EQUAL

RIVISTA DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

IN EVIDENZA:

- Editoriale
- La discriminazione algoritmica
- La Naspi dei lavoratori detenuti
- Differenziale di genere e discriminazioni indirette nel sistema italiano di sicurezza sociale
- Neutralità o disparità? L'insostenibile leggerezza del credere
- Digitalizzazione e imparzialità della pubblica amministrazione

n. 1 / 2024

Rivista bimestrale

Pacini Giuridica

www.dirittoantidiscriminatorio.it

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.pacinieditore.it • info@pacinieditore.it

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

Indice

Editoriale ..... » 3

Saggi

Marco Peruzzi, *La discriminazione algoritmica* ..... » 7

Francesca Malzani, *La Naspi dei lavoratori detenuti: una questione (di giustizia) ancora aperta* .. » 25

Valeria Filì, *Brevi riflessioni su differenziale di genere e discriminazioni indirette nel sistema italiano di sicurezza sociale* ..... » 45

Lucia Valente, *Il lavoro delle donne, ieri ed oggi. Dall'accesso al mercato del lavoro alla direttiva Ue sulla trasparenza salariale* ..... » 61

Giurisprudenza

Francesca Oliosi, *Neutralità o disparità? L'ultima pronuncia della Corte di Giustizia Europea e l'insostenibile leggerezza del credere* ..... » 71

[Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 28 novembre 2023, causa C-148/22]

Massimiliano De Falco, *Digitalizzazione e imparzialità della pubblica amministrazione* ..... » 89

[Tribunale Amministrativo Regionale Lazio, sez. seconda bis, 13 febbraio 2024, n. 2948]

Giovanna Zampieri, *Il lavoro* part-time *tra regime pattizio e ragioni di carattere tecnico, organizzativo e produttivo* ..... » 105

[Corte di Cassazione, ordinanza 30 ottobre 2023, n. 30093]

Dialogues

Alina Tryfonidou, *The new greek legislation opening marriage to same-sex couples: an analysis* .. » 117

Editoriale

Perché una nuova rivista giuridica dedicata al diritto antidiscriminatorio?

Immaginiamo che questa domanda possa legittimamente impegnare molti dei lettori di questo editoriale, se non altro considerata la proliferazione delle riviste scientifiche in ambito giuridico.

Del resto, anche noi abbiamo ragionato a lungo, ed esitato non meno, prima di deciderci a dare avvio alla nuova avventura editoriale di "*Equal - Rivista di Diritto Antidiscriminatorio*".

Che il diritto antidiscriminatorio fosse maturo per meritare un autonomo spazio di riflessione pareva già essere una risposta sufficiente. Perfino scontata, stante l'importanza che il tema ha progressivamente acquisito nel panorama degli studi giuridici.

Lo attesta la dimensione multilivello della regolazione posta a presidio della materia. Se, con riferimento almeno alle vicende domestiche, l'art. 3 della Costituzione resta norma cardine imprescindibile, è innegabile che, nel corso del tempo, è stata proprio l'impressionante evoluzione registrata nella dimensione sovranazionale a garantire al diritto antidiscriminatorio una sorta di "salto di specie" – non nell'accezione fortemente negativa propria dell'epidemiologia ovviamente, anche se *spillover* e *spillback* ricorrono pure nella dinamica giuridica – tale da veicolare l'acquisizione di una piena autonomia, quantomeno scientifica, se non ancora disciplinare.

Dalla Dichiarazione ILO di Filadelfia del 1944 fino alle più recenti strategie relative ai *core labour standards*, da un lato, e al *decent work*, dall'altro, l'interprete può agevolmente misurare tanto la continuità logica ed ideale, quanto lo scarto imponente in termini di centralità sistematica del diritto antidiscriminatorio.

E il medesimo avanzamento progressivo si registra anche in ambito UE, analizzando il percorso che dall'art. 119 del Trattato di Roma del 1957 ha prodotto la nascita e lo sviluppo del diritto antidiscriminatorio eurounitario, dapprima concentrato sul genere e successivamente, grazie al Trattato di Amsterdam, aperto a tutti gli altri fattori di discriminazione. In un crescendo regolativo che, dall'art. 14 CEDU, all'art. 2 del Tratt. UE, all'art. 19 Tratt. FUE, fino all'art. 21 della Carta di Nizza, non ammette dubbi circa la caratura fondamentale ed immediatamente azionabile del diritto personale a non essere discriminati, laddove sono

state le c.d. "direttive di seconda generazione" di inizio nuovo secolo a imprimere l'accelerazione a oggi forse più significativa.
Ma la complessità raggiunta dall'ambito oggetto dell'analisi giuridica non si riflette automaticamente, verrebbe da dire pavlovianamente, anche nella maturità del dibattito che ne consegue.
Ed è proprio con riguardo alla necessità di non dare per scontata la dimensione metodologica che è ci stato possibile rinvenire una ragione ulteriore per avviare questa iniziativa.
Rileviamo, infatti, come il diritto antidiscriminatorio si trovi al bivio fra due direttrici prospettiche che, al fondo, animano da sempre la nostra materia e che, non a caso, convivono anche all'interno degli organi di "governo" di questa *Rivista*.
Da un lato, la lettura attenta a restituire l'uguaglianza e ricomporre l'equilibrio violato tra i contraenti, giusta la vocazione del diritto antidiscriminatorio essenzialmente prevenzionale o ripristinatoria rispetto al bene della vita minacciato dall'illecito discriminatorio. Che poi il più delle volte è la dignità stessa della persona, con tutto ciò che ne consegue in termini di collocazione assiologica costituzionale.
Dall'altro lato, la visione che, senza negare la valenza positiva della impostazione riparatoria cui si è appena fatto cenno, non si accontenta di quella, e immagina il diritto antidiscriminatorio piuttosto come motore di un diritto nuovo, carburante per una nuova giurisprudenza, in grado di indurre nell'ordinamento e, dunque, al fondo nella stessa società, l'evoluzione attesa verso una dimensione di maggiore inclusività ed equità.
La ragione ultima di una rivista dedicata esclusivamente al diritto antidiscriminatorio risiede allora nella necessità storica di costituire un luogo di incontro, discussione, dibattito fra queste diverse sensibilità giuridiche che animano e sempre animeranno la materia.
Nella convinzione, radicata in chi oggi inaugura questo nuovo spazio di riflessione, che il diritto antidiscriminatorio possa realmente rappresentare uno strumento efficace per concorrere alla edificazione di una società più giusta, ma che un simile risultato potrà essere conseguito soltanto rifuggendo ogni tentazione di usare il diritto antidiscriminatorio come una sorta di scorciatoia argomentativa semplificante o, peggio, degradandolo a grimaldello ideologico.
Di qui l'esigenza di richiamarci, anzitutto, al metodo giuridico quale denominatore comune e perciò criterio unico di selezione all'ingresso per gli aspiranti autori e per le loro pubblicazioni.
Perché l'ambizione è quella di contribuire così a innalzare il livello del dibattito scientifico sui diversi snodi tematici della materia, a partire dalla elaborazione di concetti utili a definire i fattori di rischio, alla costruzione rigorosa del giudizio di discriminazione come giudizio comparativo e di valore, per arrivare ai difficili bilanciamenti tra effettività della tutela e accessibilità della prova, o tra controllo motivazionale e tutela della libertà di scelta imprenditoriale. Senza dimenticare la questione cruciale delle tutele esperibili, al cospetto di un ventaglio dei rimedi che va ormai ben oltre il binomio tutela reale-tutela risarcitoria e si spinge fino ad abbracciare il concetto di inibitoria positiva.
Tutto questo in una dimensione necessariamente multidisciplinare, che sappia cioè valorizzare – come pensiamo dimostrino taluni dei contributi in questo numero – anche gli

apporti delle scienze non giuridiche. Non solo di quelle economiche e sociologiche, la cui frequentazione è da tempo acquisita, ma anche di quelle statistiche, informatiche o demografiche per esempio, che sono destinate a giocare un ruolo sempre più decisivo per il lavoro del giurista, rispettivamente in ambito processuale, nel confronto con le discriminazioni algoritmiche, o per la comprensione delle distorsioni nel mercato del lavoro.
Senza perdere di vista il dibattito che sta animando il diritto civile o comune, oggi alle prese con il fenomeno, per certi versi inedito in quel contesto, delle discriminazioni negoziali, per i profili di incidenza distorsiva sulle dinamiche contrattuali e l'influenza nell'esercizio dei poteri di autonomia privata.
Ancorché, quel dibattito paia muoversi ancora in una prospettiva inappagante perché troppo spesso tutta e solo mercatista, capace cioè di analizzare la discriminazione solo come fallimento del mercato perfetto, inquinato e sbriciolato in sotto-mercati. Laddove il diritto del lavoro è invece propenso a registrare la centralità della persona, nella consapevolezza che dietro un caso di discriminazione sul lavoro c'è comunque, anzitutto, una vicenda umana immersa nella asimmetria dei poteri negoziali, soggetta da principio il più delle volte a un vero e proprio contratto imposto.
Ma, a ben vedere, il diritto antidiscriminatorio, materia transtipica per vocazione, si candida a esercitare una specifica funzione per così dire "egualitaria" e compensativa anche nel mercato del lavoro italiano, visibilmente dilaniato da vecchie e nuove differenziazioni di trattamento, per effetto della parcellizzazione contrattuale indotta dai processi di globalizzazione economica. Processi che hanno accentuato la componente relativa di contratti di lavoro "*non standard*", e così gradualmente marginalizzato il prototipo del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, che storicamente proprio quella funzione livellatrice ha saputo svolgere, specie come canale di accesso paritario alle tutele collettive e previdenziali.
Allo stesso tempo, questa *Rivista* intende monitorare l'applicazione degli strumenti che il legislatore ha nel tempo introdotto per rendere effettive le pari opportunità nella dimensione quotidiana di lavoratrici e lavoratori.
A partire dagli organismi di parità rappresentati essenzialmente dalle Consigliere e dai Consiglieri di Parità e dalle loro reti, la cui attuale "crisi" fotografa fedelmente uno squilibrio sempre più marcato tra l'ampliamento costante delle competenze, da ultimo anche in materia di certificazione della parità di genere, e il puntuale ridimensionamento delle dotazioni di risorse strumentali.
Tenendo conto che, anche su questo fronte, il quadro normativo si annuncia in rapida evoluzione, per l'imminente approvazione delle due direttive relative ai c.d. "*equality bodies*", che costringeranno il Parlamento italiano a riprendere il discorso dal versante, questa volta, dell'effettività della tutela, ben al di là della questione di genere.
Per quanto riguarda le caratteristiche editoriali, "*Equal - Rivista di Diritto Antidiscriminatorio*", adotta un formato digitale *open access* con periodicità bimestrale, formula che crediamo meglio garantisca tempestività e diffusione all'interno della comunità scientifica e degli operatori del diritto. I contributi, pur collocati e indicizzati in distinti numeri perio-

dici, verranno pubblicati *in progress* per amplificare le possibilità di dibattito scientifico. Annualmente verrà redatto un indice complessivo con collegamenti ipertestuali.
Strutturalmente la *Rivista* si compone di tre sezioni. Una *prima sezione* destinata ai contributi di dottrina che affrontano le novità normative e gli sviluppi giurisprudenziali, approfondendo le questioni più rilevanti e ospitando *literature review* ragionate sui temi di maggior interesse. La *seconda sezione* accoglie commenti alla giurisprudenza delle Corti nazionali e sovranazionali, nonché itinerari di giurisprudenza. La *terza sezione*, intitolata ai *Dialogues*, è dedicata al confronto internazionale e ospita contributi selezionati redatti in lingua prevalentemente inglese o francese, elaborati da studiose e studiosi straniere/i.
Tutti i contributi, sollecitati dagli organi della *Rivista* o proposti in autocandidatura, sono accompagnati da una sinossi, in lingua italiana e inglese. I contributi delle sezioni prima e seconda sono soggetti a referaggio anonimo, mentre gli scritti delle autrici e degli autori straniere/i sono valutati dal Comitato di Direzione e dal Comitato Scientifico e composti dalla Redazione.
La *Rivista* è digitalmente associata al pre-esistente sito web *EQUAL - www.dirittoantidiscriminatorio.it*, che, sin dal 2008, svolge una intensa attività di disseminazione dei temi e della cultura del diritto antidiscriminatorio.
Ma è necessario avvertire il lettore che, sebbene tutti i numeri editi siano rinvenibili dal portale *EQUAL - www.dirittoantidiscriminatorio.it*, dove i contributi raccolti saranno agevolmente reperibili per il tramite della funzione di ricerca, i più ampli contenuti di quel sito non fanno parte della *Rivista*, che pertanto non ne risponde.
Al Comitato Scientifico, al Comitato di Referaggio e alla Redazione vanno i nostri più sinceri ringraziamenti, per aver accolto questa proposta editoriale con entusiasmo e abnegazione, supportandone i primi passi con riconoscibile passione e costante sostegno.
Al Dipartimento di Scienze Giuridiche "Livio Paladin" dell'Università degli Studi di Udine vanno, infine, i nostri ringraziamenti per l'assolvimento degli impegni burocratici con intelligente generosità.

Padova, Roma, Trento, Udine, 20 maggio 2024

Il Comitato di Direzione

La discriminazione algoritmica

Algorithmic discrimination

Marco Peruzzi
Associato di Diritto del Lavoro nell'Università di Verona

Sommario: 1. Premessa. – 2. La discriminazione algoritmica e la risposta regolativa Ue alle sfide dell'IA. – 2.1. Ruolo del GDPR e rilevanza del raccordo con l'*AI Act*. – 2.2. Discriminazioni e processi automatizzati: le specifiche garanzie previste nella proposta di direttiva in materia di lavoro su piattaforma digitale. – 3. La tutela contro la discriminazione algoritmica: riflessioni a partire dalla dir. Ue 2023/970... – 4. … e guardando oltreoceano.

Sinossi: Il saggio cerca di individuare, *de iure condito* e *condendo*, il quadro normativo a tutela del lavoratore rispetto al rischio di discriminazione derivante dall'uso datoriale di sistemi di IA. Particolare attenzione è dedicata ad alcune fonti in via di adozione a livello Ue, segnatamente l'*AI Act* e la direttiva in materia di lavoro su piattaforma digitale, e alla necessità di considerare, in termini di reciproco raccordo, una pluralità di fonti, anche di matrice non lavoristica, quale anzitutto il GDPR. Alcune prospettive di possibile evoluzione del sistema di garanzie sono formulate analizzando il modello regolativo previsto dalla direttiva in materia di trasparenza retributiva. Spunti di riflessione sono tratti altresì osservando il modello di contrasto alla discriminazione algoritmica utilizzato dalla *New York City Local Law 144/2021*.

Abstract: *The essay aims at identifying, de iure condito and condendo, the legal framework protecting the employee against the risk of discrimination arising from the employer's use of AI systems. Particular attention is given to some sources being adopted at the European level, namely the AI Act and the Platform Work Directive, and to the need to consider, also in terms of mutual connection, a plurality of sources, such as the GDPR. Some perspectives on the possible evolution of the system of guarantees are drawn by analysing the regulatory instruments laid down in Directive 2023/970 on pay transparency. Food for thought is also drawn by looking at the algorithmic anti-discrimination model used by New York City Local Law 144/2021.*

Parole-chiave: Discriminazione – Algoritmo – Intelligenza artificiale – Approccio basato sul rischio – Trasparenza – Sorveglianza umana – Trattamento dei dati personali – Lavoro su piattaforma digitale
Key-words: Discrimination – Algorithm – Artificial intelligence – Risk-based approach- transparency – Human oversight – Processing of personal data – Platform work

1. Premessa

Per articolare una riflessione sul tema della discriminazione algoritmica, è necessario partire da una considerazione: l'elemento dell'intenzionalità è irrilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie illecita, la nozione di discriminazione prevista dalle fonti di matrice Ue è oggettiva. Per nulla incide, quindi, sulla sua configurazione il fatto che la regola sia consegnata da un sistema algoritmico, «cieco» e «incosciente». A rilevare è l'effetto che l'applicazione e l'operatività di tale regola determina.

Ancora, nessuna garanzia contro il rischio di discriminazione è fornita dal «crisma» della «neutralità» attribuito all'azione automatizzata, governata da algoritmi e/o sistemi di IA[1]: come ci insegna il diritto antidiscriminatorio indicando gli elementi costitutivi della discriminazione indiretta, anche una sequenza di istruzioni ad applicazione generalizzata e «apparentemente neutra», ossia priva di riferimenti a un fattore di rischio, può integrare una fattispecie illecita a fronte dell'impatto differenziato che determina o può determinare a detrimento dei portatori di un fattore di rischio. È questa l'ipotesi che si è verificata nei più noti casi di discriminazione algoritmica conosciuti a livello di ordinamento italiano, ossia quelli degli algoritmi utilizzati da Deliveroo e da Foodinho per la profilazione e il *ranking* dei propri *rider,* nonché la conseguente organizzazione del sistema di prenotazione degli *slot* di lavoro. Come affermato rispettivamente dai Tribunali di Bologna e di Palermo[2], l'incoscienza della macchina e l'applicazione indifferenziata dei parametri di valutazione non escludono l'accertamento della discriminazione, proprio per il particolare svantaggio che tali parametri implicano nei confronti dei portatori di determinati fattori di rischio, quali anzitutto – in questi casi – l'affiliazione sindacale, la religione e la disabilità.

Una discriminazione algoritmica può, d'altra parte, verificarsi a valle di un processo automatizzato molto differente da quello poc'anzi descritto. Si pensi, per richiamare il più celebre esempio, al caso Amazon: il sistema di IA utilizzato per il *ranking* dei candidati a posizioni di sviluppatori di *software* era stato addestrato sulla base dei curricula ricevuti dall'azienda negli ultimi dieci anni in modo che "imparasse" i parametri per individuare i soggetti "statisticamente migliori". Di conseguenza aveva posizionato ai primi posti della classifica soltanto uomini.

Il caso Amazon, messo a confronto con quelli menzionati di Deliveroo e Foodinho, evidenzia come le forme di discriminazione che si possono configurare nei processi algoritmici sono molteplici e questo dipende anzitutto dalla diversa tipologia di algoritmo utilizzato. In altre parole, quando si parla di discriminazione algoritmica, è necessario tenere in considerazione che non tutti gli algoritmi sono uguali.

[1] Abriani, Schneider, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, Bologna, 2021, 45.

[2] Trib. Bologna, 31 dicembre 2020, in *RIDL* 2021, II, 188 con nota di Gaudio; Trib. Palermo, 17 novembre 2023.

Nei casi Deliveroo e Foodinho, l'algoritmo è *logic-based*, quindi è costituito o comunque muove da una sequenza di regole di inferenza logica scritte in sede di programmazione: per quanto complesso e articolato sia il processo computazionale nel calcolo e nella ponderazione dei diversi e numerosi parametri implicati[3], il sistema rimane di carattere deterministico (ossia, a parità di dati d'ingresso, può condurre a un solo possibile percorso e a un solo possibile risultato), opera sulla base di istruzioni e rapporti di condizionalità (*if/then*) precodificati, nonché entro i confini della rappresentazione formale della conoscenza fornita. La discriminazione qui si può annidare nella regola tradotta in linguaggio di programmazione: fondamentalmente, lo scenario non è così distante da quello che si potrebbe configurare alla previsione e applicazione di un regolamento aziendale che riduce l'ammontare del premio di produttività in proporzione alle assenze, senza distinguerle in base alle ragioni che le giustificano; ovvero che fissa il medesimo periodo di comporto per lavoratori disabili e non. La particolarità risiede nella digitalizzazione della regola all'interno di un algoritmo e nella costruzione di un processo decisionale automatizzato a partire dalla sua esecuzione.

Diverso è il caso Amazon, dove a essere utilizzato è un algoritmo di *machine learning*: i rapporti di condizionalità lasciano il posto a rapporti di correlazione, la consequenzialità logica lascia il posto alla statistica e si passa dal ragionamento automatico degli algoritmi deterministici a un apprendimento automatico, più o meno profondo a seconda dell'utilizzo di reti neurali e dei livelli di stratificazione delle stesse. Qui la macchina non dispone di un modello di relazioni logiche precodificato per estrarre e ottimizzare l'*output*: è l'obiettivo del sistema elaborarne uno, individuandone e ottimizzandone i parametri a partire da un ampio serbatoio di dati. É quindi la qualità dei dati di *training* utilizzati in sede di addestramento, nonché dei dati di *input* in caso di adattabilità e apprendimento continuo della macchina, a incidere non solo sul livello di accuratezza dell'*output* (quindi di funzionalità ed efficienza del processo rispetto all'obiettivo) ma anche sul rischio di *bias*, di distorsioni, di discriminazione. Si può configurare tanto la possibilità che i dati che addestrano l'algoritmo siano intrisi di pregiudizi e pertanto "insegnino" alla macchina a riprodurre una regola discriminatoria (come nel caso Amazon, il *dataset* registra per una determinata posizione una percentuale minima di donne e il sistema "impara" che per tale posizione è meglio scegliere un uomo)[4], quanto la possibilità che le correlazioni (anche imprevedibili) che l'algoritmo di *machine learning* individua all'interno dei *dataset* consegnati nascondano degli impatti discriminatori. A tal ultimo riguardo, la letteratura riporta gli esempi di un algoritmo che associ una maggior capacità di programmazione informatica alla frequentazione di un determinato *website* di manga giapponesi, con conseguente

[3] Lo dimostra Trib. Torino, 5 agosto 2023, in *RGL*, 2023, II, 416, con nota di Donini laddove affronta il problema della trasparenza dell'algoritmo utilizzato da Foodinho.

[4] Parla al riguardo di «algoritmo "specchio"» Lo Faro, *Algorithmic Decision Making e gestione dei rapporti di lavoro: cosa abbiamo imparato dalle piattaforme*, in *federalismi.it*, 2022, 25, 189 ss.

selezione di candidati prevalentemente maschi; o di un algoritmo che correli l'acquisto di *e-book* con una migliore performance lavorativa andando a escludere o penalizzare candidati o lavoratori ipovedenti [5].
Ferma l'applicabilità della strumentazione giuridica fornita dal diritto antidiscriminatorio – dalle definizioni al sistema di eccezioni e cause di giustificazione, fino al regime probatorio speciale – la determinazione algoritmica della fattispecie richiede di verificare quanto il modello regolativo che si sta configurando in risposta alle sfide dell'intelligenza artificiale (IA) possa essere funzionale all'applicazione e all'effettività della tutela contro il rischio di discriminazione. Proprio tale profilo costituirà l'oggetto dell'analisi che si intende sviluppare.

2. La discriminazione algoritmica e la risposta regolativa Ue alle sfide dell'IA

Ragionare di (ri)costruzione delle tutele del lavoratore di fronte all'utilizzo datoriale di sistemi algoritmici significa, da un lato, comprendere le scelte di metodo e di contenuto che connotano la risposta regolativa Ue alle sfide dell'IA, dall'altro, verificare come si integrino e si saldino lungo i meridiani di tali scelte i diversi plessi regolativi coinvolti, siano essi di matrice lavoristica o meno. Questo secondo passaggio è tanto più necessario se si considera il carattere orizzontale del Regolamento sull'IA (c.d. *AI Act*, di prossima adozione) [6], dichiaratamente volto a stabilire un livello minimo e complementare di garanzie, ossia a integrare le altre fonti Ue e/o interne, senza pregiudicarne l'applicazione (v. *infra*)[7].
Rinviando ad altra sede un'analisi più esaustiva di tali profili[8], basti qui evidenziare come in tema di IA i diversi livelli di azione, euro-unitari e internazionali, condividano alcune scelte di fondo, metodologiche e di contenuto, in particolare un approccio basato sul ri-

[5] Peck, *They're watching you at work*, in *theatlantic.com*, dicembre 2013; King, Mrkonich, *"Big Data" and the Risk of Employment Discrimination*, in *Oklahoma Law Review*, 2016, 3, 557 ss.; Dagnino, People Analytics*: lavoro e tutele al tempo del management tramite* big data, in *Labour & Law Issues*, 2017, 1, I.1 ss.

[6] Cfr. Adinolfi, *L'intelligenza artificiale tra rischi di violazione dei diritti fondamentali e sostegno della loro promozione: considerazioni sulla (difficile) costruzione di un quadro normativo dell'Unione*, in Pajno, Donati, Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? Diritti fondamentali, dati personali e regolazione*, vol. I, Bologna, 2022, 127 ss.

[7] Nella prospettiva lavoristica, può richiamarsi, a tal ultimo riguardo, il Cons. 9, ove si afferma che non deve essere intaccata la protezione dei lavoratori a livello Ue e nazionale, né la possibilità di esercitare il diritto di concludere e applicare contratti collettivi o di intraprendere azioni collettive. Soprattutto è importante segnalare l'art. 2, par. 11, secondo cui quanto disposto dal Regolamento funge da livello minimo di tutela e non impedisce agli Stati membri o all'Unione di mantenere o introdurre leggi, regolamenti o disposizioni amministrative più favorevoli ai lavoratori in termini di protezione dei loro diritti in relazione all'uso dei sistemi di IA da parte dei datori di lavoro, o di incoraggiare o consentire l'applicazione di contratti collettivi più favorevoli.

[8] Si consenta il rinvio a Peruzzi, *Intelligenza artificiale e lavoro: l'impatto dell'AI Act nella ricostruzione del sistema regolativo Ue di tutela*, in Biasi (a cura di), *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale*, Milano, 2024 (in corso di pubblicazione).

schio e l'individuazione, quali garanzie imprescindibili di una prospettiva antropocentrica, della trasparenza e supervisione umana.
Sono scelte che trovano specifica declinazione nell'*AI Act*[9].
In tale quadro di regole, il fornitore di un sistema di IA è gravato, prima, dall'obbligo di verificare se il sistema debba essere classificato come "ad alto rischio"[10], quindi, in tal caso[11], dall'obbligo di mappare e valutare i rischi e di predisporre un sistema di misure per la loro gestione (art. 9). Trattasi, in particolare, dei rischi noti e ragionevolmente prevedibili in condizioni di corretto utilizzo del sistema ovvero di quelli che potrebbero emergere in caso di un suo uso improprio ragionevolmente prevedibile. Rispetto alla qualità dei dati di addestramento, convalida e prova, al fornitore si richiede di adottare adeguate pratiche di *governance* e gestione, che comprendano, tra gli altri, un esame atto a valutare i possibili *bias* (molto rilevanti, come visto, nell'ottica antidiscriminatoria, soprattutto in caso di *machine learning*), nonché misure volte a localizzarli, prevenirli e mitigarli (art. 10). Si prevede segnatamente che tali pratiche riguardino «un esame atto a valutare le possibili distorsioni suscettibili di incidere sulla salute e sulla sicurezza delle persone, di avere un impatto negativo sui diritti fondamentali o di comportare discriminazioni vietate dal diritto dell'Unione, specie laddove gli *output* di dati influenzano gli *input* per operazioni future» (art. 10, par. 2, lett. f) e «le misure adeguate per individuare, prevenire e attenuare le possibili distorsioni individuate» (art. 10, par. 2, lett. g). Al riguardo, è interessante segnalare che l'art. 10, par. 5, dell'*AI Act*, autorizza «eccezionalmente» (nonché a determinate condizioni) i fornitori a trattare categorie particolari di dati di cui all'art. 9 GDPR nella misura in cui sia strettamente necessario per garantire il rilevamento e la correzione delle distorsioni.
Il fornitore ha, quindi, l'obbligo di istituire un sistema di gestione della qualità a garanzia della *compliance* con il Regolamento (art. 17), comprensivo dei sopraccitati sistemi di gestione dei rischi e dei dati.

[9] Cfr. Loi, *Il rischio proporzionato nella proposta di regolamento sull'IA e i suoi effetti nel rapporto di lavoro*, in *federalismi.it* 2023, 29, 171 ss.; Barbera, *"La nave deve navigare". Rischio e responsabilità al tempo dell'impresa digitale*, in *Labour & Law Issues*, 2023, 2, 1 ss.; Alaimo, *Il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale: dalla proposta della Commissione al testo approvato dal Parlamento. Ha ancora senso il pensiero pessimistico?*, in *federalismi.it*, 2023, 25.

[10] La classificazione del sistema come "ad alto rischio" non deriva soltanto dalla sua inclusione all'interno di un determinato elenco di aree critiche e casi d'uso, ma anche da una valutazione effettuata dal fornitore circa la sussistenza di un effettivo rischio significativo di danno alla salute, alla sicurezza o ai diritti fondamentali (art. 6, par. 3). Ai fini dell'analisi che si intende qui sviluppare, è importante evidenziare che i sistemi utilizzati nel campo dell'occupazione, della gestione dei lavoratori e dell'accesso al lavoro autonomo (punto 4, Allegato III) sono inclusi nell'elenco delle aree critiche. Come detto, detti sistemi devono comunque essere sottoposti alla valutazione di rischio effettivo da parte del fornitore. Ai sensi del Regolamento, tuttavia, un sistema di AI deve essere sempre considerato ad alto rischio laddove effettui una profilazione di persone fisiche (art. 6, par. 3) e questo è molto probabile che si verifichi in caso di utilizzo di processi automatizzati di monitoraggio o decisionali sul lavoro. Può ritenersi, quindi, tendenzialmente da escludere una classificazione come "a basso rischio" dei sistemi destinati a essere utilizzati nell'esercizio di poteri datoriali e nei confronti dei lavoratori.

[11] Specifici obblighi di trasparenza, a carico del fornitore o del *deployer*, sono stabiliti - a prescindere dalla qualificazione ad alto rischio e, in tal caso, senza pregiudizio per i relativi requisiti – per i sistemi destinati a interagire direttamente con persone fisiche e per quelli a carattere generativo, compresi i sistemi di IA per finalità generali (*general purpose AI* – GPAI), a tutela di chi sia esposto ai c.d. *deep fakes* (Capo IV, Art. 50).

In tale prospettiva, può essere utile richiamare la linea di lettura che qualifica l'assenza di blocchi contro deviazioni discriminatorie come difetto del prodotto ai fini della *product liability*[12], ma anche l'avvertimento di chi ritiene che interventi di progettazione finalizzati a escludere formalmente la rilevanza dei fattori di rischio potrebbero poi paradossalmente andare a depotenziare la prova del nesso di causalità tra il trattamento subito e il fattore di rischio stesso[13].

A interessare la prospettiva lavoristica nel quadro dell'*AI Act* è, tuttavia, soprattutto la figura del *deployer*, posto che tale sarà, in tale contesto normativo, la qualificazione assunta da un datore di lavoro che faccia uso di sistemi di IA. Proprio grazie alle informazioni ricevute dal fornitore, egli deve essere messo nelle condizioni di comprendere la logica di funzionamento del sistema nonché di interpretare e spiegare gli *outcome* che consegna[14]. Vari sono gli elementi di cui deve essere messo a conoscenza: il livello di accuratezza, comprese le metriche, robustezza e cybersicurezza del sistema; qualsiasi circostanza conosciuta o prevedibile che possa comportare rischi per la salute e la sicurezza o per i diritti fondamentali; ove opportuno le prestazioni del sistema per quanto riguarda le persone o i gruppi di persone specifici sui quali il sistema è destinato a essere utilizzato; le specifiche dei dati di ingresso o qualsiasi altra informazione pertinente in termini di serie di dati di formazione, convalida e prova utilizzati (art. 13).

In linea generale, il *deployer* è obbligato ad attuare le misure di sorveglianza umana indicate dal fornitore nelle istruzioni per l'uso[15] (art. 26) ed è soggetto, a sua volta, a un obbligo di valutazione dell'impatto del sistema sui diritti fondamentali (art. 27). Quest'ultimo

[12] Ruffolo osserva, in particolare, che tra i difetti del prodotto può essere ricompresa «la mancata introduzione *by design*, nella componente algoritmo di autoapprendimento, di un codice macchina con "blocchi" idonei a inibire le future deviazioni della IA (ivi compresa la "discriminazione algoritmica")» e a fissare delle «soglie di comportamento invalicabili» (*Artificial intelligence e responsabilità. «Persona elettronica» e teoria dell'illecito*, in Pajno, Donati, Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? Amministrazione, responsabilità, giurisdizione*, vol. II, Bologna, 2022, 247). Come si legge nella relazione di accompagnamento alla proposta di direttiva volta ad aggiornare la normativa Ue sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, «la proposta di direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi garantirà che, in caso di sistemi di IA difettosi che provocano danni fisici o patrimoniali o la perdita di dati, sia possibile chiedere il risarcimento al fornitore del sistema di IA o a un fabbricante che integri un sistema di IA in un altro prodotto» (Bruxelles, 28.9.2022 COM(2022) 495 final, par. 1.1).

[13] Giacomelli, *Big brother is «gendering» you. Il diritto antidiscriminatorio alla prova dell'intelligenza artificiale: quale tutela per il corpo digitale?*, in *BioLaw Journal – Rivista di Bio Diritto*, 2019, 269 ss.; Agrawal Gans, Goldfarb, *Macchine predittive*, Milano, 2018.

[14] Cfr. Ciucciovino, *La disciplina nazionale sulla utilizzazione della intelligenza artificiale nel rapporto di lavoro*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2024, n. 1, 1 ss. L'Autrice evidenzia, in particolare, come in tal senso l'*AI Act* rafforzi una prospettiva di controllo *ex post*, basata sulla «spiegabilità degli effetti e dell'impatto (cioè sul "*cosa fa*" la IA, anziché sul "*come fa*")» (15).

[15] Le misure di supervisione umana sono finalizzate a prevenire o ridurre al minimo i rischi che possono emergere quando il sistema viene utilizzato in conformità allo scopo previsto o in condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibili. Ai sensi dell'art. 26, il *deployer* ha discrezionalità nell'organizzazione delle proprie risorse ai fini dell'implementazione di tali misure, ma deve assegnare i relativi compiti a persone sufficientemente competenti. Come evidenzia Ciucciovino, il concetto «di sottoposizione alla sorveglianza umana e quello di integrale automatizzazione […] non sono sovrapponibili. Il primo è riferibile al controllo sulla sicurezza del funzionamento del sistema, dal punto di vista della sua coerenza e compatibilità con i principi di tutela e con i limiti posti all'impiego dell'IA», mentre il secondo «al modo con cui avviene l'incorporazione dell'*output* algoritmico nell'atto decisionale» di chi utilizza il sistema (op. cit., 16-17).

obbligo, proposto dal Parlamento, è stato invero circoscritto, nell'accordo interistituzionale raggiunto, agli organismi di diritto pubblico o agli operatori privati che forniscono servizi pubblici, come ospedali, scuole, banche e compagnie di assicurazione, ciò suggerendo un'attenzione specifica ai diritti fondamentali dell'utenza. Pare significativo tuttavia segnalare come, al di là di questa delimitazione dell'obbligo di valutazione di impatto, tutti i *deployer* di sistemi ad alto rischio siano chiamati a garantire che i dati di *input* siano pertinenti e sufficientemente rappresentativi, nella misura in cui esercitano il controllo sugli stessi (art. 26, par. 4), ma soprattutto a monitorare il funzionamento del sistema e a sospenderne l'utilizzo, con informazione al fornitore o distributore e all'organismo di vigilanza nazionale, laddove abbiano ragione di ritenere che l'uso, pur conforme alle istruzioni ricevute, possa determinare un rischio per la salute e sicurezza e i diritti fondamentali (art. 26, par. 5).
Le disposizioni che regolano la sorveglianza umana e l'obbligo, pur circoscritto, di valutazione d'impatto confermano la natura orizzontale del Regolamento.
Le prime chiariscono che l'obbligo di utilizzare il sistema in conformità alle istruzioni d'uso e alle misure di sorveglianza umana indicate dal fornitore non pregiudica gli obblighi che gravano sul *deployer* ai sensi di altre fonti Ue o interne (art. 26, par. 3); anzi, l'art. 26, par. 9, specifica che il *deployer* utilizza le informazioni ricevute dal fornitore per adempiere all'obbligo di valutazione d'impatto sulla protezione dei dati personali (DPIA) previsto dal GDPR. Sulla medesima linea di raccordo, l'art. 27, par. 4 stabilisce che se uno qualsiasi degli obblighi ivi previsti è già rispettato a seguito della DPIA, la valutazione d'impatto sui diritti fondamentali integra la valutazione condotta a norma del GDPR. Del resto, come spiega il cons. n. 9, il Regolamento mira a rafforzare l'efficacia dei diritti e dei rimedi esistenti, introducendo requisiti, vincoli e garanzie che possono svolgere un ruolo funzionale, facilitante e abilitante. Per quanto riguarda la protezione dei lavoratori, il riferimento è anzitutto alle disposizioni del GDPR, alla legislazione in materia di salute e sicurezza e al diritto antidiscriminatorio.

2.1. Ruolo del GDPR e rilevanza del raccordo con l'*AI Act*

La sinergia e l'importanza del raccordo tra l'*AI Act* e le altre fonti Ue o interne, evidenziata nel paragrafo precedente, si coglie, anzitutto, con riguardo alla disciplina in materia di protezione dei dati personali, soprattutto con riguardo agli obblighi di proceduralizzazione *ex ante* previsti in tale quadro di regole. Centrale risulta, in particolare, nella prospettiva d'analisi che ci occupa, la funzione della DPIA in termini di verifica e prevenzione della lesione dei diritti fondamentali, tra cui quello di non discriminazione, derivanti dal trattamento (anche automatizzato) dei dati personali.
Si può segnalare, al riguardo, come il rischio di discriminazione sia individuato, nelle linee guida adottate a livello europeo, tra gli elementi che consentono di qualificare in termini di significatività l'impatto di un trattamento automatizzato e come le stesse linee guida, soprattutto nel contesto di applicazione dell'art. 22 del GDPR in tema di processi decisionali integralmente automatizzati, collochino, tra le garanzie da adottare, anche procedure e misure adeguate per prevenire discriminazioni sulla base di categorie particolari di dati

(ferma l'inutilizzabilità di tali dati nell'ambito dei processi di cui all'art. 22, se non laddove siano integrate le stringenti condizioni indicate nel paragrafo 4)[16].
Si rinvia ad altra sede una più compiuta analisi del ruolo del GDPR nella ricostruzione delle garanzie del lavoratore di fronte all'uso datoriale di sistemi algoritmici.
Si può qui brevemente sottolineare come l'obbligo di effettuare una DPIA ai sensi dell'art. 35 GDPR sia inevitabile se il datore di lavoro utilizza sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati[17]. La DPIA richiede al titolare del trattamento non solo di adottare tutte le misure necessarie per assicurare e dimostrare la conformità ai principi del GDPR, compreso il principio di trasparenza: richiede anche di valutare, mitigare e gestire i rischi per *tutti* i diritti e le libertà degli interessati. Il doppio passaggio è di cruciale rilevanza: se è vero, infatti, che la *compliance* al principio di trasparenza impone già di modulare il contenuto delle protezioni in rapporto alle caratteristiche specifiche del trattamento, le misure da adottare devono rispondere altresì a una più ampia e ancor più pregnante esigenza di tutela, tra cui rientra quella del diritto alla dignità delle persone coinvolte[18]. All'esito di una valutazione d'impatto, al datore potrebbe essere richiesto, quindi, di adottare misure di trasparenza ovvero di sorveglianza e riesame umani simili o addirittura equivalenti a quelle espressamente prescritte dal GDPR per i processi di cui all'art. 22 (ossia quelli decisionali *integralmente* automatizzati) o a quelle previste dalla proposta di direttiva sul lavoro su piattaforma digitale (v. *infra*) o, ancora, a quelle stabilite a livello interno dall'art. 1-*bis* d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152 (per i processi decisionali e di monitoraggio integralmente automatizzati), che da tali fonti e dal Regolamento sull'IA trae ispirazione[19].
La DPIA include, inoltre, anche «una valutazione della necessità e della proporzionalità del trattamento in relazione alle finalità» (art. 35, par. 7, lett. b): si può ritenere che tale verifica imponga al datore di giustificare la scelta di un certo tipo di algoritmo rispetto a un determinato obiettivo organizzativo, a fronte dell'assenza di alternative meno invasive per

[16] Gruppo di lavoro Articolo 29, *Linee guida in materia di processi decisionali automatizzati e profilazione*, WP 251 rev.01, adottate il 3 ottobre 2017, versione emendata e adottata il 6 febbraio 2018.

[17] L'elenco allegato al provvedimento del garante italiano n. 467 dell'11.10.2018 prevede direttamente l'obbligo di DPIA in caso di «trattamenti automatizzati finalizzati ad assumere decisioni che producono "effetti giuridici" oppure che incidono "in modo analogo significativamente" sull'interessato» nonché «trattamenti effettuati nell'ambito del rapporto di lavoro mediante sistemi tecnologici» da cui derivi la possibilità di controllo a distanza dei dipendenti.

[18] Risulta, al riguardo, particolarmente significativa la segnalazione di Pizzetti, *La protezione dei dati personali e la sfida dell'Intelligenza Artificiale*, in Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 5 ss., secondo cui al cuore del GDPR «sta la persona fisica con i suoi diritti e le sue libertà. La tutela dei dati personali è, si potrebbe dire, il contenuto "specialistico" di questa normativa che però, nelle sue caratteristiche fondamentali, è, per così dire, una "legge di rango costituzionale" di diritto europeo. [...] In sostanza, in questa prospettiva, la tutela dei dati personali costituisce, a partire dal livello europeo, l'attuazione di un diritto di spessore costituzionale, funzionale alla tutela "integrale" della persona e dei suoi diritti di libertà» (p. 165).

[19] Per un'analisi della disposizione interna cfr., *ex multis*, Zilli, *La via italiana per condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili*, in *DRI*, 2023, 1, 25 ss.; Donini, *Informazione sui sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati: poteri datoriali e assetti organizzativi*, in *DLM*, 2023, 85; Dagnino, *Il diritto interno: i sistemi decisionali e di monitoraggio (integralmente) automatizzati tra trasparenza e coinvolgimento*, in Biasi (a cura di), *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale*, Milano, 2024 (in corso di pubblicazione).

i diritti e le libertà coinvolti. In mancanza di alternative, la questione si sposta sull'adeguatezza delle misure da adottare e adattare per garantire la trasparenza e mitigare i rischi per i diritti dei lavoratori. Questo significa che, laddove l'algoritmo lasci spazio all'incertezza e all'opacità (ipotesi che il Regolamento sull'IA invero dovrebbe scongiurare, posto che al fornitore è richiesto di garantire la comprensibilità del sistema e dell'*outcome* da parte del *deployer*, v. *supra*), o la questione viene risolta, con i relativi costi, anche utilizzando le c.d. tecniche di *XAI* (*eXplainable AI*) per "aprire la scatola nera" (ad es. modelli algoritmici che generano risultati controfattuali utili non solo per spiegare la decisione, ma anche per esaminare la *fairness* del sistema, su cui v. *infra*), oppure il datore di lavoro deve abbandonare l'approccio algoritmico in questione per orientarsi verso un obiettivo organizzativo e un algoritmo diversi e meno complessi.

Particolarmente rilevante risulta, sul punto, l'innesto *de iure condendo* dei contenuti dell'*AI Act:* come già evidenziato, ai sensi dell'art. 13, la documentazione pertinente e le istruzioni per l'uso consegnate al datore, in qualità di *deployer*, devono infatti includere «qualsiasi circostanza nota o prevedibile […] che possa comportare rischi […] per i diritti fondamentali» (così come mappati dal fornitore all'interno del sistema di gestione dei rischi di cui all'art. 9), quindi anche gli impatti potenzialmente discriminatori delle metriche utilizzate, nonché le specifiche relative ai dati di input e ai set di dati di addestramento, convalida e prova, i quali, come detto, devono essere obbligatoriamente sottoposti, a opera del fornitore, a pratiche di *governance* e gestione, tra cui un esame atto a valutare le possibili distorsioni suscettibili di comportare discriminazioni vietate dal diritto dell'Unione (v. *supra*).

2.2. Discriminazioni e processi automatizzati: le specifiche garanzie previste nella proposta di direttiva in materia di lavoro su piattaforma digitale

Pur attraverso un percorso impervio, segnato da faticosi e complicati tavoli di negoziazione, l'11 marzo 2024 Consiglio e Parlamento europeo hanno trovato un accordo anche sulla proposta di direttiva in materia di lavoro su piattaforme digitali[20].

Ai fini dell'analisi che ci occupa, pare opportuno segnalare come all'interno del quadro di regole così definito si prevedano «norme più specifiche in relazione al regolamento (UE) 2016/679 per quanto riguarda l'uso e la trasparenza del processo decisionale automatizzato», nonché «misure aggiuntive […] per salvaguardare la protezione dei […] dati personali,

[20] Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali*, Bruxelles, 9 dicembre 2021 COM(2021) 762 final (v. *infra*). Si segnala, nel dibattito a livello Ue, l'attenzione posta all'opportunità di introdurre una regolazione ad hoc in materia di gestione algoritmica del lavoro (oltre l'ambito delle piattaforme), prospettiva promossa dall'Etuc in una risoluzione del 6 dicembre 2022 e condivisa sia da Gualmini e Benifei all'interno del Parlamento europeo sia da Schmit, commissario europeo per il lavoro e i diritti sociali nella commissione von der Leyen.

in particolare quando le decisioni sono adottate o sostenute dal trattamento automatizzato di dati personali», ai sensi dell'88 GDPR (così il cons. n. 39)[21].

In questa prospettiva si pongono, anzitutto, le limitazioni sul trattamento di dati personali stabilite dall'art. 7, in alcuni casi speculari alle proibizioni previste dall'*AI Act* nell'ambito della categoria dei sistemi a rischio inaccettabile: si pensi, in particolare, al divieto di trattare dati relativi allo stato emotivo o psicologico ovvero per desumere alcune caratteristiche "sensibili", tra cui l'origine razziale o etnica, la *status* di migrante, le opinioni politiche, le convinzioni religiose, la disabilità, l'adesione a un sindacato, l'orientamento sessuale[22]. Si chiarisce che tali limitazioni si applichino a tutte le persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali (subordinati e autonomi) dall'inizio della procedura di assunzione o di selezione, nonché a prescindere dal fatto che il trattamento sia effettuato attraverso un sistema integralmente o parzialmente automatizzato.

Rispetto all'uso di sistemi di monitoraggio e decisionali automatizzati (qualificante, peraltro, la stessa definizione di piattaforma digitale di cui all'art. 2, par. 1, n. 1), l'art. 9 prevede specifici obblighi di trasparenza, anche a tutela dei candidati in fase di *recruitment*: l'informativa include, tra gli altri, le categorie di dati e i parametri utilizzati dall'algoritmo, nonché la spiegazione dei motivi alla base di alcune decisioni.

Si stabilisce, quale garanzia di sorveglianza umana aggiuntiva rispetto alla DPIA del GDPR (a sua volta opportunamente oggetto di una normativa di dettaglio a rafforzamento della tutela dei lavoratori, ai sensi dell'art. 8), una periodica valutazione dell'impatto delle decisioni individuali prese o (solo) sostenute dai sistemi automatizzati, in particolare sulla parità di trattamento sul lavoro (art. 10, par. 1). A tal ultimo riguardo, si chiarisce che «qualora dalla sorveglianza o dalla valutazione […] emerga un elevato rischio di discriminazione sul lavoro nell'uso di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati […], la piattaforma di lavoro digitale adotta le misure necessarie, compresa, se del caso, una modifica del sistema decisionale e di monitoraggio automatizzato o la cessazione del suo utilizzo, al fine di evitare tali decisioni in futuro» (art. 10, par. 3).

Il quadro di garanzie è completato dal diritto dei lavoratori (autonomi e subordinati) alla spiegazione e al riesame umano di qualsiasi decisione presa o sostenuta da un sistema decisionale automatizzato (art. 11).

Rinviando ad altra sede l'analisi della declinazione collettiva delle tutele, è importante quantomeno segnalare come il sistema di garanzie così predisposto, oltre a promuovere il ruolo delle parti sociali e della contrattazione collettiva (artt. 25 e 28), preveda specifici

[21] La base giuridica della proposta di direttiva è costituita dall'art. 153, par. 2, lett. b, in combinato disposto con l'art. 153, par. 1, lett. b), e dall'art. 16 par. 2 TFUE.

[22] L'art. 5 dell'*AI Act* inserisce tra le pratiche di IA vietate i sistemi di riconoscimento delle emozioni sul posto di lavoro, ad eccezione di quelli che riconoscono il dolore o la fatica per motivi medici o di sicurezza, ovvero i sistemi di categorizzazione biometrica delle persone volti a dedurre caratteristiche sensibili come la razza, le opinioni politiche, l'affiliazione sindacale, l'orientamento sessuale e il credo religioso.

diritti per le rappresentanze sindacali: il coinvolgimento espresso e incondizionato nella DPIA (art. 8); il diritto alla trasparenza sui processi automatizzati (art. 9, par. 1 e 4); la partecipazione alla valutazione di impatto delle decisioni automatizzate nel contesto della sorveglianza umana (art. 10, par. 1, con diritto di informazione ai sensi del par. 4); il diritto di richiedere il riesame (art. 11, par. 2); la previsione, per l'esercizio dei diritti di cui alla dir. 2002/14/CE (espressamente richiamati affinché riguardino anche la decisione di introdurre o modificare sistemi automatizzati) dell'assistenza di un esperto, pagato dalla piattaforma se si supera la soglia dei 250 lavoratori (art. 13, par. 3). I rappresentanti degli autonomi sono inclusi nel raggio di operatività della direttiva nella misura in cui siano previsti dal diritto e dalle prassi nazionali (così la definizione di cui all'art. 2, par. 1, n. 7)[23] e possono esercitare i diritti stabiliti in punto di trasparenza e sorveglianza umana (tranne, e questo appare molto significativo, il diritto di partecipazione alla valutazione di impatto delle decisioni automatizzate) solo nella misura in cui agiscano per conto di autonomi per quanto riguarda la protezione dei loro dati personali (art. 15).
Si può evidenziare, infine, come in seno all'art. 12, in tema di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori subordinati (con apertura alla possibilità di introdurre disposizioni diverse, ai sensi dell'art. 28), si ponga l'accento sulla necessità di garantire la protezione contro violenza e molestie (da considerare come discriminazioni, ai sensi delle fonti del diritto antidiscriminatorio), richiedendosi che, a livello interno, si disponga che le piattaforme adottino misure preventive, compresi canali di segnalazione efficaci.

3. Discriminazione algoritmica e trasparenza: riflessioni a partire dalla dir. Ue 2023/970...

Al di là delle problematiche che possono derivare dall'opacità (ossia carenza di conoscibilità e/o spiegabilità) dei processi automatizzati e/o dalla minore visibilità, all'interno di un'architettura organizzativa algoritmica, delle prerogative datoriali ivi esercitate[24], la tutela antidiscriminatoria presenta già di per sé una stretta e inevitabile interconnessione con la questione della trasparenza.

[23] Gli stessi Orientamenti della Commissione europea a sostegno degli accordi collettivi dei lavoratori autonomi individuali con le piattaforme di lavoro digitali (esclusi dall'ambito di applicazione dell'articolo 101 TFUE) fanno salva la discrezionalità degli Stati membri nel determinare i canali di rappresentanza collettiva dei lavoratori autonomi, applicandosi a tutte le forme di trattative collettive condotte conformemente alla pratica e al diritto nazionali. Cfr. Commissione europea, *Orientamenti sull'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione agli accordi collettivi concernenti le condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi individuali*, Bruxelles, 29 settembre 2022 C(2022) 6846 final.

[24] Cfr. Bellavista, *La questione del potere 'trasparente' nei rapporti di lavoro*, in *DML*, 2023, 577 ss.; Novella, *Impresa*, in Novella, Tullini (a cura di), *Lavoro digitale*, Torino, 2022, 5 ss.; Tebano, *Controlli digitali*, in Borelli, Brino, Faleri, Lazzeroni, Tebano, Zappalà, *Lavoro e tecnologie*, Torino, 2022, 49; Tullini, *La questione del potere nell'impresa. Una retrospettiva lunga mezzo secolo*, in *LD*, 2021, 429 ss.

Basti solo ricordare come sia proprio l'assenza di trasparenza, segnatamente dei sistemi classificatori e retributivi, e quindi la conseguente inconoscibilità delle cause delle differenze di trattamento da parte delle lavoratrici, a portare la Corte di giustizia, in *Danfoss*, a individuare a favore della ricorrente un onere di prova alleggerito ai fini dell'accertamento della fattispecie discriminatoria (in tal caso, retributiva di genere) [25].

Da *Danfoss* in poi, le argomentazioni che la Corte sviluppa in punto di onere probatorio della discriminazione e, in particolare, di utilizzo del dato statistico evidenziano in più occasioni l'incidenza del principio di vicinanza della fonte probatoria e/o dell'oggettiva difficoltà di accesso a determinate informazioni da parte del ricorrente, ora per opacità dei criteri sottesi al trattamento ricevuto, ora per indisponibilità dei dati. Sono elementi che, in vario grado, investono inevitabilmente ogni vicenda discriminatoria e che giustificano, appunto, il *favor* accordato al ricorrente sotto il profilo probatorio, necessario per «non privare i lavoratori di qualsiasi strumento utile ad imporre il rispetto del principio della parità» [26]. L'incremento di opacità o l'inaccessibilità delle informazioni può intensificare l'interazione del principio di vicinanza delle fonti di prova e/o del canone interpretativo dell'effetto utile con il regime di *favor*, con conseguente ammissione di dati più sintetici o generali, ma parimenti significativi, nella costruzione della prova semi-piena. Pare comunque difficile, in generale, scindere l'accertamento della discriminazione da questioni attinenti alla trasparenza e/o alla accessibilità e prossimità delle fonti di prova. A essere necessariamente coinvolti nella comparazione, tra singoli soggetti o gruppi, sono, infatti, dati non riferibili soltanto alla sfera del ricorrente [27], potenzialmente anche difficili da reperire, comunque più facilmente rientranti nella disponibilità del datore o afferenti alla sua sfera d'azione [28]; ciò è tanto più vero in un sistema di organizzazione digitale del lavoro caratterizzato dall'utilizzo di algoritmi e approcci di IA.

[25] C. giust., 17 ottobre 1989, causa C-109/88, *Danfoss*, ECLI:EU:C:1989:383.

[26] Cfr. C. giust., 31 maggio 1995, causa C-400/93, *Royal Copenhagen*, in *Racc.*, 1995, I-1275, punto 26; C. giust., 27 ottobre 1993, causa C-127/92, *Enderby*, in *Racc.*, 1993, I-5535. Il cons. n. 17 della dir. 97/80 spiega il regime probatorio speciale osservando che «le parti attrici in giudizio potrebbero essere private [altrimenti] di mezzi efficaci per far rispettare il principio della parità di trattamento».

[27] Al riguardo, si può segnalare che la dir. Ue 2023/970 sulla trasparenza retributiva prevede, all'art. 7, il diritto dei lavoratori di chiedere e ricevere per iscritto informazioni sul proprio livello retributivo individuale e sui livelli retributivi medi, suddivisi per sesso, relativi alle categorie di lavoratori che svolgono il loro stesso lavoro o un lavoro di pari valore rispetto al loro (par. 1). Si specifica, altresì, che ai lavoratori non deve essere impedito di rivelare la propria retribuzione ai fini dell'applicazione del principio di parità di retribuzione (par. 5). All'art. 20, si stabilisce che le autorità competenti o i tribunali nazionali debbano essere in grado di ordinare alla parte convenuta di rivelare qualsiasi prova pertinente che si trovi sotto il suo controllo, disponendo misure efficaci per la protezione di tali informazioni (v. *infra*).

[28] Per una valorizzazione del collegamento tra l'agevolazione e il principio di vicinanza della fonte probatoria, cfr. Cass., 26 febbraio 2021, n. 5476 in *LG*, 2021, 5, 551, secondo cui «nei giudizi antidiscriminatori i criteri di riparto dell'onere probatorio non seguono i canoni dell'art. 2729 c.c., essendo prevista un'agevolazione in favore del ricorrente, anche in ragione del principio di vicinanza della prova». In tal senso anche Trib. Roma, 12 marzo 2022; Trib. Roma, 23 marzo 2022. Rispetto all'operatività del principio di vicinanza della prova nell'accertamento di una discriminazione algoritmica, cfr. l'ordinanza Trib. Bologna, 31 dicembre 2020, cit., dove tuttavia, a parere di chi scrive, risulta criticabile l'affermazione secondo cui, per operatività del generale principio di vicinanza della fonte, sarebbe addossata al datore la prova del "concreto meccanismo di funzionamento dell'algoritmo". Si potrebbe, infatti, ritenere che ciò equivalga a spostare sul convenuto la prova del collega-

Se le considerazioni svolte sottolineano il legame inscindibile tra il problema della trasparenza e la questione della tutela antidiscriminatoria, il rapporto tra rischio di discriminazione e utilizzo di sistemi algoritmici è altrettanto stretto, come dimostrano i plurimi riferimenti a detto rischio tracciabili all'interno delle varie fonti regolative analizzate nel corso della trattazione o comunque il rilievo che tale rischio può assumere all'interno di esse[29].
In tale prospettiva, la repressione della discriminazione derivante dall'uso di un trattamento automatizzato di dati può seguire percorsi e basi normative diverse e parallele. È quanto si è potuto, ad esempio, osservare nella vicenda dell'algoritmo Frank di Deliveroo: i profili di illiceità sono stati affrontati sia dal Tribunale di Bologna utilizzando la strumentazione giuridica del diritto antidiscriminatorio, grazie all'esercizio dell'azione collettiva da parte del sindacato (ordinanza del 31 dicembre 2020), sia dal Garante della privacy, a partire da un'istruttoria avviata d'ufficio, al termine della quale è stata accertata la violazione dell'art. 22, par. 3, GDPR e dell'art. 47-*quinquies*, d.lgs. n. 81/2015 (ordinanza-ingiunzione del 22 luglio 2021).
Gli obblighi di trasparenza sui processi automatizzati costituiscono una garanzia imprescindibile per l'operatività degli strumenti del diritto antidiscriminatorio.
È sì vero che nel regime probatorio speciale ivi previsto può essere individuato un meccanismo di parziale inversione dell'onere a favore del ricorrente, chiamato a fornire soltanto una prova semi-piena del fatto[30]. Anche tale offerta di prova può, tuttavia, risultare ostacolata dalla difficoltà di risalire la trama del processo di calcolo e le ragioni del risultato prodotto dalla macchina: l'opacità algoritmica complica non solo il tracciamento del dato storico della disparità, ma anche l'individuazione del collegamento, diretto o indiretto, del trattamento subito con il fattore di rischio, per quanto, come detto, al ricorrente sia richiesta soltanto una prova semi-piena e, quindi, il grado di conferma probatoria richiesto, per questo secondo fatto, sia limitato, ossia tale da non escludere necessariamente la plausibilità di ipotesi opposte.
Vi è da dire che laddove si attivi il meccanismo di parziale inversione, si sposta sul convenuto il rischio di soccombenza e, quindi, anche il rischio derivante dalle correlazioni che un sistema di *machine learning* abbia posto alla base della regola di governo del processo "imparata". La modalità con cui tali correlazioni sono costruite può portare, infatti, il sistema ad associare all'obiettivo un fattore che, seppur "statisticamente efficace", non si

mento tra il criterio "neutro" e il trattamento subito dai lavoratori. Non si discute della possibilità per il convenuto di produrre una prova contraria che neghi la sussistenza di detto collegamento o dello svantaggio particolare dedotti dal ricorrente. Si ritiene problematico far gravare sul convenuto la prova del nesso in ragione del principio di vicinanza, senza contestualizzare questa distribuzione degli oneri nell'ambito di un regime probatorio che, pur alleggerito, deve comunque muovere da un'offerta di prova del ricorrente su tale fatto.

[29] Lo evidenzia anche Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881.

[30] Cfr. Cass., 28 marzo 2022, n. 9870, in *Leggi d'Italia*; Cass., 3 febbraio 2023, n. 3361, in *LG*, 2023, 5, 522. Si consenta sul punto il rinvio a Peruzzi, *Le discriminazioni*, in Anelli, Briguglio, Chizzini, De Poli, Gragnoli, Orlandi, Tosi (a cura di), *L'onere della prova*, Padova, 2024, 951 ss.

pone di per sé in un rapporto di causa-effetto con l'esigenza lavorativa. Questo esito rende problematica la prova datoriale sia laddove volta a dimostrare la necessità e appropriatezza della misura in rapporto all'obiettivo e, quindi, la sussistenza di una giustificazione per la discriminazione indiretta; sia laddove funzionale a invocare le clausole di eccezione al divieto, con dimostrazione della natura essenziale e determinante, per lo svolgimento dell'attività lavorativa, della caratteristica correlata dalla macchina al risultato di interesse. La medesima problematica incide peraltro sulla possibilità del datore di dimostrare la conformità del processo ai divieti di indagini su «fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore» ovvero su «dati personali dei lavoratori che non siano strettamente attinenti alle loro attitudini professionali e al loro inserimento lavorativo», stabiliti rispettivamente dall'art. 8 St. Lav. e, per le agenzie per il lavoro, dall'art. 10 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 [31].

Tornando alle difficoltà che possono incidere sull'offerta di una prova, pur semi-piena, da parte del lavoratore e ribadita l'importanza, a superamento dell'opacità algoritmica, dei diritti di informazione sui processi automatizzati, si deve d'altra parte rilevare come gli stessi non bastino per assicurare l'effettività della tutela. Essi dovrebbero essere affiancati quantomeno dagli ulteriori strumenti disposti dalla direttiva 2023/970 in materia di trasparenza retributiva di genere, ossia la previsione di un'inversione completa dell'onere in caso di violazione degli obblighi di trasparenza datoriali, nonché la possibilità di un ordine di *disclosure* in giudizio (quest'ultimo previsto espressamente anche nella proposta di direttiva sul lavoro su piattaforma digitale, all'art. 21)[32].

La stessa direttiva 2023/970 invita, inoltre, a non concentrarsi soltanto sulla soluzione delle difficoltà che si possono raccogliere, a valle, sul piano della prova della (in)sussistenza di una discriminazione, ma a spostare il ragionamento e la ricerca di una garanzia di tutela a monte, sul piano della prevenzione e dell'osservazione degli effetti derivanti dall'utilizzo di determinati criteri da parte del datore di lavoro. L'art. 10 prevede, nello specifico, una procedura di esame congiunto (*joint assessment*) con le rappresentanze dei lavoratori, laddove dal *reporting* sulle retribuzioni emerga un differenziale sentinella che il datore di lavoro non riesca a giustificare sulla base di elementi non collegabili (direttamente o indirettamente) al genere ovvero non abbia tempestivamente corretto. La direttiva specifica che la valutazione congiunta deve essere effettuata al fine di individuare, correggere e prevenire le differenze retributive tra uomini e donne, non giustificate sulla base di criteri oggettivi *gender-neutral*, deve essere messa a disposizione dei lavoratori e dei loro rappresentanti,

[31] Cfr. Tullini, *Divieto di indagini sulle opinioni e trattamenti discriminatori*, in Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, 2004, 145 ss. Come già più volte segnalato, dette disposizioni sono espressamente richiamate dall'art. 113, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 1963, rubricato «Raccolta di dati e pertinenza», e rientrano tra le «norme più specifiche» per l'ambito dei rapporti di lavoro, rilevanti ai fini dell'art. 88 GDPR.

[32] Per una più compiuta analisi del sistema di regole della direttiva, si rinvia a Zilli, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pisa, 2022.

nonché dell'ispettorato del lavoro e dell'organismo di parità qualora lo richiedano. Inoltre, deve essere comunicata all'organismo di controllo designato dallo Stato membro per il monitoraggio sull'applicazione della normativa in questione. Si stabilisce, infine, che l'implementazione delle misure derivanti dalla valutazione congiunta debba avvenire in stretta collaborazione con i rappresentanti dei lavoratori e con possibilità che anche l'ispettorato del lavoro e/o l'organismo di parità siano chiamati a partecipare al processo.
Il modello proposto dalla direttiva per affrontare il rischio di discriminazione è tanto più rilevante nel contesto dei processi automatizzati, soprattutto laddove si tratti di sistemi di apprendimento automatico, associati all'uso di reti neurali profonde. In tal caso, infatti, è proprio l'osservazione dall'esterno del sistema e dei suoi *outcome* che permette di comprendere il suo funzionamento, nonché di individuare e mitigare i rischi che ne derivano. È peraltro un modello in grado di saldarsi con forza all'approccio *risk-based* che caratterizza la risposta regolativa all'IA e che connota l'architettura normativa implicata nella ricostruzione delle garanzie per il lavoratore di fronte all'uso di sistemi algoritmici. Basti ricordare la riflessione sviluppata nel corso della trattazione in merito agli obblighi di proceduralizzazione *ex ante* previsti nel contesto del GDPR, in particolare con riferimento alla funzione della DPIA in termini di verifica e prevenzione della lesione dei diritti fondamentali, tra cui quello di non discriminazione, derivanti dal trattamento dei dati personali. Ovvero anche alle garanzie di sorveglianza umana e di valutazione dell'impatto delle decisioni individuali, prese o sostenute dai sistemi automatizzati, previste dalla proposta di direttiva in materia di lavoro su piattaforma, in cui si evidenzia peraltro, come visto, una specifica attenzione per l'impatto sulla parità di trattamento e per il rischio di discriminazione.
La soluzione adottata dalla direttiva 2023/970 prevede, d'altra parte, una declinazione congiunta e partecipata del processo che i quadri normativi ora richiamati non raggiungono, per quanto in entrambi i casi, pur in diverso grado e soprattutto nel secondo, sia individuabile un ruolo per i rappresentanti dei lavoratori.

4. ... e guardando oltreoceano.

Il tema del rischio di discriminazione collegato all'uso dei processi automatizzati sta assumendo sempre più rilievo nell'attuale sviluppo normativo, non solo a livello di Unione europea ma anche interno. A tal ultimo riguardo, basti evidenziare come la questione sia affrontata dal legislatore non soltanto nel citato e noto art. 1-*bis* del d.lgs. 152/97, con specifico riguardo alla tutela dei lavoratori (subordinati e autonomi[33]), ma anche nel con-

[33] Il comma 7 dell'art. 1-*bis* prevede che gli obblighi informativi gravano anche sul committente nell'ambito dei rapporti di lavoro di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. e di cui all'art. 2, comma 1, del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81. Ai sensi dell'art. 47-*ter* d.lgs. 81/2015, i lavoratori autonomi di cui all'art. 47-*bis* devono ricevere le informazioni di cui all'art. 1-*bis* in quanto compatibili.

testo del codice dei contratti pubblici, a favore degli operatori economici: all'art. 30, posta la possibilità per le stazioni appaltanti e gli enti concedenti di automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale, il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 prevede che «le decisioni assunte mediante automazione rispettano i principi di […] non discriminazione algoritmica, per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici»; ancora, al comma quarto si stabilisce che «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano ogni misura tecnica e organizzativa atta a garantire che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, nonché a impedire effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della nazionalità, dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione, delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dei caratteri somatici, dello status genetico, dello stato di salute, del genere o dell'orientamento sessuale».

Il tema sta entrando anche nella grammatica della contrattazione collettiva, come dimostra l'accordo stipulato il 19 febbraio 2024 da Assogrocery con Cgil, Cisl e Uil per la disciplina del lavoro su piattaforma digitale degli shopper. All'art. 5 si dispone che «al fine di permettere una verifica, da parte degli Shopper e del sindacato, del rispetto della normativa privacy e di evitare l'utilizzo di sistemi di profilazione e gestione automatizzata degli incarichi che discriminino i collaboratori, il committente è tenuto ad informare lo Shopper e le organizzazioni sindacali e le rappresentanze sindacali, dell'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati deputati a fornire indicazioni rilevanti» per la gestione del rapporto.

Se la questione della discriminazione algoritmica, specie a fronte di un'evoluzione tecnologica sempre più accelerata, non potrà che richiedere nuove riflessioni e azioni normative, nonché la ricerca di adeguate misure di prevenzione, a livello di processi partecipati ma anche di tecniche algoritmiche di c.d. *Fair-XAI*, a conclusione dell'indagine che si è inteso qui sviluppare si consenta una breve proiezione oltreoceano del raggio d'analisi. Pare, infatti, utile e significativo raccogliere alcuni spunti di riflessione da un intervento normativo effettuato dalla Città di New York: la legge n. 144/2011, entrata in vigore il 6 luglio 2023. Tale legge permette ai datori di lavoro o all'agenzie di collocamento di utilizzare strumenti automatizzati per assumere decisioni sui candidati all'assunzione o a una promozione, basando la scelta (quantomeno in via preponderante) sui punteggi, classificazioni e raccomandazioni consegnate dalla macchina, a condizione che sia stata effettuata (e da non più di un anno) una verifica dei *bias* da parte di un *auditor* indipendente.

Se il processo automatizzato è usato per la selezione dei candidati, la verifica deve includere, almeno, il tasso di selezione e l'indice di impatto (ossia il rapporto con il tasso di selezione della categoria più selezionata) per le categorie di sesso (uomini e donne), per una serie di categorie di razza/etnia (ispanici o latini, bianchi, afroamericani, nativi hawaiani o delle isole del Pacifico, asiatici, nativi americani o dell'Alaska, due o più razze), nonché per categorie intersezionali di sesso, etnia e razza. La medesima operazione deve essere effettuata se il processo automatizzato è usato per assegnare un punteggio ai candidati,

con calcolo in questo caso del tasso di punteggio e dell'indice di impatto in rapporto al tasso di punteggio della categoria che ha ottenuto il punteggio più alto.
La normativa non prevede indici sentinella né specifiche conseguenze a fronte di determinati differenziali. Richiede "soltanto" ai datori di lavoro e alle agenzie di pubblicare una sintesi dei risultati sul proprio sito *web*, in modo chiaro e visibile, indicando il numero di individui, valutati dal processo, che non sono stati inclusi nei calcoli richiesti, perché rientranti in una categoria sconosciuta.
Si prevede, altresì, che i datori di lavoro o agenzie di collocamento (che utilizzino detti strumenti automatizzati) comunichino ai candidati residenti nella città di New York sia che verrà utilizzato lo strumento in questione, consentendo agli stessi di richiedere un processo di selezione alternativo o un accomodamento; sia le qualifiche e le caratteristiche del lavoro che tale strumento utilizzerà nella valutazione.
La disciplina descritta non può che far riflettere, necessitando peraltro della doverosa premessa che le categorie indicate sono quelle previste nel c.d. «*EEO-1 Component 1*» *report*, una relazione annuale sui dati demografici della forza lavoro, richiesta dalla US Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) ai datori di lavoro con almeno 100 dipendenti o agli appaltatori federali con almeno 50 dipendenti, al ricorrere di determinati criteri[34].
Ci si può d'altra parte domandare, riportando lo sguardo nel contesto europeo, quanto possano incidere sull'utilizzo di sistemi automatizzati in fase di *recruitment* o di promozione alcuni obblighi stabiliti dalla più volte citata direttiva 2023/970. Si pensi, in particolare, all'obbligo dei datori di lavoro di provvedere affinché le procedure di assunzione siano condotte in modo non discriminatorio, così da non compromettere il diritto alla parità di retribuzione per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore (art. 5, par. 3). Ovvero all'obbligo dei datori di lavoro di adottare, per la progressione economica, criteri oggettivi e neutri sotto il profilo del genere, rendendoli facilmente accessibili ai propri lavoratori (art. 6, par. 1).
E se la soluzione fosse quella prevista dalla *New York City Local Law 144*?

[34] Si rinvia, sul punto, al *2023 EEO-1 Component 1 Data Collection Instruction Booklet*.

La Naspi dei lavoratori detenuti: una questione (di giustizia) ancora aperta

The Naspi of inmate workers: a (justice) question still open

Francesca Malzani
Associata di Diritto del Lavoro nell'Università di Brescia

Sommario: 1. Il valore del lavoro carcerario: in tutte le sue forme e applicazioni. – 1.1. La sentenza della Cassazione del gennaio 2024: un manifesto sulla dignità del lavoro carcerario? – 2. L'indennità di disoccupazione. – 3. La Naspi per i lavoratori-detenuti. – 3.1. Uno spunto di riflessione: la disoccupazione per il *part-time* verticale e per il lavoro stagionale. – 3.2. Un ulteriore paradosso: il riconoscimento della Naspi e la compensazione delle spese di lite. – 4. Alcune conclusioni in attesa della riforma.

Sinossi: Mentre si discute la Riforma dell'ordinamento penitenziario, la Cassazione (n. 396/2024) si pronuncia su un caso di mancata erogazione della Naspi al lavoratore-detenuto. Il saggio prende le mosse da tale vicenda per ricostruire le fonti che tutelano la dignità dei lavoratori-detenuti nella formazione sociale rappresentata dal Carcere, con attenzione agli scollamenti dal dettato costituzionale e alle potenzialità (ancora) presenti nel sistema disegnato dalla riforma del 1975 (e del 2018) e dagli altri interventi ad essa collegati (tra cui, la c.d. legge Smuraglia del 2000). Il *test* di aderenza allo statuto di tutele riconosciute al lavoro libero viene condotto, in particolare, attraverso la disamina del contenzioso sulla mancata applicazione della disciplina della Naspi nei casi di lavoro carcerario inframurario per l'Amministrazione penitenziaria (c.d. lavoro domestico), valorizzando alcune analogie con altre situazioni di ciclicità nell'assegnazione al lavoro (part-time verticale annuo e lavoro stagionale) che rendono ancora più urgente un intervento che sancisca definitivamente l'equiparazione tra lavoro carcerario (in tutte le sue forme) e lavoro libero.

Abstract: *While the Prison Reform is being discussed, the Supreme Court of Cassation (No. 396/2024) pronounces on a case of non-payment of Naspi to a worker-prisoner. The essay builds on this recent Supreme Court ruling (n. 396/2024) to reconstruct the sources that protect the dignity of inmate workers in the social community represented by the Prison, with a focus on the disconnections from the constitutional paradigm and the potentialities (still) present in the system designed by the 1975 (and 2018) reform of the penitentiary system and other related interventions (among which, the so-called Smuraglia law of 2000). The test of adherence to the statute of protections granted to free labour is conducted, in particular, through an examination of the litigation on the non-application of the Naspi discipline in cases of prisoner's work for the Administra-*

tion (so-called domestic work), by highlighting certain similarities with other situations of cyclical work assignments (annual vertical part-time and seasonal work) that make urgent an intervention that definitively sanctions the equality between prison work (in all its forms) and free work.

Parole Chiave: Lavoro – Carcere – Dignità – Giustizia sociale
Key-words: Work – Prison – Dignity – Social justice

1. Il valore del lavoro carcerario: in tutte le sue forme e applicazioni

La riforma dell'ordinamento penitenziario, intervenuta con l. 26 luglio 1975, n. 354 (d'ora in poi: o.p.), segnò una svolta decisiva anche sotto il profilo della collocazione del lavoro, e delle sue tutele, nella formazione sociale Carcere[1]; sebbene fosse mantenuta l'obbligatorietà del lavoro dei detenuti (art. 20, comma 3, o.p.)[2], rimossa solo nel 2018, il lavoro assurse a strumento di "rieducazione"[3] dei detenuti, nel solco dell'art. 27, comma 3, Cost[4]. La legge n. 354/1975 portò i valori della Costituzione all'interno degli istituti, scardinando l'ammissibilità del lavoro forzato e sancendo la preminenza del principio lavorista come fulcro dei rapporti sociali, così come si svolgono all'esterno, e del progetto di reinserimento della persona[5]. L'art. 25, comma 2, c.p. già in origine prevedeva che il condannato potesse essere addetto a lavori anche diversi da quelli organizzati nello stabilimento, avuto riguardo alle sue attitudini e alle sue precedenti occupazioni, valorizzando pertanto una professionalità pregressa o la predisposizione a svolgere specifiche mansioni.
L'art. 20 o.p., modificato dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124, sancisce, infatti, che negli istituti penitenziari e nelle strutture ove siano eseguite misure privative della libertà vengano favorite, in ogni modo, l'adibizione al lavoro e la partecipazione a corsi di formazione professionale[6]. Si ribadisce, inoltre, al comma 2, che il lavoro penitenziario non ha carattere afflittivo e deve essere remunerato. Questa precisazione segna la presa di distanza dal codice penale Rocco, che vedeva nel lavoro una modalità di esecuzione della pena e un obbligo del condannato, per giungere al concetto di lavoro come tassello del trattamento, seppur permangano profili da cui emerge una debolezza delle tutele[7].

1 Malzani, *Le dimensioni della dignità nel lavoro carcerario*, Torino, 2022, *passim*.

2 Barbera, voce *Lavoro carcerario*, in *DDP comm*, vol. VIII, 1992, 213 ss.

3 Daga, voce *Trattamento penitenziario*, in *Enc Dir*, vol. XLIV, 1992, 1304, sul trattamento inteso come «l'insieme delle tecniche modificative della personalità dal condannato».

4 Pera, *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, in *FI*, 1971, ora in *Scritti di Giuseppe Pera*, Milano, 2007, 292 ss.

5 Chinni, *Il diritto al lavoro nell'esecuzione penale. Principi costituzionali e sviluppi legislativi*, in *DPC*, 2019, 4 ss.

6 Enti pubblici o privati possono, pertanto, organizzare e gestire, all'interno e all'esterno dell'istituto, lavorazioni e servizi, nonché corsi di formazione professionale destinati alla popolazione carceraria.

7 Caponetti, *Lavoro, carcere, regole ed eguaglianza*, in *MGL*, 2019, 2, 243 ss.

Per il lavoro carcerario – in cui non si verifica una modifica dello schema causale e che risulta equiparabile a quello libero dalla lettura sistemica delle fonti – si poneva, semmai, un quesito diverso e ulteriore ossia se l'esigenza trattamentale e risocializzante prevalga ammettendo così la "sospensione" di alcune regole base del diritto del lavoro (il regime delle ferie, l'esercizio dei diritti sindacali e, soprattutto, la ridefinizione del corrispettivo); si esclude, quindi, che si tratti di una specialità che risieda nel tipo[8], e nella sfera della qualificazione, quanto invece nell'applicazione concreta della disciplina protettiva.
La questione sulla specialità venne accantonata anche grazie al superamento delle letture imperniate sull'obbligo di lavorare come elemento intrinseco alla pena, riconducendo il rapporto di lavoro carcerario nell'alveo del contratto di scambio. Da qui la valutazione su quale e quanta parte della disciplina di protezione fosse destinata al lavoratore-detenuto. Con il tempo è prevalsa, pure per la prestazione resa per l'Amministrazione penitenziaria (c.d. lavoro domestico), l'applicazione della legislazione lavoristica. Ciò rispondeva, secondo Pera, al dettato dell'art. 35 Cost. che nel carcere trova la sua essenza: lì dove la tutela del lavoro *in tutte le sue forme* assume una straordinaria «finalità sociale e civile» in quanto prelude al reinserimento del detenuto[9].
A livello internazionale, la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 12 febbraio 1987 invitava gli Stati a regolare il lavoro carcerario in modo tale da renderlo il più simile possibile alle normali condizioni del lavoro libero; analogo tenore aveva assunto la Raccomandazione del gennaio 2006 (e quella del 2020), in merito all'equa remunerazione da riconoscere ai detenuti, richiamata anche dalla Cedu per collocare il lavoro carcerario non retributivo nell'alveo del lavoro forzato [10]. Le Mandela Rules del 2015 invocano, altresì, l'assimilazione tra lavoro svolto in carcere e lavoro libero, anche sotto il profilo prevenzionistico (Rule 101) in modo da preparare i detenuti all'attività da svolgere una volta terminata la pena (Rule 99)[11].
Fondamentali, in quest'opera di ridefinizione, per certi aspetti multilivello, delle tutele, sono stati gli approdi della giurisprudenza. In particolare, la Consulta, nel 2001, si è occupata della disciplina delle ferie e dell'indennità sostitutiva, nonché del diritto al riposo annuale retribuito per chi lavora per l'Amministrazione penitenziaria, asserendo che «il diritto al riposo annuale integra una di quelle "posizioni soggettive" che non possono essere in alcun modo negate a chi presti attività lavorativa in stato di detenzione»[12].

[8] Parlava di specialità *oggettiva* (in relazione all'obbligo di lavorare) e *soggettiva* (in merito alla restrizione della libertà), F. Marinelli, *Il lavoro dei detenuti*, in *WP D'Antona, It.*, 2014, 234, 7 e ss.

[9] Pera, op. cit., 305. Più di recente, sul valore euristico dell'art. 35, Perulli, Treu, *"In tutte le sue forme e applicazioni". Per un nuovo Statuto sul lavoro"*, Torino, 2022.

[10] Caputo, *La tutela contro la disoccupazione dei detenuti lavoratori alla luce della riforma degli ammortizzatori sociali*, in *LD*, 2014, 4, 704 ss.

[11] Sul sistema Oil, cfr. Sitzia, *Il lavoro delle persone detenute nel sistema del diritto dell'Organizzazione Internazionale del lavoro*, Padova, 2023, 72 ss.

[12] C. cost., 22 maggio 2001, n. 158, in *FI*, 2001, I, 2139.

L'art. 20, comma 13, o.p. (nella nuova formulazione) prescrive il rispetto dei limiti legali di orario, il riposo festivo, quello annuale retribuito, la tutela assicurativa e previdenziale. Non sussistono, infatti, dubbi sulla copertura offerta dall'assicurazione Inail[13], nonché sull'erogazione di prestazioni previdenziali, assistenziali e contributive.
La Corte Edu nel 2012 ha, infatti, disposto che, sulla scorta degli *standard* europei, siano garantiti il diritto all'assicurazione contro la disoccupazione, la malattia e gli infortuni tipici dei moderni sistemi di sicurezza sociale, sebbene sempre ispirandosi al margine di apprezzamento degli Stati. Dopo la pronuncia, la tendenza della Corte fu quella di elevare a principio il diritto alla remunerazione e l'estensione delle coperture previdenziali e assistenziali riconosciute per il lavoro libero[14], come già affermato in *Stammer vs Austria*[15].
Per il supporto nell'espletamento delle pratiche burocratiche collegate al sistema di *welfare*, l'Amministrazione penitenziaria deve rendere disponibile un servizio di assistenza che può essere realizzato con apposite convenzioni non onerose con enti pubblici e privati (art. 25 *ter* o.p.), come spesso avviene con gli istituti di Patronato. Ed è proprio dall'attivismo delle Associazioni e dei Patronati che negli ultimi anni si è sviluppato un contenzioso strategico sulla negata erogazione della Naspi ai lavoratori-detenuti impiegati presso l'Amministrazione penitenziaria (c.d. lavoro domestico) che ha visto di recente impegnata anche la Cassazione[16] con una pronuncia a favore del ricorrente ma che lascia aperta una serie di questioni che stanno generando non solo delle storture nell'applicazione della legge del 2015 ma anche una discriminazione tra lavoratori-detenuti impiegati per l'Amministrazione e quelli impiagati per datori di lavoro esterni.

1.1. La sentenza della Cassazione del gennaio 2024: un manifesto sulla dignità del lavoro carcerario?

La sentenza della Suprema Corte del gennaio 2024, proprio occasionata da un caso di mancata erogazione della Naspi a un detenuto che aveva svolto attività lavorativa inframuraria, offre un'articolata motivazione che fonda le radici nella dignità del lavoro carcerario. Al netto della questione tecnica del riconoscimento al diritto all'indennità di disoccupazione per intervenuta scarcerazione, su cui si tornerà per sottolineare i cortocircuiti del sistema, la Cassazione – in risposta alle prospettazioni dell'Inps sulla "non equiparabilità" del lavoro c.d. domestico al lavoro subordinato reso nel mercato libero – ripercorre l'evoluzione normativa e giurisprudenziale sulla natura del lavoro carcerario e sulle sue tutele (punti 11-16 e 20 motiv.) che ha portato al pieno riconoscimento dello statuto di lavoratore

[13] L'art. 20, comma 13, o.p. conferma la tutela assicurativa anche nei casi di frequenza di corsi di formazione professionale o svolgimento di tirocini.

[14] Cedu, 9 ottobre 2012, ric. n. 11332/2004, *Zhelyazkov c. Bulgaria*; Cedu, 2 marzo 2013, ric. n. 15303/2010, *Floroiu c. Romania*. Il testo delle sentenze è consultabile in https://www.echr.coe.int/home.

[15] Cedu, 7 luglio 2011, ric. n. 37452/2002, *Stummer c. Austria*, in un caso di mancato versamento dei contributi pensionistici da parte dell'Amministrazione penitenziaria. Il testo della sentenza è consultabile in https://www.echr.coe.int/home.

[16] Cass., 5 gennaio 2024, n. 396, in *Leggi d'Italia*.

del detenuto, parte del rapporto di scambio (punto 19 motiv.), anche sotto il profilo della competenza del giudice del lavoro (punto 17 motiv.)[17].
Il trattamento, come definito nell'art. 15 o.p. e teso al reinserimento sociale, non altera, infatti, la sinallagmaticità del rapporto pur nella consapevolezza del «potenziale rieducativo della prestazione di lavoro» (punto 20 motiv.) che è maggiore se il lavoro carcerario non viene distinto da quello libero (punto 21 motiv.).
L'equiparazione diviene, nelle parole della Cassazione, la chiave di volta per declinare la dignità della persona nelle formazioni sociali, tra cui si annovera il carcere, pur con la sua connotazione totalizzante[18]. Da qui non può che discendere l'applicazione anche delle tutele previdenziali ed assistenziali come previsto dall'art. 20, comma 17, o.p. (punto 25 motiv.) in ragione, altresì, della citata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.
Con riguardo poi alle modalità di organizzazione del lavoro la Suprema Corte offre uno spunto interessante, pur non rilevante per la controversia, sulla «necessità della rotazione» a fini organizzativi, come prevede l'art. 20, comma 5, lett. c), in quanto l'avvicendamento nei posti messi a disposizione dell'Amministrazione penitenziaria è funzionale a coinvolgere il maggior numero di soggetti. Tale *obiter dictum* della Cassazione sarà utile per rileggere i presupposti su cui si è radicato il contenzioso che ancora nega la Naspi ai lavoratori-detenuti, in quanto, ai sensi del Messaggio Inps del 5 marzo 2019, n. 909 la sospensione per rotazione, necessaria per redistribuire le scarse opportunità di lavoro domestico, non integra la perdita involontaria del lavoro (al pari, invece, della scarcerazione, come nel caso esaminato dalla Corte, o di trasferimento in altro istituto).
Ed è su questo passaggio che si vuole insistere (*infra* § 3) per ribadire che il detenuto non ha alcuna signoria sulla riassegnazione del lavoro e, pertanto, si configura una perdita involontaria idonea a integrare, insieme al versamento della contribuzione, i requisiti di erogazione della Naspi anche in costanza di detenzione; ogni diversa lettura configura una discriminazione nel trattamento dei lavoratori-detenuti[19].
È, pertanto, fondamentale, ricostruire la *ratio* e la disciplina della provvidenza legata alla disoccupazione involontaria per valutare l'impatto dell'esclusione dei detenuti, su cui la giurisprudenza di merito è intervenuta per cercare dei correttivi che non soddisfano una lettura di sistema che riconosca pari dignità, nel lavoro e nel corredo di tutele, alla popolazione detenuta.

[17] C. cost., 27 ottobre 2006, n. 341, in *FI*, 2007, I, 18.

[18] Malzani, *Le dimensioni della dignità nel lavoro carcerario*, cit., 1 ss.

[19] Da ultimo, Trib. Siena, 3 aprile 2024, n. 42, che riconosce la Naspi del lavoratore domestico durante lo stato di detenzione.

2. L'indennità di disoccupazione

L'Italia fu la prima Nazione, alla fine del primo conflitto mondiale, a introdurre l'assicurazione obbligatoria per la disoccupazione involontaria. Essa venne ridimensionata nel periodo fascista [20], per poi ricondurla tra le prerogative dello Stato e delle sue articolazioni, che si concentrarono sul sistema previdenziale (pensioni di invalidità e vecchiaia)[21].
I provvedimenti che si sono susseguiti hanno posto l'accento sul carattere involontario della perdita dell'impiego e sul protrarsi della disoccupazione, soddisfatto dall'iscrizione alle liste di collocamento e, talvolta, dalla frequentazione di corsi di addestramento e di qualificazione professionale, esemplificazioni embrionali del principio di condizionalità[22].
Nel 1960, la Consulta si pronunciò sulla funzione dell'indennità di disoccupazione[23], che interviene nei casi in cui il lavoratore si trovi, involontariamente, in uno stato di bisogno per cessazione del rapporto di lavoro preesistente (di regola per licenziamento) e per l'impossibilità di nuova assunzione. L'*involontarietà* diviene, quindi, il perno di un ragionamento che assume, nel caso dei lavoratori-detenuti, un significato aberrante.
La struttura dell'indennità opera quella sintesi, invocata dalla dottrina[24], tra la concezione mutualistico-assicurativa e la concezione solidaristica sottese all'art. 38 Cost. Sintesi messa in discussione, negli ultimi anni, dalla perdurante crisi economica e dai limiti posti dai vincoli di bilancio, con la conseguenza di rendere sempre più precaria la «sostenibilità sociale»[25] e il rispetto del principio dell'adeguatezza delle prestazioni sancito nel comma secondo della norma.
L'indennità di disoccupazione continua a offrire garanzia di protezione sociale, intesa alla stregua di un diritto inviolabile riconosciuto sia dalle fonti sovranazionali sia dalla Costituzione, a cui si affiancano altre funzioni economico-finanziarie, in particolare quella di «stabilizzatore automatico» del potere di acquisto dell'*ex* lavoratore/consumatore[26]. Ciò avviene, sebbene gli interventi del 2012 e del 2015 abbiano modificato la struttura dell'istituto, spostando il baricentro dal profilo egualitario, tipico di una prestazione di base, a quello dell'adeguatezza e, quindi, della differenziazione dei trattamenti[27], ancora in rispo-

[20] Cioffi, *Istituzioni di diritto corporativo*, Milano, 1933, nel solco della propaganda che accompagnò gli interventi di matrice assistenziale del Partito, definì la previdenza sociale «un'alta manifestazione del principio di collaborazione» tra datore di lavoro e lavoratore (404).

[21] Possieri, *La storia dello Stato sociale in Italia*, in *RDSS*, 2021, 4, 802 ss.

[22] Levi Sandri, voce *Disoccupazione*, in *Enc dir*, vol. XIII, 1964, 135 ss.

[23] C. cost., 31 maggio 1960, n. 34, in *GC*, 1960, 575, sulla legittimità del cumulo tra indennità di disoccupazione e pensione di invalidità in quanto rispondenti a funzioni diverse.

[24] Cinelli, *Condizionamenti finanziari e diritti sociali: la giustizia costituzionale tra vecchi e nuovi equilibri*, in *RDSS*, 2019, 1, 1 ss.

[25] Pessi, *La tutela previdenziale ed assistenziale nella Costituzione. Solidarietà economica e sostenibilità sociale*, in *RDSS*, 2019, 1, 37-38.

[26] Miscione, *Gli scopi dell'indennità di disoccupazione (Naspi)*, in *LG*, 2018, 10, 903 ss.

[27] Cinelli, *Le nuove tutele contro la disoccupazione (per un commento al d.lgs. n. 22/2015 e successive modificazioni)*, in F.

sta a esigenze di contenimento dei costi e di tenuta del principio del pareggio di bilancio. L'*iter* è stato avviato con la riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92), che ha accentuato la connotazione assicurativa della prestazione e il superamento della tutela contro la disoccupazione involontaria incentrato sull'indennità di mobilità (soppressa a partire dal 1° gennaio 2017)[28], consacrando un impianto fondato sugli strumenti dell'Aspi e mini-Aspi e, oggi, della Naspi. Le modifiche apportate nel 2015 si sono concentrare sull'ampliamento del novero dei beneficiari, assecondando una vocazione universalistica della Naspi, ancorché si sia ridotto il periodo di fruizione dell'indennità[29].

La nuova assicurazione sociale «interviene su tutte le sottopopolazioni che compongono il variegato mondo della disoccupazione involontaria» rispetto agli interventi precedenti (in particolare, l'indennità di mobilità) basati su alcuni elementi – *settoriale* (settore economico di provenienza), *struttura aziendale* (classe dimensionale dell'azienda di provenienza) e *dato anagrafico* (l'età e la residenza del disoccupato) – che circoscrivevano la corte di riferimento [30].

Si è, inoltre, fortemente valorizzato il profilo meritocratico dell'istituto, che «premia i lavoratori che possano vantare una maggiore anzianità contributiva, coerentemente con quanto previsto dalla legge delega» con «uno spostamento dell'asse dell'intervento previdenziale dal *bisogno* al *merito*, da intendersi come capacità del soggetto di contribuire al finanziamento del sistema mediante il versamento di contributi, legittimando così il proprio diritto ad un trattamento proporzionalmente maggiore»[31]. Il meccanismo, secondo alcuni, sarebbe stato utile per «riattivare l'interesse dei lavoratori alla contribuzione» e, agisce, dunque, come forma indiretta di contrasto al lavoro irregolare[32], sempre nell'ottica del recupero di risorse finanziare.

La Naspi si applica ai lavoratori subordinati, ai soci di cooperativa, agli apprendisti, al personale artistico con rapporto di tipo subordinato, ai dipendenti a termine delle pubbliche amministrazioni, mentre restano esclusi i dipendenti a tempo indeterminato delle pubbliche amministrazioni, gli operai agricoli[33] e i lavoratori extracomunitari con permesso di

Carinci (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio*, Adapt University Press, 2016, 381.

[28] Torsello, *Dall'assicurazione alla solidarietà e ritorno. Il caso della Naspi*, in *LD*, 2018, 3, 479, che parla di una «triangolazione tra logiche di condizionalità, politiche attive e basi assicurative del trattamento» (482).

[29] D'Onghia, *Gli ammortizzatori sociali in mancanza di lavoro: il lento e difficile cammino verso un "welfare" universale*, in *VTDL*, 2022, 4, 687 ss.

[30] De Blasio, De Vincenzi, *Il sostegno al reddito in caso di disoccupazione: dimensione della politica e caratteristiche dei destinatari e dei trattamenti*, Inapp, 2019, 17, 5.

[31] Ravelli, *Jobs Act e trattamenti di disoccupazione*, in *DLRI*, 2015, 3, 504.

[32] D. Garofalo, *Le politiche del lavoro nel Jobs Act*, in F. Carinci (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio*, Adapt University Press, 2016, 111.

[33] La legge di Bilancio per il 2022 ha esteso la misura ad alcune tipologie di operai agricoli a tempo indeterminato alle dipendenze di cooperative e loro consorzi che trasformano, manipolano e commercializzano prodotti agricoli e zootecnici prevalentemente propri o conferiti dai loro soci.

lavoro stagionale [34]. Nessuna menzione di espressa esclusione è riservata ai detenuti, come invece disposto per il Reddito di cittadinanza[35].

I requisiti, elencati nell'art. 3 del decreto consistono nello stato di disoccupazione involontaria[36] e nell'esistenza di una pregressa contribuzione [37]; la previsione dello svolgimento di un'attività lavorativa per uno specifico lasso di tempo [38] è, invece, stata rimossa della legge di Bilancio per il 2022.

Ai requisiti oggettivi, preesistenti alla domanda, si aggiunge quello della messa a disposizione per l'inserimento in attività lavorative o in percorsi di riqualificazione professionale. Si tratta della c.d. condizionalità che, ove disattesa, comporta la perdita dell'indennità e dello stato di disoccupazione e che, per come concepita nelle recenti riforme, accentua i profili di obbligo in capo al percettore (senza un contraltare di esigibilità nei confronti dei servizi per l'impiego). Questo comporta una sostanziale «fuga dai canoni previdenzialistici» con effetti sul contenuto dei benefici in termini di adeguatezza [39].

Con il patto di servizio personalizzato dovrebbe, pertanto, realizzarsi una profilazione del disoccupato al fine di individuare il percorso formativo, riqualificativo o lavorativo più idoneo e giungere alla formulazione di una "congrua offerta di lavoro" sulla scorta dei criteri forniti dal Ministero (art. 25, d.lgs. n. 150/2015) [40]. Tra i parametri su cui poggia la congruità si annoverano: coerenza con le esperienze e competenze pregresse, distanza dal

[34] Gaetani, Marrucci, *Commento artt. 1-19, d.lgs. n. 22/2015*, in Del Punta, Scarpelli (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Ipsoa, 2020, 2655 ss.; per una ricostruzione nell'ambito della para-subordinazione e della collaborazione occasionale, Di Meo, *Le tutele in caso di disoccupazione nella l. n. 128/2019*, in *LLI*, 2020, 1, 35 ss.

[35] L'art. 2, comma 1, lett. c *bis*, d.l. n. 4/2019 esclude espressamente dai beneficiari del Reddito di cittadinanza i soggetti sottoposti a misura cautelare personale (per qualsiasi tipo di reato), anche adottata a seguito di convalida dell'arresto o del fermo, nonché i destinatari di condanne definitive nei 10 anni precedenti la richiesta per i delitti indicati all'art. 7, comma 3; l'elenco è stato ampliato con la legge di Bilancio del 2022. Cfr. altresì C. cost., 21 giugno 2021, n. 126, che ha sancito la legittimità della sospensione dell'erogazione del Reddito di cittadinanza disposta dal giudice già in sede di applicazione di misura cautelare personale.

[36] La nozione di stato di disoccupazione è contenuta nell'art. 19, d.lgs. n. 150/2015 e concerne i «lavoratori privi di impiego che dichiarano, anche in forma telematica, al portale nazionale delle politiche del lavoro di cui all'art. 13, la propria immediata disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa ed alla partecipazione alle misure di politica attiva del lavoro concordate con il centro per l'impiego». Sono, pertanto, escluse le ipotesi di dimissioni, salvo motivate da giusta causa, rese nel periodo protetto di maternità/paternità o per matrimonio o durante il periodo di sospensione del rapporto di lavoro con una procedura di liquidazione giudiziale, nonché di risoluzione consensuale del rapporto, salvo nel caso della procedura *ex* art. 7, l. 15 luglio 1966, n. 604 di fronte alla Direzione territoriale del lavoro.

[37] Il richiedente deve aver maturato almeno 13 settimane di contribuzione nei 4 anni precedenti l'inizio del periodo di disoccupazione involontaria.

[38] Il richiedente doveva aver svolto almeno 30 giornate lavorative nei 12 mesi precedenti l'inizio del periodo di disoccupazione. La previsione, definitivamente espunta dal 2022, era già stata sospesa dal d.l. 22 marzo 2021, n. 41 (c.d. Decreto sostegni) fino al 31 dicembre 2021 in ragione delle difficoltà connesse con l'emergenza pandemica; cfr. Inps, Messaggio del 25 marzo 2021, n. 1275.

[39] Ferrara, *Il principio di condizionalità e l'attivazione del lavoratore tra tutela dei diritti sociali e controllo della legalità*, in *LD*, 2015, 4, 655.

[40] Garbuio, *L'offerta congrua di lavoro nel prisma del principio di condizionalità: tra parametri oggettivi e necessarie implicazioni soggettive*, in *RDSS*, 2019, 3, 580 ss. Sono ritenute ragioni legittime di rifiuto (artt. 21 e 23 del decreto): lo stato di malattia o infortunio certificati; lo stato di gravidanza e il corrispondente periodo di astensione legale; gravi motivi familiari documentati; limitazioni legali della mobilità personale; altri comprovati impedimenti oggettivi o forza maggiore.

domicilio, tempi di spostamento con mezzi pubblici, durata della disoccupazione, ammontare della retribuzione offerta con la proposta di lavoro.
Il criterio della coerenza con esperienze pregresse e, quindi, la valorizzazione della professionalità acquisita è sicuramente quello più interessante che, però, va letto alla luce di linee più ampie di intervento sulla formazione continua e sull'obsolescenza delle competenze, per evitare un inesorabile cortocircuito nell'incontro tra domanda e offerta.

3. La Naspi per i lavoratori-detenuti

La Naspi è una delle misure più richieste dai detenuti, anche in considerazione del fatto che, come anticipato, lo strumento del Reddito di cittadinanza è precluso durante la carcerazione (e oltre per alcune tipologie di reato).
Con il Messaggio n. 909/2019, l'Inps, tuttavia, ha ritenuto che non si possa parlare di recesso/perdita involontaria dell'occupazione, condizione richiesta dall'art. 3, d.lgs. n. 22/2015, nel caso di lavoro reso a favore dell'Amministrazione penitenziaria, in quanto questo è fisiologicamente soggetto a turnazione, dimenticando, però, che tale peculiarità esecutivo/organizzativa è dettata da una carenza di opportunità e non da una qualità intrinseca del lavoro domestico che ne segni (con stigma) una diversità ontologica da quello reso nel mercato libero. Partendo da questo errore concettuale (valoriale e sistemico), secondo l'Ente previdenziale, l'avvicendamento di periodi lavorati e periodi di inattività – che può comportare l'attesa di mesi o non realizzarsi – non può essere considerato, alla stregua di un licenziamento e, pertanto, viene meno uno dei presupposti costitutivi dell'erogazione dell'indennità. Ciò nonostante la contribuzione, versata dall'Istituto di pena, sia ritenuta utile ai fini dell'integrazione del requisito delle 13 settimane (negli ultimi 4 anni) qualora la richiesta di Naspi riguardi lo stato di disoccupazione determinato dalla cessazione involontaria del rapporto con un datore di lavoro esterno e diverso dall'Amministrazione stessa, con un evidente paradosso che attiene alla "sorte" nell'assegnazione.
L'Inps, inoltre, attinge a piene mani dalla sentenza della Cassazione n. 18505/2006 [41], laddove la Corte sottolineava che «l'attività lavorativa svolta all'interno dell'Istituto penitenziario e assegnata dalla Direzione non è equiparabile alle prestazioni di lavoro svolte al di fuori dell'ambito carcerario in quanto assume carattere del tutto peculiare per la sua precipua funzione rieducativa e di reinserimento sociale».
La pronuncia della Suprema Corte del 2006 è emblema di un atteggiamento di *deminutio* del lavoro interno a favore dell'Amministrazione rispetto a quello svolto per datori di lavoro esterni, anche se vengono maturati i contributi validi per costruire le posizioni

[41] Cass. pen., Sez. V, 3 maggio 2006, n. 18505, in *RDSS*, 2006, 3-4, 567 ss., sulla peculiare natura del lavoro svolto per l'Amministrazione penitenziaria, teso alla rieducazione e al reinserimento.

previdenziali e se le mansioni trovano collocazione nelle declaratorie della contrattazione collettiva.

La lettura che supera l'originario obbligo del lavoro carcerario, inteso come componente afflittiva della pena, si è ormai accreditata in dottrina e negli interventi di politica legislativa, confermata nella novella dell'art. 20, comma 1, o.p., ma ancora trova nella prassi applicativa dei punti di frizione, come nel caso, qui trattato, della Naspi o nella riduzione della retribuzione rispetto alle previsioni della contrattazione collettiva. Su questo aspetto si radica un ulteriore contenzioso sui differenziali retributivi[42] legato alla previsione dell'art. 22 o.p. che sancisce, per la retribuzione dei lavoratori alle dipendenze dall'Amministrazione, la falcidia di 1/3 (o tetto dei 2/3) del trattamento previsto dai contratti collettivi. Norma che risulta ancora più preoccupante se inserita nel dibattito sull'inadeguatezza di alcuni contratti collettivi (e non solo pirata)[43] a garantire il c.d. minimo costituzionale e la tenuta del principio di sufficienza dell'art. 36 Cost., con intervento del giudice, *ex* art. 2099, comma 2, c.c. che si discosta da tali parametri[44]. L'art. 22 o.p. era stato salvato dalla Consulta nel 1988 [45], nella nota sentenza in cui le peculiarità del lavoro a favore dell'Amministrazione penitenziaria si rinvenivano nelle finalità dello stesso ossia «la redenzione ed il riadattamento del detenuto alla vita sociale; l'acquisto o lo sviluppo dell'abitudine al lavoro e della qualificazione professionale che valgono ad agevolare il reinserimento nella vita sociale», le quali giustificavano la decurtazione della retribuzione.

La previsione mostra però il segno dei tempi e l'urgenza di una revisione che restituisca dignità al lavoro carcerario[46].

Per tornare al Messaggio dell'Inps sulla Naspi, esso si è tradotto in un fulmine a ciel sereno per i detenuti, inaugurando una prassi di diniego dei trattamenti di disoccupazione e, in alcuni casi, di recupero del versato [47], con un impatto durissimo sulle possibilità di sostentamento dei reclusi e delle loro famiglie.

[42] Di Spilimbergo, *Il lavoro è libertà (anche per i reclusi)*, in *VTDL*, 2022, 2, 333 ss.

[43] Cass., 2 ottobre 2023, n. 27713, in *Leggi d'Italia*.

[44] Trib. Bari, 13 ottobre 2023, in *LG*, 2024, 1, 99, in tema di minimo costituzionale non garantito dal contratto collettivo. Sui differenziali, Trib. Roma, 21 maggio 2021.

[45] C. cost., 21 dicembre 1988, n. 1087, in *FI*, 1989, I, 3071

[46] Sul punto di notevole interesse App. Roma, 20 giugno 2023, in *Leggi d'Italia*, sulla prescrizione dei crediti retributivi invocata dal Ministero in merito alla pronuncia di primo grado che riconosceva i differenziali retributivi per il lavoratore domestico, afferma che «il termine di prescrizione dei diritti del lavoratore non decorre durante lo svolgimento del rapporto di lavoro, in sé privo di stabilità, poiché, nei confronti del prestatore, è configurabile una situazione di *metus*, che, pur non identificandosi necessariamente in un timore di rappresaglie da parte del datore di lavoro».

[47] L'Associazione Antigone, Cgil e Inca Cgil, nell'autunno 2019 avevano predisposto un modello di ricorso gerarchico, da inoltrare tramite la piattaforma *web* dell'Inps. In caso di diniego da parte del Comitato provinciale dell'Inps, l'opzione è stata quella di rivolgersi alla sezione lavoro del Tribunale competente. Da lì l'avvio di un prolifico contenzioso di cui si tiene conto in queste pagine.

Solo di recente, e grazie all'avvio di un'operazione di *strategic litigation* [48], si vedono attecchire i primi germi di un diverso atteggiamento verso i diritti dei lavoratori-detenuti, con ampio richiamo alle fonti internazionali e alla lettura costituzionalmente orientata della disciplina (ritenuta ostativa) invocata dall'Ente previdenziale (nello specifico il requisito della involontarietà dello stato di disoccupazione).

Le sentenze di merito, antecedenti e successive al provvedimento, rivelano tuttavia un orientamento ambiguo della giurisprudenza, che dovrebbe far ripensare al significato assegnato al lavoro svolto all'interno del carcere [49]. Vale quindi la pena esaminare l'evoluzione del percorso argomentativo dei giudici per comprendere l'*iter* logico seguito e gli esiti raggiunti, che hanno riconosciuto l'erogazione della Naspi, laddove il datore di lavoro fosse l'Amministrazione penitenziaria, sostanzialmente in due ipotesi.

La prima ipotesi si ritiene integrata dal caso, piuttosto raro visto il basso tasso di formalizzazione dei rapporti di lavoro in carcere, in cui vi fosse un contratto a termine tra il detenuto e l'Amministrazione penitenziaria[50]; una volta raggiunto il termine, infatti, non ci sarebbe alcuna certezza di una futura assegnazione al lavoro e non si potrebbe parlare di mera sospensione, ritenendo pertanto soddisfatto il requisito della perdita involontaria necessaria, insieme agli altri requisiti oggettivi, per l'erogazione della Naspi [51].

La seconda ipotesi è legata alla vicenda della scarcerazione [52]. Il Tribunale di Torino già nella primavera del 2019 sottolineava che la negazione dell'indennità avrebbe impedito «al lavoro penitenziario di espletare, con efficacia duratura nel tempo, quella finalità rieducativa e di reinserimento sociale che ne costituiscono invece l'essenza». Nel caso di specie, poi, la privazione della Naspi sarebbe coincisa con un momento particolarmente delicato come quello del reinserimento nel mercato del lavoro [53]. L'operazione eseguita dal giudice consiste nel ritenere la scarcerazione una forma di cessazione del rapporto e nel negare l'involontarietà della perdita del lavoro laddove sia correlata a turnazione/avvicendamento

[48] Sul ruolo del sindacato, anche in chiave comparata, cfr. Protopapa, *Uso strategico del diritto e azione sindacale*, Il Mulino, Bologna, 2021.

[49] Malzani, *Lavoro a favore dell'Amministrazione penitenziaria e Naspi: un orientamento da ripensare*, in *RCP*, 2020, 2, 40 ss.; Caputo, *Lavoro, previdenza sociale, tutela contro la disoccupazione dei lavoratori detenuti nella giurisprudenza del giudice del lavoro*, in *LP*, 2023, 1 ss.

[50] In effetti, in alcune sentenze recenti, si ritiene che i rapporti con l'Amministrazione, proprio perché soggetti a rotazione, andrebbero considerati come plurimi contratti a termine; cfr. Trib. Firenze, 11 aprile 2024, n. 342, che decide contestualmente di 7 controversie analoghe.

[51] Trib. Ivrea, 25 ottobre 2018, secondo cui «con la cessazione del progetto … il contratto di lavoro … andrà a scadere e sarà rimessa alla Direzione la facoltà di valutare la sussistenza di nuove opportunità di inserimenti lavorativi». Da ultimo Trib. Brescia, 14 dicembre 2023, *infra* § 3.2.

[52] App. Torino, 29 luglio 2020; Trib. Torino, 24 gennaio 2019, con commento di V. Lamonaca, *Il diritto alla Naspi del lavoratore detenuto alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria*, in *RGL*, II, 2020, 196 ss. *Contra* Trib. Frosinone, 1° luglio 2021; Trib. Massa Carrara, 12 maggio 2021; App. Torino, 17 gennaio 2020, secondo cui la scarcerazione o il trasferimento in altro istituto di pena non integrano il criterio della perdita involontaria di lavoro.

[53] Trib. Torino, 24 gennaio 2019, cit.

(ritenuta una semplice sospensione) [54]. La pronuncia stabilisce, infatti, che se non si fosse in presenza di scarcerazione nulla spetterebbe al detenuto per i periodi di inattività tra un turno e l'altro, in quanto si tratta di un riflesso dell'organizzazione del lavoro nel carcere non assimilabile alla cessazione involontaria dell'occupazione (sussistente solo nel caso di fine pena o comunque di uscita dall'istituto[55]).

Di tenore simile, la sentenza del Tribunale di Verona del febbraio 2022[56], che fa ampio riferimento alla copertura costituzionale offerta dall'art. 35 Cost. e alla funzione rieducativa e di reinserimento sociale perseguita attraverso il lavoro, senza alcun cenno, però, al diritto alla Naspi nel caso in cui il venir meno dell'attività si realizzi in costanza di detenzione. Il problema, che andrebbe affrontato in modo più *tranchant* (senza scomodare l'*escamotage* del fine pena) pertanto, permarrebbe qualora il lavoro svolto per un certo periodo, e poi interrotto/sospeso, non riprendesse, per carenza strutturale di opportunità o per l'esercizio di un potere sanzionatorio riconosciuto all'Amministrazione penitenziaria, che può essere esercitato proprio assegnando o negando il lavoro ai detenuti ritenuti più o meno problematici/meritevoli.

La distinzione tra scarcerazione/cessazione, che dà diritto alla Naspi, e turnazione/sospensione, che esclude l'erogazione dell'indennità, appare dettata dall'esigenza di trovare la quadratura del cerchio nei casi concreti, senza voler costituire un precedente che possa incidere sulle casse dell'Ente pubblico. La prevalenza dei vincoli di bilancio porta, tuttavia, con sé una «degradazione dei diritti sociali a *diritti finanziariamente condizionati*» [57], si perde di vista il principio di eguaglianza e, nei casi esaminati, si giunge a un impatto di esclusione/discriminazione talmente marcato che vede minata alla radice «la cultura della solidarietà esistente nella convivenza sociale» [58]. Con tale operazione, poco lungimirante, si consacra, inoltre, una disparità di trattamento tra lavoratori alle dipendenze dell'Amministrazione o di datori esterni, pur in regime di lavoro *inframoenia*, e tra lavoratori-detenuti e lavoratori-liberi, aspetto già evidente in tema di decurtazione della retribuzione ammessa dall'art. 22 o.p. (*supra*).

Il mancato accesso alla Naspi rischia, infine, di assumere un effetto moltiplicatore del rischio di povertà ed esclusione sociale per i detenuti stranieri, per i quali spesso il lavoro in

[54] Trib. Milano, 10 novembre 2021, (con commento di Rossicano, L*a scarcerazione per fine pena può dare diritto alla Naspi?*, in *DRI*, 2022, 4, 687 ss.) e Trib. Venezia, 15 dicembre 2020, oltre a equiparare la scarcerazione per fine pena a cessazione involontaria, insistono sulla necessaria natura continuativa della prestazione resa a favore dell'Amministrazione e, pertanto, non soggetta a rotazione. *Contra*, ma solo sul requisito della continuazione, Trib. Padova, 15 novembre 2021. Escludono il diritto alla Naspi per mera sospensione dell'attività lavorativa dovuta a rotazione: App. Genova, 24 febbraio 2022; Trib. Brescia, 18 gennaio 2022; Trib. Palermo, 6 settembre 2021.

[55] Sul riconoscimento della Naspi al lavoratore domestico ammesso alla misura alternativa della detenzione domiciliare, Trib. Milano, 12 dicembre 2023, che parla di disoccupazione involontaria anche nei casi di avvicendamento, pur non essendo oggetto di causa.

[56] Trib. Verona, 7 febbraio 2022.

[57] Cinelli, *Condizionamenti finanziari e diritti sociali*, cit., 15.

[58] D'Onghia, *Welfare e vincoli economici nella più recente giurisprudenza Costituzionale*, in *LD*, 2018, 1, 95.

favore dell'Amministrazione penitenziaria costituisce l'unica esperienza lavorativa regolare e documentabile e l'indennità l'unica fonte di sostentamento, in assenza di reti esterne di supporto [59].

Nella sentenza del Tribunale di Padova del 2021[60], che fa espresso rinvio alle Mandela Rules, l'equiparazione tra lavoro carcerario e lavoro libero trova effettività nel riconoscimento della Naspi anche nel caso di assegnazione temporanea per rotazione al lavoro reso per l'Amministrazione, dal momento che tale aspetto organizzativo non attiene alla sfera di volontà del lavoratore-detenuto; ciò sebbene ancora una volta l'esito favorevole sia determinato dall'avvenuta scarcerazione (ormai acquisita dalle Corti come cessazione involontaria del rapporto). Analogamente nel caso di trasferimento ad altro istituto, secondo la Corte di Appello di Torino[61] la negazione della Naspi – e quindi l'adozione di letture che giustifichino uno scostamento dalle tutele riconosciute per il lavoro libero in ragione della funzione trattamentale/rieducativa – si porrebbero in contrasto con i principi generali di eguaglianza (art. 3 Cost.), di tutela del lavoro in tutte le sue forme (art. 35 Cost.), persino nella sua carenza e nella lotta al bisogno (art. 38 Cost.), nonché di emenda e recupero sociale che si realizza anche attraverso il lavoro (art. 27 Cost.).

Ed è proprio sull'art. 35 Cost., e sull'assimilabilità del lavoro carcerario a quello libero (art. 20, comma 3, o.p.), che fa leva la sentenza del Tribunale di Firenze del maggio 2022 [62] nel condannare l'Inps al versamento della Naspi richiesta dal lavoratore-detenuto inframurario a fronte del venir meno dell'assegnazione al lavoro, ascritta dall'istituto a una «peculiarità» del lavoro interno. L'ennesima lettura riduttiva da parte dell'Inps, che non considera cessazione involontaria la sospensione del rapporto lavorativo per turnazione, non trova alcun fondamento nei principi evocati e nelle considerazioni sistemiche qui svolte e semmai, al contrario, è da essi sconfessata. Nella stessa direzione valoriale, si è mossa la Corte d'Appello di Milano, nel giugno 2022 [63], con il riconoscimento della Naspi al lavoratore-detenuto addetto in via continuativa al lavoro domestico interno e, poi, ammesso alla misura alternativa dell'affidamento terapeutico. Sebbene si verta in un'ipotesi di fine detenzione, ormai acquisita dalle Corti come perdita involontaria del lavoro, è rilevante il fatto che il giudice invochi il «parametro della coerenza costituzionale dell'interpretazione». Alla luce di questo «appare coerente con l'obiettivo del reinserimento sociale il riconoscimento, molto più che il disconoscimento, del trattamento di disoccupazione a favore dell'*ex* dete-

[59] Le recenti riforme hanno inciso sulla condizione di irregolarità, e quindi sull'accesso a canali di lavoro sommerso, dei migranti, come sottolineato da Chiaromonte, *L'(in)evitabile nesso fra regolazione del lavoro immigrato e diffusione del lavoro sommerso: spunti ricostruttivi*, in Canavesi (a cura di), *Dinamiche del diritto, migrazioni e uguaglianza relazionale*, Eum, Macerata, 2019, 249 e ss.

[60] Trib. Padova, 15 novembre 2021, cit.

[61] Cfr. App. Torino, 26 ottobre 2021, sull'erogazione della Naspi in caso di perdita del lavoro per trasferimento del detenuto in altro istituto penitenziario.

[62] Trib. Firenze, 5 maggio 2022.

[63] App. Milano, 6 giugno 2022.

nuto che tenti di rientrare nel mondo del lavoro libero». Ciò in quanto, prosegue la motivazione, il rapporto punitivo e il rapporto di lavoro sono autonomi, semmai si affiancano, e in nessun caso l'attività lavorativa costituisce attuazione del trattamento punitivo, come confermato dalle fonti internazionali. L'esistenza di «indiscutibili profili di specialità» del lavoro in carcere, che si ritiene attengano più alla sfera organizzativa che non alla qualità intrinseca del lavoro stesso, non può, pertanto, incidere né sulla qualificazione del rapporto né sull'applicazione dello statuto di tutele riconosciute ai lavoratori liberi.
Il Tribunale di Siena[64] invoca gli artt. 35 e 38 della Costituzione per riconoscere la Naspi al lavoratore-detenuto in sospensione per avvicendamento, condizione che potrebbe riguardare anche i lavoratori alle dipendenze di datori di lavori esterni e per cui non è messa in dubbio la provvidenza. In appello la Corte ha riformato la pronuncia e disconosciuto l'erogazione della Naspi asserendo, tra l'altro, che la condizione di bisogno[65] economico sofferta dal lavoratore libero, e a cui dovrebbe sopperire l'indennità, non si ravvisa per il detenuto in quanto l'Amministrazione penitenziaria è comunque «tenuta a garantire le primarie esigenze di vita delle persone ristrette»[66]; affermazione decisamente disarmante che opera una sorta di graduatoria tra bisogno di "serie A" (per il disoccupato-libero) e bisogno di "serie B" (per il disoccupato-detenuto).

3.1. Uno spunto di riflessione: la disoccupazione per il part-time verticale e per il lavoro stagionale

Fermo restando che la conoscenza delle dinamiche interne al carcere svela in modo abbastanza chiaro la fallacia argomentativa sulla natura della rotazione dei lavoratori-detenuti utilizzata per escludere la Naspi, un ragionamento qui spendibile, sulla nozione di cessazione, può essere condotto partendo dall'esclusione dall'indennità di disoccupazione intervenuta in altri casi di ciclicità nell'assegnazione al lavoro. Si tratta della vicenda dei lavoratori a tempo parziale di tipo verticale su base annua – che avessero chiesto di essere mantenuti iscritti nelle liste di collocamento per i periodi di inattività, proprio perché tale condizione non era ritenuta disoccupazione involontaria – risolta in modo diverso da quella dei lavoratori stagionali.

[64] Trib. Siena, 5 settembre 2022. Nello stesso senso, Trib. Busto Arsizio, 11 luglio 2023, che attinge a piene mani alla sentenza senese.

[65] Sul concetto ondivago di bisogno, C. cost., 2 luglio 2021, n. 137, in *DPP*, 2021, 10, 1289, sull'illegittimità della norma contenuta nella l. n. 92/2012 che introduceva la sanzione accessoria, per alcuni reati, della revoca (seppur con effetto non retroattivo e con possibilità di ripristino) delle prestazioni assistenziali fondate sul bisogno (indennità di disoccupazione, assegno sociale, pensione sociale e pensione per gli invalidi civili) laddove la pena sia scontata in regime alternativo alla detenzione in carcere, come a dire che in carcere perlomeno i beni primari di sostentamento sono garantiti. Sempre sullo statuto di indegnità della legge Fornero, cfr. C. cost., 27 luglio 2023, n. 169, in *DPL*, 2023, 34-35, 2075, che dichiara non fondata la questione relativa alla norma della legge l. n. 92/2012 (art. 2, comma 61) sulla revoca dell'assegno sociale nei confronti di un soggetto condannato in via definitiva per uno dei delitti ricompresi nell'elenco di cui al comma 58, in relazione a fatti antecedenti l'entrata in vigore della legge del 2012.

[66] App. Firenze, 21 agosto 2023.

La previsione relativa al *part-time* era stata salvata dalla Consulta. La Corte sancì, infatti, che, a differenza degli stagionali la cui prestazione cessa con lo spirare del periodo di riferimento (salva la possibilità di stipula di nuovo contratto), nel *part-time* verticale il contratto resta in essere e vi è solo una sospensione dell'attività «assicurando al lavoratore una stabilità e una sicurezza retributiva, che impediscono di considerare costituzionalmente obbligata una tutela previdenziale (integrativa della retribuzione) nei periodi di pausa della prestazione»[67]. Al contrario, per gli stagionali, la Corte costituzionale assunse una pronuncia interpretativa di rigetto[68], riconoscendo il diritto all'indennità nei periodi di sosta.
Ammettendo di sorvolare sull'elemento più eclatante utilizzato dalla Corte per suffragare tale lettura ossia la (presunta) volontarietà della stipula di un contratto *part-time* di tipo verticale, volontarietà non sussistente nel caso dei detenuti che al più possono mettersi a disposizione nella speranza che il poco lavoro venga assegnato, resta da valutare l'impossibilità di accedere a forme alternative di reddito per soggetti che si trovano in una sorta di limbo, sprovvisto di tutela e non inquadrabile nemmeno in un'aspettativa giuridicamente rilevante di ripristino dell'attività lavorativa.
L'involontarietà, secondo un'isolata e più risalente pronuncia della Cassazione [69] sempre in un caso di *part-time* verticale, non deve riguardare «scelte del lavoratore, peraltro nella specie imposte dal mercato, ma il protrarsi della mancanza di lavoro»; inoltre, proseguiva la motivazione, «non sembra rilevante, al fine di escludere lo stato di disoccupazione, l'esistenza di un vincolo contrattuale che assicuri in un momento futuro il lavoro e la retribuzione». Vincolo contrattuale che, nel caso dei detenuti, nemmeno esiste, in quanto la Commissione preposta si limita a stilare una graduatoria dei soggetti impiegabili [70] a cui sovente non fa seguito la consegna di una vera e propria lettera di assunzione.
L'argomento utilizzato dalla Cassazione a Sezioni Unite nella pronuncia n. 1732/2003[71], con riguardo alla involontarietà di «soste o stagioni morte» per gli stagionali, attiene al fatto che essi non abbiano alcuna certezza né dell'assegnazione iniziale né, tantomeno, della riassegnazione del lavoro. La situazione, a ben vedere, è simile a quella in cui si trovano i detenuti in attesa di assegnazione al lavoro dopo un periodo di stallo/turnazione e, so-

[67] C. cost., 24 marzo 2006, n. 121, in *RIDL*, 4, 2006, 810 e ss. Con nota critica di C. Alessi. Sulla mancata corresponsione dell'indennità di disoccupazione e di malattia per il *part-time* verticale, rispettivamente, Cass., Sez. un., 6 febbraio 2003, n. 1732, in *DL*, 2004, II, 101 e ss.; Cass., 18 agosto 2003, n. 12087, in *GC Mass.*, 2003, 7, 8. Sulla possibilità di individuare uno spiraglio nell'art. 9, comma 3, del decreto n. 22/2015 che ammette la corresponsione della Naspi al lavoratore titolare di due o più rapporti di lavoro subordinato a tempo parziale che cessi da uno di detti rapporti, F. Ravelli, op. cit., 502.

[68] C. cost., 6 giugno 1974, n. 160, in *Leggi d'Italia*.

[69] Cass., 10 febbraio 1999, n. 1141, in *RGL*, 1999, II, 553.

[70] L'assegnazione al lavoro avviene con la formazione di due elenchi, uno generico e l'altro per qualifica, predisposti dalla Commissione di cui all'art. 20, comma 4, o.p. I criteri presi in considerazione riecheggiano quelli già utilizzati dalla disciplina lavoristica: anzianità di disoccupazione maturata durante la detenzione o internamento, carichi familiari, abilità lavorative possedute.

[71] Andreoni, *Part-time verticale e indennità di disoccupazione: chi ha paura della Corte costituzionale?*, in *RGL*, 2003, II, 435.

prattutto, in un contesto di scarse opportunità, in termini di monte ore disponibile, rispetto alla domanda della popolazione carceraria[72].
L'analogia con i lavoratori stagionali è evidente, considerando che i detenuti sono, come gli stagionali, assoggettati alle condizioni di un "mercato del lavoro" del tutto peculiare in cui spesso operano dinamiche complesse, non solo di scarsità ma anche di premio/castigo a cui devono inevitabilmente soggiacere.

3.2. Un ulteriore paradosso: il riconoscimento della Naspi e la compensazione delle spese di lite

Nella ricostruzione della giurisprudenza più recente è emerso un ricorrente riferimento, seppur incidentale in quanto non dirimente per la specifica controversia, alla irrilevanza del regime di avvicendamento al fine dell'erogazione della Naspi. I giudici hanno iniziato a prendere in considerazione il fatto che la rotazione (e connessa sospensione dei periodi lavorati) sia un vero e proprio pilastro organizzativo del lavoro c.d. domestico che, per scarsità, copre le esigenze di impiego di una minima parte della popolazione carceraria.
Non solo, quindi, la pronuncia della Cassazione del gennaio 2024, che apre questo contributo (punto 42 motiv.), ma anche altri giudici hanno iniziato a ragionare sull'impatto di tale esclusione in termini di discriminazione rispetto ad altre forme di lavoro carcerario (per datori di lavoro esterno) e di violazione delle norme che tutelano lo *status* di lavoratore e la sua dignità a prescindere dal contesto di esecuzione della prestazione[73].
In tale confortante panorama, colpisce la pronuncia del Tribunale di Brescia del dicembre 2023[74] a cui fanno da corollario, in punto di spese di lite, le citate sentenze di Firenze e Siena dell'aprile 2024.
La vicenda riguarda il lavoratore-detenuto impiegato con contratto a termine dal 25 luglio 2020 al 25 gennaio 2021 e poi prorogato al 30 aprile 2021, con mansioni di inserviente di cucina, che poi aveva poi presentato richiesta di Naspi rigettata dall'Inps.
La presenza di un contratto a termine – a differenza delle numerose altre ipotesi in cui difetta una formalizzazione e altresì le regole minime di trasparenza che sarebbero imposte nella lettera di assunzione (data di assunzione, orario di lavoro, inquadramento professionale, ccnl applicato, ecc.)[75] – è forse quella che dovrebbe generare meno problemi sul piano della ricostruzione, come già avvenuto nel contenzioso precedente al Messaggio Inps[76].
La giudice, tuttavia, offre un'apprezzabile ricostruzione del sistema delle fonti e del ruolo che il lavoro assume con le riforme del 1975 e del 2018, calate nel prisma costituzionale

[72] Sul punto, espressamente, Trib. Siena, 3 aprile 2024, cit.

[73] Trib. Firenze, 11 aprile 2024, cit.; Trib. Siena, 3 aprile 2024, cit.; Trib. Siena, 5 settembre 2022, cit.; Trib. Milano, 10 novembre 2021, cit.

[74] Trib. Brescia, 14 dicembre 2023.

[75] Sul tema, nelle sue più ampie declinazioni, Zilli, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pisa, 2022.

[76] Trib. Ivrea, 25 ottobre 2018, cit.

e nel lavorio interpretativo della Consulta, confermando che il fine rieducativo non altera la causa tipica del contratto di scambio. Si sofferma, inoltre, sulla natura involontaria della perdita del lavoro, che ricorre non solo in caso di scarcerazione ma anche nella rotazione/sospensione che potrebbe non essere mai riattivata, non dipendendo dalla volontà del lavoratore-detenuto e dovendo, altresì, l'Amministrazione cercare di redistribuire le scarse opportunità di lavoro domestico; in un importante passaggio si precisa che «la rigida struttura normativa, contemperata alla realtà carceraria, dimostra il carattere involontario della perdita dell'occupazione occasionata dalla turnazione nell'attività lavorativa, la quale è a tutti gli effetti da equipararsi a una cessazione del rapporto di lavoro».
Accertato, pertanto, il diritto alla corresponsione della Naspi e condannando l'Istituto, la giudice procede alla compensazione delle spese di lite. Tale ultimo profilo desta numerose perplessità non solo sull'applicazione delle regole generali di soccombenza ma anche sull'opportunità in termini di accesso alla giustizia. A fronte di una somma di 2.973,05 euro di Naspi, il pagamento delle spese e l'alea di un eventuale ulteriore grado di giudizio che potrebbe, addirittura e come già avvenuto, ribaltare la decisione nel merito lascia una forte insoddisfazione anche pensando all'insegnamento di Mengoni che invocava, nella decisione del giudice, l'abbandono dell'utilitarismo che ben può essere insito nella norma (espressione di una scelta del legislatore) in quanto la pronuncia giurisdizionale è improntata alla conformità a un sistema di valori precostituito[77], che deve, nei temi qui trattati, essere letto attraverso la chiave euristica della dignità e della giustizia sociale.

4. Alcune conclusioni in attesa della riforma

Il 22 gennaio 2024 è stato depositato alla Camera dei Deputati il testo del disegno di legge n. 1660, a firma Piantedosi, Nordio, Crosetto, recante *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario*. Per quanto concerne i temi del lavoro carcerario, sono collocati nel Capo V (*Norme sull'ordinamento penitenziario*, artt. 25-28).
Le norme del d.d.l., e il rinvio alla riforma più complessiva, sono volte a incrementare l'accesso al lavoro della popolazione detenuta o in esecuzione penale esterna, sebbene si individuino fin da subito alcune frizioni. In particolare, e soprattutto, l'art. 25 che estende il catalogo dei reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* o.p.[78]; resta, invece, invariata la previsione secondo cui l'accesso ai permessi, alle misure alternative e alle opportunità lavorative sarà condizionato alla insussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e alla presenza dei requisiti contenuti nella norma stessa.

[77] Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *RTDPC*, 1994, 1 e s.

[78] Vengono inseriti nell'elenco l'istigazione a disobbedire alla legge (art. 415 c.p.) e il reato di rivolta (art. 415 *bis* c.p.).

Sul versante promozionale, nell'art. 26, ciò che salta subito all'occhio è l'estensione dei benefici contributivi, di cui all'art. 4, comma 3 *bis*, l. 8 novembre 1991, n. 381 (previsti dalla c.d. Legge Smuraglia, l. 22 giugno 2000, n. 193), alle imprese private che impieghino detenuti in regime di lavoro esterno *ex* art. 21 o.p. Tale previsione, infatti, al momento è espressamente riservata – ai sensi del Decreto ministeriale del 24 luglio 2014, n. 148 e ripresa dalla Circolare Inps 15 febbraio 2019, n. 27 – alle sole cooperative sociali mentre per gli altri datori di lavoro la decontribuzione opera per le attività inframurarie, benché con estensione fino ai 18 o 24 mesi successivi alla cessazione dello stato detentivo[79].
Lo sgravio contributivo per l'assunzione di lavoratori-detenuti ai sensi della Smuraglia, è fissato con decreto ministeriale al 95% e spetta per le assunzioni con contratto di lavoro subordinato sia a tempo determinato che indeterminato, anche a tempo parziale, ivi compresi i rapporti di apprendistato, mentre resta esclusa per il lavoro domestico. L'agevolazione è, invece, ammessa per i rapporti di lavoro intermittente e le assunzioni effettuate a scopo di somministrazione. Lo sgravio contributivo è riconosciuto anche alle imprese che svolgano attività di formazione nei confronti di detenuti e internati purché poi segua l'assunzione per un periodo minimo corrispondente al triplo del periodo di formazione per cui si è goduto del credito d'imposta[80]. Restano, infatti, invariate le disposizioni sul credito d'imposta, a cui il d.d.l n. 1660 non fa cenno, che, in tutti i casi menzionati, si attesta sui 520 euro mensili per ogni detenuto assunto e 300 euro mensili per ogni semilibero[81].
L'art. 25 del d.d.l. n. 1660, in chiusura, interpola l'art. 20, comma 8, o.p. con l'individuazione di un termine di 60 giorni all'Amministrazione penitenziaria per pronunciarsi sulle proposte di convenzioni con soggetti pubblici, privati o cooperative al fine di favorire opportunità di inserimento occupazionale *infra* o *extra moenia*[82]; la finalità è quella di facilitare la imprese che vogliano entrare nel circuito del sostegno al lavoro carcerario.
In una logica di incentivo all'occupabilità si colloca, poi, l'art. 27 del d.d.l. n. 1660, che interviene sull'art. 47, comma 4, del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, e prevede l'assunzione in apprendistato professionalizzante senza limiti di età per i condannati e gli internati ammessi a misure alternative alla detenzione nonché i detenuti assegnati al lavoro esterno *ex* art. 21 o.p.
Più in generale, invece, l'art. 28 del d.d.l. n. 1660 getta le basi per una riforma del d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230 (Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà), al fine di «semplificare, favorire e valorizzare tutte

[79] L'estensione fino a 18 mesi riguarda i detenuti ed internati che abbiano beneficiato della semilibertà o del lavoro esterno ai sensi dell'art. 21 o.p., mentre l'estensione fino 24 mesi concerne chi non abbia fruito di tali opportunità.

[80] Restano escluse dalle agevolazioni le imprese che abbiano stipulato convenzioni con gli enti locali aventi per oggetto un'attività formativa.

[81] Nel caso di assunzione con contratto di lavoro a tempo parziale, il credito d'imposta viene riproporzionato.

[82] L'Amministrazione dovrà, pertanto, indicare le condizioni e le prescrizioni eventualmente necessarie ai fini dell'approvazione della proposta stessa.

le possibili iniziative di promozione del lavoro per i soggetti sottoposti al trattamento penitenziario, con positivi impatti a livello sociale» (Relazione tecnica annessa al d.d.l., p. 26).
I criteri ispiratori della riforma saranno rinvenuti: a) nella sussidiarietà orizzontale; b) nella semplificazione dei rapporti tra imprese e strutture carcerarie; c) nello sviluppo di modelli organizzativi di co-gestione per attività di spiccata valenza sociale; c) nel riconoscimento delle attività lavorative e formative svolte dai detenuti e internati a fini curriculari; d) nella semplificazione di recezione di commesse private; e) nella diffusione, tramite le istituzioni e gli enti professionali, delle informazioni relative a iniziative legislative e amministrative riguardanti il reinserimento lavorativo.
L'auspicio resta quello, sopra sottolineato, di una piena dignità del lavoro carcerario, anche domestico, al pari di quello reso nel mercato libero, rimuovendo i principali (sebbene non gli unici) cortocircuiti del sistema: la falcidia retributiva dell'art. 22 o.p., in ossequio al principio costituzionale di sufficienza, e, sul piano previdenziale, il superamento della lettura limitativa sull'erogazione della Naspi.

Brevi riflessioni su differenziale di genere e discriminazioni indirette nel sistema italiano di sicurezza sociale*

Valeria Filì

Ordinaria di Diritto del Lavoro nell'Università di Udine

Sommario: 1. *Gender gap* e discriminazioni indirette nel sistema italiano di *Welfare*. – 2. Una lettura di genere dei dati Inps: più povere, più vecchie e più malate. – 2.1. Il *gender gap* si autoalimenta in modo apparentemente neutro: il paradosso dei coefficienti di trasformazione del montante contributivo. – 3. Una lettura di genere dei dati Inail: il *boomerang* del *multitasking* femminile. – 4. Una critica in prospettiva di genere alle regole sull'I.S.E.E.: ancora sottovalutata la violenza economica. – 5. Accesso alla sicurezza sociale e possibili discriminazioni intersezionali: il caso delle madri straniere. – 6. Brevi (polemiche) considerazioni conclusive.

Sinossi: La sicurezza sociale non solo costituisce il riflesso delle dinamiche occupazionali, ma ne rappresenta anche il lato oscuro in quanto frutto di ciò che si è seminato negli anni precedenti, quindi concretizzazione di ogni discriminazione, patologia e disarmonia presente nel mondo del lavoro e, prima ancora, nella società. A tutt'oggi, nella regolamentazione degli istituti di previdenza e assistenza sociale non si tengono nel dovuto conto i cambiamenti sociali e culturali, in tal modo ignorando le vere esigenze delle persone.

Abstract: *Social security is not only a reflection of employment dynamics but is also its dark side as it is the result of what has been sown in previous years, and thus the materialization of every discrimination, pathology and disharmony presents in the world of work and, before that, in society. Even today, social security and social assistance institutions do not take due account of social and cultural changes, thus ignoring people's real needs.*

Parole chiave: Differenza di genere – Sicurezza sociale – Discriminazioni
Key-words: Gender gap – Welfare system – Discriminations

* La ricerca è riconducibile al PRIN LIVEABLE-Labour as a driver of sustainable development (P.I. Valeria Filì), Bando 2020, Prot. 20205W92MT, Unità dell'Università di Udine, CUP G23C22000560001 .

1. *Gender gap* e discriminazioni indirette nel sistema italiano di *Welfare*

Il nostro sistema di sicurezza sociale è nato e si è strutturato a misura di una società in cui il differenziale di genere è un dato acquisito e, in molti casi, considerato come naturale effetto della differenza dei ruoli delle donne e degli uomini nella società e nella famiglia[1]. Le discriminazioni e le disparità presenti nella società e nel mercato del lavoro non possono che riversarsi nel sistema di *Welfare* che da quella società e da quel mercato trae linfa e fondamento.

Detto diversamente, se nel mercato del lavoro ancora oggi riscontriamo un differenziale retributivo connesso al genere e discriminazioni dirette e indirette che inibiscono o deprimono l'occupazione femminile specie nel caso delle lavoratrici madri, non ci si può meravigliare del c.d. *gender gap* previdenziale, che si sostanzia in una maggiore povertà e, complessivamente, vulnerabilità delle donne pensionate rispetto agli uomini.

La stessa strutturazione del *Welfare* italiano non tiene nel dovuto conto i cambiamenti sociali e culturali che dalla fine dell'Ottocento (ma specie dagli anni '60 del Novecento) ad oggi hanno caratterizzato la vita delle persone, in tal modo ignorando le necessarie esigenze di adeguamento del sistema a tali evoluzioni.

Analizzando i dati elaborati dall'Inps e dall'Inail e riflettendo sulle regole del sistema di sicurezza sociale, emerge un mosaico complesso in cui il disequilibrio di genere appare molto forte, in ragione delle diverse carriere lavorative e della mancata adozione di correttivi idonei a riequilibrare, almeno in parte, gli ostacoli che di fatto le donne incontrano nella vita e nel lavoro.

2. Una lettura di genere dei dati Inps: più povere, più vecchie e più malate

La fotografia del sistema di sicurezza sociale scattata dall'Inps nel suo ultimo rapporto annuale[2], come detto, consente di guardare con realismo e disincanto quello che è successo nel mercato del lavoro negli ultimi decenni, visto che la sicurezza sociale non solo costituisce il riflesso delle dinamiche occupazionali, ma ne rappresenta anche il "lato oscuro" in quanto frutto di ciò che si è seminato negli anni precedenti e, quindi, concretizzazione di ogni discriminazione, patologia e disarmonia presente nel mondo del lavoro e, prima ancora, nella società.

[1] Cfr. Vicarelli, *Sistemi familiari e configurazioni di welfare. Note per una analisi longitudinale*, in *DRI*, 2024, 1, 19 e ss.; Spangaro, *Famiglia e sicurezza sociale nella prospettiva civilistica*, in *DRI*, 2024, 31 e ss.; Filì, *Sufficienza della retribuzione e sostegno alla famiglia: dall'assegno per il nucleo familiare al welfare aziendale,* in *DRI*, 2024, 48 e ss.

[2] INPS, *XXII Rapporto annuale*, settembre 2023, in *www.inps.it*.

Stando ai dati dell'anno 2022, nel nostro Paese sono circa 16 milioni i pensionati, di cui 15 milioni e mezzo i pensionati Inps; di questi, il 52% sono donne e percepiscono in media un trattamento di importo inferiore del 36% rispetto a quello percepito dagli uomini[3]. Come era prevedibile, i termini di paragone si invertono con riferimento alle pensioni ai superstiti in cui le vedove, che rappresentato l'87% del totale dei percettori, godono di un trattamento medio più alto di quasi il 36% rispetto a quello percepito dai vedovi. Questi dati confermano, evidentemente, oltre che la maggiore longevità femminile, anche il divario retributivo e pensionistico di genere ancora fortemente presente nel nostro sistema di *Welfare*[4].

Secondo l'Inps, sul differenziale di genere dei trattamenti incide in maniera significativa l'uscita delle donne dal mercato del lavoro prevalentemente con lo strumento della pensione di vecchiaia a causa di carriere contributive discontinue e ritardate (fatta salva la via di fuga rappresentata da «Opzione donna», cfr. *infra*), mentre gli uomini riescono a maturare la pensione di vecchiaia anticipata il cui importo è tendenzialmente superiore perché legato a carriere lavorative più lunghe, spesso con remunerazioni più elevate (1.975 euro in media rispetto a 1.092 euro dei trattamenti di vecchiaia)[5].

Con riferimento all'età media al pensionamento, le donne sono costrette, come detto, ad andare in pensione successivamente agli uomini, prevalentemente con il pensionamento di vecchiaia, chiaramente a causa della maggiore discontinuità delle loro carriere che comporta ritardi nel raggiungimento dei requisiti contributivi per la pensione anticipata[6].

Con riferimento alle c.d. misure di flessibilità pensionistica o "vie di fuga dal lavoro", l'analisi congiunta svolta dall'Inps con l'Ufficio Parlamentare di Bilancio su «Quota 100» ha evidenziato una adesione a questa misura di gran lunga inferiore rispetto alle attese che ne avevano accompagnato l'introduzione (d.l. 28 gennaio 2019, n. 4), nonché una declinazione fondamentalmente al maschile, come ampiamente pronosticato visti i requisiti richiesti[7]. Le domande di pensione «Quota 100» proposte da donne e accolte al 31 dicembre 2021 sono state solo il 31% del totale, valore che rappresenta la media tra il 17% del totale tra gli autonomi, il 21% dei dipendenti privati e il 55% del complesso dei dipendenti pubblici. La maggiore presenza di donne pensionate con «Quota 100» nel pubblico impiego viene spiegata per il poderoso numero di donne alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni cui generalmente si accompagna un percorso di carriera più lineare e continuo rispetto alle lavoratrici del settore privato.

[3] INPS, *XXII Rapporto*, cit., 1.

[4] INPS, *XXII Rapporto annuale*, settembre 2023, Appendice, 46, in *www.inps.it*.

[5] INPS, *XXII Rapporto*, cit., 152.

[6] INPS, *XXII Rapporto*, cit., 150.

[7] INPS e UPB, *Un bilancio di Quota 100 a tre anni dal suo avvio*, 22 giugno 2022, in *www.inps.it/it/it/inps-comunica/notizie/dettaglio-news-page.news.2022.06.un-bilancio-di-quota-100-evento-inps-e-ufficio-parlamentare-bilancio.html*.

In ogni caso, tra gli importi è notevole il differenziale di genere, specialmente con riferimento alle aree del lavoro autonomo e di quello privato in cui le donne ammesse a «Quota 100» percepiscono (in ciascuna) trattamenti più bassi di circa il 25% rispetto agli uomini; viceversa, nell'area del pubblico impiego il *gender gap* si riduce all'8%[8].

Per quanto riguarda la via di uscita anticipata denominata «Opzione donna» vanno fatte alcune considerazioni specifiche, specie alla luce dei dati disponibili.

La l. 23 agosto 2004, n. 243 (c.d. riforma Maroni) aveva introdotto (art. 1, comma 9) la possibilità in via sperimentale e fino al 31 dicembre 2015, di conseguire il diritto all'accesso al trattamento pensionistico di anzianità, in presenza di un'anzianità contributiva pari o superiore a 35 anni e di un'età pari o superiore a 57 anni per le lavoratrici dipendenti e a 58 anni per le lavoratrici autonome a condizione che optassero per una liquidazione del trattamento secondo le regole di calcolo del sistema contributivo. Tale meccanismo è stato più volte prorogato e ritoccato nel corso del tempo (si pensi all'innalzamento di un anno del requisito anagrafico da parte dell'art. 16, d.l. n. 4/2019, conv. con modif. nella l. 28 marzo 2019, n. 26), fino ad arrivare alle leggi di bilancio per il 2023 (l. 29 dicembre 2022, n. 197) e il 2024 (l. 30 dicembre 2023, n. 213) che, per ridimensionare le uscite, hanno previsto un vero e proprio inasprimento dei requisiti di accesso alla misura.

Nel 2024 il diritto è riconosciuto a due categorie di lavoratrici: innanzi tutto, a quelle che entro il 31 dicembre 2021 hanno maturato un'anzianità contributiva pari o superiore a 35 anni e un'età pari o superiore a 58 anni per le dipendenti e a 59 anni per le autonome; in secondo luogo, alle lavoratrici che entro il 31 dicembre 2023 hanno maturato un'anzianità contributiva pari o superiore a 35 anni e un'età anagrafica di almeno 61 anni, ridotta di un anno per ogni figlio nel limite massimo di due anni e che si trovano in una delle seguenti condizioni "soggettive": a) assistano, al momento della richiesta e da almeno sei mesi, il coniuge o un parente di primo grado convivente con *handicap* in situazione di gravità *ex* art. 3, comma 3, l. 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero un parente o un affine di secondo grado convivente qualora i genitori o il coniuge della persona con *handicap* in situazione di gravità abbiano compiuto i settanta anni di età oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti; b) abbiano una riduzione della capacità lavorativa, accertata dalle competenti commissioni per il riconoscimento dell'invalidità civile, superiore o uguale al 74 per cento; c) siano state licenziate o dipendenti da imprese per le quali è attivo un tavolo di confronto per la gestione della crisi aziendale presso la struttura per la crisi d'impresa *ex* art. 1, comma 852, l. 18 aprile 2006, n. 296 e in questo caso la riduzione massima di due anni del requisito anagrafico di 61 anni si applica a prescindere dal numero di figli.

Finalmente la qualificazione delle donne quali badanti o *caregivers* viene messa nero su bianco dal legislatore. Nella consapevolezza della carenza strutturale dei servizi destinati

[8] INPS e UPB, *Un bilancio di Quota 100*, cit., p. 16.

ai disabili, agli anziani e alle persone comunque non autosufficienti, ancora una volta si punta sul *welfare* familiare, cioè sulle donne, apparentemente "premiandole" con una uscita anticipata, ma in realtà continuando a pregiudicarle.
Sempre stando ai dati dell'Inps, a gennaio 2023 le donne andate in pensione con questo strumento sono state 174.535, di cui oltre la metà lavoratrici subordinate e prevalentemente residenti nel Nord del Paese. Questi pensionamenti costituiscono il 16,3% del complesso delle pensioni anticipate liquidate a lavoratrici subordinate e autonome dal 2010 e l'assegno medio è del 39,8% più basso rispetto alla media delle pensioni anticipate (1.171,19 euro contro 1.946,92 euro).
Optare per questa via di uscita dal lavoro non è certo indolore per le donne: il ricalcolo contributivo comporta una penalizzazione importante che però scema con il diminuire della quota astrattamente riconducibile al calcolo col metodo retributivo, quindi agli anni di contribuzione anteriori al 1° gennaio 1996. Questo significa che in prospettiva, con la diminuzione dei contributi versati prima dell'entrata in vigore della c.d. Riforma Dini (l. 8 agosto 1995, n. 335), la perdita causata dal metodo di calcolo tenderà a scomparire.
Certo, se si paragona il trattamento percepito con questo meccanismo e quello che le optanti avrebbero astrattamente percepito se avessero continuato a lavorare, emerge nuovamente una cospicua perdita economica. Va aggiunto che dai dati spicca una maggiore propensione a utilizzare l'opzione tra le lavoratrici collocate nelle classi di reddito più basse e quindi già in partenza con minore contribuzione[9].
In definitiva, «Opzione donna» non solo è frutto del *gender gap* ma lo riproduce.
Da un lato, l'uscita anticipata è stata pagata a caro prezzo, con una decurtazione importante del trattamento già di partenza modesto, così amplificando il *gender gap* previdenziale, comunque esistente; dall'altro lato, le donne sono state spinte ad utilizzare questo strumento da condizioni familiari e contesti sociali che le hanno "risucchiate" tra le mura domestiche, in particolare per svolgere funzioni di *caregivers*, per occuparsi di minori, disabili e anziani non autosufficienti, colmando, come da tradizione italiana, le inefficienze del *Welfare* statale.
Per chiudere la carrellata sui dati vale la pena segnalare anche quelli relativi alle prestazioni assistenziali, rispetto alle quali la percentuale di donne che ne usufruiscono è maggiore rispetto a quella degli uomini: questo riguarda sia le pensioni e gli assegni sociali (circa il 62,5% di donne) sia i trattamenti di invalidità civile (circa il 58,4% di donne).
Va evidenziato che, se per i trattamenti di invalidità civile l'importo medio mensile lordo al 31 dicembre 2022 è di 471 euro per le donne e 465 euro per gli uomini, con riferimento alle pensioni e assegni sociali gli uomini percepiscono comunque 15 euro di più al mese (485 contro 470 delle donne) [10].

[9] INPS, *XXII Rapporto*, cit., 181-188.

[10] INPS, *XXII Rapporto*, cit., 146.

Interessante è, poi, un altro aspetto messo chiaramente in luce dall'Inps: analizzando i dati del periodo che va dal 2014 al 2021 si constata che, se certamente le donne vivono più a lungo degli uomini, è anche vero che si ammalano di più (54,5% delle patologie tumorali, 54,7% psichiatriche, 55,9% del sistema nervoso, 59% altre patologie)[11]. Detto diversamente, la maggiore longevità delle anziane va a detrimento della loro qualità di vita.

Questa prospettiva è oramai oggetto di attenta analisi interdisciplinare, in particolare grazie agli studi riconducibili alla c.d. medicina di genere che guarda alle patologie e alle terapie tenendo in considerazione non solo i dati clinici ma anche i fattori ambientali, sociali, culturali e reddituali poiché tutti questi elementi contribuiscono sia alla longevità sia allo stato di salute delle persone.

Grazie alla spinta dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, nel 2019[12] il Ministero della Salute ha approvato il «Piano per l'applicazione e la diffusione della Medicina di Genere» in attuazione dell'art. 3, comma 1, della l. 11 gennaio 2018, n. 3, al fine di diffondere un approccio alla salute e all'erogazione delle cure in modo personalizzato, mettendo al centro la persona malata secondo una visione olistica che considera non solo le caratteristiche biologiche e cliniche della malattia, ma anche i fattori personali, culturali e sociali che compongono il suo *background* e che costituiscono fattori rilevanti per il benessere o malessere incidendo sulla costruzione del percorso assistenziale e sulla relazione di cura[13]. La consapevolezza della sottorappresentazione delle donne nella medicina (essendo state storicamente marginalizzate nella ricerca scientifica e medica che si è concentrata sul corpo maschile, trascurando le differenze femminili), sia con riferimento alla diagnostica, sia alla clinica, sia alle cure, non ha ancora determinato l'eliminazione del *gender gap* nella tutela della salute, anzi, l'uso massiccio dell'intelligenza artificiale nella diagnostica e nella scelta terapeutica rende ancora più urgente l'accertamento dell'assenza di "*bias*" negli algoritmi di *machine learning* onde evitare non solo la ripetizione degli stereotipi e il perpetuarsi delle discriminazioni di genere, ma anche l'aumento delle diseguaglianze nell'assistenza sanitaria[14].

In definitiva, analizzando i dati, possiamo con certezza affermare che il *gender gap* esiste anche nella sicurezza sociale nel suo complesso, emergendo un *identikit* femminile non rassicurante: più povere, più vecchie e più malate.

[11] INPS, *XXII Rapporto*, cit., 334.

[12] Piano per l'applicazione e la diffusione della Medicina di Genere, in *www.epicentro.iss.it/medicina-di-genere/piano-medicina-genere*.

[13] Gaudino (a cura di), *La relazione di cura tra legge e prassi. Un'indagine comparativa tra Italia, Francia, Spagna e Inghilterra*, Pisa, 2021.

[14] Zack, Lehman, Suzgun, Rodriguez, Celi, Gichoya, Jurafsky, Szolovits, Bates, Abdulnour, Butte, Alsentzer, *Assessing the potential of GPT-4 to perpetuate racial and gender biases in health care: a model evaluation study*, in *Lancet Digit Health*, 2024, 6, 12 e ss.; Figueroa, Luo, Aguilera, Lyles, *The need for feminist intersectionality in digital health*, in *Lancet Digit Health*, 2021, 526 e ss.

2.1. Il *gender gap* si autoalimenta in modo apparentemente neutro: il paradosso dei coefficienti di trasformazione del montante contributivo

La rilevanza di una lettura in chiave interdisciplinare dei fenomeni, come nel caso della medicina di genere, emerge anche nel rapporto dell'Inps laddove viene "smascherato" il paradosso dei vigenti coefficienti di trasformazione del montante contributivo.

Secondo l'Istituto «numerosi studi mostrano che la mortalità varia significativamente in funzione delle caratteristiche individuali e in particolare del reddito. Dal punto di vista previdenziale l'entità delle differenze è cruciale per l'equità e la solidarietà del sistema pensionistico quando il metodo di calcolo delle prestazioni è contributivo e basato su coefficienti di trasformazione indifferenziati. Infatti, questo metodo, pur raggiungendo l'obiettivo di legare l'importo della prestazione alla speranza di vita, risulta iniquo dal punto di vista attuariale in quanto nella redistribuzione delle risorse non tiene conto delle differenze di mortalità tra soggetti e in presenza di eterogeneità per classe di reddito, comporta un trasferimento di risorse dai soggetti meno facoltosi a quelli più ricchi e longevi generando di fatto una solidarietà al contrario»[15].

L'Inps mette in discussione la struttura dell'algoritmo su cui si fonda il calcolo dell'aspettativa di vita, evidenziando la pluralità di condizioni che incidono sulla longevità e la loro complessa interazione. Non considerare questi elementi comporta il rischio di amplificare i divari sociali, col paradosso di dare luogo ad un sistema fondamentalmente iniquo.

La speranza di vita, infatti, varia in relazione al sesso, al reddito "familiare" o "coniugale" (specie per le donne) e alla residenza geografica, a dimostrare il forte peso che ha il contesto socioeconomico e culturale sul benessere (e malessere) delle persone.

A conti fatti, i dati che oggi fondano la costruzione dei coefficienti di trasformazione del montante contributivo, pur sembrando apparentemente neutri, sono forieri di discriminazioni indirette, poiché sono tarati su valori della speranza di vita indifferenziati, penalizzando i soggetti già più fragili e vulnerabili perché, come dice chiaramente l'Inps, non considerare che i meno abbienti hanno normalmente una speranza di vita inferiore alla media determina l'erogazione di una prestazione iniqua a tutto vantaggio dei più ricchi[16].

In questa condizione di vulnerabilità economico-sociale si ritrovano e si ritroveranno sempre più donne, specie se "*single*" o separate, divorziate e senza figli, condizione statisticamente in aumento.

Il *gender gap* nel mercato del lavoro è ormai un dato acquisito[17] che, come sopra evidenziato, si propaga e amplifica nella sicurezza sociale in più modalità.

[15] INPS, *XXII Rapporto*, cit., 189.

[16] INPS, *XXII Rapporto*, cit., 142.

[17] Sul punto si rinvia a quanto già scritto, v. Filì, *«Mind the gap!». La professionalità per l'occupabilità in una prospettiva di genere*, in Brollo, Zoli, Lambertucci, Biasi (a cura di), *Dal lavoro povero al lavoro dignitoso. Politiche, strumenti, proposte*, ADAPT *Labour Studies e-Book series* n. 101, 2024, 425 e ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

3. Una lettura di genere dei dati Inail: il *boomerang* del *multitasking* femminile

Anche analizzando i dati sugli infortuni e le malattie professionali, si può toccare con mano il *gender gap* e le discriminazioni in danno delle lavoratrici.
L'*identikit* tratteggiato dall'ultimo rapporto Inail[18] rispecchia la complessità e poliedricità della vita delle donne e dei ruoli da queste assunti nella nostra società.
In particolare, emerge come la difficoltà di conciliare la vita personale e familiare con quella lavorativa si traduce nella maggiore esposizione al rischio degli infortuni *in itinere*. Infatti, la frequenza degli spostamenti, la frenesia dei ritmi e la difficoltà di ritagliarsi adeguate pause per il recupero comportano un maggior rischio "strada" e stress lavoro-correlato. Il c.d. *multitasking* che caratterizza il tempo delle donne c.d. madri di famiglia o comunque *caregivers* di persone non autosufficienti, diventa il *boomerang* che ne decreta la maggiore vulnerabilità per quanto concerne infortuni e malattie professionali.
A questo si aggiunga che professioni con un tasso di femminilizzazione molto alto, come quelle sanitarie e legate al mondo della scuola, sono, da un po' di anni, al centro di violenze e aggressioni, esponendo chi lavora in questi settori anche a questi nuovi rischi.
Il rapporto Inail segnala che le lavoratrici sopra i 50 anni sono soggette a infortuni più degli uomini[19] e, comunque, la stragande maggioranza degli infortuni si concentrano nei settori della sanità e assistenza sociale, trasporto e magazzinaggio, commercio, ristorazione e manifatturiero, servizi domestici e familiari e, ovviamente, nel Conto Stato. Viene evidenziata anche una interazione tra il genere e il dato geografico, in quanto i due terzi degli infortuni femminili si concentrano al Nord del Paese[20].
Sembra, dunque, che la maggiore occupazione delle donne nelle Regioni Settentrionali ne determini anche la maggiore esposizione a fonti di pericolo; eppure, stando alle norme vigenti, i datori di lavoro (fatta eccezione per il lavoro domestico) dovrebbero operare una attenta valutazione dei rischi, anche con riferimento alle diversità di genere e di età.
Il combinato disposto degli artt. 6, 11, 12 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 con l'art. 28 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, impone un esame attento dei luoghi di lavoro e delle attività svolte in relazione alle specificità correlate all'impiego di personale femminile, seppure lo stillicidio degli infortuni, oltre che l'aumento delle malattie professionali (che sono risalite per entrambi i generi dalla fine della pandemia), lascino intendere che se molto è stato fatto, ancora molto resta da fare, specie sul fronte dell'approccio c.d. *gender oriented* anche alle misure di prevenzione.

[18] INAIL, *Dossier Donne 2024*, 7.3.2024, in *www.inail.it/cs/internet/comunicazione/pubblicazioni/dossier-e-speciali/dossier-speciali-donne-2024.html*.

[19] INAIL, *Dossier Donne*, cit.

[20] INAIL, *Dossier Donne*, cit.

4. Una critica in prospettiva di genere alle regole sull'I.S.E.E.: ancora sottovalutata la violenza economica

Nel ragionare di *gender gap* e discriminazioni indirette nell'accesso a prestazioni e servizi riconducibili all'area dell'assistenza sociale, il discorso non può non planare sullo strumento che nel nostro ordinamento viene utilizzato per l'accertamento dello stato di bisogno effettivo: il c.d. I.S.E.E.

La nascita dell'Indicatore della Situazione Economica Equivalente risale al d.lgs. 31 marzo 1998, n. 109, con cui sono stati delineati, in via sperimentale, criteri unificati di valutazione della situazione economica di coloro che richiedono prestazioni o servizi sociali o assistenziali non destinati alla generalità dei soggetti o comunque collegati nella misura o nel costo a determinate situazioni economiche.

In attuazione del citato decreto legislativo è stato emanato il d.p.c.m. 7 maggio 1999, n. 221, che, nel definire la composizione del nucleo familiare ai fini ISEE (art. 1-*bis*), ha utilizzato, per motivi ovvi, come riferimento la famiglia anagrafica, seppure prevedendo alcune ipotesi di eccezione a tale regola.

Ragionando di un criterio che è funzionale a valutare la capacità economica di una famiglia e dei suoi componenti al fine di farli accedere ad un beneficio di natura assistenziale, è logico e ragionevole considerare, *in primis*, il dato della convivenza, quindi partire dalla residenza anagrafica come registrata dal Comune competente.

Tale dato evita anche, in molti casi, il pericolo di frodi alla legge, inibendo creazioni fittizie di nuclei familiari distinti ma conviventi sotto lo stesso tetto al mero fine di procurarsi I.S.E.E. più favorevoli per lucrare benefici assistenziali altrimenti non dovuti.

Nel caso di coniugi con la stessa residenza il d.p.c.m. n. 221/1999 applicava in via esclusiva il criterio anagrafico senza possibilità di eccezioni. Tale previsione appariva sintonica con la definizione di «famiglia anagrafica» contenuta nell'art. 4 del «Regolamento anagrafico della popolazione residente» approvato con d.p.r. 30 maggio 1989 n. 223, versione originaria, secondo cui «per famiglia si intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune».

In realtà, procedendo in tal modo, sono state totalmente ignorate tutte le ipotesi di violenza domestica con conseguente necessità di ricovero della donna in dimora protetta o affido esclusivo dei minori ad un genitore o di abbandono della famiglia da parte di un genitore o di violazione da parte del genitore non affidatario dell'ordine del Giudice di provvedere al mantenimento della prole.

In altre parole, ai fini I.S.E.E. "una famiglia" in cui si consumavano condotte riconducibili alla violenza domestica o economica restava "una famiglia" finché la residenza anagrafica non veniva modificata da parte di uno dei due *partner*.

Addirittura, il d.p.c.m. n. 221/1999 disponeva che anche nel caso di coniugi con diversa residenza anagrafica, la regola fosse quella dell'attrazione ai fini I.S.E.E. nello stesso nucleo

familiare, identificato sulla base della famiglia anagrafica di uno dei coniugi, con priorità per quella considerata di comune accordo come corrispondente alla residenza familiare.
Perlomeno, nel caso di diversa residenza anagrafica, erano previste alcune eccezioni al fine di tenere conto di una serie di situazioni "patologiche" quali: l'intervenuta presenza di provvedimenti emessi in occasione della separazione dei coniugi; nel caso di esclusione di uno dei coniugi dalla «potestà» genitoriale o di adozione di un provvedimento di allontanamento dalla residenza familiare; nel caso di proposizione di domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio in caso di condanna, con sentenza passata in giudicato, anche per fatti commessi in precedenza per determinati delitti; infine, nell'ipotesi di abbandono da parte di uno dei coniugi della casa familiare, accertato in sede giurisdizionale o dalla pubblica autorità competente in materia di servizi sociali.
Le ipotesi di convivenza *more uxorio* nella vigenza del d.p.c.m. n. 221/1999 erano ignorate, essendo riconducibili tendenzialmente nell'alveo della nozione di «famiglia anagrafica» di cui all'art. 4 del d.p.r. n. 223/1989, specie in presenza di figli di uno o entrambi i componenti la coppia, anche perché l'art. 1 *bis* del d.p.c.m. n. 221/1999 considera il figlio minore come parte del nucleo familiare del genitore con cui risiede.
Nessuna considerazione, quindi, per le situazioni di violenza domestica, maltrattamenti, violazione dei doveri di mantenimento da parte di un genitore o abbandono di fatto della famiglia da parte di uno dei due coniugi o conviventi: ai fini dell'I.S.E.E. dovevano essere computati nel nucleo familiare tutti i residenti, impedendo, pertanto, alla componente più vulnerabile della coppia di poter ottenere un I.S.E.E. "separato" in modo da accedere ad una serie di prestazioni di natura assistenziale, visto che solitamente il reddito percepito dall'uomo è maggiore rispetto a quello della donna (stante il *gender gap* nel mercato del lavoro di cui si è già detto).
Il legislatore ha ignorato l'*id quod plerumque accidit*: e cioè che, specie nelle more di una separazione, il *partner* si rifiuta di rendere trasparente la propria posizione fiscale e patrimoniale (es. anche bancaria) impedendo di fatto alla donna di ottenere il rilascio dell'I.S.E.E. per incompletezza della documentazione necessaria.
Le uniche strade percorribili per ottenere un I.S.E.E. autonomo sono state, quindi, quelle del cambio di residenza oppure della richiesta di cancellazione anagrafica del *partner* nel caso di abbandono di fatto della residenza familiare.
Queste due ipotesi, apparentemente semplici e ragionevoli, hanno avuto e continuano ad avere un impatto differenziato sui generi, non tenendo conto, da un lato, del fatto che per una donna vulnerabile dal punto di vista culturale, sociale ed economico, vittima di maltrattamenti o violenza domestica o anche "solo" economica, magari in procinto di separarsi, è molto difficile trovare una dimora in cui poter trasferire la residenza anagrafica, per sé e per i figli; dall'altro, che la procedura di cancellazione anagrafica prevista dall'art. 11 del d.p.r. n. 223/1989, come successivamente modificato, dura tendenzialmente più di un anno e in molti Comuni anche più di due.
Ciò premesso, dopo circa quindici anni, il d.lgs. n. 109/1998 e il d.p.c.m. n. 221/1999 sono stati abrogati a seguito dell'entrata in vigore del d.p.c.m. 5 dicembre 2013 n. 159, in ot-

temperanza a quanto stabilito nell'art. 5, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, come convertito con modificazione nella l. 22 dicembre n. 214/2011, ma, purtroppo, nulla è cambiato.
La nuova disciplina dell'I.S.E.E. di cui al d.p.c.m. n. 159/2013 continua ad ignorare tutte le situazioni in cui le donne vittime di violenza domestica o economica o anche semplicemente con una separazione in corso non riescono "a liberarsi" ai fini I.S.E.E. dell'«ex» poiché il medesimo per dispetto o interesse (ad esempio se cittadino straniero) si ostina a non trasferire altrove la residenza.
L'accesso ai benefici di assistenza sociale in molti casi diventa, per queste donne, quasi impossibile, basti pensare anche solo agli sconti che la presentazione dell'I.S.E.E. garantisce per le mense scolastiche, i servizi di dopo scuola, i centri estivi, le prestazioni sanitarie.
In tali casi, le vittime di violenza fisica, psicologica ed economica diventano anche "vittime del sistema", dovendo agire per le vie legali contro gli *ex* partner e, contemporaneamente, affrontare le lentezze della burocrazia dei Comuni, le incompetenze dei Patronati e le rigidità dell'INPS per rivendicare un I.S.E.E.
Degna di nota è solo una novità introdotta nel 2013: la previsione di un I.S.E.E. dedicato alle prestazioni agevolate rivolte ai minorenni. L'art. 7 del d.p.c.m. 5 dicembre 2013, n. 159 dispone che «ai fini del calcolo dell'ISEE per le sole prestazioni sociali agevolate rivolte a minorenni, il genitore non convivente nel nucleo familiare, non coniugato con l'altro genitore, che abbia riconosciuto il figlio, fa parte del nucleo familiare del figlio, a meno che non ricorra uno dei seguenti casi: a) quando il genitore risulti coniugato con persona diversa dall'altro genitore; b) quando il genitore risulti avere figli con persona diversa dall'altro genitore; c) quando con provvedimento dell'autorità giudiziaria sia stato stabilito il versamento di assegni periodici destinato al mantenimento dei figli; d) quando sussiste esclusione dalla potestà sui figli o è stato adottato ai sensi dell'art. 333 c.c. il provvedimento di allontanamento dalla residenza familiare; e) quando risulti accertato in sede giurisdizionale o dalla pubblica autorità competente in materia di servizi sociali la estraneità in termini di rapporti affettivi ed economici».
Nonostante l'*incipit* della disposizione tenda ad attrarre il genitore nel nucleo del figlio, le diverse ipotesi di esclusione, specie quelle sub lett. c), d), e), consentono di estromettere dal nucleo familiare ai fini I.S.E.E. il genitore, solitamente il padre, che materialmente e/o affettivamente non si occupa più dei figli.
Dalla disamina delle regole sullo strumento principale per la determinazione dello stato di bisogno effettivo emerge la difficoltà del nostro legislatore di riuscire a contemperare in maniera ragionevole ed equa le due esigenze in gioco: da un lato, quella di evitare comportamenti devianti e fraudolenti diretti ad aggirare le regole di calcolo dell'I.S.E.E. al mero fine ottenere un indebito vantaggio (l'accesso ad una prestazione cui non si avrebbe altrimenti diritto o l'accesso ad un costo ridotto); dall'altro, quella di tutelare i soggetti economicamente e socialmente davvero vulnerabili, spesso madri e figli vittime di violenza domestica o economica, spesso in condizioni di deprivazione culturale e disagio sociale.
In questi casi, la rigidità regolatoria e le presunzioni legali hanno un impatto differenziato sui generi, non considerando i fenomeni di violenza familiare che, però, le cronache e le statistiche ci dicono essere comuni e reali, così rendendo le donne "due volte vittime".

Sarebbe auspicabile una revisione della normativa che consenta di trovare una soluzione ragionevole, lineare e rapida per tutti i casi in cui la donna e i figli minori necessitino di un I.S.E.E. autonomo per poter accedere a servizi e prestazioni assistenziali, nelle more della separazione o della cancellazione della residenza dell'*ex* convivente irreperibile o che di fatto non vive più nella casa familiare o in altre situazioni in cui sussista violenza domestica o economica.
Probabilmente una soluzione potrebbe essere ravvisata nell'attivazione di un meccanismo di verifica caso per caso delle situazioni delicate, magari ad opera del servizio ispettivo dell'INPS, per consentire di discernere le ipotesi meritevoli di tutela, evitando il più possibile le ingiustizie, oltre che gli abusi. Dall'altro lato, sarebbe davvero necessaria una regolamentazione delle cancellazioni anagrafiche che obblighi i Comuni a definire i procedimenti amministrativi in tempi molto più rapidi di quanto oggi accada, con sanzioni a carico delle Amministrazioni inadempienti e la previsione del risarcimento del danno arrecato ai cittadini pregiudicati da tale lentezza.

5. Accesso alla sicurezza sociale e possibili discriminazioni intersezionali: il caso delle madri straniere

Un'altra questione che interseca il genere con altri fattori di discriminazione è quella dell'accesso ai diritti sociali, in particolare all'assistenza sociale, per i cittadini di Paesi Terzi o gli apolidi.
Infatti, se il nostro sistema previdenziale è ispirato al principio di territorialità, per cui i diritti previdenziali (riconducibili al comma 2 dell'art. 38 Cost.) spettano a prescindere dalla nazionalità e sono direttamente connessi allo *status* di lavoratore o lavoratrice[21], l'accesso alle prestazioni rientranti nell'alveo dell'assistenza sociale, cioè del comma 1 dell'art. 38 Cost., viene filtrato sulla base di requisiti e parametri di volta in volta identificati dal legislatore nazionale o regionale.
Per i cittadini di Stati membri dell'UE la materia è disciplinata dal diritto euro-unitario secondario e, salvo eccezioni, è fondata sul principio di parità di trattamento[22], mentre per i cittadini dei Paesi Terzi, cioè per gli «stranieri extra UE», la questione si fa più complicata perché in molte circostanze dagli Stati membri viene richiesto il possesso di alcuni requisiti come quello della residenza prolungata in un territorio, c.d. lungo residenza, ovvero della

[21] Per il diritto nazionale v. art. 37, r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827; per il diritto dell'UE v. art. 13, comma 2, lett. a), reg. CEE 14 giugno 1971, n. 1408; art. 12, reg. CE 29 aprile 2004, n. 883, con le modifiche apportate dal reg. UE 22 maggio 2012, n. 465.

[22] Cfr. Pizzoferrato, *La sicurezza sociale*, in Carinci F., Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione* Europea, terza ed., Torino, 2021, 427 ss.

dimostrazione di determinati livelli reddituali o di altre condizioni, rendendo più difficile l'accessibilità ai diritti sociali rispetto ai cittadini italiani o di Paesi dell'UE[23].
Si tratta di un tema "caldo", non solo dal punto di vista giuridico ma fondamentalmente politico-economico, poiché ha ricadute sulla società nel suo insieme e sulla sostenibilità dei costi dei sistemi di sicurezza sociale.
Scegliendo come approccio quello della lettura in prospettiva di genere del sistema *welfaristico* italiano, va menzionato un caso emblematico, non solo perché ha coinvolto tre eminenti corti – Corte di Cassazione, Corte costituzionale e Corte di Giustizia UE – ma perché ha messo in luce un caso di discriminazione intersezionale, cioè di fattori che interagiscono tra loro amplificando la vulnerabilità di un soggetto, quali ad esempio il genere e la cittadinanza. Nel caso di specie sono state pregiudicate fondamentalmente le neo-madri straniere cui è stato inibito l'accesso a due misure di sostegno alla natalità e alla maternità essendo, tali provvidenze, subordinate al possesso del permesso di soggiorno di lungo periodo.
La delicatezza e complessità della questione di legittimità costituzionale posta dalla Suprema Corte di Cassazione alla Corte costituzionale ha indotto quest'ultima a sottoporre alla Corte di Giustizia UE[24] una questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE unitamente ad altre disposizioni di diritto euro-unitario secondario. La vicenda si è poi chiusa con la pronuncia n. 54/2022 della Corte costituzionale[25] che, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle norme che limitavano l'accesso per le straniere alle sole titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, ha riconosciuto il diritto all'assegno di natalità (*ex* art. 1, comma 125, della l. 23 dicembre 2014, n. 190 e successive proroghe) e a quello di maternità di base (*ex* art. 74 del d.lgs. n. 151/2001, c.d. assegno di maternità dei Comuni) anche alle straniere prive di quel titolo di soggiorno.
La Corte ha statuito che «*nel condizionare il riconoscimento dell'assegno di natalità e dell'assegno di maternità alla titolarità di un permesso di soggiorno in corso di validità da almeno cinque anni, al possesso di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale e alla disponibilità di un alloggio idoneo, il legislatore ha fissato requisiti privi di ogni attinenza con lo stato di bisogno che le prestazioni in esame si prefiggono di fronteggiare. Nell'introdurre presupposti reddituali stringenti per il riconoscimento di misure di sostegno alle famiglie più bisognose, le disposizioni censurate istituiscono per i soli cittadini di Paesi terzi un sistema irragionevolmente più gravoso, che travalica la pur legittima finalità di accordare i benefici dello stato sociale a coloro che vantino un soggiorno regolare e non episodico sul territorio della nazione. Un siffatto criterio selettivo nega adeguata*

[23] Sul punto si rinvia a quanto già scritto, v. Filì, *L'accesso all'assistenza sociale per gli stranieri extra UE nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *LG*, *Gli speciali 2022*, 73 ss., e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

[24] C. giust., Grande Sezione, 2 settembre 2021, causa C350/20, *O. D. e altri*, in *curia.europa.eu*.

[25] C. cost. 4 marzo 2022, n. 54, in *www.cortecostituzionale.it*. V. anche INPS, msg. 7 aprile 2022, n. 1562, in *www.inps.it*.

tutela a coloro che siano legittimamente presenti sul territorio nazionale e siano tuttavia sprovvisti dei requisiti di reddito prescritti per il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo. Un sistema così congegnato pregiudica proprio i lavoratori che versano in condizioni di bisogno più pressante»[26].

Viene pertanto previsto che il criterio di attribuzione incentrato sulla permanenza nel territorio dello Stato non episodico e di non breve durata discrimina arbitrariamente sia le madri straniere sia i nuovi nati e non presenta alcuna ragionevole correlazione con la finalità che permea le prestazioni in oggetto. Infatti, l'assegno di natalità e quello di maternità di base servono per sopperire a una peculiare situazione di bisogno che si riconnette alla nascita di un bambino o al suo ingresso in una famiglia adottiva, quindi, al soddisfacimento dei c.d. bisogni primari inerenti alla sfera di tutela della persona umana e, sebbene spetti alla discrezionalità del legislatore il compito di individuare i beneficiari delle prestazioni sociali, tenendo conto del limite delle risorse disponibili, una tale individuazione è comunque vincolata al rispetto del canone di ragionevolezza; pertanto, l'introduzione di requisiti selettivi devono sempre obbedire a una causa normativa adeguata ed essere sorretti da una giustificazione razionale e trasparente, altrimenti correndosi il rischio di escludere proprio coloro che potrebbero risultare i soggetti più esposti alle condizioni di bisogno e di disagio che un siffatto sistema di prestazioni si propone di superare perseguendo una finalità eminentemente sociale[27].

6. Brevi (polemiche) considerazioni conclusive

Il quadro sopra tratteggiato fa comprendere come, ancora oggi, nella regolamentazione degli istituti di previdenza e assistenza sociale non si tengono nel dovuto conto i cambiamenti sociali e culturali, in tal modo ignorando le esigenze delle persone.

Nel nostro sistema di sicurezza sociale riecheggiano sempre gli stereotipi del padre di famiglia "che porta i soldi a casa" (*male breadwinner*) e della madre "angelo del focolare" (*female caregiver and housekeeper*) e su questo vengono modellate le tutele e i servizi, che quindi lasciano fuori proprio le persone più deboli.

La carenza strutturale di servizi pubblici per la prima infanzia e per i ragazzi (dagli asili nido ai centri estivi e dopo scuola), nonché per la terza e la quarta età, la disabilità e la non autosufficienza, sono il frutto non solo di una scelta di politica economica prudente o miope, ma anche di una ideologia della famiglia e della società che guarda al passato anzichè al presente e al futuro[28].

[26] C. cost. 4 marzo 2022, n. 54, §13.3, cit.

[27] C. cost. 19 luglio 2013, n. 222, §7, in *www.cortecostituzionale.it*; C. Cost. 4 luglio 2013, n. 172, §4.1, *www.cortecostituzionale.it*.

[28] Sul punto si rinvia a quanto già scritto, v. Filì, *L'impatto del decreto n. 105/2022 sul contesto. Ottimismo della volontà,*

La bassissima natalità italiana[29] dimostra che queste scelte politiche hanno fallito, perchè il vestito che continua ad essere cucito addosso alla società non va più bene.
Servono scelte coraggiose e diverse, che tengano nella dovuta e concreta considerazione tutti i cambiamenti in atto con una maggiore valorizzazione delle differenze, di genere, età, cittadinanza, ecc., adeguando i servizi e le prestazioni ad una società sempre più complessa, mutlietnica e multiculturale, in cui il tradizionale modello di riferimento del legislatore, cioè il maschio bianco eterosessuale cattolico, non può più essere l'unico.

pessimismo dell'intelligenza e pragmatismo visionario, in Garofalo, Tiraboschi, Filì, Trojsi (a cura di), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, ADAPT *Labour Studies e-Book series* n. 96, 2023, 435 ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

[29] ISTAT, *Report. Indicatori demografici Anno 2023*, 29 marzo 2024, in *https://www.istat.it/it/files//2024/03/Indicatori_demografici.pdf*.

Il lavoro delle donne, ieri ed oggi. Dall'accesso al mercato del lavoro alla direttiva Ue sulla trasparenza salariale

Women's work, past and present. From access to the labor market to the EU directive on pay transparency and enforcement mechanisms

Lucia Valente
Ordinaria di Diritto del lavoro nell'Università La Sapienza di Roma

Sommario: 1. La situazione occupazionale delle donne italiane. – 2. Il livello d'istruzione. – 3. Le donne e le discipline STEM. – 4. «Pari retribuzione per lavoro di pari valore». – 5. Un ossimoro molto significativo: la scelta obbligata del *part-time*. – 6. Le armi spuntate della direttiva sulla trasparenza salariale. – 7. Conoscere per tutelare: l'operazione trasparenza per abbattere le asimmetrie informative.

Sinossi: Il contributo mette in evidenza come, grazie ai dati statistici in nostro possesso, già oggi sia possibile avere un quadro preciso delle cause del *gender pay gap* in Italia e della gravità della situazione del nostro Paese rispetto al resto dell'Unione Europea. In questo panorama piuttosto desolante la direttiva 2023/970 costituisce un utile strumento per conoscere nel dettaglio la situazione di ogni singola impresa al fine di poter meglio agire in giudizio per tutelare i diritti economici delle lavoratrici

Abstract: *The essay highlights how, thanks to the statistical data in our possession, it is already possible to have a precise picture of the causes of the gender pay gap in Italy and the seriousness of the situation in our country compared to the rest of the European Union. In this rather bleak scenario, Directive 2023/970 is a useful tool for knowing in detail the situation of each company to be able to better take legal action for the protection of the economic rights of female workers.*

Parole chiave: Donne italiane – Occupazione ed educazione – Discipline STEM – Pari retribuzione per lavoro di pari valore – Scelta obbligata del part-time – Direttiva sulla trasparenza salariale – Asimmetrie informative

Key words: Italian women – Employment and education – STEM disciplines – Equal pay for equal work – The obligatory choice of part-time – The directive on pay transparency – Information asymmetries

1. La situazione occupazionale delle donne italiane

Secondo l'Ufficio Studi della Camera[1], in Italia nel 2022 abbiamo registrato il tasso più basso di donne occupate tra gli stati UE: sono occupate poco più della metà delle donne di età compresa tra i 20 e i 64 anni (precisamente il 55 per cento, rispetto alla media UE pari al 69,3 per cento; cioè 14 punti percentuali in meno).
Nel nostro Paese si registra, inoltre, un divario anche nel rapporto tra la popolazione maschile e quella femminile: le donne occupate, infatti, sono circa 9,5 milioni, invece i maschi occupati sono circa 13 milioni: si tratta di circa 4 milioni in meno di donne nel mercato del lavoro.
I dati sono sostanzialmente confermati dal rapporto ISTAT dell'ultimo trimestre 2023, anche se da questo emerge che le donne fanno registrare una crescita del tasso di occupazione di poco superiore rispetto agli uomini (+1,4 punti contro +1,1 punti) e una diminuzione più intensa di quello di disoccupazione (-0,7 punti rispetto le donne a -0,3 punti gli uomini); simile il calo del tasso di inattività (-1,1 punti le donne e -1,0 punti gli uomini).
Poi c'è il dato più emblematico che spiega, in parte, l'inverno demografico in cui siamo piombati: nel 2022 una donna su cinque dice addio al lavoro dopo la maternità a causa della difficoltà di conciliare le necessità di cura familiare con il lavoro. Un'esigenza, quella della conciliazione, che dovrebbe accomunare madri e padri e che invece resta ancora un problema delle sole lavoratrici. La decisione di lasciare il lavoro è infatti determinata per oltre la metà, il 52 per cento dei casi, da esigenze di conciliazione e per il 19 per cento da valutazioni economiche.
In generale, il divario lavorativo tra uomini e donne nella fascia di età 25-54 anni, pari al 17,5 per cento, arriva fino al 34 per cento in presenza di un figlio minore.
Nel 2022 il tasso di occupazione delle donne di età compresa tra 25 e 49 anni con figli di età inferiore ai 6 anni è pari a 55,5 per cento (+1,6 p. p. rispetto al 2021), mentre quello delle donne della stessa età in coppia senza figli è del 76,6 per cento (+2,7 p. p. rispetto al 2021).

[1] Il saggio riproduce la relazione tenuta al convegno: *Parità di genere: prime considerazioni sulla direttiva UE 2023/970* tenutosi a Roma l'11 gennaio 2024 presso l'Università Roma Tre.
I dati riportati sono tratti dal dossier sull'occupazione femminile dell'Ufficio Studi della Camera pubblicato nel mese di dicembre 2023, dal rapporto annuale ISTAT 2023 e dal rapporto Inapp, Gender polices report 2022.

I dati sono leggermente migliori per il 2023: nel secondo trimestre il tasso di occupazione delle donne di età compresa tra 25-49 anni è pari all'81,3 per cento se la donna vive da sola, ma scende al 76,2 per cento se vive in coppia senza figli e al 60,2 per cento se ha figli.

2. Il livello d'istruzione

Ma la vera differenza la fa il titolo di studio: un livello d'istruzione più elevato annulla quasi la differenza tra madri e non madri (il valore dell'indicatore è pari al 91,5 per cento). La dinamica dell'occupazione dell'ultimo periodo, soprattutto quella femminile, ha ampliato i già marcati divari per livello di istruzione: nel secondo trimestre 2023, il tasso di occupazione delle laureate è di due punti percentuali superiore a quello dello stesso trimestre 2019, differenza che tra le diplomate si riduce a 0,8 punti e tra le donne con al massimo la licenza media si annulla; le laureate raggiungono un tasso di occupazione di oltre due volte e mezzo superiore a quello di chi ha un basso titolo di studio (79,4 per cento, contro 30,4 per cento) e di 22 punti superiore a quello delle diplomate (57,2 per cento). Il ruolo fondamentale del livello di istruzione per l'accesso delle donne al mercato del lavoro è ancora più evidente nel Mezzogiorno dove la quota di donne di 15-64 anni che lavorano pari al 35,8 per cento del totale, raggiunge tra le laureate il 69,9 per cento, valore di 14,6 punti inferiore a quello delle laureate del Nord. Un divario che, seppur elevato, è decisamente più contenuto di quello osservato per i titoli di studio più bassi.
Anche il divario di genere in termini di tasso di occupazione diminuisce all'aumentare del livello d'istruzione e nel passaggio dal Mezzogiorno al Nord: nel secondo trimestre 2023, il *gap* tra uomini e donne è minimo (4,3 punti) tra i laureati del Nord ed è massimo (30,5 punti) tra chi ha conseguito al più la licenza media e risiede nel Mezzogiorno.
Anche il divario a sfavore delle madri si riduce sensibilmente all'aumentare del titolo di studio: tra le laureate il tasso di occupazione è superiore al 70 per cento indipendentemente dal ruolo in famiglia e dalla ripartizione di residenza. Nel complesso, il tasso di occupazione delle 25-49enni oscilla da un minimo di 22,9 per cento tra le madri del Mezzogiorno con basso titolo di studio a un massimo di 97 per cento tra le donne laureate che vivono da sole al Centro.

3. Le donne e le discipline STEM

Non aiuta a superare il *gap* salariale la bassa quota di laureate in discipline Stem (scienze, tecnologie, ingegneria e matematica): è sempre l'Istat a certificare come nel 2022 le laureate in queste materie siano la metà (16,6 per cento, una laureata su sei) degli uomini (34,5 per cento, uno su tre). Le disuguaglianze di genere (e gli stereotipi) – secondo il rapporto ISTAT 2023 – devono essere combattute sia nelle scelte degli indirizzi di studio, sia nel mercato del lavoro. La scelta dell'indirizzo condiziona i tassi di occupazione dei laureati, ma lo svantaggio femminile si verifica anche in area Stem, con *gap* di 10 punti tra donne

e uomini. Permangono le ridotte opportunità occupazionali del Mezzogiorno per tutti i settori e le *skill* – dall'economico, al tecnico/scientifico, all'umanistico: le differenze territoriali nei tassi di occupazione dei laureati si riducono solo per le lauree medico-sanitarie e farmaceutiche.

4. «Pari retribuzione per lavoro di pari valore»

Secondo gli ultimi dati Eurostat, in Italia il *gap* retributivo medio (ossia la differenza nella retribuzione oraria lorda tra uomini e donne) è pari al 5 per cento (al di sotto della media europea che è del 13 per cento). Invece quello complessivo (ossia la differenza tra il salario annuale medio percepito da donne e uomini) è pari al 43 per cento (al di sopra della media europea, che è invece pari al 36,2 per cento). E questo perché le donne lavorano meno ore degli uomini con la conseguenza che nel 2022, secondo i dati Inps, la retribuzione media annua è costantemente più alta per il genere maschile, con una differenza di 7.922 euro (26.227 euro per gli uomini contro 18.305 euro per le donne).
Con riferimento al settore privato, si segnala che la Strategia nazionale per la parità di genere 2021-2026 ha tra gli obiettivi quello di ridurre il *gender pay gap* dal 17 al 10 per cento. Attraverso la direttiva 2023/970[2], che sancisce per l'ennesima volta la parità retributiva tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore e il divieto di discriminazione in materia di occupazione e impiego per motivi di genere, l'UE intende ora rendere trasparenti le informazioni sui livelli retributivi e sviluppare strumenti o metodologie, che rendano facile valutare e confrontare il valore del lavoro.
Basterà la trasparenza a sconfiggere la discriminazione retributiva? La risposta più attendibile è "no". Da un punto di vista strettamente normativo, non esiste una regola di parità di trattamento[3]. Il datore di lavoro è libero di retribuire o trattare in modo diseguale i lavora-

[2] Per un primo commento v. Zilli, *Pubblicata la direttiva (UE) 2023/970 sulla trasparenza retributiva: recepimento entro il 7 giugno 2026*, *Equal*, 17 maggio 2023; Ead., *Parità di retribuzione per lavori di uguale valore: un passo avanti e uno di lato,* nota a C. Giust., 03 giugno 2021, causa C-624/19, *Tesco store Ltd*, in *DRI*, 2021, 3, 956; Vallauri, *Direttiva (UE) 2023/970: una nuova strategia per la parità retributiva*, in *LDE*, 2023, 3; Lamberti, *Il paradigma della trasparenza retributiva come antidoto al gender pay gap,* in *federalismi.it,* 2024, 3; Mezzacapo, *L'effettività della normativa antidiscriminatoria e la Direttiva 2023/970/UE in materia di trasparenza retributiva uomo/donna*, in *LPO*, 2023, 5-6, 332 ss., Guaglianone, *La direttiva sulla trasparenza retributiva e obblighi informativi: i soggetti collettivi si fanno concorrenza*, in *LLC Newsletter*, n. 9, 27 luglio 2023; Cassano, *La direttiva eurounitaria sulla parità di retribuzione tra uomini e donne: un passo ulteriore verso la gestione più trasparente dei rapporti di lavoro*, in *LB*, 16 agosto 2023; Tarquini, *La direttiva 2023/970 sulla trasparenza e la parità retributiva tra uomini e donne: il processo e i rimedi,* in *LLC Newsletter,* n. 9, 27 luglio 2023.

[3] Il tema, a partire dal riferimento alla nota sentenza della Corte Costituzionale n. 103/1989, è trattato da Ichino in *Introduzione a una teoria della differenziazione dei trattamenti*, e *I divieti di discriminazione*, ne *Il contratto di lavoro*, I, *Tratt CM*, Giuffrè editore 2000, rispettivamente 527 ss. e 569 ss. cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici; più recentemente anche in riferimento alla direttiva in esame ancorché in fase di proposta, v. Barbera, Borrelli, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in *Biblioteca 20 Maggio*, 2022, 1, e qui a p. 140 l'ampia bibliografia cui si rinvia anche per ragioni redazionali.

tori purché queste differenze siano motivate sulla base di criteri oggettivi e neutri sotto il profilo del genere (come previsto dal considerando 39 della direttiva).
Ora si dà il caso che ci siano moltissime ragioni plausibili per trattare in modo diseguale uomini e donne a parità di mansioni: le donne se hanno figli o anziani da accudire si assentano di più, non sono disposte a trasferte, a trasferimenti geografici, a lavorare nei giorni festivi o di notte o a fare lo straordinario. Sul piano retributivo, i minimi tabellari sono identici per uomini e donne: nessun contratto collettivo si sognerebbe mai, oggi, di diversificare i trattamenti per sesso, anche se in passato è stato fatto; ciò che cambia è la parte variabile della retribuzione, ossia i criteri per l'attribuzione di trattamenti individuali, i c.d. *ad personam*, o le indennità legate a difficoltà o a penosità del lavoro, o a determinati risultati, al titolo di studio o a determinate competenze, l'impegno, la responsabilità, le condizioni disagiate del lavoro.
Parlare di parità retributiva per uno "stesso lavoro o per un lavoro di pari valore" senza precisarne i criteri di valutazione (art. 4 dir.) lascia il tempo che trova; e questo perché l'inquadramento e la retribuzione possono essere determinati tenendosi conto anche di elementi diversi dal mero tempo di lavoro o dall'anzianità di servizio. Fattori oggettivi e neutri come ad es. il titolo di studio, la disponibilità alla mobilità geografica, le dimensioni dell'unità produttiva, le competenze/qualifiche possono giustificare le differenze.
Quindi è assai probabile che i *gap* retributivi e di carriera continuino a manifestarsi nonostante il rafforzamento della normativa antidiscriminatoria, perché l'eguaglianza di opportunità sostanziale è cosa ben diversa dall'eguaglianza formale: la prima può avere effetti pratici assai più incisivi, perfino superiori rispetto alla seconda, ma richiede seri investimenti pubblici per la correzione o la rimozione delle troppe diseguaglianze di partenza e di contesto cui abbiamo fatto cenno: molte delle quali, peraltro, non sono credibilmente eliminabili. Ma questo è un problema che la direttiva non affronta.

5. Un ossimoro molto significativo: la scelta obbligata del *part-time*

Un esempio di come la discriminazione nasca dalla struttura sociale del nostro Paese è costituito dal lavoro a tempo parziale. Per le statistiche il *part-time* è *involontario* quando un lavoratore accetta un lavoro a orario ridotto in assenza di opportunità di lavoro a tempo pieno. Ma per le lavoratrici madri il *part-time* quasi mai è – in questo senso – involontario. Esso è formalmente voluto e negoziato da ciascuna di esse[4] perché è una scelta obbligata,

[4] V. Trib. Udine, 13 novembre 2023, in *wikilabour.it*, che nell'ambito di un procedimento cautelare, accoglie le domande di una lavoratrice con contratto a tempo parziale e accerta il suo diritto a revocare le clausole elastiche e flessibili applicate al suo contratto di lavoro, in quanto la ricorrente è madre di un bambino di sette anni. Secondo il Tribunale trova infatti applicazione l'art. 6 comma 7, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, che deve essere interpretato nel senso che attribuisce la facoltà di

determinata dalla necessità di conciliare i tempi di lavoro con i tempi di cura. Per questo motivo in Italia si registra la netta prevalenza del *part-time* femminile, che riguarda poco meno del 49 per cento delle donne occupate contro il 26,2 per cento degli uomini, con inevitabili conseguenze sul divario retributivo e previdenziale di genere. Nessuno può imputare questo esito a discriminazione operata dal datore di lavoro che si limiti ad accogliere le richieste di riduzione dell'orario di lavoro di una lavoratrice con figli piccoli rispetto al collega assunto a tempo pieno; o a gratificare con maggiorazioni economiche il collega con orario *full time*, con o senza figli piccoli, che accetti una trasferta o un trasferimento in una zona lontana dalla abitazione familiare. La discriminazione tuttavia c'è, eccome, e sta nel c.d. "equilibrio mediterraneo" che governa la distribuzione degli oneri di cura tra i due generi: ma che sfugge a tutti i divieti e a tutte le misure tese a combattere le differenziazioni attraverso la trasparenza. E non sarà il diritto del lavoro a sradicarla.

6. Le armi spuntate della direttiva sulla trasparenza salariale

Nel riaffermare il principio della stessa retribuzione per lo stesso lavoro o per il lavoro di pari valore (art. 4), che dovrà essere chiarito dalle legislazioni degli S.M., la direttiva introduce meccanismi di trasparenza retributiva, sia prima dell'assunzione (art. 5), sia nello svolgimento del rapporto: e impone ai datori di lavoro di rendere facilmente accessibili i criteri utilizzati per la determinazione della retribuzione e per la progressione in carriera (art. 6).
Ma, come abbiamo detto, l'enfasi della trasparenza da sola non basta a rimuovere gli ostacoli che impediscono alle donne di accedere al mercato del lavoro dalla porta principale. Un esempio per tutti: tra gli studenti con le votazioni più alte in matematica o scienze nei paesi dell'OCSE, 1 ragazzo su 4 pensa di intraprendere la professione di ingegnere o di diventare scienziato, rispetto a 1 ragazza su 6; 1 ragazza su 3 pensa di intraprendere una professione nel settore sanitario, rispetto a 1 ragazzo su 8; sono donne il 10 per cento dei lavoratori edili e il 25 per cento degli occupati nei settori dell'agricoltura, della silvicoltura, della pesca e dei trasporti, mentre soltanto il 25 per cento degli operatori dell'istruzione e il 20 per cento degli occupati in attività socio-sanitarie sono uomini.
A ciò si aggiunga che la percentuale di uomini che lavorano nel settore digitale è del 3,1 per cento superiore a quella delle donne e solo il 22 per cento dei programmatori che si occupano d'intelligenza artificiale è rappresentato da donne! Le regole sulla trasparenza non sono in grado neppure di agire sui poteri e sulle libertà datoriali: esse servono semmai a individuare le imprese virtuose che mettono in campo strumenti organizzativi capaci

revocare il consenso prestato alla clausola elastica a tutti i genitori di figli di meno di tredici anni. La disposizione del CCNL applicabile che abbassa tale limite a sette anni di età non è legittima e non trova dunque applicazione, in quanto la disciplina legale non è in questo caso derogabile in senso peggiorativo.

di sviluppare politiche orientate al genere. Lo scopo della regolazione sembra dunque quello di far emergere il fenomeno in modo più crudo ed evidente e suggerire misure vincolanti per incoraggiare le organizzazioni – e quindi le parti sociali (art. 13) – a rivedere le strutture salariali per garantire la parità tra uomini e donne e consentire alle vittime di agire in giudizio per far valere la discriminazione retributiva.
E infatti la direttiva introduce (ma non potrebbe fare altro!) un diritto ad avere informazioni precise e complete sui livelli retributivi – individuali e medi – ripartiti per sesso e per categoria professionale. Il diritto può essere esercitato sia individualmente, sia collettivamente, sia dagli organismi per la parità secondo una dettagliata procedura (art. 7) la quale dovrebbe consentire una reale conoscenza della situazione retributiva dei lavoratori che svolgono lo stesso lavoro o un lavoro di pari valore. Le informazioni devono essere accessibili ai lavoratori, ai candidati a un impiego e anche alle persone con disabilità in modo chiaro e semplice (art. 8).
Soltanto i datori di lavoro con più di 250 dipendenti - in prima battuta a partire dal 2027 e a seguire i datori di lavoro fino a 100 dipendenti, dal 2031 -, hanno l'obbligo di redigere un rapporto annuale sul divario retributivo tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile. Queste informazioni sono condivise con le autorità competenti ai fini del monitoraggio (artt. 9 e 29), con i lavoratori, con i loro rappresentanti sindacali e con gli organismi per la parità.
Se le informazioni rilevano un *gap* salariale superiore al 5 per cento in una qualsiasi categoria di lavoratori, e il datore di lavoro non ha motivato la differenza di livello retributivo medio con criteri oggettivi o neutri o non ha corretto il divario retributivo entro sei mesi, gli S. M. devono garantire una valutazione congiunta delle retribuzioni per individuare, correggere e prevenire il divario retributivo con la cooperazione dei rappresentanti dei lavoratori.
Gli S. M. devono garantire anche un ruolo proattivo delle parti sociali nella rimozione delle cause del *gap* salariale (art. 13) e nella predisposizione di mezzi di tutela efficaci per rimuovere le disparità retributive non motivate (capo III).
La direttiva rafforza inoltre l'azione giudiziale a tutela della vittima intervenendo sugli oneri probatori assai alleggeriti, nel caso di elementi presuntivi anche statistici, e invertiti a carico del datore di lavoro nel caso di violazione delle norme in materia di trasparenza retributiva (art. 18): e individua alcuni criteri per la costruzione del giudizio di comparazione (art. 19). Rafforza, infine, il diritto al risarcimento del danno (art. 16) imponendo agli Stati membri d'introdurre sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive a tutela del principio della parità retributiva. Assai importante e di alto valore simbolico è la norma che invita gli S. M. a non esigere che la parte ricorrente, che abbia avuto seri motivi per agire ma sia poi soccombente in giudizio, sostenga le spese legali (art. 22)[5].

[5] V. Cass., ordinanza 20 dicembre 2023, n. 35617, in *wikilabour.it*. Una dipendente in maternità era stata licenziata per giusta causa per avere promosso un giudizio per differenze retributive manifestamente inesistenti. Tale giudizio si era poi concluso col rigetto della domanda e la condanna della ricorrente per lite temeraria, per aver abusato dello strumento proces-

Alla parità retributiva già sancita nel Trattato di Roma (1957)[6], in numerose direttive, in norme internazionali e nella nostra Costituzione (art. 37), si aggiunge ora l'obbligo – ma solo per i datori di lavoro con un consistente numero di dipendenti – di esternare i dati sulla trasparenza retributiva, renderli disponibili e sviluppare strumenti o metodologie, facilmente accessibili, per valutare e confrontare il valore del lavoro e discuterli con le parti sociali. Questo non trasformerà le imprese in un eden per le lavoratrici: ma può contribuire a cambiare l'equilibrio d'interessi tra le parti, creando un terreno fertile nel quale il rafforzamento delle capacità delle lavoratrici (c.d. *empowerment*[7]), in termini di professionalità, addestramento, formazione, spirito d'iniziativa, responsabilità, sia percepito come interesse imprenditoriale e dove il ruolo dell'azione collettiva, soprattutto a livello aziendale, servirà a incoraggiare le trasformazioni organizzative.

7. Conoscere per tutelare: l'operazione trasparenza per abbattere le asimmetrie informative

Nell'arco temporale 2019-2023 sono state emanate ben tre direttive che intendono tutelare i lavoratori grazie alla trasparenza delle condizioni di lavoro.
Si tratta nell'ordine della direttiva 2019/1152[8] che sancisce la trasparenza della retribuzione cui ha diritto il lavoratore, compresi l'importo di base iniziale e di ogni altro elemento costitutivo, la periodicità e le modalità di pagamento; della direttiva 2022/2041[9] relativa a

suale. Il licenziamento era stato viceversa annullato dai giudici di merito, che avevano ritenuto che la ricorrente, al momento della proposizione del ricorso per differenze retributive, avesse agito con leggerezza, ma non in maniera così grave da meritare il licenziamento per giusta causa, come richiesto dall'art. 54 d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 per il licenziamento disciplinare della lavoratrice madre. La Cassazione, nel confermare la decisione di merito, rileva che: (i) la condanna per lite temeraria ai sensi dell'art. 96, comma 3, c.p.c. configura una sanzione di carattere pubblicistico, la cui applicazione richiede il riscontro di una condotta processuale oggettivamente valutabile alla stregua di "abuso del processo", quale l'avere agito o resistito pretestuosamente; (ii) la colpa grave di cui all'art. 54, d.lgs. 151/2001, configura, invece, un'ipotesi di colpa più qualificata dal punto di vista soggettivo, in ragione delle specifiche condizioni psico-fisiche in cui versa la donna madre, e comprende dal punto di vista oggettivo situazioni più complesse rispetto ai comuni schemi previsti dal codice e dalla contrattazione collettiva come giusta causa di licenziamento; (iii) da ciò l'indifferenza del giudizio svolto dai giudici di merito nel presente giudizio rispetto alla valutazione che ha condotto altro giudice a condannare la ricorrente per lite temeraria.

6 Per tutti v. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè editore, 1991.

7 Il tema è trattato da Del Punta, *Contratto di lavoro* (*teorie filosofiche*), Voce, in Del Punta, Romei, Scarpelli (a cura di), *Contratto di lavoro*, *Enc Dir*, 2023, 204 anche in riferimento alla teoria delle *capabilities*.

8 Recepita in Italia dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, su cui per tutti v. Zilli, *La trasparenza nel lavoro subordinato, principi e tecniche di tutela*, Pacini Giuridica, 2022.

9 Per l'attuazione della direttiva si rinvia al documento del 4 ottobre 2023 del CNEL, *Inquadramento e analisi del problema* redatto dalla Commissione dell'informazione e al documento del 12 ottobre 2023 dell'Assemblea generale. La bibliografia sul tema del salario minimo è sterminata. Per ragioni di spazio sia consentito rinviare soltanto a Albi (a cura di), *Salario minimo e salario giusto*, Giappichelli, 2023 dove sono raccolti i contributi di Brollo, Di Noia, Ponterio, Tarquini, Bavaro, Saracini, D'Ascola, Galardi, Vitaletti, Borrelli, Orlandini, Marongiu, Romani, Pata, Albini, Giuliani, Ronzitti, Faioli, Pascucci, Galasso, Pareo, D'Onghia, Loi, Raitano, Salomone, Mariani, Sgroi; al numero antologico speciale Parte 2 del 2022 di *LDE*, curato da Bellavista recante anch'esso contributi di Bellavista, Treu, Tursi, Magnani, Tullini, Proia, Alleva, Martone, Razzolini, Bavaro, Barbieri, Menegatti, Ballistreri, Garofalo, Santucci, Bombardieri, Romani, Redavid e il fascicolo n. 3/2023 di *LDE* curato da Tursi con introdu-

salari minimi adeguati nell'Unione europea secondo la quale i lavoratori dovrebbero avere facile accesso a informazioni complete sui salari minimi legali e sulla tutela garantita dal salario minimo prevista da contratti collettivi universalmente applicabili per garantire la trasparenza e la prevedibilità per quanto riguarda le loro condizioni di lavoro; e della direttiva 2023/970 che impone la trasparenza della determinazione della retribuzione sia prima dell'assunzione sia durante lo svolgimento del rapporto al fine di tutelare la parità salariale di genere.

L'operazione trasparenza presenta risvolti epocali per il nostro Paese, caratterizzato da vistosissime asimmetrie informative che impediscono alle parti, sia individuali sia collettive, di conoscere e combattere il fenomeno dei divari salariali[10].

I dati sui differenziali salariali peraltro già noti confermano il persistente divario di genere e le cause del differenziale retributivo. Tra qualche anno disporremo di dati ulteriori, probabilmente disaggregati e leggibili, e avremo una maggiore consapevolezza del fenomeno. A quel punto non resterà che verificare se tutte le strategie messe in campo sulla trasparenza retributiva e gli investimenti e le misure per la parità di genere previsti nel PNRR[11] – dagli asili nido alle politiche di orientamento alle discipline STEM, dai meccanismi di reclutamento nella p.a. al rafforzamento di servizi di prossimità per il supporto all'assistenza domiciliare, dal potenziamento delle politiche attive agli incentivi economici per l'occupazione femminile – avranno sortito l'effetto sperato.

zione di Martello e con i contributi di Balistrieri, Barbieri, Barzotti, Rizzetto, Bellavista, Bronzini, Garnero e Leonardi, Imberti, Lambertucci, Menegatti, Pisani, Rotondi, Santucci, Treu, Valente, Zoppoli, Sbarra, Bombardieri; Massagli, Porcheddu, Spattini, *Una legge sul salario minimo per l'Italia? Riflessioni e analisi dopo la direttiva europea*, ADAPT, *Materiali di discussione*, 2022, 5; al numero 1/2024 di *LDE*, con i contributi di Tursi, Paone, Massagli, Canavesi.

[10] Sul tema v. Tursi, *Decreto trasparenza: prime riflessioni - "Trasparenza" e "diritti minimi" dei lavoratori nel decreto trasparenza*, in *DRI*, 2023, 1.

[11] Per una lettura critica delle misure proposte v. Lamberti, *I Key Performance Indicators della certificazione della parità di genere. Una lettura critica*, in *federalismi.it*, 2023; Martini, *Parità di genere e PNRR: un'occasione persa?*, in *Lavoce.info*, 18 novembre 2022; Cardinali, *La clausola di condizionalità per l'occupazione di donne e giovani: azione positiva o azione mancata?*, in *https://*oa.inapp.org/xmlui/handle/20.500.12916/3605; *PNRR il tradimento di donne e giovani. Il 70% delle gare cancella le quote*, in *LaRepubblica*, 16 marzo 2023.

Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sentenza 28 novembre 2023, causa C-148/22 – Pres. Lenaerts – Rel. Biltgen – Avv. Gen. Collins – OP- Commune d'Ans.

Rinvio pregiudiziale - Politica sociale - Direttiva 2000/78/CE - Creazione di un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Divieto di discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali - Settore pubblico - Regolamento di lavoro di una pubblica amministrazione che vieta di indossare in modo visibile qualsiasi segno filosofico o religioso sul luogo di lavoro - Velo islamico - Requisito di neutralità nei contatti con il pubblico, i superiori e i colleghi.

È legittimo il regolamento di una pubblica amministrazione che vieta di indossare qualsiasi simbolo religioso pur in assenza di contatto con il pubblico?

Neutralità o disparità? L'ultima pronuncia della Corte di Giustizia Europea e l'insostenibile leggerezza del credere

Francesca Oliosi

Ricercatrice di Diritto ecclesiastico e Diritto canonico nell'Università di Trento

Sommario: 1. Il velo delle donne musulmane nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: tra libertà di religione e libertà d'impresa, vince la neutralità… ma non l'imparzialit.à – 2. Profili di novità del caso in specie, dal quadro normativo belga al rinvio pregiudiziale sulla normativa europea. – 3. La decisione della Corte. – 4. Neutralità…o fragilità? Una prospettiva di genere, e non solo.

Sinossi: Il contributo ricostruisce la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea rispetto alla possibilità di portare il velo islamico e ai requisiti di necessarietà e proporzionalità richiesti dai giudici di Lussemburgo per una limitazione legittima del diritto di libertà religiosa. Lo studio si occupa poi di analizzare l'ultima sentenza, del 18 novembre scorso, con la quale la Corte ha stabilito che anche un ente pubblico può, a determinate condizioni, vietare ai propri dipendenti di indossare qualsiasi segno visibile di convinzioni politiche, religiose o filosofiche sul luogo di lavoro. Tale regola, secondo i giudici di Lussemburgo, se applicata in modo

generale e indifferenziato, può essere giustificata dalla volontà di un Comune di organizzare un ambiente amministrativo totalmente neutro.

Abstract: *This study reconstructs the jurisprudence of the European Court of Justice with reference to the possibility of wearing the Islamic headscarf and the requirements of necessity and proportionality required by the Luxembourg courts for a legitimate limitation of the right to religious freedom. The contribution then goes on to analyze the latest ruling, dated Nov. 18, in which the Court ruled that even a public body may, under certain conditions, prohibit its employees from wearing any visible sign of political, religious or philosophical beliefs in the workplace. This rule, if applied generally and undifferentiated, can be justified by a municipality's desire to organize a totally neutral administrative environment.*

1. Il velo delle donne musulmane nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: tra libertà di religione e libertà d'impresa, vince la neutralità...ma non l'imparzialità

Esiste un diritto alla differenza su base religiosa? E, se esiste, vale davvero per tutte le confessioni religiose?

Rispondere a queste domande può sembrare un esercizio di pura retorica, ma esse costituiscono esattamente il punto saliente (e dolente) di molte delle pronunce riguardo alla libertà religiosa in generale e all'utilizzo dei simboli religiosi in particolare, ad opera dei giudici europei (siano essi della Corte di Giustizia o Corte europea dei diritti dell'uomo[1]). A ben vedere è questo il vero ago della bilancia dai parametri bizzarri utilizzata dalle corti europee, che (giustamente!) legittimano la libertà di esprimere se stessi anche con l'abbigliamento[2], ma che (puntualmente!) fanno prevalere i limiti che le norme contemplano come eccezioni alla regola se l'essere se stessi coinvolge l'appartenenza religiosa e quindi l'utilizzo di simboli che ne diano manifestazione esternamente.

E sì che la libertà religiosa è indiscutibilmente un diritto fondamentale, da autorevole dottrina definito persino la madre di tutte le libertà dal momento che nel prisma della sua

[1] Con riferimento alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, non essendo la sede per una ricostruzione della numerosa giurisprudenza in tema di porto del velo, il rinvio essenziale e doveroso è ai *leading cases* che hanno tratteggiato, nel corso degli anni, la linea dei giudici di Strasburgo. Si tratta dei casi di Lehila Sahin v. Turkey, 24 giugno 2004 e 10 novembre 2005 (grande Camera), Dahlab w. Switzerland, 15 febbraio 2001, S.A.S. v. France, 1° luglio 2014, Ebrahimian v. France, 26 novembre 2015. Per il testo completo si rinvia al sito della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, https://www.echr.coe.int/home, data ultima consultazione 5 aprile 2024.

[2] Come riconosciuto in un caso che risale alla fine degli anni Novanta, infatti; «constraints imposed on a person's choice of mode of dress constitute an interference with the private life as ensured by Article 8 para. 1 of the Convention». La fattispecie, decisa dalla Commissione europea per i diritti umani, riguardava un *transgender* che desiderava vestirsi secondo la propria identità di genere si veda *Kara v. United Kingdom,* n. 36528/97, 22 ottobre 1998. Testo integrale reperibile nel sito della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, https://www.echr.coe.int/home, data ultima consultazione 5 aprile 2024.

affermazione si è poi strutturato quel nucleo essenziale ed irrinunciabile di diritti umani fondamentali che fa parte del patrimonio giuridico occidentale[3].

Certo, come ogni diritto, anche quello alla differenza e quello alla libertà religiosa possono e devono essere bilanciati con altri diritti costituzionalmente protetti, ma risulta quasi paradossale che il cumulo dei due, ossia quando il riferimento alla differenza sia rispetto all'appartenenza confessionale, la tutela invece che rinforzata risulti più facilmente sacrificabile. Com'è possibile che, nonostante un perentorio e assai solenne quadro normativo, il diritto di libertà religiosa sia puntualmente trattato dai giudici europei come "figlio di un Dio minore"[4]?

La motivazione che solitamente viene data è tanto lineare quanto formale: non compete né a Strasburgo né a Lussemburgo attuare un'applicazione diretta del diritto europeo, cosicché la tutela del diritto di libertà religiosa è rimessa alla giurisdizione dei singoli Stati, secondo la nota dottrina del margine d'apprezzamento. Il risultato di questo talvolta incoerente *self restraint* è che nel caso specifico di quanto attiene l'appartenenza religiosa e i corollari da essa discendenti, pur riconosciuto in tesi come "universale", "umano", "fondamentale" il diritto di libertà religiosa è suscettibile di variazioni sul tema quasi ossimoriche dipendenti dalle legislazioni nazionali, inevitabilmente influenzate dalla storia e dalla sensibilità di ogni Stato membro. Il risultato, in ultima battuta, è di una ricorrente interpretazione restrittiva dei suoi contenuti, tanto da aver portato ad ipotizzare una compressione sistematica del diritto all'identità *sub specie religionis*[5].

In quest'Europa, caratterizzata da una tutela a geometria variabile del diritto di libertà religiosa, si registra poi un altro elemento ricorrente: lo scatenarsi del dibattito (mediatico ma anche politico, giurisprudenziale e dottrinale) ogniqualvolta la fattispecie dedotta in giudizio riguarda l'Islam e, ancora di più, il porto del velo islamico. La presenza musulmana in Europa, ormai giunta alla terza o quarta generazione, funge ancora da catalizzatore e sintomo della difficoltà di tutto l'Occidente a fare i conti da un lato con il diritto alla differenza e l'autodeterminazione (su base religiosa, ma non solo) e dall'altro con la tentazione di identificare l'uguaglianza come indifferenziazione e la neutralità come unica via percorribile per la non discriminazione. A questo si deve aggiungere che nessun altro simbolo religioso è stato così di frequente motivo di controversia come il porto dello *hijab*[6] da par-

[3] Mi sia permesso sul punto un rinvio a Oliosi, *Giustizia divina, diritti umani*, Napoli, 2020.

[4] Così Antonio Cantaro, che osserva come «Pur in presenza di ampie enunciazioni in materia di libertà di credo, la giurisprudenza europea è pervenuta in alcune sue recenti decisioni a conclusioni che, a me pare, rischiano di ridimensionare la fondamentalità del diritto alla libertà religiosa, la sua assolutezza a fronte delle sfide dell'attuale fenomeno immigratorio, con i suoi inediti stili di vita, anche vistosi come l'abbigliamento femminile. Insomma, una libertà paradossalmente figlia di un Dio minore». Così Cantaro, *I simboli e le icone di appartenenza religiosa nello spazio pubblico europeo,* in *Cultura giuridica, diritto vivente*, 2020, 7, 2.

[5] Così Colajanni, *Il velo delle donne musulmane tra libertà religiosa e libertà economica. Prime osservazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia sul divieto di indossare il velo nei luoghi di lavoro,* in www.questionegiustizia.it, 21 marzo 2017.

[6] È solo il caso di specificare che lo *Hijab* non è l'unico velo islamico. Per obbedire al precetto coranico di non mostrare ad altri uomini che non appartengano alla famiglia "le proprie parti belle" (sura XXIV, al-Nur, "la Luce") sono diversi i copricapi

te delle donne musulmane che diviene, inevitabilmente, una questione di discriminazione di genere, oltre che su base religiosa.

La condizione femminile è uno dei veri nodi cruciali del confronto tra culture basato sui diritti umani. È luogo comune ritenere che l'integrazione di culture diverse e lontane da quella occidentale (*in primis* quella islamica) sia impossibile perché la donna non è considerata al pari dell'uomo e, come esempio, spesso viene utilizzato quello del velo islamico. Sembra che il non detto sia che esso stesso, in effetti, costituisca un elemento di discriminazione per le donne, anche se sono costoro a rivendicarne l'utilizzo per una questione di appartenenza non solo religiosa ma anche culturale ed identitaria[7]. Così, nell'affrontare l'effettivo rispetto del diritto di libertà religiosa rispetto alla libertà di indossare un simbolo che manifesta la propria appartenenza confessionale (e il cui utilizzo spesso costituisce per il credente un vero e proprio precetto), la giurisprudenza europea ha compiuto un'attività ermeneutica spiccatamente orientata alla dimostrazione della legittimità dei limiti sia nello spazio pubblico e da parte degli Stati (nel caso della Corte Edu facendo ricorso al cd. margine di apprezzamento) sia nei rapporti tra privati ed in particolare sul luogo di lavoro (per i quali la Corte di Giustizia riconosce la prevalenza della libertà d'impresa e quindi del potere per i datori di lavoro di imporre apposite norme interne o clausole contrattuali). In questo solco si collocano le precedenti decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che qualificano l'obbiettivo di perseguire un'immagine aziendale neutrale come valida giustificazione al divieto di portare il velo e quindi legittima limitazione della libertà religiosa.

Le prime due pronunce in merito risalgono al 2017, quando i giudici di Lussemburgo si erano pronunciati sulla legittimità del licenziamento di due lavoratrici che si erano rifiutate di togliere l'*hijab* in presenza del divieto di portarlo.

I casi portati in via pregiudiziale all'esame della Corte di giustizia riguardavano uno la *receptionist* di un'impresa fornitrice di servizi di accoglienza[8] e l'altro un'ingegnera che, pur avvertita dei problemi che con il velo avrebbe potuto creare a contatto con i clienti, aveva continuato ad indossarlo. Il cliente, infastidito, aveva ingiunto tramite i propri collaboratori che non vi fosse «alcun velo la prossima volta», spingendo così la direzione ad imporre alla donna, senza successo, di non indossarlo più[9].

presenti nel variegato mondo musulmano. I principali (e più conosciuti) sono l'*hjiab,* che copre il capo ed il collo ma lascia scoperto il viso, il *niqab,* che lascia scoperti solo gli occhi e il *burqa* che copre con un unico manto tutto il corpo della donna e lascia solo una fenditura (coperta da una rete) anche per gli occhi che permette alla donna di vedere ma non agli altri di vederne lo sguardo né alcun'altra parte del corpo.

[7] Cfr. Camassa, *Presentazione,* in *QDPE,* 2018, numero speciale, 3 ss.; Id. *Il volto coperto delle donne nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo,* in *QDPE,* 2018, numero speciale, 241 ss; Ricca, *Oltre Babele,* Bari, 2008.

[8] C. Giust., 17 marzo 2017, causa C- 188/15, *Bougnaoui,* testo integrale reperibile sul sito http://curia.europa.eu/, data ultima consultazione 2 aprile 2024.

[9] C. Giust., 17 marzo 2017, causa C- 137/15, *Achbita,* testo integrale reperibile sul sito http://curia.europa.eu/, data ultima consultazione 2 aprile 2024.

In entrambe le decisioni la Corte escludeva concordemente una discriminazione diretta perché l'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva, «deve essere interpretato nel senso che il divieto di indossare un velo islamico, derivante da una norma interna di un'impresa privata che vieta di indossare in modo visibile qualsiasi segno politico, filosofico o religioso sul luogo di lavoro, non costituisce una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali» perché «tratta in maniera identica tutti i dipendenti dell'impresa, imponendo loro, in maniera generale ed indiscriminata, segnatamente una neutralità di abbigliamento che osta al fatto di indossare tali segni»[10]. Secondo i giudici di Strasburgo un'impresa può, in linea di principio, con una norma interna, vietare ai propri dipendenti di indossare in modo visibile qualsiasi segno politico, filosofico o religioso. Un tale divieto generale non configura una discriminazione diretta. Esso può tuttavia costituire una discriminazione indiretta qualora comporti uno svantaggio particolare per le persone appartenenti ad una determinata religione, quindi se un'indicazione di neutralità solo apparentemente di massima sia in realtà indirizzata ad una categoria (o una religione) ben precisa. Su questo punto la Corte rimette la decisione e la prova dinnanzi al giudice nazionale belga, legittimando ancora una volta una disparità di trattamento su base nazionale rispetto alla tutela di una libertà fondamentale come quella religiosa.

Non serve un'approfondita conoscenza dei diritti religiosi per sapere che un'impostazione come quella della neutralità nell'azienda nelle due fattispecie in esame di fatto penalizza solo coloro che appartengono ad una determinata confessione: solo a prima vista il divieto si applica a tutti. In linea generale, poi, è altrettanto evidente che solo alcuni fedeli hanno all'interno del proprio ordinamento religioso il precetto (ritenuto vincolante) di indossare un simbolo che ne manifesti l'appartenenza confessionale. È il caso dei cosiddetti "Cinque K"[11] per tutti i credenti di religione sikh e, ovviamente, del velo per le donne di religione musulmana. Non è il caso, a puro titolo di esempio, del rosario o del crocifisso indossato da un fedele di religione cristiana, che può scegliere di manifestare la propria appartenenza ma nel farlo non obbedisce a nessun tipo di precetto sul punto.

Entrambe le sentenze sono state aspramente criticate da autorevole dottrina per la mancanza di parametri chiari, poiché lasciavano al datore di lavoro ampi margini di discrezio-

[10] Così C. Giust., 17 marzo 2017, causa C- 137/15, cit.

[11] Ogni credente che abbia compiuto il rito di ingresso nella comunità *sikh* entrando a far parte del *Khālsā* assume determinati doveri validi per tutti, senza distinzioni di sesso o di condizione sociale, che si esprimono nei cinque simboli di appartenenza (le "Cinque K" o i *Panj kakke*). Essi più nello specifico sono: *Kesh*: simbolo della perfezione della creazione divina. I capelli non tagliati sono coperti da un turbante (*dastar*) o, per i ragazzi, da un *patka*. Anche le donne devono coprire il capo e possono scegliere di indossare un turbante o un pannovelo. Tale divieto si estende per gli uomini anche alla barba (simbolo di virilità, coraggio e saggezza) e ai peli del corpo. *Kangha*: piccolo pettine di legno simbolo della cura e della pulizia personale. Viene messo per fissare i capelli sotto il turbante. *Kachera*: indumento intimo simbolo di pudore, dignità e modestia. Si tratta di pantaloni larghi e corti che si mettono sotto i vestiti segno di pulizia. *Kara*: braccialetto di ferro che rappresenta l'appartenenza e la fedeltà a Dio. Si mette appena prima delle mani, come braccialetto, per ricordare al sikh di fare la cosa giusta. *Kirpan*: simbolo di rispetto e integrità morale, si tratta di un pugnale, di solito a lama curva. In particolare il *Kirpan*, configurandosi esternamente come un pugnale, è stato oggetto di vertenze giurisdizionali sia nazionali che europee riguardanti la fattispecie del porto d'armi abusivo.

nalità, tanto da far temere il proliferare di scelte di neutralità "*à la carte*" rimesse alla sua pura discrezionalità, con il rischio di provocare una compressione eccessiva della libertà religiosa dei lavoratori. Tale presentimento è stato poi confermato da alcune legislazioni nazionali, come ad esempio dall'emanazione in Francia di una legge che consente al datore di lavoro di imporre la regola di "neutralità" se utile al "*bon fonctionnement de l'entreprise*"[12].

Solo a partire dal 2021 l'evoluzione della giurisprudenza della Corte cerca di delineare un'analisi più specifica dei presupposti che legittimano la politica di "neutralità aziendale" come base del divieto di esibire simboli religiosi o ideologici. Il punto di partenza sono due ulteriori fattispecie che presentano caratteristiche differenziate e che trattano l'una la neutralità *ad externum* (nei confronti cioè di coloro che entrano a contatto con l'impresa), l'altra *ad internum,* tra i lavoratori dell'azienda stessa. Il combinato disposto delle due è un'ulteriore specificazione di requisiti e presupposti atti, dice la Corte, ad individuare e valutare quando la (tanto invocata) neutralità aziendale sia legittima[13].

La prima specificazione riguarda il presupposto necessario (ma di per sé non sufficiente) della scelta di "neutralità", che deve in primo luogo corrispondere ad un'esigenza "reale" e concreta, non astratta o generica. Le prove di concretezza e realtà spettano al datore di lavoro, che ha l'onere di dimostrare non in modo aprioristico o teorico ma pratico e realistico quanto la scelta di una politica di neutralità sia necessaria, prendendo in considerazione segnatamente le aspettative legittime di clienti o utenti nonché le conseguenze sfavorevoli che egli subirebbe in assenza di una tale politica, tenuto conto della natura delle sue attività o del contesto in cui queste ultime si iscrivono. Il tentativo ermeneutico è di passare da una visione meramente soggettiva della libertà di impresa ad una concezione non solo oggettiva ma anche dimostrabile, sicché le giustificazioni fornite dal datore di lavoro devono essere scrutinabili ed effettivamente scrutinate da parte del giudice, al quale devono essere sottoposte prove atte a fornire l'effettiva esistenza del pericolo di un «pregiudizio concreto e non meramente astratto»[14].

Ulteriori specificazioni si ritrovano tra i criteri considerati nella sentenza *Wabe*, in merito in particolare a quando e come le «aspettative dei clienti o utenti» sono da considerarsi

[12] Così Scarponi, *Libertà religiosa nei luoghi di lavoro e 'neutralità' dell'impresa. Il 'porto dell'hijab' da parte delle donne musulmane nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in Oliosi (a cura di), *Diritto, religione, coscienza: il valore dell'equilibrio. Liber Amicorum per Erminia Camassa,* Modena, 2023, 480. Della stessa autrice, in riferimento al bilanciamento tra questioni giuslavoristiche, disuguaglianza e libertà si segnalano Id., *L'appartenenza confessionale delle lavoratrici davanti alla Corte di Giustizia*, in *QDPE*, 2018, numero speciale, 221 ss.; Id., *'Fair balance' tra diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di libertà religiosa nel lavoro e impatto del principio di proporzionalità*, in *VTDL,* 2019, numero straordinario, 1313-1330.

[13] C. Giust., 15 luglio 2021, casi riuniti C- 804/18 e C- 341/19, *Wabe* e *Müller Handels,* testo integrale reperibile sul sito http://curia.europa.eu/, data ultima consultazione 2 aprile 2024.

[14] Nel caso oggetto del giudizio la società datrice di lavoro affermava che esisteva un pericolo concreto di violazione del principio di neutralità in quanto era emerso dal profilo *social* della dipendente che ella intendeva effettivamente influenzare deliberatamente i terzi con il suo comportamento (punto 31). Per il testo integrale si rinvia a http://curia.europa.eu/, data ultima consultazione 2 aprile 2024.

legittime. I genitori che iscrivono i propri figli ad un asilo nido che si presenta come neutrale e aconfessionale, ma anche favorevole alla pluralità religiosa e culturale, possono vantare la legittima aspettativa che le educatrici di tale asilo si astengano non solo dal fare esternazioni di tipo religioso, ideologico o politico, ma anche dall'indossare alcun tipo di segno visibile di appartenenza confessionale. Tale scelta risponde all'esigenza di rispettare il desiderio manifestato da parte dei genitori di provvedere all'educazione dei figli, ma tutela anche il diritto dei genitori di poter scegliere le modalità di educazione e formazione dei propri figli. Secondo la sentenza, dovendosi il diritto di libertà religiosa bilanciare con quello dei genitori di provvedere all'educazione dei figli secondo le proprie convinzioni religiose, filosofiche o pedagogiche, quale diritto fondamentale riconosciuto dall'art. 14, par. 3, Cdfue, è del tutto legittima l'aspettativa di un ambiente neutrale e perciò privo di simboli religiosi.

Va notato (e apprezzato) che la Corte si premura di andare oltre e specificare che anche il rischio di "subire conseguenze sfavorevoli" va valutato in prospettiva concreta nel rispetto del principio di proporzionalità, pertanto occorre che «detto divieto si limiti allo stretto necessario tenuto conto della portata e della gravità effettive delle conseguenze sfavorevoli che il datore di lavoro intende evitare mediante un divieto siffatto»[15]. Tale requisito secondo i giudici di Lussemburgo viene rinvenuto attraverso una concreta valutazione sia della natura dell'attività di impresa sia del contesto in cui essa è esercitata. Solo in questo modo si può verificare che la scelta di neutralità dell'impresa non implichi profili di illegittimità, laddove tali ragioni siano esse stesse discriminatorie - come quelle «dettate dall'islamofobia, dal razzismo, o dall'omofobia»[16].

L'altro caso trattato congiuntamente e deciso nella medesima sentenza è il caso *Müller Handels* in cui la ricorrente, di religione musulmana, era addetta alle vendite in un grande magazzino e portava il velo. La donna dapprima veniva riassegnata ad un'attività che non comportava contatti con i clienti ma poi riceveva nuovamente l'invito a presentarsi al lavoro priva di segni vistosi di appartenenza religiosa, filosofica o ideologica per evitare, secondo i convenuti, eventuali conflitti *ad internum*, tra gli stessi dipendenti. Per queste ragioni, e solo in un secondo momento, il datore di lavoro era giunto a statuire con un regolamento interno un divieto riguardante i simboli religiosi «vistosi e di grandi dimensioni». Tale decisione aziendale viene censurata dalla Corte sotto il profilo della violazione della parità di trattamento in quanto, penalizzando gli «appartenenti a religioni che di per sé impongono segni più vistosi, come un copricapo», già identificabili a priori, essa configura una discriminazione diretta dal momento che alcuni dipendenti sono trattati meno

[15] C. Giust., 15 luglio 2021, cause riunite C- 804/18 e C- 341/19, cit., punto 70.

[16] Il punto 40 della sentenza in esame menziona "il rischio di subire conseguenze sfavorevoli tenuto conto della sua attività e del contesto in cui è esercitata", testo integrale reperibile sul sito http://curia.europa.eu/, data ultima consultazione 2 aprile 2024.

favorevolmente di altri sulla base di un elemento collegato direttamente al fattore protetto della religione.

Particolarmente interessante l'inciso della Corte, che trova rilievo e seguito anche nella sentenza qui commentata: «solo vietando di esibire qualunque segno di appartenenza religiosa, anche di piccole dimensioni», è perseguibile fattivamente l'obiettivo dichiarato di evitare conflitti interni fra i dipendenti della stessa impresa[17] come effettivamente era avvenuto in passato. Fortemente (e giustamente) criticata da autorevole dottrina, la sentenza solleva non pochi dubbi *in primis* rispetto al requisito stabilito nel caso precedente circa il test di necessità e proporzionalità rispetto alla finalità dichiarata di prevenire i conflitti dei dipendenti.

È davvero necessario e proporzionato limitare il diritto di libertà religiosa quando è evidente che il datore di lavoro abbia a disposizione un potere disciplinare esercitabile nei confronti dei dipendenti non rispettosi dell'appartenenza religiosa o ideologica dei colleghi? Per assicurare il mantenimento di un clima aziendale di tolleranza reciproca, non è forse questa un'alternativa adeguata e proporzionata rispetto all'imposizione del divieto di esibire simboli di appartenenza? È significativo che entrambe le decisioni si trovino poi nella stessa sentenza: con una prima decisione in cui si affermano prima i requisiti di necessarietà e proporzionalità nella decisione di impostazione di neutralità da parte del datore di lavoro, ed una seconda in cui invece si dimostra all'atto pratico come gli stessi requisiti possano essere invocati e al tempo stesso raggirati.

La sentenza più recente emessa dalla Corte di Giustizia prima di quella in esame, affronta nuovamente l'interpretazione del divieto di discriminazione ai sensi della direttiva 2000/78/CE, ponendo fine ad un'annosa controversia pendente dal 2018 tra L.F., una donna di fede musulmana che indossa il velo islamico, e la S.C.R.L., una società che gestisce alloggi popolari. La ricorrente lamentava che la mancata presa in considerazione della sua candidatura spontanea a un tirocinio fosse dovuta al fatto che avesse affermato che si sarebbe rifiutata di togliersi il velo per conformarsi alla politica di neutralità sposata dall'azienda e prevista dal suo regolamento. Dopo aver provato a ripresentare domanda presso la stessa società proponendo di indossare un altro copricapo ma ricevendo comunque una risposta di tipo negativo, L.F. segnalava una discriminazione presso l'ente pubblico indipendente competente per la lotta contro la discriminazione in Belgio, prima di rivolgersi al *Tribunal du travail francophone de Bruxelles* (Tribunale del lavoro di Bruxelles di lingua francese, Belgio) con un'azione inibitoria. L.F. contestava alla S.C.R.L. di aver violato le disposizioni della legge generale belga contro le discriminazioni, in quanto, affermava, la mancata conclusione del contratto di tirocinio sarebbe stata fondata direttamente o indirettamente sulle sue convinzioni religiose[18].

[17] C. Giust., 15 luglio 2021, cause riunite C- 804/18 e C- 341/19, cit., punto 75.

[18] C. giust., II sez., 13 ottobre 2022, causa C-344/20, *L.F. c. S.c.r.l.*, in *RIDL*, 2023, II, 165 con nota di Izzi.

Il *Tribunal du travail francophone* de Bruxelles adiva la Corte di Giustizia per chiedere se i termini «la religione o le convinzioni personali» presenti nella direttiva riguardante la parità di trattamento in materia di impiego e di condizioni di lavoro debbano essere interpretati come due aspetti di uno stesso criterio protetto o, al contrario, come due criteri distinti. La Corte ribadendo ancora una volta il ragionamento già espresso in precedenza, affermava che potendo ogni persona avere convinzioni religiose, filosofiche o spirituali, non costituisce una discriminazione diretta un divieto che riguardi «ogni convinzione, senza distinzione alcuna, e tratti in maniera identica tutti i dipendenti dell'impresa» applicando il divieto in maniera generale e indiscriminata ed esteso, come nel caso, a «qualunque manifestazione di appartenenza e dunque non solo tramite l'abbigliamento ma anche altre caratteristiche come l'obbligo di portare il turbante o la barba lunga»[19].
La Corte osservava infine che, in sede di valutazione dell'esistenza di una discriminazione indiretta, il diritto dell'Unione non osta a che un giudice nazionale riconosca, nell'ambito del bilanciamento degli interessi divergenti, una maggiore importanza a quelli della religione o delle convinzioni personali rispetto a quelli risultanti, in particolare, dalla libertà d'impresa, purché ciò derivi dal suo diritto interno. Veniva precisato, a tal proposito, che il margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati membri non può estendersi fino a consentire a questi ultimi o ai giudici nazionali di scindere, in plurimi motivi, uno dei motivi di discriminazione elencati tassativamente all'articolo 1 della direttiva: il rischio di questa segmentizzazione potrebbe essere quello di mettere in discussione il testo, il contesto e la finalità di tale motivo e pregiudicare l'effetto utile del quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro istituito dal diritto dell'Unione. Per queste ragioni l'ultimo approdo della giurisprudenza della Corte di Giustizia è stato quello di considerare unitariamente la tutela della "*religion or belief*" (coerente con quello seguito non solo dalla Direttiva n. 78, ma altresì dall'art. 13 Tce in quanto espressamente abbinati), quali espressioni fondamentali della personalità individuale che si possono declinare sia nel senso di libertà positiva che nel senso di libertà negativa.

[19] In questa sede la Corte, richiamato il potere di controllo da parte del giudice dell'Unione sull'esercizio della discrezionalità riconosciuta agli Stati membri, ricostruisce il rapporto tra la libertà di religione e la libertà di credo, negando la possibilità di scindere le due ai fini dell'applicazione del divieto di discriminazione. I giudici di Strasburgo considerano infatti che tale divieto "riguarda tutti i lavoratori allo stesso modo" e che "un approccio segmentato avrebbe come conseguenza la creazione di sottogruppi di lavoratori e potrebbe minare il principio di uguaglianza e pari trattamento nel lavoro stabilito dalla D.n.7 8", con la conseguenza che "non è consentito né agli ordinamenti né ai giudici nazionali scindere i vari motivi elencati tassativamente dall'art. 1 della Direttiva, salvo metterne in discussione il testo, il contesto e la finalità e compromettere così l'effetto utile del quadro generale per la parità di trattamento per l'occupazione e le condizioni di lavoro istituito da tale direttiva" C. giust., II sez., 13 ottobre 2022, causa C-344/20, cit., punto 54.

2. Profili di novità del caso in specie: i motivi del rinvio pregiudiziale e il quadro normativo di riferimento

Il 28 novembre 2023 la Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea è tornata a pronunciarsi sulla cosiddetta neutralità oggetto della sua ormai costante giurisprudenza aggiungendo un ulteriore elemento di novità che merita di essere considerato ed analizzato.

Il caso C-148/22, si sostanziava in un rinvio pregiudiziale da parte del Tribunale del lavoro di Liegi (*Tribunal du travail de Liège,* Belgio) che riguardava una dipendente del Comune di Ans, alla quale, nello svolgimento delle proprie mansioni, era stato fatto divieto di indossare lo *hijab.*

La ricorrente lavorava già per il Comune con il ruolo di «responsabile dell'ufficio», (funzione che svolgeva principalmente senza contatto con gli utenti del servizio pubblico, in «back office»). Solo dopo 5 anni in cui esercitava la sua attività lavorativa senza «indossare segni idonei a rivelare le sue convinzioni religiose e senza formulare rivendicazioni scritte in tal senso» la donna chiedeva di portare il velo sul luogo di lavoro ma otteneva un diniego dalla giunta comunale che, nel respingere la domanda, le vietava altresì provvisoriamente di indossare, nell'esercizio della sua attività professionale, segni che rivelassero le sue convinzioni religiose, fino all'adozione di una normativa generale relativa all'uso di tali segni all'interno dell'amministrazione comunale.

Con una seconda decisione *ad personam* la giunta confermava il divieto fino alla modifica del regolamento di lavoro adottanda dal consiglio comunale, con l'entrata in vigore del quale inseriva un obbligo di «neutralità esclusiva» sul luogo di lavoro, inteso come divieto per tutti i dipendenti del comune di indossare, negli spazi municipali, qualsiasi segno visibile idoneo a rivelare le loro convinzioni personali, in particolare religiose o filosofiche, a prescindere dal fatto che tali dipendenti siano o meno a contatto con il pubblico[20].

La ricorrente adiva il giudice nazionale, chiedendo l'accertamento circa la violazione della sua libertà di religione – sancita dall'art. 19 della Costituzione belga –, avvalorata dal fatto che la sua posizione lavorativa non sottintendesse rapporti con il pubblico ma avveniva nel c.d. «back office».

Nel procedimento principale la dipendente del comune avviava varie azioni dirette a far dichiarare che la sua libertà di religione era stata violata, e tra queste in particolare un'azione inibitoria, proposta dinanzi al giudice del rinvio, sia avverso le due decisioni indivi-

[20] L'articolo 9 del regolamento adottato dal Comune di Liegi il 29 marzo 2021 prevede quindi, in particolare: «Il lavoratore ha libertà di espressione nel rispetto del principio di neutralità, del proprio obbligo di riservatezza e del proprio dovere di lealtà. Il lavoratore è tenuto a rispettare il principio di neutralità, il che implica il dovere di astenersi da qualsiasi forma di proselitismo e il divieto di esibire qualsiasi segno vistoso che possa rivelare la sua appartenenza ideologica o filosofica o le sue convinzioni politiche o religiose. Tale regola si applica al lavoratore sia nell'ambito dei suoi contatti con il pubblico sia nei suoi rapporti con i suoi superiori e i suoi colleghi».

duali sia contro la modifica del regolamento di lavoro in un momento successivo alla sua assunzione e, in particolare, al momento in cui decideva di portate il velo.
Con riferimento alle decisioni individuali prese nei confronti della donna prima che venisse adottato il regolamento, il tribunale belga riconosceva la sussistenza di una discriminazione in atto, ritenendo che il divieto di indossare il velo islamico imposto alla ricorrente nel procedimento principale costituisse effettivamente una differenza di trattamento direttamente fondata sulla religione di quest'ultima rispetto agli altri membri del personale del Comune. In particolare, il giudice belga accoglieva l'argomentazione perché altre dipendenti indossavano segni di convinzioni personali, in particolare religiosi, (il riferimento era nello specifico ad una donna che portava un piccolo crocifisso come ciondolo del suo girocollo), ma che fino ad allora erano sempre stati tollerati dal Comune sul luogo di lavoro. Tale differenza di trattamento non è neppure giustificata da requisiti professionali essenziali e determinanti, ai sensi dell'articolo 8 della legge generale contro la discriminazione, in quanto la ricorrente nel procedimento principale esercitava le sue funzioni principalmente in «back office». Si trattava quindi di una discriminazione diretta, ai sensi della direttiva 2000/78/CE.
Pur dichiarando fondata l'azione della ricorrente nel procedimento principale per il periodo compreso tra la data di adozione della prima di tali decisioni individuali e quella di adozione della modifica del regolamento di lavoro di cui trattasi nel procedimento principale, il giudice belga adiva la Corte di giustizia dell'Unione europea con rinvio pregiudiziale per chiedere se la regola di neutralità inserita nel regolamento da parte del Comune di Ans fosse conforme al diritto dell'Unione, segnatamente alla direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000.
La questione pregiudiziale sollevata dal giudice nazionale si sostanziava in particolare, sull'art. 2, paragrafo 2, lettere a) e b), della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, chiedendo se questo potesse essere interpretato nel senso di un'autorizzazione della pubblica amministrazione a organizzare un ambiente amministrativo totalmente neutro che implicasse quindi il divieto a tutti i membri del personale, a prescindere dal fatto che siano o meno a diretto contatto con il pubblico, di indossare segni di convinzioni personali.
Le conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins facendo cenno alla precedente giurisprudenza della Corte, chiedevano quindi se un datore di lavoro avesse il diritto di imporre ai suoi dipendenti restrizioni nell'ambito dell'esercizio delle loro funzioni, anche quando il datore in questione non fosse privato ma pubblico, segnatamente un Comune. La domanda è quindi se la natura e le caratteristiche specifiche del servizio pubblico, nonché il contesto proprio di ciascuno Stato membro, permettessero o imponessero di adottare una soluzione diversa da quella adottata in dette precedenti cause rispetto a rapporti di lavoro privati, per i quali valgono evidentemente valori diversi come le legittime aspettative dei clienti o il diritto all'esercizio della libera impresa.
Come di consueto, prima di entrare nel merito della causa, la Corte si sofferma sul contesto normativo sia dell'Unione europea che dello Stato belga.
In particolare le norme fondamentali sono l'art. 2, paragrafo 1, della direttiva 2000/78/CE che stabilisce che «per "principio della parità di trattamento" si intende l'assenza di qualsi-

asi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1», mentre al paragrafo seguente stabilisce quando si ha una discriminazione[21].
L'ambito di applicazione della direttiva 2000/78/CE è determinato dal suo articolo 3, paragrafo 1, che la estende «[…] a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene […] all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione», mentre l'articolo 4, fatti salvi i limiti precedentemente stabiliti, prevede la possibilità per gli Stati membri di «stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a uno 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».
Con riferimento al diritto belga, la *Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination* (legge del 10 maggio 2007 sulla lotta a talune forme di discriminazione), nella versione applicabile alla controversia principale, traspone la direttiva 2000/78/

[21] L'articolo 2, paragrafo 2 prevede che ai fini dell'applicazione dell'articolo 2, paragrafo 1: « (a) sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga; (b) sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, a meno che: […] tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari […]».

CE nel diritto statale, in particolare agli articoli 4[22], 5[23], 7[24] e 8[25] e 9[26]. Com'è tipico nelle leggi di recepimento nazionale, le appena citate norme in combinato disposto ripercorrono il modello europeo, stabilendo dapprima come distinguere le fattispecie di discriminazione diretta ed indiretta e poi con quali criteri valutare la legittimità di limiti eventualmente posti alle libertà, in particolare in termini di legittimità e proporzionalità.

3. La decisione della Corte

Il giudice del rinvio rimetteva alla Corte di Giustizia due questioni pregiudiziali: la prima riguardante l'applicabilità dell'articolo 2, paragrafo 2, lettere a) e b) anche ad un regolamento interno di un'amministrazione comunale: è lecito perseguire l'obiettivo di neutralità anche all'interno di un'amministrazione pubblica che vieta in maniera generale e indiscriminata ai propri dipendenti di indossare in modo visibile, sul luogo di lavoro, qualsiasi segno che riveli, in particolare, convinzioni filosofiche o religiose? La seconda, logicamen-

[22] Così come ricostruito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nei punti rilevanti alla causa in esame, L'articolo 4 di tale legge così recita: «Ai fini dell'applicazione della presente legge, si intende per:
1° rapporti di lavoro: i rapporti che comprendono, tra l'altro, l'occupazione, le condizioni di accesso al lavoro, le condizioni di lavoro e le norme sul licenziamento, e questo: – sia nel settore pubblico che nel settore privato; (...)
4° criteri tutelati: l'età, l'orientamento sessuale, lo stato civile, la nascita, il patrimonio, le convinzioni religiose, filosofiche o politiche, la lingua, lo stato di salute attuale o futuro, una disabilità, una caratteristica fisica o genetica, l'origine sociale; (...)
6° distinzione diretta: la situazione che si verifica allorché, sulla base di uno dei criteri tutelati, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra persona in una situazione analoga; 7° discriminazione diretta: distinzione diretta, fondata su uno dei criteri tutelati, che non può essere giustificata sulla base delle disposizioni del titolo II; 8° distinzione indiretta: la situazione che si verifica allorché una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono comportare un particolare svantaggio per le persone caratterizzate da uno dei criteri tutelati rispetto alle altre; 9° discriminazione indiretta: distinzione indiretta, fondata su uno dei criteri tutelati, che non può essere giustificata sulla base delle disposizioni del titolo II; (...)».

[23] L'articolo 5, paragrafo 1, di detta legge prevede che «Ad eccezione delle materie di competenza delle comunità o delle regioni, la presente legge si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico (...)».

[24] L'articolo 7 della legge generale contro la discriminazione recita: «Ogni distinzione diretta basata su uno dei criteri tutelati costituisce discriminazione diretta, a meno che tale distinzione diretta sia oggettivamente giustificata da una finalità legittima e che i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari».

[25] L'articolo 8 dispone: «§1. In deroga all'articolo 7, e fatte salve le altre disposizioni del presente titolo, una distinzione diretta basata sull'età, sull'orientamento sessuale, sulle convinzioni religiose o filosofiche, o su una disabilità nei settori di cui all'articolo 5, paragrafo 1, punti [4, 5 e 7], può essere giustificata unicamente da requisiti professionali essenziali e determinanti. §2. Un requisito professionale essenziale e determinante può sussistere unicamente laddove: – una particolare caratteristica relativa all'età, all'orientamento sessuale, alle convinzioni religiose o filosofiche o alla disabilità sia essenziale e determinante in ragione della natura delle specifiche attività lavorative interessate o del contesto in cui esse vengono espletate, e; – il requisito si basi su una finalità legittima e sia proporzionato in rapporto ad essa. §3. Spetta al giudice verificare, caso per caso, se tale determinata caratteristica costituisca un requisito professionale essenziale e determinante (...)».

[26] L'articolo 9 stabilisce: «qualsiasi distinzione indiretta fondata su uno dei criteri tutelati costituisce una discriminazione indiretta, […] a meno che la disposizione, il criterio o la prassi apparentemente neutri su cui si basa la distinzione indiretta siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari […]».

te conseguente, è quindi: la norma interna pone in essere una discriminazione diretta o indiretta?

Dopo aver specificato che la nozione di «religione» di cui all'articolo 1 della direttiva 2000/78/CE comprende sia il *forum internum,* ossia il fatto di avere convinzioni, sia il *forum externum*, ossia la manifestazione pubblica della fede religiosa ma anche delle convinzioni personali (da trattare, dice la Corte, come «due facce dello stesso e unico motivo di discriminazione»), i giudici di Lussemburgo si pronunciano non accogliendo le rimostranze della ricorrente e sostenendo che non sia stata posta in essere una discriminazione né diretta né indiretta: nonostante venga dimostrato che la sua applicazione comporti un particolare svantaggio solo per gli appartenenti ad una determinata religione, i mezzi impiegati vengono valutati sia appropriati che necessari.

Con riguardo in particolare all'ambito di applicazione, e fermo restando il doveroso margine di apprezzamento riconosciuto ad ogni Stato membro, la CGUE afferma che è del tutto legittima la volontà di un ente pubblico come il Comune di istituire un ambiente amministrativo totalmente neutro e giustifica l'adozione di un regolamento interno che vieti al personale, in maniera generale e indiscriminata, di indossare sul luogo di lavoro qualsiasi segno che riveli convinzioni personali, in particolare filosofiche o religiose ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. b), dir. 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000. Tale disposizione deve però essere idonea, necessaria e proporzionata rispetto al contesto dell'amministrazione e deve tenere conto dei diversi diritti e interessi in gioco.

Ad avviso della Corte, la volontà dell'ente pubblico di condurre una politica di neutralità religiosa o filosofica si sostanzia in una finalità legittima che non corrisponde, come nella libertà di impresa per l'impresa privata, ad un trattamento discriminatorio ma persegue il fine che tutti gli utenti del servizio pubblico si sentano parimenti assistiti e tutelati. In questo frangente, l'obiettivo del Comune è quello di attuare il principio di neutralità del servizio pubblico, il quale trova fondamento negli artt. 10 e 11 della Costituzione belga, nel principio di imparzialità e di neutralità dello Stato. Come sottolinea il governo belga nelle sue osservazioni scritte, riproducendo un passaggio di una sentenza del *Conseil d'État* (Consiglio di Stato, Belgio) del 27 marzo 2013, in uno Stato democratico di diritto, l'autorità pubblica deve essere neutrale «perché è l'autorità di tutti i cittadini e per tutti i cittadini e deve, in linea di principio, trattarli in modo uguale senza discriminazioni basate sulla loro religione, sulle loro convinzioni personali o sulla loro preferenza per una comunità o un partito»[27].

La finalità legittima a cui fa riferimento la direttiva, ad avviso della Corte di Giustizia, si riscontrerebbe proprio nella politica di «neutralità esclusiva» che l'ente pubblico intende instaurare e che, a sua volta, è frutto di quel margine di discrezionalità che agli Stati mem-

[27] Stralcio di sentenza rinvenibile nelle conclusioni dell'Avvocato generale riguardanti la causa in esame. Per il testo integrale si rinvia a http://curia.europa.eu/, data ultima consultazione 2 aprile 2024.

bri è riconosciuto. La direttiva 2000/78/CE, come suo *proprium*, stabilisce infatti solo un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, che, quindi, lascia un margine di apprezzamento agli Stati membri e agli enti infrastatali. Per queste ragioni, afferma l'organo giurisdizionale europeo, si può ritenere che una disposizione come l'articolo 9 del regolamento di lavoro di cui trattasi nel procedimento principale persegua una finalità legittima, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), punto i), della direttiva 2000/78/CE. La Corte precisa altresì che per dirsi realizzata in concreto la finalità legittima della "neutralità esclusiva" è necessario che l'obiettivo in questione sia «perseguito dal comune in modo realmente coerente e sistematico, e che il divieto di indossare qualsiasi segno visibile di convinzioni personali, in particolare filosofiche e religiose, previsto dall'articolo 9 del regolamento di lavoro di cui trattasi nel procedimento principale si limiti allo stretto necessario».
Alla luce di queste considerazioni la Corte fornisce un'interpretazione dell'art. 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, nel senso che «una norma interna di un'amministrazione comunale che vieta, in maniera generale e indiscriminata, ai membri del personale di tale amministrazione di indossare in modo visibile, sul luogo di lavoro, qualsiasi segno che riveli, in particolare, convinzioni filosofiche o religiose, può essere giustificata dalla volontà di detta amministrazione di istituire, tenuto conto del proprio contesto, un ambiente amministrativo totalmente neutro, purché tale norma sia idonea, necessaria e proporzionata rispetto a tale contesto e tenuto conto dei diversi diritti e interessi in gioco».

4. Neutralità...o fragilità? Una prospettiva di genere, e non solo

Nel leggere la sentenza della Corte di Giustizia dello scorso novembre non si può che rimanere perplessi: si tratta infatti dell'ennesima causa che riguarda l'appartenenza confessionale di una lavoratrice che vorrebbe poter liberamente obbedire al precetto della propria religione coprendosi il capo con il velo islamico e riceve un diniego dal responsabile sul luogo di lavoro, dal giudice nazionale ed infine dai giudici europei. Dal 2017 in poi, sembra che i giudici di Lussemburgo continuino nel *remake* di fattispecie simili, con trame di scarsa fantasia che si differenziano per aspetti che vengono puntualmente affrontati senza discostarsi tuttavia dal filone narrativo principale, riassumibile nell'equazione: neutralità = assenza di simboli religiosi. Eppure, il fatto che siano sempre Francia e Belgio a trovarsi coinvolti e che siano sempre le donne musulmane ad agire in giudizio sono dati già di per sé significativi che dimostrano che qualcosa non funziona e, a parere di chi scrive, va ripensato.
Quando si parla della condizione della donna e, più in generale, delle questioni di genere e di mancata parità, in particolare dal punto di vista giuslavoristico, si è soliti intravedere nel fattore dell'appartenenza confessionale una delle cause di discriminazione. È idea comune che il cosiddetto «modello patriarcale» tradizionalmente articolato da molte confessioni reli-

giose mal si concili con l'affermazione unanime, sia nei diritti statali sia nelle Dichiarazioni dei diritti e nella Convenzione europea, della pari dignità e dell'uguaglianza formale e sostanziale di ciascun individuo a prescindere dal sesso o dalla religione[28]. C'è da chiedersi, tuttavia, se sia davvero così; o se si etichetti un'esperienza complessa come quella dell'appartenenza religiosa e dell'identità plurima (ciascuno di noi è figlio, genitore, marito, collega, credente e tanto altro declinato in sfaccettature sempre nuove) cedendo alle facili tentazioni di un'idea di secolarizzazione, libertà religiosa o laicità, che anziché tutelare tutti, a prescindere da sesso o religione, li tuteli solo nelle modalità e nei contenuti che si ritengono universali ma che universali non sono. L'universalismo corre sempre il rischio di tramutarsi in fondamentalismo, il vizio di chi è convinto di possedere la verità e di poter definire tutto[29], compresi concetti indefinibili aprioristicamente come quello di neutralità o laicità.

Lo Stato europeo ha il dovere di essere laico? In un passaggio della celebre sentenza del caso *Lautsi v. Italia*[30], la risposta è chiara: la Grande Camera nel giudizio di *overruling* afferma che «i sostenitori della laicità possono rivendicare delle istanze aventi un "livello di cogenza, serietà, coesione e importanza" necessario per essere considerate 'convinzioni', ai sensi degli articoli 9 della Convenzione e dell'articolo 2 del Protocollo n. 1»[31] . In quella sede la Corte europea, pur diventando bersaglio di forti critiche, afferma che la laicità è perciò una 'visione', una 'convinzione filosofica', alla stessa stregua di altre convinzioni e credenze che meritano rispetto; la laicità non ha valore di principio generale perché generalmente condiviso o oggettivamente declinato (e declinabile) nel sistema della Convenzione. E anche se, come nel caso di Francia o Belgio, esso si trova tra i principi costituzionali, i giudici non dovrebbero per questo pretendere che ogni cittadino sia laico e, quindi, abbia il dovere di fare quanto in suo potere per neutralizzare lo spazio pubblico e contestualmente, anche di limitare la libera espressione della propria identità simbolico-religiosa[32]. Anche perché, a ben vedere, lo stesso concetto di laicità, intesa come «dare a Cesare quel che è di Cesare e a Dio quel che è di Dio» è di fatto plasmato e cresciuto sulla scorta di quelle "radici cristiane" che insieme a mille altre si sono intrecciate nel tratteggiare le caratteristiche delle società occidentali, dove la netta scansione tra foro interno e foro esterno e l'idea di secolarizzazione hanno in un certo senso illuso che la religione, di punto in bianco, potesse essere semplicemente "bandita", senza avere la consapevolezza invece di quanta religione sia ancora (e sempre) presente

[28] Mi sia permesso il rinvio a OLIOSI, *Giustificati motivi per essere madre? Per una lettura interculturale di maternità, lavoro e appartenenza religiosa,* in *Calumet - intercultural law and humanities review,* 2023, 17, 111 e ss.

[29] Così Colajanni, *Il velo delle donne musulmane tra libertà religiosa e libertà economica. Prime osservazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia sul divieto di indossare il velo nei luoghi di lavoro,* op. cit.

[30] Cedu, 18 marzo 2011 – Ricorso n. 30814/06 – *Lautsi e altri c. Italia*, per il testo completo si rinvia al sito della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, https://www.echr.coe.int/home, data ultima consultazione 5 aprile 2024.

[31] Cedu, 18 marzo 2011, cit. § 58, *ibidem*.

[32] Peraltro, se lo scopo perseguito con le opposte politiche è determinato non solo da tradizioni politico-culturali ma anche da esigenze di sicurezza, si osserva che nessuna delle due politiche ha evitato un irrigidirsi degli estremismi culturali, visto che sanguinosi attentati di ispirazione cultural-religiosa, jihadista, sono avvenuti in Francia come in Belgio.

nella società. Il problema è che per la religione cristiana, si tratta di una presenza silente, quasi inconsapevole, indiscussa, ma non per questo inesistente. Che sia una pura casualità il fatto che il concetto di neutralità venga declinato nella nichilista assenza di qualsiasi simbolo quando la religione che ha plasmato la tradizione giuridica occidentale sia a sua volta caratterizzata dall'assenza di precetti vincolanti riguardanti il vestiario se non esclusivamente per i religiosi? C'è chi ha ritenuto che questo diffuso atteggiamento proibitivo nei confronti di alcuni elementi dell'abbigliamento degli stranieri è il frutto dell'eredità coloniale con cui l'Europa non ha ancora completamente chiuso i conti. «Vista nel suo complesso la recente giurisprudenza e legislazione citata fa proprio questo all'immigrato. Lo rende letteralmente più nudo e spoglio, perché rimuove parti del suo abbigliamento, e lo rende di fatto meno diverso, quindi più vicino al vestire che è civile, condiviso, occidentale, europeo. Due tipici obiettivi che la mentalità coloniale cerca di perseguire»[33].

Allora sarebbe il caso di chiedersi: uno Stato neutrale è solo uno Stato in cui il foro esterno rispetto alla libertà di culto risulta mortificato e il fenomeno religioso posto forzosamente ai margini della società? Anche a questa domanda, la risposta non può essere che negativa. Neutralità non equivale al nulla, al vuoto. Anzi, proprio nell'accogliere la diversità di tutti i simboli, di tutte le religioni, si potrà davvero essere neutri, con la donna cattolica con la piccola croce sul petto che quasi non si nota, così come con la donna di origini musulmane ma europea di seconda, terza, quarta generazione, per la quale indossare il velo non è solo un precetto religioso ma un qualcosa di più profondo e sacro, che si attaglia alla sua intimità e alla sua identità. «Un Sikh senza il suo *kirpan* che lo protegge dal male – e fra un po' magari arriverà il tempo di far rimuovere il turbante e la tunica – si sente un po' più svestito, un po' più vulnerabile, un po' meno Sikh. Un po' come un uomo occidentale che si ritrova ad un convegno accademico in pantaloncini, senza giacca e cravatta: un modo di stare nello spazio inadeguato, non consono a ciò che si è. Una donna mussulmana senza velo è come una donna italiana costretta a stare in pubblico in reggiseno: scoperta, vulnerabile, totalmente a disagio»[34]. Come mai i termini di questa semplice equazione interculturale si trovano completamente ribaltati sia nel dibattito pubblico che nella giurisprudenza europea? La libertà religiosa, e il diritto inviolabile di manifestarla con la propria persona (anche nell'abbigliamento) sono un qualcosa che non può – e non dovrebbe – essere scalfito da ragionamenti sulla libertà d'azienda o la legittima richiesta dei clienti delle aziende o, ancora, da concetti vaghi e per ciò stesso pericolosi come neutralità o laicità. Un qualcosa di sacro, che la culla dei diritti umani occidentali dovrebbe tutelare nella sua più ampia latitudine, invece che continuare a bilanciare, limitare, calpestare. In gioco, non è solo il

[33] Così Ilenia Ruggiu, che nel riprendere alcuni passaggi di opere politico-letterarie riguardanti il colonialismo, sottolinea come lo stesso *modus* sia, *mutatis mutandis,* quello utilizzato dalle Corti europee. Così Ruggiu, *"Spogliare" i migranti. I divieti contro kirpan, burqa, hijab, come eredità coloniale europea,* in https://www.lacostituzione.info/index.php/2018/02/08/spogliare-i-migranti-i-divieti-contro-kirpan-burqa-hijab-come-eredita-coloniale-europea/, data ultima consultazione 04.04.2024.

[34] *Ibidem*.

diritto di libertà religiosa ma anche quello di uguaglianza e di non discriminazione. Basti pensare che, ordinariamente, la questione della libertà religiosa sul posto di lavoro interseca quella riguardante la parità di genere. Essa si polarizza e si concentra, spesso quasi esclusivamente, sul porto dei simboli, in particolare del velo islamico, sui divieti alimentari, sui tempi per la preghiera o sulla fruizione delle festività corrispondenti alle scansioni sacrali dei calendari religiosi, ma riguarda anche molto altro e, nella maggior parte dei casi, la vita tout court delle donne. Nella tradizionale visione "a compartimenti stagni" con cui le società moderne, e in particolare quelle occidentali, disciplinano la vita di ciascun individuo, sembra che la rilevanza dell'appartenenza religiosa rispetto alla vita lavorativa si esaurisca tutta nell'affrontare questi temi, ma non è così. Non si tratta solamente di diritto al lavoro o alla non discriminazione: in ballo ci sono la coesione e la giustizia sociale, l'uguaglianza e l'effettivo rispetto di tutti i diritti fondamentali, non solo quelli individuati da una visione eurocentrica e, per ciò stesso, limitata. E, spesso, l'illusione è che negando la legittimità di manifestazioni di appartenenza religiosa, la *querelle* si risolva mentre in realtà si ripropone ancora, ancora e ancora… In un certo senso, la religione appare 'sorvegliata e punita' in una serie di fattispecie, che proclamando di voler difendere la donna non di rado portano al distopico risultato di spingerla a rinunciare ad agire, vivere e lavorare nella società rimanendovi ai margini, perché non compresa e, con buona pace di tutti i parametri individuati dalla CGUE nella sua giurisprudenza, profondamente discriminata.

Tribunale Amministrativo Regionale Lazio, sez. seconda *bis*, sentenza 13 febbraio 2024, n. 2948; Pres. Morabito – Est. Gatto Costantino – L.G. (avv. Barbieri) c. Comune di Fiumicino (avv. Forcellini)
Concorsi Pubblici – Digitalizzazione – Prove – Discriminazioni nell'accesso

L'utilizzo di strumenti informatici e digitali nello svolgimento delle prove scritte dei concorsi pubblici non costituisce un obbligo, sicché le amministrazioni potrebbero anche decidere di svolgerle secondo modalità tradizionali. Tuttavia, in questo caso, l'Amministrazione è tenuta a motivare opportunamente la sua scelta, dimostrandone la coerenza con il fine di assicurare il migliore e più efficiente metodo di selezione nel caso concreto, e ad indicare nei bandi di concorso tutte le prescrizioni volte ad assicurare l'imparzialità della procedura.

Digitalizzazione e imparzialità della pubblica amministrazione*

Massimiliano De Falco
Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università di Udine

Sommario: 1. Il caso. – 2. Il percorso di digitalizzazione della P.A. – 3. (*segue*) e delle procedure di reclutamento del personale. – 4. Le perplessità del Consiglio di Stato sull'accesso "telematico". – 5. Dalla candidatura allo svolgimento delle prove: carta e penna come "nuovi" strumenti antidiscriminatori. – 6. Considerazioni conclusive.

Sinossi: La sentenza che si annota offre l'occasione per riflettere sulle modalità con cui la pubblica amministrazione abbia inteso affidare la propria imparzialità al paradigma della digitalizzazione. La ammessa possibilità di ricorrere ai tradizionali strumenti cartacei per lo svolgimento delle prove concorsuali sembra riflettere la presa di coscienza, in capo alla giustizia amministrativa, del rischio di esclusione dei candidati meno propensi all'innovazione tecnologica e del pregiudizio che ne deriverebbe, tanto sull'equità delle procedure selettive, quanto sul buon andamento della P.A. in sé considerata. Attingendo a decisioni affini, il commento proposto tenta di evidenziare criticità e tecniche di tutela approntabili, nell'ottica di un adeguato bilanciamento fra i principi di cui agli artt. 3 e 97, Cost.

* Il contributo si colloca nel progetto PRIN Prot. 2020CJL288 INSPIRE - Inclusion Strategies through Participation In Workplace for Organizational Well-Being.

Abstract: The sentence in question offers the opportunity to reflect on the ways in which the public administration has entrusted its impartiality to the paradigm of digitization. The admitted use of traditional paper tools for carrying out public competitions seems to reflect the administrative Judge's awareness of the risk of excluding candidates who are less inclined to technological innovation, and of the prejudice that this would have on both the impartiality of the selections, and on the good performance of the public administration. Drawing on similar decisions, the comment proposed below tries to highlight critical issues and protection techniques that can be developed, balancing the principles provided for in Articles 3 and 97 of the Italian Constitution.

1. Il caso

Un aspirante lavoratore pubblico ha proposto ricorso innanzi al Tribunale amministrativo, reclamando l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, della graduatoria di merito relativa al concorso al quale aveva partecipato, essendovi rimasto escluso.
La richiesta non è fondata, però, sulla valutazione della prova concorsuale, ma su un asserito vizio formale che avrebbe caratterizzato la procedura stessa. In particolare, a parere del ricorrente, l'esame non si sarebbe dovuto svolgere in modalità cartacea, bensì ricorrendo a strumenti telematici, come stabilito dalle disposizioni vigenti.
La previsione invocata è l'art. 1, comma 1, lett. n.), d.p.r. 16 giugno 2023, n. 82, modificativo dell'art. 13, comma 2, d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487, che ha previsto la redazione degli elaborati «in modalità digitale attraverso la strumentazione fornita per lo svolgimento delle prove». Poiché nella contestata procedura i candidati avevano sostenuto l'esame "su carta", il ricorrente ha chiesto di accertarne l'illegittimità e di ordinare alla P.A. procedente l'individuazione di una data in cui bandire una nuova selezione, adottando mezzi conformi alle modalità testé richiamata.
Di contro, la pubblica amministrazione ha eccepito l'inammissibilità del gravame, non avendo il ricorrente impugnato gli atti in base ai quali egli è risultato conseguire un punteggio tale da escluderlo dalla lista dei vincitori. Parimenti, l'ente ne ha dedotto l'infondatezza, in quanto la novella dell'art. 13, comma 2, d.p.r. n. 487/1994 meramente promuove – e, quindi, non impone – lo svolgimento di prove selettive per il solo tramite di strumenti informatici.
Sulla vicenda si è, dunque, espresso il Tribunale adito, il cui giudizio è stato frutto sia dell'esegesi testuale della norma di riferimento, sia di una sua lettura sistemica, raccordata ai principi generali sull'accesso agli impieghi presso la pubblica amministrazione.
Quanto al primo aspetto, raffrontando l'originaria versione dell'art. 13, comma 2, d.p.r. n. 487/1994 con quella attuale, si è evidenziato come l'utilizzo della tradizionale forma di redazione degli elaborati mediante supporto cartaceo non sia illegittima. Infatti, se, nel testo previgente, l'obbligatorietà dell'espletamento di prove scritte «su carta» era resa esplicita dall'utilizzo dell'avverbio «esclusivamente», nella nuova formulazione del disposto (ove è stata omessa proprio tale specifica), la cogenza della «modalità digitale» non è rinvenibile.
Quanto, invece, alla interpretazione sistemica della novella, il Tribunale ne ha messo in luce il collegamento con l'art. 1, comma 3, d.p.r. n. 487/1994 – secondo cui «il concorso pubblico si svolge con modalità che ne garantiscano l'imparzialità, l'efficienza, l'efficacia

nel soddisfare i fabbisogni dell'amministrazione reclutante e la celerità di espletamento» – ricavando come i principi generali ivi richiamati rendano «possibile (e non doveroso) l'ausilio di sistemi informatici». Giacché, «pur registrandosi una preferenza legislativa per promuovere l'utilizzo dello strumento informatico, le modalità di svolgimento delle selezioni pubbliche sono rimesse alla discrezionalità della P.A. e devono rispondere a logiche di razionalità ed efficienza organizzativa».
Escludendo, per tali motivi, l'obbligatorietà dello svolgimento delle gare concorsuali in modalità digitale, il Tribunale ha condiviso la tesi difensiva della P.A. procedente e ha, quindi, respinto il ricorso presentato dal candidato.

2. Il percorso di digitalizzazione della P.A.

La sentenza qui annotata si colloca a margine del perdurante dibattito sull'adozione, in generale, di strumenti digitali nella pubblica amministrazione e, in particolare, nella gestione e nello svolgimento delle prove concorsuali.
Invero, la questione ha recentemente suscitato molto interesse, a seguito dell'introduzione del cennato d.p.r. n. 82/2023, recante modiche alle «norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi» di cui al d.p.r. n. 487/1994. Tuttavia, per comprendere la portata della novella e, soprattutto, della lettura che ne è stata fornita nella decisione in commento, si ritiene di dover muovere dal (lento) processo intrapreso dalla P.A. verso la propria digitalizzazione *tout court*.
Da questo punto di vista, è noto come, a oltre trent'anni dalla cd. privatizzazione del lavoro pubblico[1], le differenze, anche tecniche, rispetto al settore privato siano ancora saldamente radicate[2]. Se le attività d'impresa, collocate su mercati competitivi, non hanno potuto sottrarsi al confronto con le tecnologie, la debole propensione all'innovazione delle pp.aa., in uno con il vincolo di procedere, di regola, «senza nuovi o maggiori oneri» per le finanze dello Stato, ne ha rallentato il cammino verso il digitale.
Eppure, i vantaggi offerti dal progresso tecnologico avrebbero potuto, già da tempo, investire anche la amministrazione pubblica[3], per la quale il ricorso all'*informatica* avrebbe

[1] Compiutamente, F. Carinci, *Il diritto del lavoro pubblico è speciale?*, in *LPA*, 2023, 1, 3 ss.

[2] *Ibidem*. Cfr. Boscati, *La percezione dell'eterno incompiuto nel processo riformatore del lavoro pubblico*, in *VTDL*, 2020, 1, 9 ss. e, con specifico riferimento all'aspetto qui attenzionato, L. Zoppoli, Monda, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *DRI*, 2020, 2, qui 312, i quali avvertono il rischio «che maturi un diritto del lavoro "a due velocità": il primo destinato ai più evoluti assetti organizzativi dell'impresa *4.0* e il secondo, avulso dalla "modernità digitale", destinato al mondo delle amministrazioni».

[3] Infatti, dal «Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione territoriale» del 10 marzo 2021, traspare nitidamente la tensione verso «una organizzazione più flessibile, capace di rispondere rapidamente all'innovazione tecnologica e, soprattutto, alle esigenze dei cittadini e delle imprese». Sui contenuti di tale documento programmatico, v. almeno Capalbo, *Il patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale. I primi interventi normativi: dalla Legge 120/2020 al D.L. 56/2021*, Maggioli Editore, 2021.

potuto estendersi dalla mera dematerializzazione degli atti all'intera azione amministrativa, veicolandola verso nuove forme di esercizio dei propri compiti[4]. La transizione verso la "Amministrazione 4.0", a sua volta, sarebbe stata idonea a facilitare l'innovazione organizzativa, archiviando le teorie manageriali fondate sul controllo[5] e accogliendo, per converso, una riforma culturale e strutturale, che si sarebbe rivelata essenziale per una proficua gestione del personale[6].

Infatti, si intuiva che la digitalizzazione, in stretta connessione con gli obiettivi di una buona amministrazione e «in rapporto di reciproca strumentalità con la semplificazione»[7], avrebbe potuto rappresentare una preziosa occasione per rinnovare i pubblici uffici, inducendoli a recuperare efficacia ed efficienza, verosimilmente smarrite – se non proprio perdute – a causa di stringenti limiti di bilancio, tesi a contenere, ridurre e razionalizzare le spese[8].

In questa direzione, sulla scorta di indirizzi di matrice europea[9], si è via via assecondato un certo afflato tecnologico, che ha trovato il proprio fulcro programmatico nel «Codice della amministrazione digitale» di cui al – più volte modificato – d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82[10]. Operativamente, alla «Agenzia per l'Italia digitale (AgID)»[11] è stato conferito il compito di promuovere «l'utilizzo delle tecnologie digitali nell'organizzazione della pubblica amministrazione e nel rapporto tra questa, i cittadini e le imprese» (art. 14-*bis*, comma 1, d.lgs. n. 82/2005), incaricandola del coordinamento e dell'attuazione del «Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione», contenente gli obiettivi e gli interventi di sviluppo dei sistemi informativi degli enti pubblici [art. 14-*bis*, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 82/2005]. Tale Piano, elaborato dalla stessa Agenzia e approvato dal Presidente del Consiglio dei ministri, avrebbe dovuto costituire il baricentro dell'azione amministrativa,

[4] Zilli, *Autonomia e modelli negoziali per il lavoro pubblico locale. Dalla Legge quadro alla Riforma Madia*, Torino, 2017, 215 ss.

[5] Boscati, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in questa *LPA*, 2009, 1, 14.

[6] Sin dall'avvio del processo di privatizzazione, in dottrina è stato evidenziato come «modificare le regole dei rapporti di lavoro, senza intervenire sull'organizzazione delle amministrazioni, risultasse d'ostacolo al tanto invocato obiettivo di modernizzazione delle stesse» (così, L. Zoppoli, *Qualità dei servizi e del lavoro nell'eterna riforma delle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 2007, 3, qui 575).

[7] Spinelli, *Il lavoro agile* post *pandemico nelle pubbliche amministrazioni*, in *LDE*, 2021, 4, qui 11.

[8] Cfr. D'Onghia, *Il fabbisogno del personale pubblico e le politiche di reclutamento tra nuove sfide e riduzione dei costi*, in *RGL*, 2018, 3, qui 435, che, al riguardo, rileva come «le scelte regolative di contenimento dei costi, unitamente al quasi generalizzato blocco del *turnover*, hanno fortemente compromesso la capacità organizzativa della macchina pubblica e le aspettative di maggiore efficienza, efficacia e produttività».

[9] Leone, *Il ruolo del diritto europeo nella costruzione dell'amministrazione digitale*, in *RIDPC*, 2014, 3-4, 867.

[10] Ai fini del ragionamento che si intende coltivare in questa sede, rileva, in particolar modo, la previsione contenuta nell'art. 12, d.lgs. n. 82/2005, che esclude il fine indeterminato dell'innovazione tecnologica, dovendo questa, piuttosto, trovare giustificazione nella «realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione» della P.A. medesima.

[11] Per dovere di completezza, si rammenta, però, come l'Agenzia sia stata istituita solo nel 2012, a opera del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (conv. dalla l. 7 agosto 2012, n. 134).

nell'ottica della digitalizzazione delle strutture, dell'organizzazione del lavoro e delle attività rivolte ai cittadini[12].

Nonostante i buoni propositi, la spinta al ricorso a «strumenti informatici e telematici […] nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati» (*ex* art. 3-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15[13]) a lungo ha conosciuto poche traduzioni pratiche.

A rinsaldare una simile reticenza, protrattasi sino ai tempi più recenti, hanno contribuito sia l'età media dei dipendenti pubblici (che, oggi, sfiora i cinquant'anni[14]), sia la (connessa) scarsa diffusione di competenze digitali[15], anche fra i fruitori dei servizi[16]. Si tratta di fattori che, inevitabilmente, hanno compromesso la capacità di penetrazione dei sistemi telematici delle amministrazioni italiane[17], rimarcandone la arretratezza rispetto ai livelli medi europei[18].

Innanzi a tali ostacoli, apparentemente insormontabili, le risorse lautamente stanziate nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.) hanno inteso imprimere una decisiva inversione di tendenza. Sul versante dell'utenza, il d.l. 6 novembre 2021, n. 152 (conv. dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233), recante *«disposizioni urgenti per l'attuazione» del*

[12] Sul punto, v. ancora L. Zoppoli, Monda, *op.* cit., 323. In termini critici, cfr. D'Onofrio, *L'azione amministrativa digitale: disciplina e criticità*, in *LPA*, 2019, 3, 118.

[13] Recentemente modificato dall'art. 12, comma 1, lett. b), l. 11 settembre 2020, n. 120. La novella del 2020 dell'art. 3-*bis*, l. n. 241/1990, sostituendo l'espressione «incentivano l'uso della telematica» con «agiscono mediante strumenti informatici e telematici», possiede una portata percettiva del tutto nuova e diversa, quasi a sottendere il carattere cogente – e non solo incentivante – del ricorso alle tecnologie nelle pp.aa., a garanzia del buon andamento (art. 97, Cost.), il quale «deve permeare «in attuazione del principio di buon andamento *ex* art. 97 Cost., che deve permeare l'organizzazione dei pubblici uffici unitamente al principio di imparzialità dell'amministrazione, che proprio dallo strumento informatico trarrebbe giovamento» (così, Laus, *La tecnologia nella pubblica amministrazione: algoritmi e processi decisionali nei procedimenti amministrativi. Il caso della procedura di mobilità*, in *LPA*, 2020, 3, qui 49).

[14] Cfr. le analisi profilate da Censis, *56° Rapporto sulla situazione sociale del Paese 2022*, 2023, 24 (in *www.censis.it*), e da FPA Data Insight, *Lavoro pubblico 2023*, 2023, 28 (in *www.forumpa.it*).

[15] Sulla relazione intercorrente fra il progressivo invecchiamento della forza lavoro e la scarsa diffusione di competenze digitali, v. Vantin, Digital divide. *Discriminazioni e vulnerabilità nell'epoca della rete globale*, in Casadei, Pietropaoli (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali*, Wolters Kluwer, 2021, 233.

[16] In attesa di nuovi aggiornamenti sul punto, European Commission, *Digital Economy and Society Index (DESI) 2022*, 2022, 24 ss. (in *https://ec.europa.eu*), registra come, nel contesto nazionale, rispetto al potenziamento dei servizi pubblici digitali (+10% rispetto al 2020), l'area relativa al cd. "capitale umano" sia rimasta pressoché invariata, confermando il persistente sottosviluppo delle competenze residenti persone residenti nel Paese: basti pensare che meno della metà della popolazione possiede «competenze digitali di base» (42%, contro il 56% dell'UE) e solo una piccola quota di queste è dotata di «competenze digitali avanzate» (22%, contro il 31%).

[17] Del resto, come già suggerito da Banca d'Italia, *Rapporto sull'informatizzazione delle amministrazioni locali*, in *www.bancaditalia.it*, 2017, 22 ss., proprio la mancanza di adeguate competenze digitali fra i dipendenti pubblici, in cui si riflette l'assenza di una cultura improntata all'innovazione (condivisa a tutti i livelli dell'Amministrazione), rientra tra gli ostacoli che influiscono maggiormente sulla difficoltà a migliorare i servizi offerti all'utenza, al pari (se non più) della mancanza di risorse economiche e delle difficoltà organizzative.

[18] European Commission, *E-government Benchmark 2021*, in *https://digital-strategy.ec.europa.eu*, 2021, 8 ss. mostra che, a fronte di un tasso di digitalizzazione – inteso come messa a disposizione di servizi pubblici digitali – del 64% (contro una media europea del 71%), il tasso di penetrazione – inteso, invece, come utilizzo di tali servizi da parte dei cittadini – è molto basso (36%) e ben al di sotto del valore medio dell'Unione (67%). Anche l'aggiornamento del Rapporto [(*E-government Benchmark 2022*, in *https://digital-strategy.ec.europa.eu*, 2022, 9 ss.] chiarisce il ritardo dell'Italia (61%), rispetto all'Europa (68%), in termini di «maturità digitale» delle amministrazioni pubbliche.

Piano, ha indicato la via da seguire per una accelerazione della «Strategia nazionale per le competenze digitali»[19], mediante l'istituzione di un apposito fondo, denominato *«Repubblica Digitale» (art. 29), nonché attraverso* progetti mirati sulle persone e sulle loro competenze, volti a «raggiungere [la soglia del] 70% di cittadini digitalmente abili entro il 2026»[20]. Sul versante dell'offerta, invece, il P.N.R.R. ha predisposto l'avvio di specifici programmi formativi[21], superando l'insensata idea che questi rappresentassero *«una mera voce di* costo e non di investimento»[22], di modo da dotare il personale pubblico delle abilità tecniche richieste dalla transizione digitale[23] ed evitare fenomeni di disallineamento, già assai diffusi nel comparto[24].

3. (segue) e delle procedure di reclutamento del personale

In questo contesto – e, forse, in modo ancora prematuro rispetto ai risultati attesi dalle iniziative poc'anzi descritte – il legislatore è intervenuto sulla disciplina del reclutamento del personale, nella ricerca del connubio vincente fra semplificazione e digitalizzazione.
In sede di attuazione dei principi formulati nel P.N.R.R., dapprima, il d.l. 9 giugno 2021, n. 80 (conv. dalla l. 6 agosto 2021, n. 113) e, poi, il d.l. 30 aprile 2022, n. 36 (conv. dalla l. 29 giugno 2022, n. 79) hanno apportato una modifica sostanziale alla pubblicità dei bandi di concorso[25]. In particolare, si è prevista la sostituzione della Gazzetta Ufficiale dei concorsi

[19] Tale Strategia è stata approvata il 21 luglio 2020 dal Ministro per l'Innovazione tecnologica e la digitalizzazione *«affinché: i)* le capacità digitali delle persone siano rafforzate; *ii)* lo Stato garantisca uno sviluppo tecnologico etico, responsabile e non discriminatorio; *iii)* i cittadini siano formati per accedere ai lavori del futuro attraverso un processo di formazione continua». Per raggiungere suddetti obiettivi è stato elaborato un Piano operativo di iniziative concrete, alcune delle quali già avviate, mentre altre in corso di definizione.

[20] Così seguendo la linea di indirizzo già indicata da European Commission, *The European Pillar of Social Rights Action Plan*, 2021, in *op.europa.eu*.

[21] In questo, giova menzionare, altresì, il Piano strategico «Ri-formare la PA. Persone qualificate per il qualificare il Paese», presentato lo scorso 10 gennaio 2022 (su cui v. Treu, Michetti, *PNRR e rinnovamento delle amministrazioni pubbliche*, in *WP D'Antona, It.*, 2023, 466, 60), ove si promuove, anche attraverso la formazione universitaria, lo sviluppo delle competenze digitali dei dipendenti pubblici (non specialisti *IT*).

[22] Così, in chiave critica, D'Onghia, *La formazione dei dipendenti pubblici ancora cenerentola tra esigenze di razionalizzazione e contenimento della spesa*, in *RGL*, 2015, 3, qui 587.

[23] Dipartimento della funzione pubblica, *Syllabus "Competenze digitali per la PA"*, in *www.competenze-digitali.gov.it*. Opportunamente, già Spinelli, *Le potenzialità del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni: da modalità ordinaria di gestione dell'emergenza a volano per l'innovazione?*, in *LPA*, 2020, 2, 21, segnalava come le maggiori criticità della trasformazione digitale delle pp.aa. emergano proprio «con riferimento ai c.d. fattori abilitanti immateriali, tra cui si può annoverare la carenza delle competenze digitali» su cui urge intervenire.

[24] Pedrabissi, *Il capitale umano e il fattore tempo nella pubblica amministrazione: dall'accesso al conferimento di incarichi dirigenziali, tra conoscenze e competenze*, in *LPA*, 2019, 4, 113.

[25] Riccobono, *La nuova* governance *delle assunzioni nella P.A.: dal «Decreto Reclutamento» al «Decreto PNRR 2»*, in Boscati, Zilli (a cura di), *Il reclutamento nella P.A. Dall'emergenza alla nuova normalità*, Vol. I, Wolters Kluwer, 2022, 131 ss. Gli interventi legislativi qui richiamati hanno parimenti interessato i bandi di mobilità, su cui v. i contributi di Mainardi, *Fonti, tecniche e principi della mobilità del personale nelle pubbliche amministrazioni*, e di Riccobono, *La mobilità liberalizzata: molto rumore per nulla?*, nella medesima *Curatela* (rispettivamente 1 ss. e 57 ss.) e, più recentemente, Fiata, *La mobilità dei*

a opera del «Portale unico (telematico) di reclutamento "InPA"», reso operativo dal 1° luglio 2022 e, oggi, obbligatorio per tutte le pubbliche amministrazioni[26].
Invero, la piattaforma era già stata introdotta nel giugno 2021 (art. 1, d.l. n. 80/2021), ma solo quale sede elettiva per la pubblicazione delle opportunità di accesso agli impieghi alle dipendenze della P.A. e per la raccolta dei *curricula* dei soggetti interessati a promuovere la propria candidatura. Tali funzioni assegnate al Portale – essenzialmente, di mero facilitatore dell'incontro fra domanda e offerta di lavoro – sono state successivamente ampliate, mediante l'introduzione del nuovo art. 35-*ter* all'interno del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (*ex* art. 2, d.l. n. 36/2022), che lo ha trasformato nello strumento legale per la gestione di tutte le procedure di assunzione, ivi compresa la pubblicazione dei bandi, degli avvisi e, financo, delle graduatorie di merito.
La novella – che, dunque, esonera la P.A. dagli oneri di pubblicità come sinora conosciuti[27] – non risponde solo alla esigenza di dare sostanza alle previsioni del P.N.R.R., ma si inserisce anche «in un percorso più ampio di riforma [strutturale delle pp.aa.], volto ad assicurare il reclutamento di nuove competenze e a definire prospettive di sviluppo e crescita professionale del personale»[28].
Tuttavia, se è vero che il Portale "InPA" consente «di dematerializzare gran parte degli adempimenti burocratici storicamente connessi alla presentazione delle domande di partecipazione alle procedure selettive»[29], rendendo (apparentemente) più trasparenti le occasioni di accesso ai pubblici uffici[30], è altrettanto vero che l'attività dei candidati potrebbe ora rivelarsi assai più gravosa, «specie per quella vasta fascia della popolazione caratterizzata da ignoranza informatica»[31]. Una tanto rapida accelerazione verso il digitale, infatti, mal si concilia con il debole tasso di competenze di base riscontrabile nel Paese[32]:

dipendenti pubblici nelle recenti riforme: ancora una volta poche luci e molte ombre, in Boscati, Zilli (a cura di), *La professionalità tra legge e contratti*, Vol. I, Wolters Kluwer, 2023, 199 ss.

[26] L'obbligo di adozione del Portale "InPA", in luogo della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, è scattato il 1° novembre 2022 per le Amministrazioni centrali e per la autorità amministrative indipendenti ed è stato esteso anche a Regioni ed Enti locali a partire dal 1° giugno 2023 (D.M. 15 settembre 2022).

[27] L'art. 35-*ter*, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 165/2001 (novellato in sede di conversione del d.l. n. 36/2022) ha previsto espressamente che «a decorrere dall'anno 2023 la pubblicazione delle procedure di reclutamento nei siti istituzionali e sul Portale unico del reclutamento esonera le amministrazioni pubbliche, inclusi gli enti locali, dall'obbligo di pubblicazione delle selezioni pubbliche nella Gazzetta Ufficiale».

[28] Così, Dipartimento della funzione pubblica, *Nota circolare n. 1/2022*, in *www.funzionepubblica.gov.it*.

[29] Riccobono, *La nuova* governance *delle assunzioni* cit., qui 138, che evidenzia financo i risparmi di spesa derivanti dall'introduzione del Portale sul lungo periodo, cogliendone la riduzione degli «aggravi, anche in termini di costo, della pubblicazione dei bandi di concorso sulla Gazzetta Ufficiale».

[30] Condivisibilmente Zilli, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pisa, 2022, 106, rileva che «il sistema è (e rimarrà) a trasparenza limitata», osservando che, «relativamente ai singoli bandi, la pubblicità non comprende tutte le informazioni necessarie affinché i candidati possano programmare la propria partecipazione alle selezioni, essendo frammentata in plurime, successive notizie, che tengono conto più dei tempi delle commissioni, che delle necessità degli aspiranti».

[31] Zilli, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, cit., qui 107.

[32] V. *supra*, § 2.

in concreto, tale relazione rischia di tradursi nell'esclusione di candidati, sì meritevoli sotto altri profili, ma non del tutto avvezzi alle tecnologie.

Si è ben consapevoli che, per le professionalità per le quali non è richiesto altro requisito che la scuola dell'obbligo, la P.A. potrebbe procedere al reclutamento attraverso il cd. avviamento a selezione [*ex* art. 35, comma 1, lett. b), D.lgs. n. 165/2001][33]; sennonché, anche tali procedure passano attraverso (altri) applicativi informatici, peraltro diversi nei vari contesti regionali. Ne deriva, quindi, che la scure digitale si abbatte anche, e soprattutto, sugli aspiranti con minor scolarizzazione.

Sembra, allora, riproporsi la questione generata dall'art. 32, comma 1, l. 18 giugno 2009, n. 69, relativa alla sostituzione *tout court* della pubblicazione dei bandi di concorso in Gazzetta ufficiale con quella nei siti istituzionali degli enti[34], sia sul piano tecnico, nei termini di una sua difficile convivenza con la «adeguata pubblicità della selezione» prescritta dall'art. 35, comma 3, lett. a), d.lgs. n. 165/2001[35], sia su quello fatturale, rispetto alla possibile emersione di prassi discriminatorie o, quantomeno, opache (*rectius*, non del tutto trasparenti) sotto il profilo dell'accessibilità, a scapito dei candidati con competenze digitali ancora insufficienti.

Il legislatore, memore delle criticità emerse in quella circostanza, pare già essere consapevole di tali effetti negativi, pur avanzando risposte contraddittorie.

Allorché il «Piano Integrato di Attività e Organizzazione» (P.I.A.O.) di cui all'art. 6, D.L. n. 80/2021[36] prevede espressamente *«azioni finalizzate a realizzare la piena accessibilità alle* amministrazioni, fisica e digitale, da parte dei cittadini» che rischiano di rimare esclusi dall'accesso ai pubblici servizi [comma 2, lett. *f)*][37], vi è la rappresentazione dell'incoerenza rispetto all'introduzione di un Portale telematico che già presuppone la conoscenza di meccanismi informatizzati, quali prerequisiti essenziali per poter accedere ai bandi[38]. Una simile antinomia *è evidente* anche nelle numerose altre disposizioni, in cui, promuovendo

[33] Per tutti, Luciani, *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico*, Napoli, 2002, 101.

[34] L'art. 32, comma 1, L. n. 69/2009 prevede che «gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione nei propri siti informatici da parte delle amministrazioni e degli enti pubblici obbligati». Benché, inizialmente, si fossero ritenuti sufficienti gli "annunci *online*", la lettura fornita dalla giurisprudenza amministrativa del successivo comma 7 – ove «è fatta salva la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale» – ha confermato la cogenza della tradizionale forma di pubblicazione cartacea (cfr. Magri, *L'obbligo di pubblicazione dei bandi di concorso nella Gazzetta Ufficiale*, in *GDA*, 2010, 12, 1259).

[35] Sul punto, v. ancora Zilli, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, cit., qui 106.

[36] Come noto, tale Piano è stato introdotto al fine di assorbire una serie di documenti che le pp.aa. erano tenute a redigere e per permettere loro una visione unitaria della propria programmazione strategica. Sulla struttura del cd. P.I.A.O. e sui contenuti dei Piani che esso accorpa, v. almeno Rivellini, *Il lavoro pubblico dopo il d.l. 9 giugno 2021, n. 80*, in *LPA*, 2021, 3, 572 ss.

[37] In particolare, il riferimento dell'art. 6, comma 2, lett. f), d.l. n. 80/2021 è ai «cittadini ultrasessantacinquenni e [ai] cittadini con disabilità», così confermandosi quanto osservato da Vantin, *op. cit.*, qui 234 in merito ai «soggetti o gruppi particolarmente esposti al rischio di esclusioni digitali».

[38] Al riguardo, si rammenta come la sostituzione dalla Gazzetta Ufficiale dei concorsi con il Portale "InPA" implichi la previa registrazione sullo stesso «esclusivamente mediante i sistemi di identificazione [SPID, CIE o CNS] di cui all'articolo 64, commi 2-*quater* e 2-*nonies*, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82» (art. 35-*ter*, comma 2, d.lgs. n. 165/2001).

interventi diretti alla «alfabetizzazione informatica» dell'utenza, ben si comprende come la digitalizzazione della P.A. non possa prescindere dalla preliminare implementazione del *know-how* specialistico in capo ai fruitori del servizio[39].
Sicché, l'imposizione dall'alto delle tecnologie per l'accesso ai pubblici impieghi – ove, appunto, non accompagnata da una preventiva attività di supporto dal basso, a favore dei cittadini – potrebbe manifestare esiti controproducenti, che andrebbero a penalizzare sia l'aspirante lavoratore, privo delle competenze necessarie per poter dialogare con la piattaforma, sia l'intero comparto pubblico, pregiudicando l'obiettivo di reclutare il candidato migliore in relazione alle esigenze di ciascuna amministrazione e della specifica selezione.
La questione riguarda i cittadini, ma ancor più le pp.aa., chiamate sì ad ammodernare le proprie strutture, ma anche (e ancor prima) ad accompagnare le persone nella transizione in atto, senza prassi distorsive e potenzialmente discriminatorie.

4. Le perplessità del Consiglio di Stato sull'accesso "telematico"

L'introduzione del Portale "InPA", quale unico canale di accesso ai bandi di concorso, ha richiamato l'attenzione della giustizia amministrativa, nell'ottica di un adeguato bilanciamento fra gli oneri gravanti sulle parti coinvolte nelle procedure di assunzione: dal lato del candidato, quello di conoscere (e mantenersi aggiornato circa) il funzionamento dei sistemi pubblici digitali; dal lato della P.A., quello di fornire un adeguato supporto alla persona costretta a interfacciarsi con la piattaforma, in caso di riscontrate difficoltà di carattere procedimentale[40].
La decisione che si andrà ora a ricostruire – espressa nell'ambito di una controversia avente a oggetto la esclusione di una concorrente di un pubblico concorso a causa di un malfunzionamento del sistema informatico – riveste una importanza cruciale, allorché essa ha fornito le coordinate per la revisione delle «norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi» (d.p.r. n. 487/1994) a opera del citato d.p.r. n. 82/2023[41]. In particolare, il punto di discussione emerso in giudizio ha riguardato la «individuazione dell'effettivo limite dell'onere di diligenza informatica che possa ragionevolmente farsi gravare sul *quisque de populo* [affinché il privato cittadino

[39] Si pensi, per esempio, all'impegno assunto per la «alfabetizzazione informatica dei cittadini» nel citato d.lgs. n. 82/2005 (art. 8), che, nella versione novellata dal d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179, ambisce a «favorire lo sviluppo di competenze di informatica giuridica e l'utilizzo dei servizi digitali delle pubbliche amministrazioni con azioni specifiche e concrete».

[40] La questione è stata affrontata da Cons. Stato, decreto cautelare, 21 ottobre 2022, n. 5055, le cui osservazioni sono state, poi, recepite nel merito da Cons. Stato, 15 dicembre 2022, n. 10983 (entrambi reperibili in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[41] V. *infra*, § 5.

non sia] costretto a una sorta di "gioco dell'oca" per completare una procedura telematica impostagli» e avvedersi per tempo di eventuali insuccessi[42].

La vicenda ha interessato il caso di una vincitrice di pubblico concorso, la quale, nella fase telematica di indicazione della preferenza sulla sede di destinazione, aveva omesso di manifestare la propria scelta, non essendosi rapportata correttamente con il Portale a ciò dedicato. Invero, la concorrente era convinta di aver espresso la preferenza sulla piattaforma, poiché da essa aveva ricevuto conferma dell'avvenuta ricezione, ritenendo, pertanto, che nessuna altra azione fosse necessaria. Per contro, la amministrazione riscontrava che, dal caricamento, a risultare non fosse stato l'invio, bensì solamente il salvataggio in modalità "bozza". Sicché, l'elenco finale pubblicato dalla P.A. procedente non collegava alcuna destinazione alla candidata, la quale, avverso tale circostanza, ricorreva alla giustizia, contestando le disfunzioni del sistema informatico, dalle quali era dipesa la mancata assegnazione alla sede desiderata. Il Tar adito richiamava l'orientamento giurisprudenziale per cui «se rimane impossibile stabilire con certezza se vi sia stato un errore da parte del trasmittente o, piuttosto, la trasmissione sia stata danneggiata per vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara»[43]. Considerato, però, che «tale incertezza […] non è dimostrata nel caso di specie», il giudice amministrativo rigettava l'appello, qualificandolo come infondato. Se, verosimilmente, la aspirante lavoratrice – ritenuto, in buona fede, di aver indicato la propria preferenza – non avesse inteso verificare il regolare caricamento, a parere del Tar, un'eventuale anomalia della piattaforma sarebbe stata di agevole accertamento. Parimenti, la amministrazione non avrebbe potuto esercitare il soccorso istruttorio[44], allorché l'indicazione della sede di destinazione rappresentava (e, in generale, rappresenta) una facoltà riservata ai vincitori[45].

Di diverso avviso, il Consiglio di Stato[46] ha accolto le doglianze della aspirante lavoratrice e, seppure nell'ambito di un giudizio cautelare, ha sospeso l'efficacia della sentenza, disponendo che la amministrazione, nelle more della decisione collegiale, tenga conto delle preferenze già espresse (anche se non correttamente caricate) al fine della assegnazione

[42] Recuperando le riflessioni di Alessi, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, 2004, qui 101, il termine "diligenza" adottato dal Consiglio di Stato può farsi coincidere con quello di "professionalità", ove si colga come questa individui il «grado di diligenza richiesta al lavoratore» non solo nell'esecuzione della prestazione lavorativa, ma anche nel momento della costituzione del rapporto.

[43] *Ex multis*, Cons. Stato, 29 luglio 2020, n. 4811 e Cons. Stato, 7 gennaio 2020, n. 86 (entrambi in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[44] L'istituto del soccorso istruttorio nell'ambito del procedimento amministrativo [*ex* art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990] «ha portata generale e trova applicazione, senza meno, anche nell'ambito delle procedure concorsuali, fermo il necessario rispetto del principio della *par condicio* per cui l'intervento dell'amministrazione diretto a consentire al concorrente di regolarizzare o integrare la documentazione presentata, non può produrre un effetto vantaggioso a danno degli altri candidati» [così, recentemente, Cons. Stato, 21 novembre 2022, n. 10241 (in *www.giustizia-amministrativa.it*)]. In dottrina, v. almeno Mattalia, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, in *DA*, 2017, 3, 573 e, da ultimo, Vaccari, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principî e interessi protetti*, *ivi*, 2023, 1, 183.

[45] Tar Lazio, 31 marzo 2022, n. 3741 (in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[46] Cons. Stato, 21 ottobre 2022, n. 5055, cit.

delle sedi. Secondo il Consiglio, infatti, la giustificazione addotta dal giudice amministrativo contiene un «ossimoro motivazionale: giacché l'incertezza [che "non è stata dimostrata"], per definizione, non pare possa integrare l'oggetto di un onere probatorio gravante su chi l'invoca, anziché sulla controparte», ossia sull'ente che aveva bandito il concorso.
La portata innovativa del decreto cautelare (ribadita dalla successiva ordinanza collegiale e dalla sentenza di accoglimento, anche nel merito, del ricorso in appello[47]) attiene alla posizione della amministrazione. In capo a essa, infatti, si individua un «dovere di soccorso istruttorio (*sub specie* di soccorso procedimentale, o informatico)» molto ampio, non solo «preventivo, ma anche successivo», laddove la modalità telematica rappresenti l'unico mezzo mediante il quale i candidati possano concorrere per la posizione bandita, ovvero – come nel caso *de quo* – completare la procedura selettiva.
Tale obbligo pare porsi in stretta contiguità con lo scopo di qualsiasi selezione concorsuale (ossia l'individuazione dell'aspirante più meritevole) e con i principi che ne governano il funzionamento (*ex* art. 35, comma 3, d.lgs. n. 165/2001), tutelando prioritariamente le esigenze dell'amministrazione (e, solo specularmente, gli interessi del privato[48]) in presenza di errori meramente formali che alterino gli esiti del procedimento[49]. D'altronde, il soccorso della P.A. nei bandi di concorso risponde alla necessità di garantire la «completa istruttoria procedimentale»[50], tanto da rendersi imperativo ogniqualvolta sia necessaria una regolarizzazione della documentazione presentata dai concorrenti[51], anche nell'ottica del *favor partecipationis*[52].
Sicché, financo il principio di proporzionalità[53] – che limita l'attivazione del soccorso istruttorio, a garanzia della imparzialità e del buon andamento, in funzione dei principi della parità di condizioni e della autoresponsabilità dei concorrenti[54]– deve arretrare in

[47] Cons. Stato, 15 dicembre 2022, n. 10983, cit.

[48] Già Cons. Stato, 1° luglio 2008, n. 5008 (in *www.giustizia-amministrativa.it*) individuava il soccorso istruttorio quale «attività doverosa da parte dell'Amministrazione, ove si verifichino problematiche di tipo tecnico».

[49] In questi termini, Ursi, *Il responsabile del procedimento "rivisitato"*, in *DA*, 2021, 2, 365.

[50] Mattalia, *Il soccorso istruttorio* cit., 574.

[51] Al proposito, nel rispetto della *par condicio competitorum*, occorre distinguere il concetto di «regolarizzazione» da quello di «integrazione» documentale: nel primo caso, l'attività è dovuta in ossequio al principio generale di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990; al contrario, l'integrazione non è mai consentita, trattandosi di un *vulnus* del principio di parità di condizioni fra concorrenti. V. efficacemente Tar Umbria, 9 giugno 2016, n. 483, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[52] Già Tar Lazio, 30 marzo 2017, n. 4071, in *www.giustizia-amministrativa.it* evidenziava la «progressiva dequotazione delle carenze che precludono l'accesso alla gara – che non siano quelle tipizzate – in uno con una maggiore latitudine all'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio, in ossequio al principio della massima partecipazione anche nell'ottica di una economia dei mezzi processuali e di efficienza del risultato giudiziario».

[53] *Amplius*, Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008.

[54] La granitica giurisprudenza amministrativa intervenuta sul punto testimonia come il soccorso istruttorio debba escludersi in caso di «mancata allegazione di un requisito di partecipazione, ovvero di un titolo valutabile in sede concorsuale, [in quanto ciò equivarrebbe a riconoscere al candidato] un vantaggio rispetto agli altri», così, *ex multis*, Tar Lazio, 25 marzo 2022, n. 3422, in *www.giustizia-amministrativa.it*; parimenti, il soccorso istruttorio «non si giustifica nei casi in cui confligge con il principio di autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione». Cons. Stato, 23 novembre 2022, n. 10325, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

tutti i casi in cui «siano riscontrati meri errori materiali, agevolmente desumibili dai documenti versati in atti o segnalati dal candidato»[55] e, soprattutto, ove «residuino margini di incertezza facilmente superabili, rispondendo tale scelta amministrativa ad un principio di esercizio dell'azione amministrativa ispirata a buona fede e correttezza»[56] (ai sensi dell'art. 1, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990[57]).

Se ne ricava, dunque, che, nelle procedure concorsuali in cui sia la P.A. a richiedere l'utilizzo di strumenti telematici per la partecipazione alla (o per la gestione della) gara[58], la responsabilità di eventuali malfunzionamenti del sistema o del collegamento ricadrà sempre sull'ente, che dovrà porvi rimedio, attivando il soccorso informatico (*in primis*, nel proprio interesse), anche ricorrendo a canali alternativi per l'invio della domanda e della relativa documentazione[59]. Accogliere una diversa prospettazione equivarrebbe a negare che i candidati, innanzi alle disfunzioni delle piattaforme pubbliche di selezione, abbiano già pienamente adempiuto l'onere di diligenza loro richiesto.

Questa considerazione porta a convergere la riflessione, come anticipato, sul *quantum* di professionalità digitale che possa ragionevolmente pretendersi all'aspirante dipendente pubblico, specie ove si consideri che da esso può dipendere l'attivazione (o meno) del soccorso istruttorio[60].

Sotto questo profilo, nella decisione qui richiamata, il Consiglio di Stato ha invitato a domandarsi «se a carico del semplice cittadino, pur non trattandosi di un "professionista", sia traslabile tutto quanto la giurisprudenza abbia finora enucleato sulla partecipazione delle imprese alle gare o degli avvocati al processo telematico», ritenendo che sulla persona *qualunque* «non possa gravare l'onere di munirsi d'una sorta di "ufficio informatico" per potersi correttamente rapportare con l'Amministrazione pubblica […], salvo postulare un

[55] Cons. Stato, 15 marzo 2021, n. 2226, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[56] Cons. Stato, 17 gennaio 2018, n. 257, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[57] Come noto, l'art. 12, c. 1, d.l. n. 76/2020, conv**.** dalla l. n. 120/2020, ha inserito, fra i «principi generali dell'attività amministrativa» (art. 1), i «principi della collaborazione e della buona fede» (c. 2-*bis*), all'insegna dei quali dovranno essere improntati i rapporti fra le pp.aa. e i cittadini. Come suggerito da Sandulli, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Proc.*, 2022, 1, qui 11, siffatta integrazione costituisce «un evidente corollario dei principi generali di solidarietà e di buon andamento della pubblica amministrazione, sanciti dagli artt. 2 e 97 della nostra Costituzione».

[58] Oggi, "in tutti i casi", considerando l'introduzione del Portale "InPA" di cui si è dato conto *supra* (§ 3).

[59] Nella vicenda – analoga a quella qui descritta – risolta da Cons. Stato, 2 maggio 2023, n. 4444, in *www.giustizia-amministrativa.it*, a fronte della mancata valutazione della terza prova dovuta a un malfunzionamento della telecamera utilizzata per sostenere l'esame da remoto, la giustizia amministrativa ha imposto alla P.A. procedente di «prevedere una sessione *ad hoc* per la ripetizione della prova», tanto più considerando che ciò non avrebbe pregiudicato la *par condicio* dei concorrenti «ben potendosi pubblicizzare la nuova sessione d'esame al fine di consentire la partecipazione ai concorrenti interessati ad assistervi». Invero, già Tar Lazio, 1° luglio 2020, n. 7406, in *www.giustizia-amministrativa.it*, onerava la amministrazione a predisporre «procedure amministrative parallele di tipo tradizionale ed attivabili in via di emergenza, in caso di non corretto funzionamento dei sistemi informatici predisposti per il fisiologico inoltro della domanda».

[60] Occorre rammentare come, nella controversia qui riproposta, la sentenza di primo grado abbia sostanzialmente escluso la cogenza del soccorso istruttorio «pretermettendo però di adeguatamente riflettere [sulla] individuazione dell'effettivo limite dell'onere di diligenza informativa» di cui era gravata la candidata, cittadina non professionista, così, Cons. Stato, 21 ottobre 2022, n. 5055, cit.

generale obbligo di alfabetizzazione informatica, quale precondizione per continuare a godere dei più elementari diritti civili».
Siffatta lettura della giustizia amministrativa pare condivisibile, per almeno due ordini di ragioni, riunite da una visione unitaria degli artt. 3 e 97, Cost.
Per un verso, essa disvela la presa di coscienza della realtà fattuale italiana, tanto rispetto al grado di arretratezza digitale dei cittadini, quanto al ritardo nella implementazione delle attività formative a questi rivolte, pur nell'avviata transizione[61]. Per l'altro verso, essa chiarisce come l'eventuale difetto di un procedimento telematico esuli dal controllo dei candidati e come sia dovere della P.A. (che lo ha imposto) assicurarne il corretto funzionamento, a presidio delle norme che governano l'agire amministrativo e, più in generale, della uguaglianza sostanziale.

5. Dalla candidatura allo svolgimento delle prove: carta e penna come "nuovi" strumenti *antidiscriminatori*

La posizione assunta dal Consiglio di Stato, rispetto all'introduzione di procedure telematiche per l'accesso alle (e, nel caso di specie, per il completamento delle) procedure concorsuali, è stata determinante per la riforma del d.p.r. n. 487/1994[62], nell'ottica di accompagnare la transizione verso il digitale della P.A. con adeguate forme di tutela dirette a limitare forme di disparità fra candidati.
Il parere poc'anzi discusso è stato, infatti, recepito nella "nuova" formulazione del comma 7 dell'art. 3, d.p.r. n. 487/1994 (per come modificato dal d.p.r. n. 82/2023), ove è stata introdotta una doppia garanzia per l'aspirante lavoratore pubblico «in ogni caso di malfunzionamento, parziale o totale della piattaforma digitale, accertato dall'amministrazione che bandisce il concorso, che impedisca l'utilizzazione della stessa per la presentazione della domanda di partecipazione o dei relativi allegati»[63]. Da un lato, si è prescritto che «il bando deve prevedere una proroga del termine di scadenza per la presentazione della domanda corrispondente a quello della durata del malfunzionamento» (con la annessa facoltà «di modificare o integrare la domanda fino alla data di scadenza del bando, anche se già pre-

[61] V. ancora *supra*, § 2.

[62] Cfr. Cons. Stato, 31 gennaio 2023, n. 137, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che, nel Parere sospensivo sullo «Schema di regolamento recante modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487», ha sottolineato come «al fine di perseguire e valorizzare le potenzialità insite nel ricorso alle nuove tecnologie, in termini di velocizzazione e di semplificazione delle modalità di presentazione delle domande di partecipazione e anche dello svolgimento delle stesse prove selettive, […] sia necessaria e utile una panoramica dei principali profili di rischio derivanti dalla loro utilizzazione, come stigmatizzati nelle pronunce del giudice amministrativo».

[63] Invero, già Cons. Stato, 15 aprile 2023, n. 585, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nel successivo parere relativo alla approvazione delle modifiche al d.p.r. n. 487/1994, censurava il mancato inserimento di un comma volto a tutelare il candidato di un pubblico concorso in caso di disfunzioni della piattaforma digitale di cui la P.A. si avvalga per la gestione delle procedure selettive.

cedentemente inviata»). Dall'altro lato, è stato posto in capo a ciascuna amministrazione l'obbligo di «garantire un servizio di assistenza di tipo informatico legato alla procedura di presentazione della domanda».

Sicché, la previsione per cui «alle procedure di concorso si partecipa esclusivamente previa registrazione nel Portale unico di reclutamento ["InPA"]» (art. 4, d.p.r. n. 487/1994, novellato dal d.p.r. n. 82/2023[64]) è, oggi, sorretta da meccanismi idonei a tutelare i candidati, nella consapevolezza di come la tecnologia possa risultare un ostacolo, sia in sé considerata (per i potenziali malfunzionamenti del sistema), sia in rapporto alle caratteristiche dell'utenza (per la difficoltà dei più nel dialogare con il digitale). Peraltro, nella mancata individuazione legislativa di un limite all'onere di diligenza informatica degli aspiranti lavoratori, l'imposizione del citato «servizio di assistenza» allarga le maglie del soccorso istruttorio delle pp.aa., al tempo della loro digitalizzazione, estendendone l'operatività sino a quando essa non sarà pienamente accessibile a tutti.

Tale impostazione, pur circoscritta alla fase di candidatura per l'accesso ai pubblici impieghi, sembra speculare a quella maturata dal Tribunale amministrativo nella sentenza in commento, con riferimento alla adozione di strumenti tecnologici per lo svolgimento delle prove selettive. Il filo rosso che lega le due decisioni attiene al percorso con cui la P.A. abbia inteso affidare la propria imparzialità al paradigma della digitalizzazione, sì intrapreso per migliore l'efficienza amministrativa, ma con il rischio di inciampare sul piano della efficacia[65].

Nel caso in epigrafe, infatti, la domanda avanzata dal concorrente per l'annullamento dell'esame svolto in modalità cartacea (anziché digitale) è stata rigettata, escludendosi l'asserita obbligatorietà del ricorso a strumenti informatici per la redazione degli elaborati concorsuali. Nel proprio percorso argomentativo, però, il giudice ha rimarcato le implicazioni di una simile interpretazione del dato normativo, benché non costituenti oggetto di censura da parte del ricorrente.

Anzitutto, si è affermato che, nella versione dell'art. 13, comma 2, d.p.r. n. 487/1994, riformulata dal d.p.r. n. 82/2023, la scelta di optare per la «redazione degli elaborati mediante supporto cartaceo non è illegittima, ma non gode più di quella presunzione di imparzialità e di efficacia che era immanente nella previsione regolamentare originale». Da ciò ne consegue che «l'amministrazione è tenuta a motivare opportunamente circa la preferenza delle prove in detta modalità, dimostrandone la coerenza con il fine di assicurare il migliore e più efficiente metodo di selezione nel caso concreto».

[64] Le novità di cui si è dato conto nel § 3 sono state, infatti, recepite all'interno del d.p.r. n. 82/2023, ove si è ribadito che «il bando di concorso è pubblicato [solo] nel Portale unico di reclutamento» (art. 3), a cui ci si può registrare «esclusivamente mediante sistemi di identificazione SPID, CIE e CNS […] ovvero mediante un'identità digitale basata su credenziali di livello almeno significativo nell'ambito di un regime di identificazione elettronica» (art. 4).

[65] Recuperando gli insegnamenti di Scoca, *Diritto amministrativo*, Giappichelli, 2021, spec. 203, preme ricordare che il principio dell'efficienza si sostanzia nel raffronto tra le risorse impiegate ed i risultati ottenuti, mentre quello dell'efficacia esprime l'idoneità dell'azione amministrativa a soddisfare l'interesse perseguito dalla P.A. (che, nei casi qui richiamati, risiede nel reclutamento dei candidati più meritevoli).

In secondo luogo, si è voluto precisare che, «rispetto all'uso nelle prove scritte di supporti informatici, la redazione degli elaborati su carta dovrà essere disciplinata specificatamente dall'ente, non potendosi più contare sulle garanzie formali» assegnatevi dalla previgente formulazione della norma. Di tal guisa, ove si prediliga la tradizionale modalità cartacea di svolgimento degli esami, graverà sulla P.A. procedente indicare nel bando le misure volte ad assicurare, in concreto, il rispetto della *par condicio* tra i candidati, garantendo – come nella esemplificazione proposta dal Tribunale – «l'anonimato dell'elaborato durante la sua correzione ai fini dell'assegnazione del punteggio, la sua effettiva riferibilità al candidato, che quest'ultimo lo abbia redatto durante le prove e così via».
Certamente, queste prescrizioni ben potranno costituire una linea di indirizzo per le pp.aa., al fine di una corretta [*rectius*, imparziale, efficiente ed efficace] applicazione delle nuove regole a presidio dei concorsi. Tuttavia, ciò che qui interessa evidenziare è l'apertura a un inedito equilibrio tra tradizione e innovazione: nonostante la tendenza verso il digitale, l'utilizzo di "carta e penna" resta un'ipotesi valida – purché adeguatamente giustificata[66] – permettendo alle amministrazioni di adattarsi alle diverse esigenze, proprie e altrui, per una maggiore equità dei processi selettivi.

6. Considerazioni conclusive

I recenti impulsi alla digitalizzazione del settore pubblico, impressi con forza dal P.N.R.R., hanno permesso di avviare un processo che, negli anni, era stato programmato, ma scarsamente implementato. La ingente mole di risorse messe a disposizione delle amministrazioni ha, infatti, aperto «nuove "finestre di opportunità" per il cambiamento»[67], consentendo di rilanciare la P.A., quale catalizzatore della ripresa e dell'innovazione.
Sennonché, nell'oramai irrefrenabile transizione digitale, occorre essere consapevoli che «la costruzione della nuova Pubblica Amministrazione si fonda [sulla] valorizzazione delle persone nel lavoro»[68] e non solo sulla informatizzazione di processi, servizi e infrastrutture. In questi termini, affinché la P.A., come richiesto dallo stesso P.N.R.R., possa divenire «un vero "alleato" del cittadino» (inteso anche quale aspirante lavoratore), servirà che l'impe-

[66] Si alimenta, in tal senso, l'esigenza di una «trasparenza posta quale fulcro della nuova amministrazione [eletta a] fine da realizzare e bene da proteggere». Così, Zilli, *La trasparenza nel lavoro subordinato* cit., qui 78.

[67] Bellavista, *La privatizzazione del pubblico impiego trent'anni dopo. Dal disastro verso l'ignoto… e ritorno?*, in *LPA*, 2023, 1, qui 19, che sottolinea anche come «il PNRR non prevede, in realtà, una riforma generale della pubblica amministrazione né della disciplina del lavoro pubblico, bensì varie misure dirette a rafforzare la capacità amministrativa per governare le risorse e gli investimenti previsti nel medesimo PNRR».

[68] Così, il citato «Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione territoriale», secondo una prospettiva già vaticinata da L. Zoppoli, *Qualità dei servizi e del lavoro* cit., 575. Adesivamente, il Forum PA 2023 (in *www.forumpa.it*) ha fatto ricorso a un motto altrettanto pregno di significato: "*Ripartiamo dalle persone*".

rativo "*digital first*" ceda il primato alla prospettiva "*people first*", riconoscendo la centralità delle persone nei processi di cambiamento.
Lungi dal rappresentare un mero *slogan* comunicativo, la giustizia amministrativa ha indicato come si tratti di un vero e proprio obbligo giuridico posto in capo alle amministrazioni che intendano perseguire la via del digitale.
In particolare, nella fase di accesso agli impieghi pubblici, si è dato conto dello scetticismo manifestato dal Consiglio di Stato in merito all'accesso telematico, che ha posto le basi per l'estensione dell'onere di soccorso istruttorio delle pp.aa. (oggi, onere «di assistenza di tipo informatico», ai sensi dell'art. 3, c. 7, d.p.r. n. 487/1994, novellato dal d.p.r. n. 82/2023), in tutti i casi in cui ricorra un malfunzionamento della piattaforma utilizzata per la gestione di una procedura concorsuale. Durante lo svolgimento delle prove selettive, invece, la sentenza in commento ha chiarito come le pp.aa. conservino la facoltà di decidere per l'espletamento di esami scritti in modalità cartacea, a patto che tale scelta sia adeguatamente motivata, in termini di efficienza e imparzialità, e che vi sia trasparenza a beneficio dell'equità e della parità di condizioni fra concorrenti.
In entrambi i casi, affiora la percepibile impressione che i corollari del buon andamento (art. 97, Cost.) debbano essere sempre raccordati con il preminente principio dell'uguaglianza sostanziale (art. 3, Cost.). La tensione è, infatti, verso una digitalizzazione senza distorsioni, che non valuti, quindi, la meritevolezza del candidato solo in funzione della sua capacità di superare le barriere erette dalla tecnologia. Ancor più, non pare potersi gravare l'aspirante dipendente pubblico – *né* al momento della candidatura, né durante lo svolgimento delle prove – di una professionalità digitale delle cui lacune deve curarsi per prima la Amministrazione (*rectius*, lo Stato), specie oggi che, finalmente, dispone di mezzi e strumenti per porvi rimedio[69].
Ciò nella consapevolezza che il ritardo nel processo di digitalizzazione del comparto pubblico non dipende tanto dalla diffusa "ignoranza informatica", quanto dalla debole propensione della P.A. ad accompagnare la «cittadinanza digitale» nella sua dinamicità[70]. È proprio questo l'aspetto su cui urge intervenire, onde evitare di alimentare quella gattopardesca tendenza a *cambiare tutto, affinché nulla cambi*[71], di cui si è fatta, negli anni, sin troppa esperienza.

[69] Anche ove si volesse obiettare a una simile lettura, rammentando che «i bandi di concorso per l'accesso alle pubbliche amministrazioni […] prevedono l'accertamento della conoscenza dell'uso delle apparecchiature e delle applicazioni informatiche più diffuse» *(art. 37,* comma 1, d.lgs. n. 165/2001), dovrebbe ricordarsi come, a eccezione delle professioni specialistiche, tale verifica abbia, notoriamente, un mero carattere teorico e nozionistico sui fondamenti dell'informatica.

[70] Volendo qui attingere alla prospettazione offerta da Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, qui 385, secondo cui la cittadinanza digitale è «per sua natura dinamica, accompagna la persona nel suo essere nel mondo e, di conseguenza, integra la sua dotazione di diritti tutte le volte che questo suo ampliamento viene sollecitato dall'incessante mutamento prodotto dall'innovazione scientifica e tecnologica, e soprattutto dalle dinamiche sociali che così si determinano».

[71] Zilli, *Autonomia e modelli negoziali* cit., 236.

Corte di Cassazione, ordinanza 30 ottobre 2023, n. 30093 – Pres. A. Doronzo – Est. R. Riverso – A.G. (Avv.to Giuseppe Macciotta) c. Margherita Distribuzione S.p.A. (Avv.ti Claudio Scognamiglio e Massimo Corrias).
Cassa con rinvio App. Cagliari, sent. n. 121/2019.
***Part-time* – Lavoro a tempo parziale – Variazione collocazione orario di lavoro – Accordo – Regime pattizio – Rifiuto – Licenziamento – Giustificato motivo oggettivo – Normativa comunitaria – Interpretazione conforme.**

È necessario il consenso del lavoratore per la variazione della collocazione temporale dell'orario in un rapporto di lavoro a tempo parziale. In caso di rifiuto, è illegittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo se il datore di lavoro non dimostra di non poter utilizzare la prestazione con modalità orarie differenti.

Il lavoro *part-time* tra regime pattizio e ragioni di carattere tecnico, organizzativo e produttivo

Giovanna Zampieri
Dottoranda di Diritto del lavoro nell'Università di Padova

Sommario: 1. Il caso: la ricerca del "difficile equilibrio" tra lavoro a tempo parziale e licenziamento per giustificato motivo oggettivo. – 2. Le tre pronunce sorelle della Corte di Cassazione in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo del lavoratore *part-time*. – 3. In origine, il lavoro *part-time* come risposta alle esigenze del mercato del lavoro nell'ottica della *flexicurity*. – 4. Il regime pattizio del rapporto di lavoro a tempo parziale nella disciplina di cui al d.lgs. n. 81/2015. – 5. Oggi, il lavoro *part-time* come indispensabile strumento di conciliazione vita-lavoro e le previsioni di diritto antidiscriminatorio.

Sinossi: La Corte di Cassazione ha recentemente chiarito i presupposti di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo del lavoratore a tempo parziale. Il contributo si occupa di fare il punto sulla giurisprudenza in materia alla luce dell'importanza attribuita al consenso del lavoratore nella definizione delle condizioni orarie del rapporto di lavoro a tempo parziale. L'analisi viene condotta avendo particolare attenzione al dato normativo sia di livello nazionale che europeo.

Abstract: *The Court of Cassation recently clarified the prerequisites for the legitimacy of the dismissal of part-time workers for justified objective reasons. The contribution analyzes the case law on the subject in light of the importance attributed to the worker's consent in defining the hourly conditions of the part-time employment relationship. The analysis is conducted with particular attention to both national and European legislation.*

1. Il caso: la ricerca del "difficile" equilibrio tra lavoro a tempo parziale e licenziamento per giustificato motivo oggettivo

Il 31 maggio 2011 la ricorrente, lavoratrice a tempo parziale, viene licenziata per giustificato motivo oggettivo a seguito del rifiuto opposto alla richiesta del datore di variazione della collocazione oraria della prestazione. La Corte d'appello di Cagliari rigetta il ricorso proposto contro la pronuncia del Tribunale, che aveva precedentemente respinto l'impugnazione giudiziale del licenziamento, in quanto «la variazione in blocco dell'orario di lavoro – che non integri l'introduzione di una clausola elastica o flessibile – [sarebbe] del tutto libera»[1]. Inoltre, ad avviso dei giudici di secondo grado, il divieto di licenziamento del lavoratore che non ha acconsentito alla modifica dell'orario di lavoro *part-time* opera solo nei casi di licenziamento disciplinare. Non vi è invece alcuna preclusione nel caso in cui il presupposto del licenziamento consista in un giustificato motivo oggettivo poiché le ragioni di carattere tecnico, organizzativo e produttivo che giustificano il licenziamento sono le stesse che si pongono alla base della richiesta di modifica dell'orario di lavoro.
Entrambi i profili vengono censurati dalla decisione annotata. La Corte di Cassazione considera irragionevole l'interpretazione delle disposizioni di cui al d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61 proposta dalla Corte d'appello di Cagliari. Una lettura di tali previsioni che consideri non necessario il consenso del lavoratore ogni qualvolta sia in discussione una modifica dell'orario risulta infatti in contrasto con quanto previsto all'art. 3, commi 3, 7, 9 e 11[2] e dall'art. 5 d.lgs. n. 61/2000[3] oltre che incompatibile con una interpretazione conforme alla normativa dell'Unione europea e alla giurisprudenza costituzionale in materia[4]. Infine, il contrasto si rivela anche con riferimento all'attuale disciplina del lavoro a tempo parziale contenuta nel d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, il cui art. 6, comma 8, dispone, in continuità con la disciplina previgente, che «il rifiuto del lavoratore di concordare variazioni dell'orario di lavoro non costituisce giustificato motivo di licenziamento».
L'esclusione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo dall'ambito di applicazione del divieto di licenziamento in caso di rifiuto di modifica dell'orario di lavoro è, ad avviso dei giudici di legittimità, ugualmente in contrasto con le disposizioni di cui al d.lgs. n. 61/2000 applicabile *ratione temporis* (e di cui al successivo d.lgs. n. 81/2015). Tuttavia,

[1] Paragrafo 8 della pronuncia annotata.

[2] A norma del quale «il rifiuto da parte del lavoratore di stipulare il patto di cui al comma 9 e l'esercizio da parte dello stesso del diritto di ripensamento di cui al comma 10 non possono integrare in nessun caso gli estremi del giustificato motivo di licenziamento».

[3] Secondo cui «il rifiuto di un lavoratore di trasformare il proprio rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, o il proprio rapporto di lavoro a tempo parziale in rapporto a tempo pieno, non costituisce giustificato motivo di licenziamento».

[4] Al paragrafo 15 della sentenza annotata la Corte di Cassazione richiama in particolare C. cost. n. 224/2013.

ammettere che tale divieto operi in tutti i casi di licenziamento non significa affermare l'assoluta incompatibilità tra il rifiuto della richiesta di modifica dell'orario di lavoro opposto dal lavoratore e il licenziamento di quest'ultimo per giustificato motivo oggettivo. L'individuazione del "difficile equilibrio" tra gli interessi delle parti regolati pattiziamente nel rapporto di lavoro a tempo parziale costituisce il fulcro della pronuncia annotata che, ponendosi in continuità con alcune (di poco) precedenti decisioni della Corte di legittimità[5], afferma «l'esigenza di una rimodulazione del g.m.o. nel part-time»[6]. Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento del lavoratore a tempo parziale si compone quindi di tre elementi, ossia l'esistenza di reali ed effettive esigenze di carattere economico-organizzativo, il nesso causale tra tali esigenze e il licenziamento e, infine, l'impossibilità di utilizzare la prestazione con le stesse modalità orarie precedentemente concordate. Il recesso del datore non può invece trovare esclusivo fondamento nel rifiuto opposto alla richiesta di modifica dell'orario di lavoro, dal momento che verrebbe altrimenti compromesso il regime pattizio del rapporto *part-time*.

I giudici della Corte d'appello di Cagliari, chiamati a pronunciarsi nuovamente sul merito della controversia, dovranno tenere in particolare considerazione la natura consensuale del rapporto di lavoro a tempo parziale che si manifesta nell'individuazione delle modalità orarie di svolgimento della prestazione. Corollario di tale impostazione è che la legittimità del licenziamento irrogato potrà essere accertata solo qualora il datore di lavoro dimostri l'impossibilità di utilizzare altrimenti la prestazione della lavoratrice secondo le modalità orarie precedentemente concordate, così escludendo che il presupposto alla base del licenziamento sia lo stesso che ha dato luogo alla richiesta di modifica dell'orario a cui la lavoratrice ha opposto un «legittimo rifiuto»[7].

2. Le tre pronunce sorelle della Corte di Cassazione in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo del lavoratore *part-time*

La Corte di Cassazione è recentemente intervenuta sul punto con tre pronunce – tra cui quella annotata – che hanno ricostruito uno statuto del giustificato motivo oggettivo di licenziamento nel lavoro a tempo parziale dalla cui applicazione sia possibile ottenere un «equo contemperamento degli interessi delle parti che risultano regolati pattiziamente nella disciplina oraria del *part-time*»[8]. Attraverso tali decisioni, i giudici di legittimità hanno

[5] Il riferimento è a Cass., 9 maggio 2023, n. 12244, in *LG*, 2023, 8-9, 833 con nota di Giovanardi e in *DPL*, 2023, 40, 2386 e Cass., 23 ottobre 2023, n. 29337, in *LG*, 2024, 2, 196 con nota di Ludovico, Treglia.

[6] Paragrafo 13 della pronuncia annotata.

[7] Paragrafo 12 della pronuncia annotata.

[8] Paragrafo 12 della pronuncia annotata.

chiarito che le esigenze di carattere tecnico, organizzativo e produttivo che si pongono a fondamento del licenziamento per giustificato motivo oggettivo non possono identificarsi nelle stesse motivazioni che sottostanno alla richiesta di variazione dell'orario di lavoro. A fronte del rifiuto opposto dal lavoratore, il datore deve infatti dimostrare di non poter utilizzare altrimenti – all'interno della propria organizzazione imprenditoriale – la prestazione caratterizzata dalla precedente articolazione oraria.

Nel primo caso[9] la Corte di Cassazione si è pronunciata su un ricorso presentato da una lavoratrice licenziata per giustificato motivo oggettivo per esubero di una unità di personale venutasi a creare in seguito alla cessione del ramo d'azienda presso cui era impiegata. A fronte di tale situazione, il datore aveva formulato ai tre lavoratori con rapporto di lavoro a tempo pieno una richiesta di riduzione dell'orario di lavoro successivamente rifiutata da due di essi, tra cui la ricorrente. Il datore aveva quindi intimato a quest'ultima il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, conservando invece il rapporto degli altri due lavoratori impiegati a tempo pieno. Nel decidere il ricorso, i giudici di legittimità hanno chiarito che il rifiuto opposto alla richiesta di conversione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale non preclude la facoltà di recesso del datore di lavoro ma «diventa una componente del più ampio onere di prova del datore»[10]. Quest'ultimo, al fine di vedere accertata la legittimità del licenziamento intimato, deve dimostrare[11] la sussistenza di effettive esigenze di carattere tecnico organizzativo e produttivo tali da non consentire il mantenimento del rapporto di lavoro se non nei proposti ridotti limiti di orario[12]. Il datore deve quindi fornire la prova del fatto che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo sia fondato sull'impossibilità di utilizzare altrimenti, nell'ambito della propria organizzazione aziendale, la prestazione del lavoratore e, pertanto, che tale licenziamento non è avvenuto esclusivamente a causa del rifiuto opposto dal lavoratore alla richiesta di modifica dell'orario di lavoro.

In continuità temporale e sostanziale con la decisione appena descritta si colloca la pronuncia della Corte di Cassazione resa in un diverso caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo di una lavoratrice a tempo parziale a fronte di ragioni di carattere tecnico ed organizzativo, legate però ad un incremento della produttività[13]. La lavoratrice aveva precedentemente rifiutato la richiesta di conversione del rapporto di lavoro da tempo parziale a tempo pieno formulata al fine di far fronte all'accresciuto volume di attività. Il datore di lavoro aveva quindi proceduto all'assunzione di un lavoratore a tempo pieno e intimato alla lavoratrice il licenziamento per giustificato motivo oggettivo consistente

[9] Cass., 9 maggio 2023, n. 12244, cit.

[10] Cass., 9 maggio 2023, n. 12244, cit., paragrafo 17.

[11] In tema di onere della prova del datore di lavoro Cass., 6 giugno 2013, n. 14319, in *LG*, 2014, 2, 145 con nota di Cosattini e Cass., 27 ottobre 2015, 21875, in *ADL*, 2016, 1, 74 con nota di Fontana.

[12] Oltre che «l'avvenuta proposta al dipendente o ai dipendenti di trasformazione del rapporto di lavoro a tempo parziale e il rifiuto dei medesimi» e «l'esistenza di un nesso causale tra le esigenze di riduzione dell'orario e il licenziamento intimato» (Cass., 9 maggio 2023, n. 12244, cit., paragrafo 16).

[13] Cass., 23 ottobre 2023, n. 29337, cit.

nell'incompatibilità della disponibilità oraria della stessa rispetto al nuovo andamento economico dell'impresa. I giudici di legittimità censurano la pronuncia della Corte d'appello di Milano in quanto quest'ultima «avrebbe dovuto incentrare la sua indagine sulla verifica della impossibilità di utilizzo altrimenti della prestazione lavorativa della lavoratrice part-time»[14] anziché sindacare la scelta imprenditoriale di sostituire un lavoratore a tempo parziale con un lavoratore a tempo pieno.
A completamento dell'opera di rimodulazione del giustificato motivo oggettivo di licenziamento del lavoratore *part-time* si pone la pronuncia annotata in cui viene affrontato il caso di un licenziamento avvenuto in seguito al rifiuto di modifica della collocazione dell'orario di lavoro nell'ambito di un rapporto a tempo parziale. Citando i propri precedenti, la Corte di Cassazione afferma che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo del lavoratore *part-time* deve essere sorretto da esigenze economico-organizzative eziologicamente connesse con il licenziamento stesso e tali per cui il datore di lavoro possa dimostrare che «non esist[o]no altre soluzioni occupazionali (o alternative orarie) a quelle prospettate al lavoratore»[15]. Ne deriva che la tutela delle scelte del lavoratore in materia di orario di lavoro incontra un limite: l'incompatibilità dell'articolazione oraria pattiziamente concordata con l'organizzazione tecnico-produttiva del datore di lavoro. Solo in tale caso, il datore può licenziare il lavoratore per giustificato motivo oggettivo, facoltà che rimane altrimenti preclusa al fine di salvaguardare l'accordo precedentemente raggiunto il quale merita di essere tutelato in quanto costituisce «l'equo contemperamento degli interessi delle parti»[16]. La prova sull'oggettiva impossibilità di utilizzare diversamente la prestazione del lavoratore *part-time* deve essere fornita dal datore di lavoro, ossia l'unico soggetto che ha il potere di modificare l'organizzazione dell'impresa e individuare un diverso assetto organizzativo in cui sia possibile conservare il rapporto del lavoratore *part-time* nelle modalità precedentemente concordate.

3. In origine, il lavoro *part-time* come risposta alle esigenze del mercato del lavoro nell'ottica della *flexicurity*.

La disciplina del lavoro a tempo parziale di cui al d.lgs. 61/2000, poi sostituito dal d.lgs. n. 81/2015, costituisce l'attuazione delle previsioni contenute della direttiva 1997/81/CE del Consiglio relativa all'accordo quadro[17] sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE[18],

[14] Cass., 23 ottobre 2023, n. 29337, cit., paragrafo 28.

[15] Paragrafo 12 della pronuncia annotata.

[16] Paragrafo 11 della pronuncia annotata.

[17] La dir. 1997/81/CE è stata adottata attraverso la procedura legislativa disciplinata agli artt. 154 e 155 TFUE che prevede il coinvolgimento delle parti sociali al fine di adottare un atto normativo dell'Unione Europea in materia di politiche sociali.

[18] Unione delle confederazioni europee dell'industria e dei datori di lavoro.

dal CEEP[19] e dalla CES[20]. Attraverso tale atto normativo il legislatore europeo ha introdotto alcune prescrizioni minime con l'obiettivo «di facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale su base volontaria e di contribuire all'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro in modo da tener conto dei bisogni degli imprenditori e dei lavoratori» (clausola 2, lett. *b)*). Già a partire da tale disposizione emerge come quello che le parti sociali e le istituzioni europee hanno inteso favorire sia stato il c.d. *part-time* volontario[21], ossia quello a cui il lavoratore e il datore di lavoro decidono liberamente di fare ricorso.
La volontarietà acquisisce una valenza specifica nel contesto della normativa europea[22]: il soddisfacimento delle esigenze reciproche non rappresenta il fine della disposizione di diritto dell'Unione ma, piuttosto, il modo per incrementare il ricorso al lavoro *part-time* in considerazione degli importanti effetti che quest'ultimo aveva prodotto in termini di incremento dell'occupazione[23]. In tal senso si esprimono chiaramente le parti sociali nel Preambolo dell'accordo quadro, ove affermano che quest'ultimo costituisce «un contributo alla strategia globale europea per l'occupazione»[24]. Nello stesso senso, al punto 4 delle Considerazioni generali contenute nell'accordo quadro, è possibile leggere che «le conclusioni del Consiglio europeo di Essen hanno sottolineato la necessità di promuovere l'occupazione e le pari opportunità tra donne e uomini e hanno auspicato l'assunzione di misure che abbiano come obiettivo un "aumento dell'intensità occupazionale della crescita, in particolare attraverso un'organizzazione del lavoro più flessibile che risponda tanto agli auspici dei lavoratori quanto alle esigenze della concorrenza"». Ancora, al successivo punto 7 le parti sociali affermano che «il presente accordo prende in conto la necessità di rispondere ad esigenze della politica sociale, di favorire la competitività dell'economia della Comunità e di evitare l'imposizione di vincoli amministrativi, finanziari e giuridici che impediscano la creazione e lo sviluppo delle piccole e medie imprese»[25].

[19] Centro europeo dell'impresa pubblica.

[20] Confederazione Europea dei Sindacati.

[21] Si veda più approfonditamente sul punto Delfino, *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Napoli, 2008.

[22] Secondo Altimari, *Il tempo parziale tra contratto e mercato del lavoro*, in *LD*, 2015, 2, 356 ss. il lavoro a tempo parziale può essere inserito «in una peculiare posizione all'interno dell'ordinamento sociale europeo».

[23] Tale considerazione trova origine dall'incremento occupazionale che la diffusione del lavoro *part-time* aveva prodotto nei Paesi Bassi (c.d. miracolo olandese). Sull'argomento si veda Visser, *Piena occupazione fondata sul "part-time": il "miracolo olandese"*, in *Stato e mercato*, 2001, 2, 293.

[24] Altimari, op. cit., 357 afferma che «il compito che i documenti europei attribuiscono al contratto non è che una tessera del più ampio mosaico che enfatizza oltremodo quelli che si possono definire gli strumenti dal lato dell'offerta del mercato».

[25] Appare quindi condivisibile quella lettura che vede anche nel primo obiettivo della dir. 1997/81/CE – ossia «assicurare la soppressione delle discriminazioni nei confronti dei lavoratori a tempo parziale» e «migliorare la qualità del lavoro a tempo parziale» (clausola 2, lett. a)) – un tentativo del legislatore europeo di rendere il lavoro a tempo parziale "più attraente" in termini di condizioni di lavoro per favorirne una maggiore diffusione in quanto strumento utile per l'incremento dei tassi di occupazione. In questo senso: Robin-Olivier, Lo Faro, *Atypical forms of employment*, in Jaspers, Pennings, Peters (eds.), *European Labour Law*, Intersentia, 2019, 210.

Il fatto che la disciplina europea risponda anche ad esigenze diverse da quelle di tutela del lavoro a tempo parziale emerge inoltre proprio dalla norma che impone[26] il divieto di licenziamento motivato dal solo di rifiuto del lavoratore alla richiesta di conversione del proprio rapporto da tempo pieno a tempo parziale, o viceversa. Infatti, la seconda parte del secondo paragrafo della clausola 5 dell'accordo quadro si preoccupa di chiarire immediatamente che tale divieto non pregiudica «la possibilità di procedere […] al licenziamento per altre ragioni, come quelle che possono risultare da necessità di funzionamento dello stabilimento considerato». Anche la Corte di Giustizia, chiamata a dare un'interpretazione alla clausola 5, par. 2, della dir. 1997/81/CE, ha dimostrato di avere una visione del principio della volontarietà incentrata sul profilo economico-funzionale del lavoro *part-time*[27]. Tanto è che nel caso *Mascellani* i giudici della Corte di Giustizia hanno affermato che «da tale clausola [5, par. 2] si evince che la stessa non impone agli Stati membri di adottare una normativa che subordini al consenso del lavoratore la trasformazione del suo contratto di lavoro da contratto a tempo parziale in contratto a tempo pieno. Infatti, detta disposizione è volta unicamente ad escludere che l'opposizione di un lavoratore a una simile trasformazione del proprio contratto di lavoro possa costituire l'unico motivo del suo licenziamento, in assenza di altre ragioni obiettive»[28].

In definitiva, quanto emerge dalla dir. 1997/81/CE è che la disciplina europea in materia di lavoro a tempo parziale si caratterizza maggiormente per la spinta verso il miglioramento delle condizioni del mercato del lavoro piuttosto che verso il miglioramento delle condizioni del lavoro. Non è dunque stupefacente che la normativa nazionale di attuazione – o, più correttamente, di aggiornamento della previgente normativa di attuazione – sia stata emanata sulla scorta di una legge delega[29] il cui art. 1, comma 7, lett. *a)* attribuiva al Governo il compito di «individuare e analizzare tutte le forme contrattuali esistenti» per renderle «maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo». Il d.lgs. n. 81/2015 ha quindi riscritto la disciplina dei rapporti di lavoro atipici, tra cui il lavoro a tempo parziale, nell'ottica della c.d. *flexicurity*, ossia quel meccanismo in grado di favorire il miglioramento delle condizioni del mercato del lavoro attraverso l'incremento della flessibilità del rapporto di lavoro e delle condizioni di impiego[30].

[26] Peraltro, con una formulazione che, almeno nella versione italiana della dir. 1997/81/CE, appare piuttosto blanda in considerazione dell'utilizzo del condizionale nello statuire che «il rifiuto di un lavoratore […] *non dovrebbe*, in quanto tale, costituire valido motivo per il licenziamento». C. cost., 19 luglio 2013, n. 224, in *RIDL*, 2014, 2, 320 con nota di Pasqualetto ha chiarito che «ciò vuol dire che il licenziamento è vietato solo quando il rifiuto della trasformazione da parte del lavoratore costituisce la sua ragione esclusiva e mancano motivi ulteriori rispetto ai quali l'elemento della prestazione a tempo parziale venga in rilievo solo di riflesso».

[27] Robin-Olivier, Lo Faro, *Atypical forms of employment*, cit., 208.

[28] C. giust., 15 ottobre 2014, causa C-221/13, *Mascellani*, in curia.europa.eu.

[29] Legge 10 dicembre 2014, n. 183 recante Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro.

[30] Secondo quanto riportato in una Comunicazione CE del 2010 la *flexicurity* veniva infatti definita come «lo strumento

La stessa disciplina è invece ora oggetto di una rilettura giurisprudenziale guidata da esigenze di tutela del lavoratore più che di efficienza del mercato del lavoro. Il principio volontaristico nel lavoro a tempo parziale, nato in sede europea per esigenze occupazionali, trova la sua espressione italiana nel regime pattizio del rapporto di lavoro a tempo parziale, inteso come accordo tra lavoratore e datore di lavoro volto a raggiungere quell'equo bilanciamento degli interessi coinvolti cui la Corte di Cassazione fa riferimento nella pronuncia annotata.

4. Il regime pattizio del rapporto di lavoro a tempo parziale nella disciplina di cui al d.lgs. n. 81/2015

Nel caso oggetto della pronuncia annotata il rapporto era regolato dal d.lgs. n. 61/2000, contenente la disciplina del lavoro a tempo parziale fino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015[31]. Quest'ultimo ha proceduto ad una riscrittura della normativa in materia di lavoro atipico (o flessibile)[32] che è così confluita in un unico testo di legge contenente disposizioni dalla formulazione semplificata rispetto a quella caratterizzante la disciplina previgente. L'innovazione, dal punto di vista della tecnica normativa, è risultata di particolare evidenza nelle disposizioni riguardanti il lavoro a tempo parziale, rispetto al quale l'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015 ha comportato, tra l'altro, l'eliminazione della suddivisione nei tre sottotipi del *part-time* orizzontale, verticale e misto[33] nonché della distinzione[34] tra le c.d. clausole elastiche e le c.d. clausole flessibili[35]. Più limitato è stato invece

migliore per modernizzare i mercati del lavoro […] al fine di accelerare il ritmo delle riforme, ridurre la segmentazione del mercato del lavoro, supportare la parità di genere e rendere fruttuose le transizioni».

[31] L'art. 55, comma 1, lett. *a)*, d.lgs. n. 81/2015 ha infatti disposto l'abrogazione del d.lgs. n. 61/2000. Quest'ultimo era stato precedentemente oggetto di modifica da parte dell'art. 46, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

[32] F. Carinci, *A proposito del Jobs Act,* in *ADL*, 2015, 6, 1109 ha definito il d.lgs. n. 81/2015 ciò che ha costituito la «più cospicua riforma del diritto del lavoro realizzata in epoca repubblicana». In generale sul c.d. Jobs Act si veda anche Treu, *In tema di Jobs Act: il riordino dei tipi contrattuali*, in *DLRI*, 2015, 2, 155; Tiraboschi, *Riforma delle tipologie contrattuali e nuova disciplina delle mansioni,* in *GLav*, 2015, 11, 12; L. Zoppoli, *Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, in *DRI*, 2015, 1, 76.

[33] Bellomo, *La riscrittura della disciplina in materia di contratto a tempo parziale: semplificazione, unificazione e ricalibratura dell'equilibrio tra autonomia collettiva ed individuale,* in Zilio Grandi, Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, 2016, 503. In senso contrario Santucci, *Il contratto di lavoro part-time tra* Jobs Act *(decreto legislativo n. 81/2015) e diritto giurisprudenziale,* in *DRI*, 2018, 1, 10.

[34] Tale distinzione era stata introdotta dal d.lgs. n. 276/2003 che, attraverso una modifica al comma 7 dell'art. 3 d.lgs. n. 61/2000, aveva previsto che «fermo restando quanto disposto dall'articolo 2, comma 2, le parti del contratto di lavoro a tempo parziale possono, nel rispetto di quanto previsto dal presente comma e dai commi 8 e 9, concordare i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale possono stabilire, nel rispetto di quanto previsto dai commi 8 e 9 clausole flessibili relative alla variazione della collocazione temporale della prestazione stessa. Nei rapporti di lavoro a tempo parziale di tipo verticale o misto possono essere stabilite anche clausole elastiche relative alla variazione in aumento della durata della prestazione lavorativa».

[35] Sul punto si segnala in particolare l'incidenza sul ruolo della contrattazione collettiva in materia di clausole elastiche nel rapporto di lavoro a tempo parziale.

l'apporto complessivo di novità rispetto ai profili sostanziali della disciplina in materia di rapporto di lavoro a tempo parziale[36]. Questo consente di svolgere alcune considerazioni sull'attuale regolamentazione dell'istituto che, nonostante le modifiche introdotte, possono essere riferite anche a quanto precedentemente disposto in materia dal d.lgs. n. 61/2000[37]. Il regime pattizio cui la Corte di Cassazione fa riferimento nella pronuncia annotata[38] emerge chiaramente dalle previsioni di cui alla Sezione I (Lavoro a tempo parziale) del Capo II (Lavoro a orario ridotto e flessibile) del d.lgs. n. 81/2015. Per quanto riguarda i profili strutturali della fattispecie, l'inserimento di clausole elastiche è oggi consentito, ai sensi dell'art. 6, comma 4, d.lgs. n. 81/2015, previa pattuizione per iscritto all'interno del contratto di lavoro a tempo parziale e nel rispetto di quanto previsto dai contratti collettivi. Infatti, qualora i contratti collettivi nulla dispongano, il sesto comma dell'art. 6 d.lgs. n. 81/2015 ammette che le clausole elastiche siano pattuite per iscritto innanzi alle commissioni di certificazione. Pertanto, qualora non vi sia il vaglio a monte della contrattazione collettiva, la legge richiede l'intervento di un soggetto terzo al fine di garantire che il consenso prestato dal lavoratore sia libero e consapevole. Sempre dal punto di vista strutturale, l'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 61/2000[39] prevedeva che la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale potesse avvenire solamente «su accordo delle parti risultante da atto scritto, convalidato dalla direzione provinciale del lavoro competente per territorio». La trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale (e viceversa) è oggi ammessa «su accordo delle parti risultante da atto scritto» a norma dell'art. 8, comma 2, d.lgs. n. 81/2015. Nonostante l'eliminazione dell'aggravio procedurale, consistente nella convalida presso la direzione provinciale del lavoro, permane quindi il requisito della forma scritta ai fini della conversione. L'imposizione dell'utilizzo di una determinata forma[40] costituisce un mezzo per "costringere" le parti a valutare la disciplina di tali aspetti del rapporto che non possono essere definiti se non attraverso

[36] Tra coloro che si sono occupati di fornire una ricostruzione della disciplina del lavoro a tempo parziale come risultante a seguito della riscrittura ad opera del d.lgs. n. 81/2015 e di confrontarla con la previgente regolamentazione di cui al d.lgs. n. 61/2000 si segnala in particolare Leccese, *Il lavoro a tempo parziale*, in Fiorillo, Perulli, (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, 2015, 41.

[37] Dello stesso avviso risulta essere la Corte di cassazione nella pronuncia annotata ove, dopo aver proceduto ad una lettura sistematica delle disposizioni in materia, afferma che la disciplina oggi dettata dal d.lgs. n. 81/2015 si pone "in continuità" con quella precedentemente contenuta nel d.lgs. n. 61/2000.

[38] Paragrafo 11 della pronuncia annotata.

[39] Come risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 22, comma 4, l. 12 novembre 2011, n. 183, applicabile *ratione temporis* al caso oggetto della pronuncia annotata.

[40] Previsione che esclude pertanto la possibilità di conversione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale per fatti concludenti. Diversamente, Cass., 20 febbraio 2024, n. 4550 (che richiama sul punto Cass., 28 marzo 2019, n. 8658, in *D&G*, 2019, 60, 14 con nota di Leverone e Cass., 4 dicembre 2018, n. 31342, in *FI*, 2019, 1, 140 per quanto riguarda i rapporti di lavoro a tempo parziale disciplinati dal d.lgs. n. 61/2000) ammette che «la continuativa prestazione di un orario corrispondente a quello previsto per il lavoro a tempo pieno [può] determinare che la trasformazione da un originario *part-time* ad un *full-time* si sia verificata "per fatti concludenti"». Tale accertamento deve essere demandato al giudice di merito in quanto comporta la necessità di «indagare una comune volontà negoziale».

l'incontro di volontà, suggellato nell'accordo scritto, sugli specifici profili temporali della prestazione lavorativa. A completamento di questa disciplina incentrata sullo scambio del consenso tra lavoratore e datore di lavoro, l'art. 6, comma 8 e l'art. 8, comma 1 pongono, con formulazione sostanzialmente analoga, un divieto di licenziamento del lavoratore che, rispettivamente, rifiuti di concordare variazioni dell'orario di lavoro o di trasformare il rapporto da tempo pieno a tempo parziale, o viceversa.

Per quanto riguarda lo svolgimento della prestazione lavorativa resa in regime di lavoro a tempo parziale, il secondo comma dell'art. 6, nel disciplinare il lavoro supplementare, dispone che il lavoratore a tempo parziale «può rifiutar[n]e lo svolgimento […] ove giustificato da comprovate esigenze lavorative, di salute, familiari o di formazione professionale». Tale disposizione, letta *a contrario*, comporta che dall'assenza di consenso allo svolgimento del lavoro supplementare deriva l'impossibilità di ottenere tale prestazione da parte del datore, il quale non può altrimenti imporne lo svolgimento al lavoratore dissenziente[41]. Il regime pattizio del lavoro *part-time* si conserva quindi anche sotto il profilo dinamico del rapporto in quanto il consenso del lavoratore è richiesto, oltre che nel caso di modifiche permanenti al regolamento contrattuale, anche in previsione di variazioni estemporanee del normale orario ridotto di lavoro.

Da un punto di vista civilistico, il requisito del consenso su uno degli aspetti che concorrono a conformare la prestazione oggetto del contratto è qualcosa su cui, in considerazione di quanto disposto all'art. 1325 c.c., si potrebbe ritenere superfluo focalizzare l'attenzione. Il rapporto di lavoro è caratterizzato da uno squilibrio di potere contrattuale tra le parti che si manifesta tanto nella fase iniziale della stipula quanto, successivamente, nello svolgimento del rapporto stesso. Il datore di lavoro conserva, infatti, il potere di modificare la prestazione del lavoratore al fine di trarne la maggiore utilità possibile per l'organizzazione imprenditoriale[42]. In questo senso il regime pattizio del lavoro a tempo parziale, ricostruito attraverso il richiamo alle disposizioni citate, costituisce un limite al potere conformativo del datore di lavoro che non può essere esercitato per modificare i limiti temporali della prestazione lavorativa, se non nel caso in cui incontri il consenso del lavoratore stesso. La posizione di quest'ultimo è quindi garantita da due livelli di tutela che, oltre ad imporre il requisito del consenso per la variazione o la conversione, ne impediscono il licenziamento in caso di legittimo rifiuto della modifica proposta. In tal senso, il regime pattizio, che

[41] Anche in tale caso risulta infatti applicabile il divieto di cui all'art. 6, comma 8, d.lgs. n. 81/2015.

[42] Diversamente Voza, *Il "riordino" del contratto di lavoro a tempo parziale*, in *LG*, 2015, 2, 1123 secondo cui «a ben guardare, rispetto al diritto comune delle obbligazioni l'unico vincolo aggiuntivo è quello formale. Infatti, non essendovi alcuna norma speciale che configuri la riduzione dell'orario e, conseguentemente, della retribuzione, come espressione di un potere originario del datore di lavoro tale variazione – costituendo una modifica del regolamento negoziale originariamente concordato – non può che realizzarsi attraverso un nuovo accordo, appunto modificativo del precedente. Tale patto si limita a modificare le condizioni negoziali (e più precisamente il profilo dell'orario di lavoro), ovviamente senza dar vita ad alcuna soluzione di continuità dell'orario di lavoro». Si ritiene, tuttavia, che tale ricostruzione provenga da una lettura restrittiva del potere direttivo di cui all'art. 2094 c.c.

emerge dalla disciplina del lavoro a tempo parziale di cui al d.lgs. n. 81/2015, costituisce uno strumento per riequilibrare le posizioni contrattuali del rapporto di lavoro attraverso l'imposizione di vincoli al potere che una delle parti acquista proprio a seguito della conclusione del contratto di lavoro stesso.

5. Oggi, il lavoro *part-time* come indispensabile strumento di conciliazione vita-lavoro e le previsioni di diritto antidiscriminatorio

La spinta che ha condotto ad una rilettura delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 81/2015 è da rinvenire nel fatto che, nonostante la genesi della disciplina in materia di lavoro a tempo parziale fosse legata ad esigenze di efficientamento del mercato del lavoro, il *part-time* ha successivamente acquisito sempre maggiore rilevanza in quanto modalità di gestione del rapporto di lavoro che permette di conciliare lo svolgimento della prestazione lavorativa con istanze personali del lavoratore[43]. Tale caratteristica era stata rilevata dalla Corte costituzionale che, in una pronuncia antecedente all'introduzione della normativa europea in materia[44], aveva spiegato come il lavoro a tempo parziale permetta di contemperare l'attività lavorativa con impegni di assistenza familiare. A fronte di una accresciuta sensibilità sull'argomento e dell'urgenza di far fronte ad esigenze di assistenza e cura di cui lo Stato spesso non riesce a farsi carico[45], lo stesso legislatore europeo è recentemente intervenuto anche in materia di lavoro a tempo parziale con alcune previsioni contenute nella direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio (c.d. direttiva Equilibrio)[46].
Tra i considerando della c.d. direttiva Equilibrio, il n. 34 afferma che «i lavoratori che sono genitori e i prestatori di assistenza dovrebbero poter adeguare il calendario di lavoro alle proprie esigenze e preferenze personali. A tal fine e prestando attenzione alle esigenze dei lavoratori, questi hanno pertanto il diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili al

[43] Sulla rilettura degli istituti di cui al d.lgs. n. 81/2015 come «misure finalizzate alla tutela della genitorialità e alla realizzazione delle esigenze di *worklife balance*» si veda Pasquarella, Work-life balance*: esiste un modello italiano di "conciliazione condivisa" dopo il* Jobs Act*?*, in *RIDL*, 2017, 1, 51.

[44] C. cost, 11 maggio 1992, n. 210, in *GI*, 1993, 1, 277 con nota di Brollo.

[45] Al considerando n. 7 della dir. (UE) 2019/1158 è possibile leggere che «alla luce delle sfide che sorgono a seguito dei cambiamenti demografici, associate alla pressione che ne deriva sulla spesa pubblica in alcuni Stati membri, si prevede un aumento delle esigenze in termini di assistenza informale».

[46] Sul punto si veda in particolare: Dagnino, *Sull'attuazione della direttiva UE 2019/1158*, in *LG*, 2023, 2, 140; Alessi, Bonardi, Calafà, D'Onghia, *Per una trasposizione responsabile della Direttiva n. 2019/1158, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, in *RGL*, 2022, 1, 111; Vitaletti, *Equilibrio tra attività professionale e vita familiare. Il decreto legislativo di attuazione della direttiva n. 2019/1158*, in *RGL*, 2022, 4, 563; Zilli, *La via italiana per condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili*, in *DRI*, 2023, 1, 25.

fine di adeguare l'organizzazione della vita professionale, anche, laddove possibile, mediante l'uso del lavoro a distanza, calendari di lavoro flessibili o una riduzione dell'orario di lavoro, allo scopo fornire assistenza». Conseguentemente, ai sensi del successivo art. 9 della dir. (UE) 2019/1158, gli Stati membri sono tenuti ad adottare «le misure necessarie per garantire che i lavoratori con figli fino a una determinata età, che non deve essere inferiore a otto anni, e i prestatori di assistenza abbiano il diritto di chiedere orari di lavoro flessibili per motivi di assistenza». Ne risulta un quadro rovesciato rispetto al paradigma della *flexicurity*: il lavoro *part-time* non è più una possibilità rimessa alla negoziazione delle parti del rapporto di lavoro in quanto funzionale al raggiungimento di una maggiore efficienza del mercato del lavoro ma un diritto del lavoratore che ne faccia richiesta per assolvere a compiti di assistenza e cura.

Tuttavia, nel dare attuazione[47] all'art. 9 della dir. (UE) 2019/1158, il legislatore italiano non ha modificato le caratteristiche strutturali della fattispecie del lavoro a tempo parziale, le quali rimangono quelle risultanti dal d.lgs. n. 81/2015. L'adeguamento della normativa nazionale alla disciplina contenuta nella direttiva Equilibrio è avvenuto attraverso l'introduzione del comma 5-*bis*[48] all'art. 8 d.lgs. n. 81/2015 secondo cui «la lavoratrice o il lavoratore che richiede la trasformazione del contratto […] non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro. Qualunque misura adottata in violazione del precedente periodo è da considerarsi ritorsiva o discriminatoria e, pertanto, nulla»[49]. La protezione del lavoratore a tempo parziale viene quindi rimessa alla risposta del diritto antidiscriminatorio senza però alcun espresso richiamo alle esigenze di assistenza e cura alla base della disciplina europea, sulla cui corretta attuazione si potrebbero quindi porre alcuni dubbi.

In definitiva, delle stesse esigenze di tutela cui il legislatore ha dato risposta attraverso le previsioni di diritto antidiscriminatorio si è fatta carico la giurisprudenza di legittimità. Quest'ultima ha proceduto alla descritta rimodulazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo alla luce delle particolari esigenze sociali alla base della disciplina in materia di lavoro a tempo parziale che – secondo la ricostruzione della Corte di Cassazione – si esprimono, a livello normativo, nel regime pattizio di tale forma di lavoro e che il datore è chiamato a tenere in considerazione in tutte le fasi del rapporto di lavoro.

[47] Il d.lgs. 20 giugno 2022, n. 105 contiene disposizioni per l'attuazione della direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio.

[48] Art. 4, comma 1, lett. *b)*, d.lgs. n. 105/2022.

[49] Il successivo comma 5-*ter*, ugualmente introdotto in sede di attuazione della dir. (UE) n. 2019/1158, individua quella che può essere definita una sanzione che consegue alla violazione di quanto disposto al precedente comma 5-*bis* e che consiste nell'impossibilità di ottenere la certificazione della parità di genere di cui all'art. 46-*bis* del d.lgs., 11 aprile 2006, n. 198 per i due anni successivi alla violazione.

The new greek legislation opening marriage to same-sex couples: an analysis

Alina Tryfonidou

Assistant Professor in EU law and Family Law, University of Cyprus

Contents: 1. Introduction. – 2. The 2024 law. – 3. An assessment of the 2024 law. – 4. Conclusion.

Abstract: In February 2024, Greece became the 36th country in the world to open marriage to same-sex couples. This important change in the family law of Greece has come about through the promulgation of new legislation – Law 5089/2024 – which opens marriage to same-sex couples, allows two persons of the same sex to be the joint legal parents of a child, and makes some changes to the existing legal framework that bolster the rights of LGBTI persons. This article has as its aim to explain the main advances that this legislation has made in the protection of LGBTI rights in Greece, whilst also highlighting some of the gaps in protection that remain despite its promulgation.

Keywords: Greece – Family law – Marriage equality – Parenthood – Rainbow families – LGBTI rights

1. Introduction

In a historic move, in February 2024, Greece became the 16th EU Member State,[1] the 21st European country,[2] and the 36th country in the world,[3] to allow same-sex couples to

[1] The other EU Member States that have opened marriage to same-sex couples are: the Netherlands (2001), Belgium (2003), Spain (2005), Sweden (2009), Portugal (2010), Denmark (2012), France (2013), Luxembourg (2015), Ireland (2015), Finland (2017), Germany (2017), Malta (2017), Austria (2019), Slovenia (2022), and Estonia (2023).

[2] The other European countries (in addition to the above EU Member States) that have opened marriage to same-sex couples are the following: Norway (2009), Iceland (2010), the United Kingdom (2014), Switzerland (2022), and Andorra (2023).

[3] In addition to the above European countries, the following countries have opened marriage to same-sex couples: Canada

marry[4]. Most importantly, however, Greece is the first Christian Orthodox-majority country which extended marriage to same-sex couples, despite fierce opposition from its powerful Orthodox Church, which plays a central role in the social and political life of the nation and has traditionally acted as a barrier for promoting the rights of sexual minorities in the country[5].

This important change in the family law of Greece has come about through the promulgation of new legislation – Law 5089/2024 (hereinafter «the 2024 Law»)[6] – which introduces same-sex marriage, allows two persons of the same sex to be legally established and recognised as the joint legal parents of a child, and makes some changes to the existing legal framework which bolster the rights of lesbian, gay, bisexual, trans and intersex (hereinafter «LGBTI») persons. The 2024 Law acts itself as the legal source of a number of new rights that are granted to same-sex couples, but it also constitutes an amending piece of legislation which introduces new provisions or amendments to existing laws in order to «safeguard the principle of equality, through the extension of the possibility of entering into a marriage to persons of the same sex, and [through] the enhancement of the protection from discrimination, in furtherance of the National LGBTIQ Equality Strategy»[7]. Hence, although the 2024 Law has attracted attention mainly as the piece of legislation that has brought marriage equality to Greece, it has also made a number of additional changes which benefit the LGBTI community as a whole and not, merely, same-sex couples who wish to marry and found a family[8]. This article will have as its aim to explain the main

(2005), South Africa (2006), Argentina (2010), Brazil (2013), New Zealand (2013), Uruguay (2013), the USA (2015), Colombia (2016), Australia (2017), Taiwan (2019), Costa Rica (2020), Ecuador (2019), Chile (2022), Cuba (2022), and Mexico (2022).

4 For literature on same-sex marriage see, *inter alia*, Richardson-Self, *Justifying Same-Sex Marriage: A Philosophical Investigation*, Rowman & Littlefield International, 2015; Pierceson, *Same-Sex Marriage in the United States: The Road to the Supreme Court and Beyond*, Rowman & Littlefield International, 2014; Eskridge, *From Sexual Liberty to Civilized Commitment: The Case for Same-Sex Marriage*, The Free Press, 1996.

5 For an analysis of the relationship between religion and politics in contemporary Greece see, *inter alia*, Roudometof, Makrides (eds), *Orthodox Christianity in 21st Century Greece: The Role of Religion in Culture, Ethnicity and Politics*, Routledge, 2010; and the PhD thesis by Moskoff, *Church, State, and Political Culture in Greece since 1974: Secularisation, Democratisation,* Westernisation, LSE, 2014, available online: < https://core.ac.uk/download/pdf/46518531.pdf>. For an explanation of the correlation between religious belief and negative attitudes towards homosexuality see Mole, *Nationalism and Homophobia in Central and Eastern Europe*, in Slootmaeckers, Touquet, Vermeersch (eds), *The EU Enlargement and Gay Politics: The Impact of Eastern Enlargement on Rights, Activism and Prejudice*, Palgrave Macmillan, 2016.

6 Νόμος Υπ' Αριθμό 5089, Ισότητα στον πολιτικό γάμο, τροποποίηση του Αστικού Κώδικα σε άλλες διατάξεις, Επίσημη Εφημερίδα της Κυβερνήσεως της Ελληνικής Δημοκρατίας, 16 Φεβρουαρίου 2024, Τεύχος Πρώτο, Αρ. Φύλλου 27. Available online: < https://www.nomotelia.gr/photos/File/27a-24.pdf >.

7 Author's translation of Article 1 of the 2024 Law. The National Strategy for LGBTI Equality 2021-2025 was adopted in Greece in 2021. The Strategy is available (in Greek) online: <https://www.primeminister.gr/wp-content/uploads/2021/06/ethniki_statigiki_gia_thn_isothta_ton_loatki.pdf?fbclid=IwAR0H3gutNs17FyqCqevtEw8A8p-mbzb8KC_jRAQaEyQhjRsJdta8e0XhBN0>.

8 One could argue that Greece has followed the so-called «incrementalist approach» towards LGBTI egalitarianism – for an article exploring whether this approach has been followed in other countries (namely, Italy, England and Wales, and Northern Ireland) see Hamilton, Sperti, *Incrementalism Revisited – The Contrasting Approaches of Italy, England and Wales and Northern Ireland Towards Legalization of Same-Sex Marriage*, in *Journal of Homosexuality*, 2024, p. 1782.

advances that the 2024 Law has made in the protection of LGBTI rights in Greece, whilst it will also highlight some of the gaps in protection that remain despite its promulgation.

2. The 2024 law

In the summer of 2023, the re-elected government of Greece, headed by the main centre-right party of the country (New Democracy), announced its intention to legalise same-sex marriage. This announcement was greeted with great enthusiasm by human rights advocates, pro-LGBTI NGOs, as well as numerous public figures. Nonetheless, it also caused the outrage of the Greek Orthodox Church[9], as well as of some politicians, including Antonis Samaras – member of the New Democracy party – who served as the Greek Prime Minister from 2012 to 2015[10].

The Bill was submitted to the Greek Parliament on 1 February 2024 and passed on 15 February with 175 votes in favour (from MPs across the political spectrum) and 77 votes against. The Bill was signed into Law by President Katerina Sakellaropoulou and took effect upon its publication in the Government Gazette on 16 February[11].

In the remaining of this section, the main advances that the 2024 Law has made in the protection of LGBTI rights in Greece shall be analysed.

In a nutshell, the 2024 Law greatly enhances the family rights that LGB persons enjoy under Greek law, by allowing same-sex couples to marry and to become the joint legal parents of a child through adoption. The Law also requires the Greek authorities to recognise same-sex marriages validly concluded abroad, whilst also recognising the parenthood of the children of same-sex parents as this was legally established abroad. These are, indeed, major steps forward. Until the coming into force of the 2024 Law, in Greece, same-sex couples could only enter into a civil partnership agreement (something which was also available to different-sex couples, in addition to marriage),[12] and could not be established

[9] See, for instance, «Greece faces Orthodox Church opposition over same-sex marriage plans», *Euronews*, 25/1/2024 <https://www.euronews.com/2024/01/25/greece-faces-orthodox-church-opposition-over-same-sex-marriage-plans>; «Greek Orthodox church calls for excommunication of MPs after same-sex marriage vote», *The Guardian*, 7/3/2024 <https://www.theguardian.com/world/2024/mar/07/greek-orthodox-church-calls-for-excommunication-of-mps-after-same-sex-marriage-vote#:~:text=Outrage%20in%20the%20Greek%20Orthodox,who%20backed%20the%20landmark%20law>.

[10] See, for instance, «Ex-PM Samaras says same-sex legislation is 'dangerous', vows to vote against», *Kathimerini*, 15/2/2024 <https://www.ekathimerini.com/news/1231799/ex-pm-samaras-says-same-sex-legislation-is-dangerous-vows-to-vote-against/>.

[11] On the website of the Greek Parliament access is provided to the Bill and to videos of the meetings of the Parliament in which the Bill was discussed (all in Greek): https://www.hellenicparliament.gr/Nomothetiko-Ergo/Anazitisi-Nomothetikou-Ergou?law_id=ebe2964c-c991-4ac0-9c09-b109017cdcad.

[12] Law 4356/2015 allowed for the first time the legal recognition of same-sex relationships in Greece: Νόμος Υπ' αριθμό 4356, Σύμφωνο συμβίωσης, άσκηση δικαιωμάτων, ποινικές και άλλες διατάξεις, Επίσημη Εφημερίδα της Κυβερνήσεως της Ελληνικής Δημοκρατίας, 24 Δεκεμβρίου 2015, Τεύχος Πρώτο, Αρ. Φύλλου 181. Available online: <https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/GR%20-%20LEG%20-%20Civil%20Union%20Law-4356%20(2015)%20-%20OR-OFF(el).pdf>.

as the *joint* legal parents of a child. Hence, even if a same-sex couple went through the process of becoming parents together and were both acting as the social parents of a child, only one of them would be legally established as the parent of that child. Same-sex marriages concluded abroad had no legal effect in Greece and same-sex couples had to conclude a civil partnership agreement in Greece, if they wished to be legally recognised as a couple in the country. Moreover, since in under no circumstances could two persons of the same sex be the joint legal parents of a child, the children of same-sex couples who came from abroad had their legal relationship with one parent severed, despite the fact that this relationship had been validly established in another country.

But let us now examine in more detail the changes made by the 2024 Law to the family rights that same-sex couples can enjoy in Greece.

Article 3 of the 2024 Law amends Article 1350(1) of the Greek Civil Code[13], in order to extend the right to marry to two persons of the same sex. The amended Article 1350(1) now provides, inter alia, that «Marriage can be entered into by two persons of different or of the same sex»[14]. When reference is made to «marriage» in this context, it is clear that this is only to civil marriage and does not include religious marriage.

The 2024 Law also regulates the private international law aspects of marriages in situations with cross-border elements. In particular, Article 10 of the Law provides that the same-sex marriages of Greek citizens that were concluded abroad prior to the coming into force of this legislation, shall be recognised retroactively from the day they were entered into. The same provision also clarifies that in situations where such same-sex couples that were married abroad subsequently concluded a civil partnership agreement in Greece (given that their marriage was considered non-existent under the Greek legal order), they now need to make a choice as to which status they wish to maintain. Thus, if they wish to maintain their civil partnership agreement, they need to obtain a divorce and – within one year since the coming into force of the 2024 Law – make a declaration to this effect to the registry where they registered their civil partnership agreement; alternatively, and if they take no action whatsoever, their civil partnership agreement will be deemed non-existent and their status as married couple shall prevail as their only status. Finally, Article 13 of the 2024 Law makes provision for same-sex couples that had entered into a civil partnership agreement in Greece but now wish to contract a marriage: in this case, they can marry within one year since the coming into force of the 2024 Law, and they can then make a declaration to the registry where their civil partnership agreement was registered that they wish for their marriage to have effect from the date that their civil partnership agreement had been entered into. In such a case, it will be considered that the civil partnership agreement had never been concluded.

[13] The full text of the Greek Civil Code can be found online here: <https://www.ministryofjustice.gr/wp-content/uploads/2019/10/Αστικός-Κώδικας.pdf>.

[14] Author's translation.

The 2024 Law also allows for the first time in the Greek legal order, two persons of the same sex to be the joint legal parents of a child. This is not done through a provision which explicitly recognises the right of a same-sex couple to become parents. Rather, it is done implicitly: since, according to Article 1545 of the Greek Civil Code, a married couple can jointly adopt a child, with the extension of the right to marry to same-sex couples, the right to adopt a child jointly has now also (implicitly) been extended to married same-sex couples; the terms used in this provision when referring to spouses are gender neutral and, thus, capable of being read in a way which includes both different-sex and same-sex spouses. Moreover, since the same provision of the Greek Civil Code allows second-parent adoptions in situations involving married couples, this right is now also available to same-sex married couples.

Despite its silence regarding the parenthood rights of married same-sex couples in situations confined within Greece, the 2024 Law does explicitly regulate the private international law aspects of parenthood in situations involving cross-border elements. In particular, Article 11 of the 2024 Law provides that the parenthood of a child which is evidenced or established through public documents or a court decision of another country, must be recognised in Greece, irrespective of the sex of one or both parents and irrespective of whether the legal relationship between the child and the parent(s) could have been established under Greek law. Accordingly, this Article makes provision for the continuation in Greece of the parent-child relationship in situations where parenthood was established in another country and this, obviously, applies also in situations where the legal parents of the child were two persons of the same sex.

Apart from allowing two persons of the same sex to marry and to found a family, the 2024 Law also makes provision for extending to same-sex spouses and parents the rights that have been granted to date only to different-sex spouses and parents under labour law and social security law. Hence, Articles 6 and 7 of the 2024 Law add new provisions to the Greek Code of Individual Labour Law to this effect,[15] while Article 8 operates as a more general amending provision which requires that provisions in existing laws which concern entitlements, grants, and benefits that spouses and parents claim from third parties or from the State, should now be read as applying also to married same-sex couples or to two persons of the same sex that are the joint legal parents of a child. With these amendments, therefore, the 2024 Law essentially equalises the position of different-sex and same-sex parents and spouses in relation to employment-related matters (e.g. parental leave and protection from dismissal) and other benefits and entitlements.

In order to abolish the discrimination based on sex – which was, to date, imbued in the Greek Civil Code as regards the determination by a married couple of their child's sur-

[15] Κώδικας Ατομικού Εργατικού Δικαίου, Επίσημη Εφημερίδα της Κυβερνήσεως της Ελληνικής Δημοκρατίας, 4 Δεκεμβρίου 2022, Τεύχος Πρώτο, Αρ. Φύλλου 222. Available online: <https://www.alikakou.gr/system/uploads/asset/data/69/FEK-2022-Tefxos_A-00222-downloaded_-04_11_2023.pdf>.

name – and in order to make provision for situations involving same-sex parents, the 2024 Law amends Article 1505(3) of the Greek Civil Code. The latter now provides that in case the parents have not registered the chosen surname of their child as required by the law, the child will no longer automatically acquire the surname of the father but, rather, it shall have a composite surname, comprised of the surnames of both parents placed in alphabetical order. Article 12 of the 2024 Law also delegates to the Minister of the Interior the task of making all necessary amendments or updates to existing legislation regarding, inter alia, the registration of births, marriages and civil partnership agreements, in order to take into account the main changes brought by the 2024 Law.

One final point that should be made here regarding family rights is that Article 14 of the 2024 Law repeals Article 3(3) of the Greek Law on Gender Identity Recognition (Law 4491/2017)[16], which – until the coming into force of the 2024 Law – required that trans persons should be single in order to be able to rectify their registered gender in their birth certificate and other legal documents. This requirement meant, in practice, that trans persons who were married (to a person of the sex opposite to the one to which they were legally deemed to belong when they were born), had to obtain a divorce in order to be able to apply for rectification of their registered gender. Since, with the opening of marriage to same-sex couples, the rationale for this requirement no longer holds true (the rationale being the need to preclude situations whereby two persons of the same sex would continue to be married, at a time when same-sex marriage was not allowed in Greece), it came as no surprise that the 2024 Law abolished this requirement[17].

Last – but not least – the 2024 Law made a significant amendment to the anti-discrimination legal regime of the country, which has nonetheless received scant media attention. Article 9 of the 2024 Law amended certain provisions of Law 4443/2016[18], which is the legislation

[16] Νόμος Υπ' αριθμό 4491, Νομική αναγνώριση της ταυτότητας φύλου – Εθνικός Μηχανισμός Εκπόνησης, Παρακολούθησης και Αξιολόγησης των Σχεδίων Δράσης για τα Δικαιώματα του Παιδιού και άλλες διατάξεις, Επίσημη Εφημερίδα της Κυβερνήσεως της Ελληνικής Δημοκρατίας, 13 Οκτωβρίου 2017, Τεύχος Πρώτο, Αρ. Φύλλου 152. Available online: <https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/GR%20-%20LEG%20-%20Law%204491%20(2017)%20-%20OR-OFF(gr).pdf>.

[17] Given that the ECHR has been interpreted by the ECtHR as not (yet) imposing an obligation on signatory States to open marriage to same-sex couples (ECtHR, June 24, 2010, Application no. 30141/04, *Schalk and Kopf v. Austria*), it has been held that in States where marriage between two persons of the same sex is not allowed, it is permissible to require that trans persons obtain a divorce prior to applying to have their gender in legal documents changed in order to reflect their psychological gender as it does not violate any of the provisions of the ECHR – see, inter alia, (ECtHR, July 16, 2014, Application no. 37359/09, *Hämäläinen v. Finland*). Note, however, that the European Court of Justice (ECJ) concluded that the fact that such a requirement means that some trans persons may not request to have their gender in legal documents changed and, as a result of this, they may not be entitled to social security at the age they would have been entitled if their legal documents were rectified, amounts to discrimination on the grounds of sex in relation to matters of social security and is thus contrary to EU law – see ECJ, June 26, 2018, Case C451/16, *MB* ECLI:EU:C:2018:492.

[18] Νόμος Υπ' Αριθμό 4443, Ι) Ενσωμάτωση της Οδηγίας 2000/43/ΕΚ περί εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχείρισης προσώπων ασχέτως φυλετικής ή εθνοτικής τους καταγωγής, της Οδηγίας 2000/78/ΕΚ για τη διαμόρφωση γενικού πλαισίου για την ίση μεταχείριση στην απασχόληση και την εργασία της Οδηγίας 2014/54/ΕΕ περί μέτρων που διευκολύνουν την άσκηση των δικαιωμάτων των εργαζομένων στο πλαίσιο της ελεύθερης κυκλοφορίας των εργαζομένων, ΙΙ) λήψη αναγκαίων μέτρων συμμόρφωσης με τα άρθρα 22, 23, 30, 31 παρ. 1, 32 και 34 του Κανονισμού 596/2014 για την κατάχρηση της αγοράς και την κατάργηση της Οδηγίας 2003/6/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου και των Οδηγιών της Επιτροπής 2003/124/ΕΚ, 2003/125/ΕΚ και 2004/72/ΕΚ και ενσωμάτωση της Οδηγίας 2014/57/ΕΕ περί ποινικών κυρώσεων για την

that has implemented in Greece the two main EU anti-discrimination Directives which prohibit discrimination based on grounds other than sex[19]. With these amendments, gender expression has been added as a prohibited ground of discrimination and has been brought on a par with other prohibited grounds of discrimination, including sexual orientation, gender identity and gender characteristics. The provision also extended the prohibition of discrimination on the grounds of, inter alia, sexual orientation, gender identity, gender characteristics and gender expression beyond the areas of employment and occupation, to the areas of social protection (including social security and healthcare), social entitlements and tax advantages, education, and access to goods and services to the public, including housing. In this way Greece has extended the prohibition of discrimination in its territory in the way that the European Commission has been trying unsuccessfully to achieve for the last 15+ years at EU level[20], and has therefore provided LGBTI persons with enhanced protection from discrimination, in situations where this is not required by EU law.

3. An assessment of the 2024 law

Marriage is universally viewed as the «par excellence» status attached to the intimate relationship of two persons who have chosen to commit to each other and as such is legally sanctioned and protected around the globe. It is a deeply entrenched societal institution which not only has it resolutely endured decades of feminist criticism, but has also come out unscathed, as a status symbol and a marker of a successful personal life[21]. Therefore, despite opposing views grounded mainly on queer theory[22], the opening of marriage to same-sex couples is considered immensely important in practical, legal and symbolic terms

κατάχρηση αγοράς και της εκτελεστικής Οδηγίας 2015/2391, ΙΙΙ) ενσωμάτωση της Οδηγίας 2014/62 σχετικά με την προστασία του ευρώ και άλλων νομισμάτων από την παραχάραξη και την κιβδηλεία μέσω του ποινικού δικαίου και για την αντικατάσταση της απόφασης – πλαισίου 2000/383/ΔΕΥ του Συμβουλίου και IV) Σύσταση Εθνικού Μηχανισμού Διερεύνησης Περιστατικών Αυθαιρεσίας στα σώματα ασφαλείας και τους υπαλλήλους των καταστημάτων κράτησης και άλλες διατάξεις, Επίσημη Εφημερίδα της Κυβερνήσεως της Ελληνικής Δημοκρατίας, 9 Δεκεμβρίου 2016, Τεύχος Πρώτο, Αρ. Φύλλου 232. Available online: < https://ypergasias.gov.gr/wp-content/uploads/2021/03/ν.-4443-2016-ΦΕΚ-Α-232.pdf>.

[19] Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin [2000] OJ L180/22; Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation [2000] OJ L 303/16. Originally, these two Directives were implemented by Greek Law 3304/2005 (Νόμος Υπ' Αριθμό 3304, Εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης ανεξαρτήτως φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής, θρησκευτικών ή άλλων πεποιθήσεων, αναπηρίας, ηλικίας ή γενετήσιου προσανατολισμού, Επίσημη Εφημερίδα της Κυβερνήσεως της Ελληνικής Δημοκρατίας, 27 Ιανουαρίου 2005, Τεύχος Πρώτο, Αρ. Φύλλου 16), which was however repealed by Law 4443/2016, ibid.

[20] Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation COM(2008) 426 final.

[21] For feminist critiques of marriage see, *inter alia*, Mill, *On Liberty and the Subjection of Women*, Wordsworth, 1996; De Beauvoir, *The Second Sex*, Vintage, 1997.

[22] See, for instance, Ahmed, *Orientations: Toward a Queer Phenomenology*, in *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 2006, 543; Butler, *Undoing Gender*, Routledge, 2005; Halberstam, *Gaga Feminism: Sex, Gender, and the End of Normal*, Beacon, 2012; Reddy, *Time for Rights? Loving, Gay Marriage, and the Limits of Legal Justice*, in *Fordham Law Review*, 2008, 2849; Warner, *The Trouble with Normal: Sex, Politics, and the Ethics of Queer Life*, Harvard University Press, 2000.

and has been viewed by many as the successful culmination of the (long) process leading to LGBTI egalitarianism[23]. Accordingly, the opening of marriage to same-sex couples in Greece can be hailed as an unqualified success of the LGBTI movement in the country. As noted earlier, prior to the coming into force of the 2024 Law, same-sex couples could formalise their relationship in Greece only by concluding and registering a civil partnership agreement. Nonetheless, civil partnerships in Greece are not akin to marriage in all but name: there are still some important differences between the two statuses[24], both in terms of the procedures for concluding or dissolving them, as well as with regard to more substantive matters, and, in particular, parenthood: *same-sex* couples that conclude a registered partnership agreement are excluded from the parenting rights that the law (Law 4356/2015[25]) extends to *different-sex* couples that conclude such an agreement[26].

Thus, the opening of marriage to same-sex couples in Greece does not merely have a symbolic importance, but also a practical one. As explained in the previous section of this article, married same-sex couples can now jointly adopt a child. Moreover, in cases where only one of the spouses is a legal parent of a child, the other spouse can now adopt the child, through second-parent adoption. This is of immense practical importance to those same-sex couples who became parents in Greece prior to the coming into force of the 2024 Law: although, in such instances, both members of the couple have acted as the parents of their child, due to the impossibility under the law for two persons of the same sex to be the joint legal parents of the child, only one of them was legally established as a parent. With the extension of the right of second-parent adoption to married same-sex couples, nonetheless, the 2024 Law now allows the non-recognised parent to adopt his or her spouse's (legal) child without this terminating the rights – and extinguishing the status – of the (already legally recognised) parent. Accordingly, for the first time in Greece, now a child can establish and maintain legal ties with two parents of the same sex and, thus, rainbow families can – now – be recognised as families in the eyes of the law and enjoy the protection afforded to «families», under Article 21(1) of the Greek Constitution[27].

Nonetheless, a married same-sex couple can – still – be established as the joint legal parents of a child *only* through adoption (whether full adoption or second-parent adoption). The 2024 Law does not make any amendments to the existing laws regulating medically assisted procreation and surrogacy and, thus, those routes to parenthood appear to contin-

[23] See, for instance, Waaldijk, *Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands*, in Wintemute, Andenæs (eds), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law*, Hart, 2001, 439-441.

[24] Γεωργιαδης, Οικογενειακό Δίκαιο, Σάκκουλας, 2022, 415-437.

[25] Op. cit., 12.

[26] One can argue that this amounts to discrimination based on sexual orientation in relation to the enjoyment of the right to respect for private and family life and thus violates Article 14 ECHR read in conjunction with Article 8 ECHR.

[27] The full text of the Greek Constitution can be found online here (in Greek): https://www.hellenicparliament.gr/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/.

ue to be reserved for different sex couples and *single* women who satisfy certain (medical) conditions[28]. Accordingly, it is not clear what will be the correct response – legally – to a claim by a married female same-sex couple who wishes to have a child through medically assisted procreation techniques (including surrogacy): assuming that one spouse – or, even, both, of them – has a medical condition that does not allow her to carry or bear a child and, thus, satisfies the conditions imposed by the legislation, will the couple still not be treated in the same way as opposite-sex married couples and be allowed to go through the process together as a married couple? Is this not directly discriminatory on the grounds of sexual orientation as regards the right to found a family? Practically speaking, women who are in a same-sex marriage will be able to go through medically assisted procreation as single women and their (female) spouse will subsequently be able to adopt the child, through second-parent adoption. But why should such couples have to go through this extra administrative hurdle, which is time-consuming and costly? Married male couples are in an even worse position, as they continue to be completely foreclosed from the only medically assisted procreation technique (surrogacy) which would enable them to have a child which is genetically-related to one of them. Thus, the only way for them to become parents in Greece is through adoption and this, again, begs the question whether this amounts to direct discrimination, this time on the combined grounds of sex and sexual orientation, as regards the right to found a family?

As explained in the previous section of this article, the 2024 Law imposes an obligation on the Greek authorities to legally recognise the parent-child relationship between a child and both parents as this was legally established abroad. This means that in situations where a married same-sex couple (whether male or female) resort to a medically assisted procreation procedure (including surrogacy) abroad, in a country which permits this and where they are established as the joint legal parents of the child, and then they seek to be recognised as the joint legal parents of their child in Greece, the Greek authorities will be obliged to afford such recognition. Accordingly, married same-sex couples who wish to have a child through medically assisted procreation techniques will be able to be eventually recognised as the joint legal parents of their child in Greece. However, this presupposes that they are able to spend a significant amount of time abroad, in order to go through the required legal and (where applicable) medical processes involved in becoming parents, prior to returning to Greece where they will seek legal recognition of their status. Obviously, this creates a (practical) distinction between, on the one hand, those couples who are better-off financially and can make use of this opportunity of becoming parents abroad

[28] Medically assisted procreation in Greece is regulated through a set of legal provisions found in different pieces of legislation, namely, the Civil Code (Articles 1455-1460); Νόμος Υπ' αριθμό 3089, Ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή, Επίσημη Εφημερίδα της Κυβερνήσεως της Ελληνικής Δημοκρατίας, 23 Δεκεμβρίου 2002, Τεύχος Πρώτο, Αρ. Φύλλου 327. Available online: <https://gonimotita.gr/wp-content/uploads/2018/07/3089_2002.pdf>; Νόμος Υπ' αριθμό 3305, Εφαρμογή της ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής, Επίσημη Εφημερίδα της Κυβερνήσεως της Ελληνικής Δημοκρατίας, 27 Ιανουαρίου 2005, Τεύχος Πρώτο, Αρ. Φύλλου 17. Available online: < https://gonimotita.gr/wp-content/uploads/2018/07/3305_2005.pdf>.

and then return to Greece to require legal recognition of their child's parenthood, and, on the other hand, those less fortunate ones who do not have the means to do so.
Accordingly, although the 2024 Law constitutes a significant step forward as regards the legal recognition of same-sex relationships, nonetheless, it appears wanting at best, and blatantly discriminatory at worst, when it comes to the legal recognition of rainbow families, especially in situations involving families founded by two men.

4. Conclusion

This article had as its aim to present Law 5089/2024 through which Greece extended the right to marry to same-sex couples. It has been seen that although this piece of legislation has become known as the law that brought marriage equality to Greece, nonetheless it has also made a number of other important changes to the legal framework governing the rights of sexual minorities in Greek: it allowed for the first time in Greece two persons of the same sex to become the joint legal parents of a child through adoption; it introduced an obligation imposed on the Greece authorities to recognise the parenthood of a child as this has been legally established abroad, irrespective of whether it could have been established under the Greek legal framework; it has equated for *most* legal purposes the position of same-sex spouses/parents with that of different-sex spouses/parents; and it has added gender expression as a prohibited ground of discrimination, whilst it has also extended the scope of application of the prohibition of discrimination against LGBTI persons to situations outside employment and occupation. Accordingly, the 2024 Law can certainly be viewed as a significant step towards LGBTI egalitarianism in Greece. Nonetheless, for the reasons explained, the protection that the 2024 Law offers to the family rights of same-sex couples appears wanting at best, and blatantly discriminatory at worst, especially in situations involving families founded by two men.