisprudenza comunitaria per integrare la nozione di lavoratore ex art. 45 TFUE, vale a dire una nozione che persegue una «finalità – quella di evitare il turismo sociale – che è del tutto estranea al diritto antidiscriminatorio».

⁵³ Che in parte richiama il criterio del “certo periodo di tempo” impiegato nella definizione di lavoratore ai fini della libera circolazione, su cui VARVA, *Recesso del committente dal rapporto di lavoro autonomo e discriminazione per orientamento sessuale: la vis expansiva della nozione europea di lavoratore*, in *GC.com*, 28 marzo 2023, 8.

⁵⁴ Nei fatti, esigere che la prestazione sia svolta con una certa “regolarità” implica che il committente non sia “uno dei tanti” in favore dei quali il prestatore d’opera rende la sua attività, postulando piuttosto che vi sia un legame a tal punto rilevante da far sì che l’atto discriminatorio dia luogo alla riduzione della capacità di «accedere, in tutto o in parte, a mezzi di sostentamento». Non a caso la Corte opera una analogia tra “licenziamento” e “recesso” discriminatori, sostenendo che «analogamente a un lavoratore subordinato che può involontariamente perdere il suo lavoro dipendente a seguito di un licenziamento, una persona che ha esercitato un’attività autonoma può trovarsi costretta a cessare tale attività a causa della sua controparte contrattuale e trovarsi, per tale motivo, in una situazione di vulnerabilità paragonabile a quella di un lavoratore subordinato licenziato», C. giust. 12 gennaio 2023, C-356/21, *J.K. c. TP S.A.*, cit., par. 63; in precedenza, seppur in materia di libera circolazione dei lavoratori, v. C. giust. 20 dicembre 2017, C-442/16, *Gusa*, cit., par. 40 e 43.

In altri termini, alla luce di questa *ratio*, non sarebbe ugualmente meritevole di tutela il prestatore che avesse pubblicato il video in supporto alle coppie omosessuali dopo la stipula di un solo contratto, seppur di breve durata? E se, invece, il contratto fosse stato uno solo, ma di durata, ad esempio, biennale, si sarebbe potuto ritenere sussistente il criterio della “stabilità”? Che dire, poi, della frequenza con la quale i contratti dovrebbero essere stipulati per integrare il requisito della “stabilità”? Se i contratti fossero stipulati a distanza di molti anni l’uno dall’altro, potrebbe comunque considerarsi “stabile” l’attività? In questa ipotesi si potrebbe forse valorizzare la natura della prestazione e la frequenza con la quale il suo svolgimento viene richiesto ad un lavoratore autonomo. Si pensi al caso dell’aggiornamento formativo in materia di salute e sicurezza svolta da un formatore autonomo per almeno sei ore una volta ogni cinque anni. Benché più labile rispetto al caso esaminato dalla Corte, si potrebbe comunque sostenere che la stabilità sussiste se nel corso degli anni precedenti il committente non ha svolto quell’attività e non l’ha affidata a soggetti diversi⁵⁵.

Il criterio della regolarità si presta, poi, ad un’ulteriore critica: di fatto rimette alla condotta negoziale del committente l’applicabilità della disciplina antidiscriminatoria. Se, infatti, il committente intimorito dal rischio di veder applicata la tutela antidiscriminatoria ai propri rapporti decidesse di rivolgersi a prestatori d’opera sempre diversi, di fatto impedirebbe il consolidamento della stabilità richiesta dalla Corte, sterilizzando così l’applicazione della disciplina antidiscriminatoria⁵⁶.

5.1. L’ambito di applicazione della Direttiva 2000/78/CE ai lavoratori autonomi con disabilità

Dopo aver definito i lavoratori autonomi ai fini della Direttiva, la Corte passa a chiarire – ed è questo il secondo principio che interessa – a quali fasi del loro rapporto essa trovi applicazione.

La soluzione offerta poggia su un’interpretazione teleologica dell’art. 3, par. 1, lett. c), ed in particolare della locuzione “condizioni di occupazione”, che nella prospettiva fatta propria dalla Corte deve ritenersi includere “in senso ampio, le condizioni applicabili a qualsiasi forma di lavoro dipendente e autonomo, a prescindere dalla forma giuridica in cui esso viene svolto”⁵⁷. A questo approdo il Giudice comunitario perviene considerando in prima battuta che la Direttiva 2000/78/CE «è volta a eliminare, per ragioni di interesse sociale e pubblico, tutti gli ostacoli fondati su motivi discriminatori all’accesso ai mezzi di sostentamento e alla capacità di contribuire alla società attraverso il lavoro, a prescindere dalla forma giuridica

⁵⁵ Ove emergesse che – pur in momenti distanti nel tempo – il committente si è rivolto sempre allo stesso prestatore d’opera, poi discriminato, vi sarebbero margini per argomentare la sussistenza della “certa regolarità” richiesta dalla Corte.

⁵⁶ Nell’interpretare il criterio della regolarità, quindi, più che il solo fattore temporale – *ex se* non risolutivo – potrebbero soccorrere altri fattori, come il numero di contratti d’opera conclusi dal prestatore nell’anno e diversi da quello nel quale è stato adottato l’atto discriminatorio, oppure ancora la rilevanza del corrispettivo pattuito con il committente che lo ha discriminato rispetto ai compensi totali percepiti dal prestatore durante l’anno.

⁵⁷ C. giust. 12 gennaio 2023, C-356/21, *J.K. c. TP S.A.*, cit., par. 58.

in virtù della quale esso è fornito»⁵⁸. Non rappresenta, quindi, «un atto di diritto derivato dell'Unione, come quelli fondati segnatamente sull'articolo 153, par. 2, TFUE, che concernono solo la tutela dei lavoratori quale parte più debole di un rapporto di lavoro»⁵⁹.

Ne deriva che per la Corte «l'obiettivo perseguito da tale direttiva non potrebbe essere raggiunto qualora la tutela offerta da quest'ultima contro qualsiasi forma di discriminazione fondata su uno dei motivi di cui all'articolo 1 (...) non consentisse il rispetto del principio di parità di trattamento dopo l'accesso a tale lavoro autonomo e, dunque, segnatamente, per quanto concerne le condizioni di esercizio e di cessazione di tale lavoro».

Conclude affermando che la Direttiva 2000/78/CE «si estende al rapporto professionale nella sua integralità»⁶⁰.

Si è detto, però, che l'estensione dell'ambito di applicazione della Direttiva ad ogni fase del rapporto di lavoro autonomo non implica di per sé anche l'automatica estensione del diritto ai ragionevoli accomodamenti *ex art. 5*.

Taluno, infatti, valorizzando il tenore letterale dell'articolo appena citato potrebbe sostenere che non vi sia estensione oltre l'area della subordinazione: nell'individuare il soggetto obbligato, infatti, l'art. 5 lo indica come il “datore di lavoro” (“*employer*”).

Si potrebbe osservare di rimando, però, che ugualmente l'art. 5, quando parla dei titolari del diritto, ricorre alla parola “disabili” e non “lavoratori dipendenti”, come pure altrove fa la Direttiva.

Non può non rilevarsi, poi, che l'interpretazione restrittiva riproporrebbe quella logica sottesa alla tutela frazionata che la Corte ha inteso superare affermando che la *ratio* della Direttiva non è quella di tutelare il “contraente debole”, ma di «eliminare, per ragioni di interesse sociale e pubblico, tutti gli ostacoli fondati su motivi discriminatori all'accesso ai mezzi di sostentamento e alla capacità di contribuire alla società attraverso il lavoro»⁶¹.

Sostenendo l'interpretazione restrittiva, quindi, si incorrerebbe in una evidente contraddizione: per un verso, si ammetterebbe l'estensione del principio di parità di trattamento ad ogni fase del rapporto di lavoro autonomo; per altro verso, però, si escluderebbe che ai lavoratori autonomi trovi applicazione uno strumento indispensabile per rendere pienamente effettivo tale principio.

Ne deriverebbe, come detto, che i prestatori d'opera continuerebbero ad essere trattati in maniera meno favorevole di quelli subordinati.

⁵⁸ C. giust. 12 gennaio 2023, C-356/21, *J.K. c. TP S.A.*, cit., par. 43; in precedenza C. giust. 2 giugno 2022, C-587/20, *HK/Danmark e HK/Privat*, cit., par. 34.

⁵⁹ C. giust. 12 gennaio 2023, C-356/21, *J.K. c. TP S.A.*, cit., par. 43.

⁶⁰ C. giust. 12 gennaio 2023, C-356/21, *J.K. c. TP S.A.*, cit., par. 56.

⁶¹ C. giust. 12 gennaio 2023, C-356/21, *J.K. c. TP S.A.*, cit., par. 43.

6. Estensione sì, ma di un diritto dal contenuto “ragionevolmente adattato”

È fuor di dubbio che accedere alla tesi favorevole all'estensione genererebbe una serie di problemi di coordinamento tra disposizioni normative, connessi soprattutto alle caratteristiche tipiche del rapporto di lavoro autonomo, che non possono essere trascurati e che di seguito si analizzeranno al fine di capire se possano rinvenirsi dei correttivi.

In primo luogo, vi è il tema della conoscibilità e dell'insorgenza dell'obbligo di adottare gli accomodamenti.

Se esso già rappresenta un *punctum dolens* nel caso di un rapporto di lavoro subordinato, in ipotesi di lavoro autonomo la complessità aumenterebbe: in considerazione della sua alterità organizzativa perfetta, anche sul piano spazio-temporale della prestazione, il committente si troverebbe nella tendenziale impossibilità anche solo di sospettare l'esistenza della condizione di disabilità, e così pure dell'insorgenza dell'obbligo *ex art. 5* della Direttiva.

In questo frangente potrebbe soccorrere, in primo luogo, l'adozione di un'interpretazione conforme a quanto a più riprese sostenuto dal Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità, che ancora il momento genetico dell'obbligo alla richiesta del beneficiario⁶².

In secondo luogo, potrebbero essere valorizzati sia l'assenza di un esplicito divieto di conoscibilità di dati sanitari a carico del committente, sia, più in generale, la minor rigidità con cui la disciplina *privacy* regola i flussi di informazioni (*rectius* “dati personali”) tra committente e prestatore d'opera rispetto a quelli tra datore e dipendente⁶³.

Potrebbe quindi immaginarsi che il committente, in forza di quanto prevede l'art. 9, par. 2, lett. b), del GDPR⁶⁴, possa richiedere al prestatore d'opera in sede di stipulazione del contratto se egli necessita di particolari adattamenti legati alla eventuale condizione di disabilità al fine di svolgere la sua prestazione. Adattamenti che devono pur sempre osservare i limiti di cui all'art. 5 della Direttiva e gli ulteriori limiti di cui ora si dirà.

⁶² Superando l'impostazione assunta in una prima fase, nella quale sembrava subordinare la genesi dell'obbligo alla sola insorgenza del bisogno dell'accomodamento (cfr. Comitato per i diritti delle persone con disabilità, *Commento generale n. 2/2014*, 22 maggio 2014, pt. 26: «*the moment an individual with an impairment needs it in a given situation*»), il Comitato si è successivamente orientato in maniera costante nel ritenere che l'obbligo sorge «*from the moment a person requests it in a given situation in order to enjoy his or her rights on an equal basis in a particular context*» (cfr. Comitato per i diritti delle persone con disabilità, *Commento generale n. 3/2016*, 25 novembre 2016, pt. 15; Comitato per i diritti delle persone con disabilità, *Commento generale n. 6/2018*, 26 aprile 2018, pt. 24). Fa eccezione il caso in cui «*the need [of the accommodation] becomes apparent*»: in questo caso l'obbligato è tenuto ad attivarsi al fine di valutare con il beneficiario quale accomodamento sia necessario (Comitato per i diritti delle persone con disabilità, *Commento generale n. 8/2022*, 7 ottobre 2022, pt. 19).

⁶³ In generale sull'argomento SIGILLÒ MASSARA, *Privacy e controlli nel lavoro autonomo*, in PISANI, PROIA, TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2022, 816 ss.

⁶⁴ A mente del quale si prevede che il divieto di trattare particolari categorie di dati di cui all'art. 9, par. 1 non trova applicazione laddove «il trattamento è necessario per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale, nella misura in cui sia autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri o da un contratto collettivo ai sensi del diritto degli Stati membri, in presenza di garanzie appropriate per i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato».

In presenza di una simile clausola contrattuale la condotta del prestatore che nulla comunica, salvo poi lamentare la mancata adozione dell'accomodamento, non farebbe forse venir meno la discriminazione per come interpretata dalla Corte di giustizia, che la ritiene integrata a prescindere dalla conoscenza del soggetto obbligato. Sarebbe, però, verosimilmente idonea a far sorgere la responsabilità del prestatore d'opera *ex art.* 1337 c.c.

Vi è, poi, una seconda caratteristica ontologica del lavoro autonomo che deve necessariamente essere considerata nel declinare il contenuto del diritto ai ragionevoli accomodamenti. Ci si riferisce all'assenza di eterodirezione e alla piena autonomia organizzativa, anche sul versante della scelta e della dotazione degli strumenti di lavoro. Il lavoratore autonomo, infatti, per sua natura assume il rischio d'impresa ed impiega propri strumenti di lavoro⁶⁵. Pertanto, salvo non si voglia snaturare il tipo contrattuale, nel caso dei lavoratori autonomi deve tendenzialmente escludersi che nell'ampia platea degli accomodamenti possano rinvenirsi anche strumenti di lavoro, posto che ciò determinerebbe il trasferimento del relativo costo in capo al committente⁶⁶.

⁶⁵ *Ex multis* Cass. 4 aprile 2008, n. 9812, in www.cortedicassazione.it.

⁶⁶ In specifici casi, però, si potrebbe forse sostenere che un simile assunto possa subire un temperamento. Ci si riferisce, in particolare, a quelle ipotesi in cui l'adattamento si rende necessario non tanto per la intrinseca natura della prestazione dedotta in contratto (nel qual caso il relativo costo non potrebbe che ricadere sul lavoratore autonomo), ma per peculiari scelte organizzative del committente che riguardano l'oggetto della prestazione solo in via indiretta. Si pensi al caso del consulente esterno privo della vista che stipula un contratto di consulenza con una data società. Il consulente per svolgere la sua attività ordinariamente impiega un *software* di lettura elettronica di documenti digitali. La Società, però, per ragioni di sicurezza non trasmette all'esterno documenti sensibili, esigendo la sola consultazione in presenza e senza possibilità di estrazione di copie. Ebbene, in tale ipotesi, lo strumento ordinariamente impiegato dal consulente (il *software* di lettura vocale) risulterebbe inutilizzabile proprio in ragione delle specifiche scelte organizzative del committente (e non della natura della prestazione dedotta in contratto). Taluno potrebbe allora argomentare che una simile circostanza faccia scaturire l'obbligo per il committente di "adattare" la propria organizzazione – pur se nei limiti *ex art.* 5 della Direttiva CE 2000/78 – così da consentire al prestatore autonomo di adempiere. Ora, nel caso in esame, ove si ritenga che snaturi la tipologia contrattuale del lavoro autonomo l'obbligare il committente a fornire, magari anche solo temporaneamente, la disponibilità (e non la proprietà) di un vero e proprio "strumento di lavoro" nel senso più tradizionale del termine (come potrebbe essere un lettore vocale da utilizzare all'interno dei locali aziendali), si potrebbe al più ritenere dovuto un "accomodamento organizzativo", quale ad esempio l'eventuale messa a disposizione dei documenti in formato Braille, sempre che ciò non ecceda i limiti *ex art.* 5 della Direttiva. In questo caso il documento in formato Braille più che uno "strumento di lavoro" in senso stretto potrebbe piuttosto rappresentare il dato informativo preliminare e indispensabile sul quale lo strumento di lavoro del committente (ad es. il lettore vocale) va applicato.

TRIBUNALE REGIONALE DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER IL TRENINO-ALTO ADIGE, SEZIONE DI BOLZANO, sentenza 4 novembre 2024, n. 257 – Pres. Pantozzi Lerjefors – Est. Menestrina – Città Azzurra - Società Cooperativa Sociale (avv.ti Adami e Sivieri) c. Azienda Servizi Sociali di Bolzano (ASSB) e Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici (ACP) (avvocatura dello Stato e avv.ti Roilo, Pignatta, Rodaro e Chini).

Certificazione di parità di genere – Contratto di avvalimento c.d. premiale – Requisito di ordine generale (avente natura soggettiva) – Inammissibilità.

La certificazione della parità di genere prevista dall'art. 46 bis del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 (codice delle pari opportunità tra uomo e donna), introdotto dall'art. 4 della legge 5 novembre 2021, n. 162, attiene ad una condizione soggettiva intrinseca dell'azienda che non può costituire oggetto di un contratto di avvalimento premiale, perché non assimilabile ad una risorsa da mettere a disposizione di terzi e da impiegare nell'esecuzione di un lavoro o di un servizio.

Sul ruolo della certificazione della parità di genere negli appalti pubblici alla luce dei primi pronunciamenti della giurisprudenza

Matteo Borzaga

Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Trento e Consigliere di Parità nel Lavoro presso il Consiglio della Provincia Autonoma di Trento

SOMMARIO: 1. Premessa: i fatti di causa – 2. La rilevanza della certificazione della parità di genere negli appalti pubblici e i suoi limiti secondo la giurisprudenza – 3. Qualche osservazione di carattere più generale sulla certificazione della parità di genere: a che punto siamo?

Sinossi: Con la decisione in commento il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa (TRGA) per il Trentino Alto-Adige, Sezione di Bolzano, si occupa (per la prima volta, a quanto consta) della certificazione della parità di genere e, più in particolare, della sua collocazione nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici. Nell'accogliere il ricorso proposto, i giudici amministrativi affermano che tale certificazione, rappresentando un requisito di ordine generale (ovvero avente natura soggettiva), non può in alcun modo costituire l'oggetto di un contratto di avvalimento. Di conseguenza, al raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) risultato vincitore della gara d'appalto oggetto della sentenza in esame non poteva essere riconosciuto il punteggio

previsto per il possesso della certificazione della parità di genere, che tra l'altro era risultato decisivo per la collocazione del suddetto RTI al primo posto della relativa graduatoria. Dopo aver ricostruito i fatti di causa, il presente contributo prende in esame gli istituti del contratto di avvalimento e della certificazione della parità di genere, approfondendoli e chiarendo così le argomentazioni giuridiche offerte dal TRGA di Bolzano. L'A. coglie altresì l'occasione, da ultimo, per fare il punto della situazione in ordine all'attuazione concreta della certificazione della parità di genere, tra elementi di forza e criticità.

Abstract: With this decision, the Trentino-South Tyrol Regional Court of Administrative Justice (RCAJ), Section of Bolzano, deals (for the first time to our knowledge) with the certification of gender equality and, more specifically, with its place in the public procurement rules. In upholding the proposed appeal, the administrative judges state that such certification, being a general requirement (i.e. of a subjective nature), cannot in any way be the subject of a contract of reliance. Consequently, the temporary grouping of companies which had won the respective tender could not be awarded the points provided for the possession of the gender equality certification, which, significantly, had been decisive in placing them first in the relevant ranking. After examining the facts of the case, the present contribution analyses in depth the contract of reliance and the gender equality certification, aiming at clarifying the legal arguments offered by the RCAJ of Bolzano. Finally, the author takes the opportunity to assess the concrete implementation prospects of the gender equality certification, pointing out its strengths and weaknesses.

1. Premessa: i fatti di causa

Con la decisione in commento la giurisprudenza (per la prima volta, a quanto consta) prende posizione in ordine al ruolo della certificazione della parità di genere di cui all'art. 46 *bis* del d.lgs. n. 196 del 2008 (c.d. codice delle pari opportunità tra uomo e donna) nell'ambito della (nuova) disciplina degli appalti pubblici.

La questione giuridica sottoposta al vaglio del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa (TRGA) per il Trentino-Alto Adige, sezione di Bolzano, sorge a seguito dell'aggiudicazione di un appalto relativo alla gestione di un centro diurno socio-pedagogico per persone con disabilità a favore di un raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) costituito dal locale comitato della Croce Rossa Italiana (mandante) e dalla cooperativa sociale Seriana 2000 (mandataria).

Tale aggiudicazione, effettuata dall'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici (ACP) su incarico dell'Azienda Servizi Sociali di Bolzano (ASSB), veniva impugnata dalla cooperativa sociale Città Azzurra, classificatasi al secondo posto della relativa graduatoria, che la riteneva illegittima per l'erronea rilevanza che sarebbe stata attribuita, in sede di attribuzione dei punteggi, proprio alla certificazione della parità di genere.

Entrando maggiormente nel dettaglio della vicenda, va in effetti rilevato come i suddetti punteggi fossero estremamente ravvicinati, atteso che, a seguito della consueta riparametrazione, al RTI aggiudicatario erano stati assegnati 100 punti, mentre la società ricorrente ne aveva ottenuti 99,88: tra i due soggetti vi era, cioè, un distacco di soli 12 centesimi di punto. Conseguentemente, la circostanza che al RTI fosse stato riconosciuto da parte dell'ACP il possesso del requisito della certificazione della parità di genere, a cui il disciplinare di gara attribuiva 2 punti, era risultata decisiva per l'aggiudicazione dell'appalto.

Non è un caso dunque che, nell'adire il TRGA di Bolzano, la cooperativa sociale Città Azzurra incentri tutto il proprio ragionamento giuridico su tale riconoscimento, ritenendolo illegittimo. Se infatti si prendono in considerazione i tre motivi su cui il ricorso proposto si fonda, ci si rende immediatamente conto di come quello più significativo (e, lo si vedrà nel prosieguo, anche determinante) sia il primo, con il quale si contesta l'attribuzione del suddetto punteggio al RTI vincitore e, quindi, aggiudicatario dell'appalto. La ricorrente denuncia, in proposito, la violazione degli artt. 104 e 108 del d.lgs. n. 36 del 2003 (c.d. nuovo codice degli appalti), dedicati, rispettivamente, al contratto di avvalimento e ai criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture. Tale violazione consisterebbe essenzialmente nel fatto che, all'interno del RTI, il locale comitato della Croce Rossa Italiana non risultava essere in possesso della certificazione della parità di genere di cui all'art. 46 *bis* del d.lgs. n. 198 del 2006 e che l'avvalimento effettuato dalla cooperativa sociale Seriana 2000 (che invece aveva ottenuto la suddetta certificazione) nei confronti di essa non sarebbe stato ammissibile per una molteplicità di ragioni.

Come si vedrà tra breve, il TRGA di Bolzano, dopo aver accolto l'istanza cautelare ritenendo sussistente il *fumus boni iuris* proprio con riferimento a tale primo motivo di ricorso, si è concentrato su di esso anche nel decidere il merito, lasciando al contempo sullo sfondo gli altri due. Volendo comunque menzionarli, va sottolineato come con il secondo la ricorrente lamentasse la violazione degli artt. 98 e 106 del d.lgs. n. 36 del 2023¹, nonché dell'art. 27, comma 12, della l.p. n. 16 del 2015² (ovvero la legge provinciale rubricata «Disposizioni sugli appalti pubblici»): il RTI aggiudicatario, infatti, non aveva presentato garanzia provvisoria, affermando di esserne esentato in quanto in possesso della certificazione di garanzia del sistema di qualità ISO 9000, mentre stando alla relativa banca dati la mandante Croce Rossa Italiana, Comitato della Provincia Autonoma di Bolzano, risultava esserne priva. Con il terzo motivo di ricorso, infine, la cooperativa sociale Città Azzurra riteneva fosse stato violato l'art. 17, comma 5, del d.lgs. n. 36 del 2003³, ovvero che la determina di aggiudicazione fosse illegittima perché era stata adottata prima della conclusione del procedimento teso a verificare i requisiti di partecipazione.

¹ Dedicati, rispettivamente, all'illecito professionale grave e alle garanzie per la partecipazione alla procedura.

² Ai sensi del quale «l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo non è dovuto dagli operatori economici ai quali sia stata rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000. Per fruire di tale beneficio, l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso del requisito e lo documenta nei modi prescritti dalla normativa vigente».

³ Secondo tale disposizione «l'organo preposto alla valutazione delle offerte predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala. L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace».

2. La rilevanza della certificazione della parità di genere negli appalti pubblici e i suoi limiti secondo la giurisprudenza

Venendo allora, a questo punto, all'analisi degli approfondimenti giuridici offerti dal TRGA di Bolzano nella vicenda processuale che si è poco sopra descritta, va ribadito come quest'ultimo si soffermi, essenzialmente, sul contratto di avvalimento stipulato, ai sensi dell'art. 104 del d.lgs. n. 36 del 2023, dal locale comitato della Croce Rossa Italiana e dalla cooperativa sociale Seriana 2000 con riguardo all'istituto della certificazione della parità di genere di cui all'art. 46 *bis* del d.lgs. n. 198 del 2006 (criterio *m*) del disciplinare di gara), nel più ampio quadro del RTI costituito dagli stessi soggetti al fine di partecipare alla relativa gara d'appalto⁴.

Sotto il profilo strettamente tecnico, il fulcro del ragionamento compiuto dai giudici amministrativi concerne, in sostanza, l'idoneità o meno di tale contratto di avvalimento a consentire al più volte menzionato RTI di vedersi assegnati i 2 punti derivanti dal possesso della certificazione della parità di genere nel momento in cui uno dei due enti che lo componevano, il comitato locale della Croce Rossa Italiana, risultava esserne privo. Questione, quest'ultima, assolutamente dirimente ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto – stanti i soli 12 centesimi di punto di differenza tra vincitore e seconda classificata – ma anche, in termini più complessivi, del corretto inquadramento dell'istituto della certificazione della parità di genere nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici.

Prima di entrare nel merito delle argomentazioni offerte dal TRGA di Bolzano, è il caso di premettere alcune considerazioni di ordine generale su natura e caratteristiche del contratto di avvalimento.

In proposito, va anzitutto sottolineato come si tratti di un contratto di derivazione eurounitaria, nel senso che sono state la Corte di Giustizia dell'Unione Europea prima e una serie di direttive poi a dargli cittadinanza nel nostro ordinamento⁵. Grazie a tale significativa innovazione, oggi contenuta nell'art. 104 del d.lgs. n. 36 del 2023, si è in particolare consentito a operatori economici privi dei relativi requisiti (c.d. ausiliati) di poter comunque prendere parte a gare d'appalto avvalendosi (di qui la denominazione del suddetto contratto) di quelli messi a disposizione da altre imprese (c.d. ausiliarie)⁶. In sostanza, ai fini della partecipazione alla gara d'appalto non conta più, oggi, l'effettivo possesso dei requisiti, bensì la loro mera disponibilità entro il termine per la presentazione delle

⁴ CINTOLI, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, in *RIDPC*, 2011, 1421 ss.

⁵ PAOLANTONIO, *L'avvalimento*, in FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, UTET, 2010, 520 ss. e ZUCHELLI, *L'avvalimento*, in SANDULLI, DE NICTOLIS, GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici, II*, Giuffrè, 2008, 1490 ss.

⁶ Così, pressoché testualmente, DALLARI, PELLIZZARI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in MASTRAGOSTINO, PIPERATA (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n. 36 del 2023*, Giappichelli, 2024, 313 ss., spec. 381 ss.

offerte. Secondo la dottrina amministrativistica, il contratto di avvalimento costituisce un nuovo strumento di cooperazione tra operatori economici finalizzato, evidentemente, ad accrescere la concorrenza. Uno strumento, tra l'altro, particolarmente semplice e flessibile, ancor di più del RTT⁷.

È probabilmente proprio per la natura pro-concorrenziale di tale istituto che la sua trasposizione in Italia è stata assai problematica, generando anche tensioni tra il nostro Paese e l'Unione Europea. Quest'ultima ha infatti stabilito che tale trasposizione dovesse avvenire senza limitazioni, ma a livello nazionale vi sono state importanti resistenze dovute al timore che un'apertura del genere avrebbe potuto determinare fenomeni abusivi e/o elusivi della disciplina concernente la qualificazione degli operatori economici (specie con riguardo agli appalti di lavori pubblici)⁸.

Si è così stabilito, in un primo tempo, che l'utilizzo del contratto di avvalimento fosse ammissibile solo a fronte di significative cautele, specificatamente contemplate nei d.lgs. n. 163 del 2006 e n. 50 del 2016.

La normativa attualmente vigente, anche a seguito di una procedura di infrazione avviata in proposito dalla Commissione Europea⁹, ha invece superato molte delle suddette cautele¹⁰, ampliando quindi in modo rilevante la possibilità di servirsi dell'istituto. In questo quadro si è tra l'altro stabilito che si possa ricorrere all'avvalimento non soltanto nel caso in cui l'operatore economico che intenda partecipare alla gara difetti dei requisiti necessari per farlo (c.d. avvalimento puro), ma anche laddove quest'ultimo voglia acquisire la disponibilità di risorse strumentali altrui al fine di migliorare la propria offerta e di ottenere, di conseguenza, un punteggio maggiore (c.d. avvalimento premiale)¹¹.

Il d.lgs. n. 36 del 2023 ha peraltro al contempo previsto, come contraltare all'appena citato ampliamento, una serie di garanzie (o limitazioni che dir si voglia) volte a scongiurare possibili abusi.

La prima – e, come si vedrà nel prosieguo, ai nostri fini più rilevante – di tali garanzie consiste nella circostanza che non tutte le tipologie di requisiti possono essere oggetto di un contratto di avvalimento. Sul punto va preliminarmente precisato come vi siano, in sostanza, due tipologie principali di requisiti, quelli di ordine generale (ovvero soggettivi) e quelli di ordine speciale (ovvero oggettivi). Ebbene, alla luce di quanto stabilito dall'art.

⁷ In merito alla disciplina del contratto di avvalimento attualmente vigente (quella, cioè, contenuta nel d.lgs. n. 36 del 2023), tra gli altri, ANNIBALI, BLANDO, SAVINO, CARPARELLI, *Ammissione alla gara e istituti pro concorrenziali*, in BRUNO, MARIANI, TOMA, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2023, 175 ss., nonché CONTESSA, DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei Contratti Pubblici*, Editoriale Scientifica, 2023, 608 ss.

⁸ DALLARI, PELLIZZARI, op. cit., 382.

⁹ Ci si riferisce alla procedura di infrazione n. 2273/2018 (nota di messa in mora del 24 gennaio 2019). In proposito, GUCCIONE, *L'avvalimento tra giurisprudenza ed infrazioni comunitarie*, in *GDA*, 2020, 390 ss.

¹⁰ Sono stati così eliminati, ad es., i divieti di avvalimento a cascata, di ausilio plurimo, di avvalimento in caso di opere superspecialistiche e di partecipazione dell'impresa ausiliaria alla medesima gara d'appalto come concorrente.

¹¹ Come si deduce dai commi 4 e 12 dell'art. 104 del d.lgs. n. 36 del 2023.

104, comma 1 del d.lgs. n. 36 del 2023, soltanto i secondi sono suscettibili di avvalimento. La disposizione appena citata stabilisce infatti che il relativo contratto possa riguardare unicamente «dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali», ovvero riferirsi, essenzialmente, a requisiti relativi a capacità di tipo tecnico-professionale. In realtà, alla luce di un consolidato orientamento giurisprudenziale (formatosi, evidentemente, attorno ai precedenti storici della disposizione che si è appena riportata), la dottrina amministrativistica afferma che si possono far rientrare tra i requisiti oggettivi anche quelli concernenti capacità di natura economico-finanziaria¹². A questo proposito va del resto rammentato che, in un quadro di regole eurounitarie refrattario a limitazioni in ordine all'istituto in esame, i giudici hanno ammesso il c.d. avvalimento di garanzia, che ha ad oggetto proprio requisiti relativi a capacità di natura economico-finanziaria¹³.

Al di là di queste precisazioni, ciò che più conta (e va ribadito) è che i requisiti di ordine generale, attinenti cioè ad una caratteristica soggettiva dell'impresa, non sono in alcun modo suscettibili di avvalimento, dovendo al contrario essere posseduti «da tutti coloro che a qualunque titolo partecipano alla procedura»¹⁴ e dunque tanto dall'impresa ausiliaria quanto dall'impresa ausiliata.

La garanzia che si è appena descritta assume un'importanza cruciale ai fini della risoluzione della vicenda processuale in esame, come dimostra, in particolare, la circostanza che il TRGA di Bolzano costruisca il proprio ragionamento giuridico in massima parte attorno ad essa. Se dunque non ci si potrà esimere dal riprenderla e dall'approfondirla nelle pagine che seguono, vale peraltro la pena, prima di procedere in tal senso, passare pur brevemente in rassegna le altre limitazioni introdotte dal legislatore delegato in chiave antiabusiva. Si tratta anzitutto della possibilità, in capo alle stazioni appaltanti, di esigere negli atti di gara che alcune attività ritenute essenziali siano necessariamente svolte dall'offerente o, nell'ambito di un raggruppamento di operatori economici, da uno specifico partecipante al raggruppamento medesimo. Viene così introdotto un importante limite all'utilizzo del contratto di avvalimento, che tuttavia dipende da una scelta discrezionale delle stazioni appaltanti, è cioè legato alle peculiarità del caso concreto (art. 104, comma 11, del d.lgs. n. 36 del 2023)¹⁵.

Un altro elemento di garanzia di cui alla disciplina del contratto di avvalimento è legato al rigore preteso dalla normativa vigente in ordine alla prova che il terzo coinvolto sia effettivamente in possesso dei requisiti oggettivi messi a disposizione per la realizzazione

¹² DALLARI, PELLIZZARI, op. cit., 384.

¹³ Da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2022, n. 257, in *DeJure*, Cons. Stato, sez. IV, 7 ottobre 2021, n. 6711, in *DeJure* e Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2020, n. 6932, in *DeJure*.

¹⁴ Così, testualmente, DALLARI, PELLIZZARI, op. cit., 384. Si v. altresì Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2014, n. 1647, in *DeJure*, nonché Cons. Stato 15 novembre 2012, n. 5780, in *DeJure*.

¹⁵ Tale limite discende direttamente dalle previsioni contenute nella direttiva 2014/24/UE, assai più attenta dei propri precedenti storici alle problematiche applicative dell'istituto dell'avvalimento.

dell'appalto. Lo testimonia chiaramente il comma 4 dell'art. 104 del d.lgs. n. 36 del 2023, ai sensi del quale devono essere allegare alla domanda di partecipazione tutta una serie di dichiarazioni volte ad attestare proprio la sussistenza di tali requisiti in capo all'impresa ausiliaria¹⁶.

Da ultimo, funge pur indirettamente da garanzia rispetto a possibili pratiche abusive la previsione secondo la quale l'impresa ausiliaria risponde in solido con l'offerente in merito alle prestazioni oggetto del contratto (art. 104, comma 7 del d.lgs. n. 36 del 2023). Si tratta di un regime di solidarietà senz'altro gravoso, che avrebbe peraltro ad oggetto, secondo la dottrina amministrativistica, le sole prestazioni relative ai requisiti messi a disposizione dell'offerente. Esso, cioè, non potrebbe applicarsi all'intero, in quanto la disposizione in esame, pur utilizzando genericamente l'espressione «contratto», si riferirebbe a quello di avvalimento e non certo a quello di appalto¹⁷. Una lettura, quest'ultima, senza dubbio condivisibile, specie considerando che il suddetto regime di responsabilità è contemplato all'interno della disposizione (l'art. 104, per l'appunto) che il nuovo codice degli appalti dedica proprio al contratto di avvalimento.

Fatte queste premesse di carattere generale sul contratto di avvalimento e le limitazioni alle quali il legislatore delegato lo ha sottoposto, può ora riprendersi il filo del discorso relativo alle argomentazioni giuridiche offerte dal TRGA di Bolzano ai fini della risoluzione della vicenda processuale in esame.

Come già si accennava in precedenza, a rivestire importanza cruciale in proposito è la circostanza che il requisito della certificazione della parità di genere di cui all'art. 46 *bis* del d.lgs. n. 198 del 2006 possa essere o meno oggetto di avvalimento. Circostanza che, stante in particolare la prima garanzia approntata con riguardo al relativo contratto dalla normativa vigente, dipende essenzialmente da come tale requisito debba essere inteso, se esso abbia cioè natura soggettiva (requisito di ordine generale) ovvero oggettiva (requisito di ordine speciale). Solo in quest'ultimo caso, lo si ricorderà, la certificazione della parità di genere potrebbe del resto essere suscettibile di avvalimento.

Alla luce di tale premessa non stupisce che, prima di prendere qualunque posizione in proposito, il TRGA si cimenti nella ricostruzione del più volte richiamato istituto, prendendo le mosse dalla c.d. legge Gribaudo (n. 162 del 2021), che lo ha introdotto nell'ordinamento giuridico italiano.

¹⁶ Ai sensi della richiamata disposizione «l'operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta, e allega, nel caso di cui al comma 2, la certificazione rilasciata dalla SOA. L'impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante: a) di essere in possesso dei requisiti di ordine generale di cui al Capo II del presente Titolo; b) di essere in possesso dei requisiti di cui all'articolo 100 per i servizi e le forniture; c) di impegnarsi verso l'operatore economico e verso la stessa stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse oggetto del contratto di avvalimento».

¹⁷ DALLARI, PELLIZZARI, op. cit., 389.

In questo quadro i giudici amministrativi si soffermano, anzitutto, sui contenuti dell'art. 46 *bis* del d. lgs. n. 198 del 2006, ovvero sulla possibilità in capo alle imprese che ne facciano richiesta e siano in possesso dei requisiti necessari di ottenere una specifica certificazione volta ad attestare le misure messe in campo per ridurre il divario di genere in merito a tutta una serie di ambiti elencati dalla medesima disposizione¹⁸. Viene altresì rammentato che tale strumento costituisce l'esito di una riflessione nata nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), ed in particolare della sua Missione 5, denominata «Coesione e Inclusione».

Il TRGA di Bolzano prende successivamente in esame la normativa che ha dato attuazione all'art. 46 *bis* del d.lgs. n. 198 del 2006 e dunque, soprattutto, il DPCM 29 aprile 2022. Quest'ultimo ha tra l'altro stabilito (all'art. 1) che i parametri per il conseguimento della certificazione della parità di genere siano quelli di cui alla «Prassi di riferimento UNI/PdR 125:2022, pubblicata il 16 marzo 2022, contenente “Linee guida sul sistema di gestione per la parità di genere che prevede l'adozione di specifici KPI (*Key Performance Indicator* - indicatori chiave di prestazione) inerenti alle politiche di parità di genere nelle organizzazioni” e successive modifiche o integrazioni». Si tratta di una serie di indicatori qualitativi che debbono essere posseduti perché si possa ottenere la certificazione della parità di genere. Della relativa valutazione sono chiamati ad occuparsi appositi organismi accreditati (c.d. enti certificatori).

Da ultimo, i giudici amministrativi ricordano come le imprese che hanno conseguito la certificazione della parità di genere possano fruire di una serie di vantaggi, tra cui spiccano da un lato sgravi di natura contributiva¹⁹ e dall'altro l'indicazione, ad opera delle stazioni appaltanti, del maggior punteggio attribuibile proprio a siffatte imprese (art. 108, comma 7, ultima proposizione del d.lgs. n. 36 del 2023)²⁰.

Ebbene, prendendo le mosse da tale ricostruzione dell'istituto, il TRGA di Bolzano conclude, a dire il vero piuttosto apoditticamente, che il requisito della certificazione della parità di genere abbia natura soggettiva (sia cioè di ordine generale) e non possa pertanto essere oggetto di avvalimento. Ciò sarebbe in particolare dovuto al fatto che la certificazione medesima «non è assimilabile a una risorsa da mettere a disposizione di terzi che poi la potrebbero impiegare nell'esecuzione di un lavoro o di un servizio»²¹. In proposito, il medesimo TRGA di Bolzano richiama testualmente un passaggio dell'art. 46 *bis* del d.lgs. n.

¹⁸ Si tratta degli ambiti relativi «alle opportunità di crescita in azienda, alla parità salariale a parità di mansioni, alle politiche di gestione delle differenze di genere e alla tutela della maternità».

¹⁹ Ci si riferisce all'esonero contributivo di cui all'art. 5, comma 2, della l. n. 162 del 2021 (v. quanto in proposito si dirà *infra* al par. 3).

²⁰ Ai sensi del quale «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 donna e uomo, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198».

²¹ Cfr. il punto 6.3 della decisione in commento.

198 del 2006, affermando che «le politiche e le misure concrete adottate dai datori di lavoro per ridurre il divario di genere» all'interno della propria impresa non sono suscettibili di essere trasferite ad un'altra impresa, stanti le differenze strutturali che, sotto questo profilo, non possono non sussistere tra realtà aziendali diverse²².

Al fine di rafforzare la propria conclusione i giudici amministrativi offrono due ulteriori elementi di riflessione. Da un lato, essi mettono in luce come anche laddove le realtà aziendali di cui si è appena detto fossero simili tra loro (ipotesi remota, lo si accennava) l'eventuale attività di consulenza (o comunque di supervisione) svolta dall'impresa ausiliaria a favore di quella ausiliata in ordine alle politiche e misure da adottare per ridurre il divario di genere sarebbe del tutto inefficace, in quanto ai sensi della normativa vigente tali valutazioni sono attribuite a specifici organismi accreditati (i c.d. enti certificatori). Dall'altro, i medesimi giudici sottolineano come l'art. 108, comma 7, ultima proposizione del d.lgs. n. 36 del 2023, nello stabilire che le stazioni appaltanti indicano nei bandi di gara il maggior punteggio da attribuirsi alle «imprese per l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere», ponga l'attenzione sulle imprese stesse e non sull'offerta da esse di volta in volta avanzata²³.

Sebbene la soluzione cui perviene il TRGA di Bolzano sia senz'altro condivisibile negli esiti, stupisce che essa si fondi puramente e semplicemente sull'interpretazione della normativa vigente, senza cioè che venga preso in considerazione alcun precedente giurisprudenziale.

Certo, la certificazione della parità di genere è un istituto introdotto solo di recente nell'ordinamento giuridico italiano e, come si metteva in luce in apertura, la decisione in esame costituisce a quanto consta il primo pronunciamento in proposito: ciò peraltro non toglie che tale istituto presenti rilevanti somiglianze strutturali con altre tipologie di certificazioni, tra cui spiccano quelle c.d. di qualità, e che quindi si sarebbe potuto (e forse dovuto) prendere in esame la giurisprudenza formatasi intorno ad esse²⁴.

Se si fosse proceduto in questi termini, del resto, si sarebbe immediatamente rilevato come, in realtà, nell'ambito di tale giurisprudenza si sia formato un orientamento maggioritario incline a ritenere che le certificazioni di qualità, pur rappresentando requisiti di natura soggettiva, possano essere oggetto di contratti di avvalimento²⁵.

La circostanza che il TRGA di Bolzano abbia ignorato gli appena citati precedenti giurisprudenziali è, a giudizio di chi scrive, di difficile comprensione, soprattutto se si considera che, analizzandoli approfonditamente, ci si rende conto di come essi possano essere

²² *Ibidem*.

²³ V. il punto 6.4 della sentenza in esame.

²⁴ Una giurisprudenza che, come si dirà tra breve, è pure piuttosto cospicua. Sul punto DALLARI, PELLIZZARI, op. cit., 384.

²⁵ Come da ultimo confermato da Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2021 n. 6271, in *DeJure*. Si v. altresì Cons. Stato, sez. V, 18 marzo 2019, n. 1730, in *DeJure* e Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2018, n. 6551, in *DeJure*.

piuttosto agevolmente confutati e dunque, in fin dei conti, contribuire a corroborare la soluzione cui il medesimo TRGA perviene.

Va infatti da un lato considerato che l'orientamento maggioritario secondo cui le certificazioni di qualità sarebbero suscettibili di avvalimento ha un preciso fondamento legislativo²⁶ e che dunque una sua estensione a quella della parità di genere appare senz'altro problematica, se non da escludersi radicalmente. Dall'altro lato è il caso di mettere in luce come vi sia una parte pur minoritaria (ma particolarmente attenta²⁷) della giurisprudenza amministrativa secondo la quale poiché la certificazione di qualità riguarda il sistema aziendale nel suo complesso (è cioè, per l'appunto, un requisito di natura soggettiva), in caso di avvalimento dovrebbe essere l'impresa ausiliaria ad eseguire la prestazione per la quale è richiesta la certificazione medesima e si realizzerebbe in tal modo una illegittima dissociazione tra il concorrente solo formale (l'impresa ausiliata) e il vero e unico concorrente sostanziale (l'impresa ausiliaria)²⁸.

3. Qualche osservazione di carattere più generale sulla certificazione della parità di genere: a che punto siamo?

Al di là delle precisazioni fatte da ultimo, pare opportuno ribadire ancora una volta come la soluzione cui perviene il TRGA di Bolzano sia senza dubbio condivisibile, specie per il fatto che la certificazione della parità di genere attiene alle iniziative messe in campo dalla singola impresa per ridurre il relativo divario tra lavoratrici e lavoratori del proprio organico aziendale e non può pertanto essere in alcun modo trasferita ad altre (nemmeno, come si accennava, se avessero una struttura perfettamente sovrapponibile, cosa peraltro pressoché impossibile).

Più in generale, la decisione in commento induce a riflettere brevemente, da ultimo, su caratteristiche, problematiche e livello di attuazione concreta dell'istituto della certifi-

²⁶ Ci si riferisce all'art. 1, comma 1, lett. zz) della l. n. 11 del 2016, il quale (trattandosi di legge delega) contiene il seguente principio/criterio direttivo: «revisione della disciplina vigente in materia di avvalimento, nel rispetto dei principi dell'Unione europea e di quelli desumibili dalla giurisprudenza amministrativa in materia, imponendo che il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara, e rafforzando gli strumenti di verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria nonché circa l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto, al fine di escludere la possibilità di ricorso all'avvalimento a cascata e prevedendo che non possa essere oggetto di avvalimento il possesso della qualificazione e dell'esperienza tecnica e professionale necessarie per eseguire le prestazioni da affidare».

²⁷ Per questa valutazione DALLARI, PELLIZZARI, op. cit., 384 ss., nota 206.

²⁸ Ci si riferisce a TAR Piemonte, sez. II, 29 gennaio 2016, n. 154, in *DeJure*. Pure, in dottrina, GASPARI, *Considerazioni a margine della sentenza del Cons. Stato 13 settembre 2021, n. 6271 in tema di avvalimento delle certificazioni di qualità nelle gare pubbliche*, in *Urb. e app.*, 2022, 347 ss.

ne della parità di genere a circa tre anni dalla sua introduzione nell'ordinamento giuridico italiano.

Si tratta di un istituto che – essendo stato adottato durante il Governo Draghi, ma poi nei fatti implementato dall'Esecutivo Meloni – ha conosciuto alterne vicende. Quanto meno a giudicare dall'enfasi che sulla certificazione della parità di genere era stata posta in sede di approvazione della c.d. legge Gribaudo (l. n. 162 del 2021), ci si poteva attendere, infatti, che essa fosse accompagnata da misure di incentivazione particolarmente significative. Passando in rassegna la normativa formatasi in proposito, tuttavia, ci si rende conto di come le cose siano andate in modo almeno in parte diverso, atteso che tali misure, seppur non trascurabili, non sembrano certo rispondenti alle aspettative della prima ora.

In sostanza, vi sono tre ordini di vantaggi connessi alla certificazione della parità di genere, come peraltro messo almeno in parte in luce anche dal TRGA di Bolzano nella sentenza in commento. Ci si riferisce anzitutto agli sgravi di natura contributiva a favore delle imprese certificate²⁹ (in merito ai quali è tuttavia previsto uno specifico massimale³⁰), alla previsione secondo la quale le stazioni appaltanti indicano nei bandi di gara relativi ad appalti pubblici il maggior punteggio da attribuirsi alle medesime imprese certificate (art. 108, comma 7, ultima proposizione del d.lgs. n. 36 del 2023)³¹, nonché ai contributi specificatamente messi a disposizione dallo Stato per le micro, piccole e medie imprese che vogliano intraprendere il percorso di certificazione³².

Ora, è piuttosto evidente che tali incentivi, seppur non trascurabili, non sembrano comunque costituire una leva economica a tal punto efficace da indurre le imprese a certificarsi, anche se, come dimostra la decisione in esame, il maggior punteggio stabilito in un bando di gara a favore delle suddette imprese può pure (in casi limite, ovviamente) essere decisivo ai fini dell'aggiudicazione.

Cionondimeno, se si prendono in esame i dati ufficiali pubblicati dal Dipartimento Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei ministri³³, si osserva che la certificazione

²⁹ Di cui al già citato art. 5, comma 2, della l. n. 162 del 2021 (c.d. legge Gribaudo), alla circolare INPS n. 137 del 27 luglio 2022, al messaggio INPS n. 4614 del 21 dicembre 2023 e, da ultimo, al messaggio INPS n. 4479 del 30 dicembre 2024 (relativo alle domande di esonero contributivo da parte dei datori di lavoro privati che abbiano ottenuto la certificazione della parità di genere entro il 31 dicembre 2024).

³⁰ Il punto 3 della circolare INPS n. 137 del 27 luglio 2022 afferma infatti che «l'esonero in oggetto, ai sensi dell'articolo 5, comma 2, della legge n. 162/2021, viene calcolato sulla contribuzione previdenziale complessivamente dovuta dal datore di lavoro, in misura non superiore all'1% e nel limite massimo di 50.000 euro annui».

³¹ Già riportato testualmente *supra* alla nota 20.

³² Cfr., da ultimo, l'Avviso pubblico per la concessione di contributi alle micro, piccole e medie imprese per servizi di assistenza tecnica e accompagnamento in forma di voucher e per servizi di certificazione della Parità di Genere UNI/PdR 125/2022 – PNRR, Missione 5, Componente 1, Investimento 1.3 (“Sistema di certificazione della parità di genere”), emanato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per le Pari Opportunità, l'11 febbraio 2025.

³³ Disponibili al sito web <https://certificazione.pariopportunita.gov.it/public/home>.

della parità di genere, dopo una partenza in sordina, sta avendo notevole successo, come dimostra il fatto che, ad oggi³⁴, si sono certificate ben 5277 imprese.

La cifra appena riportata è senz'altro confortante, ma non deve indurre a sottovalutare le molteplici criticità che caratterizzano – in generale, non soltanto cioè dal punto di vista dell'incentivazione economica, di cui si è già detto – l'istituto della certificazione della parità di genere e che ne potrebbero comunque condizionare gli sviluppi futuri.

Sebbene non sia questa la sede per approfondirle, pare almeno il caso di mettere in luce, in conclusione, come tali criticità attengano, da un lato, alle caratteristiche di alcuni degli indicatori di cui alla Prassi di riferimento UNI/PdR 125:2022, nonché, più in generale, al meccanismo di valutazione nel suo complesso³⁵ e, dall'altro, ai controlli periodici cui sono sottoposte le imprese certificate³⁶.

Sotto quest'ultimo profilo emerge in tutta la sua plasticità la natura (oltre che volontaristica) spiccatamente privatistica della certificazione della parità di genere, specie se si considera che, ai sensi dell'art. 3 del DPCM 29 aprile 2022, alle rappresentanze sindacali aziendali e alle consigliere/ai consiglieri di parità (territoriali e regionali) compete unicamente un controllo *ex post*, i cui contorni non vengono tra l'altro neppure specificati³⁷. Un controllo che rischia dunque di essere assai poco efficace, anche perché si viene ad aggiungere ai numerosi compiti che consigliere e consiglieri di parità (specie territoriali) sono già chiamate/i a svolgere in un contesto di allarmante scarsità di risorse umane, strutturali ed economiche³⁸.

³⁴ Ultima consultazione effettuata in data 12 febbraio 2025.

³⁵ Secondo IZZI, *Contrasto al gender gap nel lavoro e regole di trasparenza*, in *LD*, 2024, 645 ss., spec. 657, «questi limiti interessano d'altronde pure il meccanismo di valutazione che, non richiedendo il raggiungimento di punteggi minimi all'interno delle singole aree, consente l'approdo alla soglia complessiva di sufficienza anche a fronte di macroscopiche carenze su alcune di esse, quand'anche siano di maggior peso relativo». V. anche BORELLI, *La certificazione di parità di genere e la standardizzazione delle fonti del diritto del lavoro*, in *Dir. e Soc.*, 349 ss.

³⁶ Su tali questioni, in generale, CASANO, *Certificazione della parità di genere e trasparenza: riflessioni a margine della prima attuazione del sistema*, *q. Riv.*, 2024, 161 ss. e ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini Giuridica, 2022, 169 ss.

³⁷ Anche su questo punto IZZI, *op. cit.*, 657 ss.

³⁸ Denunciata, in particolare, da BORZAGA, *Il destino di Consigliere e Consiglieri di Parità in Italia dopo le più recenti riforme*, *q. Riv.*, 2024, 329 ss., spec. 345 ss.

TRIBUNALE DI MODENA, sez. lav., ordinanza ex art. 702 c.p.c., 1° marzo 2024, R.G. N. 703/2022, Giudice Dott. V. Conte

Parità di trattamento – Handicap grave – Accomodamenti ragionevoli – Orario di lavoro – Contratto collettivo – Normativa europea.

È discriminatoria la condotta del datore di lavoro che, sulla base delle limitazioni funzionali accertate, vieta alla lavoratrice con handicap grave l'istituto del recupero delle giornate prefestive non lavorate, in occasione della chiusura delle scuole in tali giornate, in aggiunta al normale orario di lavoro e nelle forme della prestazione lavorativa straordinaria a recupero, prevista dal Contratto collettivo. La parità di trattamento con gli altri lavoratori può essere facilmente garantita dando attuazione agli accomodamenti ragionevoli prescritti dalla normativa europea, poiché nelle ore di recupero possono essere assegnate mansioni affidate durante l'orario normale, compatibili con lo stato di salute.

(Massima non ufficiale)

Gli accomodamenti sempre più ragionevoli nel diritto vivente, nell'ottica antidiscriminatoria

Francesca Limena

Ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università di Padova

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso. – 3. Il quadro normativo di riferimento. – 4. Sul divieto di discriminazione. – 5. Gli accomodamenti ragionevoli. – 6. Conclusioni.

Sinossi: Il contributo analizza una recente decisione del Tribunale di Modena, che ha riconosciuto la violazione del principio di parità di trattamento e la discriminazione per ragioni di handicap nei confronti di una collaboratrice scolastica con disabilità grave. Il giudice, attraverso un'analisi della normativa nazionale ed europea in materia antidiscriminatoria, ha evidenziato l'obbligo del datore di lavoro di adottare ogni ragionevole accomodamento per garantire il diritto del lavoratore a condizioni di pari opportunità. La sentenza risulta particolarmente significativa in quanto consolida il principio dell'accomodamento ragionevole. L'evidenza come tale principio si configuri come un vero e proprio "grimaldello" giuridico capace di superare la resistenza del datore di lavoro fondata sulla libertà di iniziativa economica, contribuendo così a bilanciare i diritti individuali con le esigenze organizzative. L'analisi si sofferma infine sull'applicazione concreta della normativa da parte del giudice, evidenziando come, in questo caso, l'obbligo di accomodamento non sia

stato imposto per evitare un licenziamento, ma per garantire l'accesso a un diritto contrattuale, dimostrando l'ampia portata di questo principio nell'evoluzione della giurisprudenza antidiscriminatoria.

Abstract: The contribution analyzes a recent decision by the Tribunal of Modena, which recognized a violation of the principle of equal treatment and discrimination on the grounds of disability against a school assistant with a severe disability. Through an analysis of national and European anti-discrimination legislation, the judge highlighted the employer's obligation to adopt all reasonable accommodations to ensure the worker's right to equal opportunities. The ruling is particularly significant as it consolidates the principle of reasonable accommodation. The author emphasizes how this principle serves as a true legal "lever" capable of overcoming the employer's resistance based on the freedom of economic initiative, thus helping to balance individual rights with organizational needs. Finally, the analysis focuses on the concrete application of the legislation by the judge, highlighting how, in this case, the obligation to provide accommodations was not imposed to prevent dismissal but rather to ensure access to a contractual right, demonstrating the broad scope of this principle in the evolution of anti-discrimination case law.

1. Introduzione

Con la decisione in commento, il Tribunale di Modena riconosce violazione del principio di parità di trattamento e contestuale discriminazione per ragioni di *handicap* nei confronti di una lavoratrice assunta come collaboratrice scolastica. Attraverso un *excursus* della disciplina normativa nazionale ed europea, il giudice riconosce la violazione delle norme che vietano di attuare, in maniera diretta o indiretta, una discriminazione, fondata nel caso *de quo* su ragioni di *handicap*. Il caso vede una lavoratrice affetta da *handicap* grave, ai sensi dell'art. 3, comma 3, l. 5 febbraio 1992, n. 104, in servizio presso un istituto scolastico statale, con mansioni ridotte. Attraverso un richiamo della normativa antidiscriminatoria, ma anche specificamente del principio che impone al datore di lavoro l'adozione di ogni ragionevole accomodamento, idoneo a garantire il rapporto di lavoro, il Tribunale ingiunge pertanto al Ministero dell'Istruzione e del merito, come si avrà modo di illustrare, di cessare la condotta discriminatoria e di adottare tutte le misure idonee a ripristinare il diritto della ricorrente (nella specie trattavasi di diritto al recupero delle giornate prefestive non lavorate in aggiunta al normale orario di lavoro, attraverso «prestazione lavorativa straordinaria a recupero», previste dal contratto collettivo).

La sentenza in oggetto risulta interessante sotto diversi profili, poiché offre occasione di analizzare, con le specificità del caso, la disciplina antidiscriminatoria, ma anche di vedere applicato ancora una volta il principio dell'accomodamento ragionevole, che da un po' di anni sta prendendo sempre più spazio nel diritto italiano vivente, al di là del suo riconoscimento formale, già acquisito da tempo al nostro ordinamento. Un principio che va quindi arricchendosi sempre più di contenuti e sfumature che consentono una tutela sostanziale di persone in stato di fragilità e svantaggio. Si tratta, a mio modo di vedere, di una leva dell'ordinamento che trova sempre più sapiente utilizzo nella giurisprudenza nazionale e ancor prima dell'Unione europea, tanto da averne fatto in più occasioni il «grimaldello» capace di «scassinare» quella sorta di roccaforte rappresentata dalla libertà di iniziativa economica del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 41 della nostra Carta costitu-

zionale. Libertà che è stata spesso invocata come sinonimo se non proprio di intangibilità dell'organizzazione aziendale, quantomeno di una sua buona impermeabilità ad esigenze diverse che, al contrario, una sua variazione – più o meno consistente - richiederebbero¹. Nel caso *de quo* l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli viene poi applicato non per salvare il lavoratore da un possibile licenziamento, bensì per consentirgli, a condizioni di parità, l'accesso ad un istituto previsto dal contratto collettivo.

Entriamo dunque un po' più nel dettaglio del caso, per analizzare come il giudice di merito ha applicato la normativa cui ho fatto riferimento poc'anzi.

2. Il caso

Con ricorso *ex art.* 28, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150² una lavoratrice adiva il Tribunale di Modena, in funzione di Giudice del lavoro, per chiedere l'accertamento della natura discriminatoria della condotta tenuta dal Dirigente Scolastico dell'Istituto presso cui lavorava, che le aveva negato la possibilità di prestare ore di lavoro «a recupero» in aggiunta all'orario normale di lavoro, a fini di compensazione delle giornate prefestive non lavorate, così come previsto dall'art. 19 del contratto collettivo applicabile. La lavoratrice chiedeva la cessazione del comportamento discriminatorio e la condanna dell'amministrazione scolastica ad adottare tutti i provvedimenti idonei a rimuovere gli effetti della discriminazione patita, oltre al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale.

Esclusa la legittimazione passiva dell'Istituto Scolastico e concentrata la causa solo contro il Ministero dell'Istruzione e del Merito, il giudice procedeva quindi ad una ricostruzione dei fatti, rilevando lo stato di portatrice di *handicap* grave della ricorrente, ai sensi dell'art.

¹ Per un'applicazione più «sbilanciata», sebbene mai assoluta, a favore della libertà del datore di lavoro nella determinazione della propria organizzazione, ai sensi dell'art. 41 Cost., si vedano, ad esempio, Cass., 18 marzo 2010, n.6559, in *MGL*, 2010; Cass., 6 settembre 2018 n. 21715, *ivi*, 2018; Cass., 7 marzo 2019, n.6678, *ivi*, 2019. Con riferimento all'intangibilità dell'organigramma aziendale e alla non sindacabilità, in sede giudiziaria, degli aspetti tecnici dell'esercizio dell'iniziativa economica privata, Cass. 13 ottobre 2009 n. 21710, in *D&L*, 2009, 4, 1058; Cass. 10 marzo 2015 n. 4757, in *MGL*, 2015; Cass., 13 ottobre 2009, n.2171, in *Gdir.* 2009, 49, 96; Cass., 2 luglio 2009 n. 15500, *ibidem*, 35, 29. Anche la stessa Cass. Sez. Un., 7 agosto 1998, n. 7755 (pubblicata in molte riviste, tra cui *OGI*, 1998, I, 697), che rappresenta comunque un punto di svolta in materia, mentre riconosce l'obbligo del datore di lavoro di provare l'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse e compatibili con le residue capacità lavorative, prima di intimare un licenziamento, nel ricercare un punto di equilibrio fra libertà di impresa e diritto al lavoro e alla salute, ritiene che resti comunque prerogativa del datore di lavoro «l'autodeterminazione circa il dimensionamento e la scelta del personale da impiegare nell'azienda ed il conseguente profilo dell'organizzazione interna della medesima», definendo insindacabile l'assetto organizzativo deciso dal datore (nel caso si trattava del possibile trasferimento di altri dipendenti). Sul punto TARQUINI, *Gli accomodamenti ex art. 3 co. 3 bis d.lgs. 216/2003: quale ragionevolezza? Nt. a Cass. 6497/2021*, in *www.italianequalitynetwork.it*, 20 ottobre 2021; DE FALCO, *Ragionando attorno alla legge delega in materia di disabilità: una prospettiva giuslavoristica*, in *RCP*, 5, 2022, 1738 e i richiami *ivi* contenuti a NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra «principi» costituzionali*, in *GDLRI*, 2007, 617 e a PERUZZI, *Diritto antidiscriminatorio e illegittimità del licenziamento per inidoneità psico-fisica: (ri)costruzione di una fattispecie*, in *LDE*, 2020, 2.

² La norma è rubricata «Delle controversie in materia di discriminazione».

3, comma 3, l. 104/1992, dichiarata tuttavia idonea al lavoro dalla Commissione Medica, pur con limitazioni permanenti³.

Come risulta dalla disamina del Tribunale, l'art. 19 del Contratto collettivo decentrato-integrativo di Istituto (C.C.D.I.) applicabile al caso *de quo*, prevede che, nei periodi di interruzione delle attività didattiche, sia possibile la chiusura della scuola nelle giornate prefestive, «sentito il personale interessato». In tali casi *«Le ore non prestate saranno oggetto di prestazione lavorativa straordinaria a recupero secondo le esigenze di servizio autorizzate dal DSGA o detratte dal conto ferie annuale»*. Sempre il Contratto in questione prosegue poi prevedendo che *«Le prestazioni straordinarie utilizzate dal personale a tale titolo, o a recupero nei periodi di sospensione dell'attività didattica, potranno essere effettuate, distintamente per tipologia di personale, secondo il calendario formulato dal DSGA e comunicato al personale in base alle attività didattiche calendarizzate ad inizio anno scolastico nonché eventuali improvvise esigenze oggetto comunque di comunicazione scritta, sempre tenendo in considerazione la disponibilità del personale e/o la turnazione, oggetto di preventiva autorizzazione del DSGA. Qualora le ore a credito del dipendente siano inferiori al monte ore necessario alla copertura delle giornate di chiusura prefestiva deliberate, i giorni dovranno essere coperti con ferie o festività soppresse. Il recupero delle giornate prefestive deve essere effettuato oltre e dopo il normale orario di servizio in quanto il piano del recupero è finalizzato alla maggiore produttività e funzionalità del servizio scolastico»*. Essendosi verificata la circostanza della chiusura della scuola in alcune giornate prefestive, la ricorrente aveva chiesto di recuperare le giornate perse attraverso l'espletamento di lavoro straordinario, vedendosi opporre un diniego da parte della dirigenza, per ritenuta inidoneità al lavoro straordinario. Il medico competente peraltro aveva accertato che le attività che, su indicazione della scuola, venivano svolte negli orari di straordinario (pulizie del reparto, aule, bagni corridoi o eccezionalmente sgombero di locali scolastici, dell'archivio o magazzino o comunque prestazioni lavorative di un particolare sforzo fisico), fossero incompatibili con le prescrizioni emesse dalla Commissione medica e quindi idonee a peggiorare lo stato di salute della lavoratrice. Tale diniego aveva costretto la lavoratrice a fruire delle ferie annuali nei periodi in cui gli altri lavoratori potevano invece utilizzare l'istituto del lavoro straordinario a recupero.

Viene quindi contestata una ingiustificata discriminazione, con violazione del principio di parità di trattamento dei lavoratori disabili, come codificato nell'art. 2 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216.

³ In particolare, «evitare lavori in quota o su scale; evitare MMC superiore a 5 kg».

3. Il quadro normativo di riferimento

La legislazione antidiscriminatoria si caratterizza per una decisa pluralità di fonti, frutto di una stratificazione di norme sovranazionali e nazionali, che richiedono una ricostruzione sistematica della disciplina.⁴ In varie occasioni è stata espressa l'esigenza di orientare la giurisprudenza in materia di protezione della condizione di disabilità, in una «logica di integrazione tra fonti di protezione dei diritti fondamentali interne, convenzionali, sovranazionali ed internazionali... senza rotture con il dato letterale delle norme nazionali... (ma) in modo che sia coerente con i vincoli liberamente assunti dal nostro paese in sede Europea ed internazionale».⁵

La decisione in commento, dunque, si inserisce anzitutto nel solco della normativa antidiscriminatoria europea, in particolare la direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, recepita in Italia con il d.lgs. n. 216/2003⁶. La direttiva *de qua*, dopo aver fatto richiamo nei preamboli ai principi della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, della Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione e di altri trattati internazionali⁷, stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e prevede innanzitutto (art. 2) che per «principio della parità di trattamento» s'intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi indicati all'art. 1 della direttiva stessa (religione, convinzioni personali, *handicap*, età o tendenze sessuali), per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento.

Com'è ormai noto, sussiste *discriminazione diretta* quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui sopra, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga; mentre sussiste *discriminazione indiretta* quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare *handicap*, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone.

⁴ BIAGIONI, *I procedimenti in materia di discriminazione*, in www.lavorodirittieuropa.it, 20 luglio 2023, definisce tale sistema di fonti stratificate poco razionale. Si veda anche ALESSI, *Disabilità, accomodamenti ragionevoli e oneri probatori*, in *RIDL*, 2021, 4, 613.

⁵ Cass. 4 febbraio 2016, n. 2210, in *MGL* 2016; Cass. 9 settembre 2016, n. 17867, in *FI*, 2016, 11, I, 3464.

⁶ Con il d.lgs. 9 luglio 2003, n.215, è stata data invece attuazione alla direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

⁷ Tra cui la Convenzione n. 111 dell'OIL che vieta ogni discriminazione in materia di occupazione e condizioni di lavoro. Per una disamina del ruolo delle norme internazionali dell'OIL nelle decisioni delle corti europee, si veda TEKLE, *Le norme dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di discriminazione*, in www.italianequalitynetwork.it.

Come si dirà meglio più avanti, la disciplina (comunitaria, ma anche italiana) prevede poi delle eccezioni, che consentono differenze di trattamento, quando esse siano oggettivamente giustificate.

Solo con ritardo e dopo una condanna da parte della Corte di Giustizia UE⁸, l'Italia ha pienamente recepito la direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in ambito lavorativo. Secondo la Corte UE, l'esistenza nel nostro ordinamento della l. 12 marzo 1999, n. 68⁹ (la cui finalità esclusiva è quella di «favorire l'accesso all'impiego di taluni disabili») e del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (che, sempre secondo la Corte Ue – «disciplina solo un aspetto dei provvedimenti appropriati richiesti dall'art. 5 della direttiva 2000/78, cioè l'adeguamento delle mansioni alla disabilità dell'interessato»), non erano sufficienti a garantire il recepimento concreto delle prescrizioni eurolavorative, con conseguente necessità di un intervento normativo da parte dello Stato italiano¹⁰. Il d.lgs. n. 216/03 (che contiene le «disposizioni relative all'attuazione della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli *handicap*, dall'età, dalla nazionalità e dall'orientamento sessuale, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, disponendo le misure necessarie affinché tali fattori non siano causa di discriminazione, in un'ottica che tenga conto anche del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini»), è stato così integrato¹¹ con l'aggiunta del comma 3-*bis* all'art. 3. Tale disposizione è quella che prevede che «Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti a adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n.18 nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente».

Come anticipato, l'art. 4 della direttiva UE, rafforzando quanto già previsto dal considerando 23 della stessa¹², prevede poi che «Fatto salvo l'articolo 2, paragrafi 1 e 2, gli Stati

⁸ C. giust. 4 luglio 2013, causa C-312/11, *Repubblica italiana*, in *RIDL*, 2013, 4, 935, con nt. di CINELLI; sempre in *RIDL*, 2014,1, 263, con nt. di AGLIATA. Sul punto anche LONGO, *UE - La sentenza della Corte di Giustizia nella causa c-312/11, Commissione c. Italia (2/2013)*, in www.osservatoriosullefonti.it.

⁹ L'art. 10 della l. n. 68/99 prevede peraltro che «Il rapporto di lavoro può essere risolto nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, la predetta commissione accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda». La nozione di adattamenti possibili sembra avere una portata più ristretta rispetto alle soluzioni ragionevoli di cui alla Dir. UE, anche alla luce di una certa giurisprudenza che, come già visto, ha interpretato cautamente la nozione. Sul punto LIMENA, *L'accesso al lavoro dei disabili*, Cedam, 2004, 73.

¹⁰ La legge 68/1999 prevede la sospensione del rapporto di lavoro in caso di aggravamento delle condizioni di salute dell'invalide, mentre il d.lgs. 81/2008 impone al datore di lavoro di adibire il lavoratore divenuto inidoneo a mansioni equivalenti o inferiori, ove possibile.

¹¹ Art. 9, comma 4-*ter*, d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 99.

¹² Il considerando n. 23 prevede che «In casi strettamente limitati una disparità di trattamento può essere giustificata

membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a una qualunque dei motivi di cui all'articolo 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato».

La normativa italiana, a sua volta, stabilisce che «nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e purché la finalità sia legittima, nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età, alla nazionalità o all'orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima»¹³.

Si segnala, per inciso, che dal confronto tra le norme europee e quelle italiane sembrano emergere alcuni punti critici: *in primis* la direttiva suggerisce un principio di tipicità, per cui dovrebbe essere il legislatore, non il datore di lavoro, a stabilire le eccezioni al principio di non discriminazione; essa sembra pertanto adottare un approccio oggettivo, che non parrebbe lasciare discrezionalità al datore di lavoro.

Un'ulteriore perplessità suggerita dalla dottrina¹⁴, riguarda un indiretto riflesso sull'art. 15 dello Statuto di lavoratori, che proprio l'art. 4, comma 1 del d.lgs. n. 216/03, ha a suo tempo modificato, ampliandone la portata soggettiva con l'introduzione dei profili di discriminazione legati a *handicap*, età, orientamento sessuale o convinzioni personali: se l'eccezione prevista all'articolo 3, comma 3, del d.lgs. n. 216/03 si estende anche all'art. 15 *de quo*, che di per sé non contempla eccezioni, si potrebbe configurare un peggioramento della tutela offerta dalla stessa norma e, quindi, una violazione della «Clausola di non regresso» dell'articolo 8 della direttiva, che vieta un abbassamento del livello di protezione contro la discriminazione. In tal modo la normativa italiana sembra ostacolare un'evoluzione nel senso della non discriminazione dei lavoratori, con l'ampliamento del numero di comportamenti discriminatori consentiti.

Ricordiamo, per una più ampia panoramica del contesto normativo nazionale, che in Italia esiste anche la l. 1° marzo 2006, n. 67 (Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni), che ha esteso la tutela giudiziaria avverso le discriminazioni a causa di disabilità, promuovendo la piena attuazione dei principi di pari oppor-

quando una caratteristica collegata alla religione o alle convinzioni personali, a un *handicap*, all'età o alle tendenze sessuali costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, a condizione che la finalità sia legittima e il requisito sia proporzionato. Tali casi devono essere indicati nelle informazioni trasmesse dagli Stati membri alla Commissione».

¹³ Art. 3, d.lgs. n. 216/03; il profilo della nazionalità, che non compare nella direttiva comunitaria, è stato aggiunto al testo italiano dall'art.1, comma 1, dalla legge 23 dicembre 2021, n. 238.

¹⁴ BILOTTA, *Luci e ombre del decreto legislativo n. 216/2003*, in www.infoleges.it

tunità e di pari trattamento per le persone con disabilità, al fine di garantire alle stesse il pieno godimento dei loro diritti civili, politici, economici e sociali. A tal fine, anche questa legge fornisce una definizione di «discriminazione» per le persone con disabilità, con la differenza che essa mira ad essere valida in qualunque contesto di vita (non solo quindi per l'ambito lavorativo, come già previsto nel d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216). Riconosce inoltre, a fianco della tutela giudiziaria avverso le discriminazioni per accesso e condizioni di lavoro, la tutela giudiziaria avverso qualsiasi discriminazione per disabilità, attraverso il procedimento speciale di cui al d.lgs. 1° settembre 2011, n.150, che la vittima può attivare anche con il sostegno di associazioni a ciò legittimate.

Si segnala, da ultimo, che il c.d. Decreto disabilità (d.lgs. 3 maggio 2024, n. 62), oltre a modificare la l. 104/92 in tema di accertamento dell'invalidità civile con effetti dal 1° gennaio 2025 e a ritoccare la definizione di persona con disabilità, dà attuazione alla Missione 5 del PNRR, che riguarda «Inclusione e Coesione», con particolare riguardo alla componente 2, «Infrastrutture sociali, famiglie, comunità, Terzo settore», che riguarda la definizione di diversi aspetti¹⁵, tra cui è elencato l'accomodamento ragionevole.

4. Sul divieto di discriminazione

Già presente nel Trattato di Amsterdam del 1997 e nella Carta di Nizza (che include il motivo della disabilità nell'ambito dell'art. 21, sul divieto generale di discriminazioni e contiene anche una disposizione specifica - art. 26 - che riconosce il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità)¹⁶, il divieto di discriminazioni per disabilità in ambito europeo trova consolidamento con la già citata direttiva 2000/78/CE, il cui articolo 5 attribuisce al datore di lavoro l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli «per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione». Storicamente, la normativa italiana di riferimento per il contrasto alle discriminazioni nel lavoro era lo Statuto dei lavoratori, in particolare l'articolo 15, che tutelava inizialmente solo dalle discriminazioni sindacali, ma che ha avuto il merito di codificare il principio di non discriminazione all'interno del rapporto di lavoro¹⁷. Successivamente, con la l. 9 dicembre 1977, n. 903 sulla parità di trattamento tra uomini

¹⁵ Condizione di disabilità, della valutazione di base, della valutazione multidimensionale per l'elaborazione e attuazione del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato.

¹⁶ Il Trattato è stato firmato il 2 ottobre 1997 ed è entrato in vigore il 1° maggio 1999. La Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea), essa è stata proclamata nel dicembre 2000 dal Parlamento europeo, dal Consiglio dell'Unione europea e dalla Commissione. La Carta è diventata giuridicamente vincolante con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, a dicembre 2009. Sul punto BONARDI, *L'inidoneità sopravvenuta al lavoro e l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli in una innovativa decisione della Cassazione*, in www.questionegiustizia.it.

¹⁷ BIAGIONI, *Luci e ombre del decreto legislativo n. 216/2003*, cit.

e donne in materia di lavoro, l'ambito di tutela si è ampliato, comprendendo anche discriminazioni per motivi politici, religiosi, razziali, linguistici e di genere. Un quadro più completo si è avuto appunto con il d.lgs. n. 216/2003, che ha esteso la protezione anche a discriminazioni legate a disabilità, età, orientamento sessuale e convinzioni personali, pur con alcune criticità evidenziate nel paragrafo precedente.

Il principio di non discriminazione si differenzia dal principio di parità di trattamento e eguaglianza, in quanto mira a colpire disparità legate a motivi vietati specificamente e non, invece, a favorire l'applicazione di trattamenti uguali tra i lavoratori. La discriminazione allora «opera obiettivamente, ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento deteriore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta ed a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro»¹⁸.

Nel caso in esame, il Tribunale ha correttamente applicato il concetto di discriminazione (in questo caso indiretta), riconoscendo che l'apparente neutralità della disciplina sul ricorso al lavoro straordinario poteva in realtà porre la lavoratrice disabile in una posizione di particolare svantaggio. Come già ricordato, peraltro, la ripartizione dei compiti, funzionale alla tutela del lavoratore disabile, rientra esplicitamente tra i provvedimenti indicati dalla Corte di giustizia tra gli accomodamenti ragionevoli possibili, ai sensi della Dir. 2000/78/CE. Lo straordinario a recupero, pertanto, può definirsi soltanto un contesto estemporaneo all'interno del quale esercitare quel dovere da parte del datore di lavoro, nell'ambito delle mansioni e dei compiti che, nelle determinazioni del dirigente scolastico, vengono riservate al lavoro straordinario.

Il giudice ricorda anche come la discriminazione possa discendere sia dall'applicazione di regole diverse a situazioni simili sia, viceversa, dall'applicazione della stessa regola a situazioni diverse; ma anche che la nozione eurounitaria di discriminazione ha natura oggettiva e va valutata in base agli effetti prodotti dalla disparità di trattamento, indipendentemente dall'intenzionalità della condotta del datore di lavoro.

Questa interpretazione si allinea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, che ha più volte sottolineato la necessità di valutare l'effetto concreto delle norme, piuttosto che la loro formulazione astratta (si veda, ad esempio, la sentenza HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, riunite, nelle quali la Corte europea ha stabilito che la nozione di «*handicap*» ai sensi della direttiva 2000/78/CE include condizioni patologiche causate da malattie curabili o incurabili che limitano la partecipazione alla vita professionale su base di uguaglianza con altri lavoratori, purché tali limitazioni siano di lunga durata, ma anche che la riduzione dell'orario di lavoro può essere considerata un adattamento ai sensi dell'articolo 5 della direttiva, a condizione che non imponga un onere sproporzionato al datore di lavoro¹⁹).

¹⁸ Cass. 5 aprile 2016, n. 6575, in *IUS Lavoro*, 27 maggio 2016, con nt. di Sessa, in cui si sottolinea come tale circostanza distingua la discriminazione dal motivo illecito di cui all'art. 1345 c.c.

¹⁹ C. giust. 11 aprile 2013, C-335/11, *HK Danmark/Dansk almennyttigt Boligselskab*, e C-337/11, *HK Danmark./Dansk Arbejdsgiverforening per conto della Pro Display A/S*, in *DLRiv.crit.dir.lav.* 2013, 1-2, 42, con nt. di GUARISO.

I considerando n. 16 e 17 della direttiva 2000/78/CE, stabiliscono, in particolare, che «La messa a punto di misure per tener conto dei bisogni dei disabili sul luogo di lavoro ha un ruolo importante nella lotta alla discriminazione fondata sull'*handicap*» e che la direttiva non prescrive l'assunzione, la promozione o il mantenimento dell'occupazione di un soggetto non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione «fermo restando l'obbligo di prevedere una soluzione appropriata per i disabili». Nell'ottica pertanto della disciplina comunitaria, l'adozione di soluzioni appropriate rappresenta un fattore di lotta alla discriminazione, così come – viceversa – la mancata adozione di tali soluzioni rappresenta un fattore discriminante, che impedisce la parità di trattamento.

5. Gli accomodamenti ragionevoli

Centrale anche nell'argomentazione del Tribunale è il concetto di «accomodamenti ragionevoli», introdotto dall'art. 5 della direttiva e successivamente rafforzato dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità²⁰.

Come già ricordato, inizialmente il nostro Paese ha recepito in maniera claudicante le prescrizioni del legislatore europeo e solo a seguito di condanna da parte della Corte di Giustizia UE nel 2013²¹, l'Italia ha introdotto un vero e proprio obbligo per i datori di lavoro di adottare accomodamenti ragionevoli. Questa nozione richiede una valutazione caso per caso delle soluzioni da adottare, considerando sia il tipo di disabilità che il tipo

²⁰ Ratificata dall'Italia con l. n. 18/2009 e approvata dall'UE con Decisione del Consiglio del 26 novembre 2009 n. 2010/48/CE. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha più volte chiarito l'interpretazione della direttiva in questione e ha sottolineato che l'UE ha aderito alla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità nel 2010, incorporandola nel proprio sistema giuridico (così C. giust., 18 marzo 2014, C-363/12, in *FI*, 2014, 3, 736, in un caso di maternità surrogata in cui si contesta violazione della parità di trattamento; in particolare punto 73, che richiama anche C. giust. 30 aprile 1974, C-181/73, e C. giust. 11 aprile 2013, HK Danmark cit.). Di conseguenza, questa Convenzione può essere utilizzata per interpretare la direttiva, che dovrebbe essere letta in modo coerente con essa (così sempre C. giust. 11 aprile 2013, HK Danmark, cit.; C. giust., 1° dicembre 2016, Daouidi c. Bootes Plus SL e a, in *FI* 2017, 1, IV, 5.; C. giust. 9 marzo 2017, Milkova, in *Labor*, 5 aprile 2017, con nt. di BRONZINI). Sottolinea in proposito la dottrina che la Convenzione Onu del 2006 ha avviato una «rivoluzione copernicana» quanto alla definizione del concetto di disabilità, legata solo in parte da «menomazioni di tipo fisico o psichico». Tale nozione, dunque, poserebbe l'accento «soprattutto sulle barriere di qualsiasi natura, fattuale o normativa che, considerate le condizioni dell'individuo, ne ostacolano la piena partecipazione e l'inclusione sociale». Attraverso questa nuova nozione di «disabilità bio-psico-sociale, valorizzata dalla Corte di giustizia dell'Unione per l'applicazione della direttiva CE 2000/78», la schiera dei soggetti che trovano tutela nel diritto antidiscriminatorio si è ampliata notevolmente, potendo ora ricomprendere anche persone affette da malattie inabilitanti croniche o di lungo periodo. «Questa evoluzione ha un effetto diretto, e di non poco momento, anche sull'estensione del contenuto dell'obbligo di introdurre ragionevoli accomodamenti». Così TOPO, *Nuove tecnologie e discriminazioni*, Relazione AIDLASS - XXI CONGRESSO NAZIONALE, 23-25 maggio 2024, 45 e ss., in www.aidlass.it, e agli ampi richiami ivi contenuti, tra cui D. GAROFOLO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *ADL*, 6, 2019, 1230; SPINELLI, *La sfida degli "accomodamenti ragionevoli" per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in *DLM*, I, 2017, 50; DE MOZZI, *Condizioni personali del lavoratore e licenziamento*, Cleup, 2018. Si segnala inoltre l'interessante prospettiva, ivi suggerita, che vede nell'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli anche una misura di prevenzione in alcuni casi di disabilità, particolarmente di natura psichica.

²¹ C. giust. 4 luglio 2013, causa C-312/11, cit.

di lavoro, non potendo essere codificata a priori in comportamenti o strumenti predefiniti in maniera statica.

Nella visione europea, gli accomodamenti ragionevoli sono uno strumento fondamentale per realizzare la parità e contrastare le discriminazioni. L'art. 5 della Direttiva stabilisce, più specificamente, che per garantire la parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro devono adottare soluzioni ragionevoli, a meno che queste non comportino un onere finanziario sproporzionato o eccessivo, con l'ulteriore precisazione, tuttavia che la soluzione non può dirsi *ex se* sproporzionata allorché «l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili». La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 2006 ha poi ampliato la portata di questo obbligo, definendo gli accomodamenti ragionevoli come modifiche e adattamenti necessari per garantire alle persone con disabilità il pieno godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali. L'art. 27 della Convenzione statuisce, inoltre, che gli Stati Parti riconoscono il diritto al lavoro delle persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri, il diritto di potersi mantenere attraverso un lavoro liberamente scelto o accettato in un mercato del lavoro e in un ambiente lavorativo aperto, che favorisca l'inclusione e l'accessibilità alle persone con disabilità.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha più volte interpretato queste norme, spesso rilevando contrasti tra la disciplina comunitaria e quella di vari Stati membri. La Corte ha adottato una nozione ampia di «soluzioni ragionevoli», includendo tutte le misure necessarie per eliminare le barriere che ostacolano la piena partecipazione delle persone con disabilità alla vita professionale.

Come precedentemente ricordato, la stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea²² ha stabilito che la direttiva europea richiede ai datori di lavoro di adottare «misure appropriate, ossia misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'*handicap*, ad esempio sistemando i locali o adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti o fornendo mezzi di formazione o di inquadramento». Tali misure devono essere applicate a tutti i lavoratori con disabilità, senza distinzioni.

Il considerando n. 20 della direttiva 2000/78/CE e l'articolo 2, quarto comma, della Convenzione dell'ONU sui diritti delle persone con disabilità, prevedono peraltro soluzioni non solo materiali, ma anche organizzative.

Nella giurisprudenza italiana, a far data da quella pronuncia delle Sezioni unite nel 1998 che abbiamo già ricordato²³, viene riconosciuto l'obbligo per il datore di lavoro di provare l'impossibilità di adibire un disabile a mansioni compatibili con le residue capacità lavorative, prima di licenziarlo per sopravvenuta inidoneità, fermo restando però «l'assetto orga-

²² C.giust. 4 luglio 2013, C-312-11, cit.

²³ Si veda nt.1.

nizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore», secondo un principio di conservazione degli equilibri finanziari e col limite dell'intangibilità delle sue scelte discrezionali.²⁴ Tale posizione esce sostanzialmente confermata dalla giurisprudenza successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite. Così la giurisprudenza, ad esempio, asserisce che il datore non è tenuto a trasferire altri lavoratori e alterare l'organigramma aziendale, pur di salvaguardare il posto di lavoro del lavoratore disabile²⁵; che «non è configurabile un obbligo dell'imprenditore di adottare nuove tecnologie, non in dotazione dell'azienda, in grado di eliminare gravosi sforzi fisici nell'esecuzione della prestazione»²⁶. Con riferimento alle assunzioni obbligatorie, si afferma che il datore sia tenuto agli adempimenti di legge «sempreché esistano però nell'azienda posizioni compatibili con il grado e il tipo di menomazioni da cui è affetto il soggetto protetto; ne discende che, se il datore di lavoro è tenuto ad attribuire all'invalido mansioni idonee e compatibili con il suo stato di invalidità [...] non è però tenuto a modificare o adeguare, sostenendo costi aggiuntivi, la sua organizzazione aziendale alle condizioni di salute del lavoratore protetto, nè in particolare, a creare per lui un nuovo posto di lavoro concentrando in una sola unità mansioni non difficoltose già facenti parte, con altre più complesse, dei compiti degli altri lavoratori».²⁷

La posizione maggiormente inclusiva della Corte di giustizia verso i portori di *handicap*, derivante da una lettura combinata di norme di rango internazionale e sovranazionale, ha peraltro portato a rafforzare almeno in parte quella corrente della giurisprudenza di legittimità, pur presente nel nostro ordinamento, che ha abbracciato soluzioni più garantiste e ispirate ai «principi dettati dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del disabile del 13 dicembre 2006, ratificata dall'Italia con l. n. 18 del 2009 e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE, nonché all'art. 26 della cd. Carta di Nizza e all'art. 15 della Carta sociale europea»²⁸.

La giurisprudenza italiana ha così iniziato ad ampliare l'interpretazione dei comportamenti esigibili dai datori di lavoro, includendo non solo quelli ragionevoli e finanziariamente proporzionati, ma anche quelli «socialmente accettabili». In un recente intervento dei giu-

²⁴ Sul punto DE FALCO, *op cit.*; BONARDI, *op. cit.*

²⁵ Cass. 13 ottobre 2009, n. 21710, in *GL*, 2009, 49, 96.

²⁶ Cass. 5 agosto 2000, n. 10339, in *MGL*, 2000, 1208, con nt. di FIGURATI; Cass. 19 agosto 2009 n. 18387, in *GDir* 2009, 38, 35.

²⁷ Cass. 26 settembre 2002, n. 13960, in *MGC*, 2002, 1724. Sostiene, che il datore di lavoro non è obbligato a creare nuove mansioni da offrire al disabile, ritenendosi che queste debbano comunque essere reperite nell'ambito dell'organizzazione già esistente, Cass., 7 gennaio 2005, n.239, in *MGC*, 2005, 1.

²⁸ Cass., 4 febbraio 2016, n. 2210, in *MGC*, 2016; Cass., 9 settembre 2016, n. 17867, in *FI*, 2016, 11, I, 3464, secondo cui «l'importanza della Convenzione N.U. del 2006 ha peraltro indotto l'Unione a ratificarla con decisione 2010/48/CE con la conseguenza che per la Corte di giustizia (sentenza del 18.12.2014, C-354/13) le stesse direttive normative antidiscriminatorie vanno interpretate alla luce della Convenzione, si da confermare il particolare valore che la tutela delle persone portatrici di *handicap* assume nell'ordinamento sovranazionale». Sul punto BRONZINI, *Corte di giustizia, parità di trattamento nelle condizioni di lavoro, persone affette di disabilità, Carta dei diritti fondamentali*, in *Labor*, 5 aprile 2017.

dici di legittimità²⁹, si legge che le limitazioni funzionali cui un lavoratore (nel caso *de quo* un dipendente pubblico) con disabilità è sottoposto rispetto alle proprie mansioni, «lungi dal costituire un ostacolo insormontabile all'accoglimento dell'invocata richiesta di emissione di sentenza costitutiva, rientrano, piuttosto, in quei «ragionevoli adattamenti» organizzativi (art. 3 comma 3 *bis* d.lgs. n. 216/2003)», cui la parte datoriale è tenuta, pur nei limiti della ragionevolezza; l'art. 5 della direttiva 2000/78/CE, come ampiamente ricordato, impone infatti, l'adozione di provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete. L'adozione di tali misure organizzative riguarda poi ogni fase del rapporto di lavoro»³⁰.

In situazioni diverse, i giudici hanno stabilito che «il diritto della persona con disabilità (o di coloro che se ne prendono cura) può essere compromesso solamente quando il suo esercizio danneggi in modo significativo le necessità economiche, produttive e organizzative dell'azienda», che devono essere presentate e dimostrate dal datore di lavoro, sia esso un ente pubblico o privato.³¹

Il Tribunale di Modena dunque, dopo aver richiamato la nozione di discriminazione di cui alla Dir. 2000/78/CE, che fa leva anche sull'obbligo di adottare soluzioni appropriate per i disabili (integrando così la nozione di discriminazione attraverso quella di accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità³²), nonché la nozione di *handicap* offerta dalla Corte di giustizia³³, conclude

²⁹ Cass., 26 febbraio 2024, n. 5048, in *MGL*, 2024, che riconosce la possibilità di costituzione forzosa, *ex art.* 2032 c.c., del rapporto di lavoro, negato al lavoratore iscritto alle liste di cui alla l. n. 68/1999 a causa delle limitazioni funzionali alle mansioni. Per altri recenti interventi sugli accomodamenti ragionevoli si possono vedere Cass., 9 marzo 2021, n.6497, in *RIDL* 2021, 4, II, 597; Cass., 22 maggio 2024, n.14307, in *MGC* 2024; Cass. 17 gennaio 2024, n.1788, in *DG* 2024, 18 gennaio, con nt. di LEVERONE, che riconosce l'obbligo del datore di adottare accomodamenti ragionevoli anche nei confronti del *caregiver*; Cass. 13 novembre 2023, n. 31471, in *GD*, 2023, 48.

³⁰ Cass., 9 marzo 2021, n. 6497, cit.

³¹ Cass. 11 ottobre 2017, n. 23857, in *RIDL*, 2018, II, 82, con nt. di Di Noia.

³² L'adozione di soluzioni ragionevoli è pertanto uno strumento per garantire parità di trattamento. Si può tuttavia concordare con chi ritiene che i due concetti non possano sempre essere completamente sovrapposti. Così BORDONI, *Il periodo di comportamento può essere discriminatorio. Tra discriminazione indiretta e accomodamenti ragionevoli: la Cassazione puntualizza*, in *Labor*, 13 giugno 2023, con riferimento ad un caso di applicazione del periodo di comportamento «standard» ad un disabile, rimasto assente anche a causa della disabilità e licenziato appunto per superamento del periodo di comportamento. Il riferimento è a Cass. 31 marzo 2023, n. 9095, in *IUS Lav.* 6 aprile 2023, con nt. di GUARINI, in cui la Corte sembra ritenere che l'applicazione di un periodo di comportamento diverso rappresenti appunto un accomodamento ragionevole, quando forse sarebbe stato sufficiente incorporare i giorni di assenza dovuti alla disabilità dal decorso dell'ordinario periodo di comportamento. Sul punto si veda anche l'ordinanza di rinvio alla CG del Trib. Ravenna, 4 gennaio 2024, in www.italianequalitynetwork.it, (che contiene un esplicito rinvio proprio a Cass. 9095/23), con cui il giudice rinvia alla Corte europea, in sintesi, di pronunciarsi sulla natura discriminatoria o meno di un comportamento indifferenziato per lavoratori disabili e normodotati e se possa ritenersi ragionevole un accomodamento consistente nel dovere del datore di lavoro di concedere alla scadenza del periodo di comportamento un ulteriore periodo retribuito integralmente a suo carico, senza ottenere una controprestazione lavorativa. Anche qui si trattava di un lavoratore rimasto a lungo assente, anche oltre la scadenza del periodo, a causa di una condizione di disabilità. Recentissima in tema di accomodamenti ragionevoli anche Cass. 21 novembre 2024 n. 30080, ord., in www.dejure.it, che fa riferimento allo «statuto di speciale protezione che l'ordinamento interno e comunitario stabilisce per le persone con disabilità», con conseguente obbligo per il datore di adottare accomodamenti ragionevoli, in un caso di lavoratore affetto da disabilità cui era stato negato il diritto alla scelta di una sede più idonea alla gestione delle proprie limitazioni e patologie».

³³ C. giust., 11 aprile 2013, HK Danmark, cit. La Corte chiarisce che la nozione di *handicap* «deve essere intesa nel senso

che il diniego di svolgere lavoro straordinario a recupero per compensare le giornate prefestive non lavorate sia in contrasto con la disciplina antidiscriminatoria. Il giudice, più specificamente, ritiene non provati due fatti: che il lavoro straordinario sia incompatibile con lo stato di salute della lavoratrice e l'impossibilità per la collaboratrice scolastica di svolgere le proprie mansioni ordinarie anche nelle ore di recupero. Inoltre, afferma il Tribunale, la parità di trattamento «può essere facilmente garantita dando attuazione agli accomodamenti ragionevoli prescritti dalla normativa europea», assegnando per esempio alla lavoratrice le consuete mansioni – compatibili con lo stato di salute e le prescrizioni del medico competente – affidate durante l'orario normale di lavoro. Tale accomodamento avrebbe anche rispettato quella prescrizione, tipica del pubblico impiego, di adottare iniziative e provvedimenti senza alcun onere finanziario aggiuntivo e con le risorse umane, finanziarie e strumentali già esistenti, a legislazione vigente.

L'unico limite all'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli è individuato nella sproporzione dell'onere finanziario necessario, giudizio che implica una valutazione «dei costi finanziari o di altro tipo [...], delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'organizzazione o dell'impresa e delle possibilità di ottenere fondi pubblici e altre sovvenzioni»³⁴; occorre inoltre valutare se il sacrificio che il datore si trova ad affrontare non è sproporzionato «allorchè l'onere è compensato in maniera sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili»³⁵.

6. Conclusioni

La conclusione del Tribunale di Modena si allinea dunque al principio, che ormai va consolidandosi, secondo cui grazie alle esplicite previsioni della Convenzione Onu, la discriminazione dei disabili passa anche per il rifiuto di adottare soluzioni ragionevoli. Tuttavia, ancora oggi permane una tensione tra la tutela dei diritti dei lavoratori con disabilità e la libertà d'impresa, con alcune sentenze che ancora intravedono nella libertà di organizzazione aziendale un ostacolo al pieno godimento dei diritti dei lavoratori in situazione di fragilità, se non di disabilità³⁶. La progressiva imposizione al datore di obblighi positivi di fare (passibili di sindacato in sede giudiziale), che investono tutti gli aspetti più rilevanti dell'organizzazione del lavoro (v. *infra* §5), finisce per scalfire quella insindacabilità delle scelte inerenti all'assetto imprenditoriale considerato sinora

che si riferisce ad una limitazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori».

³⁴ Così il considerando 21 della Dir. 2000/78/CE.

³⁵ Sul punto si rinvia a DE FALCO, *op. cit.* e sempre dello stesso a. *L'accomodamento per i lavoratori disabili: una proposta ragionevolezza e proporzionalità attraverso l'Inail*, in *LDE*, 2021, in particolare pp. 13 e ss.

³⁶ Si veda, ad esempio, Trib. Lodi sez. lav., 12 settembre 2022, n. 19, in *www.dejure.it*, in tema di superamento del periodo di comporto dovuto ad assenze per patologie legate allo stato di invalidità, secondo cui «L'art. 2110 c.c. contempera due contrapposti interessi: quello del lavoratore di mantenere il posto di lavoro anche durante la malattia e quello del datore di lavoro di risolvere il rapporto di lavoro in presenza di una morbilità eccessiva del lavoratore. Va precisato che detta norma è applicabile a tutti i lavoratori, senza distinzione fra categorie, ma prevede che in presenza di una prolungata morbilità oltre il limite previsto dalla legge (o dal contratto collettivo) il datore di lavoro possa recedere dal contratto». C. app. Caltanissetta, 14 luglio 2017.

un limite alle soluzioni percorribili in materia, oltre che dell'obbligo di *repêchage* del lavoratore in caso di licenziamento per inidoneità sopravvenuta.

In conclusione, sebbene ci siano stati progressi significativi, l'equilibrio tra i diritti dei lavoratori con disabilità e le esigenze organizzative delle imprese rimane un tema complesso e in evoluzione nel contesto italiano: la concezione aperta della nozione di accomodamento ragionevole, che può includere misure tecniche o organizzative di varia natura³⁷, il carattere indefinito dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza che devono caratterizzare tali misure, insieme al rilievo oggettivo che assume la discriminazione in caso di violazione dell'obbligo, lasciano ancora aperte alcune incertezze sul piano teorico e applicativo³⁸.

³⁷ Sino ad un ampliamento del periodo di comporto, come si è visto.

³⁸ DE LOGU, "Adeguare il lavoro all'uomo": l'adattamento dell'ambiente di lavoro alle esigenze della persona disabile attraverso l'adozione di ragionevoli accomodamenti, in *RGAD*, 2024, 1, 2.

The Great Inequality Gaps: A National Overview on Italy

Massimiliano Delfino

Full Professor of Labour Law at the University of Naples Federico II

Mariagrazia Lamannis

Postdoctoral Research Fellow at the University Magna Graecia of Catanzaro

Carla Spinelli

Full Professor of Labour Law at the University of Bari Aldo Moro

Federica Palmirotta

Postdoctoral Research Fellow at the University of Modena-Reggio Emilia

Anna Zilli

Associate Professor of Labour Law at the University of Udine

Massimiliano De Falco

Postdoctoral Research Fellow at the University of Udine

Abstract: At the ISLSSL Congress, held in Rome in September 2024, the working group coordinated by Catarina de Oliveira Carvalho (Porto Faculty of Law) focused on the Great Inequality Gaps. The method approved in the WG was the Q&A approach. The questionnaire was discussed in the WG and settled in April 2024. The first part (questions 1-10) of the Italian report was written by Massimiliano Delfino (University of Naples Federico II) with the collaboration of Mariagrazia Lamannis (Università Magna Graecia di Catanzaro); the second part (questions 11 - 19) was explained by Carla Spinelli (University of Bari Aldo Moro) with the collaboration of Federica Palmirotta, (University of Modena-Reggio Emilia); finally, the third part (questions 20 - 28) was elaborated by Anna Zilli (University of Udine), together with Massimiliano De Falco (University of Udine).

The purpose was to offer a wide overview on the national jurisdiction, to compare the situation between EU Countries and those outside the EU.

Keywords: Inequality gaps – Discrimination – Italy – Overview.

1. PART

I. Framework questions

1. Bearing in mind your national context, what would you consider to be “the great inequality gaps” within the labour market?

Even though progress has been made in the last decades in achieving the principle of equality, also through the implementation of antidiscrimination law, some “inequality gaps” persist in Italy.

In trying to identify the more ‘urgent’ gaps, three main issues should probably be considered: the “gender gap”, access for foreigners to social security and welfare benefits, and protection of disabled people.

Just to give a quick overview, «with 68.2 points out of 100, Italy ranks 13th in the EU on the Gender Equality Index. Its score is 2.0 points below the score for the EU as a whole» – this notwithstanding an improvement of almost 17 points since 2010¹. However, according to the Index, «gender inequalities are strongly pronounced in the domain of work (65.0 points), in which the country has consistently ranked last among all Member States since 2010. [...] Within this domain, Italy ranks lowest (27th) in the sub-domain of participation [...] and the country’s lowest score (61.4 points) is in the sub-domain of segregation and quality of work»². Here, indeed, Italy has registered a drop in ranking from 19th to 22nd place since 2020, due to making slower progress than other EU countries.

Moreover, both in private and public employment the gender pay gap persists³, partly due to the lower presence of women in so-called top positions (i.e., as managers or people in a leading role), and the higher presence of women in low-paid industries and among part-timers. This is even tough that for public servants the principle of equal treatment is established by law (Article 7 and Article 45, para. 2, Legislative Decree 30 March 2001,

¹ Available at <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2023/country/IT>.

² *Ibidem*. See more here <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2023/domain/work/IT> for additional data on segregation and the quality of work as well, and here <https://www.inapp.gov.it/en/press-and-media/press-releases/07-03-2023-inapp-employment-1-in-5-women-out-of-the-labour-market-after-giving-birth-a-third-of-them-are-either-dismissed-or-their-contract-is-not-renewed>.

³ On the gender pay gap among public servants see, for example, <https://www.openpolis.it/la-parita-di-genere-al-vertice-dei-ministeri-si-e-ridotta/>; <https://www.forumpa.it/temi-verticali/lavoro-occupazione/crescono-le-donne-nella-pa-ma-il-gap-e-ancora-forte-nei-livelli-apicali/>; <https://contoannuale.rgs.mef.gov.it/it/web/sicosito/analisi-commenti>. On the gender gap in private employment, see <https://www.euractiv.com/section/politics/news/italys-gender-pay-gap-continues-to-widen>.

No. 165) and collective agreements have *erga omnes* effects. On the contrary, in private employment, that principle is not guaranteed either by law or by case law. Therefore, any differential treatment is allowed, unless it is discriminatory (see *infra*).

Turning to access of foreigners to social security and welfare benefits, in recent years case law has often addressed (and sometimes denied) the legitimacy of the requirements established for various benefits (e.g., the so-called *reddito di cittadinanza* and *bonus bebè*⁴) where concerning the duration of legal residence in Italy and/or in a specific area and/or the possession of additional conditions only on behalf of foreign nationals⁵.

According to a recent study published by the ILO⁶, the issue of labour inclusion of persons with disabilities continues to be one of the most sensitive points in Italian labour policies. Although, for decades there has been a law regulating the so-called targeted placement of disabled people (Law 24 March 1999, No. 687), in recent times – also due to the Covid-19 pandemic – the already difficult access to the labour market for people with disabilities has come to a standstill or slowed down⁸.

With Delegation Law 22 December 2021, No. 227 the Italian Parliament gave the Government the power to adopt by 15th March 2024 one or more legislative decrees for the revision and reorganisation of the existing provisions on disability. The goals of the Delegation Law include, for example, adopting a definition of “disability” consistent with UN Convention in Law 5 February 1992, No. 104; introducing the notion of reasonable accommodation in Law No. 104/1992; establishing the appointment by public employers of a person responsible for the process of including persons with disabilities in the work environment, under Law No. 68/1999. This is also to guarantee the implementation of reasonable accommodation under Article 3, para. 3-*bis*, Legislative Decree 9 July 2003, No. 216 (see *infra*). Following the Delegation Law, the Guidelines on the targeted placement of persons with disabilities were adopted (Ministerial Decree 11 March 2022, No. 43), and Legislative Decree 5 February 2024, No. 20 established the National Authority for the Rights of Persons with Disabilities.

Consequently, some important changes are expected in legislation concerning disabled people.

⁴ Respectively citizenship income and baby bonus.

⁵ For a comprehensive analysis and report of case law, see the database of ASGI, Association for legal studies on immigration available here: <https://www.asgi.it/aggiornamenti-giurisprudenza/>. For example, and very recently, see: Constitutional Court 20 April 2023, No. 77 and 9 March 2020, No. 44 on access to public housing; Constitutional Court 10 April 2018, No. 107 on access to kindergartens; Court of Cassation 5 June 2019, No. 15170 on the social allowance recognition; Court of Cassation No. 23763/2018 on civil invalidity pension.

⁶ Available here: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-rome/documents/publication/wcms_874035.pdf.

⁷ The law introduces a hiring obligation for public and private employers. These are obliged to employ workers belonging to the categories of disadvantaged persons, in the amount provided for by the so-called reserve quotas.

⁸ See *amplius* the ILO report cited in footnote no. 6.

As for case law, one of the most debated issues is the (il)legitimacy of dismissals when the employer does not provide for reasonable accommodation – when feasible⁹. Furthermore, many court rulings¹⁰ have recently considered as discriminatory the failure to consider – when calculating the period of job retention in the event of illness – the greater risk of sickness due to disability. In other words, guaranteeing disabled workers a job retention period of the same duration as that guaranteed to other workers constitutes indirect discrimination and makes the subsequent dismissal unlawful.

2. Does your national law contain an express declaration of equality and non-discrimination principle? At which level(s)? (Constitutional; Labour Law field)?

The principle of equality is one of the fundamental principles of the Italian Constitution. Article 3, para. 1, establishes that all citizens have equal social dignity and are equal before the law, without distinction of sex, race, language, religion, political opinion, personal and social conditions. Para. 2, indeed, establishes the so-called principle of substantive equality (*eguaglianza sostanziale*), by attributing to the Republic (i.e., the State and all the social bodies) the task of removing economic and social obstacles, which, by effectively limiting the freedom and equality of citizens, prevent the full development of the human person and the effective participation of all workers in the political, economic, and social organisation of the country. Consequently, and in a nutshell, the Italian Constitution allows for differentiation in treatment, especially to remove inequalities that exist in practice, if they are reasonable and non-discriminatory¹¹ (see next Section on the nature of the list included in Article 3 of the Constitution).

As concerns the prohibition of discrimination in the employment relationship, both Legislative Decrees 9 July 2033, No. 215 (Article 2) and No. 216 (Article 2)¹² state that «the principle of equal treatment means the absence of any direct or indirect discrimination». Under Article 2, para. 3, Legislative Decree 25 July 1988, No. 286 (the so-called Immigration Act, *Testo Unico sull'Immigrazione*) and in implementation of the ILO Convention No. 143/1975¹³, Italy ensures that all foreign workers legally residing in its territory and their families have equal treatment and full equality of rights as compared to Italian workers.

⁹ See *infra* and ILO cit., pp. 32 ff.

¹⁰ See, for example: Court of Cassation 31 March 2023 No. 9095; Court of Appeal of Naples 17 January 2023, No. 168, Court of Appeal of Milan 1 January 2022.

¹¹ On the application of the principle of equality in relations between private individuals and in the employment relationship, BARBERA, BORELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, 87 ff. available here https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/Articoli/2022-1_Barbera-Borelli.pdf.

¹² As for every EU Member State, Italian antidiscrimination law implements the relevant EU directives. Legislative Decree No. 215/2003 is the Italian transposition of the Directive 2000/43/EC, while Legislative Decree No. 216/2003 is the transposition of the Directive 2000/78/EC. The Gender equality Code implements Directives 2002/73/EC, 2004/113/EC, and 2006/54/EC.

¹³ Ratified by Law 10 April 1981, No. 158.

The «prohibition of discrimination and equal treatment and opportunities between women and men, as well as the embedding of the goal of equality between women and men in all policies and activities» is regulated by Article 1 of the so-called Gender Equality Code (Legislative Decree 11 April 2006, No. 198).

Finally, it should be mentioned that to prevent discrimination in workplaces, Article 8 of Law 25 May 1970, No. 300 (the so-called Workers' Statute) still prevents the employer – for recruitment, as well as during the employment relationship – from investigating, even through third parties, the employee's political, religious or trade union opinions, as well as facts that are not relevant to the assessment of the employee's professional aptitude.

3. How is the prohibition of discrimination set forth in your legal system? Is it accompanied by a list of prohibited grounds for differentiation? Is this closed or an open list (exhaustive or illustrative)?

As briefly mentioned, Italian antidiscrimination law implements the European relevant directives. Therefore, the list of prohibited grounds in Legislative Decrees Nos. 215/2003, 216/2003 and the Gender Equality Code is usually considered closed. This is consistent with the interpretation given by the ECJ on the closed nature of the lists included in the European legislation¹⁴.

According to some scholars, Article 3 of the Italian Constitution also contains an exhaustive list of factors. However, others stress that the reference to “personal and social conditions” seems to be a sufficiently broad clause to allow for the inclusion in the list of additional factors to those already mentioned – thus making the list an open one¹⁵.

4. According to this list, if existent, would you underline any of the grounds therein contained as especially innovative, or less common?

The protected grounds under Italian antidiscrimination law, unlike European directives, expressly include colour, descent or national or ethnic origin (Legislative Decree No. 286/1988). However, since the so-called 2019/2020 European law, the ground “nationality”¹⁶ has been added to the prohibited discrimination factors provided in Legislative Decree No. 216/2003. The latter now also implements Directive 2014/54/EU and not only Directive 2000/78/EC – which expressly does not cover discrimination grounded on nationality.

¹⁴ MILITELLO, STRAZZARI, *I Fattori di discriminazione*, in BARBERA, GUARISO (eds.), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strutture, interpreti*, Giappichelli, 2019, 85-86 and ECJ 22.1.2019, *Achatzi*, C-193/17; 17.4.2018, *Egenberger*, C-414/16; 11.7.2006, *Chacon Navas*, C-13/05; 24.04.2012, C-571/10, *Kamberaj*. Nevertheless, over time, this interpretation has been ‘balanced’ by a less strict interpretation of some of the protected grounds. See, e.g., ECJ 11.04.2013, C-335-11, *HK Danmark* and ECJ 31.07.2008, C-303/06, *Coleman* on disability; ECJ 16.07.2015, C-83/14, *Chez* on Roma people.

¹⁵ MILITELLO, STRAZZARI, op. cit.

¹⁶ See broadly here <https://www.italianequalitynetwork.it/divieti-di-discriminazione-il-fattore-nazionalita-entra-nel-d-lgs-216-2003-e-ne-estende-lambito-di-applicazione/> also on the addition of “nationality” in Article 15, Law No. 300/1970.

Additionally, Article 44 of Legislative Decree No. 286/1988 regulates civil action against discrimination and enables people to go before courts for discrimination based on racial, ethnic, linguistic, national, geographical, or religious grounds. So, it also covers discrimination grounded on language and geographical origin – the latter being a concept probably broader and different than descent or national or ethnic origin. Indeed, language was already included in the protected factors under Article 15 of the Workers' Statute, since Law 9 December 1977, No. 903¹⁷.

Finally, it should be clarified that the provisions established in Legislative Decree No. 286/1988 and Legislative Decree No. 216/2003 are complementary.

The definition of discrimination under Article 25 of the Gender Equality Code (see *infra*) encompasses personal and family care needs in the protected grounds along with gender, age, pregnancy, maternity, or paternity status, including adoption, and the entitlement to and exercise of related rights. Moreover, Article 27, para. 2 (regulating «prohibitions of discrimination in access to employment, professional training and promotion and working conditions») prohibits discrimination even if implemented by reference to marital or family status, together with pregnancy, maternity, or paternity status, including adoption.

Discrimination on trade union grounds is prohibited by Article 15 of the Workers' Statute (Law No. 300/1970) and Italian case law usually includes trade union freedom in the realm of “beliefs” protected by European antidiscrimination law¹⁸.

5. Does the national literature and case law identify other relevant prohibited grounds for discrimination different from the legally listed ones?

See the previous Section.

6. Does your national law contain explicit definitions of key concepts in antidiscrimination law, such as direct and indirect discrimination?

The Italian legal system contains various definitions of discrimination. This is because anti-discrimination law is not provided for by a single piece of legislation, but there are different legislative instruments concerning specific grounds of discrimination thus establishing their legal definition. However, these definitions, with some exceptions (*infra*), are similar. Following the chronological order of approval of laws, this Section presents the definition of direct and indirect discrimination. The other relevant definitions are described in the following Section.

¹⁷ In addition to the prohibition of discrimination in Article 3, the Italian Constitution protects linguistic minorities in Article 6.

¹⁸ Court of Cassation, 2 January 2020, No. 1; Court of Appeal of Rome, 9 October 2012; Court of Bologna, 31 December 2021. Trade union freedom and the right to strike are guaranteed by Articles 39 and 40 of the Italian Constitution. Furthermore, Article 28 of the Workers' Statute regulates a specific civil action against anti-union conduct – i.e., any conduct by the employer that impedes the exercise of trade union freedom and the right to strike.

Under Legislative Decree No. 286/1988, Article 43, discrimination on racial, ethnic, national or religious grounds is «any conduct which, directly or indirectly, involves a distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent or national or ethnic origin, religious beliefs and practices, and which has the purpose or effect of destroying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal basis, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social and cultural fields and any other area of public life».

Moreover, Article 43, para. 2, specifies that, in any case, five peculiar conducts are to be considered discriminatory:

when a public official or a person entrusted with a public service or a person performing a service of public necessity, in the exercise of his duties, carries out or omits acts against a foreigner, solely because of his status as a foreigner or as a member of a particular race, religion, ethnic group or nationality, and this conduct unjustly discriminates against him.

when anyone imposes more disadvantageous conditions or refuses to supply goods or services offered to the public to a foreigner solely because of his or her status as a foreigner or person belonging to a certain race, religion, ethnic group, or nationality.

when anyone unlawfully imposes more disadvantageous conditions or refuses to provide access to employment, housing, education, training, and social and welfare services to a foreigner lawfully residing in Italy solely because of his status as a foreigner or as a member of a certain race, religion, ethnic group or nationality.

when anyone prevents, by action or omission, the exercise of an economic activity lawfully undertaken by a foreigner residing legally in Italy, solely because of his status as a foreigner or as a member of a certain race, religious belief, ethnic group, or nationality.

when the employer or his supervisors – under Article 15 of Law No. 300/1970, as amended and supplemented by Law No. 903/1977, and Law 11 May 1990, No. 108 – commit any act or conduct that produces a prejudicial effect by discriminating, even indirectly, against workers on account of their race, ethnic or linguistic group, religious denomination, or nationality. Indirect discrimination shall be deemed to be any prejudicial treatment resulting from the adoption of criteria that proportionately disadvantage workers belonging to a particular race, ethnic or linguistic group, religious group or nationality and that concern requirements that are not essential to the performance of the job.

Finally, it is important to mention that Articles 43 and 44 (concerning the civil action against discrimination) also apply to xenophobic, racist, or discriminatory acts committed against Italian citizens, stateless persons and citizens of other EU Member States who are in Italy.

Under Legislative Decree No. 215/2003 regulating equal treatment of persons irrespective of racial or ethnic origin, direct discrimination exists when «because of their race or ethnic origin, a person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a similar situation» (Article 2, para. 2, lett. A). Indeed, indirect discrimination consists of an apparently neutral provision, criterion, practice, act, covenant or conduct which may put persons of a certain racial or ethnic origin at a particular disadvantage compared to other persons (Article 2, para. 2, lett. A).

Essentially the same, except for the reference to the discrimination factors covered, is the definition of direct and indirect discrimination in Article 2, Legislative Decree 216/2003. The latter, indeed, implements Directive 2000/78/EC and thus prohibits discrimination in employment on the grounds of religion, belief, disability, age, (nationality¹⁹) and sexual orientation.

Finally, also the so-called Gender Equality Code (Legislative Decree No. 198/2006) has its definition of discrimination, recently amended by Law 5 November 2021, No. 162. Indeed, not everyone among scholars welcomed this change – e.g., because it broke the mirrored definitions of discrimination contained in the Code and Decrees Nos 215 and 216 of 2003 and/or ‘simply’ encompassed in the definition situations and conducts already included by case law²⁰. Conversely, someone appreciated the explicit inclusion of changes in the organisation of working conditions and time among discriminatory conduct, as well as of personal and family care needs as a discriminatory factor (along with gender, age, pregnancy, maternity, or paternity status, including adoption, and the entitlement to and exercise of related rights).

More specifically, under Article 25 of the Gender Equality Code, any provision, criterion, practice, act, covenant or conduct, as well as an order to engage in any act or conduct, which has a detrimental effect by discriminating against female or male candidates and applicants during the selection of personnel and against workers on the grounds of their sex and, in any case, any of the preceding conducts that cause a less favourable treatment than that of another worker in a similar situation, shall constitute direct discrimination.

Indeed, indirect discrimination shall occur where an apparently neutral provision, criterion, practice, act, covenant, or behaviour, including those of an organisational nature or affecting working time, puts or is likely to put candidates for selection and workers of a given sex at a particular disadvantage compared with workers of the other sex. This is unless it relates to prerequisites essential to the performance of the job, provided that the aim is legitimate and the means of achieving it are appropriate and necessary.

Moreover, shall be considered discriminatory any treatment or change in the organisation of working conditions and hours which, because of sex, age, personal or family care needs, pregnancy, maternity, or paternity, including adoption, or because of the entitlement to and exercise of the corresponding rights, places or is likely to place the worker in at least one of the following conditions:

- a position of disadvantage compared to other workers in general.
- limitation of opportunities to participate in the life or choices of the company.
- limitation of access to the mechanisms for advancement and career progression.

¹⁹ See Section 4.

²⁰ E.g., the Court of Bologna (31.12.2021) considered a change in working hours discriminatory on gender grounds before the change implemented by Law No. 162/2021.

7. Which type of discrimination are recognized in your national law? In particular:
a. Is harassment at work considered a sort of discriminatory conduct?
b. Is retaliation qualified as discrimination? Under what conditions?
c. Is discrimination by association expressly recognized?
d. Is multi-dimensional discrimination expressly provided? In case you answer negatively, do you consider your legal system consistent with the recognition of such category in literature and/or case law?

Harassment and sexual harassment at work are explicitly considered discrimination and thus the same provisions concerning discrimination apply (See Legislative Decree No. 198/2006, Article 26 and Article 55-*bis*, para. 4; Legislative Decree No. 215/2003, Article 2, para. 3; Legislative Decree No. 216/2003, Article 2, para. 3). Furthermore, as mentioned, an order to discriminate is considered discrimination and so is – according to scholars and case law – the refusal of reasonable accommodation for disabled persons²¹.

As for retaliation, there is no general provision qualifying retaliation as discrimination. Nevertheless, some provisions extend jurisdictional safeguards to people suffering negative consequences for taking action to achieve equal treatment²². For example, the Gender Equality Code (Article 26, para. 3-*bis*) prohibits the employer from adopting any measure with a direct or indirect negative effect against an employee suing for the declaration of discrimination based on harassment or sexual harassment committed in violation of the Code. Any act of retaliation, including dismissal and change of tasks, is null and void. Additionally, Article 41-*bis* of the Code also extends the judicial protection provided for in Chapter III to cases where any detrimental behaviour towards the person injured by discrimination or any other person, as a reaction to any activity aimed at obtaining respect for the principle of equal treatment between men and women, takes place. Both Legislative Decrees Nos. 215 and 216 of 2003 contain a quite similar provision in Article 4-*bis*. Additionally, according to Article 28, para. 6, Legislative Decree 1st September 2011, No. 150 (regulating litigation on discriminations), where establishing compensation due, judges shall consider whether the discriminatory act or behaviour was retaliation for a previous legal action or an unfair reaction to a previous activity of the injured party aimed at obtaining compliance with the principle of equal treatment. However, this increase in

²¹ See Legislative Decree No. 216/2003, Article 3, para. 3-*bis*, for the notion of “reasonable accommodation”. A new legal definition of “reasonable accommodation” should be soon introduced in implementation of the Delegation Law No. 227/2021. Among scholars, MILITELLO, STRAZZARI, *op. cit.*, 155 ff.; BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in BARBERA (ed.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il Quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 105-106. In case law, see, e.g., Court of Appeal of Milan 11 November 2022, No. 857 who considered the refusal of reasonable accommodation to be an indirect discrimination and Court of Cassation 9 March 2021, No. 6497.

²² See, for example, in case law Court of Appeal of Milan, 23 February 2017; Court of Appeal of Milan, 23 June 2015; Court of Appeal of Brescia, 18 January 2019, No. 96. *Amplius* MILITELLO, GUARISO, *op. cit.*, 483 ff.

compensation is not applicable in cases of gender discrimination²³ because they are not covered by Article 28.

Discrimination by association is not expressly recognized by law. However, one should question whether this absence has been to some extent filled by the ‘new’ definition of gender discrimination. Here, indeed, reference is made to any treatment or change in the organisation of working conditions and hours which, due to personal or family *care needs*, places or is likely to place the employee in at least one of the conditions referred to in Article 25, para. 2-*bis*.

Anyway, following the interpretation given by the ECJ in the *Coleman* case (C-303/06), Italian case law protected caregivers of disabled persons using the concept of discrimination by association (e.g., Court of Pavia, 19 September 2009; Court of Appeal of Milan 11 November 2022, No. 857). Last January, indeed, the Court of Cassation (17 January 2024, No. 1788) issued an interlocutory order asking the ECJ to clarify whether discrimination by association – as defined in *Coleman* – can occur in the case of indirect discrimination as well.

Neither multidimensional nor intersectional discrimination is recognised by law – and no case law on the subject is known to date. In this regard, it should be considered that the application of different procedural rules for gender discrimination (see Legislative Decree No. 198/2006, Chapter III), as opposed to discrimination based on other factors, probably excludes upstream the possibility of claiming a finding of discrimination due to both gender and some other factor in the same legal case.

8. Does your legal system provide any special regulation concerning the burden of proof in discrimination cases?

Article 28, para. 4, Legislative Decree No. 150/2011 and Article 40 of the Gender Equality Code provide a special regulation of the burden of proof in proceedings concerning discrimination. In both cases, that peculiar regime does not imply a full reversal of the burden of proof, but only its easing (*alleggerimento*) in favour of the applicant²⁴. However, mechanisms to ease the burden of proof vary depending on the protected factor.

²³ Except for discrimination in the access of goods and services under Article 55-*ter* of the Gender Equality Code (See Article 1, Legislative Decree No. 150/2011).

²⁴ See, *ex multis*, Court of Cassation 5 June 2013, No. 14206; Court of Cassation 15 June 2020, No.11530 and Court of Cassation 26 February 2021, No. 5476 on Article 40 of the Gender Equality Code; on Article 28, see, *ex multis*, Court of Cassation 27 September 2018, No. 23338; Court of Cassation 02 January 2020, No.1. Moreover, in the latter decision the Court applied the peculiar regime of the burden of proof in a proceeding *ex* Article 28 Law No. 300/1970 concerning the anti-union conduct. According to the Court, the regime is related to the protected ground and not to the procedural rules and thus should be also applied outside the scope of the civil action against discrimination (See accordingly, but on gender discrimination, Court of Cassation 5 June 2013, No. 14206). *Amplius* on the burden of proof in Italian antidiscrimination law SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-discrimination Law in the Italian Courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, in *WP CSDLLE “Massimo D’Antona”.IT – 440/2021*, 18 ff. available at: https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/WorkingPapers/20210519-100206_Santagata_n_440_2021itpdf.pdf; GUARISO, MILITELLO, *op. cit.*, 459 ff..

More specifically, as for litigation concerning gender discrimination, Article 40 establishes that «where the appellant provides factual evidence, including statistical data relating to recruitment, remuneration schemes, assignment of tasks and qualifications, transfers, career progression and dismissals, which is sufficient to grounding, in precise and concordant terms, the presumption of the existence of acts, pacts or conduct discriminatory on grounds of sex, the burden of proof on the non-existence of the discrimination lies with the defendant».

Article 28 does not require the *prima facie* proof to be based on precise and concordant terms: for the appellant it is sufficient to provide factual elements, including statistical data, from which the existence of discriminatory acts, agreements or conduct may be presumed, to make the burden of proof shift on the defendant. Consequently, although this is still a facilitating regime compared to the proof incumbent on the defendant, in the case of gender discrimination the regulation of the burden of proof is stricter than that concerning discrimination based on other grounds. In fact, to give *prima facie* proof of gender discrimination, multiple facts need to be provided and these must be precise and mutually concordant. On the contrary, about other discrimination grounds, a single fact could be enough to make the burden of proof shift on the other party.

Indeed, under both Articles 28 and 40, the defendant shall give full proof of the non-existence of discrimination²⁵ – i.e., no facilitation is established for him.

As mentioned, since harassment is equated with discrimination, the same regulation of the burden of proof applies.

9. Which means of justification of discrimination are provided for in your national law? Are there specific vias of justification applying to particular grounds?

In addressing the concept and scope of justification for discrimination, a preliminary distinction is needed. In the Italian legal system – again in line with European legislation on discrimination – no justification is allowed for direct discrimination and harassment. In both cases, only the law can establish a specific *exception*. Therefore, the discriminator can only justify his behaviour in the case of indirect discrimination.

To be more precise, exceptions are derogations (usually typified) to the principle of non-discrimination, placed *ex-ante*. Justifications, on the other hand, are usually atypical and can be assessed *ex-post*, i.e. in the concrete appreciation of the act or conduct suspected of constituting indirect discrimination²⁶.

In the context of the employment relationship, the law establishes a general exception for direct discrimination: a conduct/act cannot be considered discriminatory where it relates to requirements essential to the performance of the job. The aim pursued must be legiti-

²⁵ This is why the Court of Cassation 5 June 2013, No. 14206 said that the regime of the burden of proof in discrimination cases is “asymmetrical”.

²⁶ BARBERA, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in BARBERA, GUARISO (eds.), op. cit., 59 ff.

mate and the means used to achieve it must be appropriate and necessary (see Article 25, para. 1; Article 27, para. 5 on selection procedures in public and private employment of the Gender Equality Code²⁷; Article 43, para. 2, lett. E) of the Immigration Act; Article 3, para. 3, of Legislative Decrees Nos 215 and 216 of 2003).

However, justifications are allowed for discrimination grounded on age (Article 3, para. 4-*bis* and 4-*ter*, Legislative Decree No. 215/2003²⁸) and for gender discrimination concerning the supply of goods and services (Article 55-*bis*, para. 7, Gender Equality Act). Additionally, under Article 3, para. 5, Legislative Decree No. 215/2003, differences in treatment based on the profession of a particular religion or belief practised within religious bodies or other organisations²⁹ do not constitute discrimination, where such religion or belief, because of the nature of the professional activities carried out by those bodies or organisations or by the context in which they are performed, constitute an essential, legitimate, and justified requirement for the performance of those activities.

A general justification clause is provided for indirect discrimination. It requires the presence of a legitimate aim and the use of appropriate and necessary means (see Article 3, para. 4, Legislative Decrees No. 215/2003; Article 3, para. 6, Legislative Decree No. 216/2003; Article 55-*bis*, para. 2 and Article 25, para. 2, Gender Equality Act).

10. Does your legal system allow or demand that a hypothetical comparator be mobilized to demonstrate the disadvantage of the subject who claims having been discriminated against?

The definition of discrimination itself allows for a hypothetical comparison. As mentioned, discrimination occurs when someone, because of a protected factor, is treated less favourably than another is, has been or *would be* treated in a similar situation.

However, a comparative assessment is not required in the case of harassment.

²⁷ Moreover, Article 27, para. 6 of the Gender Equality Code specifies that it is not discriminatory to make employment in fashion, art, and entertainment activities conditional on being of a particular sex when this is essential to the nature of the work or service.

²⁸ According to para. 4-*bis* «the provisions providing for differentiated treatment based on the age of workers and in particular those governing: (a) the establishment of special conditions for access to employment and vocational training, employment and remuneration, for young people, older workers and workers with dependent family members, to the aim of promoting their occupational integration or ensuring their protection; (b) the fixing of minimum conditions of age, professional experience or seniority for access to employment or to certain advantages linked to employment; (c) the fixing of a maximum age for recruitment, based on the training conditions required for the job in question or the need for a reasonable period of work before retirement» are not discriminatory. Para. 4-*ter* clarifies that those provisions must be objectively and reasonably justified by legitimate aims, such as justified labour policy, labour market and vocational training goals, if the means of achieving those aims are appropriate and necessary.

²⁹ The so-called *organizzazioni di tendenza*. It must be pointed out that the Italian legislation transposing Directive No. 78/2000 does not specify, as required by the Directive, that the ethics of such organisations must be based (only) on religion.

2. PART³⁰

11. Compare the regime applicable to disciplinary measures adopted by the employer when they are considered discriminatory and when they are merely unlawful. Refer, in particular, to dismissal.

Unlawful and discriminatory disciplinary measures: a focus on the dismissal.

According to article 15, Law No. 300/1970 (Workers' Statute), any disciplinary measure based on legally recognized grounds of discrimination—such as trade union membership, political affiliation, religious beliefs, race, language, sex, disability, age, nationality, sexual orientation, or personal beliefs—is null and void. Workers who believe that the disciplinary measure is discriminatory or unlawful may request a conciliation procedure before the Labour Inspectorate within twenty days of receiving the notice. Alternatively, workers may file an appeal to the Labour Court within two years³¹.

Regarding dismissal, the Italian legal framework applicable to the private sector is complex and foresees several protection regimes in force at the same time, depending on the type of unlawfulness affecting the dismissal, the size of the company, as well as on the date of establishment of the employment relationship³². Indeed, pursuant to the Legislative Decree 4 March 2015, No. 23, a different regime of protection, defined “*contratto a tutele crescenti*” is applied to workers hired after the 7th March 2015.

Nonetheless, the dismissal based on discriminatory ground is radically null and void. Regardless of the size of the company or the date of hire, such a dismissal always entails the highest possible protection available under Italian labour law, i.e. the reinstatement in the workplace as well as the compensation, with a minimum threshold of at least 5 months' salary³³. Alternatively, instead of the reinstatement, the employee subjected to a discriminatory dismissal may choose to receive an indemnification equal to 15 months' salary (“alternative indemnification”).

The regime of protection described above is the “harder” reinstatement regime of protection, also defined in literature as “*tutela reintegratoria forte*”. There are also three other protection regimes which apply for employers with more than fifteen employees: namely, the light reinstatement protection (*tutela reintegratoria attenuata*); the hard compensatory protection (*tutela indennitaria forte*) and, lastly, the light compensatory protection (*tutela indennitaria debole*), according to the severity of the reason of the dismissal's unlawfulness.

³⁰ CARLA SPINELLI, Full Professor of Labour Law, University Aldo Moro of Bari; FEDERICA PALMIROTTA, Postdoctoral Research Fellow University of Modena-Reggio Emilia.

³¹ FAILLA, *I poteri del datore di lavoro*, in CHIAROMONTE, MONACO, VALLAURI (eds), *Elementi di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2023, 149.

³² For further details TAMPIERI, *Il licenziamento individuale. Analisi normativa e orientamento giurisprudenziale*, Pacini Giuridica, 2023.

³³ Article 18, para. 1, Law No. 300/1970 and article 2, Legislative Decree, No. 23/2015. BALLESTRERO, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *GDLRI*, 150, 2, 2016, 231 ff.

The hard reinstatement protection, apart from the dismissal based on discriminatory ground, also applies in cases of violation of specific provisions (such as, maternity or paternity leave and exercise of relevant rights, marriage), oral dismissal or dismissal due to unlawful motives, such as the retaliatory dismissal. For workers employed after the 7th March 2015, the Legislative Decree No. 23/2025 provides the application of this regime of protection also in case of the development of a physical or mental inability of the worker. As regards the light reinstatement protection, it entails the reinstatement of the employee and the payment of a “reinstatement indemnification” (up to a maximum of 12 months’ salary). For workers hired before the 7th March 2015, this protection applies if the contested acts are found to be non-existent or when the national collective bargaining agreement or disciplinary codes provide a conservative sanction for those acts. Conversely, for workers hired after the 7th March 2015, it applies when the absence of the material fact contested against the worker is demonstrated in court.

The hard compensatory protection applies to any other reason of unlawfulness related to the lack of justification for the dismissal, with the consequence varying depending on the date of the establishment of the employment relationship. Employees hired before the 7th March 2015 are entitled to a compensation ranging from a minimum of 12 and a maximum of 24 months’ salary, while employees hired after such date are entitled to a compensation established by the judge ranging between a minimum of 6 and a maximum of 36 months’ salary³⁴.

Lastly, the light compensatory protection applies in case of formal or procedural biases, entitling the employee to a compensation between a minimum of 6 (or 2, in case the employee is hired after the 7th March 2015) and a maximum of 12 months’ salary.

12. Refer briefly to the remedies and enforcement of the non-discrimination principle provided by your legal system (not mentioned in question 11).

Remedies and enforcement of the non-discrimination principle.

In the Italian antidiscrimination law framework, the remedies and enforcement procedures vary according to the ground of discrimination protected.

As regard discrimination in the field of labour law, workers who deem to have been submitted to a discriminatory treatment based on the ground of ethnic origin, nationality, religion, race, language, age, disability, personal belief, sexual orientation, may take legal action according to Article 28, Legislative Decree No. 150/2011. Conversely, the enforcement procedure in cases of gender discrimination is established by the so-called Gender Equality Code (Articles 36 and ff)³⁵.

³⁴ This results from the amendment to Article 3, para. 1, Legislative Decree No. 23/2025 included in the Law. 9 August 2018, No. 96 as well as from the ruling of Constitutional Court, n. 194, 8th November 2018. TAMPIERI., op. cit., 2023.

³⁵ For further details on the judicial protection in antidiscrimination law, GUARISO, MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, in BARBERA, GUARISO (eds), op. cit., 445 ff.

These enforcement procedures have common elements, referred mainly to the “lightened” burden of proof and the potential remedies or sanctions that the judge may order.

As regards the burden of proof, people who feel they have faced discrimination must only establish, before a court or other competent authority, *prima facie* instances of discriminations, i.e. facts from which it may be presumed that there has been discrimination³⁶.

Concerning the enforceable remedies, the judge ascertaining the occurrence of a discrimination orders the defendant, responsible for the discrimination, to restore the damages, stop the contested discrimination and remove its effects. Furthermore, especially in cases of collective discriminations, the judge may order the defendant to put in place a plan of removal of discrimination, when the behaviour is likely to produce discriminatory impact in the future³⁷. It must be noted that the jurisprudence has made an extremely cautious use of this instrument, which, indeed, can be rarely found in rulings³⁸.

The legislative framework also foresees additional sanctions, including administrative or criminal ones³⁹.

More precisely, in cases of gender collective discrimination, the non-compliance of the defendant to the Court order is sanctioned with a fine of up to € 50,000 and with the arrest for up to 3 months, in addition to a fine of € 51.00 for each day of delay, to be paid to the fund for the activity of the Gender Equality Body, as well as with the automatic revocation of the benefits granted by any public administration. The remedy for individual gender discrimination differs since it doesn't include the fine for the day of delay and the revocation of benefits.

Conversely, Article 44, para. 8, Legislative Decree No. 286/1998, for discrimination on racial, ethnic, linguistic, national, geographical, or religious grounds, establishes that non-compliance with the judicial order, exempt for the restoration of damages, is sanctioned with the imprisonment for up to three years or a fine ranging from € 103 to € 1,032.

Lastly, for discrimination based on any other ground, the Legislative Decree No. 215/2003 and Legislative Decree No. 216/2003 at Article 4 provide for the revocation of benefits granted by any public administration in cases of non-compliance with the judicial order.

The procedural rules also vary with reference to the actors entitled to legal standing on behalf or in support of the victims, but also in the absence of identified victims.

In cases of gender discrimination, the body entitled to act in support or in behalf of the victims, as well as, in cases of collective discrimination, as a legal substitute and therefore, in the presence of identified victims, or where victims are not identifiable, is the Gender

³⁶ For gender discrimination, *see* Article 40, Gender Equality Code, which also requires such facts to be accurate and consistent. For any other ground of discrimination: Article 28, para. 4, Legislative Decree No. 150/2011.

³⁷ For gender collective discrimination, *see* Article 37, Gender Equality Code. For the other grounds of discrimination, also in individual action, *see* Article 28, para. 5, Legislative Decree No. 150/2011

³⁸ GUARISO, MILITELLO, *op. cit.*, 478.

³⁹ GUARISO, MILITELLO, *op. cit.*, 488 ff.

Equality Body, i.e. “Consigliere di parità”⁴⁰. Whereas, according to Article 5, Legislative Decree No. 216/2003⁴¹, in circumstances of discriminations occurring in the employment context, because of religion, personal convictions, handicap, age, nationality, sexual orientation, impacting several persons, and provided that the victims cannot be identified, the legal standing is allocated not only to trade unions, but also to any other associations having a legitimate interest in the enforcement of the relevant legislation, which may be inferred from the statute of the entity. The same subjects may also act on behalf or in support of the victims, when they are identifiable. Furthermore, with regards to collective discriminations for race and ethnic origin with no identifiable, the legal standing for collective discriminations is provided to subjects with the filter of a Ministerial Decree, as established by article 5, Legislative Decree No. 215/2003⁴². A specific provision should be applied for discrimination on racial, ethnic, linguistic, national, geographical, or religious grounds determined by a private or public employer, where legal standing is also ensured to the local representatives of the most representative Trade Unions at national level, whether or not there are identifiable victims⁴³.

13. Does your legal system provide for any type of affirmative/positive action? In particular:

a. Which protected category/ies is/are at stake?

b. How would you describe the measures in cause?

Positive actions in the Italian legal system.

The legitimacy of positive actions lays in the Italian Constitution at Article 3, para. 2, establishing the principle of substantive equality, which commits the Government to actively remove the economic and social obstacles that, in fact, limit the freedom and equality of citizens, preventing the full development of the human person and the effective participation of all workers in the political, economic, and social organization of the Country⁴⁴. In this regard, positive actions may take the most various forms, but the most common and impactful examples of positive actions is the implementation of quotas, which involves reserving a specific number or percentage of positions for underrepresented groups. A similar mechanism is provided in the Italian discipline to the targeted placement for people with disabilities (*Collocamento mirato per le persone con disabilità*), by the Law No.

⁴⁰ Article 37, Gender Equality Code.

⁴¹ Statutory act implementing the Directive 2000/78/EC.

⁴² Statutory act implementing the Directive 2000/43/EC.

⁴³ Article 44, para. 10, Consolidated Text on Immigration.

⁴⁴ The immediate implementation of article 3, para. 2, through positive actions has been explicitly recognised by the Constitutional Court with the ruling no. 109 of 26th March 1993 where the judges stated that positive actions are “the most powerful instrument at the disposal of the legislator, which [...] tends to raise the starting threshold for individual of socially disadvantaged groups [...] in order to ensure that these categories have a real status of equal opportunities for social, economic and political inclusion”.

68/1999, which promotes the insertion and integration of disabled people into the labour market through targeted support and placement services. Among other things, this law requires public and private employers to employ workers belonging to specific categories, including persons with a certain degree of disability in the following measure: 7% of employees, if the company employs more than 50 people; 2 workers, if they employ 36 to 50 people; a single worker, if they employ 15 to 35 people⁴⁵.

Nonetheless, in Italy, the principle of substantive equality through positive actions has been mainly applied with regards to gender discriminations. Indeed, the first statutory act introducing positive actions dates to 1991, with the Law 10 April 1991, No. 125, transposed in the Gender Equality Code with some amendments⁴⁶.

Positive actions related to gender discrimination are currently regulated by Articles 42 and ff. of the Gender Equality Code, which rather than defining them, merely identifies their purpose, namely measures aimed at the removal of obstacles preventing the realisation of equal opportunities and aimed at promoting the employment of women and achieving substantive equality between men and women in employment⁴⁷. This purpose is also clarified with some specific objectives listed at Article 42, para. 2, such as: encouraging the inclusion of women in activities, occupations and levels where they are under-represented; encouraging access to self-employment and entrepreneurial training and the professional qualification of self-employed women and women entrepreneurs; or overcoming conditions, organisation and distribution of work that have different impact according to gender. Among measures aimed at promoting the inclusion at higher level of responsibilities, the so-called Golfo-Mosca Law shall be included, requiring listed companies to ensure gender balance within boards of directors through the presence of at least 1/3 of the members of the underrepresented gender⁴⁸. This regulation has been amended by the Law 27 December 2019, No 160, which established a different quota reserved for the underrepresented gender from at least 1/3 to at least 2/5.

It must be noted that the adoption of positive actions, which is normally voluntary, may be promoted by different subjects, including Gender Equality Bodies; employment offices; private and public employers; trade unions.

Public Administrations, instead, have a mandatory obligation to adopt «three-year positive action plans» under Article 48, Gender Equality Code. This document identifies initiatives

⁴⁵ Further details on the measures addressing disability discriminations will be investigated below in section III, para. 20 and ff.

⁴⁶ For considerations on the Gender Equality Code, AMATO, BARBERA, CALAFÀ, *Codificazioni mancante: riflessioni critiche sul codice delle pari opportunità*, in AA. VV. (eds), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, 227 ff.

⁴⁷ ALESSI, *Le azioni positive*, in BARBERA, GUARISO (eds), op. cit., 500 ff.

⁴⁸ Article 1, Law 12 July 2011, No. 121. This duty was subjected to a time limit of three terms of office of the Board of Directors from the entry into force of the law itself, but it has been also adopted by the Corporate Governance Code for Listed Companies (*Codice di autodisciplina delle società quotate*), approved in 2018, therefore, the provisions continued to be applied, voluntarily, even after the aforementioned expiry date.

capable of ensuring the removal of obstacles that prevent the full realisation of equal employment opportunities between men and women. For instance, in order to promote the inclusion of women in sectors and professional levels in which they are under-represented, the plans «favour the rebalancing of the presence of women in activities and hierarchical positions where there is a gender gap of at least two-thirds». Since 2022, public administrations with more than fifty employees are required to define affirmative actions within the Integrated Activity and Organization Plan (PIAO), aiming at pursuing public value⁴⁹.

Furthermore, Articles 52 to 55 of the Gender Equality Code regulate positive action for women entrepreneurship, through incentives for the creation and development of enterprises, including cooperatives, with predominantly female participation, particularly in the most innovative sectors, as well as through the promotion of entrepreneurial training and facilities for access to credit⁵⁰.

There are also specific regulation laying down provisions to promote the rebalancing of gender representation in local authority councils and regional councils⁵¹.

Among positive actions related to gender discriminations, other examples have been implemented at national level, such as, but not limited to, the duty to fill a report on the workforce status (analysed at subsequent paragraph 17) or the Gender Equality Certification (analysed at subsequent paragraph 19)⁵².

II. Sex/gender discrimination

14. Does your legal system prohibit discrimination on grounds of pregnancy and maternity? Is it considered a case of sex or gender discrimination? (If you answer affirmatively, please explain if that qualification arises from positive law or from literature and/or case law)?

Discrimination on the ground of pregnancy and maternity in Italy.

In the Italian antidiscrimination law framework, any less favourable treatment linked to the grounds of pregnancy and maternity, or paternity, is prohibited and qualified as discriminatory⁵³. When the discrimination is based on the condition of pregnancy, it is associated by case-law to a direct discrimination, based on the ground of sex and gender, being it

⁴⁹ Law Decree 9 June 2021, No. 80 converted by Law 6 August 2021 No. 113; President of the Republic Decree 24 June 2022, No. 81.

⁵⁰ ALESSI, op. cit., 2019.

⁵¹ Law No. 215/2012. D'AMICO, *Rappresentanza politica e di genere*, in BARBERA (ed.) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, 347 ff.; LEONE, *Sulla conformazione delle Giunte degli Enti locali al canone delle pari opportunità: riflessioni alla luce delle innovazioni legislative e della giurisprudenza più recente*, in *Forum di QCost.*, 2015; ALESSI, op. cit., 2019.

⁵² Such measures will be investigated below in section II, para. 19. For further details, SCARPONI, STENICO, *Le azioni positive: le disposizioni comunitarie, le luci e le ombre della legislazione italiana*, in BARBERA (ed.) op. cit., 423 ff.

⁵³ Article 25, Gender Equality Code.

biologically linked to gender and sex⁵⁴. For the same reason, such discrimination doesn't necessarily require the comparison with the treatment of similar persons.

Since 2010, however, pregnancy and parental status have received the authority of an autonomous ground of discrimination, together with discrimination based on personal or family care needs and maternity or paternity, including adoptive, according to Article 25, para 2-*bis*, Gender Equality Code and Article 3, Legislative Decree 26 March 2001, No. 151 (Consolidated Text on Maternity and Paternity)⁵⁵. Recently, the width of the objective scope of the afore-mentioned para. 2-*bis*, Article 25, seems to have been restricted by the Law No. 162/2021 since the separation from the ground of sex and gender seems to be mainly referred to the so-called “organisational” discrimination that originates from changes in the organisation of working conditions and working time⁵⁶.

Nonetheless, it must be noted that the special protection afforded to working mothers in state of pregnancy and due to their condition of maternity has been recognised at a Constitutional level in Italy since 1948 at Article 37, which recognises to the women the same rights and, for equal work, the same pay as the male worker, while also confirming that the working conditions must allow the fulfilment of her essential family function and ensure special adequate protection for the mother and the child.

The obsolescent expression that links the “essential family function” to the role of the mother, has been generally overcome in the interpretation provided by policymakers and jurisprudence. Nonetheless, for regulations related to pregnancy, the combination between the role of the woman and the provision of special rights for childcare, which has characterised for a long time the Italian legal system, persists, since it is linked to the protection of physical and mental health of the working mother⁵⁷. Examples of this combination are regulated within the Consolidated Text on maternity and paternity and most of them are also recognised at European level, such as the ban on night work for women from the ascertained establishment of pregnancy and until the child is 1 y.o. (Article 53, Legislative Decree No. 151/2001); the ban on dismissal of the contract which is objectively and directly correlated with the status of pregnancy until the child is 1 y.o. (Article 54, Legislative Decree No. 151/2001); and, last but not least, the need for certified procedure in case of resignation until the child is 3 y.o. (Article 55, Legislative Decree No. 151/2001).

⁵⁴ Court of Cassation 5 April 2016, No. 6575, where the judges established the unlawful and discriminatory nature on the ground of gender of the dismissal issued as a result of the mere announcement by the employee of her intention to be absent from work in order to undergo artificial insemination; see also Court of Cassation 26 February 2021, No. 5476. Consistently with the orientation of ECJ in ECJ, 8 November 1990, C- 177/88, Dekker..

⁵⁵ BALLESTRERO, op. cit., 2016, 231 ff.

⁵⁶ ALESSI, *La flessibilità del lavoro per la conciliazione nella direttiva 2019/1158/UE e nel d.lgs. 30 giugno 2022 n. 105*, in *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della Direttiva 2019/1158/UE*, in *Quaderni DLM*, 14, 2023, 85 ff. Also CALAFÀ, *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, in www.italianequalitynetwork.it/il-dito-la-luna-e-altri-fraintendimenti-in-materia-di-parita-tra-donne-e-uomini.

⁵⁷ BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità*, Il Mulino, 1979; VALLAURI, *Genitorialità e lavoro. Interessi protetti e tecniche di tutela*, Giappichelli, 2020, 17 ff; MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2020, 93 ff.

The violation of such provisions, apart from being discriminatory, is also sanctionable with fines as well as with the exclusion to obtain the Gender Equality Certification for two years⁵⁸.

15. Does your legal system establish a connection between reconciliation of work and family life and discrimination? Namely, is the violation of rights related to reconciliation of work and family life considered a discriminatory treatment? If so, is it considered a discrimination on grounds of sex or gender? Or is the exercise of these rights a specific ground for discrimination?

15. The bond between rights of work-life balance and discriminatory treatment in the Italian legal system.

From a general standpoint, in the Italian legal system, any disparate treatment related to parenting or care responsibilities, or the exercise of relevant rights is deemed as discriminatory pursuant to Article 25, para. 2-*bis*, Gender Equality Code and Article 3, Consolidated Text on Maternity and Paternity. Such discrimination is often qualified as gender or sex discrimination, due to the cultural norms that burden mainly women of care responsibilities, however, other case-law explicitly recognise discriminations based on parental status, consistently with the “autonomy” that this ground of discrimination has been granted since 2010⁵⁹.

Furthermore, the Italian positive law establishes explicit connection between discrimination and the violation of some reconciliation rights. More precisely, any retaliatory behaviour, such as sanction, demotion, dismissal, transfer, or any other organisational measure with direct or indirect negative impact on the working condition consequent to the request of transformation to part-time from parents with less than 13 y.o. child⁶⁰ or the request to smart working from parents with less than 12 y.o. child⁶¹ is discriminatory and, for this reason, null and void. It must be noted that any repercussion consequent to the request to smart working may be qualified as an indirect discrimination on the ground of gender, if proved that most women request the transformation and that such transformation is linked to care responsibilities⁶².

Additionally, any refusal, opposition or obstruction to the exercise of such rights or to the right of being given priority in the request excludes from the reward and recognition coming from the certification of Gender Equality for two years⁶³.

The same consequence arises when employers do not comply with the prohibition for women working during maternity leave or when they refuse or hinder the exercise of the

⁵⁸ See below, para. 17 and 19 for further details on the Gender Equality Certification.

⁵⁹ See Trib. Firenze, 22 October 2019; Trib. Bologna, 31 December 2021.

⁶⁰ Article 8, Legislative Decree 15 June 2015, No 81.

⁶¹ Article 18, Legislative Decree 22 May 2017, No. 81.

⁶² BORELLI, *I divieti di discriminazione e i divieti di ritorsione*, in RENGA (ed), *Lungo la strada della conciliazione: spunti per il dibattito*, Giappichelli, 2023, 124.

⁶³ See Article 8, para. 5-*ter*, Legislative Decree No. 81/2015; and Article 18, para. 3-*ter*, Legislative Decree No. 81/2017.

right to paternity leave, or the right to parental leave and any other right included in the Consolidated Text of Maternity and Paternity⁶⁴.

16. Does your legal system address gender discrimination through the promotion of a fairer division of care and domestic work?

Legal strategies to promote fairer division of care and domestic work in Italy.

In the Italian legislative framework on work-life balance, there are few regulations aimed at promoting a fairer division of care and domestic work. However, while some of them are the result of the transposition of the Directive 1158/2019/EU, others were already envisaged in the legal system, despite their lack of effectiveness⁶⁵. These were conceived as strategies to foster working fathers in assuming care responsibilities in the attempt to promote the full realization of each individual in the world of work, moving away from the initial approach, now anachronistic, according to which the institution of “leave” has been introduced in the Italian legal system, namely the protection of the “essential family function” of the mother, pursuant to article 37 Italian Constitution.

In this latter group of provisions, the following should be included:

The entitlement to a supplementary month in the total period of parental leave, if the working father exercises his right to take off work for a continuous or fractioned period of not less than three months⁶⁶;

The introduction of the paternity leaves in 2012 (on an experimental basis with the Law 28 June 2012, No. 92, whose length has been progressively extended until 2020) with a cash allowance equal to 100% of pay, higher than the percentage covered for maternity leave, precisely with the view to stimulate its use.

As regards the changes introduced with the transposition of the Directive 2019/1158/EU and in order to encourage fathers to make use of their rights, the Consolidated Text on protection and support for maternity and paternity has been modified with the Legislative Decree 30 June 2022, No. 105 through amendments that pursue the objective of gender equality and fair balance of family duties by modifications in the use of the allowance as well as in the financial treatment.

More precisely, the amended Consolidated Text provides that, out of the six months of parental leave to which each parent is entitled, three months are non-transferable to the other parent. This period of non-transferability is one month longer than the minimum required by the Directive. Furthermore, the Italian legislation extends the use of the right

⁶⁴ Articles 2-5, Legislative Decree No. 105/2022, modifying the Consolidated Text on Maternity and Paternity for the transposition of the Directive 2019/1158/EU.

⁶⁵ CALAFÀ, *I congedi dei genitori dopo la trasposizione della direttiva 2019/1158*, in *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della Direttiva 2019/1158/UE*, in *Quaderni DLM*, 14, 2023, 13 ff.

⁶⁶ Article 32, para. 2, Legislative Decree No. 151/2001.

to parental leave until the child reaches 12 y.o., instead of the minimum requirement of 8 y.o., laid down in the Directive.

Concerning the financial treatment, the allowance for the parental leave is normally equivalent to 30% of their salary for 9 months, six of which are reserved to each parent, three for each, while the other three can be used alternatively between parents. Furthermore, the percentage of allowance can be increased to 80% of the salary for one month and 60% for an additional month, alternatively, between the parents, for a total maximum duration of two months until the sixth year of the child's life⁶⁷.

It must be noted that with the amendments adopted in the transposition of the Directive, the paternity leave has left its experimental nature and is now conceived as a structural right included in the Consolidated Text entitling fathers to a compulsory suspension of work for 10 days covered by 100% allowance, to be used during the same period of maternity leave.

Another legal strategy adopted in the Italian system to achieve greater work-life balance leverages positive actions. Indeed, Article 9 of Law 8 March 2000, No. 53 provides for the allocation of an annual share of public resources to support employers who undertake initiatives to facilitate the reconciliation of life and working time through the stipulation of trade union agreements at the company level. However, experiences with the use of this regulatory instrument have been limited and ineffective⁶⁸.

Lastly, among the legal strategies to foster fairer division of care and domestic work in Italy, the possibility to obtain a Gender Equality Certification for virtuous company should be included. Indeed, the promotion of equal care responsibilities is an indicator that the accredited certifying bodies should take into consideration when issuing the Certification. Furthermore, the reconciliation of work and family life is expressly included in the minimum parameters to be taken into consideration for the attainment of the Gender Equality Certification, as established by Article 46-*bis*, Gender Equality Code⁶⁹.

17. Does your legal system especially reflect the concern of equal pay between men and women? Do you have a specific regime concerning this issue, namely establishing the principle of transparency at this level?

The regime for Equal Pay in Italy.

The right to equal pay for equal work between male and female workers lies its foundation in the Italian Constitution at Article 37. In order to foster compliance with this constitutional right and tackle the gender gap, the Italian legal system has required certain

⁶⁷ The percentages of allowance have been recently modified by the Law 30 December 2023, No. 213.

⁶⁸ MILITELLO, *op. cit.*, 2020, 164 ff.

⁶⁹ See below, para. 19 for further details on the incentives and benefits pursuant the successful completion of the Certification process.

employers, according to the dimension of their enterprise, to submit a report on their workforce status since 1991.

This mandatory report has been included at Article 46, Gender Equality Code and its content and procedures have been largely amended with the Law No. 162/2021, also known as the Law on Equal Pay. The provision in exam mandates public and private enterprises with more than 50 employees to report on their workforce gender pay gap and employment conditions, such as recruitment, training, promotion, redundancy, retirement, and other parameters. This report, to be filled digitally and to be shared with Work Councils, should include at least: the numbers of female and male workers employed and hired during the year; the initial salary gap between female and male workers; the numbers of pregnant workers; the contractual classifications and functions performed by each worker; and the actual remuneration received, which includes bonuses, allowances or any other benefit in kind and any other benefit paid to the worker.

The report is also accessible for Territorial and Regional Gender Equality Bodies (“Consigliere di Parità”), who share it with the National Labour Inspectorate, the Minister of Labour and Social Policies, the National Gender Equality Body, and other institutions.

Non-compliance with this mandatory requirement doesn't seem particularly effective or dissuasive. Indeed, if false or incomplete information is provided in the report, the National Labour Inspectorate may impose an administrative fine of between € 1,000 and € 5,000. While if the enterprise fails to meet the reporting deadline, it is given a further 60 days' notice to present their report. In the case of non-compliance with the reporting requirement, the sanctions range from € 515 to € 2,580. In the most serious cases, the suspension for one year of the social benefits enjoyed by the enterprise may be ordered.

On the other hand, enterprises that fill in the report and meet certain objectives related to gender equality can obtain the Gender Equality Certification and receive economic incentives or benefits in return. Indeed, the remuneration earned is explicitly included among the minimum parameters established in the Gender Equality Code to obtain the Certification.

It must be added that the report can also be voluntarily prepared by smaller companies to obtain the Gender Equality Certification.

18. Could it be considered that non-standard forms of employment impact sex/gender discrimination in your country?

Non-standard forms of employment and gender discrimination.

Non-standard employment, particularly in the form of part-time work, can be an aggravating factor in gender inequalities in the labour market, as it often guarantees lower quality of work, in terms of social security, remuneration, etc., than standard work. In the Italian labour market, women are the primarily subject involved in these working conditions:

27.7% of employed women are in non-standard jobs compared to 16.2% of men⁷⁰. As regards part-time, in particular, the rate of women with this form of contract amounts to 50% compared to 20% of men⁷¹.

Furthermore, the adoption of part-time as a measure of work flexibility at the disposal of the employer rather than a genuine instrument to favour work-life balance has a worrying gender impact, considered the high concentration of women in involuntary part-time, meaning those who weren't able to find a full-time position⁷². Hence, this gap is reflected in the remuneration received by women.

Lastly, non-standard forms of work, including smart-working, increase gender discrimination in terms of reduced opportunity to participate in the life and choices of the company as well as in limited opportunities of career advancements⁷³.

It must be noted that, in the attempt to foster transparency on the impact of non-standard forms of employment on gender, the report on the workforce status, pursuant to Article 46 Gender Equality Code, should also take into account the distribution between female and male workers of full-time and part-time contracts.

19. Is gender mainstreaming considered in defining and implementing social policies, as well as laws, regulations and administrative provisions?

Gender mainstreaming in Italy.

The objective of gender mainstreaming is recognised in positive law, within the Gender Equality Code, at Article 1, para. 4, establishing that «The objective of equal treatment and equal opportunities between women and men must be taken into account in the formulation and implementation, at all levels and by all actors, of laws regulations, administrative acts, policies and activities». It must be noted that this objective was already envisaged by the principle of substantive equality established at Article 3, Constitution⁷⁴.

One of the most cutting-edge and virtuous examples of the gender mainstreaming approach undertaken thanks to the National Strategy for Gender Equality 2021-2026 and to the NRRP is the implementation of the project “Gender Equality Certification System”, led by the Italian Department for Equal Opportunities. This initiative brought to the adoption of the Gender Equality Certification in the Italian Gender Equality Code at Article 46-*bis*, as amended by the Law No. 162/2021.

The Gender Equality Certification, issued by accredited certifying bodies, indicates the policies and concrete measures adopted by employers to reduce the gender gap concerning opportunities for career advancement within the company, equal pay for equivalent

⁷⁰ ISTAT, *Donne e lavoro: un binomio ancora da costruire*, 2022, available at: <https://www.istat.it/it/archivio/287778>.

⁷¹ INPS, *Analisi dei divari di genere nel mercato del lavoro e nel sistema previdenziale attraverso i dati INPS*, 2023.

⁷² More precisely, 16.5% of women compared to 5.6% of men, *see* Istat, *op. cit.*

⁷³ MILITELLO, *op. cit.*, 2020, 170 ff.

⁷⁴ *See* above, para. 13.

positions, gender diversity management policies, and maternity or paternity protection. The practice entails measuring, reporting, and assessing gender data within organizations, with the objective of addressing current disparities and embedding the new paradigm of gender equality within organizations, thereby fostering enduring and sustainable change over time⁷⁵. This objective is achieved by adopting the lever of tax exemptions, benefits, or economic incentives. Indeed, the successful completion of the Certification process ensures virtuous employers: a 1 per cent point reduction in their social contribution rate, a bonus score in the evaluation of project proposals for state aid and European funding, a reduction of the guarantee for participation in tenders by up to 20%, and, lastly, a bonus score in tenders.

The lever of tax exemptions has also been adopted by the Italian legislator, pursuing the gender mainstreaming approach, in other law regulations to promote the recruitment of disadvantaged women (Law. 29 December 2022, No. 197), unemployed women victims of violence (Law. No. 213/2023) or women with at least two underaged children, or victims of violence or unemployed and living in specific regions (Article 4, Legislative Decree No. 216/2023).

Lastly, the afore-mentioned article 9 of L. 53/2000, despite its scarce application, represents another example of gender mainstreaming providing for the allocation of an annual share of public resources to support employers who sign trade union agreements aimed at facilitating the reconciliation of life and working time⁷⁶.

3. PART⁷⁷

III. Disability discrimination

20. Does your legal system provide a definition of *disability* as grounds for discrimination?

The Italian legal system is complex and fragmented⁷⁸. The disability status assessments in Italy is a result of the historical evolution of legislation. To truly understand the different disability statuses and assessment procedures, it is crucial to have a solid grasp of these

⁷⁵ LAMBERTI, *I Key Performance Indicators della certificazione della parità di genere. Una lettura critica*, in *federalismi.it*, 19 April 2023, 212 ff; CERULLO, *La certificazione della parità di genere: volano per i diritti e il business. Come ottenerla e come conservarla*, in *LDE*, 2023, 1 ff.

⁷⁶ MILITELLO, *op. cit.*, 2020, 164 ff.

⁷⁷ ANNA ZILLI, Associate Professor of Labour Law, University of Udine; MASSIMILIANO DE FALCO, Research Fellow, University of Udine. PRIN Prot. 2020CJL288 INSPIRE- Inclusion Strategies through Participation In Workplace for Organizational Well-Being

⁷⁸ ISTAT, *Conoscere il mondo della disabilità: persone, relazioni e istituzioni*, 2019, in <https://www.istat.it/it/files//2019/12/Disabilita.pdf> (available only in Italian); Infographic is available in English as *Disability: a broad overview*, in <https://www.istat.it/en/archivio/236374>.

laws and the institutions that enforce them⁷⁹. This existing fragmentation creates inefficiencies and hurdles, ultimately leading to inequality across people and regions⁸⁰.

The legal framework for disability in Italy is based on the Italian Constitution of 1948, which, however, does not provide any definition. Law 30 March 1971, No. 118 established the concept of civil invalidity (*invalidità civile*) and is also a key component⁸¹. People with civil invalidity are those who, due to a physical or mental disorder, either congenital or acquired, have persistent difficulties in carrying out age-specific tasks and functions, when they are under 18 or over 65. They could also be those who have experienced a permanent reduction in working capacity of more than one third, if they are between 18 and 65 years old. Additionally, this definition includes people who are unable to perform essential daily activities or walk also fall into this group. Qualifying for civil invalidity is an important requirement for people with disabilities to access economic benefits. The assessment process is jointly managed by the National Social Security Institute (*Istituto Nazionale della Previdenza Sociale - INPS*) and local health authorities⁸². Entitlement to different benefits is related to the assigned percentage of disability following the assessment of civil invalidity.

The legal framework is fragmented, with some exemptions applying to people who qualify for civil invalidity status under Law No. 118/1971. It's important to note that blind and deaf individuals do not fall under civil invalidity⁸³. Different legal provisions regulate their disability status and benefits. Specifically, Law 26 May 1970, No. 381 defines deaf individuals as those with congenital or acquired deafness before the age of 12, which prevents them from learning spoken language normally. Law 27 May 1970, No. 382 defines civil blinds as those who are either totally blind or partially blind⁸⁴. Law 24 June 2010, No. 107 was later introduced to explain the concept of deafness-blindness, which is mostly based on a combination of the above definitions.

The laws mentioned provide specific economic benefits to assist people with impairments. They describe the assessment process, which is similar to the process for civil invalidity⁸⁵.

⁷⁹ DE FALCO, The Agreements for Access to Employment of Persons with a Disability: a Genuine Tool to Promote People and Work, in E-Journal of International and Comparative LABOUR STUDIES, Joint Issue (Vol 10 No. 03/2021 - Vol. 11 No. 01/2022), 143 ss., in https://ejcls.adapt.it/index.php/ejcls_adapt/article/view/1160.

⁸⁰ AGOVINO, RAPPOSELLI, Employment of disabled people in the private sector. An analysis at the level of Italian Provinces according to article 13 of law 68/1999, in *Qual Quant*, 48, 1537–1552 (2014). <https://doi.org/10.1007/s11135-013-9851-3>.

⁸¹ OECD, Disability, Work and Inclusion in Italy: Better Assessment for Better Support, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/dc86aff8-en>.

⁸² CONSOLAZIO, The Assessment of Disability in Italy: The Laborious Procedure and Sharing of Objectives, in *Int J Environ Res Public Health*. 2022 Oct 23; 19(21):13777. Doi: 10.3390/ijerph192113777. PMID: 36360657; PMCID: PMC9655108.

⁸³ CRUCIANI, PERILLI, PICCIONI, Blindness and social security in Italy: Critical issues and proposals, in *Recent. Prog. Med.*, 2018; 109:371–373. <https://doi.org/10.1701/2955.29705>.

⁸⁴ VITIELLO, MARRONE, LOFFREDO, Evaluation of multi-impaired subjects in area of interest of legal disability: The partial blind individuals, in *RIML*, 2016; 3:1077–1088

⁸⁵ CONSOLAZIO, Reflections and proposals with respect to the new procedure for evaluating civil invalidity, in *RIML*, 2011;

However, the number of individuals going through assessments for deafness, blindness, and deafness-blindness is small compared to the number of assessments for civil invalidity. Additionally, people with hearing or vision impairments who do not qualify for deafness and blindness will also have to undergo the regular assessment for civil invalidity. Another group of exceptions relates to individuals who do not qualify for civil invalidity because their disability arose in an occupational context.

The Decree of the President of the Italian Republic 30 June 1965, No. 1124 and Law 23 February 2000, No. 38 establish that occupational diseases and work accidents should be considered in assessing work invalidity (*invalidità da lavoro*). This process is under the responsibility of the National Institute for Insurance against Accidents at Work (*Istituto Nazionale Assicurazione Infortuni sul Lavoro – INAIL*). Disabilities obtained in war-related settings are regulated by separate legal provisions, which correspond to different designations including civilian invalids of war (*invalidi civili di guerra*) – Laws 15 July 1950, No. 539 and 24 February 1953, No. 142, war invalids (*invalidi di guerra*) – Law 5 March 1963, No. 367, and war civil invalids (*invalidi per causa di servizio*) – Law 22 December 2011, No. 214. The different disability statuses correspond to different pensions and allowances, with the Ministry of Economy and Finance being the responsible authority for all war and military-related pensions.

Furthermore, and while most of the definitions described above work as alternatives to each other in the context of economic support, two other key disability-related laws were adopted later in time, to complement the portfolio of available support. These laws created additional disability statuses that are cumulative to the definitions described above, meaning that people with disability can apply for them regardless of whether they have also been assessed for civil invalidity, blindness or deafness, work/war (military) disability or disability in the context of the contributory insurance system:

The concept of “handicap” was introduced in Law No. 104/1992, which grants access to a variety of benefits, including cost-sharing exemptions in healthcare, tax allowances, and family member rights⁸⁶. The law establishes two levels of handicap: an ordinary and a severe one. People are attributed a severe handicap status when the single or multiple impairments that reduce their personal autonomy – compared to what is normal for the respective age group – lead to a need to receive permanent, continuous, and comprehensive assistance, either in the context of their individual tasks or when relating to others. For a long time, the Italian discipline was identified in the Law of 3 March 2009 No. 18, through which the Parliament authorized the ratification of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its optional protocol, signed by Italy on 30 March 2007.

2:341–363.

⁸⁶ ALES, Disability in Italy: The Legal Concept, in *Comp. Lab. L. & Pol'y. J.*, 609 (2002-2003).

The Convention sets out the basic requirements for the rights of persons with disabilities and is legally binding. It was adopted by the UN General Assembly on 13 December 2006 and became effective on 3 May 2008. Its purpose is to «promote, protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, and to promote respect for their inherent dignity» (Article 1). Its contents set out the general principles, obligations, principles of equality and non-discrimination, issues of accessibility, mobility, work, education, health, and other important issues related to inclusion. In its context, the disability situation is due to the presence of barriers of various kinds that can be an obstacle to those who have physical, mental or sensory limitations, lasting, and which can therefore prevent people from full and effective participation in society on an equal basis.

The recent Italian Legislative Decree of 3 May 2024, No. 62 formalized the definition of “person with disabilities”, which must be understood as «who has lasting physical, mental, intellectual or sensory compromises that, in interaction with barriers of different nature, can hinder full and effective participation in different life contexts based on equality with others» (Article 2). By this, the Italian legal system has also moved beyond an interpretation of disability based on the physical or mental impairment of the person, embracing the biopsychosocial model that emphasizes environmental conditions⁸⁷.

However, the Italian discipline is very recent, and many provisions now apply experimentally, in some territories of the country.

21. Does your legal system refer only to disability, or does it mention chronic illness, or a similar category, apart from disability? If this is the case, is chronic illness given a different regulation?

To deal with the relationship between chronic diseases and work, it is necessary to address the defining issue and clarify what is meant by chronic disease. The main definitions used in the European context are those provided by the World Health Organization (WHO) and the EHIS, European Health Interview survey. The first defines chronic diseases as those diseases, not transmissible from one person to another, that have long-lasting characteristics and generally slow progression. However, according to the EHIS definition, chronic diseases are attributable to long-lasting diseases or those health problems that last or are expected to last for at least six months.

In the national definitions given by the Member States of the European Union, the specification of long duration is always found, which is the main characteristic of this type of disease. Although each country has its own specification of these diseases, the common situation in Europe is that there is no specific definition of chronic disease.

⁸⁷ HOGAN, Moving Away from the “Medical Model”: The Development and Revision of the World Health Organization’s Classification of Disability, in *Bull. Hist. Med.*, 2019; 93:241–269. <https://doi.org/10.1353/bhm.2019.0028>.

Within the Italian legal system, attempts to regulate this phenomenon have been made, with Article 8, para. 3, Legislative Decree No. 81/2015, on the organic regulation of employment contracts and revision of the legislation on duties, according to Article 1, para. 7, of Law 10 December 2014, No. 183, which extended the right to part-time workers suffering from «serious chronic-degenerative diseases (s.c. *in Gravescenti*)», a right already introduced by Article 46 of the Legislative Decree 10 September 2003, No. 276, implementing c.d. Biagi Law, for workers suffering from oncological diseases only⁸⁸.

Although, in this case, the Italian legislator is referring to chronic diseases, there is no real technical definition of this concept⁸⁹. Therefore, it cannot be said that there is in Italy a clear concept of chronic disease at a legal level that allows to offer integral protection to the workers suffering from these diseases. Faced with this situation, the main risk is confusing chronic diseases with other concepts with which they may have common characteristics and are subject to *ad hoc* regulation in the Italian and EU legal order⁹⁰.

22. Does your legal system expressly set forth the obligation of reasonable accommodation of working conditions? Please describe the terms of such provision and illustrate it, if possible, with case law samples.

In Italy, there is a legislation dating back to 1968 and amended in 1999, that mandates the hiring of people with disabilities. This law requires public and private employers with over 15 employees to recruit a certain percentage of employees with a disability based on their headcount.

The percentage increases with the company's headcount, as seen in the following breakdown: - Headcount 15–35: 1 employee with disabilities

Headcount 36–50: 2 employee with disabilities

Headcount > 50: 7% of total headcount in employee with disabilities.

Employers can fulfil this obligation by either hiring persons with disabilities from the labor market or integrating those who are identified by the relevant offices into their organization⁹¹.

The process for obtaining certification has become stricter in recent years, resulting in a high number of persons not meeting the requirements and failing to obtain certified disability status. In addition, the certification process is voluntary, leading many employed individuals with impairments not to pursue certification. This creates a challenging situa-

⁸⁸ DAVOLIO, BERTOLINI, CASCINU, LONGO, PARTESOTTI, ARTIOLI, CELLINI, PELOSI, Disability in cancer patients: A new organization model with an integrated care approach, in *Riv. Ital. Med. Leg.*, 2018; 3:813–825.

⁸⁹ BERNELL, HOWARD, Use Your Words Carefully: What Is a Chronic Disease? In *Front Public Health*, 2016 Aug 2; 4:159. <https://doi.org/10.3389/fpubh.2016.00159>. PMID: 27532034; PMCID: PMC4969287.

⁹⁰ TIRABOSCHI, The New Frontiers of Welfare Systems: The Employability, Employment and Protection of People with Chronic Diseases, *E-Journal of International and Comparative LABOUR STUDIES*, Volume 4, No. 2 May-June 2015, 5 ss., in https://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2015/05/TIRABOSCHI_EJICLS_2015.pdf.

⁹¹ DE FALCO, op. cit. for a wide Italian literature review.

tion where employers must recruit the required number of persons with a certified disability and provide accommodations for uncertified employees who require specific working conditions.

Meanwhile, a significant number of people are unable to obtain official certification but still need accommodations in the workplace. Employers who fail to meet the minimum requirement of hiring persons with a disability may face administrative fines⁹². Compliance with this hiring requirement is also a pre-condition for participating in public tenders. To achieve compliance, employers may seek exemptions offered by the law. For instance, they may enter agreements with authorities allowing gradual hiring of employees with disabilities or pay fees to be released from the hiring obligation due to the nature of their business. Traditionally, the employment of persons with disabilities has been viewed as a burden by employers rather than an opportunity to create an inclusive workplace.

However, there is a growing awareness, especially within larger companies, of the importance of inclusivity of those with disabilities and mental diversity due to the increasing attention to environmental, social, and governance (ESG) criteria⁹³.

Employers are also obliged to make “reasonable accommodations” to provide suitable working conditions for employees with diverse abilities, considering the company’s specific production and business needs. This includes temporary disabilities, such as illness, recovery periods, and cases of unverified deficits or disabilities. For an employee’s disability to be recognized by the law, it must be officially confirmed and certified by the competent health and labor authorities. Certification entitles individuals to specific social security benefits paid by the state.

The regulatory prescription is the result of a 2013 condemnation by the European Court of Justice to Italy (ECJ, 4 July 2013, C-312/11, *European Commission v. Italian Republic*)⁹⁴. The Italian legislator, in transposing, with the Legislative Decree No. 216/2003, Directive 2000/78/EC on equal treatment in employment and occupation without distinction on grounds of religion, belief, age, sexual orientation and disability did not require all employers to provide reasonable accommodation for all persons with disabilities, as requested by Article 5 of the Directive.

⁹² MARRA, Brief outlook on provisions concerning disability in Italy and methods to enforce law, in <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/marra-Laws-and-Enforcement.pdf>. Fines have recently been increased: from 1 January 2022 (according to Ministerial Decree no. 194/2021) failure and delay in submitting the form of personnel in force, as of 31 December of the year preceding the reference year) result in the payment of an administrative fine of €702.43 with an increase of € 34.02 for each day of delay

⁹³ Valuable 500, ESG and disability data a call for inclusive reporting, 2023 in <https://www.thevaluable500.com/> lead to World Economic Forum, Driving disability inclusion is more than a moral imperative – it’s a business one, in <https://www.weforum.org/agenda/2023/12/driving-disability-inclusion-is-more-than-a-moral-imperative-it-s-a-business-one/>.

⁹⁴ The decision has been fully discussed by EQUINET, Reasonable accommodation for persons with disabilities: Exploring challenges concerning its practical implementation, 2021, in <https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2021/03/Reasonable-Accommodation-Disability-Discussion-Paper.pdf>.

Then, paragraph 3-*bis* was added to Article 3 of the Legislative Decree No. 216/2003, stating that «to ensure compliance with the principle of equal treatment of persons with disabilities, public and private employers are required to make reasonable accommodations, as defined in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, ratified under Law 3 March 2009 no. 18, in the workplace, to ensure that people with disabilities are fully equal to other workers».

The mentioned Legislative Decree No. 62/2024 (Article 17) envisaged an extension of this mechanism, providing that:

- «1. In cases where the application of the provisions of the law does not guarantee persons with disabilities the enjoyment and effective and timely exercise, on an equal basis with others, of all human rights and fundamental freedoms, reasonable accommodation, following Article 2 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, done at New York on 13 December 2006, identify the measures and adaptations that are necessary, relevant, appropriate and adequate, that do not impose a disproportionate or excessive burden on the obliged entity.
2. Reasonable accommodation shall be activated on a subsidiary basis and shall not replace or limit the right to full access to benefits, services and support recognised by the legislation in force.
3. The person with a disability, the person exercising parental responsibility in the case of a minor, the guardian or the support administrator, if endowed with the powers, shall have the right to request, through a specific written request, from the public administration, from the concessionaires of public services and from private entities the adoption of reasonable accommodation, including by formulating a proposal.
4. The person with a disability and the applicant referred to in paragraph 3, if different, shall participate in the procedure relating to the identification of reasonable accommodation.
5. Reasonable accommodation must be necessary, adequate, relevant and appropriate in relation to the extent of the protection to be afforded and the context of the case, as well as compatible with the resources actually available for the purpose.
6. In the assessment of the request for reasonable accommodation, the possibility of accepting any proposal submitted by the applicant under paragraph 3 must be verified beforehand.
7. In the final decision, the public administration shall take into account the needs of the person with disabilities also through personalised meetings and shall conclude the procedure with a reasoned refusal, if it is not possible to grant the reasonable accommodation proposed, with an indication of the accommodation according to the principles referred to in paragraph 5».

There are examples where the law indicates reasonable accommodation:

1. Guaranteeing the right to convert the relationship to part-time:

The Legislative Decree No. 81/2015, confirming the provisions contained in previous regulations (Legislative Decrees No. 61/2000 and No. 276/2003, Law No. 247/2007), protects

workers in the public and private sectors, suffering from oncological pathologies or serious chronic-degenerative diseases, destined to worsen progressively and gradually over time, and for which it is practically impossible to improve, for which a reduced working capacity remains, possibly also due to the disabling effects of life-saving therapies (in the case of cancer patients, chemotherapy), recognising their right to transform their full-time employment relationship into part-time work (Article 8, para. 3, Legislative Decree No. 81/2015).

Cancer patients who (although burdened by the suffering caused by the disease and the therapies) are and feel able to continue to perform – at least partially – their work have the right, subject to verification of their pathology by a Medical Commission, to request and obtain from their employer the transformation of the employment relationship; This, with a proportional reduction in salary and with the right to keep their job, for the time necessary to achieve any improvement in their health conditions, such as to allow him to return to his original working hours.

Therefore, with this rule – aimed at protecting health and, at the same time, professionalism and participation in working life as a means of social integration and permanence in working life – the seriously ill worker is recognized as having a real subjective right, the exercise of which cannot be denied by the employer for conflicting organizational needs, technical and productive aspects of the company. The latter is entitled only to decide on the quantification of the reduction in working hours; This decision must be taken taking – in any case and always – into due consideration the prevailing needs of the worker to be absent to undergo medical check-ups and life-saving therapies (such as chemotherapy).

A worker suffering from cancer, following the transformation of their employment relationship from full-time to part-time, is granted the right of priority in any recruitment with a full-time contract for the performance of similar or equal tasks and legal categories to those covered by the part-time employment relationship (Article 8, para. 6, Legislative Decree No. 81/2015). At the request of the worker – whose oncological pathology has been treated with a favourable outcome – the part-time employment relationship must be transformed back into a full-time employment relationship, with the consequent restoration of full salary (Article 8, para. 3, Legislative Decree No. 81/2015). But if the worker's health conditions have worsened, and they can no longer be assigned to the same tasks (not even with reduced hours), the employer is obliged to identify a different position in the company even with inferior tasks. Only if it is established that it is objectively impossible to assign them to any task, the employer may proceed with the dismissal of the worker, who will in any case be able to benefit from compulsory placement and priority in hiring due to their disability⁹⁵.

2. Ensuring priority in access to remote work

The provision of “reasonable solutions”, identified by Article 5 of Directive 2000/78/EC, to give effect to equal treatment, requires the employer to adopt a series of active behaviours

⁹⁵ EQUAL, *CLINICA 2024: Diritto del lavoro e protezione della paziente oncologica*, in www.dirittoantidiscriminatorio.it.

such as «effective and practical measures designed to adapt the workplace to the disability», to change the status quo concerning the ‘needs of the concrete situations» characterising the person with functional disabilities and the environment in which he or she is placed. Therefore, in the event of a worsening of the worker’s health conditions, the employer will not only have to assess the availability of equivalent or inferior tasks compatible with their remaining ability to work but will also have to seek (and introduce) organizational solutions that make the workplace accessible to the person with disabilities, to bridge the protection gap. In addition, Article 3, para. 3-*bis*, Legislative Decree No. 216/2003 seems to coincide with the more general duty of safety referred to in Article 2087 of the Italian Civil Code – as well as, in a broad sense, with Article 28, Legislative Decree 9 April 2008, No. 81 on the assessment of risks at work – expanding the range of preventive and remedial measures aimed at protecting the «physical integrity and moral personality» of all providers (including persons with disabilities) and guaranteeing them the permanence in a working environment suited to the needs of each one.

However, it can be seen that the regulatory provision – both in the supranational pattern (Directive 2000/78/EC) and in the national transposition (Legislative Decree No. 216/2003) – conditions the right of the person with disabilities to demand such adjustments, of which the cost necessary for their provision must be assessed, to economic sustainability.

The high adaptability and low relative costs of the technological tools for the performance of remote work increase the possible ways of carrying out the work performance and the solutions for job retention, where compatible with the work performed. The employer would have the burden of proving that it is impossible to grant the worker with disabilities remote work accommodation, because it constitutes a disproportionate and unreasonable cost or burden; or because the physical presence in the workplace is indispensable. Of course, the possibility of using remote work reduces the employer’s organizational power and the topic is still very discussed among the jurisprudence⁹⁶.

3. Ensuring the choice of the nearest place of work.

Article 21 of Law No. 104/1992 regulates the right of priority in public employment. The law states that the disabled civil servant, with a degree of disability greater than 2/3, has the right to priority choice among the available locations and has priority in the case of voluntary transfer. The State Council (Decision 2 April 2020, No. 2226) established that to

⁹⁶ ZILLI, *Il lavoro agile per Covid-19 come “accomodamento ragionevole” tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell’impresa*, in *Labor*, 2020, 4, <https://www.rivistalabor.it/lavoro-agile-covid-19-accomodamento-ragionevole-tutela-della-salute-diritto-al-lavoro-liberta-organizzazione-dellimpresa/>; DE FALCO, *L’accomodamento per i lavoratori disabili: una proposta per misurare ragionevolezza e proporzionalità attraverso l’INAIL*, in *LDE*, 2021, 4, in https://www.lavorodiritteuropa.it/images/de_falco_NOTA_A_SENT_MDF_copia_2.pdf and *Id.*, *Il Protocollo sul lavoro agile per l’inclusione sociale delle persone con disabilità*, in *Bollettino ADAPT 13 dicembre 2021, n. 44*, in <https://www.bollettinoadapt.it/il-protocollo-sul-lavoro-agile-per-linclusione-sociale-delle-persone-con-disabilita>

deny the transfer under Article 33, para. 5, Law No. 104/1992, the service needs can neither be generically referred to, nor based on generic assessments regarding staff shortages. Article 33, para. 5. of Law No. 104/1992 provides for the right of the caregiver to choose, where possible, the place of work closest to the home of the person to be cared for. The provision does not specify whether the person with a disability must necessarily be in a serious situation, but the case law seems to point in this direction. The Court of Cassation, Labour Section, with sentence no. 26603 of 18 October 2019, established that, to recognise the worker's right to transfer, it is necessary to ascertain the existence of some indicators revealing the real need for assistance in favour of the caregiver, so that the caregiver who assists a family member can legitimately request a transfer to a closer place of work by demonstrating that he or she has already assisted in the past⁹⁷.

23. In addition of being entitled to reasonable accommodation, do employees suffering from disability/chronicle illness benefit from further specific protection, in comparison with other employees?

The “protected period” or “grace period” is a timeframe, generally established by relevant collective bargaining agreements, applied by the employer, during which an employee is entitled to retain employment when absent due to illness. Once this period has passed, the employee can be legally dismissed ‘for exceeding the grace period’, according to the second paragraph of Article 2110 of the Italian Civil Code.

On the one hand, a (minority) orientation considered the model of protection outlined by Article 2110 of the Italian Civil Code on sick leave and grace period, as protected in collective bargaining following the European Union regulatory framework on anti-discrimination protection. Courts in Bologna, Lodi and Vicenza, contends that there is no justification for granting workers with a disability and those with less serious illnesses different grace periods. One of the arguments in favour of this viewpoint is the existence of numerous safeguards that already support disabled people's employment relationships.

On the other hand, the majority orientation – shared by the Supreme Court – which, based on the rulings of the European Court of Justice, had led many domestic courts to consider, according to Directive 2000/78/EC, the provision of the same protected period for disabled and non-disabled workers as indirect discrimination. In a recent judgment, the Naples Court of Appeals upheld the decision of the lower court, declaring it unlawful to dismiss an employee with a degenerative disease for exceeding the grace period (judgment No. 168/2023). This important decision supports the legal stance that including the provision for the grace period for employees with less serious illnesses and disabilities in collective

⁹⁷ LAMONACA, *Le agevolazioni ed i limiti al trasferimento dei lavoratori che prestano assistenza ai disabili gravi*, in *LG*, 2014, 12, 1051.

bargaining agreements is a form of indirect discrimination under Legislative Decree No. 216/2003 and Directive 2000/78/EC.

The topic was recently addressed by the Italian Court of Cassation, with judgment no. 9095 of 31 March 2023, questioned on indirect discrimination resulting from the adoption of non-differentiated sick-leave in favour of workers with disabilities⁹⁸. By intervening on this controversial issue, the Court has solved the contrasts that have arisen in domestic jurisprudence, concerning the possible discriminatory nature of the application of the same period of protection for disabled and non-disabled workers⁹⁹.

Given many conflicting rulings, it is now up to collective bargaining agreements to decide how to introduce different grace periods for workers with a disability, as opposed to employees with less serious illnesses. In the absence of changes to collective bargaining agreements, the Supreme Court's intervention offers a new balance between the rights of persons with a disability and the needs of employers.

24. Please provide a brief comparison between the regulation of employment termination on grounds of employees' incapacity to perform the job in case of working accident/occupational disease and in other cases of disability.

In both cases, dismissal is the employer's *extrema ratio*. In general, employers must prove that they have attempted to relocate the worker to positions corresponding to the tasks for which he/she was hired, or to those corresponding to the higher legal classification that they have subsequently acquired, or to tasks that are at the same level and legal category of classification as the last ones performed (Article 2103 of the Italian Civil Code).

Where there are no such possibilities, the employer and the worker may agree to change the duties, the legal category, the level of classification, and the related remuneration, if it corresponds to the worker's interest in maintaining employment. These are agreements entered into with assistance (the worker may be assisted by a representative of the trade union association to which they belong, or by a lawyer or a labour consultant) and in protected situations (trade union, before the court, *ad hoc* commissions, according to Article 2113 of the Civil Code).

In the case of workers who were not a person with a disability at the time of recruitment, but who had acquired any disabilities due to an accident at work or occupational disease, employers, both public and private, are required to ensure their occupation (Article 4, para. 4, Law No. 68/1999).

⁹⁸ LAMBERTI, *Licenziamento per eccessiva morbilità del lavoratore e contemperamento degli interessi: una nuova pronuncia della Cassazione*, in *Bollettino ADAPT 15 maggio 2023*, n. 18, in <https://www.bollettinoadapt.it/licenziamento-per-eccessiva-morbilita-del-lavoratore-e-contemperamento-degli-interessi-una-nuova-pronuncia-della-cassazione>.

⁹⁹ DE FALCO, *Licenziamento per superamento del comparto e discriminazione indiretta del lavoratore disabile: un tema di giustizia sociale*, in *Bollettino ADAPT 20 febbraio 2023*, n. 7, in <https://www.bollettinoadapt.it/licenziamento-per-superamento-del-comparto-e-discriminazione-indiretta-del-lavoratore-disabile-un-tema-di-justizia-sociale> and in www.dirittoanti-discriminatorio.it.

Workers who cannot perform their duties as a result of an accident or illness must not be counted in the mandatory quota (obligation to recruit) if they have suffered a reduction in working capacity of less than 60% or, in any case if they have become disabled as a result of the employer's failure to fulfil their obligations, as determined by the courts, occupational safety and hygiene regulations. For these workers, accidents or illnesses do not constitute a justified reason for dismissal if they can be assigned to equivalent tasks or, failing that, to inferior tasks.

In the case of assignment to inferior duties, they shall be entitled to retain the most favourable treatment corresponding to the performed duties. If the worker cannot be assigned to equivalent or inferior tasks, he/she is sent to another company by the competent offices, to carry out activities compatible with their remaining working capacities (Article 4, Law No. 68/1999).

In case of unfair dismissal, the protection of the worker with a disability against dismissal seems to be distinguished according to the date of hiring, applying for the one hired before March 7, 2015, Article 18, para. 7, Law No. 300/1970 (i.d. the worker has the right to be reinstated and compensated for the temporary loss of the job, up to max 12 months wage); vice versa for the one hired starting from that date, Article 2, para. 4, Legislative Decree No. 23/2015 with an apparent inequality in treatment. But facing the rules in the light of the EU anti-discrimination law, this inequality can be excluded by using the notion of disability and the category of reasonable accommodations.

In any case, during the proceedings, based on the worker's claim, the discriminatory nature of the dismissal is established, the "full real protection" applies, regardless of the number of employees employed: it means that the worker has the right to be reinstated and fully compensated for the temporary loss of the job¹⁰⁰.

25. Does your legal system provide any obligation of reasonable accommodation in the field of discrimination on grounds of religious beliefs/behaviours?

The issue is addressed both by the Italian legislator and the Courts.

Concerning the first aspect, the most significant provision is Law 8 March 1989 No. 101 on «Rules for the regulation of relations between the State and the Union of Italian Jewish Communities».

In the Article 4, it is provided that:

- «1. The Italian Republic recognizes the right of Jews to observe the Sabbath rest from half an hour before sunset on Friday to one hour after sunset on Saturday.
2. Jews who are employed by the State, by public or private bodies or who are self-employed or commercial, military personnel and those who are assigned to substitute civil

¹⁰⁰ C. GAROFALO, *Illegittimità del licenziamento del lavoratore disabile. I diversi regimi sanzionatori*, in *VTDL*, 2022, 2, 249 ss., in <https://www.dirittolavorovariazioni.com> (available in Italian, with references).

service, have the right to take the Sabbath rest as a weekly rest at their request. This right is exercised within the framework of the flexibility of the organisation of work. In any other case, working hours not worked on Saturdays are made up on Sundays or other working days without the right to any overtime compensation. However, the essential requirements of the essential services provided by the legal system remain unaffected.

3. In drawing up the competition test diary, the competent authorities will take into account the need to respect the Sabbath rest. In fixing the diary of the examinations, the school authorities will in any case take appropriate measures to allow Jewish candidates who request it to take examinations fixed on the Sabbath on another day».

There is no similar agreement for other religions/communities.

According to jurisprudence, the recent decision of the Court of Cassation (United Sections) no. 24414 of 9 September 2021 examined the issue of the display of the crucifix in classrooms – precisely in high school – truly offers an opportunity for reflection on crucial issues for the democratic State and the pre-eminence of law such as the secularity of the State and religious freedom. The question concerned the legitimacy of a disciplinary sanction imposed on a teacher for not having complied with the prescription, addressed by the school director to the entire teaching staff, following what the institution assembly had decided, to display the crucifix during lessons. In particular, the applicant teacher removed the crucifix from the wall for the time of his lecture and then put it back in its place. The judges had confirmed the legitimacy of the managerial prescription, and therefore of the disciplinary sanction imposed on the teacher, excluding that the teacher had suffered discrimination because of his beliefs.

26. Have your national courts ruled on any case concerning the prohibition of wearing religious clothes or symbols?

There is no prohibition, except for health and safety reasons.

On the opposite side, there is the right to wear religious clothes and symbols, for example, Law 8 March 1989 No 10 on «Rules for the regulation of relations between the State and the Union of Italian Jewish Communities» states that «Jews who request it are allowed to take the oath required by the laws of the state with their heads covered» (Article 6).

The decisions are very few.

The Court of Appeal of Milan has addressed (with sentence no. 579 of 20 May 2016) the issue relating to the discriminatory conduct of a company which, during the selection of *hostess* candidates, decided to exclude from the pre-selection a (woman) candidate of Muslim religion, who had not given her willingness to work without the veil. The applicant argued that the company should have included her in the list of candidates in any event and that her exclusion because of refusing to remove her headscarf was discriminatory. The company defended itself by arguing that its task was to select and submit to its client candidate hostesses based on the physical and aesthetic characteristics predetermined by the client himself and that it had therefore excluded the applicant precisely because of her unwillingness to uncover her head.

The first instance judge (Tribunal of Lodi, 3 July 2014)¹⁰¹ ruled out direct and indirect discrimination as the exclusion from the selection could not be said to be unjustified but found a legitimate request by the recruiter to present to the client candidates with image characteristics not compatible with the request to wear a head covering.

The Court of Appeal considered that the conduct was to be qualified as *direct discrimination*, since the conditions for the application of the so-called grounds of justification provided for by Article 2(b) of Directive 78/2000/EC were not met, since, in the present case, the absence of the veil had never been envisaged either by the principal or by the selector as an essential and determining requirement for the service¹⁰².

In the case dealt with by the Court of Cassation, no. 3416 of 22 February 2016, an employee had been sanctioned because he had refused to work on Sundays for religious reasons. In assessing the proportionality of the disciplinary sanction imposed, the Court had assessed the subjective attitude of the worker and the context in which the failure had occurred, valuing, in confirming the judgment of non-proportionality of the sanction adopted, elements such as the worker's expectation induced by the employer's previous attitude of tolerance, his offer of service on another non-Sunday rest day, the existence of an ongoing trade union dispute and the request not to be assigned to the Sunday shift for religious reasons. For these reasons, the disciplinary sanction was annulled.

27. Does your national law contain any regime aiming to encourage the hiring of young people? Would you say it is discriminatory on grounds of age?

The law provides for the apprenticeship contract, which is an open-ended contract, with a mixed cause (work and training) of a duration of not less than 6 months¹⁰³. Young people between 15 and 29 years old can be hired on an apprenticeship contract¹⁰⁴. In particular:

1. young people between 15 and 25 years old can be hired with an apprenticeship contract for the professional qualification and diploma that has a duration of no more than 3 years (4 years in the case of a four-year professional diploma);
2. young people between 18 (17 if they have a professional qualification) and 29 years old can be hired with a professional apprenticeship contract that has a duration of no more than 3 years (5 years for professional profiles characterizing the figure of the craftsman and identified by the collective agreement);

¹⁰¹ In <http://www.osservatoriodiscriminazioni.org/index.php/2016/05/09/rifuto-togliersi-velo-mancata-assunzione-hostess-fiera-commerciale-comportamento-non-integra-discriminazione-tribunale-lodi-ordinanza-3-luglio-2014>.

¹⁰² PERUZZI, *Il prezzo del velo: ragioni di mercato, discriminazione religiosa e quantificazione del danno patrimoniale*, in *RIDL*, 2016, 5-6, 821; TARQUINI, *Il velo islamico e il principio paritario: la giurisprudenza di merito si confronta con i divieti di discriminazione*, in *www.labor.it* 4 May 2016 (both available only in Italian).

¹⁰³ RUSTICO, DAVID, RANIERI, 'Apprenticeship' in the Italian approach to the dual system, in *Transfer: European Review of Labour and Research*, 2020, 26(1), 91-103. <https://doi.org/10.1177/1024258919896902>.

¹⁰⁴ TIRABOSCHI, Productive employment and the evolution of training contracts in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 22, Issue 4 (2006) 635 – 649 <https://doi.org/10.54648/ijcl2006030>.

3. young people between 18 and 29 years old, who have an upper secondary education diploma or a vocational diploma, can be hired under a higher education apprenticeship contract.

The discriminatory profile exists because at the end of the contracted period (3, 4, 5 years) the employer can withdraw without justification¹⁰⁵.

The intermittent or on-call employment contract is provided for young people under 24 years of age, provided that the work is carried out by the age of 25. The employment relationship is characterized by the circumstance for which the worker makes himself available to an employer who can use his work performance in a discontinuous or intermittent manner according to the needs identified by collective agreements. The provision was deemed to conform with European law by the European Court of Justice (Case C-142/1, *Abercrombie & Fitch v. AB*)¹⁰⁶.

28. Does your national law somehow facilitate the termination of the employment contract with elder employees? If so, would you say such regime is discriminatory on grounds of age?

In the private sector, the employer is free to dismiss the worker, without giving reasons if he or she meets the requirements for the ordinary retirement pension. However, the employer cannot dismiss, in most cases, if the employee meets the requirements for early retirement, currently equal to 42 years and 10 months of contributions for men and 41 years and 10 months for women, or for any other type of retirement other than old-age treatment. This is because the typicality and exhaustiveness of the causes of termination of the relationship exclude automatic terminations upon reaching pension requirements, even if possibly contemplated by collective bargaining.

The discipline is different for public employees: once the requirements for any type of pension have been met, in fact, the administration is obliged to terminate them from service, if the statutory age is also reached, i.e. the age provided for the termination of the system to which the worker belongs, generally equal to 65 years. If the statutory age is not reached, but the requirements for a pension are met, the termination is instead at the discretion of the administration.

In detail, there are 2 (*rectius*, 3) cases of “forced” retirement by the public administration:

1. two mandatory, applicable to those who have met the requirements for an old-age pension, or the right to another pension, together with reaching the statutory age limit provided for by the individual sectors to which they belong;

¹⁰⁵ SCIULLI, On-the-job-training contracts in Italy: Training or flexibility device?, <https://doi.org/10.1016/j.cesjef.2013.04.002>.

¹⁰⁶ MULDER, Age discrimination is not in fashion: AG Bobek’s Opinion in *Abercrombie & Fitch v Bordonaro*, in <https://legalresearch.blogs.bris.ac.uk/2017/05/age-discrimination-is-not-in-fashion-ag-bobeks-opinion-in-abercrombie-fitch-v-bordonaro/>.

2. an optional one, left to the discretion of the administration, aimed at those who have reached the maximum contribution requirements (42 years and 10 months for men, one year less for women).

The justification of this legislation does not appear immediately comprehensible, except in the perspective (in any case to be justified) of a discipline that intends to encourage generational renewal.

Last, in its judgment of 13 November 2008 following the infringement procedure initiated in July 2005 by the European Commission, the Court of Justice condemned Italy for having maintained legislation under which civil servants are entitled to receive an old-age pension at different ages depending on whether they are men or women. In initiating the infringement procedure, the European Commission argued that the scheme managed by INPDAP under Directive 86/378/EEC and Article 141 of the Treaty, which prohibit any discrimination in pay on grounds of sex. Consequently, the pension system established in Italy for the civil service was discriminatory in that it demands that the retirement age is 65 years for men and 60 years for women.

The judgment did not accept the argument that the fixing of a different age for retirement could be justified by the objective of eliminating discrimination against women. In that regard, it has been pointed out by the Court that the fixing of a different age for the retirement pension is not such as to compensate for the disadvantages to which the careers of female civil servants are exposed. The Court therefore concluded that, by maintaining in force legislation under which civil servants are entitled to receive an old-age pension at different ages depending on whether they are men or women, the Italian Republic has failed to fulfil its obligations under Article 141 of the Treaty.

Interview with Professor Barbara Havelková*

Giulia Gortanutti

*Dottoranda di Ricerca nell'Università degli Studi di Udine***

SOMMARIO: 1. Gender Equality and Legal Reforms in Europe. – 2. The Influence of EU Law on National Gender Equality Policies. – 3. The Role of Courts in Advancing Gender Equality. – 4. Comparative Perspectives on Anti-Discrimination Law. – 5. Intersectionality in Anti-Discrimination Law. – 6. Gender and Economic Inequality in the Workplace. – 7. The Impact of #MeToo and Social Movements on Gender Equality Law. – 8. The Role of Academia in Shaping Anti-Discrimination Law.

Sinossi: In questa intervista del 28 ottobre 2024, durante la serie Equality Talks dell'Università di Udine, la Professoressa Barbara Havelková affronta l'evoluzione e le sfide delle leggi sulla parità di genere in Europa, con un focus sull'Europa centrale e orientale. Analizza come le riforme imposte dall'UE affrontino resistenze culturali in queste regioni, come dimostrato dalle leggi antidiscriminatorie nella Repubblica Ceca, dove l'inerzia sociale e istituzionale ne limita l'impatto. Havelková sottolinea il ruolo della Corte di Giustizia Europea nell'avanzamento dei diritti di genere e l'importanza dell'intersezionalità e delle misure preventive, come la Direttiva UE sulla Trasparenza Retributiva, per affrontare le disuguaglianze strutturali in modo più efficace rispetto al solo contenzioso. Discute, inoltre, i cambiamenti culturali promossi da #MeToo e l'adozione di quadri giuridici basati sul consenso per la violenza di genere, insieme al ruolo dell'accademia nella riforma legislativa. Questa intervista evidenzia la complessità dell'adattamento delle misure di parità di genere in contesti europei diversi.

Abstract: In this interview conducted on October 28, 2024, during the Equality Talks series at the University of Udine, Professor Barbara Havelková addresses the evolution and challenges of gender equality laws in Europe, with a focus on East Central Europe. She examines how EU-imposed reforms face cultural resistance in these regions, as seen with anti-discrimination laws in the Czech Republic, where societal and institutional inertia limit their impact. Havelková underscores the role of the European Court of Justice (ECJ) in advancing gender rights and the importance of intersectionality and preventative measures, like the EU Pay Transparency Directive, to address structural inequalities more effectively than litigation alone. She also discusses cultural shifts driven by #MeToo and the adoption of consent-based legal frameworks for gender-based violence,

* Prof. Dr. Barbara Havelková is an Associate Professor at the Faculty of Law, and Tutorial Fellow in Law at St Hilda's College, University of Oxford. She wrote the monograph "Gender Equality in Law: Uncovering the Legacies of Czech State Socialism" (Hart Publishing, 2017), peer-reviewed articles, and chapters on equality and Anti-Discrimination Law. She edited the volume "Anti-Discrimination Law in Civil Jurisdictions", with Mathias Möschel (Oxford University Press 2019).

** Programma Regionale FSE+ 2021/2027 della Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia.

along with academia's role in shaping reform. This interview highlights the complexities of adapting gender equality measures across diverse European contexts.

1. Gender Equality and Legal Reforms in Europe

Q1: How would you assess the pace of gender equality reforms in East Central Europe compared to the West, and what do these differences reveal about broader societal and political dynamics?

Havelková: In East Central Europe, a notable tension exists between EU-imposed gender equality reforms and national perceptions. Anti-discrimination laws in the Czech Republic, for example, were mandated by the EU and introduced in Parliament primarily as membership requirements, with minimal discussion of their social benefits. As a result, these laws are often viewed as foreign impositions, leading to limited enforcement. This issue is compounded by a legal culture—also seen in Italy—of nominal compliance, where laws are passed but lack genuine integration. In contrast, countries like the UK typically adopt laws only when there is a commitment to enforce them fully.

Additionally, East Central Europe's state socialist legacy complicates views on gender equality; while socialism promoted women's workforce participation, it left domestic roles and gender-based violence largely unaddressed. Terms like gender, and the whole concept that our ideas about characteristics, abilities, roles, preferences of men and women, face resistance. This is both tied to state socialist past – in that equality of sexes was proclaimed but never really realized, – and current opposition from institutions like the Catholic Church. This complex history makes substantive reforms difficult, as engagement with gender as a social construct remains limited.

Q2: Which areas of gender equality law need the most urgent reform, and what institutional or legislative changes are key to achieving substantive equality?

Havelková: Recent years in Europe, particularly in East Central Europe, reveal that progress in gender equality is not linear; regressions are possible. Even just maintaining existing rights requires vigilance. The backlash against women's rights, especially reproductive rights, is evident in Poland's near-total abortion ban, contrasting starkly with France's recent constitutional protection of reproductive rights. This divergence reflects varying national approaches and underscores that gender equality advances differently across regions, with some areas seeing rights expansion and others experiencing retrenchment. In the Czech Republic, for example, reproductive rights discussions extend beyond abortion to include concerns over obstetric violence. There is a pressing need for reforms addressing how pregnant women are treated in medical settings, where systemic disregard for women's autonomy often frames women's interests as secondary to those of the child. Addressing gender equality issues effectively requires a localized, bottom-up approach, as the challenges differ significantly between countries. Listening to those directly affected

and fostering public discourse are essential steps in advancing fair, just, and effective reforms that resonate within each unique context.

2. The Influence of EU Law on National Gender Equality Policies

Q3: How has EU law shaped national gender equality policies, especially in more conservative or post-socialist Member States? Could you provide examples where EU directives have spurred significant reforms?

Havelková: In studying European anti-discrimination law, I have come to appreciate the critical role of equality bodies established by the Millennium anti-discrimination directives. Across the EU, these bodies vary significantly in their powers and functions. For instance, the Czech equality body is notably limited—it cannot decide cases, even in a non-binding way, nor represent individuals in court. However, despite their different mandates, many equality bodies have been highly effective in monitoring, educating, and providing a low-barrier platform for addressing discrimination. This institutional approach offers an alternative to individual litigation, which is often costly and emotionally taxing. People who may face discrimination can seek assistance from these bodies without legal fees or the formalities of a court, creating a supportive environment that many find preferable to traditional litigation.

Moreover, the EU has recently strengthened its stance on gender-based violence through the ratification of the Istanbul Convention and other measures, such as victim protection directives. These frameworks aim to address violence against women even in countries that have not ratified the convention, such as Bulgaria, where the Constitutional Court ruled it incompatible with the national constitution's biological view of gender.

The problem is that while such EU actions substantively enhance protections (at least on paper), they can also be perceived as overreach in Member States with conservative views, potentially sparking backlash. This tension between advancing rights and respecting national sovereignty mirrors similar debates around affirmative action, raising questions about the balance between promoting equality and maintaining political harmony within the EU.

Q4: What tensions arise between EU-wide gender equality standards and national sovereignty, especially in post-socialist or conservative Member States? How do you see these dynamics evolving?

Havelková: In East Central Europe, particularly in the Czech Republic, dynamics around gender, class, and social identity reveal unique tensions between democratic liberalism and socially conservative ideologies, even within pro-democratic groups. In the Czech Republic, socially conservative values persist strongly, even within pro-democratic circles. This resistance also extends to class issues, deeply rooted in post-socialist legacies.

Following the 1990s, neoliberalism or even ‘anarcho-capitalism’ gained considerable traction in Czech society, embedding ideals like the “invisible hand of the market” and laissez-faire economics. This shift left a lasting impression. Left-leaning spaces in politics are hollowed out, delegitimized by the state socialist history. Any mention of social justice is frequently dismissed as “neo-Marxist.” Consequently, there exists a political gap, with little tolerance for socially progressive agendas, which are often equated with failed state socialism.

By contrast, Western Europe sustains more robust left-wing dialogues on issues of identity, race, gender, and class, even if factional disagreements exist. Progressive movements for gender, race, and class equity, while contentious, have greater legitimacy and presence in Western Europe. In post-socialist countries, however, both identity-based and class-focused progressive conversations face significant challenges, as their legitimacy remains weakened by the lingering shadows of the region’s political history.

3. The Role of Courts in Advancing Gender Equality

Q5: How pivotal have national and European courts been in advancing gender equality, and are there key cases where judicial intervention has significantly reshaped the legal landscape?

Havelková: From a historical perspective, European Court of Justice (ECJ) rulings have been instrumental in advancing gender equality at the EU level. For example, the *Defrenne* saga, among other things, established the direct effect of the equal pay provision in the Treaty of Rome even in horizontal situations. In other words, the obligation to pay men and women equally was put not only on the state, but also on private employers.

And many were even of fundamental constitutional importance. For example, *Von Colson and Kamann*, where female applicants were denied prison jobs due to gender, led to the establishment of the principle of harmonious interpretation, also known as indirect effect. However, while courts are vital in shaping the law, their capacity for driving systemic change is limited when cases involve individual discrimination litigation at trial level. Pursuing a court case demands substantial resources—financial, emotional, and temporal—which can be especially burdensome for already vulnerable individuals.

This limitation underscores the need for preventative measures beyond litigation. The recent EU Pay Transparency Directive, for example, requires companies of a certain size to monitor, anonymize, and disclose pay data, reducing disparities proactively. Similar measures, like anti-harassment codes, aim to prevent discrimination and harassment before they occur. Courts thus remain essential as a last resort, but embedding preventative mechanisms in workplaces and society as a whole promises to strengthen anti-discrimination laws, fostering a culture of accountability and fairness.

4. Comparative Perspectives on Anti-Discrimination Law

Q6: How do approaches to anti-discrimination law differ between Western and East Central Europe, particularly in gender equality? How do historical, cultural, or political factors shape these differences?

Havelková: Anti-discrimination laws differ considerably between Western and East Central Europe due to historical, cultural, and socio-political factors. The Nordic countries, has integrated gender equality into the very fabric of its welfare and economic systems, focusing on both individual rights and social structures that support these rights. This includes provisions for extensive parental leave, universal childcare, and incentives for gender diversity in leadership. These countries generally adopt a proactive approach, aiming for substantive equality that addresses the root causes of gender inequality. Some previously more conservative countries, like Germany, have adopted this too, and it has served them well and improving gender equality.

In East Central Europe, however, anti-discrimination law is very much understood in terms of formal equality. Substantive equality measures – like indirect discrimination, shift of burden of proof, and positive action – are viewed with great suspicion, as something antithetical to equality.

Q7: What lessons can be drawn from Nordic countries, often seen as models of progressive gender policies, for other nations aiming to implement more effective gender equality measures?

Havelková: Transplanting social policies across cultural contexts proves challenging, particularly without local readiness and support. Effective policy adaptation requires a nuanced approach rather than uniform application. For instance, Nordic countries like Sweden and Norway have adopted radical feminist models regulating prostitution, viewing it as inherently oppressive. They criminalize buyers rather than providers, still using criminal law, but diverging from the historical approach of penalizing service providers, in other words, mostly women. Implementing it in East Central Europe would be challenging without extensive social infrastructure, such as requalification programs and support for individuals exiting prostitution. Also, it requires law enforcement to be understanding of vulnerable women, and brave to confront often powerful male buyers. I do not think we're there yet.

In contrast, policies around parental leave may translate more effectively across contexts. Sweden's shared parental leave model, incentivizing both parents to participate through financial support and loss of entitlement if unused, promotes equitable caregiving. The Czech Republic's model, by contrast, is long, low-paid and taken primarily by women, reinforcing gender disparities, as the long absence from the labour market impoverishes women. Research from France also indicates that early childcare socialization benefits children educationally. Germany illustrates how such Nordic-inspired models, adapted with

careful investment, can shift gender norms, boosting both women's labour participation and broader equality across varied social landscapes.

5. Intersectionality in Anti-Discrimination Law

Q8: As intersectionality gains importance in understanding inequality, how do you see it shaping contemporary anti-discrimination law, especially in addressing overlapping forms of marginalization?

Havelková: To me the question is whether intersectionality can be incorporated into anti-discrimination law without major structural changes. Sometimes it depends on the wording of statutes. But often it is about the courts' willingness to consider individuals' complex identities and context. Doctrinally, shifting the emphasis away from comparators and focusing on disadvantage or adverse treatment helps. European anti-discrimination law, in principle, permits this, depending on how it is implemented domestically.

However, intersectionality remains challenging, as courts often prioritize the most prominent basis of discrimination, addressing only one aspect of complex cases. For example, in India's *Vishakha* case, a group of men brutally raped and killed a social worker, woman, and Dalit. In that case, the Indian Supreme Court established protections against gender-based violence, but the caste aspect was largely overlooked, missing an opportunity to address intersectional harms. This challenge is also seen in the European Court of Human Rights (ECtHR), which may settle on one violation (e.g., Article 8—private and family life) without addressing discrimination (e.g., Article 14), leaving aside intersectional one. While this can simplify reaching a decision and writing a judgment, this approach risks overlooking key aspects of individuals' experiences.

To partially recognize intersectionality, the ECtHR assesses specific vulnerabilities of disadvantaged groups, scrutinizing actions more thoroughly when they impact these groups. Though not explicitly intersectional, this method allows courts to consider compounded disadvantages without significantly altering legal frameworks.

Q9: What are the main legal challenges in proving discrimination cases involving intersecting identities, and how might practitioners and courts address these to ensure more comprehensive protection?

Havelková: I think a big part of the problem lies in legal education, if it's very inward-focused. Many continental legal systems view law as an autonomous field, detached from social realities, which may suit routine cases but leaves practitioners underprepared for complex cases involving social, political, or philosophical issues.

Teaching feminism is valuable, but a similar effect can be achieved by fostering a critical, external perspective on the law – especially through socio-legal projects – an approach often rooted in feminist theory but accessible through other disciplines as well. Feminist legal critique has long emphasized a socio-legal, contextual view of law, teaching students

to analyse law within broader social dynamics. This perspective is crucial for developing a more nuanced understanding of law's role in society.

6. Gender and Economic Inequality in the Workplace

Q10: The persistence of the gender pay gap points to deep-rooted structural inequalities. What do you see as the primary causes, and how can legal mechanisms more effectively address both overt and subtle forms of economic inequality?

Havelková: The European Commission attributes the gender pay gap to several interconnected factors beyond explicit workplace discrimination. While legal measures, like equal pay laws and transparency policies, address some disparities, occupational segregation and unequal divisions of unpaid labour contribute significantly. Women remain concentrated in lower-paid, feminized sectors, while men dominate higher-paying fields. Without broader policy changes in family, social, and tax structures, workplace equality initiatives risk simply increasing women's workload without alleviating domestic responsibilities—a dynamic observed under state socialism, where women's employment rose without corresponding shifts in home labour. Achieving gender pay equity thus requires a holistic approach that spans family support, education in traditionally male-dominated fields, and societal shifts in expectations around unpaid care. Comprehensive gender equality, therefore, extends beyond pay laws and calls for systemic reform across multiple layers of policy to create truly balanced economic opportunities and responsibilities for both women and men.

Q11: How can anti-discrimination law be used to tackle entrenched issues like unpaid care work and occupational segregation that still hinder women's full workforce participation?

Havelková: Law and policy both play crucial roles in addressing gender equality, especially through initiatives like Sweden's parental leave model. This approach divides unpaid domestic work between men and women, encouraging both parents to participate in childcare and housework. Research from Sweden shows this policy has lasting impacts: it enables men to develop parenting skills and take on household responsibilities independently, laying a foundation for long-term equality in domestic roles.

Moreover, shared parental leave disrupts employers' biases against hiring or promoting women based on anticipated childcare obligations. When both parents are likely to take leave, the incentive to discriminate against women decreases, creating a more balanced labour market. This model can also reduce unpaid work by collectivizing some aspects, such as public provision of childcare and elder care. Germany, for instance, now sees access to childcare as a child's right, ensuring that families can depend on affordable early childcare support (although implementation varies somewhat).

Frankly, there are lots of things which can and will be automated in the future. But care is not one of them. More focus on, support for, and valuing of care – whether for children, the sick, or the elderly – will continue to be essential, . As societies age, demand for elder

care will rise, requiring thoughtful policies that support not only those receiving care but also caregivers themselves, recognizing the vital contributions they make to society.

7. The Impact of #MeToo and Social Movements on Gender Equality Law

Q12: How has the #MeToo movement influenced legal frameworks on gender-based violence in Europe, and what further changes are needed to address the systemic issues it exposed?

Havelková: The #MeToo movement encountered stronger, open opposition in East Central Europe compared to subtler, private resistance elsewhere. Yet, even in regions where the movement was not as expansive, its impact on social understanding was significant. A critical shift emerged as many men moved from viewing gender-based violence as rare, isolated incidents to recognizing it as a widespread reality affecting those close to them—partners, friends, and family. This realization fostered a cultural shift from automatic disbelief of victims to an assumption of credibility, fundamentally changing how many perceived the prevalence and nature of harassment.

And an equally important realization was that perpetrators are not some dark, lurking, twisted aggressors, but many men one knows. A prominent example is the ongoing *Pelicot* case in France, involving a woman who waived her anonymity after enduring prolonged abuse by her husband, who facilitated assaults by others. This case has resonated widely, challenging assumptions about perpetrators, who were often ordinary, seemingly respectable men. The case illustrates that, contrary to some narratives, violence is not confined to “deviant” individuals; it permeates everyday society, affecting women around us and perpetrated by familiar men.

Even without immediate legal reforms, this cultural shift has likely influenced the application of existing laws. Additionally, in many countries, the movement coincided with shifts towards consent-based legal definitions of rape, as promoted by the Istanbul Convention. This alignment has led to changes, even in places like the Czech Republic, where consent is now central to defining rape, replacing previous standards based solely on violence or threat.

8. The Role of Academia in Shaping Anti-Discrimination Law

Q13: How do you see the interplay between academic research and legal reform in advancing gender equality? Can you share instances where scholarship has directly shaped policy or rulings?

Havelková: It is an important question. Some colleagues (such as Jan Komárek and Tarunabh Khaitan) argue that academia should avoid activism, warning that directing interpreta-

tions to suit one's goals compromises scholarly rigor. I agree that as scholars with personal beliefs, we must strive for objectivity—acknowledging our perspectives while aiming for fair, thorough analysis.

Feminist critique has shown how neutrality can mask biases, but it does not reject the goal of objectivity; instead, it calls for awareness of positionality. While I hope my findings inform activism or legal reform, scholarship itself requires rigour and should not be reverse engineered from political aims; academic inquiry must maintain its integrity.

Q14: What role should legal academics play in shaping public discourse and policy on gender equality, and how can they bridge theory and practical reform for societal change?

Havelková: As an academic, I believe it is crucial to distinguish expert analysis from personal opinion. When speaking beyond my expertise, I clarify that I am sharing personal views, not research-backed insights. I aim to be clear about the basis of my statements—whether grounded in my studies or others' work—or, conversely, if they are informed but unsupported opinions. This self-discipline is vital, especially for public intellectuals, to maintain credibility and avoid leveraging academic authority for personal views unsupported by evidence, a standard not always upheld consistently across academia.

