

Quaderno della Rivista  
Diritti Lavori Mercati



Diritto di conciliazione  
Prospettive e limiti della trasposizione  
della direttiva 2019/1158/UE

*contributi di*

C. ALESSI, O. BONARDI, L. CALAFÀ, M. D'ONGHIA,  
MG. MILITELLO, P. SARACINI, ML. VALLAURI

Editoriale Scientifica

Il presente volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Brescia e del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona.

© Copyright febbraio 2023

Editoriale Scientifica s.r.l.  
Via San Biagio dei Librai, 39  
80138 Napoli

ISBN 979-12-5976-551-2

ISSN 1722-7666

# indice

## presentazione

- 9 CRISTINA ALESSI, OLIVIA BONARDI, LAURA CALAFÀ, MADIA D'ONGHIA,  
MARIAGRAZIA MILITELLO, PAOLA SARACINI, MARIA LUISA VALLAURI

## sezione prima

### La direttiva 2019/1158 nel quadro del diritto sociale europeo

- 13 LAURA CALAFÀ  
*I congedi dei genitori dopo la trasposizione della direttiva 2019/1158*
- 41 MARIAGRAZIA MILITELLO  
*Tempi di lavoro e conciliazione. L'orario di lavoro scelto come strumento di parità*
- 67 MARIA LUISA VALLAURI  
*Lavori indipendenti e strumenti di conciliazione vita-lavoro*

## sezione seconda

### La direttiva 2019/1158 e i limiti del diritto nazionale

- 85 CRISTINA ALESSI  
*La flessibilità del lavoro per la conciliazione nella direttiva 2019/1158/UE e nel d.lgs. 30 giugno 2022 n. 105*
- 103 OLIVIA BONARDI  
*Il diritto di assistere. L'implementazione nazionale delle previsioni a favore dei caregivers della direttiva 2019/1158 in materia di conciliazione*
- 127 MADIA D'ONGHIA  
*L'incidenza delle misure di conciliazione sul sistema di protezione sociale*

6 indice

147 PAOLA SARACINI

*La normativa sui congedi e sull'equilibrio tra vita e lavoro nel pubblico impiego*

159 *Notizie sulle autrici*

161 *Abbreviazioni*

# table of contents

## presentation

- 9 CRISTINA ALESSI, OLIVIA BONARDI, LAURA CALAFÀ, MADIA D'ONGHIA,  
MARIA GRAZIA MILITELLO, PAOLA SARACINI, MARIA LUISA VALLAURI

## section I

### The Directive (EU) 2019/1158 within the framework of European social law

- 13 LAURA CALAFÀ  
*Parental leave after the transposition of Directive (EU) 2019/1158*
- 41 MARIAGRAZIA MILITELLO  
*Working time and conciliation. The working time chosen as an instrument of equality*
- 67 MARIA LUISA VALLAURI  
*Self-employment and work-life balance instruments*

## section II

### The Directive (EU) 2019/1158 and the national law limits

- 85 CRISTINA ALESSI  
*The work flexibility for the conciliation in Directive (EU) 2019/1158 and in Legislative Decree no. 105/2022*
- 103 OLIVIA BONARDI  
*The right to attend. The national implementation of the caregivers' provisions in Directive (EU) 2019/1158 on conciliation*
- 127 MADIA D'ONGHIA  
*The impact of the conciliation measures on the social protection system*

**8**    **table of contents**

**147**    **PAOLA SARACINI**

*The legislation on leave and work-life balance in the public employment*

**159**    *Authors' information*

**161**    *Abbreviations*

## presentazione

**Cristina Alessi, Olivia Bonardi, Laura Calafà, Madia D’Onghia, Mariagrazia Militello, Paola Saracini, Maria Luisa Vallauri**

Il quaderno *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della dir. 2019/1158/UE* raccoglie alcuni contributi dedicati alla prima direttiva dell’Unione europea espressamente intitolata all’equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, così come trasposta nell’ordinamento nazionale con il d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105.

Deluse le attese per un intervento profondamente riformatore alla materia<sup>1</sup>, abbiamo scelto comunque di non sottrarci alla fatica di ricomporre l’ennesimo intervento correttivo del testo unico di maternità e paternità (d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151), ricostruendo prospettive e limiti delle scelte traspositive – anche con riferimento ad istituti non regolati dal t.u. – con una lettura corale.

Il t.u. resta centrale nella trattazione del tema della conciliazione vita e lavoro ed è facilmente comprensibile. È stato redatto in base all’art. 15 della l. 8 marzo 2000 n. 53, *Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città*, la legge che – nonostante gli oltre venti anni dalla sua entrata in vigore – rimane ancora oggi l’unico intervento dotato (anche se risalente nel tempo) di un’autentica e rappresentativa capacità politico-progettuale della complessità delle logiche e degli equilibri personali e sociali in materia di conciliazione vita e lavoro.

Che il legislatore italiano abbia privilegiato, nel corso del tempo, la tecnica manutentiva delle regole del t.u. è dimostrato da un mero riferimento

<sup>1</sup> Si rinvia a ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D’ONGHIA, *Per una trasposizione responsabile della dir. 2019/1158/UE relativa all’equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, in *RGL 2022*, I, p. 111.

quantitativo ai ventisette precedenti interventi di modifica precedenti al 2022<sup>2</sup>. Le motivazioni alla base di tale processo di *restyling* continuo sono molte e non tutte facilmente identificabili: comprendono l'abitudine meccanica a trasporre con regole minimali le direttive dell'Unione europea; rispecchiano l'attenzione prioritaria agli equilibri di spesa che ostacola ogni revisione sistematica delle regole; evidenziano un certo senso di conservazione degli assetti regolativi dati, assestati su una tranquilla e tradizionale centralità materna nella cura, soprattutto, dei figli, confermando l'attenzione residuale al diritto di conciliazione per i tutti i lavoratori, anche non subordinati.

Certamente, a differenza delle trasposizioni precedenti (della dir. 2010/18/UE, ad esempio), il d.lgs. 105/2022 modifica anche alcuni atti legi-

<sup>2</sup> Per completezza, ci pare doveroso ricordarli tutti perché concorrono a misurare lo sforzo interpretativo di chiunque si avventuri nell'impresa di interpretare il d.lgs. 151/2001 in vigore senza dimenticare la sua evoluzione: l. 28 dicembre 2001, n. 448 (sulla riduzione oneri di maternità); d.lgs. 23 aprile 2003 n. 115 (prima correzione del d.lgs. 151/2001); l. 15 ottobre 2003 n. 289 (sui liberi professionisti); l. 24 dicembre 2003 n. 350 (sui riposi e permessi per figlio con handicap grave a cui aggiungere l'inserimento art. 42-bis per il pubblico impiego, assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti alle amministrazioni pubbliche); l. 27 dicembre 2006 n. 296 (dedicato alle lavoratrici iscritte alla gestione separata); l. 2 luglio 2007 n. 81, conv. in l. 3 agosto 2007 n. 127 (sugli oneri contributivi della maternità); l. 24 dicembre 2007 n. 244 (sulle lavoratrici iscritte alla gestione separata); d.l. 8 aprile 2008, n. 59 conv. con modifiche in l. 6 giugno 2008 n. 101 (relativo ai diritti al rientro); l. 23 dicembre 2009 n. 191 (lavoro in agricoltura, interpretazione valore del salario medio convenzionale a cui aggiungere l'assegno maternità di base e l'assegno di maternità per atipici e discontinui); d.lgs. 25 gennaio 2010 n. 5 (divieto di discriminazione in attuazione della dir. 2006/54/CE); d.lgs. 15 marzo 2010 n. 66 (approvazione del codice militare); l. 4 novembre 2010, n. 183 (sul permesso handicap grave); l. 18 luglio 2011 n. 119 (sul permesso handicap grave); d.l. 9 febbraio 2012 n. 5 conv. con modificazioni da l. 4 aprile 2012 n. 35 (sull'estensione divieto di adibizione delle donne); d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 conv. in l. 17 dicembre 2012 n. 221; d.l. 11 dicembre 2012 n. 216 (non conv. in legge: l. 228/12 fa salvi gli effetti del d.l. non convertito); l. 24 dicembre 2012 n. 228 (sui lavoratori autonomi; congedo parentale e sua estensione); d.lgs. 18 luglio 2011 n. 119 (sul congedo di maternità); l. 28 giugno 2012 n. 92 (che introduce il congedo di paternità come diritto proprio in via sperimentale); d.l. 21 giugno 2013 n. 69 conv. con modificazioni in l. 9 agosto 2013 n. 98 (sulla documentazione congedo maternità); l. n. 28 dicembre 2013 n. 154 (sui figli nati fuori del matrimonio: modifica art. 1); d.lgs. 15 giugno 2015 n. 80; l. 7 agosto 2015 n. 124 cd Legge Madia (art. 42-bis); l. 22 maggio 2017 n. 81 (lavoratrici iscritte alla gestione separata); d.lgs. 29 maggio 2017, n. 95 come modificato dal d.lgs. 27 dicembre 2019 n. 172 (Madia); d.l. 25 maggio 2021 n. 73, conv. in l. 23 luglio 2021 n. 106 (lavoro nello spettacolo); l. 23 dicembre 2021 n. 488 (discr. nazionalità, modifica art. 74/75); infine, l'ultimo, in ordine di tempo ovvero il d.lgs. 30 giugno 2022 n. 105 attuazione dir. 2019/1158/UE.

slativi collegati al t.u. Questi vanno dalla più datata l. 5 febbraio 1992 n. 104 *Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*, alla più recente l. 22 maggio 2017 n. 81 *Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*. Questa scelta appare condivisibile, perché sicuramente necessaria: conferma, semmai ve ne fosse ancora bisogno, che la finalità di sostenere un equilibrio vita e lavoro paritario tra donne e uomini taglia trasversalmente molteplici dimensioni regolative che continuano a non essere trattate in via sistematica. Questa stessa scelta dell'ampliamento delle leggi modificate rimane nel complesso, comunque, insoddisfacente perché rende evidente la costante esclusione del d.lgs. 8 aprile 2003 n. 66, *Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, che resta privo di ogni regola direttamente o solo indirettamente correlata alla finalità dell'equilibrio tra tempi di vita e di lavoro. Inoltre, l'attenzione alla disabilità, anche dopo la ratifica della Convenzione ONU del 2006, rimane incentrata sulla definizione di disabilità grave di cui all'art. 3, l. n. 104/92. I significativi miglioramenti che il d. lgs. 105/2022 apporta all'accesso ai permessi previsti per i prestatori di assistenza, anche in una logica di condivisione, che era stata sostanzialmente espulsa dalle riforme del 2009, rimangono del tutto insufficienti rispetto alle esigenze di flessibilità che il lavoro di cura e la stessa direttiva Ue richiedono.

Anche in ragione dei molteplici limiti di sistema che permangono, pensiamo che la nostra esperienza di giuriste attente all'affermazione della parità di trattamento tra donne e uomini debba restare al servizio del tema della conciliazione vita e lavoro, specie nella declinazione della "condivisione". Il lavoro comune ci consente di continuare ad enfatizzare il principio d'eguaglianza tra donne e uomini, il vero spartiacque tra il passato della tutela della dimensione solo fisica della madre lavoratrice e un presente in cui le interpreti sono chiamate (culturalmente, giuridicamente) a valorizzare la dimensione della cura condivisa tra i genitori e i prestatori di assistenza, a prescindere dal loro orientamento sessuale, dal rapporto di lavoro subordinato, autonomo o libero professionale di cui sono titolari, a prescindere dal datore di lavoro privato o pubblico per cui lavorano. L'avvio della XIX Legislatura, con l'approvazione della l. 29 dicembre 2022, n. 197 ci conferma la persistente attualità di questo approccio sensibile all'eguaglianza dei diritti.

L'elevazione all'80% della retribuzione di una mensilità di congedo parentale, inizialmente progettato per le sole madri, è riconosciuto ad entrambi

i genitori (art. 1, c. 359) è certamente dovuto ai vincoli al diritto dell'Unione europea su cui ci siamo largamente dedicate nel Quaderno.

L'idea comune sottesa alla presente riflessione è quella di rimarcare il significato delle regole in continua modificazione per enfatizzare il perimetro valoriale di cui la dir. 2019/1158/UE è portatrice, perché le condizioni di lavoro devono consentire *ai genitori* l'adempimento della loro essenziale funzione familiare e assicurare *ad ogni caregiver* una speciale adeguata protezione, senza penalizzare, allo stesso tempo, la crescita professionale, secondo una lettura attualizzata dell'art. 37 Cost. conforme all'evoluzione dell'ordinamento nazionale ed europeo.

In ogni caso, seppure migliorabile, la trasposizione della Direttiva fissa, senza dubbio, alcuni punti di non arretramento dell'ordinamento interno che una lettura superficiale dei diritti fondamentali alla genitorialità e alla cura, sempre in agguato, potrebbe, al contrario, avvalorare.

sezione prima

la direttiva 2019/1158  
nel quadro del diritto sociale europeo

**Laura Calafà**

I congedi dei genitori dopo la trasposizione  
della direttiva 2019/1158

**Sommario:** 1. Premessa: i congedi dei genitori nel diritto UE. 2. La manutenzione del testo unico di maternità e paternità. 3. Il congedo di paternità raddoppiato. 4. Effettività ed efficacia dei diritti dei genitori-lavoratori. 5. I congedi *gender neutral*.

I. *I congedi dei genitori nel diritto UE*

Il d.lgs. 22 giugno 2022, n. 105 attua la dir. 2019/1158 *relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio*. Solo una parte delle modifiche entrate in vigore lo scorso 13 agosto 2022 è dedicata al d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53*.

Questo contributo è dedicato alla conciliazione dei genitori in prospettiva giuslavoristica a partire dalle regole indirizzate direttamente ai diritti di assenza dei padri lavoratori subordinati, al fine di attribuire una fisionomia precisa alle scelte compiute, in fase di trasposizione, da un legislatore che pare aver preferito – nel complesso – percorrere la strada più rassicurante dell'ennesima trasposizione minimale della dir. 2019/1158, senza avventurarsi nella redazione di un ambizioso progetto italiano di *work life balance* (v. *supra* *Introduzione*; si rinvia ai contributi di MILITELLO e ALESSI).

Risulta esclusa, in particolare, la ricomposizione di tutte le regole collegate espressamente alla cura genitoriale nello stesso *corpus* regolativo progettato in attuazione dell'art. 15 della l. 8 marzo 2000, n. 53, tutte quelle regole dislocate in diversi contesti regolativi collegati (a partire dalla l. 5 feb-

braio 1992, n. 104 *Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate* in via di graduale, ma inesorabile superamento a seguito dell'approvazione della l. 22 dicembre 2021, n. 227 *Delega al Governo in materia di disabilità*) a cui occorre comunque riferirsi per comprendere il complessivo trattamento dei genitori di figli disabili (si rinvia a BONARDI in questo volume; la stessa valutazione si può ripetere per il trattamento dei genitori-lavoratori autonomi su cui si sofferma VALLAURI)<sup>1</sup>.

Come segnala la dottrina più attenta, si è attivato un circolo vizioso tra limiti all'intervento UE (opposizioni di diversi Stati, obiezioni costanti delle parti datoriali) e diversità dell'impatto regolativo a livello nazionale, una situazione talmente differenziata che rende il tema della genitorialità di difficile, se non impossibile armonizzazione e su cui finisce per pesare la clausola antidiscriminatoria, come più realistico argine al ribasso dei trattamenti garantiti a livello nazionale<sup>2</sup>.

La complessità del quadro politico-istituzionale ha impedito, nonostante il supporto del Pilastro UE sui diritti sociali<sup>3</sup>, un pieno allineamento tra evoluzione sociale, culturale, scientifica e regole UE da più parti atteso. La Com-

<sup>1</sup> Le ragioni che consigliavano un diverso approccio alla questione della conciliazione, soprattutto dopo le difficoltà emerse durante la pandemia, possono leggersi in ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D'ONGHIA, *Per una trasposizione responsabile della dir. 2019/1158/UE relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, in RGL 2022, 1, p. 111. Sul processo di approvazione della direttiva 2019/1158 si rinvia a CHIEREGATO, *Conciliazione vita-lavoro: la nuova Direttive UE sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare*, in LG, 2020, 2, p. 125; IZZI, *Il work-life balance al maschile: a proposito di congedi dei padri*, LD, 2020, p. 333; MITTELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2021; SCARPONI, *"Work life balance" fra diritto UE e diritto interno*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT - 156/2021; VALLAURI, *Genitorialità e lavoro, Interessi protetti e tecniche di tutela*, Giappichelli, 2020.

<sup>2</sup> Di estremo interesse il contributo di CABEZA PEREIRO, *La directiva de conciliación de la vida familiar y profesional*, in RDSoc, 2020, n. 92, p. 41 che ricostruisce il rapporto tra il *Real Decreto-ley 6/2019, del 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación* e la successiva dir. 2019/1158. Per una recente ricostruzione, dello strumento antidiscriminatorio e del suo utilizzo, BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, Strumenti, Interpreti*, 2019, Giappichelli.

<sup>3</sup> I principi di parità di genere e pari opportunità sono inseriti nei principi 2 e 3 del Pilastro europeo dei diritti sociali, proclamato dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione il 17 novembre 2017 COM(2017)250 final. Il principio 9 è dedicato espressamente a *Equilibrio tra attività professionale e vita familiare*: "I genitori e le persone con responsabilità di assistenza hanno diritto a un congedo appropriato, modalità di lavoro flessibili e accesso a servizi di assistenza. Gli uomini e le donne hanno pari accesso ai congedi speciali al fine di adempiere le loro responsabilità di assistenza e sono incoraggiati a usufruirne in modo equilibrato".

missione nel 2019 non è riuscita ad includere nella dir. 2019/1158 anche la revisione complessiva del congedo di maternità in senso stretto, nemmeno è proseguito il parallelo processo di revisione della dir. 92/85/CE più volte avviato, con il risultato finale prodotto che il trattamento delle madri offerto dal diritto UE rimane ancorato alla prospettiva più ristretta di mera protezione della salute e sicurezza della lavoratrice in gravidanza o puerperio<sup>4</sup>.

D'altra parte, a livello nazionale, non è stata praticata l'occasione offerta dalla dir. 2019/1158 di ripensare il trattamento di maternità finalmente inserito nell'ambito di una riflessione qualitativamente diversa di complessivo riequilibrio vita e lavoro a cui risulta intitolata, espressamente, per la prima volta una direttiva UE.

La madre rimane lontana dal progetto giuridico UE della conciliazione vita e lavoro, almeno formalmente, un soggetto titolare di diritti propri che pesa comunque sull'assetto regolativo del diritto domestico. Si tratta, in sostanza, di una esclusione meramente apparente.

Per comprendere in modo compiuto l'approccio alla conciliazione vita e lavoro dei genitori, si impone di disarticolare la complessità del tema a partire da un confronto compiuto con il diritto dell'Ue che, in questa specifica materia, si compone di macro-aree tematiche distinte, tendenti a intersecarsi, con estrema difficoltà non solo a livello politico, ma anche nell'interpretazione concreta offerta dalla Corte di Lussemburgo (si legga MILITELLO).

Queste aree regolative interconnesse sono quelle della tutela della maternità e congedo parentale, da una parte (dir. 19 ottobre 1992, 92/85/CE in fase sempre di modifica; dir. 96/34 abrogata dalla successiva dir. 8.3.2010, 10/18/UE e la dir. 2019/1158/UE in questa sede qui approfondita), la normativa in materia di orario inserita nella dir. 4 novembre 2003, 03/88/UE e il diritto antidiscriminatorio, dall'altra, non solo basato sul fattore del genere (dir. 5.7.2006, 2006/54/CE; dir. 29.6.2000, 00/43CE e dir. 27.11.2000, 00/78/CE).

L'art. 11 della dir. 2019/1158 dedicato alla *Discriminazione* collega espres-

<sup>4</sup> Risoluzione del Parlamento Europeo del 20 ottobre 2010 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della dir. n. 92/85/CEE del Consiglio concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere e in periodo di allattamento (COM(2008)0637-C&-0340/2008-2008/0193(COD)), 2012/C 70 E/26; sul punto si legga CHIEREGATO, *Conciliazione vita-lavoro*, cit., p. 126.

samente queste distinte aree tematiche, come a livello nazionale si incarica di fare l'art. 3 del d.lgs. 151/01 rubricato *Divieto di discriminazione*<sup>5</sup>.

La speciale propensione del legislatore europeo e di quello nazionale a lambire le questioni spinose in materia di conciliazione tempi di vita e di lavoro o, ancora meglio, in materia di flessibilità oraria orientata a soddisfare le esigenze di vita delle lavoratrici e dei lavoratori, è simbolicamente rappresentabile dalla mancata correzione e/o inclusione del congedo di maternità nella dir. 2019/1159, nonostante una Risoluzione di modifica della dir. 92/85/CE approvata nel 2010 dal PE prevedesse la sua completa riscrittura, a partire dai Considerando introduttivi a cui era impressa una forte valenza valoriale. Questa necessità di aggiornamento mirato del testo, emersa già una decina d'anni fa, segnalava la perdurante necessità di modificare la direttiva indubbiamente datata, come dimostrano anche gli esiti di molti casi trattati dalla Corte di giustizia Ue (a partire dalla questione dei trattamenti di fecondazione in vitro)<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Sulla modifica dell'art. 25-bis del d.lgs. 198/2006 cd. Codice delle pari opportunità si rinvia CALAFÀ, *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, in <https://www.italianequalitynetwork.it/il-dito-la-luna-e-altri-fraintendimenti-in-materia-di-parita-tra-donne-e-uomini/>, gennaio 2022 e a VALLAURI, *Prime osservazioni critiche sulla l. 162/2021*, in <https://www.italianequalitynetwork.it/prime-osservazioni-critiche-sulla-legge-n-162-2021/>, gennaio 2022. Per una recente applicazione del diritto antidiscriminatorio a favore dei genitori, Trib. Firenze, 22 ottobre 2019, con nota di IZZI, *Discriminazioni verso i genitori e risarcimento del danno in funzione sanzionatoria*, in *RIDL*, 4, 2020, p. 665.

<sup>6</sup> Corte di giustizia, 26 febbraio 2008, C-506/06, *Mayr*, un caso di licenziamento di una lavoratrice che si sottopone alla fecondazione in vitro. Per la Corte, la dir. 92/85/CE non si applica a tale lavoratrice “qualora, al momento della comunicazione del licenziamento, la fecondazione dei suoi ovuli con gli spermatozoi del partner abbia già avuto luogo, e si sia quindi già in presenza di ovuli fecondati in vitro, ma questi non siano stati ancora trasferiti nell'utero della lavoratrice”. Pur non essendo qualificata “lavoratrice in gravidanza”, il licenziamento a lei intimato è da considerarsi discriminatorio in base alla dir. 76/207/CEE (oggi dir. 2006/54/CE), se “a stessa si trovi in una fase avanzata di un trattamento di fecondazione in vitro, vale a dire tra il prelievo follicolare e il trasferimento immediato degli ovuli fecondati in vitro nel suo utero, purché sia dimostrato che il licenziamento si fonda essenzialmente sul fatto che l'interessata si sia sottoposta a tale trattamento”. Rinviano a tale precedente pronuncia, le successive pronunce Corte di giustizia, 18 marzo 2014, C-167/12, *CD/ST* e Corte di giustizia 18 marzo 2014, C-363/12, *Z/ A Government department, The Board of management of a community school*, entrambe dedicate al trattamento spettante alla madre committente in due ipotesi diverse di contratto di maternità per surroga trattate dal diritto del Regno Unito e dell'Irlanda. La Corte conferma l'esclusione di ogni riconoscimento del congedo di maternità anche se la madre, come nel caso irlandese, “dopo la nascita effettivamente allatti, o comunque possa allattare, al seno il bambino”.

Con l'approvazione della dir. 2019/1158, e la successiva trasposizione a livello nazionale con il d.lgs. 105/22 i due livelli di regolazione si saldano in una sorta di blocco conservativo difficile da scalfire, che consegna alla Corte di giustizia e ai giudici nazionali una serie di nodi interpretativi da sciogliere nel prossimo futuro.

La questione teorica più ampia alla quale riferirsi e che emerge anche in fase di lettura della dir. 2019/1158, è che il complesso del diritto UE nel corso del tempo, tende a rafforzare il legame tra i diversi congedi di cura<sup>7</sup>; prende atto che tutti i genitori hanno il diritto di assistersi e di assistere i loro figli e, con riguardo al congedo di maternità, si afferma gradualmente l'idea di un nucleo obbligatorio dello stesso, accompagnato da un periodo ulteriore più flessibile e volontario che può essere trasformato anche in modalità differenziate di organizzazione dell'orario di lavoro che finisce per pesare sull'assetto complessivo dei diritti dei padri. Una questione che può essere trattata a livello nazionale a prescindere dagli obblighi derivanti dal diritto UE, come ci segnala in modo chiaro l'esperienza spagnola<sup>8</sup>.

Impossibile, quindi, non affrontare il tema senza ripetere le regole in vigore che rappresentano il fulcro di quella centralità materna mantenuta in Italia perché le regole già in vigore rimangono immutate anche nella fase di trasposizione della dir. 2019/1158.

## 2. *La manutenzione del testo unico di maternità e paternità*

Il d.lgs. 105/2022 conferma collocazione e contenuto del trattamento previsto dall'ordinamento nazionale.

Dal riordino del 2001, la superata astensione obbligatoria regolata nell'art. 4 l. 30.12.1971, n. 1204 rimane collocata nel Capo III del t.u. dedicato ad un "nuovo" *Congedo di maternità* che non si trasforma completamente rispetto al passato, ma mantiene tutte quelle caratteristiche strutturali di divieto assoluto di adibizione della madre al lavoro, salva l'eventuale flessibilità temporale regolata dal successivo art. 20 e qualche aggiustamento delle modalità di computo. Il congedo di maternità può essere esteso (art. 17), è indenniz-

<sup>7</sup> Per un approfondito studio, CARACCILO DI TORELLA, MASSELOT, *Caring Responsibilities in European Law and Policy: Who Cares?*, 2020, Routledge.

<sup>8</sup> CABEZA PEREIRO, *op. cit.*

zato all'80% (art. 22), è riconosciuto per adozioni e affidamenti, anche internazionali (art. 26), ma soprattutto è supportato da una specifica sanzione penale prevista dall'art. 18<sup>9</sup>.

L'art. 16 – intitolato *Divieto di adibire al lavoro le donne* – vieta al datore di lavoro di far svolgere, direttamente o anche solo consentire, lo svolgimento di prestazioni di lavoro di qualsiasi tipo e natura, alle lavoratrici di cui sia a conoscenza dello stato di maternità, nell'arco di cinque mesi prima e dopo il parto. Le disposizioni citate, precisano che la lavoratrice deve astenersi durante i due mesi precedenti e i tre mesi successivi la data presunta del parto (oppure il mese precedente ed i quattro successivi in caso di esercizio dell'opzione consentita dall'art. 20, con esclusione delle madri adottive o affidatarie ex art. 26, co. 2, per le quali l'utilizzo del congedo rimane frutto di una libera scelta e non di un obbligo).

Con l'aggiunta di un co. 1-bis direttamente all'art. 16 del t.u., il successivo legislatore nel 2011 ha consentito di superare tutti i problemi posti dalla perdurante vigenza dell'art. 12 del d.P.R. 25.11.1076, n. 1026 che, considerando parto a tutti gli effetti l'interruzione spontanea o terapeutica della gravidanza successiva al 180° giorno dall'inizio della gravidanza, comportava la conseguente applicazione del divieto di adibire la lavoratrice al lavoro “durante i tre mesi dopo il parto” senza esclusione alcuna (lo stesso problema non può porsi per l'aborto volontario essendo ammesso solo entro i primi tre mesi della gestazione: art. 19 t.u. e l. 22.5.1978, n. 194). Il co. 1-bis aggiunto nel 2011, nel riconoscere la facoltà delle lavoratrici di riprendere in qualunque momento l'attività lavorativa, salvo un preavviso di dieci giorni al datore di lavoro, consente di modificare alla radice l'impronta complessiva dell'intervento del legislatore in materia: il congedo di maternità rimane obbligatorio, ma derogabile nelle specifiche ipotesi in esso regolate, cresciute nel corso del tempo<sup>10</sup>. Per completare il quadro degli aggiustamenti al congedo

<sup>9</sup> L'art. 18 rivisto (v. *infra* par. 4) dispone che “1. L'inosservanza delle disposizioni contenute negli articoli 16 e 17 è punita con l'arresto fino a sei mesi”. Il co. 1-bis aggiunto nel 2022 scrive che “Il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo all'esercizio dei diritti di assenza dal lavoro di cui agli articoli 16, 16-bis e 17, ove rilevati nei due anni antecedenti alla richiesta della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o di analoghe certificazioni previste dalle regioni e dalle province autonome nei rispettivi ordinamenti, impediscono al datore di lavoro il conseguimento delle stesse certificazioni.

<sup>10</sup> Così facendo, il legislatore pone fine ad insopportabili incongruenze tra regole in vigore dal 1971 e situazioni concrete legate alla maternità, già evidenziate dalla dottrina e che la redazione del testo unico di maternità e paternità non aveva risolto nel 2001 (GOTTARDI, *La tutela*

di maternità si ricorda che nel 2015 con il d.lgs. 80, viene aggiunto l'art. 16-bis intitolato *Rinvio e sospensione del congedo di maternità*, che consente alla madre di chiedere la sospensione del congedo di maternità nel caso di ricovero del neonato.

Le modifica apportate all'art. 16 da parte dell'art. 2 d.lgs. n. 119/2011 e del d.lgs. 80/2015 concorrono a riqualificare gli strumenti tradizionali di tutela della salute per la lavoratrice in gravidanza, l'ambito nel quale rimane collocato l'istituto del congedo di maternità: una tutela che cambia i connotati, trasformandosi da automatica e assoluta in flessibile e fortemente orientata alla valorizzazione delle tutela psicofisica della lavoratrice, in conformità al concetto ampio di salute valorizzato nel testo unico di salute e sicurezza, definita appunto come «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità» (art. 2, lett. o, d.lgs. 9.4.2008, n. 81).

La trasposizione della dir. 2019/1158 rappresenta un'ennesima occasione di mera manutenzione del testo unico di maternità e paternità che non convince il legislatore italiano a ragionare in modo complessivo e comprensivo di ogni regola già dettata, limitandosi a correggerla e aggiustarla, evitando di riflettere sulle finalità del congedo di maternità, sulla sua durata ereditata dal passato e, soprattutto, sul livello retributivo garantito che rimane fissato nell'80% della retribuzione per tutto il periodo del congedo (v. *infra*. par. 3).

In generale, il testo unico di maternità e paternità è modificato solo per la parte relativa ai trattamenti riservati al padre a partire dalla parte definitoria iniziale (art. 3) con l'esplicita previsione del raddoppio del congedo di paternità che diventa “congedo obbligatorio di paternità” e “congedo di paternità alternativo” al congedo di maternità.

Questa scelta è frutto di un'istanza conservativa degli assetti regolativi dati che merita particolare attenzione. È il segnale evidente della rimozione del problema della modifica del trattamento di maternità.

La scelta tecnica effettuata comprende l'introduzione della definizione di *Congedo di paternità* inteso come “astensione dal lavoro del lavoratore, che ne fruisce in via autonoma ai sensi dell'art. 27-bis del presente decreto”, un congedo che diventa già nella rubrica dell'art. 27-bis espressamente obbligatorio<sup>11</sup>.

*della maternità e della paternità*, in LENTI (a cura di) *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, Giuffrè, 2012, p. 536).

<sup>11</sup> La stabilizzazione del congedo di paternità autonomo del padre è accompagnato dal-

Il congedo di paternità già esistente e regolato dall'art. 28 diventa esplicitamente un *Congedo di paternità alternativo* al congedo di maternità, con aggiustamento del relativo trattamento economico-normativo e previdenziale (artt. 29 e 30), perdendo il riferimento inserito nella rubrica cancellata alla norma abrogata nel 2001: l'art. 6 bis, commi 1 e 2, della l. 9 dicembre 1977, n. 903.

Il d.lgs. 105/22 riscrive la lett. c) dell'art. 32 rubricato *Congedo parentale* dettando il trattamento complessivo dell'unico genitore affidatario del minore ex art. 337-quarter del c.c.

Riscritto anche l'art. 34 dedicato al *Trattamento economico e normativo* del congedo parentale che risulta aggiustato nel successivo art. 36 per le *Adozioni e affidamenti*.

Stabilizzando il congedo proprio dei padri e modificando la regola dell'intrasferibilità del congedo parentale tra i due genitori, l'intervento correttivo contenuto nel d.lgs. 105/2022, arriva ad incidere – ma solo di fatto – sull'assetto regolativo complessivo dei diritti di cura della madre, ma soprattutto i diritti fissati e solo aggiustati nel corso del tempo della madre lavoratrice confermano che il modello di tutela è ancorato alla centralità (se non essenzialità) della cura materna. L'approccio interpretativo alle regole in questione deve prevedere un livello necessario di verifica tecnico-formale, ma anche che occorre continuare a prestare attenzione all'impatto sui comportamenti dei genitori delle regole introdotte, di stampo discriminatorio.

Letteratura scientifica e rilevazioni statistiche spiegano da anni il condizionamento complessivo dell'attuazione del principio di parità tra uomini e donne come principio fondamentale dell'Unione europea (*Considerando 2* della dir. 2019/1158), declinato nel perimetro del trattamento lavorativo dei genitori, tenendo conto dell'art. 33 della Carta dei diritti fondamentali (*Considerando 3* della stessa direttiva); questi studi impongono di prestare una particolare attenzione agli assetti regolativi prescelti dal legislatore che non sono

l'abrogazione delle regole di attuazione più recenti del congedo di paternità introdotto e gradualmente esteso, in via sempre transitoria (e dei servizi di assistenza all'infanzia alternativi al congedo parentale da parte della sola madre), istituti previsti dall'art. 4, comma 24 della l. 28 giugno 2012, n. 92 non espressamente abrogato, ma di fatto definitivamente superato dal d.lgs. 105/22 dell'art. 1, comma 354, della legge 11 dicembre 2016, n. 232; art. 1, comma 134, della legge 30 dicembre 2021, n. 234 e degli artt. 1, 2 e 3 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 22 dicembre 2012. Si rinvia a CALAFÀ, *Il congedo di paternità*, in GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, vita e lavoro*, Giappichelli, 2016, p. 41.

mai neutri in termini di equilibrio del complessivo trattamento offerto, si condizionano reciprocamente, come plasticamente rende evidente l'uso del termine *balance* nella traduzione inglese del rapporto tra *work* e *life*, con connessioni reciproche ancora più complesse quando il focus si estende ai prestatori di cura dei disabili (su cui il contributo di BONARDI) o quando si pensa o si progetta un intervento di flessibilità organizzativa orientata a garantire tale equilibrio oltre il perimetro più ristretto e, per certi versi, giuridicamente più rassicurante degli strumenti tecnico-giuridici dei soli congedi (si rinvia al contributo di ALESSI e MILITELLO per le connessioni tutte da costruire con le regole in materia di orario di lavoro nel contesto della flessibilità della prestazione orientata a garantire un miglior equilibrio tra vita e lavoro).

Ragionare di *work life balance* in modo compiuto, come fa per la prima volta una direttiva UE, comporta lo sforzo del legislatore e dell'interprete attento alle prospettive di politica del diritto, di spostare la riflessione giuridica su ricette personali orientate al rispetto di questi diritti precisi che sorreggono il rapporto tra diritto dell'Unione europea e diritto nazionale.

Come spiega bene la stessa direttiva, a livello nazionale le politiche (legislative, contrattuali) devono concorrere all'elaborazione di politiche che “dovrebbero contribuire al conseguimento della parità di genere promuovendo la partecipazione delle donne al mercato del lavoro e l'equa ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne, colmando il divario di reddito e retributivo di genere. Tali politiche dovrebbero tener conto dei cambiamenti demografici, compresi gli effetti dell'invecchiamento della popolazione” (*Considerando 6*).

Sono almeno di tre ordini le riflessioni di sintesi che i Considerando introduttivi della dir. 2019/1158 consigliano di proporre per garantire una lettura giuridica dei soli congedi dedicati ai padri, al fine di disarticolare la perdurante complessità di approccio al tema delle politiche nazionali in materia di conciliazione, enfatizzando, nel contempo, alcune chiavi di lettura della disciplina presumibilmente oggetto di attenzione da parte dei giudici, non solo UE:

- nella logica di valorizzazione della ripartizione delle responsabilità genitoriali, occorre fissare il trattamento finale complessivo offerto ai padri lavoratori dalla direttiva e dalla traduzione regolativa nazionale, ragionando anche delle madri lavoratrici come effetto riflesso (e rimosso) della responsabilità condivisa di cura (par. 3);

- nella prospettiva di garantire l'effettività alle scelte compiute dai genitori, di utilizzo effettivo dei diritti di assenza garantita dall'ordinamento, occorre prestare particolare attenzione al tema delle sanzioni e dei livelli retributivi previsti per le assenze ritoccate (par. 5);

- nella dimensione *gender neutral* della genitorialità aperta dalla dir. con l'estensione dei diritti al "secondo genitore equivalente", occorre segnalare gli sforzi interpretativi di molti giudici nazionali chiamati a decidere il livello di protezione dei genitori LGBT che esercitano cure parentali, una questione che pare completamente elusa dal legislatore nazionale (par. 5).

### 3. *Il raddoppio del congedo di paternità*

Già in passato il diritto UE aveva trattato del congedo di paternità. Seppur non imposto dall'art. 16 della dir. 2006/54 intitolato *Articolo 16 Congedo di paternità e di adozione*, il congedo di paternità risultava riconosciuto e, quanto meno, non ostacolato, una scelta regolativa precisa che, già allora, aiutava a focalizzare i punti di maggiore arretratezza della dir. 92/85. Al congedo di paternità di affiancava il congedo di adozione (ancora oggi escluso dal campo limitato di applicazione della dir. 92/85). Solo l'art. 4 della successiva dir. 2019/1158 impone, però, agli Stati membri l'adozione di un congedo di paternità. Di questo congedo, che rappresenta il fulcro impositivo della dir. in questione, la dottrina ha approfondito molteplici profili di interesse (titolarità, durata, livello retributivo riconosciuto), con il supporto della tecnica di valorizzazione congiunta del testo con i relativi *Considerando* introduttivi.

Nel diritto interno, da una situazione di carenza di un congedo proprio del padre segnalata per anni dalla dottrina e considerando transitoria la sperimentazione del congedo di paternità introdotto dalla c.d. legge Monti-Fornero nel 2012 (non incluso nel testo unico)<sup>12</sup>, con il d.lgs. 105/22 si è

<sup>12</sup> L'art. 4 della dir. 2019/1158 intitolato *Congedo di paternità* è il seguente: "1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie a garantire che il padre o, laddove e nella misura in cui il diritto nazionale lo riconosce, un secondo genitore equivalente abbia diritto a un congedo di paternità di dieci giorni lavorativi da fruire in occasione della nascita di un figlio del lavoratore. Gli Stati membri possono stabilire se il congedo di paternità possa essere fruito parzialmente prima della nascita del figlio o solo dopo la nascita del figlio e se possa essere fruito secondo modalità flessibili. 2. Il diritto al congedo di paternità non è subordinato a una deter-

passati ad un raddoppio dei congedi di paternità regolati nello stesso Capo IV *Congedo di paternità* del d.lgs. 151/01 che, nel titolo, continua a rimanere declinato al singolare.

Solo apparentemente, il raddoppio del congedo corrisponde ad un risultato di armonizzazione nel progresso della complessiva normativa.

La questione della scelta del raddoppio merita di essere attentamente valutata anche perché consente di approfondire non solo gli esiti regolativi raggiunti, ma anche di approfondire le ragioni della scelta, in realtà, minimale effettuata dal legislatore, come anticipato *supra*, par. 2.

Il congedo di paternità regolato nell'art. 27-bis è qualificato come autonomo (in rapporto a quello alternativo *ex art.* 28 seguente) ed è lo stesso introdotto nel 2012 dalla l. 92/2012 e gradualmente esteso in termini di durata e campo di applicazione soggettivo (arrivando a comprendere i lavoratori pubblici inizialmente esclusi).

Il padre lavoratore subordinato ha diritto ad un congedo della durata di 10 giorni lavorativi da utilizzare nei due mesi precedenti la data presunta del parto ed entro i cinque mesi successivi. I giorni lavorati non sono frazionabili in ore e possono essere utilizzati anche in via non continuativa.

Molto si è discusso in dottrina, in fase di attesa dell'attuazione della direttiva, sulla traduzione ottimale del congedo previsto nella art. 4 della stessa nell'ordinamento italiano<sup>13</sup>. I suggerimenti elaborati prospettavano soluzioni appunto, ottimali, tese a favorire, nel delicato equilibrio della conciliazione condivisa dei genitori, un effettivo utilizzo dei congedi da parte del padre, a prescindere dalla tipologia di rapporto di lavoro (pubblico, privato; subordinato, autonomo, in collaborazione o libero professionale), un graduale allineamento con gli standard degli altri Paesi UE, senza prestare troppa attenzione alle esigenze di spesa e copertura economica che sembrano aver prevalso su ogni altra, nella fase di redazione del disegno di legge da parte del Governo, insieme alla ferma volontà di attuare in modo conservativo la dir. 2019/1158.

In via di prima approssimazione, si può confermare che – anche per la parte del congedo di paternità come diritto autonomo del padre – la trasposizione è minimale perché la durata del congedo di paternità è pari, ap-

minata anzianità lavorativa o di servizio. 3. Il diritto al congedo di paternità è concesso a prescindere dallo stato civile o di famiglia del lavoratore, come definiti dal diritto nazionale.

<sup>13</sup> Alcuni suggerimenti possono leggersi in SCARPONI, *op. cit.*

punto, al minimo previsto dalla direttiva, spetta solo al padre lavoratore subordinato privato o pubblico, anche in caso di adozione o affido, mentre si tace sulle altre tipologie di rapporto di lavoro<sup>14</sup>. L'unica concessione a forme di supporto all'effettivo utilizzo da parte del padre è il diritto ad una retribuzione pari al 100% per i 10 giorni di assenza previsti dall'art. 27-bis.

La finalità del congedo (che raddoppia in caso di parto plurimo) non è di stretta cura del figlio, ma risponde ad un'esigenza più ampia di un esercizio di un diritto proprio di condivisione dell'evento nascita con la madre (spetta anche se la madre è in congedo di maternità e, immaginiamo, pur non essendo espressamente previsto, che sia riconosciuto anche se la stessa non lavora o a prescindere dalla qualificazione del contratto di lavoro della stessa, ivi compreso quello autonomo o libero professionale). Il congedo è, in effetti, fruibile due mesi prima della data presunta del parto e anche in caso di morte perinatale del figlio.

Il congedo proprio di paternità, si aggiunge senza modifiche ulteriori al congedo di paternità già regolato nell'art. 28 che assume la qualifica di alternativo, ma che avrebbe potuto meglio essere indicato come straordinario, in ragione delle limitate condizioni che ne legittimano l'utilizzo.

Il d.lgs. 105/22 conferma che il padre lavoratore “ha diritto di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che sarebbe spettata alla lavoratrice, in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre” e che il congedo è riconosciuto anche quando la madre è lavoratrice autonoma avente diritto alla sola indennità di maternità prevista dall'art. 66 del d.lgs. 151/01, un'indennità (e non il congedo) che spetta al padre lavoratore autonomo, previa domanda all'INPS, per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che sarebbe spettata alla lavoratrice sempre in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre.

Il raddoppio pare motivato dalla volontà di incidere il meno possibile sul

<sup>14</sup> Il comma 6 prevede le modalità di richiesta: “Per l'esercizio del diritto, il padre comunica in forma scritta al datore di lavoro i giorni in cui intende fruire del congedo, con un anticipo non minore di cinque giorni, ove possibile in relazione all'evento nascita, sulla base della data presunta del parto, fatte salve le condizioni di miglior favore previste dalla contrattazione collettiva. La forma scritta della comunicazione può essere sostituita dall'utilizzo, ove presente, del sistema informativo aziendale per la richiesta e la gestione delle assenze”.

testo originario delle regole in vigore evitando di intervenire su profili non espressamente regolati dalla dir. 2019/1158 (il congedo di maternità *inter alia*); supera i problemi di eventuale coordinamento tra i due diversi congedi dei padri con la sola aggiunta del comma 5 dell'art. 27-bis che prevede che l'uno, il più recente, "è riconosciuto anche al padre che fruisce del congedo di paternità ai sensi dell'articolo 28". Come a dire che la scelta del raddoppio non può essere considerata solo tecnica, di mera attuazione dell'art. 4 della dir. UE perché la dir. prevede un unico congedo di paternità, ma segnala l'assenza o il rigetto di ogni riflessione su scelte alternative unificanti sull'assetto complessivo dei congedi e le funzioni da questi assolte nell'ordinamento italiano.

A struttura del t.u. stabilizzata nel 2001 per integrare il congedo parentale nel frattempo approvato con la dir. 94/34, si continua ad aggiungere, correggere, limare senza chiedersi se l'impianto è adeguato al cambiamento nel frattempo intervenuto; sminuendo, nel complesso, quell'idea condivisibile che "il carattere innovativo dei testi unici si manifesta anche nel loro essere il tramite non solo dei principi che ispirarono le leggi da riscrivere in un corpo normativo unitario, ma anche di principi diversi che si siano nel affermati nel frattempo nell'ordinamento giuridico, in conseguenza dei processi sociali e culturali che hanno marcato l'evoluzione della vita collettiva"<sup>15</sup>.

Al fondo della scelta del legislatore del 2022, appare chiara la volontà di conservare l'assetto regolativo dato e di non aprire a nessuna riflessione sulle finalità di un congedo di paternità unitario da affiancare al congedo di maternità e al congedo parentale già esistente; il congedo parentale, d'altronde, già consente, nell'ordinamento UE prima e in quello nazionale poi, ad entrambi i genitori, di concorrere alla cura del figlio.

Il tema della coesistenza dei congedi posto nel 2001 in sede di attuazione della delega contenuta nell'art. 15 della l. 53/2000, aveva ottenuto una risposta conservativa dell'ordinamento dato (con mantenimento addirittura del riferimento alla regola di riferimento del 1977). Con la previsione di un autonomo diritto al congedo del padre addirittura in attuazione di una previsione vincolante di matrice europea, si poteva ragionare di un unico congedo di paternità superando i limiti del sistema interno rimasto ancorato ad un riconoscimento straordinario del congedo di paternità sussidiario, derivato, da quello della madre.

<sup>15</sup> BARBERA, *Sub art. 15*, in NAPOLI, MAGNANI, BALBONI (a cura di), *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *NLCC*, 2001, p. 1348.

La domanda da porsi anche oggi è a quale finalità assolve il congedo di paternità alternativo, una questione su cui pesa la stessa successione temporale delle regole da trasporre di diritto UE dato che il congedo parentale con finalità di cura dei figli si affianca al congedo di maternità che rimane ancorato alla tutela della maternità biologica della madre come continua ad esprimersi la dir. 92/85, una finalità valorizzata anche dalla più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia UE<sup>16</sup>. A livello nazionale, d'altronde, la previsione dello specifico congedo di paternità trae origine da una pronuncia additiva della Corte costituzionale (Corte cost., 19.1.1987, n. 1) che aveva dichiarato la illegittimità dell'art. 7 l. 9.12.1977, n. 903 (poi abrogato dalla l. n. 53/2000).

Una rilettura della pronuncia del 1987 ha aiutato a comprendere le contraddizioni entro le quali – dal primo riconoscimento giurisprudenziale – continua a dibattersi il trattamento riconosciuto al padre-lavoratore *ex art. 28*: privo di ogni ontologica valenza fisica e/o biologica, il trattamento protettivo si ritrova scientemente incardinato dalla Corte costituzionale, sia sull'art. 7 della l. n. 903/77 dedicato al diritto del padre di assentarsi dal lavoro (cd. astensione facoltativa) e al diritto di ottenere permessi in caso di malattia del bambino (in alternativa alla madre o in esclusiva quando i figli siano affidati al solo padre); sia sull'art. 4, la cd. astensione obbligatoria, anche se solo per la parte relativa al periodo successivo alla nascita del figlio e solo laddove l'assistenza della madre al minore sia divenuta impossibile per decesso o grave infermità (*cit. Corte cost. 1/87*).

La consapevolezza della scelta interpretativa effettuata dalla Corte nel 1987, ha reso più chiaro l'impatto sistematico dell'art. 28 nel t.u. che si misura principalmente sul superamento dei limiti del sistema previgente: il congedo di paternità, nonostante il nome proprio, non è dotato di un'autonomia concettuale definitivamente compiuta e di uno spessore valoriale certo, risultando sospeso tra la cura del figlio, il ruolo genitoriale sussidiario del padre rispetto alla madre e una (veramente ridotta) valenza propria ed autonoma del ruolo paterno offerta dagli ordinamenti giuridici, ivi compreso quello UE<sup>17</sup>.

L'autonoma collocazione sistematica è sicuramente il punto di avvio di ogni riflessione compiuta di politica del diritto entro la quale si è inserita anche la riforma datata 2015. Nessun interprete immaginava che l'autonoma

<sup>16</sup> Si legga C. giust. 19 ottobre 2017, C-531/15, *Otero Ramos*.

<sup>17</sup> Si rinvia ai saggi contenuti nel volume *Paternità e lavoro*, Il Mulino, 2007.

collocazione sistematica diventasse anche il punto di arrivo della trasposizione della prima regola UE che fissa il diritto del padre ad un congedo autonomo.

Come a dire che, una riforma compiuta del congedo di paternità, rendeva necessario, *in primis*, un confronto con il trattamento complementare al congedo di paternità (art. 28) offerto dal congedo parentale (art. 32), entrambi orientati dalla giurisprudenza alla valorizzazione del bisogno di cura del minore<sup>18</sup>.

In effetti, la differenza tra i congedi dovrebbe affermarsi in modo più compiuto su una diversa funzione e su un differente approccio valoriale: il congedo di paternità (*ex art. 28*, ma soprattutto quello regolato in via sperimentale e in una sede autonoma nella l. 28 giugno 2012, n. 92, *Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita* oggi divenuto art. 27-bis) trova ragione in un diritto proprio del padre e non solo nel bisogno di cura del minore centrale nella logica di funzionamento del congedo parentale, in questo caso, ovviamente, condiviso con la madre.

Sul congedo di paternità *ex art. 28*, nonostante la cancellazione del riferimento contenuto nella rubrica precedente alla l. 9 dicembre 1977, n. 903, art. 6 bis, commi 1 e 2) certo pesa (a livello domestico e a livello Ue) la persistente enfasi posta sulla tutela fisico-biologica della madre, certo importante, ma sempre utilizzata dal legislatore e dai giudici in modo tanto “univocamente orientato” – ovvero ricco di pregiudizi – da condizionare la stessa affermazione di un diritto proprio del padre, anche libero-professionista (argomentando *ex Corte cost. n. 285/10*; VALLAURI)<sup>19</sup>.

Viste queste premesse, è solo ovvio constatare che l’inserimento di un

<sup>18</sup> CABEZA PEREIRO, *op. cit.*

<sup>19</sup> Oltre al contributo di VALLAURI, si rinvia a NUNIN, *Diritti e tutele per i genitori liberi professionisti e lavoratori autonomi*, in GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, vita e lavoro*, Giappichelli 2016, p. 111; si consenta un rinvio a CALAFÀ, *Padri liberi professionisti e tutela economica della maternità. La parabola interpretativa della Corte costituzionale*, in RGL 2011, 3, p. 359 ss.; apprezzabile la proposta interpretativa di CINELLI, *Indennità di maternità e lavoro libero-professionale*, in GC 1998, 5, 1201, di imperniare il ragionamento sulla tutela dal bisogno (*ex art. 38 Cost.*) piuttosto che sulla protezione della salute fisica e biologica della madre; il precedente esplicito al qual riferirsi è la pronuncia della Cort. Cost. 385/2005: CALAFÀ, *Il padre libero professionista dopo la sentenza Corte Cost. n. 385/2005*, in RGL, 1, vol. LX, 147; la pronuncia più recente è Corte cost. 11 aprile 2018, n. 105 che può leggersi in GC, 5, p. 2186, con commento di GOLIA, *Seguito delle sentenze additive di principio e auto-produzione del sistema giuridico*.

congedo di paternità come diritto proprio e autonomo dei padri è un atto dovuto e da enfatizzare in ragione del mutamento di prospettiva generale nella specifica materia della cura genitoriale che segnala, il frutto regolativo faticoso di un processo continuo di adattamento scientifico, sociale e culturale che ha trovato, nella dir. 2019/1158 e nei diritti da questa espressi l'orizzonte di riferimento nella specifica materia; ma le scelte politiche e valoriali di riferimento alla base del mantenimento all'art. 28, tra le quali, il mantenimento di un immutato e separato di un congedo di paternità alternativo a quello obbligatorio della madre (ma in realtà dalle caratteristiche di un congedo straordinario, esteso come tale anche ai padri lavoratori autonomi e liberi professionisti nel 2015), appare come un segnale di una risposta consuetudinaria e/o frettolosa, che impedisce di innovare in modo compiuto il sistema dei congedi dei genitori-lavoratori.

Di fronte a modelli di intervento orientati a garantire un equilibrio differenziato dei carichi di cura tra i genitori, che tentassero di tener conto di una successione di regole proprie dedicate alle diverse fasi della gestone-nascita e cura dei figli, si è scelto di riprodurre un modello arcaico, anche per le madri come emerge da una semplice questione di parità retributiva tra donne (madri) e uomini (padri) collegata al congedo di paternità obbligatorio.

Torna a proporsi una vecchia questione che non può eludersi in questa sede. È legittimo affiancare un congedo di paternità definito obbligatorio della durata di 10 giorni completamente retribuito ad un congedo di maternità, sostenuto dal divieto di adibizione al lavoro sanzionato penalmente, retribuito nella misura dell'80%? (v. *infra* par. 4).

La domanda conferma, semmai ve ne fosse ancora bisogno, che l'attuazione a livello nazionale della dir. 2019/1158 doveva essere accompagnata dall'elaborazione di specifici strumenti giuridici ripensati e rinnovati di complessiva valorizzazione del legame tra genitorialità e lavoro sostenuti da più adeguati livelli retribuiti delle assenze garantite e da un margine più esteso di rispetto delle scelte dei singoli genitori e non solo aprire a prospettive ulteriori di utilizzo nelle aule giudiziarie del diritto antidiscriminatorio per arginare eventuali trattamenti diseguali a danno dei genitori<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> BARBERA, GUARISO, *op. cit.*

#### 4. *Effettività ed efficacia dei diritti dei genitori*

Il complessivo trattamento sanzionatorio dei diritti dei padri all'assenza già in vigore a livello nazionale è rivisto in fase di trasposizione della dir. 2019/1158 e merita di essere compiutamente tracciato perché consente di ragionare, seppur nella sola prospettiva rimediale, dei diritti di assenza riscritti dal d.lgs. 105/22 e riconducibile all'art. 13 della dir. 2019/1158 intitolato *Sanzioni*. Spetta agli Stati membri stabilire le sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni adottate in attuazione della direttiva e di quelle già in vigore, ma pertinenti ai diritti oggetto della direttiva stessa, sanzioni che devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

Se l'imponente sequenza di sanzioni aggiunte ha risolto l'imperfezione delle regole prive di sanzioni più volte segnalata dalla dottrina<sup>21</sup>, questa specifica scelta appare una sorta di risposta di stampo difensivo – da attivare caso per caso, laddove si registrano violazioni – alla mancanza di quel complessivo progetto di positivo supporto della genitorialità, a livello nazionale, che la direttiva poteva consentire.

Per questa ragione, al tema sanzionatorio, seguiranno alcune considerazioni in ordine al livello retributivo garantito nei periodi di assenza per delineare compiutamente entrambe le dimensioni di interesse: quelle dell'effettività dei diritti garantiti e quelle idonee a sostenere l'efficacia dei risultati attesi in termini di reale condivisione di compiti di cura tra i genitori su cui insistono i *Considerando* introduttivi della dir, in particolare 29, 30 e 31.

Il quadro delle regole sanzionatorie modificate comprende l'art. 18 nel Capo III del *Congedo di maternità*, l'art. 31-bis inserito nel Capo IV del *Congedo di paternità* (declinato al singolare nonostante il raddoppio dei diritti di assenza dei padri) che si collega strettamente alla modifica dell'art. 54 sul licenziamento del padre lavoratore e l'art. 38 nel Capo V intitolato al *Congedo parentale*, a cui si aggiunge l'art. 53, co. 3-bis nel capo VIII Lavoro notturno, l'art. 54, co. 7 e 8 e l'art. 56, co. 4-bis nel Capo IX dedicato al *Divieto di licenziamento, dimissioni e diritto al rientro*. A parte l'impedimento al conseguimento della certificazione della parità di genere ripetuto in tutte le sedi, la cui efficacia dipende dal successo che la certificazione avrà tra i datori di lavoro privati (quelli pubblici, seppur non espressamente esclusi, non sembrano coinvolti nel percorso di certificazione autonoma essendo dotati di un si-

<sup>21</sup> VALLAURI, *op. cit.*, p. 149.

stema diverso per attribuire rilevanza agli adempimenti in materia di genere), si segnalano due scelte specifiche del legislatore.

Con riguardo al congedo di paternità autonomo (regolato dall'art. 27-bis), il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo all'esercizio del relativo diritto di assenza dal lavoro è puniti con la sanzione amministrativa da euro 516 a euro 2.582 (che risulta estesa anche al congedo parentale: art. 38), un rifiuto, opposizione o ostacolo all'esercizio dei diritti di assenza in ragione del congedo di paternità alternativo che comporta, invece, l'applicazione delle stesse sanzioni previsti dall'art. 18, ovvero l'arresto fino a sei mesi del datore di lavoro e l'ostacolo al conseguimento della certificazione di genere (art. 31-bis) (si rinvia a BONARDI per le sanzioni legate ai diritti di cura dei disabili).

Il congedo di paternità alternativo gode, quindi, dello stesso trattamento sanzionatorio previsto per il congedo di maternità; la garanzia di effettivo riconoscimento del congedo di paternità autonomo da parte del datore di lavoro, invece, si collega alla sanzione amministrativa introdotta.

Con riguardo al licenziamento intimato al padre che fruisca del congedo di paternità autonomo e/o di quello alternativo<sup>22</sup>, il divieto di licenziamento si applica anche al padre lavoratore per la durata del congedo stesso e si estende fino al compimento di un anno di età del bambino. Si applicano le stesse regole già in vigore per il licenziamento della lavoratrice madre ovvero l'esclusione in caso di colpa grave, cessazione dell'attività dell'azienda e ultimazione della prestazione, l'esclusione da ogni sospensione dal lavoro e la qualificazione del licenziamento, se intimato, come il licenziamento nullo (co. 3, 4, 5 art. 54). Per tutte le violazioni previste nell'intero Capo IX, il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo all'esercizio dei relativi diritti di assenza sono puniti con "la sanzione amministrativa da euro 516 a euro 2.582 e, ove rilevati nei due anni antecedenti alla richiesta della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o di analoghe certificazioni previste dalle regioni e dalle province autonome nei rispettivi ordinamenti, impediscono al datore di lavoro il conseguimento delle stesse certificazioni"<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Si tratta di un completamento di un percorso equiparazione di lunga durata e di un ragionamento già praticato dalla dottrina già dalla redazione del t.u.: CALAFÀ, *Modello antidiscriminatorio e licenziamento dei genitori-lavoratori*, in *DLRI*, 2003, 3-4, p. 499; Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, 2005; Jovene; più di recente, BORELLI, GUARISO, LAZZERONI, *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti. Strumenti. Interpreti*, 2019, Giappichelli, p. 221

<sup>23</sup> Con riguardo al lavoro notturno, il nuovo comma 3-bis dell'art. 53 conferma l'applicazione delle sanzioni previste per il licenziamento (a cui aggiunge che non è ammesso il pa-

Decisamente più complessa la questione dei livelli retributivi che accompagnano l'esercizio dei diritti di assenza, tanto complessa che è stato appositamente allungato il termine per il recepimento del solo art. 8, co. 3 al 2 agosto 2024 (art. 20, dir. 2019/1158).

Il legislatore italiano non ha attivato la procedura per l'allungamento dei tempi di recepimento, ma ha scelto di schivare il più possibile la questione dei livelli retributivi dei congedi<sup>24</sup>, rimasta immutata rispetto al passato, un conto economico-finanziario su cui ha pesato lo scarso utilizzo del congedo di paternità sperimentale dal 2012 al 2021<sup>25</sup>.

Tema classico per la dottrina specialistica<sup>26</sup>, nella fase di approvazione della dir. 2019/1158 condiziona gli esiti regolativi raggiunti tanto che per tracciare il quadro regolativo compiuto occorre leggere congiuntamente l'art. 8, gli artt. dedicati al congedo di paternità e parentale (art. 4 e art. 5) e i Considerando 29, 30, 31.

La regola è frutto di un compromesso al ribasso ed evidenzia una serie di contraddizioni di fondo nel perseguimento degli obiettivi di riequilibrio paritario tra i genitori dei carichi di cura che si collegano, a loro volta, alle finalità perseguite dai singoli congedi regolati nel diritto UE: in generale, il diritto ad un'indennità adeguata durante il congedo rappresenta un incentivo ad utilizzare il congedo stesso da parte dei genitori (Considerando 29), ma il livello retributivo è fissato a livello nazionale, mentre a livello UE viene indicata una soglia di riferimento solo per il congedo di paternità e non per il congedo parentale. La retribuzione o l'indennità per il congedo di paternità deve garantire un "reddito almeno equivalente a quello che il lavoratore otterrebbe in caso di interruzione delle sua attività per motivi di connessi al suo stato di salute", mentre per il congedo parentale il rinvio al diritto nazionale è accompagnato dalla precisazione che la retribuzione deve essere definita "in modo da facilitare il ricorso al congedo parentale da parte di entrambi i genitori" (art. 8, co. 2 e 3).

gamento in misura ridotta di cui all'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689) e la sanzione penale già prevista all'articolo 18-bis del d. lgs. 8 aprile 2003, n. 66 con l'aggiunta dedicata alla certificazione della parità di genere.

<sup>24</sup> Il problema di fondo del costo dei diritti sociali e della sua allocazione fra le parti del rapporto di lavoro e lo Stato viene riproposta ciclicamente dai datori di lavoro: BARBERA, *op. cit.*, p. 1349.

<sup>25</sup> I dati più recenti relativi all'utilizzo del congedo di paternità possono leggersi in <https://www.inps.it/osservatoristatistici/api/getAllegato/?idAllegato=1021>. Nell'anno 2020 i beneficiari di congedo obbligatorio di paternità sono stati 135.184 sostanzialmente stabili rispetto all'anno precedente.

<sup>26</sup> BORELLI, GUARISO, LAZZERONI, *op. cit.*, p. 205.

È questa una delle ragioni che consiglia di non escludere a livello nazionale la questione della maternità nel complessivo assetto delle regole che favoriscono la conciliazione vita e lavoro dei genitori.

I Considerando 30 e 31 spiegano, in effetti, che “il riconoscimento dei diritti al congedo di paternità e maternità persegue obiettivi simili, ossia creare un legame tra genitore e figlio” e “gli Stati membri sono incoraggiati a prevedere una retribuzione o un’indennità per il congedo di paternità che sia pari alla retribuzione o all’indennità versate per il congedo di maternità a livello nazionale”; la posizione della madre e dei diritti ad essa garantiti emerge anche per ragionare di “un livello adeguato di retribuzione o di indennità per il periodo minimo di congedo parentale non trasferibile”: gli stati membri nel “fissare il livello della retribuzione o indennità previsti per il periodo minimo non trasferibile di congedo parentale (...) dovrebbero tener conto del fatto che la fruizione del congedo parentale spesso comporta una perdita di reddito per la famiglia e che il primo percettore di reddito di una famiglia è in grado di esercitare il proprio diritto al congedo parentale soltanto se quest’ultimo è sufficientemente retribuito, in vista di consentire un tenore di vita dignitoso”.

La trasposizione della dir. 2019/1158 in Italia avrebbe consigliato di fissare gli obiettivi di ciascun congedo esistente (maternità, paternità, parentale), ragionare dei livelli retributivi previsti per ciascun congedo, integrare le regole in materia di congedi con le misure di flessibilità temporale a cui ricorrere in caso di esaurimento dei diritti di assenza retribuiti al fine di evitare una diminuzione significativa del reddito dei genitori. Perché le scelte di conciliazione si fondano su alcuni ingredienti base delle ricette dei genitori: il tasso di sostituzione delle retribuzioni soddisfacente, flessibilità di utilizzo del congedo e, in generale, delle diverse formule di flessibilità organizzative consentite (si rinvia a ALESSI e MILITELLO).

La dottrina attenta al diritto UE, ha già auspicato un intervento della Corte di giustizia finalmente orientato a rendere meno vigorosa la femminilizzazione dei diritti di cura, ma anche a capitalizzare i principi di cardine già elaborati tesi a valorizzare a livello UE, quel livello retributivo adeguato in grado di coniugare l’esigenza di facilitare il ricorso ai congedi da parte dei genitori e un livello sufficiente della retribuzione “in vista di consentire un livello di vita dignitoso” (art. 8, co. 3 e Considerando 31). Perché, come già più volte riconosciuto, non si può mettere a rischio l’effetto utile della regola UE<sup>27</sup>, con-

<sup>27</sup> C. giust. 1° luglio 2010, C-194/08, *Gassmayer* che al punto 69 richiama il sedicesimo Considerando della direttiva 92/85, per il quale “le misure di organizzazione del lavoro a scopo

siderando anche un'attenzione ai livelli retributivi sicuramente più accentuata rispetto al passato dopo l'approvazione della proposta di direttiva sul salario minimo, alla cui affermazione può concorrere la raccolta delle relazioni dai singoli Stati che l'art. 18 della dir. 2019/1158 impone. Le informazioni da raccogliere comprendono dati sulla fruizione dei vari tipi di congedo e le modalità di lavoro flessibili da parte degli uomini e delle donne per valutare adeguatamente il raggiungimento di parità di genere previsto dalla direttiva; a questi dati, sono aggiunti studi dedicati all'interazione tra i diversi tipi di congedo e un approfondimento dedicato ai diritti al congedo per motivi familiari concessi ai lavoratori autonomi (art. 18, co. 1 e 2).

In via di prima approssimazione, ricomponendo regole e obiettivi della direttiva, si può fissare nell'esigenza di assistenza (alla madre, figlio) la finalità del congedo di paternità che spetta proprio in occasione della nascita (art. 1, lett. a); con il congedo parentale il padre e la madre si prendono cura del figlio "a seguito della nascita". Il congedo di maternità spetta in ragione dell'art. 8 della dir. 92/85 per salvaguardare la salute e sicurezza della lavoratrice in gravidanza, puerperio e in allattamento. L'art. 11 prevede il mantenimento di una retribuzione e/o il versamento di un'indennità adeguata<sup>28</sup>, per un periodo di almeno quattordici settimane ininterrotte, ripartite prima e/o dopo il parto, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali, periodo che deve includere un congedo di maternità obbligatorio di almeno due settimane, ripartite prima e/o dopo il parto, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali.

Il congedo parentale, in ragione dell'art. 5 della dir., ha visto ampliare il periodo di assenza intrasferibile all'altro genitore (a livello UE si prevedono 4 mesi da utilizzare prima del compimento degli otto anni del figlio; a livello nazionale il diritto di astenersi è pari a 6 mesi per la madre, 6 mesi per il padre (elevabili a 7 in caso di utilizzo non inferiore a 3 mesi) e 11 mesi per il caso del genitore solo o che ha avuto l'affidamento esclusivo del figlio in base all'art. 337-quarter del c.d. (l'altro genitore perde il diritto al congedo non utilizzato).

di protezione della salute delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento non avrebbero un effetto utile se non fossero accompagnate dal mantenimento dei diritti connessi con il contratto di lavoro, compreso il mantenimento di una retribuzione e/o il versamento di un'indennità adeguata".

<sup>28</sup> Sul livello retributivo, adeguato, la pronuncia C. giust. richiamata ricorda che "l'art. 11, punto 3, della direttiva 92/85 prevede, con riguardo alle lavoratrici in congedo di maternità menzionate all'art. 8 di detta direttiva, che l'indennità di cui al punto 2), lett. b) del suddetto art. 11 è ritenuta adeguata se assicura redditi almeno equivalenti a quelli che la lavoratrice interessata otterrebbe in caso di interruzione delle sue attività per motivi connessi allo stato di salute" (punto 49).

Il livello retributivo garantito è commisurato alla durata del congedo ed è pari al 30% della retribuzione fino al 12° anno di vita del figlio. Il congedo parentale di ogni genitore, fino a 3 mesi, non è trasferibile (il genitore unico riceve un'indennità sempre del 30% per un periodo massimo di 9 mesi)<sup>29</sup>.

Scontato che la contrattazione collettiva può intervenire ad integrare il livello retributivo fissato dalla legge, il quadro di sintesi finale nell'ordinamento nazionale dopo la trasposizione della dir. 2019/1158 (tenendo conto della modifica introdotta dall'art. 1m c. 359 della l. 29 dicembre, n. 197) che eleva la retribuzione all'80% per il primo mese di congedo parentale per entrambi i genitori), è il seguente:

	Durata	Livello retributivo	Sanzione
Congedo di maternità (art. 16 art. 22)	5 mesi	80%	Art. 18 sanzione penale
Congedo di paternità obbligatorio (art. 27-bis art. 29)	10 giorni entro 5 mesi dalla nascita del figlio	100%	Art. 31-bis sanzione amministrativa
Congedo di paternità alternativo (art. 28)	Mesi non utilizzati dalla madre dei 5 previsti (periodo residuo non utilizzato dalla madre)	80%	Art. 18 sanzione penale
Congedo parentale madre (art. 32-34)	6 mesi massimo di cui tre con indennità, non trasferibili	30% massimo 3 mesi*	Art. 38
Congedo parentale padre (art. 32-34)	7 mesi massimo di cui tre con indennità, non trasferibili	30% massimo 3 mesi*	Art. 38
Congedo parentale unico genitore (art. 32-34)	11 mesi (in caso di affido, viene riconosciuto il livello retributivo della coppia)	30% massimo 9 mesi*	Art. 38

\* Oltre il periodo previsto è riconosciuta l'indennità solo per chi ha un reddito individuale inferiore a 2,5 volte l'importo minimo di pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria. Il livello retributivo del primo mese di congedo parentale è elevato all'80% per entrambi i genitori.

<sup>29</sup> Importante la precisazione inserita nel co. 5 dell'art. 34 riscritto nel 2022: i periodi di congedo parentale sono computati nell'anzianità di servizio e non comportano riduzione di ferie, riposi, tredicesima mensilità o gratifica natalizia, ad eccezione degli emolumenti accessori connessi all'effettiva presenza in servizio, fatto salvo quanto diversamente previsto dalla contrattazione collettiva.

Durata del congedo di paternità e livello retributivo garantito sono fondamentali per raggiungere le finalità perseguite dalla direttiva. Come a dire che ogni riflessione compiuta, nella logica della conciliazione condivisa tra genitori, va effettuata integrando ad entrambi questi aspetti, l'intera sequenza dei congedi utilizzabili dai genitori e il loro livello retributivo, compreso il congedo parentale e un adeguato quadro di flessibilità temporali della prestazione di lavoro.

La trasposizione minimale effettuata in Italia del congedo di paternità obbligatorio (10 giorni), seppur con retribuzione del 100% solo in parte compenserà lo scarso uso del congedo nella fase sperimentale della sua introduzione, nonostante l'obbligo previsto e le sanzioni correlate. Come argutamente segnalato, non sarà un congedo di paternità al minimo a catalizzare il cambiamento sociale che prospetta la direttiva. A queste condizioni, continua a pesare di più il vincolo materno<sup>30</sup>.

In questo contesto di stratificazione regolativa di stampo conservativo, appare fuorviante anche la ricerca dei margini di legittimazione della retribuzione piena riconosciuta al congedo di paternità autonomo in termini di azione positiva a supporto della responsabilità paterna nella cura<sup>31</sup>. A parte l'intervento della contrattazione collettiva che sdrammatizza l'impatto della differenza dal punto di vista fattuale, è piuttosto l'abbinamento originario tra obbligo per la madre di congedo e storica riduzione della retribuzione all'80% che meriterebbe particolare attenzione, anche in considerazione dei tempi lunghi del congedo di maternità; perché l'obbligo dovrebbe essere collegato in senso stretto solo alla durata minima imposta dalla tutela della salute e sicurezza con la necessaria previsione di una retribuzione al 100% persa.

Stesso ordine di considerazioni possono farsi con la modifica della regola del congedo parentale: già scarsamente retribuito, un giudizio che rimane immutato, nonostante la modifica del livello retributivo introdotta con la legge di Stabilità per il 2023, dovrebbe essere accompagnato da regole di flessibilità oraria con retribuzione garantita pari al 100% per produrre effetti efficaci di riparto dei carichi di cura tra genitori.

Ricordiamo che l'art. 11 della dir. è intitolato *Discriminazione* spiega che ogni Stato ha l'obbligo di adottare misure necessarie a vietare un trattamento meno favorevole dei lavoratori causato dalla domanda o dalla fruizione di

<sup>30</sup> CABEZA PEREIRO, *op. cit.*, p. 88 e 89.

<sup>31</sup> VALLAURI, *op. cit.*; SCARPONI, *op. cit.*

ogni istituto regolato nella direttiva stessa (ovvero del congedo di paternità, parentale, di cura dei disabili, di assenze dovute a causa di forza maggiore e all'esercizio dei diversi diritti di flessibilità temporale), con esclusione di ogni richiamo espresso ai diritti di maternità e di parità di trattamento, il cui riconoscimento ha comunque il supporto deciso della Corte di giustizia UE<sup>32</sup>.

Queste riflessioni confermano che la progettazione di un modello di valorizzazione della conciliazione vita e lavoro comincia dalla verifica della multifunzionalità del congedo di maternità che oggi soddisfa sia esigenze di salute e sicurezza, sia esigenze di cura del figlio (non solo nel momento immediatamente seguente alla nascita), un modello che presuppone una generale valorizzazione delle logiche di orari flessibili di lavoro affiancati a servizi scolastici adeguati (magari obbligatori dalla scuola d'infanzia).

La conferma del congedo di paternità alternativo e dei suoi presupposti straordinari di utilizzo elaborati nel 1987 (che nel 2015 viene esteso a lavoratori autonomi e liberi professionisti: art. 66, co. 1-bis; art. 70, co. 3-ter) è l'effetto più evidente di tale scelta di conservazione degli assetti dati e superati che si accompagna alla volontà evidente di non costruire un modello regolativo diverso, un *mix* di misure legate a ricette personali di conciliazione vita e lavoro, nel rispetto dei diritti quesiti dei singoli, che valorizzi i percorsi di scelta dei genitori.

La riprogettazione del modello regolativo della tutela genitorialità che in Spagna ha anticipato l'approvazione della dir. 2019/1158 prende avvio da una revisione della durata del congedo di maternità parificato al congedo di paternità in termini di durata e livello retributivo (*permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores*), un intervento che presuppone l'identificazione della durata di assenza garantita alla madre per soddisfare le imprescindibili esigenze di salute e sicurezza. A loro volta, in Spagna, a seguito dell'approvazione del Decreto-ley 6/19 e in ragione della trasposizione della dir. 2019/1158, si aprono problemi diversi di adeguamento alla dir. 2019/1158 e guardano con particolare attenzione al modello canadese di tutela della genitorialità<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> BARBERA, GUARISO, *op. cit.*

<sup>33</sup> CABEZA PEREIRO, *op. cit.*, p 88 e 89.

## 5. I congedi *gender neutral*

Come i trattamenti retributivi al ribasso apriranno le porte alle pronunce della Corte di giustizia UE anche in ragione dell'effetto utile della dir. 2019/1158, anche la questione dei soggetti titolari del congedo di paternità è destinata a ricevere particolare attenzione in quegli Stati in cui sono in vigore regole restrittive o si limitano a non considerare il problema, come l'Italia.

La dir. 2019/1158 estende il trattamento del padre al secondo genitore equivalente (art. 4).

In coerenza con l'art. 33 della Carta dei diritti fondamentali che garantisce il diritto di conciliazione alla "persona"<sup>34</sup>, di cui la dir. 2019/1158 rappresenta la più recente e completa attuazione a livello legislativo, l'art. 4, introducendo il diritto al congedo di paternità, lo riconosce ad un "secondo genitore equivalente" senza spiegare di chi si tratti, limitandosi a precisare che il riconoscimento è garantito "nella misura in cui" sia riconosciuto a livello nazionale. L'apertura offerta dalla dir. 2019/1158 non è stata praticata dal legislatore nazionale: sicuramente consapevole della possibilità di colmare il *vulnus* in materia di riconoscimento di diritti ai genitori LGBT+, non è intervenuto sul congedo di paternità, ma ha, invece, allineato i diritti delle persone LGBT+ in quella sola parte del t.u. di maternità e paternità in cui alla rubrica non corrisponde il contenuto della regola; l'art. 42 *Riposi e permessi per i figli con handicap grave* a seguito dei numerosi interventi della Corte costituzionale, consente di riconoscere al coniuge convivente il congedo straordinario di due anni introdotto dall'art. 4, comma 2, l. 8 marzo 2000, n. 53. Il rinnovato co. 5 equipara al coniuge convivente, "la parte di un'unione civile di cui all'articolo 1, comma 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76, e il convivente di fatto di cui all'articolo 1, comma 36, della medesima legge" (si rinvia a BONARDI).

L'intersezione della questione civilistica con il diritto antidiscriminatorio consigliava al legislatore una riflessione più ampia rispetto a quella già risolta dalla l. 76/2016 con riguardo alle coppie, una riflessione sempre più usuale nella società e, di converso, nelle aule giudiziarie, urgente in termini di garanzia dei diritti di cura dei figli delle coppie LGBT+, espressamente

<sup>34</sup> CALAFÀ, *La famiglia omogenitoriale in Europa tra sicurezza sociale e tutela del lavoro*, in *La famiglia omogenitoriale in Europa* (a cura di), SCHUSTER, TONIOLLO, 2015, Ediesse, p. 157.

dedicata al secondo genitore equivalente a partire dalla figura di madre intenzionale emersa nella giurisprudenza nazionale<sup>35</sup>.

È proprio la funzione definita dalla dir. 2019/1158 del congedo di paternità che consigliava un intervento coraggioso, preso atto del Considerando 19 che ricorda che “per incoraggiare una più equa ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne, nonché per consentire un’instaurazione precoce del legame tra padre e figlio, è opportuno introdurre un diritto al congedo di paternità per i padri o, laddove e nella misura in cui riconosciuto dal diritto nazionale, per un secondo genitore equivalente”, come si incarica di regolare espressamente il successivo art. 4 dedicato al congedo di paternità. Al posto di un intervento coraggioso di modifica esplicita della regola dedicata in termini di soggetto titolare del diritto, si poteva sopperire con diversa tecnica traspositiva, volta ad escludere gli effetti distorsivi sulla genitorialità delle discriminazioni fondate sull’ orientamento sessuale dei genitori.

Il legame tra la figura della madre intenzionale elaborato dalla giurisprudenza domestica e il secondo genitore equivalente di derivazione UE è evidente; nel modello ideale di tutela della genitorialità, al superamento dell’essenziale funzione familiare della donna, dovrebbero scindersi le tutele da presupposti biologici dei requisiti d’accesso, la genitorialità arriva a qualificarsi per la volontarietà delle scelte, come ricordano anche i giudici di legittimità nella pronuncia n. 23319/2021<sup>36</sup>, dalla sua intenzionalità, voluta e dichiarata e, se riconosciuta in un atto di stato civile, vincolante per l’ordinamento giuridico, in generale, e il datore di lavoro, in particolare. Il confine che separa il genitore equivalente dalla madre intenzionale appare sempre tanto più labile quanto più avanzato è il percorso di riconoscimento del principio d’eguaglianza sul quale poggia la graduale neutralizzazione dei generi dei genitori ai fini del riconoscimento dei congedi di cura dei figli, con la sola

<sup>35</sup> App. Milano, 17 marzo 2021, n. 453, in *RIDL*, 2021, II, p. 639 con nota di CALAFÀ, *Sui congedi di cura della madre intenzionale*.

<sup>36</sup> La pronuncia Cassazione civile, sez. I, 23 agosto 2021, n. 23319 può leggersi in *DeJure*; le pronunce della Cass. in materia di status genitoriale hanno rilevanza soltanto indiretta nella vicenda lavoristica. Una recente pronuncia della Cassazione civile, sez. I, 23 agosto 2021, n. 23319; questa pronuncia rinvia ad una coppia di precedenti, sempre del giudice di legittimità, che consentono di chiarire alcune questioni chiave in materia di ammissibilità della trascrizione di atti di nascita validamente formati all’estero e del ruolo di madre intenzionale che è colui che presta il suo consenso alla procreazione: Cass., sez. I civ., 30 settembre 2016, n. 19599 e Cass., sez. I civ., 15 giugno 2017, n. 14878, entrambe in *DeJure*.

esclusione delle regole protettive della maternità biologica in termini di salute e sicurezza della lavoratrice.

La riflessione aperta dalla pronuncia della Corte d'appello di Milano, che si limita a interpretare le regole esistenti del diritto nazionale, arriva a comprendere, non tanto il congedo di paternità (non applicabile come congedo autonomo al pubblico impiego all'epoca dei fatti), ma l'intero assetto regolativo del d.lgs. n. 151/2001; perché l'impatto giudiziario potenziale della pronuncia arriva a comprendere tutte quelle disposizioni del d.lgs. n. 151/2001 che differenziano l'accesso ai congedi e, in generale, le regole di tutela (lavoro notturno, dimissioni, licenziamento) distinguendo tra madri e padri, naturali o adottativi e affidatari, in base al ruolo che assumono nella sequenza gestazione-nascita-cura.

In generale, si ricorda che a un sistema di regole rigide, costruite su congedi obbligatori e astensioni meramente facoltative della sola madre lavoratrice subordinata, sarebbe responsabile far seguire un sistema regolativo attento alla completa parificazione tra genitori naturali e affidatari o adottivi, teso a riconoscere un dovuto ruolo dei padri nel contesto della cura dei figli, anche disabili, e un'estensione delle regole protettive nei confronti dei genitori LGBT+ – lavoratori autonomi e liberi professionisti compresi – dato che il mancato riconoscimento della cd. *step child adoption* in Italia non ha impedito il riconoscimento giuridico della genitorialità LGBT+; l'ha solo reso più lento e costoso, presupponendo un accesso al giudice, che è, per molti, troppo costoso in termini economici ed umani.

### **Abstract**

L'A. analizza la normativa a sostegno della genitorialità dei lavoratori e delle lavoratrici a livello UE e a livello nazionale, dopo la trasposizione della dir. 2019/1158/UE. Con il supporto della ricostruzione delle singole regole modificate nel t.u. di maternità e paternità, si introducono tre ordini di riflessioni diverse. Queste sono riconducibili alla concreta parificazione dei compiti di cura dei genitori perseguita, all'effettività e all'efficacia delle regole introdotte a livello nazionale nell'estate 2022 e, infine, alla questione della declinazione gender neutral dei diritti del padre lavoratore e/o del genitore equivalente.

The A. analyzes the legislation supporting working parents at the EU and national levels after the transposition of dir. 2019/1158/EU. Tracing the amendments to the Maternity and Paternity Act, three different orders of reflections are introduced. These concern the concrete equalization of parental care duties, the effectiveness and efficacy of the rules introduced at the national level the in summer 2022, and, finally, the question of gender neutral declination of the rights of the working father and/or equivalent parent.

### **Keywords**

Congedo di paternità, congedo di paternità alternativo, congedo parentale in-trasferibile, secondo genitore equivalente.

Paternity leave alternative paternity leave, intransferable parental leave, second equivalent parent.

## Mariagrazia Militello

Tempi di lavoro e conciliazione.

L'orario di lavoro scelto come strumento di parità

**Sommario:** **1.** I tempi, il tempo, e l'orario. **2.** La regolazione *gender blind* dell'orario di lavoro e il tentativo di modifica della direttiva sull'orario di lavoro. **3.** L'orario di lavoro: una questione di genere. **3.1.** Il congedo parentale a ore e la flessibilità dell'orario **4.** L'orario di lavoro scelto come strumento di equilibrio tra vita e lavoro. **4.** La rivoluzione possibile e l'attesa tradita.

“Dignità è non dover essere costretta a scegliere tra lavoro e maternità”<sup>1</sup>.

### 1. *I tempi, il tempo, e l'orario*

“È tardi, è tardi, è tardi”<sup>2</sup>; così diceva Bianconiglio correndo da una parte all'altra del Paese delle meraviglie. Non c'è tempo, non c'è mai abbastanza tempo.

Che quella dell'equilibrio tra vita e lavoro, in termini generali, e tra lavoro produttivo e lavoro riproduttivo, in particolare, sia una questione di tempo, anzi di tempi, è un fatto incontrovertibile; che l'orario di lavoro sia una questione di genere lo è altrettanto<sup>3</sup>.

Si tratta di un profilo poco esplorato in verità, se non da una certa parte della dottrina, da sempre impegnata nel tentativo di mettere in luce gli effetti pregiudizievole che la tradizionale organizzazione del lavoro ha prodotto e continua a produrre sulle donne, all'interno del mercato del la-

<sup>1</sup> Discorso di insediamento di Mattarella, 03.02.2022.

<sup>2</sup> LEWIS CARROL, *Alice nel Paese delle meraviglie*, 1865.

<sup>3</sup> Sul punto cfr. più approfonditamente *infra* § 3.

voro e delle strutture sociali di cui esse fanno parte, tra cui, in primo luogo, la famiglia<sup>4</sup>.

A dispetto della scarsa attenzione ricevuta, tuttavia, la relazione tra il tempo e i tempi – di lavoro, di non lavoro, libero, liberato<sup>5</sup> – riveste un ruolo fondamentale e imprescindibile all'interno delle dinamiche che investono il tema dell'equilibrio tra attività professionale e vita privata e, ancora più nello specifico, tra tempi dedicati al lavoro produttivo e tempi dedicati al lavoro riproduttivo, di cura e assistenza. Come il tempo dedicato al lavoro riproduttivo è un tempo normalmente declinato al femminile, così il tempo del lavoro produttivo lo è al maschile.

È per questa ragione che il riferimento esplicito che la direttiva 1158/2019 sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare fa al tempo di lavoro quale strumento idoneo a favorire l'equilibrio tra vita e lavoro si rivela prezioso, per almeno due motivi. Poiché, anzitutto, si tratta della prima volta in cui il legislatore traccia con chiarezza il legame strumentale che esiste tra orario di lavoro ed equilibrio tra vita e lavoro; in secondo luogo, questo riconoscimento avviene attraverso l'introduzione di un diritto che consente al giudice di valutare le decisioni organizzative del datore di lavoro, fino a questo momento unilaterali e insindacabili. In ultimo, ma non in ordine di importanza, le disposizioni della direttiva, come noto, segnano un limite minimo che gli Stati possono – anzi, sono invitati a – superare prevedendo disposizioni che migliorino ulteriormente le condizioni dei lavoratori e delle lavoratrici<sup>6</sup>; punto, quest'ultimo, purtroppo del tutto disatteso dal nostro legislatore in occasione dell'attuazione della direttiva, come si vedrà più avanti.

<sup>4</sup> Cfr., per una panoramica di questa letteratura, PAVLOU, *Percorso di lettura sulla dottrina femminista del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2018, p. 709.

<sup>5</sup> Per un'ampia analisi delle categorie richiamate, cfr. i lavori monografici di RICCI G., *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, 2005; BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro*, Cacucci, 2008.

<sup>6</sup> “Per consentire a donne e uomini di realizzarsi sia personalmente che professionalmente, la Commissione farà sì che gli Stati membri recepiscano e attuino correttamente questa direttiva; li esorta inoltre ad andare al di là di tali norme minime in sede di riesame delle loro politiche e a garantire soluzioni efficaci”. Queste le parole della Commissione nel documento che contiene la *Strategia per la parità di genere 2020-2025*, COM(2020) 152 final.

## 2. *La regolazione gender blind dell'orario di lavoro e il tentativo di modifica della direttiva sull'orario di lavoro*

Fino ad oggi, la disciplina dell'orario di lavoro è stata concepita in maniera da non considerare in alcun modo né le esigenze personali dei lavoratori e delle lavoratrici né tantomeno le questioni di genere.

La parabola di una regolazione completamente *gender blind* ha raggiunto il suo apice con il naufragio del tentativo di riformare la direttiva europea 2003/88/CE. La proposta di modifica presentata nel 2008 dal Parlamento, prevedeva, infatti – tra le altre cose – sia l'obbligo per il datore di lavoro di informare con congruo anticipo i lavoratori delle modifiche del ritmo di lavoro sia il diritto dei lavoratori di chiedere modifiche dell'orario o del ritmo di lavoro per incontrare le proprie esigenze, con correlato obbligo a carico dei datori di lavoro di considerare tali richieste equamente, tenuto conto delle esigenze di flessibilità di entrambe le parti, con possibilità di rifiutarle “soltanto se gli inconvenienti organizzativi” fossero stati “sproporzionatamente maggiori del beneficio per il lavoratore”<sup>7</sup>.

Ed è significativamente proprio su questo punto che si sono concentrate le opposizioni prima del Consiglio e poi anche della Commissione. Quest'ultima, nel parere sulla posizione in seconda lettura del Parlamento del 4 febbraio 2009, ha affermato che la parte sulla flessibilità scelta dal lavoratore non poteva essere accolta perché avrebbe compromesso la possibilità di addivenire ad un accordo in un momento successivo e che, dunque, tali aspetti avrebbero potuto «essere affrontati più efficacemente in un altro contesto».

Tuttavia, ad oggi, nessuna delle iniziative intraprese è approdata ad una modifica della regolazione dell'orario di lavoro; dal canto suo, la direttiva di cui si discute, dopo un *iter* assai travagliato<sup>8</sup>, nel contesto di un approccio in-

<sup>7</sup> Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 17 dicembre 2008 che ha proposto numerosi emendamenti alla Posizione comune del Consiglio del 2008, tra cui il n. 11 riportato nel testo. Per un'ampia ricostruzione, cfr. GOTTARDI, *L'affossamento della revisione della direttiva europea sull'orario di lavoro per mancato equilibrio tra esigenze delle imprese ed esigenze delle persone che lavorano*, pp. 317-318 e LECCESE, *Le tendenze attuali e l'evoluzione del diritto comunitario in materia di tempi di lavoro: progetti di riforma della direttiva europea e giurisprudenza della Corte di giustizia*, pp. 340 ss., entrambi in VENEZIANI, BAVARO (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Bari, 2009.

<sup>8</sup> Per una ricostruzione dell'*iter* di approvazione della direttiva cfr. CHIEREGATO, *A work-life balance for all? Assessing the inclusiveness of EU Directive 2019/1158*, in *IJCL*, 2020, I, p. 62.

tegrato al tema dell'equilibrio tra vita e lavoro<sup>9</sup>, ha dedicato una parte importante all'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro che, però, per ovvie ragioni, non ha la stessa coerenza che aveva nella proposta di modifica della direttiva sull'orario di lavoro.

Ciò che l'esito interconnesso delle due diverse vicende legislative mostra con estrema chiarezza è la riluttanza esplicitamente manifestata ad accettare una modifica della disciplina dell'orario di lavoro che possa attribuire un peso qualificato alle esigenze personali del lavoratore e della lavoratrice – ivi comprese, ma non soltanto, quelle alla conciliazione – all'interno delle dinamiche contrattuali, attraverso un intervento capace di incidere su due aspetti cruciali quali, da una parte, la prevedibilità rispetto ai mutamenti dell'organizzazione dell'orario di lavoro che ridurrebbe l'impatto sull'organizzazione di vita dei lavoratori e delle lavoratrici di una gestione flessibile unilaterale, e, dall'altra, il diritto pieno ad incidere sulla modulazione dell'orario di lavoro. E ribadisce, in secondo luogo e di conseguenza, la rigidità di un assetto complessivo nel quale i temi dell'eguaglianza di genere e della conciliazione vita-lavoro sono da sempre collocati ai margini, lontani “dall'epicentro della regolazione normativa”<sup>10</sup>, e – per quanto qui in discussione – sullo sfondo della regolazione dell'orario di lavoro, volutamente ignorati<sup>11</sup>, a favore di una visione che è andata in senso diametralmente opposto.

Per cui se da una parte, è rimasta inascoltata la richiesta di adottare una “(...) organizzazione moderna del lavoro e del tempo di lavoro, rispondente ai bisogni dei lavoratori: quali orari di lavoro salubri e *una migliore conciliazione della vita professionale e della vita privata*”<sup>12</sup>; dall'altra, come è stato signifi-

<sup>9</sup> Cfr. IZZI, *Il work-life balance al maschile: a proposito di congedi dei padri*, in *LD*, 2020, p. 340; CARACCIOLLO DI TORELLA, *An emerging right to care in the EU: a “new start to support work-life balance for parents and carers”*, in *ERA Forum*, 2018, p. 187.

<sup>10</sup> GOTTARDI, *L'affossamento della revisione*, cit., p. 312.

<sup>11</sup> Si tratta di un aspetto già presente (ma ignorato) nella Bozza di Raccomandazione della Commissione del 1983, poi fallita, sull'orario di lavoro la conciliazione vita-lavoro era inserita nell'ambito di applicazione delle misure proposte. In particolare, il Consiglio invitava gli Stati membri a studiare “*the possibilities for reducing the amount of work performed by individuals during the whole period of their working life, which could be combined with other objectives such as (...) the sharing of parental responsibilities (...)*”. Cfr. sul punto ZBYSEWSKA, *Gendering european working time regimes. The working time directive and the case of Poland*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 123 e cap. II.

<sup>12</sup> Così sosteneva la CES in un documento distribuito in occasione del dibattito al Parlamento europeo sulla posizione da assumere nei confronti del testo da approvare relativo alla

ficativamente sottolineato, «ad onta della riscoperta del ‘diritto alla conciliazione’ la “rivisitazione” della disciplina sull’orario pare rinnegare in radice l’immagine di un ordinamento alla ricerca di un corretto equilibrio fra vita e lavoro”<sup>13</sup>. Gli interventi regolativi degli ultimi anni hanno ampliato i margini di gestione flessibile, in termini di durata e collocazione, della prestazione lavorativa, attraverso l’attribuzione di sempre maggiore spazio ad una autonomia individuale – non adeguatamente dotata di idonei contrappesi atti a preservare la posizione dei lavoratori – guidata dall’unico dichiarato obiettivo di rendere “più agevole l’organizzazione dell’orario di lavoro nell’impresa” a fini produttivi<sup>14</sup>. Un tale assetto normativo ha reso quello dell’organizzazione dei tempi di lavoro – già di per sé “ambito nel quale si condensano taluni tra i più tradizionali profili di dialettica tra flessibilità degli orari nell’interesse dell’impresa e flessibilità nell’interesse dei lavoratori”<sup>15</sup> – uno spazio, già insensibile alle tematiche di genere, addirittura ostile al tentativo di perseguire un migliore equilibrio tra vita professionale e vita familiare.

### 3. *L’orario di lavoro: una questione di genere*

Che la regolazione dell’orario di lavoro abbia un forte impatto di genere, in misura non meno importante che sull’equilibrio dei tempi<sup>16</sup>, non è di certo una questione nuova, al contrario di quanto traspaia dalla normativa attuale; e che, proprio per questa ragione, l’organizzazione del tempo di la-

modifica della disciplina dell’orario di lavoro per motivare la propria posizione contraria alla proposta fatta dal Consiglio. Lo racconta GOTTARDI, *op. cit.*, p. 312. Cfr. *infra* §3.1.

<sup>13</sup> MAZZOTTA, *Ragionare per modelli: conciliare lavoro e non lavoro nella crisi economica. Spunti per una riflessione*, in BALLESTRERO, DE SIMONE (a cura di), *Persone, lavori, famiglie*, cit., p. 12; NICCOLAI, *Orario di lavoro e resto della vita*, in *LD*, 2009, p. 247. Gli Autori concordano sul punto ricostruendo come la regolazione dell’orario di lavoro dettata nel 2003 abbia perfezionato la logica espansiva dello straordinario attraverso la negazione della rilevanza del consenso.

<sup>14</sup> Cfr. FENOGLIO, *L’orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, *ESI*, 2012, p. 111.

<sup>15</sup> LECCESE, *Le tendenze attuali e l’evoluzione del diritto comunitario in materia di tempo di lavoro: progetti di riforma della direttiva europea e giurisprudenza della Corte di giustizia*, in VENEZIANI, BAVARO (a cura di), *op. cit.*, p. 350.

<sup>16</sup> Sul tema della porosità dei tempi cfr. GENIN, *Proposal for a theoretical framework for the analysis of time porosity*, in *IJCL*, 2016, n. 3, p. 280 ss.; sia consentito anche rinviare a MILITELLO, *Il work-life blending nell’era della on demand economy*, in *RGL*, 2019, I, p. 47;

voro sia ormai un ambito di intervento ineludibile è un fatto tanto indiscutibile quanto finora scarsamente esplorato a livello normativo, salvo qualche tentativo sui cui si tornerà più avanti (§ 3.1).

Il rilievo che l'organizzazione dell'orario di lavoro ha sulla qualità della vita è ormai un dato acquisito, tanto da rappresentare uno dei più importanti indici di misurazione dello sviluppo economico e sociale dell'UE<sup>17</sup>; il che, sul versante della regolazione, si traduce nell'idea – non nuova, in verità – per la quale la modernizzazione della normativa in materia di regimi di orario debba consentire l'adattamento dei ritmi lavorativi alle esigenze della persona del lavoratore<sup>18</sup>, sulla base del principio per cui è l'organizzazione che deve modellarsi sull'uomo e non viceversa.

Questo principio, con specifico riguardo alla parità di genere e alla conciliazione, è stato tradotto principalmente nella necessità di adattare il lavoro ai bisogni della donna lavoratrice gravata da compiti di cura<sup>19</sup> e, di conseguenza, è stato implementato attraverso una generalizzata riduzione dell'orario di lavoro, che ha prodotto di fatto risultati controintuitivi.

L'Unione Europea, già a partire dagli anni '90, ha, infatti, fortemente promosso l'uso del *part-time* ritenendolo, in ragione proprio della riduzione dell'orario di lavoro, una misura utile a favorire l'ingresso delle donne nel mercato del lavoro e a rimuovere le disegualianze tra uomini e donne nel mercato e nella società. Benché il riferimento alla conciliazione contenuto nella direttiva di regolazione del *part-time* non fosse esplicitamente rivolto alle donne<sup>20</sup>; ovviamente questa tipologia di lavoro flessibile è stata nel tempo principalmente utilizzata proprio dalle donne (come peraltro ampiamente prevedibile), a causa della diseguale distribuzione del lavoro di cura all'interno della famiglia<sup>21</sup>. Del resto, come questo strumento abbia funzionato e quali conseguenze abbia prodotto è noto e

<sup>17</sup> Report on the Measurement of Economic Performance and Social Progress (CMEPSP) del 2009 [https://www.economie.gouv.fr/files/finances/finances/presse/dossiers\\_de\\_presse/090914mesure\\_perf\\_eco\\_progres\\_social/synthese\\_ang.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/finances/finances/presse/dossiers_de_presse/090914mesure_perf_eco_progres_social/synthese_ang.pdf).

<sup>18</sup> ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, II, Giuffrè, 1985, p. 486.

<sup>19</sup> TONARELLI, VALLAURI, *Povert  femminile e diritto delle donne al lavoro*, in *LD*, 2019, p. 177.

<sup>20</sup> “(...) misure che facilitino l'accesso al tempo parziale per uomini e donne (...) che vogliono conciliare vita professionale e familiare (...)” (considerando n. 5 dir. 97/81/CE).

<sup>21</sup> Si tratta di dati che vengono costantemente confermati. Cfr., da ultimo, EUROFOUND (2017), *Sixth European Working Conditions Survey - Overview report (2017 update)*, Publications Office of the European Union, Luxembourg.

sarà oggetto di specifico approfondimento<sup>22</sup>; pertanto non mi soffermerò sull'argomento.

Ciò che, invece, giova sottolineare in questa sede è l'approccio sotteso all'offerta del *part-time* quale strumento di conciliazione, rispondente ad una idea precisa del rapporto tra orario di lavoro e lavoro di cura, che non tiene conto dell'impatto che una certa *regolazione* dell'orario di lavoro ha sulla distribuzione tra i generi del lavoro produttivo e, dunque, sulla paritaria (in termini quantitativi e qualitativi) partecipazione di donne e uomini al mercato del lavoro e si limita ad offrirne la *riduzione*.

Tuttavia, è stato ampiamente dimostrato che la riduzione dell'orario di lavoro non favorisce una più equa ripartizione del lavoro di cura; anzi, finisce per riflettere nel mercato del lavoro le stesse differenze che si registrano nella distribuzione del lavoro di cura all'interno della famiglia<sup>23</sup>. E poiché si tratta di una modalità di lavoro dagli effetti penalizzanti (in termini di retribuzione, prospettive di carriera e pensione), più che la soluzione, il *part-time* ha rappresentato negli anni un ulteriore ostacolo al raggiungimento dell'obiettivo sia di un maggiore e migliore equilibrio tra vita personale e attività lavorativa sia della parità di genere nell'occupazione.

È rimasto dunque sullo sfondo il tema, invece centrale, di una regolazione dell'orario di lavoro di fatto ancora costruita intorno al prototipo di un lavoratore che non sia gravato o non intenda farsi carico del lavoro di cura, e che, quindi, non si trova (non può trovarsi) mai nella condizione di dover opporre un interesse personale alla richiesta di un orario di lavoro più lungo o a modifiche non programmate<sup>24</sup>, che tipicamente è un uomo. Questa scelta regolativa – motivata ovviamente dalla prevalenza di interessi meramente economici e produttivi – ha inevitabilmente avuto l'effetto di traslare il problema dell'equilibrio tra vita professionale e vita privata sul piano della ripartizione del lavoro di cura e assistenza interna alla famiglia, statisticamente rispondente ad una logica estremamente divisiva e sessista

<sup>22</sup> Per un puntuale approfondimento sul punto rinvio al contributo di ALESSI in questo Quaderno.

<sup>23</sup> Diverso sarebbe se si trattasse di una misura generalizzata. Per un recente studio che torna sui temi della riduzione dell'orario di lavoro cfr. DE SPIEGELAERE, PIASNA, *The why and how of working time reduction*, ETUI, 2017.

<sup>24</sup> Sul fatto che la regolazione dell'orario di lavoro ha sempre rappresentato un fattore decisivo nella riproduzione della divisione di genere dell'organizzazione del lavoro, cfr. ZBY-SZEWSKA, *Gendering European working time regimes*, cit., p. 31.

dei ruoli<sup>25</sup>. In altre parole, le difficoltà organizzative legate alla gestione dei tempi sono state riversate interamente su coloro che normalmente si occupano del lavoro riproduttivo, quindi le donne, costrette a conciliare sottraendo spazi all'una o all'altra attività, principalmente all'attività lavorativa. E la regolazione dei congedi – così come quella delle tipologie di lavoro flessibile – non aiuta a scardinare tale impostazione<sup>26</sup>.

L'inidoneità di questo approccio è un dato con il quale si è cominciato a fare i conti in tempi relativamente recenti.

La Commissione europea, all'interno della *Strategia per l'eguaglianza tra uomini e donne 2010-2015*, ha sottolineato il ruolo fondamentale della regolazione dell'orario di lavoro in un quadro di adozione di misure attive volte a garantire una più equa distribuzione del lavoro di cura<sup>27</sup>.

Diversi studi e ricerche hanno dimostrato come una cultura dell'orario di lavoro prolungato e rigido (cioè non adattabile alle esigenze del lavoratore), ma unilateralmente modificabile dal datore, porti a rafforzare le diseguaglianze di genere già esistenti. Secondo i dati di una recente ricerca condotta in Italia, più di un terzo delle intervistate ha indicato quali ostacoli prevalenti alla conciliazione «la quantità di ore di lavoro, la presenza di turni o di orari disagiati (lavoro pomeridiano o serale o nei fine settimana) e la rigidità nell'orario di lavoro»<sup>28</sup>.

Come si è detto *supra*, a livello sovranazionale, il rapporto tra parità e orario di lavoro è stato significativamente preso in considerazione in una fase del processo di modifica della direttiva sull'orario di lavoro, per riemergere poi in sede di approvazione della direttiva sull'equilibrio vita/lavoro dove il rapporto necessariamente strumentale che esiste tra la regolazione dell'orario di lavoro e la parità di genere è stato, per la prima volta, non solo riconosciuto ma anche codificato, attraverso la chiara riconduzione delle modalità di lavoro flessibili – in particolare, come si vedrà, l'orario di lavoro scelto (§3) –

<sup>25</sup> I dati emersi durante la pandemia confermano questo assunto, qualora ce ne fosse bisogno. Sul punto cfr. MARINELLI, *Gender gap e mercato del lavoro alla luce della pandemia: il punctum dolens è la ripartizione tra i generi dei compiti di cura genitoriali*, in RIDL, 2021, I, p. 65 ss.

<sup>26</sup> La trattazione dei congedi esorbita dall'oggetto di questo contributo. Rinvio pertanto al contributo di CALAFÀ.

<sup>27</sup> ZBYSZEWSKA, *Gendering European working time regimes*, cit., p. 3.

<sup>28</sup> SABBADINI, *Donne fra lavoro e conciliazione dei tempi di vita: un'Italia lontana dall'Europa*, in PAVOLINI (a cura di), *Welfare aziendale e conciliazione. Proposte e esperienze dal mondo cooperativo*, il Mulino, 2016.

tra gli strumenti utili a favorire l'equilibrio tra attività professionale e vita privata.

Malgrado la timidezza dell'approccio adottato – dovuta, come noto, alla necessità di addivenire ad un compromesso contemperando opposti interessi – l'espressa introduzione di un seme di regolazione dell'orario di lavoro nel complesso quadro della conciliazione consente oggi di prendere le mosse da una prospettiva radicalmente diversa rispetto al passato, per un ripensamento complessivo dell'organizzazione dell'orario di lavoro in un'ottica di genere che sia funzionale all'obiettivo non più soltanto dell'aumento ma anche, e soprattutto, del miglioramento dell'occupazione femminile. Tenendo, al contempo, presente che tale obiettivo non può prescindere dal necessario perseguimento di una parità effettiva che richiede un'equa distribuzione del lavoro di cura e di assistenza.

In una prospettiva di questo tipo, che impone di «andare oltre le misure che aiutano le donne a partecipare al mercato del lavoro, per introdurre misure che incoraggino gli uomini ad adeguare il proprio orario di lavoro e a rispondere alle proprie responsabilità»<sup>29</sup>, si rivela fondamentale l'introduzione di un diritto che consenta al lavoratore e alla lavoratrice di condizionare l'organizzazione del lavoro e dell'orario di lavoro alla tutela di esigenze legate alla cura, senza che ciò produca dei riflessi sulla prestazione lavorativa, fondato sul necessario presupposto per cui lavoratori e lavoratrici hanno pari responsabilità familiari<sup>30</sup>.

### 3.1. Il congedo parentale a ore e la flessibilità dell'orario

Quanto la modulazione dell'orario di lavoro sulla base delle esigenze personali dei lavoratori e delle lavoratrici sia rilevante per favorire un migliore equilibrio tra vita e lavoro lo dimostrano i tentativi portati avanti dai legislatori – sovranazionale e nazionale – pur con *focus* parzialmente diversi, da una parte attraverso la previsione del congedo parentale flessibile (introdotto dalla direttiva 2010/18 e attuato nel nostro ordinamento dal d.lgs.

<sup>29</sup> Così PAVLOU, *Percorso di lettura*, cit., p. 713 che riprende la proposta di ZBYSZEWSKA.

<sup>30</sup> È il presupposto della proposta femminista su cui si fonda il suggerimento per una riformulazione delle norme sull'orario di lavoro. Cfr. FUDGE, *Feminist reflections on the scope of labour law: domestic work, social reproduction, and jurisdiction*, in *Feminist legal studies*, 2014, pp. 1 ss., specialmente p. 27.

80/2015); dall'altra con la l. n. 53/2000, esperimento tanto fulgido quanto poco efficace. Ma lo dimostra, soprattutto, la scarsa – quando non nulla – capacità di tali strumenti di incidere sul cuore della regolazione del rapporto di lavoro, sul “*sancta sanctorum* delle prerogative datoriali”<sup>31</sup>.

Per quanto riguarda le modalità di fruizione del congedo parentale, già la direttiva 2010/18 aveva indicato agli Stati membri la necessità di stabilire che il congedo potesse essere accordato anche in modo frammentato o nella forma di un credito di tempo, tenendo conto delle esigenze dei datori di lavoro e dei lavoratori. Il legislatore italiano ha tardato a dare attuazione a questa previsione e lo ha fatto, in un primo momento, attraverso la legge di stabilità del 2013 con la quale ha aggiunto all'art. 32 del d.lgs. n. 151/2001 il co. 1*bis* che ha assegnato alla contrattazione collettiva il compito di stabilire le modalità di fruizione del congedo parentale su base oraria; e, successivamente, con il d.lgs. n. 80/2015, ha aggiunto al medesimo articolo il co. 3*bis* che contiene la regolazione applicabile in assenza di intervento della contrattazione collettiva. Benché, come anticipato, il punto di partenza di tale previsione sia, ancora una volta, marginale rispetto al cuore della regolazione del rapporto di lavoro, e abbia, in fondo, l'effetto ancora una volta di ridurre orario e retribuzione; tuttavia, essa mostra come l'esigenza di cura<sup>32</sup> possa imporsi sulle ragioni di organizzazione interne all'impresa, dal momento che il lavoratore o la lavoratrice che intenda usufruire del congedo parentale su base oraria può farlo con un preavviso piuttosto breve di due giorni<sup>33</sup>.

La direttiva 1158/2019 ribadisce la necessità che gli Stati membri adottino le misure necessarie per garantire la fruizione del congedo parentale anche secondo modalità flessibili e, anche in questo caso, il datore di lavoro è tenuto a prendere in considerazione le richieste e rispondervi alla luce delle proprie esigenze e di quelle del lavoratore, motivando l'eventuale rifiuto per iscritto entro un periodo di tempo ragionevole (art. 5, par. 6). Inoltre, le

<sup>31</sup> In questi termini ALESSI, in questo Quaderno.

<sup>32</sup> In questo caso, le esigenze di cura coincidono con la sola cura genitoriale, poiché trattandosi di una modalità di fruizione frazionata del congedo parentale, i beneficiari di tale diritto sono soltanto i genitori e non anche i *caregivers*, destinatari invece dei diritti alla flessibilità previsti dalla direttiva. Sul punto cfr. il contributo di BONARDI.

<sup>33</sup> Cfr. FENOGLIO, *Nuove modalità di fruizione del congedo parentale: un modello di “flessibilità buona”*, p. 75; NUNIN, *Il congedo parentale: nuovi limiti temporali dopo il d.lgs. n. 80/2015*, p. 67, entrambi in GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Giappichelli, 2016.

modalità flessibili di fruizione del congedo parentale devono essere offerte, per quanto possibile, al lavoratore quando, nel valutare le richieste di congedo parentale a tempo pieno, il datore di lavoro ritenga di dover rinviare la concessione del congedo, poiché quest'ultima potrebbe compromettere gravemente il buon funzionamento della sua organizzazione (par. 7). A partire da questa previsione, che imporrebbe al datore di lavoro di offrire la fruizione oraria del congedo quando a causa di una ipotesi grave e, in quanto tale, residuale, la concessione del congedo debba essere rinviata, si possono sviluppare almeno due riflessioni tra loro connesse: la prima riguarda il peso che, nel caso del riconoscimento del diritto al congedo parentale, hanno le esigenze personali del lavoratore e della lavoratrice rispetto a quelle organizzative del datore di lavoro; la seconda riguarda l'interessante parallelismo tra fruizione oraria del congedo parentale e diritto a richiedere variazioni dell'orario di lavoro per finalità conciliative e modifica dell'organizzazione del lavoro. In entrambe le ipotesi, sia quando il lavoratore chieda di fruire di un periodo di congedo parentale a ore sia quando faccia richiesta di una modalità di lavoro flessibile, come ad esempio un "calendario di lavoro flessibile", le sue esigenze personali hanno un impatto, che può ritenersi assai simile, sull'organizzazione e, dunque, sull'assetto degli interessi del datore di lavoro. Si potrebbe dedurre che, se la *ratio* del diritto al congedo parentale e del diritto a richiedere modalità di lavoro flessibile è la medesima, allora il lavoratore o la lavoratrice dovrebbe avere il diritto di far valere le proprie esigenze sull'organizzazione datoriale in entrambi i casi e non solo quando la richiesta si traduca in una riduzione dell'orario di lavoro, ma anche quando essa implichi la possibilità di scegliere (o il diritto di incidere su) una diversa articolazione dell'orario di lavoro<sup>34</sup>.

Resta vero comunque che, se da una parte, la modalità di fruizione oraria del congedo parentale sembra aderire ad un concetto di conciliazione o, meglio, di equilibrio in cui «le esigenze di cura dei figli non devono necessariamente richiedere la sospensione dell'attività lavorativa per un periodo di tempo prolungato ma possono essere perseguite mediante una diversa modulazione dell'orario di lavoro, alternando nella giornata periodi di lavoro e momenti riservati alla cura del bambino»<sup>35</sup>; dall'altra, ripropone la nota

<sup>34</sup> Si tratta di riflessioni che si è già avuto modo di formulare in altra sede; mi sia permesso pertanto di rinviare a MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2020, p. 163 ss.

<sup>35</sup> Così FENOGLIO, *Nuove modalità di fruizione*, cit., p. 71.

equazione per la quale l'unico modo di guadagnare tempo per il lavoro riproduttivo è sottrarlo a quello produttivo. Si tratta ancora una volta, dunque, di un istituto che pure se in qualche modo determina una modulazione dell'orario di lavoro lo fa da una prospettiva esterna e comunque in perdita, inadeguata ad incidere in maniera stabile sull'assetto degli interessi che sottende alla gestione del rapporto di lavoro.

Diverso, invece, e molto più affine a quello della direttiva, è l'approccio adottato dalla legge n. 53/2000, il cui art. 9, dedicato alle "misure per conciliare tempi di vita e tempi di lavoro" e fulgido esempio di un tentativo di flessibilizzazione dell'orario di lavoro con finalità di conciliazione, ha al contempo illuso per la sua portata innovativa e deluso per la sua scarsa efficacia. Il *focus* della disposizione, definita «anello di congiunzione delle relazioni tra dimensioni temporali differenziate della prestazione di lavoro»<sup>36</sup> e «specchio di una nozione complessa e dinamica di conciliazione» «fortemente condizionata all'eguaglianza in tutte le sue dimensioni»<sup>37</sup>, è sull'organizzazione del lavoro, con quell'obiettivo di adeguare il lavoro all'essere umano che si ritrova anche nella direttiva<sup>38</sup>.

Più volte rimaneggiato e arricchito, l'art. 9 punta sullo stretto legame esistente tra finalità di conciliazione e articolazione flessibile dell'orario, indicando tra le misure possibili particolari forme di flessibilità degli orari e dell'organizzazione di lavoro, quali part-time reversibile, telelavoro e lavoro a domicilio, banca delle ore, orario flessibile in entrata o in uscita, su turni e su sedi diverse, orario concentrato "con specifico interesse per i progetti che prevedano di applicare, in aggiunta alle misure di flessibilità, sistemi innovativi per la valutazione della prestazione e dei risultati". La precisazione contenuta in questo ultimo inciso – inserito nel 2009<sup>39</sup> – possiede delle importanti ricadute poiché incoraggia di fatto l'adozione di misure volte ad impedire che alla flessibilizzazione della prestazione lavorativa segua una diminuzione della retribuzione<sup>40</sup>, al fine di "evitare la margina-

<sup>36</sup> CALAFÀ, *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, p. 237.

<sup>37</sup> TINTI, *Conciliazione e misure di sostegno. Sulle azioni positive di cui all'art. 9 della legge n. 53/2000*, in *LD*, 2009, pp. 182-183.

<sup>38</sup> "adeguare il calendario di lavoro alle proprie esigenze e preferenze personali" (considerando n. 34); "adeguare l'organizzazione della vita professionale" (considerando n. 35).

<sup>39</sup> L'art. 9 è stato modificato dalla legge del 18 giugno 2009, n. 69.

<sup>40</sup> Benché da una prospettiva diversa e forse anche con diverse finalità, si parla da tempo della "riduzione del peso specifico del tempo, come parametro (unico e/o dominante) di com-

lizzazione dei soggetti che utilizzino misure di flessibilità per esigenze di conciliazione”<sup>41</sup>.

Malgrado le promesse, purtroppo, come noto, la legge 53/2000 non ha prodotto i risultati sperati. In particolare l'art. 9 citato, le cui potenzialità si erano subito rivelate enormi per l'aspirazione – fino a quel momento inesplorata in quei termini – di governare la complessità del rapporto tra conciliazione e flessibilità, ha scontato l'inattività di coloro che avrebbero dovuto garantirne il funzionamento, cioè gli attori sociali, la cui incapacità di cogliere l'opportunità rivoluzionaria di imprimere un mutamento definitivo alle dinamiche negoziali dei rapporti di lavoro ha condotto di fatto alla sparizione dell'art. 9, determinata definitivamente dalla progressiva cessazione dei finanziamenti<sup>42</sup>.

Quale sia il punto debole della disposizione, oltre alle difficoltà organizzativo/burocratiche e alla scarsa attivazione da parte della contrattazione collettiva, dovrebbe risultare abbastanza evidente. L'art. 9, formulato come un'azione positiva, richiederebbe uno sforzo bilaterale (dei datori di lavoro e della contrattazione collettiva) di comprensione reale della portata di un

misurazione della retribuzione”; in questi termini CARUSO, *La retribuzione e l'orario di lavoro «alla corte» della flessibilità (le manovre sull'orario di lavoro come strumento di flessibilizzazione della retribuzione)*, in *Quaderni DRI*, 1995, n. 15, p. 84; v. anche BAVARO, *Una questione sul tempo contrattuale di lavoro (a proposito di orario ridotto, modulato o flessibile)*, in *RGL*, 2004, I, p. 341 ss.

<sup>41</sup> In questi termini si esprime la relazione al d.d.l. n. 3284 le cui parole sono riportate da TINTI, *Conciliazione e misure*, cit., p. 188.

<sup>42</sup> Aveva parlato di definitiva cancellazione dell'esperienza dell'art. 9 dall'orizzonte del legislatore a seguito del silenzio mantenuto dalla legge delega n. 183/2014 CALAFÀ, *La delega alla conciliazione dei genitori al tempo dell'austerità*, in CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto II*, ADAPT Labour Studies – ebook serie n. 32, p. 154.

Nella legge di bilancio per il 2019 le “iniziative di conciliazione del tempo di vita e di lavoro...comprese le azioni di cui all'art. 9 della legge 8 marzo 2000 n. 53” sono indicate come destinatarie dei finanziamenti del “Fondo per le politiche della famiglia” (art. 1, co. 482, lett. n), l. n. 145/2018 e decreto del 30 aprile 2019). Parla in proposito di “riapparizione evanescente” dell'art. 9 TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *WPCSDLE “Massimo D'Antona”.IT - 419/2020*, p. 12.

In conseguenza alla sua menzione da parte della legge di bilancio per il 2019, la legge n. 53/2000 e l'art. 9 in particolare sono stati anche nominati nell'avviso #Conciliamo pubblicato nel 2019 dal Dipartimento per le Politiche della famiglia, con l'obiettivo di sostenere la realizzazione di progetti di welfare aziendale e di favorire la realizzazione di interventi capaci di impattare positivamente sulla qualità della vita dei lavoratori e delle lavoratrici (art. 1). Tra gli obiettivi il riequilibrio tra i carichi di cura tra uomini e donne e l'incremento dell'occupazione femminile (art. 2).

cambiamento capace di incidere sulla qualità della vita di lavoratori e lavoratrici – e, dunque, anche sulla produttività – a partire da attente modifiche dell’organizzazione e dell’orario di lavoro. Si è rivelato, invece, solo un modo per riprodurre – peraltro con fatica – una visione sbiadita e superata della conciliazione all’interno delle aziende per ottenere i finanziamenti previsti<sup>43</sup>.

Le difficoltà dei sindacati a maneggiare il rapporto tra conciliazione e organizzazione dell’orario di lavoro<sup>44</sup> mettendo mano ad una materia caratterizzata dalla «presenza di un numero imponente di fattispecie regolate e di eccezione alle singole regole»<sup>45</sup>, sono emerse con chiarezza, ad esempio, nella vicenda affrontata di recente dal Tribunale di Bologna che ha qualificato come discriminatoria nei confronti dei genitori lavoratori una modifica dell’organizzazione dell’orario di lavoro da parte dell’azienda, malgrado la presenza di un contratto collettivo “di filiera” che prevedeva “azioni positive” volte a migliorare la “conciliazione tra lavoro professionale e compiti di cura genitoriale”<sup>46</sup>.

L’esperienza maturata fin qui in seguito all’applicazione di istituti in cui – con scarsi risultati – il legislatore ha in qualche modo tentato di condizionare la gestione del rapporto di lavoro al fine di favorire un migliore equilibrio tra vita e lavoro, ha dimostrato ancora una volta la necessità, ormai da più parti avvertita e teorizzata<sup>47</sup>, di un intervento che riguardi direttamente

<sup>43</sup> Da una ricerca condotta su un campione di circa 70 contratti collettivi a quasi dieci anni dall’entrata in vigore della l. n. 53/2000 era risultato che il termine “conciliazione” non veniva mai usato nel senso inteso dalla legge; cfr. COSTANTINI, *Contrattazione collettiva nazionale e conciliazione fra lavoro e vita familiare: un rapporto difficile*, in *LD*, 2009, p. 122.

Molto spesso, i CCNL contengono un mero e generico rinvio al livello aziendale per la definizione di particolari norme riguardanti, tra le altre cose, azioni positive per la flessibilità di cui all’art. 9 l. 53/2000 (cfr., ad esempio, CCNL Terziario e Servizi 2019).

<sup>44</sup> È interessante notare come anche quando il tentativo è lodevole, riveli comunque l’incapacità di centrare il punto. Si veda, a titolo di esempio, l’Accordo a sostegno della genitorialità sottoscritto tra Gruppo Intesa Sanpaolo e le OO.SS OO.SS. FABI, FIRST/CISL, FISAC/CGIL, UILCA e UNISIN del 20 maggio 2022, che prevede un giorno di permesso retribuito, fruibile anche ad ore, per l’inserimento di ciascun figlio all’asilo nido e di ciascun figlio alla scuola materna, in luogo di un più utile regime di flessibilità oraria, in entrata e in uscita.

<sup>45</sup> Così GOTTARDI, *Introduzione in Mamme e papà che lavorano. Guida ai diritti*, 2004, p. 15.

<sup>46</sup> T. Bologna sez. lav., 31.12.2021, su cui SCARPONI, *Discriminazione e cura genitoriale: la modifica dell’orario imposta dal datore di lavoro è rilevante?* in <https://www.italianequalitynetwork.it/>.

<sup>47</sup> “Si avverte una crescente consapevolezza del fatto che la flessibilità dell’orario di lavoro può aiutare i lavoratori a conciliare la loro vita lavorativa e quella privata. (...) un orario di lavoro flessibile potrebbe dare ai lavoratori maggiori opportunità di adattare i loro tempi di lavoro ai bisogni individuali. In certe circostanze tali soluzioni potrebbero anche migliorare le

la regolazione dell'orario di lavoro, che non passi attraverso una flessibilizzazione dimidiata come nel caso del congedo parentale a ore né attraverso una misura esterna ed eventuale, come quella delineata dall'art. 9 della l. n. 53/2000.

Ed è proprio in questa direzione che la direttiva 1158/2019 ha compiuto importanti passi in avanti.

#### 4. *L'orario di lavoro scelto come strumento di equilibrio tra vita e lavoro*

“Quando hanno figli, le donne sono propense a dedicare meno ore al lavoro retribuito e a dedicare più tempo all'adempimento di responsabilità di assistenza non retribuite. È stato dimostrato che anche avere un familiare malato o dipendente ha un impatto negativo sull'occupazione femminile e porta alcune donne ad abbandonare completamente il mercato del lavoro”<sup>48</sup>. Al di là dell'uso, con riguardo al lavoro di cura, del verbo propendere<sup>49</sup> che implica una scelta laddove, in realtà in numerosi casi, gli spazi per una scelta reale sono invero assai ridotti, l'immagine evocata dall'affermazione contenuta in questo considerando è quella della coperta troppo corta che, in questo caso, è il tempo – unico – da distribuire tra lavoro produttivo e lavoro riproduttivo. Inevitabilmente, quando si allunga l'uno, si riduce l'altro, se mancano gli strumenti di adattamento e modulazione necessari.

In questo scenario, continua il legislatore, ciò che ha un impatto negativo sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare e, di conseguenza, sull'occupazione femminile sono la «crescente prevalenza di orari di lavoro prolungati e di orari di lavoro che cambiano» (considerando n. 10).

A partire da questa osservazione, la Direttiva ha indicato agli Stati membri la necessità che i lavoratori, genitori e prestatori di assistenza, siano messi nelle condizioni di potere adattare il calendario di lavoro alle proprie esigenze

pari opportunità in relazione all'occupazione e alla progressione delle carriere (...)”. In questi termini la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – Riesame della direttiva sull'orario di lavoro (prima consultazione delle parti sociali a livello dell'Unione europea ai sensi dell'art. 154 del TFUE) COM/2010/0106 def. Del 24 marzo 2010.

<sup>48</sup> Considerando 10.

<sup>49</sup> Nella versione italiana, c'è questa sfumatura ottativa che manca, ad esempio, nella traduzione inglese e francese e diventa, più verosimilmente, il risultato di un obbligo in quella spagnola. Sul punto, sia consentito un rinvio a MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, cit., p. 44-45.

e preferenze personali, attraverso «il diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili al 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 di fornire assistenza» (considerando 34).

È chiaro che, in termini generali, il riferimento alle modalità di lavoro flessibili include il lavoro a distanza e la riduzione dell'orario di lavoro<sup>50</sup>. Tuttavia, alla luce di quanto argomentato *supra* in ordine all'importanza di un intervento diretto sull'orario di lavoro inteso a favorire un migliore equilibrio tra attività professionale e vita privata, e attesi i vani tentativi fin qui condotti, è altrettanto evidente che il legislatore ha inteso puntare quanto più possibile il *focus* sull'*orario di lavoro scelto* quale strumento principale di adattamento dell'attività lavorativa alle esigenze personali, come dimostra peraltro la formulazione dell'art. 9 che, nel regolare le condizioni di utilizzo delle modalità di lavoro flessibili, si riferisce espressamente e soltanto al diritto dei lavoratori con figli fino a una determinata età e dei prestatori di assistenza “di chiedere orari di lavoro flessibili”.

Si tratta di un punto imprescindibile che non può semplicemente essere “diluito” all'interno di generiche previsioni sull'uso prioritario del lavoro agile (sul punto si veda il contributo di ALESSI). Una soluzione del genere sarebbe in chiaro contrasto con l'incontrovertibile intenzione del legislatore di introdurre un autonomo diritto alla gestione flessibile dell'orario di lavoro da parte dei lavoratori e delle lavoratrici alla luce delle esigenze personali.

Nonostante quello di chiedere orari di lavoro flessibili sia un diritto cui non corrisponde un obbligo di accoglimento<sup>51</sup>, il legislatore ha tuttavia previsto che il datore di lavoro sia tenuto a prendere in considerazione le richieste di modalità di lavoro flessibili e a rispondere entro un periodo di tempo ragionevole sia alla luce delle proprie esigenze sia di quelle del lavoratore; inoltre deve anche motivare l'eventuale rifiuto o richiesta di rinvio.

Si tratta di una prescrizione non irrilevante poiché impone al datore di effettuare un bilanciamento di contrapposti interessi e di renderlo esplicito nella motivazione della decisione finale che potrà, dunque, essere contestata e sindacata dal giudice, alla luce di un parametro che non coincide più con

<sup>50</sup> Sul punto si rinvia al contributo di ALESSI in questo Quaderno.

<sup>51</sup> Sulle implicazioni di tale previsione per i prestatori di assistenza e sulle modalità di esercizio del relativo diritto, cfr. il contributo di BONARDI in questo Quaderno.

quello della ragionevolezza e della buona fede<sup>52</sup> e non soltanto con quello della discriminazione, ma con il diritto fondamentale alla conciliazione<sup>53</sup> che contiene anche il diritto alla cura<sup>54</sup> e all'assistenza<sup>55</sup>.

In qualche occasione la giurisprudenza ha già affermato l'interesse del lavoratore al mantenimento del medesimo orario di lavoro e il corrispondente obbligo del datore di lavoro di comunicare eventuali variazioni con congruo preavviso per permettere al dipendente una "ragionevole programmazione del proprio tempo in relazione agli impegni lavorativi"<sup>56</sup>; e lo ha fatto fondando tali decisioni sul necessario rispetto della dignità del lavoratore, letta anche alla luce dell'art. 32 della Costituzione, giacché "il tempo libero ha una sua specifica importanza stante il rilievo sociale che assume lo svolgimento, anche per il lavoratore a tempo pieno, di attività sportive, ricreative, culturali, sociali, politiche, scolastiche, ecc. (...)".

La questione – non si dice nulla di nuovo – è assai ampia e dibattuta e riguarda il rapporto tra la discrezionalità che il datore di lavoro ha di variare la collocazione temporale della prestazione lavorativa e i limiti di tale potere, ovvero l'esistenza di uno spazio "per un bilanciamento fra legittimo esplicarsi

<sup>52</sup> Cfr. la risposta ad un interpellato da parte del Ministero del lavoro in base alla quale «il datore di lavoro, ancorché non presenti progetti di richiesta di contributi per la promozione di azioni volte ad incentivare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, non è esonerato dal dovere di leale collaborazione sotto i profili della buona fede, correttezza e ragionevolezza nello svolgimento del rapporto di lavoro», dovendo, di conseguenza «valutare con la massima attenzione ogni soluzione utile ad agevolare l'assolvimento della funzione genitoriale del dipendente, in particolare attraverso una diversa organizzazione del lavoro o una flessibilizzazione degli orari» (Min. Lav., Interpello n. 68/2009 del 31 luglio 2009). Sul punto VOZA, *Le misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, in *Lavoro nella giur.*, 2015, n. 1, p. 15.

<sup>53</sup> CARACCIOLLO DI TORELLA, *Is there a fundamental right to reconciling work and family life in the EU?* in BUSBY-JAMES (a cura di), *Families, Care-giving and Paid Work: Challenging Labour Law in the 21st Century*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 52-65.

<sup>54</sup> Con riferimento ai motivi per cui i diritti dei bambini non sono mai stati contemplati dal quadro regolativo della conciliazione, cfr. JAMES G., *Forgotten children: work-family reconciliation in the EU*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 34:3, 2012, pp. 363 ss.

<sup>55</sup> Sulle implicazioni di tale assetto cfr. il contributo di BONARDI, in questo Quaderno.

<sup>56</sup> Trib. Lecce, 18 agosto 2003; Trib. Bologna, 10 aprile 2007; Cass., 21 maggio 2008, n. 12962, in *RIDL*, 2008, II, p. 825 con nota di BOLEGO, *Sul potere del datore di lavoro di variare la collocazione dell'orario nel full time* e ivi per la giurisprudenza precedente in senso conforme. Sul punto v. anche FENOGLIO, *Il filo rosa intessuto nel diritto del lavoro: un'analisi gender sensitive degli interventi legislativi dell'ultimo triennio*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* - 239/2015, p. 16.

del potere organizzativo dell'imprenditore ed esigenze di vita del prestatore di lavoro"<sup>57</sup>.

Rispetto al passato, però, il quadro normativo è mutato e il riconoscimento dell'incidenza dell'organizzazione del lavoro e dell'orario di lavoro sul perseguimento degli obiettivi di equilibrio tra vita e lavoro e, di conseguenza, sulla parità di genere, è di certo un passaggio cruciale nel processo di attribuzione di autonomo rilievo alle esigenze personali all'interno della relazione contrattuale di lavoro. Il diritto alla conciliazione – ormai parte, a pieno titolo, dell'ordinamento di tutela multilivello – inteso quale contenitore di diritti tra cui, non da ultimo, il diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque che comprende il principio dell'adeguamento del lavoro all'essere umano, può costituire un efficace contrappeso alle esigenze organizzative del datore di lavoro.

Il modo in cui il diritto alla conciliazione, letto alla luce di quanto disposto dalla direttiva, è in grado di condizionare il delicato equilibrio tra esigenze contrapposte, può essere bene descritto a partire dall'analisi della sentenza *Mesonero*<sup>58</sup>.

Il caso riguardava la richiesta avanzata da un lavoratore turnista di essere assegnato esclusivamente al turno mattutino, mantenendo lo stesso numero di ore lavorative, senza riduzione della retribuzione, per occuparsi dei suoi figli, fondata su un articolo della *Ley del Estatuto de los Trabajadores* (art. 34, par. 8) in base al quale «il lavoratore ha il diritto di modificare la durata e la distribuzione dell'orario di lavoro per rendere effettivo il diritto di conciliare vita personale, vita familiare e vita professionale, secondo le modalità stabilite nel contratto collettivo o concordate con il datore di lavoro nel rispetto, in ogni caso, di quanto previsto da tale contratto collettivo (...)». Poiché, però, nessun accordo collettivo aveva dato attuazione alla norma né esisteva un accordo individuale tra le parti, il datore di lavoro aveva respinto la richiesta.

Il giudice del rinvio aveva, poi, deciso che la domanda del lavoratore potesse essere fondata su un altro articolo (art. 37, par. 6) che assegna al lavoratore il diritto di richiedere una riduzione dell'orario di lavoro quotidiano per far fronte ad esigenze di conciliazione. Tuttavia, poiché, secondo le statistiche sul censimento del 2011 elaborate dall'Istituto nazionale di statistica spagnolo, risultava che il 23,79% dei lavoratori di sesso femminile avesse ri-

<sup>57</sup> NICCOLAI, *Orario di lavoro*, cit., p. 244.

<sup>58</sup> Corte di giustizia, 18 settembre 2019, C-366/18, *Mesonero c. UTE Luz Madrid Centro*.

dotto il proprio orario di lavoro di oltre un mese per occuparsi dei figli, mentre la percentuale di lavoratori di sesso maschile era del 2,05%, aveva sollevato dubbi sul fatto che la norma applicabile integrasse una ipotesi di discriminazione indiretta nei confronti delle lavoratrici, principali utilizzatrici del congedo parentale. Per tale ragione, sospeso il giudizio, il Tribunale aveva sottoposto alla Corte di giustizia una domanda pregiudiziale chiedendo se «la direttiva 2010/18 nonché l'art. 23 e l'art. 33, par. 2, della Carta debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede il diritto per un lavoratore, al fine di prendersi direttamente cura di minorenni o di familiari a carico, di ridurre il proprio orario di lavoro quotidiano, con una riduzione proporzionale della retribuzione, senza potere, quando il suo regime di lavoro normale è a turni con un orario variabile, beneficiare di un orario di lavoro fisso, mantenendo il proprio orario di lavoro quotidiano».

Purtroppo, la Corte di giustizia ha ritenuto di dover limitare la propria pronuncia all'interpretazione della direttiva 2010/18 e, avendo escluso che la situazione concreta rientrasse nella sfera di applicazione della stessa, ha deciso di dichiarare la irricevibilità della domanda riferita all'interpretazione degli articoli 23 e 33, par. 2, alla luce dell'art. 51, par. 2, della Carta.

Al di là delle possibili osservazioni in ordine allo scarso rilievo che la Carta assume nelle pronunce della Corte di giustizia e alla evasività con cui la Corte ha risolto la questione dell'esistenza di un diritto potestativo nella scelta del proprio orario di lavoro, sulla base delle esigenze personali<sup>59</sup>; è senza dubbio verosimile che la sentenza avrebbe potuto avere un esito differente qualora fosse stata già applicabile la direttiva 1158/2019, per almeno due ragioni: in primo luogo perché essa contempla un esplicito diritto a richiedere modalità di lavoro flessibili per finalità di cura o di assistenza che la dir. 2010/18 non contiene<sup>60</sup>, che avrebbe consentito di ricondurre la fattispecie

<sup>59</sup> «L'unica disposizione dell'accordo quadro sul congedo parentale relativa alle modifiche dell'orario di lavoro è la clausola 6, punto 1, di quest'ultimo, ai sensi della quale gli Stati membri e/o le parti sociali prendono le misure necessarie per garantire ai lavoratori che «stornano dal congedo parentale» la possibilità di richiedere modifiche dell'orario lavorativo e/o dell'organizzazione della vita professionale per un periodo determinato» (punto 46). «Nel caso di specie, il sig. Ortiz Mesonero, il cui regime di lavoro abituale è a turni con un orario variabile, intende beneficiare di un adeguamento dell'orario di lavoro per poter lavorare ad un orario fisso. Dalla decisione di rinvio non risulta che egli si trovi in una situazione di ritorno dal congedo parentale ai sensi della clausola 6, punto 1, del menzionato accordo quadro» (punto 47).

<sup>60</sup> «(...) né la direttiva 2010/18 né l'accordo quadro sul congedo parentale contengono

concreta all'interno del suo ambito di applicazione; in secondo luogo, e di conseguenza, poiché questo avrebbe permesso alla Corte di utilizzare anche l'art. 33, par. 2 della Carta e il diritto alla conciliazione in esso sancito<sup>61</sup> all'interno del suo processo interpretativo.

In qualche modo, questo è ciò che è già avvenuto in alcune corti di merito italiane, che hanno stigmatizzato le difficoltà incontrate dai lavoratori e dalle lavoratrici a conciliare lavoro e cura dei figli a causa di rigide organizzazioni del lavoro e dell'orario di lavoro, pur utilizzando quale parametro di valutazione della legittimità non il diritto alla conciliazione e il conseguente diritto ad un orario di lavoro scelto per ragioni di cura, ma il divieto di discriminazione legato alla condizione di genitori.

In una prima pronuncia, il Tribunale di Firenze<sup>62</sup> ha ritenuto illegittima un'organizzazione del lavoro e dell'orario di lavoro rigida risultato di due ordini di servizio adottati dall'Ispettorato Territoriale del Lavoro poiché potenzialmente indirettamente discriminatori nei confronti “dei genitori lavoratori (soggetti portatori del fattore di rischio costituito dalla maternità o paternità, v. art. 25, co. 2-bis d.lgs. n. 198/2006) e, in particolare, delle lavoratrici madri (soggetti che cumulano il fattore di rischio costituito dal sesso femminile con il fattore di rischio costituito dalla maternità)”.

In occasione di una vicenda altrettanto discussa cui si è già accennato *supra*<sup>63</sup>, il Tribunale di Bologna ha qualificato come indirettamente discriminatoria nei confronti delle lavoratrici madri “l'imposizione, a regime, di un orario basato su doppio turno alternato a tutti i dipendenti non (...) strettamente necessaria per il conseguimento delle finalità perseguite” rappre-

disposizioni che possono imporre agli Stati membri, nell'ambito di una domanda di congedo parentale, di accordare al richiedente il diritto di lavorare ad un orario fisso allorché il suo regime di lavoro normale è a turni con un orario variabile” (punto 48).

<sup>61</sup> Sulla portata del diritto sancito dall'art. 33 dedicato alla vita familiare e alla vita professionale cfr., *ex aliis*, FENOGLIO, *Art. 33. Vita familiare e vita professionale*, in MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA, PAPPALARDO, RAZZOLINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2017, p. 631 ss.; GIORGIS, Sub art. 33, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, il Mulino, 2001, 237.

<sup>62</sup> Trib. Firenze, 22.10.2019, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 4, II, p. 659; in *ADL*, 2020, p. 736 con nota di RECCHIA, *Discriminazione collettiva indiretta e risarcimento del danno in funzione punitiva*; in *RGL*, 2020, II, p. 309 con nota di SANTOS FERNANDEZ, *Orario di lavoro aziendale e discriminazione delle lavoratrici e dei lavoratori con figli piccoli*.

<sup>63</sup> Cfr. nota 41.

sentate, secondo l'azienda, dalla necessità di garantire la piena sicurezza sul lavoro di lavoratori e lavoratrici soprattutto durante la pandemia.

In entrambi i casi, i giudici hanno sostenuto la natura discriminatoria di una organizzazione dell'orario di lavoro in grado, o potenzialmente in grado<sup>64</sup>, di creare delle difficoltà ai genitori lavoratori, alla luce della disposizione contenuta nell'art. 25, co. 2-bis del d.lgs. n. 198/2006; in questo modo riconoscendo la diretta incidenza della regolazione dell'orario di lavoro sulla distribuzione del lavoro di cura e, di conseguenza, sulla parità di genere, in un contesto in cui l'interesse personale alla conciliazione ha evidentemente assunto una portata e un ruolo inediti.

Al di là del legame tra modifica dell'organizzazione dei tempi di lavoro che incida sulle esigenze di cura personale e familiare e divieto di discriminazione, su cui sono state già fatte da altri delle osservazioni<sup>65</sup>; il valore aggiunto offerto dalla direttiva 1158/2019 consiste nell'aver collocato un ulteriore tassello nel quadro di una regolazione possibile, fondato su un diritto all'equilibrio dei tempi, destinato ad incidere sulla nozione oggettivata di tempo-lavoro, che rinvia ad una misurazione del rendimento non legata all'orario di lavoro ma fondata sulla «connessione funzionale del “tempo lavorativo” al “tempo di vita”»<sup>66</sup> all'interno di uno schema inedito in cui il potere dell'organizzazione cede di fronte alle esigenze personali dei lavoratori, di modo che la prestazione lavorativa non sia più condizionata dal peso del lavoro di cura o di assistenza.

#### 4.1. *La rivoluzione possibile e l'attesa tradita*

Con riguardo al profilo appena delineato, dunque, l'indicazione del diritto ad un orario di lavoro scelto quale esplicito e necessario strumento per il perseguimento di un maggiore e migliore equilibrio tra attività professionale e vita privata, strettamente connesso al meta-principio della parità di genere<sup>67</sup>,

<sup>64</sup> Interessanti le osservazioni dei giudici in ordine all'elemento del particolare svantaggio richiesto ai fini della configurabilità di una ipotesi di discriminazione indiretta. Sul punto cfr. SCARPONI, cit.

<sup>65</sup> Si veda in proposito il contributo di ALESSI, in questo Quaderno.

<sup>66</sup> BAVARO, *Il tempo nel contratto*, cit., spec. pp. 270-271.

<sup>67</sup> Sulla natura di meta-principio del principio di eguaglianza e non discriminazione, cfr. BARBERA, *Principio di eguaglianza e non discriminazione*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019, p. 34.

ha ingenerato grandi aspettative che si sono trasformate inevitabilmente in trepidante attesa per il compimento della rivoluzione possibile.

L'attesa, purtroppo, è stata tradita dalla ingenerosa attuazione della direttiva da parte del decreto legislativo del 30 giugno 2022, n. 105.

Carente sotto diversi profili per l'analisi dei quali si rinvia ai contributi presenti in questo Quaderno, il decreto ha totalmente ignorato il riferimento alla flessibilità dell'orario di lavoro introdotto dal legislatore sovranazionale che, nella dinamica di un approccio integrato al tema dell'equilibrio – come si è cercato di argomentare – riveste un ruolo tutt'altro che residuale.

Si può presumere che il legislatore – del tutto erroneamente peraltro – abbia ritenuto di aver adempiuto agli obblighi imposti dalla direttiva con i pochi riferimenti alla flessibilizzazione organizzativa contenuti nel c.d. *Family Act* approvato con l. 7 aprile 2022, n. 32<sup>68</sup>, in particolare con l'art. 4 che, nel delineare i principi e i criteri direttivi della delega al Governo per l'adozione dei decreti legislativi «per il riordino e il rafforzamento delle misure volte a incentivare il lavoro femminile e la condivisione della cura e per l'armonizzazione dei tempi di vita e di lavoro», prevede degli incentivi per i datori di lavoro che applicano le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro, stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale che, ai fini dell'armonizzazione dei tempi di vita e di lavoro, prevedono modalità di lavoro flessibile con facoltà dei lavoratori di chiedere, secondo le previsioni dei medesimi contratti, il ripristino dell'originario regime contrattuale (art. 4, co. 2 lett. b)).

Oltre al fatto che l'adozione dei suddetti decreti è prevista nei 24 mesi successivi all'entrata in vigore della legge, ben oltre il termine fissato dalla direttiva per la sua attuazione; le scarse indicazioni contenute nell'art. 4 rinviano, ancora una volta, ad un intervento – eventuale – della contrattazione collettiva che si è già dimostrato un mezzo inadeguato all'implementazione di misure di organizzazione del lavoro legate all'armonizzazione dei tempi. E la previsione dell'incentivo destinato ai datori di lavoro che applichino eventuali contratti collettivi che prevedano tali misure non aggiunge nulla,

<sup>68</sup> Il PNRR parla, con riguardo al *Family Act*, di recepimento anticipato di quanto previsto dalla direttiva (UE) 2019/1158 (“Sono altresì previste misure volte alla modulazione graduale della retribuzione del lavoratore, nei giorni di astensione per malattia dei figli, nonché misure premiali per i datori di lavoro che realizzino politiche atte a promuovere una piena armonizzazione tra vita privata e lavoro, quali, ad esempio, il lavoro flessibile, il lavoro agile e il telelavoro”).

anzi fa il paio con l'accesso al Fondo per le politiche per la famiglia previsto dall'art. 9 della l. n. 53/2000. Si tratta, insomma, di una strada già percorsa che ha generato scarsi risultati sul piano delle politiche di conciliazione perseguite dalle imprese e nessun cambiamento su quello della gestione della prestazione lavorativa.

Quanto alle misure da adottare, la disposizione fa un generico riferimento a modalità di lavoro flessibile finalizzate all'armonizzazione dei tempi di vita e di lavoro che se, da una parte, non pone vincoli, dall'altra, rischia di indirizzare implicitamente verso istituti noti e già altrove regolati come strumenti destinati alla conciliazione, come il part-time o il lavoro a distanza<sup>69</sup>.

Nella medesima prospettiva, le imprese potrebbero, ad esempio, essere incentivate ad adottare politiche utili alla conciliazione anche al fine di ottenere la certificazione di parità prevista dall'art. 46-*bis* del d.lgs. n. 198/2006 introdotto dalla legge n. 162/2021, i cui parametri sono stati definiti dal decreto adottato dalla Ministra per le pari opportunità il 29 aprile 2022<sup>70</sup>; d'altronde, però, l'ipotesi in cui il datore di lavoro non adotti (o si rifiuti di adottare) misure di modulazione dell'orario di lavoro a fini di conciliazione non è esplicitamente contemplata tra quelle per le quali è prevista la sanzione dell'impossibilità di conseguire la suddetta certificazione.

Il quadro complessivo, dunque, è tutt'altro che convincente.

La direttiva, tuttavia, ha segnato un punto di non ritorno introducendo un nuovo modo di concepire gli strumenti idonei a favorire il perseguimento di un migliore equilibrio tra vita e lavoro, e tra questi l'organizzazione flessibile del lavoro e dell'orario di lavoro riveste un ruolo primario. Si tratta di un mutamento di prospettiva potenzialmente in grado – anche se non nel breve periodo – di condizionare la gestione della prestazione lavorativa e, *di conseguenza*, la ripartizione dei carichi di cura e di assistenza.

La riconduzione delle modifiche dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro che incidano sulle esigenze di cura personale e familiare sotto l'ombrello protettivo del diritto antidiscriminatorio è di certo un passaggio importante, anche perché fondato anch'esso sull'osservazione del necessario legame tra orario di lavoro, genitorialità e parità di genere; ma non

<sup>69</sup> Si veda sul punto il contributo di ALESSI.

<sup>70</sup> Il decreto a sua volta rinvia ai parametri di cui alla Prassi di riferimento UNI/PdR 125:2022. In argomento cfr. ZAPPALÀ, *La parità di genere al tempo del PNRR: tra trasparenza, certificazione e misure premiali*, in LDE, 2022.

è sufficiente perché tende a riconoscere tutela a chi è già coinvolto nel lavoro di cura e assistenza<sup>71</sup>, senza incentivare chi *ancora* non lo è. E, nell'ottica della redistribuzione dei carichi di cura e assistenza, è proprio quello l'obiettivo da perseguire.

A tal fine, è necessario un intervento di regolazione dell'orario di lavoro che possa introiettare quelle modifiche utili a garantire la programmabilità dei tempi<sup>72</sup> e a ridurre l'impatto della flessibilità sull'organizzazione di vita dei lavoratori e delle lavoratrici<sup>73</sup>; da una parte limitando il potere del datore di lavoro di modificare l'organizzazione dell'orario di lavoro e, dall'altra, attribuendo un peso qualificato ai bisogni personali di genitori e *caregivers* all'interno della relazione contrattuale di lavoro, capace di controbilanciare le esigenze produttive e organizzative<sup>74</sup>.

Si tratta di invertire la rotta seguita fin qui e sovvertire dalle fondamenta i principi stessi della gestione della prestazione lavorativa, e di certo, non è un cambiamento di poco conto. Non è più soltanto una questione di peso del consenso dei lavoratori (per quanto importante) quanto di organizzazione condivisa. Gli strumenti potrebbero essere diversi: una pianificazione periodica del lavoro e dell'orario di lavoro da sottoporre ai dipendenti e modificabile in base alle richieste del personale; la previsione di un orario di lavoro flessibile, in entrata e in uscita, o di un orario concentrato; la definizione di eventuali riunioni in orari che non rendano difficile accompagnare i figli a scuola oppure andarli a prendere; la previsione di un sistema per la gestione delle richieste dei lavoratori; ma su tutto il diritto a modulare il lavoro in base ai bisogni di cura e assistenza a meno che non sia impossibile in *casi* e *per esigenze eccezionali*<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> Qualificare come discriminazione di genere la discriminazione subita dai genitori lavoratori a causa di organizzazioni del lavoro e dell'orario di lavoro che rendono difficile la conciliazione rischia di aderire ancora ad una visione parziale per cui la discriminazione riguarda comunque "in particolare le lavoratrici madri" (T. Bologna, citato).

<sup>72</sup> Sulla questione della "programmabilità" dei tempi da parte del lavoratore intesa come riequilibrio dei poteri sul tempo, cfr. BAVARO, *Il tempo nel contratto*, cit., p. 277.

<sup>73</sup> Cfr. LECCESE, *Le tendenze attuali*, cit., p. 351.

<sup>74</sup> Per promuovere l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare è importante che la flessibilità sia favorevole ai dipendenti, vale a dire che i dipendenti possano mantenere il controllo su determinate dimensioni dell'occupazione, come ad esempio l'orario di lavoro. Così la Commissione europea (COM(2017) 252 final); Eurofound (2015), *Policies to improve work-life balance*.

<sup>75</sup> La locuzione "limitato a casi ed esigenze eccezionali", ad esempio, riferita alla motiva-

Che si accolga o meno l'interpretazione circa la sua diretta applicabilità<sup>76</sup>, l'art. 9 contempla con estrema chiarezza un diritto destinato ad incidere sulle dinamiche decisionali aziendali; come minimo per il fatto che, da ora in poi, nella definizione dell'organizzazione del lavoro e dell'orario di lavoro, le imprese saranno tenute a considerare la richiesta di lavoratori e lavoratrici di adattare l'orario di lavoro in funzione delle loro esigenze e non solo; ciascun diniego o rinvio dovrà essere adeguatamente motivato e la motivazione sarà sindacabile, come sindacabile sarà l'operazione di bilanciamento effettuata dal datore di lavoro, alla luce – come suggerito dalla direttiva stessa (considerando 36) – della durata richiesta, delle risorse e della capacità operativa di offrire tali modalità, che suggerisce uno scrutinio circa l'impossibilità di trovare una soluzione alternativa<sup>77</sup>.

Si tratta solo di capire se le imprese (con l'aiuto degli attori collettivi) si predisporranno ad un cambiamento radicale oppure se preferiranno difendere le loro prerogative nelle aule dei Tribunali nazionali e sovranazionali, insieme al legislatore che fino ad oggi ha contribuito a preservarle, ignorando le indicazioni contenute nella direttiva.

Non sarà un'impresa facile. La strada verso la regolazione di un orario di lavoro realmente in grado di adattarsi, modellandosi sulle esigenze personali dei lavoratori che assicuri, migliorando l'equilibrio tra vita e lavoro, una più equa ripartizione delle responsabilità di cura e assistenza, sembra in salita; ma, in un'ottica di modernizzazione dei tempi<sup>78</sup> di vita funzionale al perseguimento della parità di genere, resta ancora il traguardo più importante da raggiungere.

zione dell'eventuale dissenso opposto dalla Pubblica Amministrazione alla richiesta di assegnazione temporanea è stata inserita all'art. 42 *bis* del TU dall'art. 14, co. 7 della l. n. 124/2015 al fine di rendere il diritto sancito a favore dei genitori con figli minori fino a tre anni di età, preminente rispetto alle ordinarie esigenze di servizio dell'amministrazione (così di recente, cfr. sentenza T.A.R. Bologna, sez. I, 13 febbraio 2020, n. 1377).

<sup>76</sup> In senso positivo, e condivisibilmente, ALESSI in questo Quaderno.

<sup>77</sup> BELL, *Work-Life Balance and the Right to Request Flexible Working*, in *Regulating for Globalization*, 21 giugno 2019, <http://regulatingforglobalization.com>.

<sup>78</sup> BAVARO, *Il rapporto di lavoro a tempo parziale*, in BROLLO (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Ipsoa, 2001, p. 32.

### **Abstract**

L'A. analizza il ruolo del tempo di lavoro all'interno dell'approccio organico al tema dell'equilibrio tra attività professionale e vita privata disegnato dalla direttiva 1158/2019/UE, con particolare riguardo all'importanza dell'orario di lavoro scelto, inteso quale diritto del lavoratore e della lavoratrice a modulare l'orario di lavoro in funzione delle proprie esigenze personali, delineato dall'art. 9. L'analisi svolta mette anche in evidenza come, nonostante l'inadeguata attuazione della disposizione da parte del d.lgs. n. 105/2022, il diritto alla flessibilità dei tempi sia uno strumento necessario per favorire una più equa ripartizione delle responsabilità familiari funzionale al perseguimento dell'obiettivo della parità di genere.

The Author analyzes the role of working time within the organic approach to the issue of the balance between professional activity and private life designed by Directive 1158/2019/EU, with particular regard to the importance of the flexible working time, as a right of the worker to modulate working time according to their personal needs, outlined by art. 9. The analysis also highlights how, despite the inadequate implementation of the provision by Legislative Decree no. 105/2022, the right to flexible working time is a necessary tool to promote an equal share of caring responsibilities, functional to the pursuit of the goal of gender equality.

### **Keywords**

Equilibrio vita-lavoro, tempi di lavoro, flessibilità.

Work-life balance, working time, flexibility.

## **Maria Luisa Vallauri**

### **Lavori indipendenti e strumenti di conciliazione vita-lavoro**

**Sommario:** **1.** Premessa. **2.** Le regole vigenti. **2.1.** Lavori autonomi “puri” e lavori svolti in regime di libera professione. **2.1.1.** Lavori autonomi puri. **2.1.2.** Lavori in regime di libera professione. **2.2.** Lavori “parzialmente” autonomi, ovvero lavori autonomi continuativi. **3.** Osservazioni conclusive.

#### *1. Premessa*

La Direttiva 2019/1158/UE del 20 giugno 2019, dedicata all’equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, e alla quale è dedicato il fascicolo che ospita anche questo contributo, non comprende nel proprio ambito di applicazione i lavoratori e le lavoratrici che svolgono attività in regime di autonomia, vale a dire senza vincolo di subordinazione.

A costoro è dedicata un’altra direttiva, la Direttiva 2010/41/UE del 7 luglio 2010 sull’applicazione del principio di parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un’attività autonoma, che – per quanto qui interessa – si fa carico della “vulnerabilità economica e fisica delle lavoratrici autonome gestanti e delle coniugi gestanti e, se e nella misura in cui siano riconosciute dal diritto nazionale, delle conviventi gestanti di lavoratori autonomi”<sup>1</sup>. *Ivi* è previsto che a tali lavoratrici sia riconosciuto il diritto alle prestazioni di maternità con le modalità e i tempi stabiliti dagli Stati membri, in analogia con la durata del congedo di maternità per le lavoratrici dipendenti previsto a livello di Unione. L’art. 8, in particolare, dispone che “Gli Stati membri adottano le misure necessarie a garantire che alle lavoratrici

<sup>1</sup> Direttiva 2010/41/UE considerando da 18 a 20.

autonome e alle coniugi e conviventi di cui all'art. 2 possa essere concessa, conformemente al diritto nazionale, un'indennità di maternità sufficiente che consenta l'interruzione nella loro attività lavorativa in caso di gravidanza o per maternità per almeno 14 settimane”, fornendo un parametro della sufficienza da rapportare alla prestazione prevista in caso di malattia, al reddito o al profitto percepito in un periodo precedente comparabile, a indennità connesse alla famiglia e previste dalla legislazione nazionale. In considerazione poi delle modalità di svolgimento del lavoro, la Direttiva raccomanda che alle lavoratrici autonome sia garantito l'accesso a ogni servizio di supplenza temporanea esistente che consenta loro interruzioni di attività in caso di gravidanza o per maternità, oppure ogni servizio sociale esistente a livello nazionale, in alternativa o in aggiunta alla indennità di maternità.

Benché la Direttiva non sia mai stata attuata, sotto il profilo della tutela della genitorialità la legislazione interna è in linea con le previsioni ricordate e, anzi, come vedremo in seguito, da tempo contempla protezioni ulteriori, in particolare per coloro che svolgono lavoro autonomo in modo coordinato e continuativo.

Ciò nonostante, la recezione della Direttiva 2019/1158/UE avrebbe rappresentato una buona occasione per sistemare alcuni punti critici della disciplina nazionale vigente, che si presenta disorganica in ragione della stratificazione degli interventi susseguitisi nel tempo e sparsi in diverse fonti, nonché delle pronunce della Corte costituzionale che hanno ridefinito molte delle tutele modificando il tenore delle disposizioni originarie.

Occasione mancata, come vedremo, perché il decreto legislativo 30 giugno 2022, n. 105 si è limitato a introdurre poche e puntiformi modifiche, senza sviluppare un ragionamento più ampio sullo stato del lavoro autonomo e sulle sue diverse manifestazioni, utile per allestire un sistema di tutele adeguato a dare soddisfazione a esigenze mutevoli proprio in ragione delle diverse modalità di lavorare in autonomia.

Da questo punto di vista appare di grande utilità, benché un po' risalente, l'approfondimento tematico dell'ISTAT, pubblicato il 5 novembre 2018 e redatto sulla base dei dati della Rilevazione sulle forze di lavoro del II trimestre 2017, avente ad oggetto “I lavoratori indipendenti”<sup>2</sup>.

Il primo dato interessante, che può risultare utile per riordinare la materia in esame, è rappresentato dalla classificazione dei lavoratori autonomi

<sup>2</sup> [https://www.istat.it/it/files/2018/11/Focus\\_indipendenti\\_2018.pdf](https://www.istat.it/it/files/2018/11/Focus_indipendenti_2018.pdf).

che viene impiegata per la rilevazione e che distingue: “lavoratori autonomi con dipendenti”, cioè datori di lavoro, “lavoratori autonomi puri”, che comprendono lavoratori in proprio e liberi professionisti, “lavoratori parzialmente autonomi”, intesi come lavoratori “generalmente in condizione di mono-committenza, (che) presentano alcuni vincoli di subordinazione tra cui un orario stabilito principalmente dal cliente o committente, il dover lavorare presso il cliente, l'impossibilità di assumere dipendenti, il mancato possesso degli strumenti del lavoro”.

Parimenti interessante e utile è il dato relativo alla composizione di genere dei lavoratori indipendenti. Le donne sono circa il 30% dei lavoratori indipendenti; sono poco più della metà dei lavoratori parzialmente autonomi, meno di un terzo dei lavoratori dei “lavoratori autonomi puri” e un quarto dei “lavoratori autonomi con dipendenti”.

Questi elementi di contesto consentono di compiere valutazioni più accurate circa le ricadute delle soluzioni adottate per sostenere i lavoratori indipendenti con responsabilità di cura e di garantire a uomini e donne le stesse opportunità di scegliere la propria occupazione, sempre senza dimenticare che in un contesto socio-culturale, qual è quello italiano, ancora fortemente patriarcale e maternalistico, le misure di sostegno alla genitorialità svolgono la funzione di facilitare l'ingresso e la permanenza delle donne in un mercato del lavoro nei loro confronti ancora molto inospitale.

## 2. *Le regole vigenti*

Guardando alla disciplina vigente, occorre in prima battuta evidenziare come le tutele previste riguardino solo i lavoratori indipendenti (per adottare la terminologia impiegata dall'ISTAT) che abbiano responsabilità genitoriali. Si fa riferimento, in particolare, alle previsioni contenute nel decreto legislativo 8 marzo 2001, n. 151 *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53* (d'ora in poi t.u.) e nella legge 22 maggio 2017, n. 81 *Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*.

Continuano a mancare, invece, forme di sostegno per i lavoratori indipendenti che assistono familiari portatori di disabilità, circostanza questa sulla quale occorre riflettere, anche in termini di un possibile contrasto di siffatta

esclusione con il divieto di discriminazione per disabilità, così come interpretato alla luce della storica sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia con riguardo al caso *Coleman*<sup>3</sup> e adesso esplicitato dall'art. 3 del decreto legislativo in esame che aggiunge alla legge 104/1992, non senza alcune criticità, l'art. 2 *bis* rubricato "Divieto di discriminazione"<sup>4</sup>.

Nel passare in rassegna le misure vigenti si ritiene utile ordinare l'esposizione intorno alle categorie individuate dall'ISTAT e ricordate in premessa, in quanto ciò consente una disamina delle tutele propedeutica alla formulazione di alcune proposte di riordino e semplificazione della materia.

### 2.1. *Lavori autonomi "puri" e lavori svolti in regime di libera professione*

La prima categoria che si prende in considerazione è quella alla quale appartengono coloro che svolgono lavori autonomi puri o libero professionali, cui sono dedicati il Capo XI e il Capo XII del t.u.

Si tratta, come si è detto, di lavoratori e lavoratrici che prestano la propria attività in piena autonomia organizzativa, a vantaggio di più committenti e/o clienti con i quali intrattengono rapporti anche prolungati nel tempo, ma tendenzialmente non continuativi.

Proprio quest'ultima precisazione è essenziale per spiegare il tipo di tutele assegnate, aventi carattere reddituale e svincolato dalla necessaria sospensione dell'attività professionale. Si tratta, infatti, di ipotesi nelle quali è impossibile agire sul contratto di lavoro stante l'autonomia nello svolgimento dell'attività e l'irrelevanza della dimensione temporale rispetto alla sua esecuzione.

Il d.lgs. 151/2001 ha compiuto un'operazione di consolidamento della disciplina vigente, che è stata integrata da interventi successivi, sia normativi che della Corte costituzionale, fra cui si segnala per l'ambizione il d.lgs. 80/2015.

Proprio a quest'ultimo provvedimento si deve la scelta molto discutibile di rinominare i due Capi ricordati, convertendo al maschile le due rubriche (oggi così formulate: "Lavoratori autonomi" e "Liberi professionisti"). V'è da immaginare che la scelta sia stata dettata per un verso dall'intento di liberare le donne dalla "isola della maternità"<sup>5</sup>, rimuovendo, cioè, un femminile

<sup>3</sup> C. Giust. 17 luglio 2008, C-303/07 *S. Coleman c. Attridge Law e Steve Law*.

<sup>4</sup> Si rinvia in tema al contributo di Bonardi in questo Quaderno.

<sup>5</sup> Riprendendo il titolo efficace del volume curato da GOTTARDI, *L'isola della maternità*.

ghettizzante rispetto alle responsabilità parentali; per altro verso dalla volontà di sottolineare l'estensione di alcune tutele anche al padre lavoratore (peraltro, vedremo, in modo un po' maldestro). Ma, si sa, l'italiano non conosce il genere neutro e, dunque, che si scelga il maschile o il femminile si incappa sempre in un errore, perché si escludono dall'immaginario le une o gli altri. Qui però l'errore si poteva evitare, menzionando le professioni, anziché le persone, intitolando i due capi, ad esempio, a "Lavori autonomi puri" e "Lavori in regime di libera professione" o, come fu suggerito tempestivamente da Nunin, "Congedi nel lavoro autonomo" e "Congedi nelle libere professioni"<sup>6</sup>, valorizzando la scelta di assegnare le tutele a madri e padri impegnate e impegnati in attività autonome.

### 2.1.1. *Lavori autonomi puri*

Nella sua versione originaria, l'art. 66 del t.u. assegnava alle sole lavoratrici autonome, coltivatrici dirette, mezzadre e colone, artigiane ed esercenti attività commerciali e alle imprenditrici agricole a titolo principale il diritto a percepire un'indennità giornaliera per il periodo della gravidanza e per quello successivo al parto. L'art. 1 co. 336 l. n. 228/2012 ha esteso la prestazione anche alle pescatrici della piccola pesca marittima e delle acque interne.

La fruizione dell'indennità, calcolata secondo quanto previsto dal successivo art. 68 e riconosciuta anche in caso di aborto verificatosi dopo il terzo mese di gravidanza, spetta oggi complessivamente per cinque mesi (due mesi prima del parto e tre mesi dopo il parto) ed è svincolata dalla interruzione dell'attività lavorativa secondo quanto stabilito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 12 novembre 1993, 181<sup>7</sup>, ove con riguardo alla previgente normativa si sottolinea che tali lavoratrici «non trovandosi (...)

*Donne lavoratrici di fronte all'esperienza dell'essere madri*, Franco Angeli, 2015, nel quale si racconta, attraverso una serie di interviste, la solitudine nella quale le donne spesso vengono a trovarsi nel momento in cui divengono madri.

<sup>6</sup> NUNIN, *Diritti e tutele per i genitori liberi professioniste lavoratori autonomi*, in GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Giappichelli, 2016, p. 111.V. le proposte di GOTTARDI, *Alcune osservazioni allo schema di decreto legislativo in materia di conciliazione dei tempi di cura, di vita e di lavoro*, datt. 2015, p. 2, ricordate anche da NUNIN.

<sup>7</sup> Corte cost. 12 novembre 1993, n. 181, in *RIDL*, 1994, II, p. 39 nt. PINTO; *DL*, 1993, II, p. 425 nt. FONTANA.

sotto la pressione (con effetti anche psicologici) di direttive, di programmi, di orari, di attività obbligatorie e fisse, ma potendo distribuire più elasticamente tempo e modalità di lavoro e sopperendo così in qualche misura alle difficoltà derivanti dalla temporanea incapacità fisica a prestare la normale attività lavorativa», possono trovarsi in una condizione in cui l'interruzione del lavoro non è necessaria né utile.

Il d.lgs. 105/2022 ha aggiunto un nuovo comma 2 *bis* all'art. 68, che estende il periodo di fruizione dell'indennità giornaliera appena ricordata anche per i periodi antecedenti i due mesi prima del parto nel caso di «gravi complicanze della gravidanza o di persistenti forme morbose che si presume possano essere aggravate dallo stato di gravidanza». Si assicura così alla lavoratrice autonoma un sostegno economico nell'eventualità in cui problemi di salute connessi alla gravidanza le impediscano di svolgere regolarmente la propria attività.

La tutela del reddito è stata progressivamente estesa ai genitori adottivi e affidatari, sia in caso di adozione nazionale che internazionale, nonché ai padri lavoratori autonomi, grazie principalmente alla giurisprudenza costituzionale.

Con riguardo alle madri adottive e affidatarie, il d.lgs. 80/2015 ha modificato il co. 2 dell'art. 67, che ora prevede l'assegnazione dell'indennità di maternità dell'art. 66 per i periodi previsti dall'art. 26 t.u. e, dunque, per cinque mesi dall'ingresso del minore in famiglia o dall'ingresso in Italia se l'adozione è internazionale, con la possibilità in quest'ultimo caso di ottenere parte dell'indennità nel periodo trascorso all'estero per completare la relativa procedura.

La stessa indennità, tuttavia, non spetta al lavoratore autonomo padre adottivo o affidatario.

Essa, infatti, è riconosciuta dal co. 1 *bis* dell'art. 66 (introdotto dal d.lgs. 80/2015) al padre biologico (posto che con riguardo alla madre si fa riferimento a gravidanza e parto) lavoratore autonomo, nel caso in cui la madre sia deceduta, gravemente inferma, abbia abbandonato il figlio o questi gli sia stato affidato in via esclusiva, nella misura dell'indennità che sarebbe spettata alla madre lavoratrice autonoma o per la parte residua non percepita. La previsione, peraltro, è ripetuta nell'art. 28, in modo ultroneo e fuori contesto perché la previsione è dedicata al padre lavoratore subordinato, al co. 1 *ter*, anch'esso introdotto dal d.lgs. 80/2015.

L'art. 67 co. 2, invece, si riferisce espressamente alla sola «indennità di

maternità» senza richiamare la suddetta successiva disposizione, con la conseguenza di lasciare privo di tutela il padre adottivo e affidatario nell'ipotesi in cui la madre non possa prendersi cura del figlio per le ragioni sopra ricordate.

Per colmare questa lacuna, evitando una disparità di trattamento irragionevole<sup>8</sup>, si potrebbe forzare la lettura delle due previsioni appena ricordate, interpretando il rinvio all'art. 66 operato dall'art. 67 co. 2 come riferito a tutta la disciplina *ivi* contenuta, dunque anche a quella riferita al padre lavoratore dal co. 1 *bis*.

Si è persa l'occasione, però, di riscrivere questo capo, nel quale – ad avviso di chi scrive – per un verso si sarebbe dovuto sopprimere il co. 2 dell'art. 67 (ma anche il co. 1 *ter* dell'art. 28) e per altro verso si sarebbe dovuto aggiungere un nuovo articolo 66 *bis* rubricato «Adozioni e affidamenti», specularmente agli artt. 26, 31, 64 *bis* e 72 t.u. (ma sulla necessità di una riformulazione di quest'ultima previsione v. *infra* § 2.1.2.), che disciplinasse la tutela spettante a entrambi i genitori adottivi o affidatari.

Rimane, infine, preclusa ai genitori adottivi o affidatari lavoratori autonomi la possibilità di decidere chi dei due debba fruire del congedo, al pari di quanto previsto, invece, per i genitori subordinati dall'art. 31 t.u.<sup>9</sup>. Anche su questo punto sarebbe stato auspicabile un intervento correttivo.

Alle madri lavoratrici autonome è riconosciuto, poi, il diritto a beneficiare del trattamento economico per congedo parentale.

L'art. 69 t.u. prevede che tale congedo possa essere fruito per un massimo di tre mesi nell'arco del primo anno di vita del bambino (o del primo anno dall'ingresso del minore in famiglia o in Italia considerato quanto previsto dal co. 1 *bis* introdotto dal d.lgs. 115/2003). L'ammontare dell'indennità è pari al 30% del reddito utile al calcolo dell'indennità di maternità.

Il d.lgs. 105/2022 ha modificato il testo dell'art. 69, estendendo questa prestazione anche ai padri lavoratori autonomi, che dunque possono contare su un sostegno economico per assistere il figlio, a prescindere dalla condi-

<sup>8</sup> Peraltro, già segnalata dalla Corte costituzionale nella sentenza 14 ottobre 2005, n. 385 (DRI, 2006, 1139 nt. FORTI e LG, 2006, p. 870 nt. LACARBONARA) con riguardo agli artt. 70 e 72 t.u., relativi ai padri liberi professionisti. Ma v. *infra* § 2.1.2. per una questione rimasta ancora irrisolta nella relativa disciplina.

<sup>9</sup> Sia consentito il rinvio a VALLAURI, *La lunga marcia dei genitori adottivi e affidatari*, in GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Giappichelli, 2016, p. 104.

zione in cui versa la madre. La modifica supera una incoerenza presente nella disposizione che assegnava questa prestazione ai soli «genitori adottivi e affidatari», e dunque anche ai padri adottivi e affidatari, eliminando così una ingiustificata disparità di trattamento del padre biologico.

### 2.1.2. *Lavori in regime di libera professione*

L'art. 70 t.u. riconosce alla madre libera professionista, iscritta a ente che gestisce forme obbligatorie di previdenza, un'indennità di maternità per i due mesi antecedenti la data del parto e i tre mesi successivi alla stessa. Essa è pari all'80% di cinque dodicesimi del solo reddito professionale percepito e denunciato ai fini fiscali come reddito da lavoro autonomo nel secondo anno precedente a quello dell'evento, comunque entro un minimo e un massimo previsti dai co. 3 e 3 *bis*.

Al pari di quanto previsto per le lavoratrici autonome, l'indennità spetta a prescindere dalla sospensione dell'attività secondo quanto espressamente disposto dall'art. 71 co. 1, sulla base della pronuncia della Corte costituzionale del 29 gennaio 1998, n. 3<sup>10</sup>, che a suo tempo aveva dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità sollevata con riguardo all'allora vigente art. 1 l. n. 379/1990, nella parte in cui prevedeva che l'indennità di maternità fosse corrisposta alle professioniste a prescindere dalla effettiva sospensione dell'attività lavorativa e ciò sulla base della considerazione che le appartenenti a tale categoria non solo avessero la possibilità di gestire con autonomia e maggiore flessibilità tempi e modi della prestazione lavorativa non dovendo rispondere a direttive eteronome e potendo eventualmente farsi sostituire, ma che il non poter seguire adeguatamente i propri interessi professionali avrebbe potuto generale un loro maggiore turbamento.

La medesima indennità è corrisposta anche in caso di interruzione della gravidanza, spontanea o volontaria, verificatasi non prima del terzo mese di gravidanza, secondo quanto previsto dall'art. 73<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Corte cost. 29 gennaio 1998, n. 3, in *RIDL*, 1998, II, p. 226 nt. critica PERA; *MGL*, 1998, p. 550 nt. DELLA ROCCA; *RGL*, 1998, II, p. 385 nt. LIPARI. Per una ricostruzione del dibattito interno alla dottrina cfr. NUNIN, *L'indennità di maternità per le professioniste: le ricadute della sentenza della Corte cost. n. 3/1998*, in *LG*, 2000, p. 149 ss.

<sup>11</sup> La legge di bilancio 2022 (legge 30 dicembre 2021, n. 234) ha previsto la sospensione della decorrenza di termini relativi ad adempimenti tributari a carico della libera professionista in caso di parto prematuro (con sospensione a decorrere dal giorno del ricovero per il parto

In analogia con l'intervento operato sull'art. 68, il d.lgs. 105/2022 ha introdotto un ultimo periodo al co. 1 dell'art. 70 per estendere la durata della fruizione dell'indennità giornaliera anche ai periodi antecedenti i due mesi prima del parto al verificarsi di «gravi complicanze della gravidanza o di persistenti forme morbose che si presume possano essere aggravate dallo stato di gravidanza», al fine di garantire alla libera professionista un sostegno economico in caso di problemi di salute, connessi alla gravidanza, che le impediscano l'ordinario svolgimento della propria attività.

L'indennità è riconosciuta, altresì, al padre libero professionista per il periodo in cui sarebbe spettata alla madre libera professionista o per la parte residua, in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre, così come previsto dal co. 3 *ter* dell'art. 70 introdotto dal d.lgs. n. 80/2015<sup>12</sup>.

Il d.lgs. n. 80/2015 ha riscritto i commi 1 e 2 dell'art. 72 t.u., riconoscendo alle libere professioniste madri adottive o affidatarie la medesima tutela assegnata alle lavoratrici autonome, e dunque estendendo da tre a cinque mesi il periodo durante il quale è corrisposta l'indennità. Inoltre, in linea con quanto espresso in due occasioni dalla Corte costituzionale, è stata espressamente esclusa la rilevanza dell'età anagrafica del minore ai fini della sua corresponsione<sup>13</sup>.

L'indennità è corrisposta per tre mesi in caso di affido temporaneo.

Rimangono, invece, anche in questo caso ingiustificatamente esclusi i padri adottivi o affidatari liberi professionisti.

La formulazione letterale della disposizione del Capo XIII non consente di riconoscere al padre adottivo o affidatario, libero professionista, il diritto all'indennità di maternità, tanto nel caso in cui la madre non possa fruirne perché deceduta, gravemente inferma o perché abbia abbandonato il minore (come invece consentito al padre biologico dall'art. 18 co. 1 d.lgs. n. 80/2015

fino al trentesimo giorno successivo) o di interruzione della gravidanza avvenuta oltre il terzo mese dall'inizio della stessa (con sospensione fino al trentesimo giorno successivo all'interruzione della gravidanza).

<sup>12</sup> V. in tema CALAFÀ, *Il congedo di paternità*, in GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Giappichelli, 2016, p. 52 ss.; VALLAURI, *La lunga marcia dei genitori adottivi e affidatari*, *Ibidem*, p. 105; NUNIN, *Diritti e tutele per i genitori liberi professionisti e lavoratori autonomi*, *Ibidem*, p. 115 ss.

<sup>13</sup> Corte cost. 23 dicembre 2003, n. 371, *MGL*, 2004, p. 169 nt. FONTANA; Corte cost. 22 ottobre 2015, n. 205.

che ha aggiunto il co. 3 *ter* all'art. 70), quanto nel caso in cui la madre non intenda avvalersi dell'indennità.

Nel primo caso l'estensione è, forse, possibile solo privilegiando un'interpretazione sistematica delle previsioni in esame, che valorizzi il rinvio all'art. 70 previsto nel primo comma dell'art. 72, che oggi contiene anche il co. 3 *ter*<sup>14</sup>.

Nel secondo caso, invece, la possibilità per il padre affidatario o adottivo libero professionista di fruire dell'indennità "in alternativa" alla madre potrebbe passare dalla valorizzazione della pronuncia della Corte costituzionale 10 ottobre 2005, n. 385, che ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 70 e 72 nella parte in cui non prevedono che l'indennità di maternità spetti, in alternativa alla madre che non se ne avvalga, al padre libero professionista affidatario in preadozione<sup>15</sup>.

Resta il fatto che il legislatore ha di nuovo perso l'occasione per realizzare un intervento correttivo, peraltro auspicato dalla stessa Corte costituzionale nella decisione appena ricordata, che avrebbe potuto risolversi nell'aggiunta all'art. 72 di un co. 3 *bis* del seguente tenore: "L'indennità di cui al comma 1 spetta al padre libero professionista per il periodo in cui sarebbe spettata alla madre libera professionista o per la parte residua, in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre. L'indennità spetta al padre anche nel caso in cui la madre non abbia chiesto di fruire del congedo di maternità o della relativa indennità se lavoratrice indipendente".

<sup>14</sup> Si consenta un rinvio a VALLAURI, *La lunga marcia dei genitori adottivi e affidatari*, cit., p. 105. Condivide la proposta NUNIN, *Diritti e tutele per i genitori liberi professionisti e lavoratori autonomi*, cit., p. 116.

<sup>15</sup> Corte cost. 10 ottobre 2005, n. 385, cit. In tema v. NUNIN, *Padre adottivo libero professionista e diritto all'indennità di maternità in alternativa alla madre*, LG, 2005, p. 1129; BORELLI, *Il padre lavoratore nella giurisprudenza costituzionale*, in CALAFÀ (a cura di) *Paternità e lavoro*, Il Mulino, 2007, p. 239; SAVINO, *La conciliazione condivisa tra diritto interno e diritto comunitario*, in BALLESTRERO, DE SIMONE (a cura di), *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, Giappichelli, 2009, p. 103. Si noti, inoltre, che Corte cost. 28 luglio 2010, n. 285 (RGL, 2010, II, p. 359 nt. CALAFÀ) ha rigettato la questione di legittimità dell'art. 70 nella parte in cui non prevede che il padre biologico libero professionista possa beneficiare dell'indennità in alternativa alla madre, proprio sul presupposto che nel caso di genitorialità biologica il bene tutelato è, primo fra tutti, la salute della madre, perciò non potendosi escludere la diversa soluzione nel caso di genitorialità adottiva.

## 2.2. Lavori “parzialmente” autonomi, ovvero lavori autonomi continuativi

Come si è detto, dalle rilevazioni sul lavoro autonomo compiute dall'ISTAT emerge una concentrazione più alta di donne nella categoria di chi lavora in modo “parzialmente” autonomo, ossia di quei “lavoratori che svolgono un'attività in regime di autonomia (...), in condizione di mono-committenza, (che) presentano alcuni vincoli di subordinazione tra cui un orario stabilito principalmente dal cliente o committente, il dover lavorare presso il cliente, l'impossibilità di assumere dipendenti, il mancato possesso degli strumenti del lavoro”.

Benché si tratti di una categoria che non trova esatta corrispondenza con le figure di lavoratori autonomi individuate dal diritto del lavoro interno, a essa si ritiene di poter ricondurre sia le collaborazioni eterorganizzate di cui all'art. 2 d.lgs. 81/2015, che le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c.

Le prime com'è noto ricadono nella disciplina del rapporto di lavoro subordinato, con la conseguente applicazione della disciplina dei congedi parentali contenuta nei Capi da II a IX t.u.

Alle collaborazioni coordinate e continuative, invece, trovano applicazione alcune regole contenute nel Capo X t.u. (artt. 64, 64 *bis* e 64 *ter*) e l'art. 14 legge 22 maggio 2017, n. 81 rivolto ai “lavoratori autonomi che prestano la loro attività in via continuativa”<sup>16</sup>.

Quest'ultima previsione ha colmato la lacuna venutasi a creare a seguito dell'abrogazione dell'art. 66 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, il quale disponeva a vantaggio della lavoratrice in gravidanza la sospensione e proroga di centottanta giorni della durata del contratto di collaborazione coordinata e continuativa a progetto, senza erogazione del corrispettivo e ferma restando la possibilità per le parti di concordare condizioni migliorative.

L'art. 14, infatti, prevede che la gravidanza non determini l'estinzione del rapporto di lavoro, la cui esecuzione, su richiesta della lavoratrice, rimane sospesa, senza diritto al corrispettivo, per un periodo non superiore a cen-

<sup>16</sup> Peraltro, non si può escludere che le tutele contenute nell'art. 14 possano essere applicate anche ad altri rapporti di lavoro autonomo, che si caratterizzino per avere carattere continuativo, stante il fatto che la previsione non restringe il proprio ambito di applicazione alle collaborazioni coordinate e continuative. In tema sia consentito un rinvio a VALLAURI, *Tutela della salute e sostegno alla genitorialità*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2017, p. 131 ss.

tocinquanta giorni per anno solare, fatto salvo, tuttavia, il venir meno dell'interesse del committente.

La previsione si innesta sulla disciplina contenuta nel t.u., che garantisce alle lavoratrici iscritte alla gestione separata un sostegno al reddito, svincolando – e questa è un'altra novità introdotta dall'art. 13 della legge 81/2017, che ha modificato l'art. 64 t.u. – la spettanza della relativa indennità dalla astensione dall'attività lavorativa. Quest'ultima previsione riporta tutte le lavoratrici autonome, a prescindere dai connotati specifici dei loro rapporti di lavoro e dalle modalità con i quali essi si svolgono, alla medesima condizione in cui la spettanza del trattamento economico, che solleva le madri da un potenziale stato di bisogno, è svincolata dalla effettiva interruzione della prestazione lavorativa. Viene così superato quanto previsto dal d.m. 12 luglio 2007, n. 28057, che estendeva il divieto di adibire le donne al lavoro per i periodi previsti dall'art. 16 t.u. alle lavoratrici iscritte alla gestione separata INPS<sup>17</sup>.

Anche alle collaboratrici coordinate e continuative è così riconsegnata una libertà di organizzare la propria attività durante il periodo della gravidanza e nei primi mesi di vita del bambino, peraltro con una scelta apparentemente in controtendenza rispetto al percorso di avvicinamento, compiuto negli ultimi decenni, fra le tutele riconosciute a genitori lavoratori subordinati e autonomi in regime di collaborazione coordinata e continuativa. Essa, in realtà, si radica nel cambio di rotta varato nel 2015 con la ridefinizione dell'ambito di applicazione delle tutele del lavoro subordinato, estese, come già si è ricordato, alle collaborazioni eterorganizzate di cui all'art. 2 d.lgs. 81/2015. Con tale scelta il legislatore ha inteso, infatti, da un lato restituire i lavoratori falsamente autonomi al corretto regime di protezione, dall'altro riaffermare la piena autonomia organizzativa dei lavoratori genuinamente autonomi, anche se in regime di collaborazione coordinata e continuativa.

L'allentamento della tutela è compensato dalla ricordata previsione della possibilità per la lavoratrice autonoma di sospendere l'attività lavorativa con diritto alla conservazione del contratto.

Tale sospensione può prolungarsi per un periodo massimo di centocinquanta giorni per anno solare, che coincide con la durata del periodo di corresponsione dell'indennità di maternità prevista dall'art. 64 t.u.

<sup>17</sup> Sulla previgente regolazione v. NUNIN, *Diritti e tutele per i genitori liberi professionisti e lavoratori autonomi*, cit., p. 119 ss.

Siffatta tutela trova un limite nella possibilità lasciata al committente di recedere dal contratto laddove perda l'interesse all'esecuzione tardiva dell'attività lavorativa. La previsione si spiega considerando le caratteristiche del lavoro genuinamente autonomo che, anche quando è svolto in modo continuativo, ha a oggetto il compimento di un'opera o un servizio la cui esecuzione è attesa dal committente in un tempo determinato o determinabile.

Quanto questa opzione indebolirà effettivamente la tutela offerta alle lavoratrici autonome continuative dipenderà evidentemente da come i giudici interpreteranno il "venir meno dell'interesse" del committente.

A tal fine dovranno tener conto di un'altra previsione introdotta al co. 2 dell'art. 14 che consente, previo assenso del committente, che la lavoratrice si faccia sostituire nello svolgimento dell'attività lavorativa da un altro lavoratore o da un socio di fiducia durante la sua assenza, anche con la possibilità di organizzare forme di compresenza.

Si tratta di una soluzione che ribadisce quella prevista dall'art. 4 co. 5 t.u., espressamente richiamato dall'art. 14, che consente al committente, al massimo per dodici mesi e anche anticipando l'impiego di un mese rispetto all'inizio dell'astensione dal lavoro, di sostituire (anche) la lavoratrice autonoma con un lavoratore assunto a termine o somministrato, beneficiando di significative agevolazioni.

L'art. 14 circoscrive la tutela appena descritta all'ipotesi della maternità biologica, menzionando al co. 1 solo l'evento della gravidanza, con la conseguenza che in caso di adozione o affidamento la collaboratrice coordinata e continuativa potrà godere solo della tutela economica prevista dagli artt. 64 t.u. come integrato dal d.m. 4 aprile 2002, stante quanto espressamente disposto dall'art. 64 *bis* introdotto dal d.lgs. 80/2015.

La scelta, errata ad avviso di chi scrive e sospetta di incostituzionalità, di non destinare la protezione *de qua* alle madri adottive e affidatarie, è stata dettata, verosimilmente, dall'idea di circoscrivere la tutela alla salute della gestante e della puerpera. La formulazione dell'art. 14, infatti, ricalca quella dell'art. 2110 c.c. che accosta la gravidanza alla malattia e all'infortunio, benché sappiamo che sul versante della tutela parentale la previsione codicistica ha ormai perso di rilevanza, avendo trovato spazio nella legislazione speciale, sviluppatasi nel tempo e oggi contenuta nel t.u., la tutela dell'interesse parimenti rilevante del figlio ad essere accudito al momento della nascita e nei primi mesi di vita, così come al momento dell'ingresso nella famiglia adottiva

e nei mesi seguenti, e l'interesse di genitori e figli, biologici o adottivi, ad instaurare un saldo legame affettivo fin dal primo giorno di vita assieme.

L'indennità di maternità, invece, come accennato, spetta sia alle madri biologiche che alle madri adottive e affidatarie iscritte alla gestione separata, così come previsto dagli artt. 64 e 64 *bis*, ed è disciplinata d.m. 4 aprile 2002. Essa è pari all'80% di 1/365 del reddito da lavoro percepito dall'attività di collaborazione coordinata e continuativa e spetta per cinque mesi a coloro che nei dodici mesi anteriori alla data del parto o dell'ingresso del figlio in famiglia risultino attribuite almeno tre mensilità di contribuzione.

L'estensione fino a cinque mesi dell'indennità spettante alle madri adottive e affidatarie si deve alla pronuncia della Corte cost. 22 novembre 2012, n. 257<sup>18</sup> che ha dichiarato l'incostituzionalità del secondo comma dell'art. 64 nella parte in cui prevedeva che l'indennità fosse dovuta solo per tre mesi. Il d.lgs. 81/2015 ha tradotto questa disciplina nell'art. 64 *bis* dedicato a "Adozioni e affidamenti", altresì eliminando il limite alla fruizione rappresentato dall'età anagrafica del figlio, in linea con la tendenza più generale a riconoscere in ogni caso il diritto del figlio adottato a godere delle cure nei primi mesi dall'ingresso in famiglia.

Rimangono, invece, ancora esclusi dall'ambito della tutela economica gli affidamenti non preadottivi<sup>19</sup>.

Tanto l'art. 64 quanto l'art. 64 *bis* omettono ogni riferimento al padre lavoratore iscritto alla gestione separata, cui però l'indennità spetta sulla base di quanto disposto dall'art. 3 d.m. 4 aprile 2002, vale a dire per i tre mesi successivi alla data effettiva del parto, o per il periodo residuo che sarebbe spettato alla lavoratrice madre, in caso di morte o grave infermità della madre o di abbandono nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre. Mentre in caso di adozione o affidamento l'indennità spetta anche in alternativa alla madre lavoratrice che non ne faccia richiesta.

L'effettività della tutela previdenziale così configurata è garantita dall'automaticità delle relative prestazioni, che sono dovute anche in caso di mancato versamento alla gestione dei relativi contributi previdenziali, secondo quanto previsto dall'art. 64 *ter* t.u., introdotto dal d.lgs. 80/2015. La regola riguarda le prestazioni dovute a lavoratori<sup>20</sup> e lavoratrici iscritte alla

<sup>18</sup> Giur. Cost. 2013, p. 490 nt. PESSI.

<sup>19</sup> Messaggio INPS 13 aprile 2106, n. 1614.

<sup>20</sup> Cfr. Circ. INPS n. 42/2016 che applica la regola anche all'indennità di paternità.

gestione separata per i quali non valga il principio di autoresponsabilità, come ad esempio i liberi professionisti.

L'art. 2 co. 788, legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007) ha esteso ai lavoratori e alle lavoratrici iscritte alla gestione separata il diritto a beneficiare di un'indennità per congedo parentale pari al 30 % del reddito utile al calcolo dell'indennità di maternità<sup>21</sup>. L'art. 8 co. 4 l. 81/2017 aveva esteso la durata del beneficio di ciascun genitore da tre a sei mesi, da fruire in un arco di tempo elevato da uno a tre anni dalla nascita o dall'ingresso in famiglia del bambino, fatto salvo che complessivamente padre e madre non potevano percepire più di sei mesi di indennità. Questo limite valeva a prescindere dalla gestione o dall'ente previdenziale di appartenenza.

Il d.lgs. 105/2022 ha ulteriormente emendato questa disciplina, allineandola alla modifica contemporaneamente introdotta al congedo parentale per i lavoratori subordinati (art. 32 t.u.), prevedendo un'estensione tanto della durata del periodo di spettanza del trattamento economico per congedo parentale, quanto dell'arco temporale entro il quale esso può essere fruito. Si è, così, previsto che padre e madre possano beneficiare ciascuno di tre mesi di trattamento economico entro i primi dodici anni di vita del bambino e, in alternativa tra loro, di ulteriori tre mesi di indennità. Sono, pertanto, nove (e non più sei) i mesi di trattamento economico complessivamente riconosciuto ai genitori lavoratori iscritti alla gestione separata, di cui tre non trasferibili nell'ottica di incentivare la condivisione delle responsabilità parentali.

L'indennità per congedo parentale è dovuta al ricorrere del requisito di attualità contributiva pari al versamento di almeno tre mensilità della contribuzione maggiorata di cui all'art. 59 l. 449/1997, nei dodici mesi precedenti l'inizio del periodo indennizzabile, salvo per i periodi fruiti nel primo anno di vita o dall'ingresso in famiglia (o in Italia) del bambino da genitori che abbiano titolo per beneficiare dell'indennità di maternità o di paternità.

Nell'ottica di semplificare e rendere più coerente il quadro normativo, ad avviso di chi scrive si è persa l'occasione di traslare la disciplina del trattamento economico per congedo parentale all'interno del t.u., ad esempio nell'art. 64 *ter* o anche in un nuovo articolo 64 *quater*, magari allargando la garanzia dell'automaticità anche a questa prestazione.

<sup>21</sup> L'indennità per congedo parentale spetta anche ai liberi professionisti iscritti alla gestione separata, secondo quanto previsto dall'art. 24 co. 26 legge 22 dicembre 2011, n. 214.

Così come avrebbe reso più comprensibile il sistema la riconduzione al t.u. della disciplina contenuta nei co. 1 e 2 dell'art. 14 l. 81/2017.

### 3. *Osservazioni conclusive*

La Direttiva UE 1158/2019 è animata da un respiro più ampio sia di quello sotteso alla Direttiva 2010/18/UE, che viene abrogata e di cui sono inglobate numerose disposizioni, sia di quello sotteso alla Direttiva 2010/41/UE.

Ciò che la contraddistingue è la volontà di vincere la resistenza a una più equilibrata distribuzione delle responsabilità parentali per realizzare pari opportunità nel lavoro per uomini e donne, come si evince dall'intitolazione stessa dell'atto normativo "all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori prestatori di assistenza".

Nella relazione di accompagnamento alla proposta di Direttiva è messo bene in evidenza questo intento, ossia "porre rimedio alla sottorappresentazione delle donne nel mondo del lavoro e sostenere la loro carriera" (p. 1), "garantire l'attuazione del principio della parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro e il trattamento sul lavoro" (p. 2)<sup>22</sup>.

Così come è ivi chiarito che "i meccanismi per conciliare attività professionale e vita familiare", dunque le misure a tutela dei lavoratori genitori, devono essere pensate in funzione del raggiungimento dell'obiettivo generale di dare attuazione al principio di parità di trattamento e pari opportunità, il che significa – in particolare per le donne – garanzia di "prosperità economica, inclusione sociale, salute delle loro famiglie", in definitiva la loro piena emancipazione.

Si tratta con tutta evidenza di obiettivi comuni a tutti i lavoratori e a tutte le lavoratrici, a prescindere dalla qualificazione del loro rapporto come autonomo o subordinato, il cui perseguimento tuttavia può richiedere soluzioni diverse, in ragione delle diverse modalità con le quali il lavoro è prestato.

Ciò che pare necessario, a giudizio di chi scrive, è uno stretto coordinamento fra le diverse misure introdotte, quelle a sostegno di chi presta la

<sup>22</sup> COM(2017)253 final.

propria attività in modo subordinato e quelle a sostegno di chi presta la propria attività in regime di autonomia, più o meno attenuata.

Questo perché se è vero che l'esigenza di trovare un equilibrio fra responsabilità lavorative e responsabilità parentali (tralasciando in questa sede di riflettere su altre istanze di cura rispetto alle quali si rinvia al contributo di Bonardi) riguarda ciascun genitore, le soluzioni capaci di assicurare – contestualmente – al figlio la cura, e a padre e madre l'inclusione nel mercato del lavoro, presuppongono il coinvolgimento di entrambi i genitori in un'ottica di condivisione delle responsabilità comuni e di considerazione delle scelte professionali individuali.

Non resta che sperare non venga persa l'occasione (pur non priva di criticità) rappresentata dall'attuazione della delega contenuta nella legge 7 aprile 2022, n. 32, che invita a intervenire per «il riordino e l'armonizzazione della disciplina relativa ai congedi parentali, di paternità e di maternità» (art. 3 co. 1), nel senso, fra l'altro, di «prevedere misure che favoriscano l'estensione della disciplina relativa ai congedi parentali anche ai lavoratori autonomi e ai liberi professionisti» (art. 3 co. 2 lett. f).

Il Governo dovrà occuparsi più che di “estendere i congedi parentali”<sup>23</sup> (più esattamente avrebbe dovuto riferirsi anche alle misure economiche equivalenti ai congedi), di calibrare nel modo più efficace le misure a sostegno alla genitorialità rivolte ai lavoratori e alle lavoratrici che operano in regime di autonomia, in modo da dare finalmente organicità alla disciplina e destinare a ciascuno e a ciascuna strumenti capaci di rispondere in modo adeguato alle esigenze particolari di protezione e sostegno.

<sup>23</sup> Ha l'occasione anche per sistemare la posizione dei padri lavoratori autonomi e libero professionisti rispetto alla fruizione del trattamento economico equivalente al congedo di paternità stante la delega espressa a “prevedere misure che favoriscano l'estensione della disciplina relativa al congedo di paternità anche ai lavoratori autonomi e ai liberi professionisti” (art. 3 co. 3 lett. g).

### **Abstract**

L'A. analizza la normativa a sostegno della genitorialità dei lavoratori e delle lavoratrici che operano in regime di autonomia, mettendone in evidenza disorganicità e lacune. Formula poi alcune proposte di revisione delle previsioni vigenti, con l'obiettivo di consolidare soluzioni capaci di assicurare al figlio o alla figlia la cura e a padre e madre l'inclusione nel mercato del lavoro, attraverso la promozione di un approccio alla condivisione delle responsabilità e alla valorizzazione delle scelte professionali individuali.

The author analyzes the legislation in support of parenting for the self-employed, highlighting its inorganicity and lack of regulation. Some proposals are made for the revision of the current provisions, with the aim of consolidating solutions capable of ensuring care for the child and inclusion in the labor market for both father and mother, through the promotion of an approach to the sharing of responsibilities and the enhancement of individual professional choices.

### **Keywords**

Tutela della genitorialità, lavori indipendenti, congedi, sostegno al reddito, equilibrio vita-lavoro.

Self-employed, parents, parental leave, income support, work-life balance.

## sezione seconda

# la direttiva 2019/1158 e i limiti del diritto nazionale

**Cristina Alessi**

La flessibilità del lavoro per la conciliazione  
nella direttiva 2019/1158/UE  
e nel d.lgs. 30 giugno 2022 n. 105

**Sommario:** **1.** Premessa. **2.** Il diritto alla flessibilità del lavoro nella dir. 2019/1158 e la sua trasposizione nell'ordinamento italiano. **3.** *Part-time*, lavoro agile e flessibilità dell'orario di lavoro: le trappole della conciliazione. **4.** Le relazioni pericolose: il diritto alla flessibilità e la nuova nozione di discriminazione.

### I. *Premessa*

Uno dei profili più interessanti della direttiva 2019/1158/UE riguarda senza dubbio il tema della flessibilità del lavoro in funzione di conciliazione (o meglio: condivisione) del tempo di lavoro con le responsabilità di cura. Da questo punto di vista, il fatto che la direttiva si rivolga soprattutto ai padri lavoratori, come risulta evidente dal suo contenuto precettivo (si v. sul punto il saggio di L. CALAFÀ), si ricava con particolare nettezza da alcuni “considerando”. Ad esempio, il considerando 11 sottolinea che “l’uso di meccanismi per conciliare attività professionale e vita familiare *da parte dei padri*, come il congedo o le modalità di lavoro flessibili, ha dimostrato di incidere positivamente sulla riduzione della percentuale di lavoro domestico non retribuito svolto dalle donne e *di lasciare loro più tempo per il lavoro retribuito*”. In questo caso, anche le formulazioni utilizzate sono importanti: si parla di “lavoro domestico non retribuito” e di “lavoro retribuito”, nonché di ricorso a strumenti di flessibilità del lavoro da parte dei padri in funzione di incremento della partecipazione delle donne al mercato del lavoro. Che questo sia il problema lo dimostrano tutte le ricerche in materia, secondo le quali la scarsa partecipazione al mercato del lavoro delle donne con incombenze di cura

va contrastata con il miglioramento dei servizi di assistenza<sup>1</sup> e con politiche volte a una più equa ripartizione dei tempi dedicati al lavoro non retribuito<sup>2</sup>.

In un quadro già desolante, la pandemia ha avuto un effetto moltiplicatore, cui gli interventi normativi emergenziali hanno rimediato solo in parte<sup>3</sup>. Un recente report INAPP<sup>4</sup> dimostra infatti che il divario di genere tra lavoro retribuito e lavoro non retribuito si è esasperato nel periodo pandemico, anche a causa della chiusura delle scuole e dei servizi domiciliari, dal momento che dette attività sono rimaste prevalentemente a carico delle donne, nonostante la compresenza del *partner*. La stessa ricerca mette in luce, inoltre, che alla ripresa delle attività lavorative in presenza sono stati gli uomini a rientrare al lavoro in numero maggiore rispetto alle donne, molte delle quali hanno preferito continuare a svolgere l'attività lavorativa in modalità agile, laddove possibile<sup>5</sup>. La pandemia ha dimostrato insomma, se ce ne fosse stato bisogno, che l'onere della conciliazione ricade ancora in prevalenza sulle donne<sup>6</sup>, in parti-

<sup>1</sup> La percentuale di risorse pubbliche destinate a famiglia e infanzia in Italia è tra le più basse in Europa (nel 2019 3,9% contro l'8,6% della media dei Paesi UE). Si v. MAINO, a cura di, *Il ritorno dello Stato sociale? Mercato, Terzo settore e comunità oltre la pandemia. Quinto rapporto sul secondo welfare*, Giappichelli, 2021, p. 21 ss. e p. 39 ss.

<sup>2</sup> Si vv., ad esempio, ISTAT, *Il benessere equo e sostenibile in Italia*, reperibile all'indirizzo [https://www.istat.it/it/files/2021/03/BES\\_2020.pdf](https://www.istat.it/it/files/2021/03/BES_2020.pdf), spec. p. 79 ss.; PALOMBI, ROMANO, P. ZOPPOLI, *Un'analisi del tasso di mancata partecipazione al lavoro in Italia, Francia, Germania e Spagna: il ruolo di inattività e divari di genere*, in *Note Tematiche MEF*, n. 2, 2022, reperibile all'indirizzo <https://bit.ly/3piZm32>, spec. p. 20 ss.; sulle possibili politiche di sostegno alla genitorialità si v. TREU, *Strumenti di conciliazione, sostegno alla famiglia e attività di cura: una questione di metodo*, *Intervista* a cura di GABRIELE, in FALDETTA, GABRIELE, a cura di, *Tempi di vita e di lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, in *Quaderni FMV*, 2020, p. 65 ss.; BORZI, REBUZZINI, *La conciliazione vita/lavoro tra diritto esigibile e strumento strategico per nuove politiche di sviluppo*, in FAIOLI, REBUZZINI, a cura di, *Conciliare vita e lavoro: verso un welfare plurale*, in *Working Papers* Fondazione Brodolini, n. 7, 2015, p. 11 ss.; MALZANI, *Politiche di conciliazione, partecipazione delle donne al mercato del lavoro e sfide demografiche*, in *RGL*, 2015, spec. p. 335 ss.

<sup>3</sup> Si vv. le osservazioni di ZUCARO, *Il differenziale di genere nel lavoro di cura. La "conciliazione emergenziale" analizzata alla luce del quadro europeo*, in LLC, *Pandemia, post-pandemia e diritto del lavoro. Quali conseguenze durature?*, Ediesse, 2022, p. 115 ss.; BELMONTE, *La tutela della genitorialità nelle prime fasi della crisi epidemiologica*, *ibidem*, p. 155 ss.

<sup>4</sup> Rapporto INAPP 2021, *Lavoro, formazione e società nel passaggio all'era post Covid-19*, reperibile all'indirizzo <https://inapp.org/it/rapporto2021/volumepdf>.

<sup>5</sup> Occorre ricordare che le donne sono impegnate in maggioranza in settori in cui le mansioni che possono essere svolte da remoto sono meno numerose (ristorazione, turismo etc.), per non parlare del settore dell'assistenza sanitaria. Sul punto si v. POGGIO, *Se il virus non è democratico. Squilibri di genere nella pandemia*, in *Sociologie*, 2020, n. 1, p. 40 ss.

<sup>6</sup> Sul punto si v. SCARPONI, *Work-life balance fra diritto dell'UE e diritto interno*, in AIMO,

colare per la generazione efficacemente definita *sandwich*, cioè quella ricompresa nella fascia di età tra i 35 e i 54 anni<sup>7</sup>. Non a caso, la direttiva 2019/1158/UE, pur con una formulazione “leggera”, ricorda agli Stati membri che “l’offerta di servizi accessibili e a prezzi contenuti per la custodia dei bambini e per l’assistenza a lungo termine (...) sono cruciali per consentire ai genitori e alle altre persone con responsabilità di assistenza di entrare, rimanere o ritornare nel mercato del lavoro” (cons. 12).

Per ciò che riguarda il tema oggetto di queste pagine, la direttiva pone una particolare attenzione alla flessibilità del lavoro in funzione di conciliazione/condivisione<sup>8</sup>, con alcune previsioni che sono suscettibili di incidere in maniera significativa sull’interpretazione della regolazione nazionale in materia, anche alla luce dei più recenti interventi del legislatore. In particolare, il d.lgs. 30 giugno 2022, n.105, di attuazione della direttiva 2019/1158, ha introdotto alcuni strumenti di flessibilità del lavoro, intervenendo principalmente sulla disciplina del lavoro agile e del *part-time*, di cui si discuterà più avanti. Ulteriori misure di incentivazione all’utilizzo del lavoro flessibile (ma anche della flessibilità oraria) sono previste per lavoratori disabili e *care givers*, per l’analisi delle quali si rinvia al saggio di Olivia Bonardi.

Una prima osservazione riguarda proprio la portata complessiva dell’intervento legislativo in questa materia. Il d.lgs. 105/2022 sembra aver optato per un’attuazione minimale della direttiva, da un lato non considerando affatto il diritto alla flessibilità dell’orario, di cui all’art. 9 della dir. 2019/1158/UE, come diritto a una diversa articolazione dell’orario di lavoro in funzione di conciliazione, dall’altra riducendo il suddetto diritto a

FENOGLIO, IZZI, a cura di, *Studi in memoria di Massimo Roccella*, Ediesse, 2021, p. 883; GABRIELE, *Work life balance ed emergenza sanitaria: il difficile ‘equilibrio’ tra attività professionale e lavoro di cura familiare*, in GARILLI, a cura di, *Dall'emergenza al rilancio. Lavoro e diritti sociali alla prova della pandemia*, Giappichelli, 2020, p. 115 ss.; si v. anche i *papers* presentati al *webinar LLC* del 15 dicembre 2020 *Il lavoro delle donne. Risorsa nell'emergenza e fattore di rilancio*, disponibili sul sito [www.la-bourlawcommunity.org](http://www.la-bourlawcommunity.org).

<sup>7</sup> Si tratta del periodo della vita “in cui la simultaneità della gestione e cura di bambini e anziani o bisognosi di assistenza, proprio come in un panino, schiaccia la donna in un contesto di doppio lavoro con scarso supporto in termini di *welfare* locale e di assenza di condivisione da parte del *partner*, determinandone scelte e vincoli”: così V. CARDINALI, *Il lavoro di uomini e donne in tempo di Covid. Una prospettiva di genere*, INAPP Working Paper n. 56, 2021, p. 9.

<sup>8</sup> Per l’accezione di conciliazione condivisa utilizzata in questo saggio si rinvia ad ALESSI, *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, in *DRI*, 2018, p. 805 ss.; si v. anche DE MARCO, *Conciliazione vita-lavoro in Italia e in Europa*, in in FALDETTA, GABRIELE (a cura di), *Tempi di vita e di lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, in *Quaderni FMV*, 2020, p. 22 ss.

una mera priorità nell'accesso al lavoro agile. Per il lavoro *part-time* le modifiche riguardano solo la platea dei soggetti che hanno priorità nella trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale, nell'ipotesi in cui detti soggetti debbano assistere familiari disabili in situazione di gravità o affetti da patologie oncologiche o cronico degenerative ingravescenti<sup>9</sup>, senza incidere sul diritto alla trasformazione per finalità di conciliazione. L'atteggiamento del legislatore rispetto ai profili in parola sembra dunque molto distante dall'approccio della direttiva che, benché “leggero” e in costante tensione tra il riconoscimento del diritto alla conciliazione e la salvaguardia delle esigenze dell'impresa, opta per la costruzione di un modello di organizzazione del lavoro *family friendly*, nel quale siano altresì valorizzate le istanze di equa ripartizione delle responsabilità di cura<sup>10</sup>.

Eppure, l'attuazione della direttiva avrebbe potuto essere l'occasione per una sistemazione organica delle previsioni in materia, oggi distribuite in una pluralità di interventi, la cui disomogeneità ne rende complessa la ricostruzione, anche a seguito dei numerosi interventi della Corte costituzionale<sup>11</sup> (sul punto si v. anche il contributo di VALLAURI), nonché per porre finalmente mano alla disciplina dell'orario di lavoro nella prospettiva del riconoscimento delle esigenze di conciliazione quale vero e proprio diritto, come del resto la dottrina più attenta segnala da tempo<sup>12</sup>. Può darsi che sul punto abbia inciso l'emanazione della l. 7 aprile 2022, n. 32 (c.d. *Family Act*), che prevede una specifica delega al Governo per “incentivare il lavoro femminile,

<sup>9</sup> Su questi profili si rinvia nuovamente al contributo di BONARDI, in q. Volume.

<sup>10</sup> Per questi aspetti si rinvia a ALESSI, *La direttiva 2019/1158/UE: alcune riflessioni su congedi di paternità e flessibilità del lavoro*, in CORTI, a cura di, *Il Pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale europea*, Vita e Pensiero, 2021, p. 29 ss.

<sup>11</sup> La questione della complessità e della frammentazione delle previsioni in materia di conciliazione è stata sollevata da tempo dalla dottrina. Si vv. ad es. GOTTARDI, *Le modifiche al testo unico maternità-paternità e la conciliazione tra vita familiare e vita professionale. Ragionando di d.lgs. n. 80/2015 e dintorni*, in EAD., a cura di, *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T. U. n. 151/2001 ai sensi del d. lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, 2016, p. 6 ss.; CALAFÀ, *Le misure di conciliazione vita-lavoro: un quadro di sintesi*, in ZILIO GRANDI, BIASI, a cura di, *Commentario breve alla riforma “Jobs Act”*, Wolters Kluwer, Cedam, 2015, p. 693 ss.; da ultimo si vv. ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D'ONGHIA, *Per una trasposizione responsabile della Direttiva n. 2019/1158, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, in RGL, 2022, I, p. III ss.

<sup>12</sup> CALAFÀ, *Congedi e rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 2004, spec. p. 47 ss. e p. 235 ss.; MITTELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2020, spec. p. 141 ss.; VALLAURI, *Genitorialità e lavoro. Interessi protetti e tecniche di tutela*, Giappichelli, 2020, p. 42 ss.

la condivisione della cura e l'armonizzazione dei tempi di vita e di lavoro" (art. 4), che tuttavia si limita a prevedere incentivi per i datori di lavoro che applichino le clausole dei contratti collettivi che prevedano "modalità di lavoro flessibile" con la possibilità per i lavoratori di richiedere il ripristino dell'originario regime contrattuale. Si tratta, ancora una volta, di una previsione debole e dalla portata circoscritta, dal momento che, da un lato, rinvia alle previsioni dei contratti collettivi di secondo livello, dall'altro sembra affidare all'iniziativa spontanea dei datori di lavoro l'attuazione del diritto alla flessibilità per la conciliazione<sup>13</sup>. La tecnica dell'incentivazione, peraltro, ha mostrato tutti i suoi limiti già nel passato (anche) recente, dal momento che tanto l'art. 9 della l. n. 53/2000, quanto l'art. 25 del d.lgs. n. 80/2015 sono stati scarsamente utilizzati (sul tema si v. anche MILITELLO, in questo volume). Il collegamento al contratto di secondo livello dell'erogazione degli incentivi previsti dalle norme citate, poi, al di là della difficile incidenza del contratto aziendale nella materia dell'organizzazione del lavoro, ha dato luogo a una produzione scarsamente innovativa nei suoi contenuti, quanto meno con riferimento al tema dell'articolazione flessibile dell'orario di lavoro<sup>14</sup>. Certo, provare a ridefinire il rapporto tra tempi di vita e tempi di lavoro nell'ottica auspicata dalla direttiva 2019/1158/UE, nella quale "genitori e i prestatori di assistenza dovrebbero poter adeguare il calendario di lavoro alle proprie esigenze e preferenze personali" (considerando 34) significa incidere sul *sancta sanctorum* delle prerogative datoriali, quelle cioè relative all'organizzazione delle modalità temporali della prestazione di lavoro<sup>15</sup>. E non c'è dubbio che un ripensamento di detto rapporto dovrebbe porsi all'interno di un orizzonte più ampio, che riveda gli stessi tempi sociali in un'ottica moderna,

<sup>13</sup> Che questa fosse una delle ragioni della scarsa effettività dell'art. 9 della l. n. 53/2000, insieme al suo carattere non sistematico, è messo in luce da REBUZZINI, *Work-life balance e nuove organizzazioni del lavoro*, paper reperibile all'indirizzo [https://www.academia.edu/17092133/Work-Life\\_Balance\\_e\\_Nuove\\_Organizzazioni](https://www.academia.edu/17092133/Work-Life_Balance_e_Nuove_Organizzazioni), p. 10 ss.

<sup>14</sup> CALAFÀ, *Contrattare incentivi per la conciliazione tra vita professionale e vita privata*, in LG, 2018, 33 ss.

<sup>15</sup> È quanto è avvenuto in occasione di alcune controversie aventi ad oggetto l'articolazione dell'orario di lavoro. Si v. Trib. Bologna 31 dicembre 2021, in RIDL, 2022, II, p. 247 ss., con nota di PERUZZI, *Orario di lavoro e discriminazione per genitorialità: la soluzione giurisprudenziale prima della l. n. 162/2021*, p. 265 ss.; si v. anche SCARPONI, *Discriminazione e cura genitoriale: la modifica dell'orario di lavoro imposta dal datore di lavoro è rilevante?*, reperibile al link [https://bit.ly/-IEN\\_Scarponi](https://bit.ly/-IEN_Scarponi); Trib. Firenze 22 ottobre 2019, in RIDL, 2020, II, p. 659 ss., con nota di IZZI, *Discriminazioni verso i genitori e risarcimento dei danni in funzione sanzionatoria*, p. 665 ss.

come del resto aveva (vanamente) cercato di fare la l. n. 53/2000<sup>16</sup> (su questi aspetti si rinvia al contributo di MILITELLO). Un primo passo in questa direzione, tuttavia, andrebbe fatto. Se è vero che le stesse imprese richiedono forme di organizzazione flessibile dell'orario e appaiono interessate al conseguimento di dati obiettivi produttivi, piuttosto che alla misurazione del tempo di lavoro, si potrebbero immaginare forme organizzative modulari, flessibili e aperte al rispetto dei tempi di vita dei lavoratori e delle lavoratrici, come si è del resto fatto in alcune realtà produttive. Il punto di partenza, in questa prospettiva, non può che essere la valorizzazione del diritto alla flessibilità per la conciliazione disegnato dalla direttiva 2019/1158/UE.

## 2. *Il diritto alla flessibilità del lavoro nella dir. 2019/1158 e la sua trasposizione nell'ordinamento italiano*

La direttiva 2019/1158/UE dedica al tema della flessibilità del lavoro previsioni molto significative. Già nei “considerando” si stabilisce che “i lavoratori che sono genitori e prestatori di assistenza dovrebbero poter adeguare il calendario di lavoro alle proprie esigenze e preferenze personali” e che, di conseguenza, essi hanno “il diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili al 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” (cons. 34). Nel successivo “considerando”, oltre a prevedere la possibilità per il datore di lavoro di approvare o respingere la richiesta, la direttiva introduce il diritto dei lavoratori e delle lavoratrici alla reversibilità, cioè a “ritornare all'organizzazione della vita professionale originale” non solo al termine del periodo originariamente convenuto, ma anche prima, se si verifici “un cambiamento delle circostanze”.

Alle indicazioni appena ricordate corrisponde il testo dell'art. 9 della parte precettiva della direttiva, che si apre riconoscendo ai lavoratori con figli di un'età non inferiore a 8 anni e ai prestatori di assistenza “il diritto di chiedere orari di lavoro flessibili”. In primo luogo, è bene precisare che tale diritto riguarda non solo le modifiche dell'orario, ma anche le modalità di organiz-

<sup>16</sup> Si vv. le osservazioni di NAPOLI, *Note introduttive*, in NAPOLI, MAGNANI, BALBONI (a cura di), *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *NLCC*, 2001, p. 1215 ss.

zazione del lavoro, come si ricava anche dai paragrafi 2 e 3 (dove si parla di “organizzazione della vita professionale”), nonché dalla stessa intitolazione dell’articolo. Tra le modalità in parola rientra dunque anche la richiesta di svolgere l’attività lavorativa a distanza, secondo il considerando 35 della direttiva. Rinviando al par. 3 l’analisi delle diverse modalità con le quali l’esigenza di assistenza può essere soddisfatta, occorre dire qualche parola, preliminarmente, sulla portata del diritto riconosciuto dall’art. 9, cui corrisponde l’obbligo del datore di lavoro di prendere in considerazione la richiesta e di motivarne l’eventuale rifiuto o differimento. L’apparente debolezza della formulazione della norma, dovuta probabilmente alla complessità dell’*iter* che ha portato all’approvazione della direttiva<sup>17</sup>, non deve indurre a svalutarne il contenuto<sup>18</sup>. La previsione disegna un vero e proprio diritto non a chiedere (che non avrebbe senso), quanto a *ottenere* modalità flessibili di lavoro, che gli Stati membri possono certamente subordinare alla presenza di date condizioni (come l’età dei figli o la qualità di *caregiver*, sulla quale si rimanda al contributo di BONARDI), così come devono prevedere la possibilità per il datore di lavoro di respingere o differire la richiesta in presenza di condizioni oggettive, legate alle necessità dell’organizzazione produttiva. Nel nostro ordinamento un’ipotesi analoga è prevista per il rifiuto o il differimento del congedo formativo *ex art.* 5, l. 8 marzo 2000, n. 53, che è subordinato alla presenza di comprovate esigenze organizzative, la prova delle quali spetta ad datore di lavoro<sup>19</sup>. Per non parlare delle ipotesi di riconoscimento del diritto all’adibizione al lavoro agile, previste in numerose norme emanate nel periodo dell’emergenza, subordinate solo alla valutazione della compatibilità delle mansioni assegnate al lavoratore o alla lavoratrice con la modalità a distanza. Sul lavoro agile si tornerà più avanti; per il momento si può osservare, in generale, come in questi casi le esigenze di conciliazione rivestano un’importanza tale da incidere sul potere (altrimenti) discrezionale

<sup>17</sup> LAULOM, *La directive 2019/1158 du 20 juin 2019 sur l’équilibre entre vie professionnelle et vie privée: une nouvelle contribution européenne au droit de l’égalité entre les femmes et les hommes*, in *Semaine Sociale Lamy*, Suppl., 1888-1889, 2019, pp. 14 ss.; CHIEREGATO, *A Work-Life Balance for All? Assessing the Inclusiveness of EU Directive 2019/1158*, in *IJCL*, 2020, p. 67 ss.

<sup>18</sup> In quest’ottica sembra porsi ZUCARO, *Il differenziale di genere nel lavoro di cura*, cit., p. 112, riprendendo la posizione di IZZI, *Il work-life balance al maschile: a proposito di congedi dei padri*, in *LD*, 2020, p. 345 ss, che definisce l’obbligo in esame di “carattere procedurale”.

<sup>19</sup> Sull’art. 5 si v., da ultimo, VALLAURI, *Commento alla l. 8 marzo 2000, n. 53*, in DEL PUNTA, SCARPELLI, RAUSEI, *Commentario alle leggi sul lavoro*, Milano, Wolters Kluwer, 2020, p. 1579 ss.

del datore di lavoro, imponendo di motivare la mancata adozione o il differimento della misura organizzativa richiesta dal lavoratore e assoggettando pertanto la decisione del datore di lavoro al controllo del giudice. Si tratta di segnali dell'emersione nella struttura del contratto di lavoro del diritto alla conciliazione, riconosciuto peraltro anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE<sup>20</sup>. A tal proposito, è opportuno sottolineare che la direttiva 2019/1158/UE prevede il diritto alla conciliazione in termini assai più ampi di quanto si poteva ricavare dalla precedente direttiva 2010/18/UE, che riconosceva la possibilità di chiedere modifiche dell'orario di lavoro unicamente ai lavoratori "che tornano dal congedo parentale". Detta limitazione aveva indotto la Corte di giustizia a ritenere che non rientrasse nell'ambito di applicazione della direttiva una previsione nazionale che consentiva al lavoratore di chiedere la riduzione, ma non la modifica, dell'orario di lavoro per esigenze di cura<sup>21</sup>. Oggi il quadro europeo è significativamente cambiato, come si è visto, dal momento che gli unici requisiti richiesti dalla direttiva 2019/1158/UE per l'esercizio del diritto alla conciliazione sono l'età dei figli o la condizione di *caregiver*<sup>22</sup>.

L'attuazione dell'art. 9 della direttiva nell'ordinamento italiano risulta, da questo punto di vista, piuttosto deludente, come si è anticipato. In primo luogo, l'art. 4 del d.lgs. n. 105 del 2022, aggiungendo il comma 3-bis all'art. 18 del d.lgs. n. 81/2017, riconosce ai genitori con figli fino a 12 anni di età, nonché ai lavoratori disabili e ai *caregivers*, la priorità di accesso al lavoro agile. E basta, direbbe Giorgio Gaber<sup>23</sup>. Mentre per i lavoratori disabili e i *caregivers* lo stesso d.lgs. prevede anche la possibilità di accedere "ad altre forme di lavoro flessibile" (art. 3: sul punto si rinvia nuovamente al contributo di BONARDI), per i genitori la flessibilità riguarda esclusivamente il lavoro agile. La limitazione si può spiegare con il fatto che la legge già prevede, come si è visto, strumenti di incentivazione alla flessibilità oraria in funzione di conciliazione, ma si tratta, per l'appunto, di strumenti affidati alla contrattazione

<sup>20</sup> MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, cit., p. 28 ss.; VALLAURI, *Genitorialità e lavoro*, cit., p. 38 ss.

<sup>21</sup> CGUE 18 dicembre 2019, C-366/18, *Ortiz Mesonero*. La questione di fatto alla base del rinvio pregiudiziale riguardava la richiesta di un lavoratore turnista di essere assegnato unicamente al turno mattutino, senza riduzione dell'orario di lavoro, per potersi occupare dei figli.

<sup>22</sup> Si rinvia ad ALESSI, *La direttiva 2019/1158/UE. Alcune riflessioni su congedi di paternità e flessibilità del lavoro*, cit., p. 43 ss.

<sup>23</sup> Il riferimento è ovviamente alla canzone "Il signor G."

collettiva di secondo livello, alla quale dunque spetta il riconoscimento del diritto alla flessibilità e le modalità di attuazione dello stesso. Una diversa ragione potrebbe risiedere nella delega contenuta del c.d. *Family Act*<sup>24</sup>, ma anche questo non può bastare a far ritenere correttamente trasposta la direttiva, dal momento che la delega ha tempi di attuazione molto lunghi (24 mesi dall'entrata in vigore della l. n. 32/2022), ben oltre la scadenza del termine previsto per il recepimento (2 agosto 2022).

Il riconoscimento, poi, della mera priorità nell'accesso e, per giunta, solo quando i datori di lavoro, pubblici e privati, "stipulano accordi per l'esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile" pare tradire senso e finalità dell'art. 9 della direttiva, lasciando alla scelta discrezionale del datore l'attuazione del diritto ivi previsto. L'art. 18, comma 3, della l. n. 81/2017, tuttavia, potrebbe essere interpretato in modo tale da leggere in esso non solo la possibilità per i lavoratori e le lavoratrici di chiedere di usufruire del lavoro agile, anche là dove i datori di lavoro non abbiano manifestato la volontà di stipulare accordi in tal senso, ma anche il diritto a ricevere una risposta motivata da esigenze organizzative oggettive. La priorità, in questa prospettiva, andrebbe riferita alla presenza di più richieste (si v. anche BONARDI, in questo numero). Ciò che si intende dire è che occorre fare un uso ponderato dell'interpretazione conforme, in modo da non vanificare il contenuto precettivo della direttiva.

A volersi spingere un po' più in là, peraltro, l'art. 9 potrebbe addirittura considerarsi una disposizione di diretta applicazione, una volta scaduto il termine di recepimento della direttiva, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia UE in materia<sup>25</sup>. In essa, infatti, sono individuati il diritto a orari o modalità di lavoro flessibili, i titolari del diritto (genitori di figli di età inferiore a otto anni e *caregivers*) e il contenuto dello stesso diritto (ottenere una risposta motivata, basata su esigenze oggettive). Sembra, insomma, che in questo caso il *test Francovich* possa dirsi agevolmente superato. La direttiva, peraltro, è fondata sugli art. 23 e 33 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (cons. 2 e 3 dir. 2019/1158/UE), il che ne rafforza sicuramente la portata precettiva e la sua efficacia diretta, come ha riconosciuto più volte la Corte di giustizia<sup>26</sup>. Trattan-

<sup>24</sup> Sulla quale si v. VALLAURI, *Una delega per rivedere la disciplina dei congedi parentali*, in *LDE*, 2022, n. 2.

<sup>25</sup> A partire dal celeberrimo caso *Francovich*: C. Giust. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90.

<sup>26</sup> Si v. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Giuffrè,

dosi, nel caso in esame, di non corretta trasposizione di una disposizione della direttiva, il giudice potrebbe dunque disapplicare la normativa interna contrastante, applicando la previsione di cui all'art. 9.

Un impulso alla promozione del diritto alla flessibilità per la conciliazione può provenire anche dalla contrattazione collettiva. Nel Protocollo Nazionale sul lavoro in modalità agile del 7 dicembre 2021 si legge che le parti sociali “si impegnano a rafforzare i servizi e le misure di equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza”, riprendendo testualmente l'intitolazione della direttiva. Si tratta di un segnale di attenzione alle previsioni europee che deve essere valorizzato nella dinamica della contrattazione collettiva tanto nazionale quanto, soprattutto, di secondo livello, dove la conoscenza della concreta organizzazione produttiva può permettere di individuare soluzioni adeguate alle esigenze in gioco.

Le osservazioni svolte finora devono valere anche per l'accesso alle altre forme di lavoro flessibile, prima tra tutte il lavoro a tempo parziale, ma anche all'articolazione dell'orario di lavoro. Per il *part-time*, l'art. 8, c. 5, del d.lgs. 81/2015 prevede la priorità per la trasformazione del rapporto di lavoro per le lavoratrici e i lavoratori che abbiano figli di età inferiore a 13 anni<sup>27</sup>. Anche in questo caso, la norma va interpretata, alla luce delle previsioni della direttiva, come il riconoscimento del diritto a chiedere la trasformazione del rapporto di lavoro e a ottenere una risposta motivata.

In tal modo, peraltro, la disciplina si porrebbe in linea con quanto previsto dall'art. 1, comma 58, l. 662/1996, secondo il quale i dipendenti pubblici possono chiedere la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale e hanno diritto ad ottenere una risposta collegata a esigenze di funzionalità della p.a. oppure alla tipologia di rapporto di lavoro che il lavoratore intende instaurare con un altro soggetto<sup>28</sup>. Del resto, una differen-

2018, p. 105 ss.; sull'efficacia diretta del principio di non discriminazione e dei diritti riconosciuti nella Carta dei diritti fondamentali UE si v., da ultimo, BARBERA, BORELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in *Biblioteca 20 maggio*, CSDLE “Massimo D'Antona”, 2022, n. 1, p. 94 ss.

<sup>27</sup> Sul contenuto della previsione si v. VETTOR, *Conciliare vita e lavoro. La prospettiva del diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, Giappichelli, 2018, p. 74 ss.; sulla disciplina introdotta dal d.lgs. n. 276/2003 e modificata dalla l. n. 92/2012, si v. CALAFÀ, *Il contratto di lavoro a tempo parziale*, in BROLLO, a cura di, *Il mercato del lavoro*, in *Trattato di Diritto del Lavoro*, diretto da PERSIANI e CARINCI, Vol. VI, Cedam, 2012, p. 1228 ss.

<sup>28</sup> Sul punto si v. TIMELLINI, *L'ultima declinazione flessibile del lavoro dipendente nelle pubbliche amministrazioni*, in *VTDL*, 2020, p. 424 ss.; BROLLO, *Il tramonto del diritto al part-time nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in *LPA*, 2008, I, p. 499 ss.

ziazione di disciplina su questo specifico profilo<sup>29</sup> non può giustificarsi alla luce delle previsioni della direttiva che, com'è noto, si applicano ai datori di lavoro privati e pubblici.

### 3. Part-time, lavoro agile e flessibilità dell'orario di lavoro: le trappole della conciliazione

La trasposizione “minimalista” della direttiva 2019/1158/UE ad opera del d. lgs. 105/2022 lascia aperti numerosi problemi circa l'effettiva idoneità degli strumenti privilegiati dal legislatore a favorire una più equa ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne e a colmare “il divario di reddito e retributivo di genere”, secondo quanto prevede la stessa direttiva (cons. 6 e 34).

Quanto al *part-time*, continuare a considerarlo uno strumento utile per favorire la conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di vita e, soprattutto, un'equa distribuzione delle responsabilità di cura è tanto irrealistico quanto dannoso, almeno finché le percentuali di accesso al *part-time* saranno, nel nostro Paese come nella maggior parte dei Paesi europei, nettamente sbilanciate a discapito del genere femminile e, di conseguenza, i carichi di cura assunti principalmente dalle donne<sup>30</sup>, come si è visto (sul punto si v. anche il contributo di MILITELLO). Intervenire in questa materia, certo, non è semplice: occorre trovare il modo di rendere il lavoro a tempo parziale attrattivo anche per gli uomini, eliminando alcune penalizzazioni ad esso correlate, come le maggiori difficoltà di carriera, riducendone l'incidenza sui diritti previden-

<sup>29</sup> La disciplina del *part-time* è stata unificata per il lavoro pubblico e privato dal d.lgs. n. 81/2015, tranne per alcuni profili di disciplina, come quello legato alla trasformazione del rapporto di lavoro. Sul punto si v. BELLOMO, *La riscrittura della disciplina in materia di contratto di lavoro a tempo parziale: semplificazione, unificazione e ricalibratura dell'equilibrio tra autonomia collettiva e individuale*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma “Jobs Act”*, Wolters Kluwer, Cedam, 2015, p. 503 ss.

<sup>30</sup> Sulla diversa distribuzione del lavoro familiare nelle coppie in cui entrambi sono occupati si v. ISTAT, *BES 2020. Il benessere equo e sostenibile in Italia*, Roma, 2021, p. 88 e, sugli effetti di essa sul tasso di partecipazione al mercato del lavoro, PALOMBI, ROMANO, P. ZOPPOLI, *Un'analisi del tasso di mancata partecipazione al lavoro in Italia, Francia, Germania e Spagna: il ruolo di inattività e divari di genere*, in *Note Tematiche MEF*, 2022, n. 2, p. 20 ss.; in dottrina si v. MARINELLI, *Gender gap e mercato del lavoro alla luce della pandemia: il punctum dolens è la ripartizione tra i generi dei compiti di cura genitoriale*, in *RIDL*, 2021, I, p. 65 ss.

ziali (sul punto si rinvia al contributo di D'ONGHIA) e individuando incentivi mirati, anche attraverso la contrattazione collettiva. Interventi di questo tipo, tuttavia, dovrebbero accompagnarsi anche a politiche volte a smantellare gli stereotipi che ancorano uomini e donne a ruoli prestabiliti<sup>31</sup>.

Uno strumento che la direttiva 2019/1158/UE propone agli Stati membri al fine di rendere il *part-time* (ma anche le altre tipologie di flessibilità oraria) idoneo a favorire la conciliazione/condivisione è il diritto alla reversibilità. Secondo l'art. 9 della direttiva, quando l'articolazione flessibile o la riduzione dell'orario adottate in funzione delle necessità di conciliazione hanno una durata limitata, i lavoratori hanno diritto, al termine di detto periodo, "di ritornare all'organizzazione originaria della vita professionale". Il lavoratore o la lavoratrice può chiedere di tornare anticipatamente all'organizzazione originaria del lavoro anche prima della scadenza del periodo prestabilito e, in tal caso, il datore di lavoro è tenuto a rispondere "alla luce sia delle proprie esigenze sia di quelle del lavoratore". Sul punto il d.lgs 105/2022 non interviene affatto, né si può ritenere conforme alle disposizioni della direttiva l'art. 8 del d.lgs. 81/2015, che prevede un ben più blando diritto di precedenza per "il lavoratore il cui rapporto sia trasformato da tempo pieno in tempo parziale" e solo nel caso in cui il datore di lavoro intenda procedere ad "assunzioni con contratto a tempo pieno per l'espletamento delle stesse mansioni o di mansioni di pari livello e categoria legale rispetto a quelle oggetto del rapporto di lavoro a tempo parziale". La lontananza, per non dire l'incompatibilità, rispetto alla direttiva è evidente. In questo caso, peraltro, la possibilità di un'interpretazione conforme alla direttiva sembra scontrarsi con la formulazione abbastanza netta dell'art. 8 sopra citato. Resta da percorrere, anche per questa ipotesi, la strada dell'applicazione diretta della previsione di cui all'art. 9 della direttiva 2019/1158/UE, come si è sostenuto più sopra (si v. § 2). Si tratta, tuttavia, di un rimedio *ex post*, il cui cammino è irto di ostacoli, che rischia di lasciare a lungo disattese esigenze che, al contrario richiedono interventi in tempi brevi, se non immediati. Ciò rende ancora meno comprensibile l'attuazione disattenta di una direttiva la cui complessità era stata segnalata da tempo dalla dottrina, a livello nazionale e internazio-

<sup>31</sup> Sull'incidenza degli stereotipi di genere e delle politiche aziendali nella ripartizione delle responsabilità di cura si v. VAN BELLE, *Paternity and parental leave policies across the European Union*, 2016, reperibile all'indirizzo: [https://www.rand.org/pubs/research\\_reports/RR1666.html](https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR1666.html). Su come detti stereotipi abbiano influito anche sull'approccio legislativo si v. ALES, *Maternità e congedi parentali*, in *ED, Annali IX*, 2016, p. 531 ss.

nale<sup>32</sup>, e la cui rilevanza ai fini del conseguimento della parità dei generi nelle attività di cura era stata parimenti sottolineata, anche alla luce del suo stretto collegamento con il Pilastro europeo dei diritti sociali<sup>33</sup>.

Il lavoro agile sembrerebbe una modalità di lavoro più adatta alla conciliazione, idonea cioè a favorire una più equa ripartizione delle esigenze di cura, dal momento che esso non presenta alcune delle controindicazioni legate al *part-time*, prima tra tutte la riduzione della retribuzione. L'esperienza maturata nel periodo pandemico, tuttavia, ha ridimensionato in buona parte la visione quasi idilliaca dell'istituto diffusa dalle ricerche condotte in materia<sup>34</sup>. Il lavoro agile, come si è detto in altra sede<sup>35</sup>, contiene in sé il rischio di evolversi in un nuovo *part-time* dal punto di vista della ripartizione delle responsabilità di cura, cosa che si è puntualmente verificata durante la pandemia<sup>36</sup>. Le ricerche condotte hanno dimostrato, come si è detto, che i carichi di cura non hanno subito modifiche, se non marginali, e che non appena è stato possibile rientrare al lavoro sono stati soprattutto gli uomini a farlo<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> Si v. i rilievi formulati da ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D'ONGHIA, SARACINI, SCHUSTER, *Dal congedo parentale all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza. Riflessioni di diritto del lavoro dell'Unione europea e nazionale*, Atti del Convegno tenutosi a Roma il 30 gennaio 2020, mimeo; VITALETTI, *Benessere, madre lavoratrice e vita familiare. Alcune considerazioni a margine della direttiva europea 2019/1158/CE*, in DEL PUNTA, GOTTARDI, NUNIN, TIRABOSCHI, *Salute e benessere dei lavoratori: profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, Adap University Press, 2020, p. 85 ss.; CHIEREGATO, *A Work-Life Balance for All?* cit., p. 59 ss.; LAULOM, *La directive 2019/1158 du 20 juin 2019 sur l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée*, cit.; si v. anche il *Dossier* pubblicato dalla *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, 2020, n. 3, con contributi di LORBER, SANTORO, CARACCILO DI TORELLA, CALAFÀ, KRÜGER, BURRI, BAGARI, DE OLIVEIRA CARVALHO, MUSIALA, ROȚORU, STANGOVA, GOLYNKER, PERRENOUD, MALHERBE.

<sup>33</sup> Sul punto si rinvia ad ALESSI, *La direttiva 2019/1158/UE*, cit., p. 29 ss.

<sup>34</sup> Il riferimento è soprattutto alle ricerche condotte da prima dell'entrata in vigore della l. n. 81/2017 dall'Osservatorio sullo *Smart Working* del Politecnico di Milano, consultabili all'indirizzo <https://www.osservatori.net/it/ricerche/osservatori-attivi/smart-working>. In dottrina si v. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *RGL*, 2020, spec. p. 224 ss.; FIORILLO, *Il lavoro agile: continua il processo di ridefinizione del diritto del lavoro*, in PERULLI, FIORILLO (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2017, p. 142 ss.; MARTONE, *Il lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, in ZILIO GRANDI, BIASI, a cura di, *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, p. 461 ss.

<sup>35</sup> Si v. ALESSI, *Lavoro agile e conciliazione: alcune osservazioni a margine della proposta di riforma dell'istituto del lavoro agile del Gruppo Frecciarossa*, in *LDE*, 2021, n. 4.

<sup>36</sup> Si v. le osservazioni di TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 419/2020, spec. p. 10 ss.

<sup>37</sup> Si v. CARDINALI, *Dalla Fase 1 alla Fase 2: quale transizione per uomini e donne?*, INAPP

La crescita della percentuale di adibizione al lavoro agile post-pandemico porrà dunque questioni analoghe a quelle che tradizionalmente hanno riguardato il lavoro a tempo parziale, ad esempio quelle relative alle prospettive di carriera. Un presidio importante rispetto al verificarsi di questi rischi è senza dubbio il principio di parità di trattamento previsto per i lavoratori agili dall'art. 20 della l. 81/2017<sup>38</sup>, ma ad esso devono accompagnarsi politiche sociali e interventi legislativi volti a favorire una migliore ripartizione del lavoro di cura, come il potenziamento degli asili nido pubblici e l'incremento del congedo di paternità obbligatorio (su questo aspetto si rinvia al contributo di CALAFÀ).

Sul piano della disciplina vigente, anche per il lavoro agile richiesto in funzione di conciliazione andrebbe valorizzato il diritto alla reversibilità di cui alla direttiva 2019/1158/UE. Da questo punto di vista, la regolamentazione del recesso dal lavoro agile prevista dall'art. 19 della l. n. 81/2017, non modificata dal d.lgs. n. 105/2022 deve essere letta alla luce della direttiva, considerando cioè la richiesta di rientro al lavoro "ordinario" del lavoratore o della lavoratrice come giustificata là dove sia motivata dal venir meno delle esigenze di conciliazione. In tal modo, si deve considerare possibile il recesso prima della scadenza del termine, là dove l'accordo di lavoro agile sia stato stipulato a tempo determinato, oppure senza preavviso, qualora l'accordo sia a tempo indeterminato.

Il diritto alla reversibilità, in definitiva, si atteggia come rimedio generale rispetto alle ipotesi di flessibilità della prestazione concordata in funzione di conciliazione. Da questo punto di vista, detto diritto va riconosciuto anche nelle ipotesi di diversa articolazione dell'orario di lavoro concordata tra le parti in ragione delle necessità di conciliazione, come del resto invita a fare la direttiva. A garantire, tuttavia, il diritto alla flessibilità del lavoro in questi casi soccorre anche, come si dirà a breve, anche il diritto antidiscriminatorio.

WP, n. 56, 2021, spec. p. 5 ss.; FERRAIO, PROFETA, *COVID: la crisi più dura in un Paese ancora senza parità*, e LECCARDI, PAIS, *Il futuro della città. Smart working nelle imprese milanesi al tempo del Covid-19*, entrambi reperibili all'indirizzo <https://www.laboratoriofuturo.it>.

<sup>38</sup> ALESSI, *Lavoro agile e conciliazione*, cit., p. 9 ss.; FALSONE, *Il lavoro c.d. agile come fattore di discriminazione vietato*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, p. 567 ss.

#### 4. *Le relazioni pericolose: il diritto alla flessibilità e la nuova nozione di discriminazione*

Le considerazioni svolte circa il riconoscimento del diritto alla flessibilità in funzione di conciliazione devono oggi confrontarsi con la nozione di discriminazione di cui all'art. 25 del Codice delle Pari Opportunità (d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, d'ora in avanti CPO), come modificato dall'art. 2 della l. 5 novembre 2021, n. 162.

Com'è noto, la nuova nozione di discriminazione, salutata con favore nei primi commenti<sup>39</sup>, prevede l'applicazione della tutela antidiscriminatoria a particolari condizioni, come le esigenze di cura e l'età anagrafica. Non è questa la sede per discutere *funditus* del significato delle modifiche introdotte all'art. 25 e, in particolare, se dette modifiche comportino effettivamente un ampliamento della tutela o invece non aggravino la posizione delle vittime di atti discriminatori, anche sul piano probatorio<sup>40</sup>.

Un punto sul quale la riflessione è però unanime concerne la specificazione secondo cui la discriminazione può essere realizzata anche tramite una modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro, una volta che questa incida sulle "esigenze di cura personale e familiare". La previsione si può considerare una specificazione del divieto di discriminazione contenuto nell'art. 3 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (Testo Unico in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, d'ora in poi TUMP), come modificato dal d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5, che vieta qualsiasi discriminazione per ragioni connesse al sesso "con particolare riguardo ad ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti"<sup>41</sup>. Che quella previsione, conforme peraltro alla normativa europea in materia, potesse essere utilizzata per contrastare atti di

<sup>39</sup> Si vv., ad esempio, i contributi di SCARPONI, *Legge n. 162/2021 "Modifiche al Codice delle pari opportunità: un tassello importante verso l'eguaglianza uomo-donna"*, reperibile sul sito [www.lawcommunity.org](http://www.lawcommunity.org), all'indirizzo <https://bit.ly/3IKJmyz>; VALLAURI, *Prime osservazioni critiche sulla legge n. 162/2021*, reperibile sul sito [www.italianequalitynetwork.it/prime-osservazioni-critiche-sulla-legge-n-162-2021/](http://www.italianequalitynetwork.it/prime-osservazioni-critiche-sulla-legge-n-162-2021/).

<sup>40</sup> Si vv. sul punto le osservazioni di CALAFÀ, *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, in [www.italianequalitynetwork.it/il-dito-la-luna-e-altri-fraintendimenti-in-materia-di-parita-tra-donne-e-uomini/](http://www.italianequalitynetwork.it/il-dito-la-luna-e-altri-fraintendimenti-in-materia-di-parita-tra-donne-e-uomini/).

<sup>41</sup> In tal senso PERUZZI, *Orario di lavoro e discriminazione per genitorialità*, cit., p. 270 ss.

organizzazione dell'orario di lavoro suscettibili di produrre effetti discriminatori lo dimostra, tra l'altro, la giurisprudenza, in particolare le sentenze del Tribunale di Firenze del 22 ottobre 2019 e del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2021<sup>42</sup>, che non a caso richiama la direttiva 2019/1158/CE. La previsione espressa, tuttavia, ha l'effetto di disegnare un divieto di discriminazione per motivi legati alla cura dai confini molto ampi, idonei a ricomprendere tutti i trattamenti e le modifiche organizzative idonee ad incidere sulle esigenze di conciliazione di lavoratori e lavoratrici.

La questione più delicata, a tal proposito, riguarda il rapporto tra le due disposizioni, il nuovo art. 25 del CPO e l'art. 3 del TUMP, dal momento che il primo sembra definire la nozione generale di discriminazione, richiedendo al comma 2-bis che "il trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro, ponga o possa porre il lavoratore in una delle situazioni indicate dalle lettere a), b) e c). Anche questo profilo non può essere esaminato compiutamente: si può però osservare che un'interpretazione troppo rigida dell'art 25 CPO potrebbe comportare un aggravamento della posizione (anche sul piano probatorio) della lavoratrice madre o del lavoratore padre. La soluzione più conforme allo spirito della normativa antidiscriminatoria e alla definizione di discriminazione di matrice europea sembra dunque quella di considerare comunque prevalente la disposizione di cui all'art. 3 TUMP, che consente di considerare discriminatorio ogni trattamento meno favorevole in ragione della maternità o della paternità anche qualora, ad esempio, lo svantaggio si produca rispetto a un gruppo (e non alla generalità) di lavoratori, oppure non sia provato che il suddetto trattamento comporti una limitazione nella partecipazione alla vita aziendale o alle opportunità di carriera. In ogni caso, nonostante l'infelice formulazione dell'art. 25, comma 2-bis, si può ritenere che l'interpretazione corretta sia quella che assegna alle condizioni ivi indicate il carattere di esemplificazioni del carattere meno favorevole del trattamento, dal momento che resta tuttora vigente l'art. 3 del TUMP. Ciò, peraltro, dovrebbe valere in ogni ipotesi di discriminazione, dal momento che restano pur sempre ferme le nozioni di discriminazione diretta e indiretta di cui ai commi precedenti dello stesso articolo 25.

Al di là delle considerazioni appena svolte, tuttavia, ciò che rileva ai fini del presente contributo è che le modifiche dell'organizzazione del tempo e

<sup>42</sup> Entrambe le sentenze sono citate a nota 15.

delle modalità di lavoro che incidano sfavorevolmente sulle posizioni dei genitori o dei prestatori di assistenza possono essere considerate discriminazioni, con quel che ne segue in termini di rafforzamento della tutela, anche sul piano processuale, dal momento che questi ultimi potranno percorrere la strada del ricorso contro gli atti discriminatori previsto dal CPO<sup>43</sup>.

Nelle ipotesi di discriminazione per le ragioni sopradette non può che ricadere anche il rifiuto immotivato di adeguamento dell'orario di lavoro o di trasformare il rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, il mancato accoglimento della richiesta di svolgere l'attività lavorativa a distanza (ricorrendone i presupposti), nonché il recesso dall'accordo sul lavoro agile. In tutti questi casi, com'è evidente, l'atto datoriale può porre il lavoratore o la lavoratrice in una situazione di svantaggio rispetto alla titolarità e all'esercizio dei diritti di cura stabiliti dalla legge.

Stando così le cose, le motivazioni addotte dal datore di lavoro per il diniego della modifica organizzativa o per il rigetto delle richieste di cui sopra devono essere particolarmente intense, tali cioè da non consentire al datore di lavoro di ricorrere a strumenti meno invasivi delle posizioni dei lavoratori o delle lavoratrici, come del resto insegna la pluridecennale giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di discriminazioni<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Sul quale si v. GUARISO, MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, in BARBERA, GUARISO, a cura di, *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019, p. 445 ss.

<sup>44</sup> Sul punto si vv. BARBERA, BORELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, cit., p. 133 ss.

### **Abstract**

L'Autrice analizza le disposizioni della direttiva 2019/1158/UE in materia di flessibilità del lavoro per i genitori e i prestatori di assistenza, mettendole a confronto con le norme di recepimento introdotte dal d.lgs. n. 105/2022. L'analisi svolta mette in evidenza le differenze più rilevanti tra le due normative, proponendo alcune soluzioni in via interpretativa. Infine, l'A. si sofferma sulle interferenze tra la disciplina introdotta dal d.lgs. 105/2022 e la nozione di discriminazione di cui alla l. n. 162/2022.

The author analyses the provisions of Directive 2019/1158/EU on flexible working arrangements for parents and caregivers, comparing them with the transposing regulations introduced by Legislative Decree No. 105/2022. The analysis highlights the most relevant differences between the two laws, proposing some solutions by way of interpretation. Lastly, the author dwells on the interference between the rules introduced by Legislative Decree No. 105/2022 and the notion of discrimination outlined in Law No. 162/2022.

### **Keywords**

Conciliazione, flessibilità, lavoro.

Work-life balance, flexibility, work.

**Olivia Bonardi**

## Il diritto di assistere. L'implementazione nazionale delle previsioni a favore dei caregivers della direttiva 2019/1158 in materia di conciliazione

**Sommario:** **1.** Introduzione. **2.** Il diritto di assistere tra pandemia, Pnrr e *Family Act*. **3.** Le misure della direttiva 2019/1158 a favore dei prestatori di assistenza. **4.** E la loro implementazione nazionale: la riforma di permessi e congedi. **5.** Il diritto alla flessibilità del lavoro. **6.** I mezzi di protezione dell'esercizio del diritto. **7.** Le sanzioni.

### 1. *Introduzione*

Una delle principali innovazioni della direttiva 2019/1158 consiste nel riconoscimento di misure di conciliazione per i prestatori di assistenza, per i quali si prevede il diritto sia a specifici congedi (art. 6), sia alle condizioni di lavoro flessibili, così come definite anche per i genitori dall'art. 9. Significativa è anche l'inclusione dei prestatori di assistenza tra i soggetti per i quali si sancisce sostanzialmente un nuovo divieto di discriminazioni. Anche il d.lgs. 105/22 che vi dà attuazione ha introdotto indubbe novità, sia pure con qualche limite, come si vedrà in prosieguo. Le innovazioni però si inseriscono in un contesto normativo nazionale alquanto complesso, che vede il sostegno ai prestatori di assistenza fondamentalmente basato sulla concessione dei permessi e dei congedi regolati dagli articoli 33, l. 104/92 e 42, d.lgs. 151/01, a cui si aggiungono le possibilità di scelta della sede di lavoro e i limiti al trasferimento di cui al medesimo art. 33, la facoltà di esonero dal lavoro notturno di cui all'art. 53, c. 3, t.u. 151/2000, la priorità, in limitate situazioni, di accesso al lavoro a tempo parziale. La legislazione si è caratterizzata per la sua scarsa intelligibilità, derivante dai continui aggiustamenti del legislatore, che non ha saputo ben coordinare la normativa disse-

minata nelle diverse leggi. Non è possibile, in questa sede, dare conto di tutte le modifiche intervenute nel corso del tempo, né dell'ampio contenzioso e delle problematiche che la disciplina ha sollevato, rendendo oltremodo difficile l'accesso ai diritti di cura. Rinviando ad altri contributi l'analisi di dette questioni, ci si limiterà in questa sede ad affrontare le problematiche che intersecano il processo di attuazione della direttiva europea. Inoltre, esigenze di spazio impongono qui di considerare esclusivamente la posizione dei prestatori di assistenza nei confronti di disabili non minori, tralasciando il pur complicatissimo intreccio delle discipline relative ai permessi e congedi riconosciuti ai genitori, della normativa speciale relativa ai permessi di genitori con figli con disabilità e delle regole generali relative al diritto all'assistenza ai disabili<sup>1</sup>.

## 2. *Il diritto di assistere tra pandemia, Pnrr e Family Act*

Nel dramma della pandemia è emersa chiaramente la situazione di svantaggio in cui si sono trovate diverse categorie di soggetti: i disabili in primo luogo e, con essi, i c.d. lavoratori fragili<sup>2</sup>. Disposizioni *ad hoc* sono state quindi adottate per fare fronte alle difficoltà cui queste persone andavano incontro. Anche in quella difficile situazione, il legislatore ha adottato provvedimenti spesso sconnessi e di arduo coordinamento. Le principali misure sono consistite nel temporaneo incremento dei giorni di permesso *ex art.* 33, l. 104/92 (art. 24, d.l. 18/20 c.d. Cura Italia)<sup>3</sup> e nell'attribuzione ai lavoratori aventi nel proprio nucleo familiare una persona con disabilità grave del diritto a svolgere la prestazione in modalità agile, subordinatamente alla compatibilità con

<sup>1</sup> Si v. le esaurienti ricostruzioni del quadro di LAMONACA, *L'estensione della durata dei permessi retribuiti ex art. 33, l. 104/1992, e gli altri istituti di supporto dell'assistenza ai disabili in condizione di gravità*, in GAROFALO D., TIRABOSCHI, FILI, SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nell'emergenza epidemiologica*, vol. I, *Covid 19 e rapporto di lavoro*, ADAPT University Press, Bergamo, 2020, p. 261 e TURRIN, *La tutela dei lavoratori fragili durante ed oltre l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in *LDE*, 2021, 2, 1.

<sup>2</sup> V. per questi aspetti, tra i molti, LAMONACA, *op. cit.*, p. 262; DELFINO, *Cura dei soggetti fragili e rapporti di lavoro subordinato fra vecchi e nuovi equilibri*, in GUASTAFERRO, TEBANO, *Cura lavoro diritti. L'unione europea e le sfide della contemporaneità*, *Quaderni Dir. Lav. Merc.*, n. 12, 2022, p. 173; TURRIN, *op. cit.*, p. 1.

<sup>3</sup> Per l'analisi del complesso quadro normativo relativo ai permessi per i genitori con figli disabili si rinvia ancora a LAMONACA, *op. cit.*, p. 278 e ss.

le caratteristiche della prestazione stessa (39 co. 1, d.l. 18/20). La misura, inizialmente riconosciuta fino al 30 aprile 2020, verrà prorogata, a più riprese, fino alla cessazione dello stato di emergenza<sup>4</sup>. Finito quest'ultimo, l'unica disposizione che ha mantenuto vigore è quella di cui al co. 2 del cit. art. 39, che riconosce ai lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa la priorità nell'accoglimento delle istanze di svolgimento del lavoro in modalità agile. Tale misura si è aggiunta alla previsione di cui al co. 3 *bis* dell'art. 18, l. 81/17, che riconosce la priorità di accesso al lavoro agile, tra gli altri, ai genitori di figli con disabilità grave (e che verrà poi estesa con il d.lgs. 105/22, su cui v. § 5).

Nonostante alcune valutazioni positive<sup>5</sup>, i vuoti di tutela che si sono realizzati nelle more delle proroghe delle misure e i difetti di coordinamento tra le varie disposizioni, ad avviso di chi scrive, evidenziano la mancanza di una sensibilità adeguata rispetto alle necessità di coloro che si sono trovati a dover sommare, alle ordinarie esigenze di cura delle persone con disabilità, anche le necessità di prevenzione e di assistenza connesse alla pandemia. Anche in questo caso, inoltre, le misure predisposte dal legislatore si sono scontrate con le difficoltà dei prestatori di assistenza nell'effettivo accesso ai diritti. Ne è dimostrazione il contenzioso che è emerso proprio sulle possibilità di accesso al lavoro agile<sup>6</sup>.

Soprattutto, le misure previste dal legislatore si sono sostanzialmente ridotte alla tradizionale forma del permesso, oltre che al lavoro agile nella sua versione domestica emergenziale<sup>7</sup>, non considerando che la realizzazione dei

<sup>4</sup> In sede di conversione, la l. 27/20 estende il diritto ai lavoratori immunodepressi e ai familiari conviventi di persone immunodepresse

<sup>5</sup> In questo senso LAMONACA, *op. cit.*, p. 263, per il quale “il legislatore italiano si è da sempre contraddistinto per una notevole sensibilità verso la tutela dei portatori di handicap, specie se gravi”, più critica la posizione di TURRIN, *op. cit.*, p. 1, FERRARA M.D., *Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità*, in W.P. C.s.d.l.e. “Massimo D'Antona” - IT 426/2020, p. 10 e GABRIELE, *Work life balance ed emergenza sanitaria: il difficile 'equilibrio' tra attività professionale e lavoro di cura familiare*, in GARILLI (a cura di), *Dall'emergenza al rilancio. Lavoro e diritti sociali alla prova della pandemia*, Giappichelli, 2020, p. 127.

<sup>6</sup> Si v. Trib. Bologna 23 aprile 2020 n. 758, in *De Jure*; Trib. Roma 20 giugno 2020 n. 1252, in *De Jure*.

<sup>7</sup> Tra i molti, si v. almeno Cfr. ALESSI VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O., Roma, Ediesse, Roma, 2020, p. 131; ALBI, *Il lavoro agile tra emergenza e transizione*, in W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, n. 430/2020, p. 15.

diritti dei disabili e dei loro prestatori di assistenza richiede un ventaglio di misure ben più ampio e, come si vedrà, preso in buona parte in considerazione dalla direttiva 2019/1158.

Insomma, le misure adottate durante la pandemia, compreso l'allargamento della platea dei soggetti destinatari del diritto al lavoro in modalità agile, non sembrano aver apportato significative innovazioni di carattere sistematico; l'unica avente carattere stabile – il riconoscimento del diritto al lavoro agile di cui all'art. 39, co. 2 – non aveva preso in considerazione i prestatori di assistenza<sup>8</sup>.

Prima di entrare nel merito delle innovazioni apportate dal d. lgs. 105/22, si deve sottolineare come la materia non abbia ancora raggiunto un assetto definitivo. Importanti riforme sono infatti ancora in fase di elaborazione. Si allude alla riqualificazione dei servizi sociali prevista nell'ambito delle misure attuative sia del Pnrr, sia nel cd. *Family Act*, approvato con l. 7 aprile 2022, n. 32. È bene sottolineare subito che quest'ultima legge si caratterizza per una attenzione solo marginale rispetto ai temi della cura delle persone con disabilità. Si dispone infatti quale criterio generale, all'art. 1, co. 1, lett. e) che le misure a sostegno della famiglia siano adottate “tenendo conto dell'eventuale condizione di disabilità delle persone presenti all'interno del nucleo familiare” senza peraltro stabilire specifiche misure in tal senso. Anche la delega contenuta nell'art. 3 per una ulteriore riforma del d.lgs. 151/01, volta all'estensione, al riordino e all'armonizzazione della disciplina dei congedi parentali, di maternità e paternità, dedica scarsa attenzione alle questioni connesse alla disabilità e alle esigenze dei prestatori di assistenza.

Con il Pnrr, invece, la condizione dei prestatori di assistenza potrebbe mutare sostanzialmente, grazie alle misure previste a favore dei disabili. Un importante miglioramento potrebbe derivare dalle risorse destinate alle infrastrutture sociali, delle famiglie, delle comunità e del terzo settore di cui alla Missione 5. Si prevede infatti un rafforzamento dei servizi sociali miranti soprattutto alle persone con disabilità e agli anziani, a partire dai non autosufficienti, che dovrebbe realizzarsi attraverso la presa in carico multidimensionale e integrata dei servizi territoriali di domiciliarità. Peraltro, l'obiettivo dichiarato della deistituzionalizzazione, pur da realizzarsi attraverso interventi di supporto alla genitorialità e alle famiglie, e pur rispondendo al fondamen-

<sup>8</sup> D'altre parte erano altresì diverse le finalità delle nuove misure, sia pure riconducibili alle esigenze di assistenza, rispondendo anche alla diversa *ratio* di protezione della salute rispetto al rischio di contagio.

tale obiettivo dell'autonomia delle persone e del loro mantenimento nell'ambito del proprio contesto sociale, ove non supportato da una effettiva implementazione dei servizi, potrebbe rivelarsi un'arma a doppio taglio, scaricando nuovamente sui prestatori di assistenza familiari il carico del lavoro di cura.

Tra le misure del Pnrr destinate a incidere, sia pure indirettamente, sulla posizione dei prestatori di assistenza rileva inoltre la legge 22 dicembre 2021, n. 227, intitolata "Delega al Governo in materia di disabilità", che, in funzione di adeguamento alla Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità del 2006, prevede, tra le altre cose, la revisione della definizione di "persona handicappata" attualmente contenuta nell'art. 3, l. n. 104/92. L'incidenza di tale modifica sulla posizione delle persone che assistono i disabili deriva chiaramente dal fatto che l'accesso ai diritti di cui all'art. 33 della medesima legge è subordinato alla verifica della condizione di handicap grave di cui all'art. 3, co. 3. Ora, la legge delega presenta numerose ambiguità. Rinviando ad altri approfondimenti questioni più rilevanti che non possono essere trattate in questa sede<sup>9</sup>, un punto che rimane oscuro è costituito proprio dal fatto che la legge non chiarisce in alcun modo se la modifica della definizione di disabilità inciderà solo su quella generale contenuta nel co. 1 del medesimo art. 3, ovvero anche sul co. 3. Il fatto che quest'ultimo non sia destinato a subire modifiche si desume dall'art. 3 co. 1, del *Family Act* il quale, nel conferire la delega al Governo per la revisione della disciplina dei congedi di cui al d.lgs. 151/01, prevede espressamente che "resta fermo quanto disposto" dagli artt. 33, l. n. 104/92 e 42, d.lgs. 151/01. Peraltro, anche ove non si giungesse a una diretta modifica del co. 3, cambiamenti significativi potrebbero derivare indirettamente dalle modifiche generali previste per l'accertamento dell'invalidità, che dovranno basarsi sui criteri di valutazione dell' *International Classification of Functioning, Disability and Health (Icf)* e della *International Classification of Diseases (Icd)* e che dovranno definire altresì le "necessità di sostegno, di sostegno intensivo o di restrizione della partecipazione della persona ai fini dei correlati benefici o istituti". Come si vede, la questione risulta al momento del tutto aperta e i diversi tempi previsti per l'attuazione delle deleghe rendono concreto il rischio dell'ennesimo mancato coordinamento normativo.

<sup>9</sup> BONARDI, *Luci e ombre della nuova legge delega sulla disabilità*, in <https://www.italianequalitynetwork.it/luci-e-ombre-della-nuova-legge-delega-sulla-disabilita/>, 8 febbraio 2022.

3. *Le misure della direttiva 2019/1158 a favore dei prestatori di assistenza*

La riforma della disciplina europea attuata con la nuova dir. 2019/1158 sulla conciliazione risulta profondamente innovativa laddove prende in considerazione, finalmente, le esigenze dei lavoratori che siano prestatori di assistenza<sup>10</sup>. Le disposizioni stabilite in loro favore ruotano intorno alle definizioni contenute nell'art. 1, ai congedi previsti dall'art. 6, al diritto alla flessibilità di cui all'art. 9 e ai mezzi di protezione. Si deve peraltro sottolineare anche la presenza di una ulteriore disposizione, avente carattere più generale, che attribuisce a tutti i lavoratori il diritto di assentarsi dal lavoro per cause di forza maggiore derivanti da ragioni familiari urgenti. L'importanza dell'innovazione sembrerebbe a prima vista sminuita dall'esiguità dei permessi, che sono riconosciuti nella misura di cinque giorni all'anno, e dalla mancata previsione del diritto a una retribuzione o indennità, come è invece previsto per la fruizione dei congedi genitoriali. L'art. 6 consente inoltre agli Stati di "specificare modalità supplementari riguardo all'ambito e alle condizioni del congedo dei prestatori di assistenza in conformità del diritto o delle prassi nazionali". Peraltro, la specificazione è riferita all'ambito e alle condizioni del congedo, ma non alla platea dei soggetti che ne sono destinatari, né ai motivi del congedo, che si desumono invece dalle definizioni di: congedo per prestatori di assistenza; prestatori di assistenza e familiare contenute nell'art. 3. In ogni caso, il modesto numero di giorni di congedo pare ampiamente bilanciato, oltre che dal fondamentale progresso consistente nel riconoscimento della figura del prestatore di assistenza, dalle importanti innovazioni consistenti nella loro inclusione tra i destinatari del diritto al lavoro flessibile e delle specifiche misure di tutela avverso le discriminazioni.

L'importanza delle innovazioni si deduce anche dal confronto con la normativa nazionale. Infatti, la definizione di congedo si caratterizza per la

<sup>10</sup> Sulla portata storica del riconoscimento dei *caregivers* v. LAULOM, *La directive 2019/1158 du 20 juin 2019 sur l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée: une nouvelle contribution européenne au droit de l'égalité entre les femmes et les hommes*, in *Semaine Sociale Lamy*, Suppl., 1888; ZUCARO, *Conciliazione vita-lavoro e gender gap nella cura. L'evoluzione legislativa nel prisma del quadro normativo europeo*, in *RGL*, 2022, n. 2, p. 312. Tra i vari commenti alla dir. 2019/1158 si v. almeno ALESSI, *La direttiva 2019/1158/UE: alcune riflessioni su congedi di paternità e flessibilità del lavoro*, in CORTI (a cura di), *Il Pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale europea*, Vita e Pensiero, 2021, p. 29 ss.; MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2020, p. 35; SCARPONI, *Work-life balance fra diritto dell'UE e diritto interno*, in AIMO, FENOGLIO, IZZI (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, Ediesse, 2021, p. 883.

sua finalizzazione alla possibilità di “fornire assistenza o sostegno personali a un familiare o a una persona che vive nello stesso nucleo familiare del lavoratore e necessita notevole assistenza o sostegno a causa di condizioni gravi di salute, come definito da ciascuno Stato membro”. I prestatori di assistenza sono individuati all’art. 3 nei lavoratori che prestano assistenza “a un familiare o a una persona che vive nello stesso nucleo familiare”. La direttiva definisce inoltre familiare: “un figlio, una figlia, la madre, il padre di un lavoratore, come pure il suo coniuge o partner in un’unione civile, se tali unioni sono previste dal diritto nazionale”. La direttiva non precisa se il requisito della convivenza sia riferito anche ai familiari. Poiché però il considerando 27° incoraggia gli Stati membri a far sì che “anche altri parenti, tra cui nonni e fratelli e sorelle, possano usufruire del diritto al congedo, riferendosi quindi ad altri familiari che tendenzialmente non sono conviventi, parrebbe preferibile l’interpretazione disgiuntiva. Si dovrebbe in conclusione ritenere prestatore di assistenza sia il familiare anche se non convivente, sia il convivente non rientrante nella ristretta definizione di familiare, lasciando poi alla discrezionalità dei legislatori nazionali l’estensione del diritto ad altri parenti non conviventi.

Si tratta quindi di una nozione per un verso più ristretta, ma per altro più ampia rispetto all’elenco di congiunti sinora stabilito per la fruizione dei congedi dall’art. 33, co. 3, l. 104/92, (come si vedrà modificato proprio dal d.lgs. 105/22 attuativo della direttiva). Infatti, mentre questo coinvolgeva (e tuttora coinvolge) anche i parenti fino al 3° grado ma in ordine gerarchico, e attribuiva il diritto a un solo lavoratore, la direttiva lo riconosce ad ogni lavoratore. Una chiara indicazione nel senso del riconoscimento del diritto a più prestatori di assistenza si rinviene anche nel co. 2 dell’art. 6 della dir., secondo il quale gli Stati membri possono assegnare il congedo sulla base di un periodo di riferimento diverso da un anno “per singola persona che necessita di assistenza o sostegno o per singolo caso”, senza considerare la diversa opzione del diritto per singolo prestatore di assistenza.

Ciò significa che il legislatore nazionale, per conformarsi alla direttiva, si è trovato di fronte all’alternativa di prevedere permessi aggiuntivi a favore dei familiari che non fossero referente unico a norma del citato art. 33, co. 3, oppure di superare la regola dell’attribuzione dei permessi di cui al medesimo art. 33 (in tutto o in parte) ad un unico soggetto per attribuire il diritto a ciascun lavoratore prestatore di assistenza. Quest’ultima è stata, come

si vedrà tra breve, la scelta del legislatore, in linea con l'obiettivo dichiarato della direttiva del riequilibrio delle responsabilità familiari tra i generi<sup>11</sup>.

Un punto che resta oscuro e critico e sul quale, presumibilmente, si assisterà a qualche rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia riguarda il fatto che la direttiva rimette alla discrezionalità degli Stati la definizione delle persone che necessitano di sostegno. Ad avviso di chi scrive si deve ritenere che, nonostante la discrezionalità lasciata agli Stati sul punto, che pare peraltro riferirsi per lo più alla necessità di individuare le certificazioni necessarie per avvalersi dei congedi, questa non potrà andare oltre un certo limite, stante la necessità di interpretare sia la definizione di prestatore di assistenza, sia quella di persona bisognosa di sostegno in modo unitario in ambito europeo, al fine di garantire l'uniforme attuazione della direttiva e il suo effetto utile. In questo senso non sembra si possa prescindere dalla più ampia nozione di disabilità accolta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia Ue<sup>12</sup>. E d'altra parte, anche il richiamo alla nozione di disabilità potrebbe risultare fuorviante, poiché il bisogno di assistenza o sostegno nella definizione di cui all'art. 3 della dir. è collegato causalmente alla diversa espressione "condizioni di salute gravi", che pare dunque allargare lo spettro della tutela anche a situazioni che potrebbero prescindere dallo stesso accertamento della disabilità, in particolare ove manchi il carattere della durezza nel tempo della gravità della situazione. Per quanto attiene in specifico all'Italia, premesso che sulla questione potrebbe incidere la riforma prevista in materia di disabilità di cui alla legge delega 227/21, il corretto adempimento della direttiva parrebbe dunque chiamare in causa, oltre che i permessi di cui all'art. 33, l. 104/92, anche il diritto di assentarsi dal lavoro previsto dall'art. 4, l. 53/00, che concede tre giorni di permesso retribuito in caso di decesso o di grave infermità del coniuge o di un parente entro il secondo grado o del convivente. Ma qui la questione si complica ulteriormente, perché si intreccia con la necessità di dare attuazione anche all'art. 7 della dir., che, come detto, riconosce il diritto di assentarsi dal lavoro per cause di forza maggiore. Quest'ultimo si riferisce a "ciascun lavoratore", quindi la platea dei beneficiari è ancora più ampia anche rispetto alla definizione dei prestatori di assistenza di cui all'art. 3 della medesima direttiva. Inoltre, non è indicata la durata del-

<sup>11</sup> Su cui CHEREGATO, *Conciliazione vita-lavoro: la nuova direttiva UE sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare*, in *LG*, 2020, p. 129.

<sup>12</sup> A partire dal noto caso C. giust. 11 aprile 2013, C-335-11 e C-337/11, *HK Danmark*.

l'assenza e la norma lascia alla discrezionalità degli Stati membri la facoltà di limitare il diritto "a un periodo determinato per anno o per evento, o entrambi". Anche in questo caso, però, l'ambito di applicazione della disposizione europea è diverso rispetto a quello nazionale, sia perché si riferisce a "malattia o infortuni che (...) rendano indispensabile l'immediata presenza" del lavoratore e che vanno oltre le situazioni di cui all'art. 4, l. 53/00, sia in quanto non è predeterminato il grado di parentela che legittima l'astensione dal lavoro, facendosi riferimento a più generiche "ragioni familiari". Peraltro, un'ulteriore differenza deriva dal fatto che mentre i tre giorni previsti dalla normativa italiana sono retribuiti, quelli stabiliti dalla direttiva europea non lo sono necessariamente.

Infine, l'art.9 della direttiva riconosce, oltre che ai genitori con figli fino a una determinata età, anche ai *caregivers* "il diritto di chiedere orari flessibili per motivi di assistenza", stabilendo poi l'obbligo per il datore di lavoro di prendere in considerazione le richieste e di rispondervi in modo motivato. Al tema è dedicato in questo fascicolo il contributo di Alessi al quale pertanto si rinvia; in questa sede sono però necessarie alcune precisazioni relative alla specifica posizione dei prestatori di assistenza nei confronti dei disabili.

#### 4. *E la loro implementazione nazionale: la riforma di permessi e congedi*

Il d.lgs. 105/22 prende in considerazione i diritti dei prestatori di assistenza sotto diversi profili. Le principali novità consistono nell'inserimento nella l. 104/92 di una specifica norma antidiscriminatoria (il nuovo art. 2 *bis*, l. 104/92), nelle modifiche ai permessi di cui all'art. 33, l. 104/92, ai congedi di cui all'art. 42 t.u. 151/01 e alle disposizioni in materia di lavoro agile e part-time di cui alla l. 81/17 e al d.lgs. 81/15. Muovendo dalla riforma dei permessi, anzitutto si sistemano alcune incongruità normative, quali quella derivante dall'abrogazione del co. 1 dell'art. 33<sup>13</sup>, indicando chiaramente che i titolari del diritto al prolungamento del congedo parentale sono la lavora-

<sup>13</sup> In origine, il co. 1, prevedeva il prolungamento fino a tre anni del periodo di astensione facoltativa a favore dei genitori di minore con handicap in situazioni di gravità; il co. 2 consentiva di usufruire, in alternativa all'astensione di cui al co.1, di due ore di permesso giornaliero retribuito. Il d.lgs. 151/2000 ha in seguito inserito i diritti di cui al co. 1 nel t.u. maternità e ha conseguentemente abrogato il co. 1 dell'art. 33, l. n. 104. Il risultato era che il co. 2 continuava a riferire i diritti ai soggetti di cui all'abrogato co. 1.

trice madre o in alternativa il padre, anche adottivi, e si aggiornano i rinvii contenuti nel co. 4, che rimandava ancora alla l. 1204/71 per la possibilità di cumulo con il congedo parentale e i permessi per malattia del figlio di cui agli artt. 32 e 47 d.lgs. 151/01 e per la definizione del trattamento economico e previdenziale. Vale la pena precisare sin da ora che la norma rinvia altresì all'art. 56 del medesimo d.lgs. 151/01, sancendo così, anche per i fruitori dei permessi di cui al co. 3, il diritto, già riconosciuto alle lavoratrici madri, alla conservazione del posto e al rientro nella medesima unità produttiva. In secondo luogo, le modifiche si apprezzano per il mutamento di linguaggio utilizzato: la parola dipendente è sostituita dalla parola lavoratore, ciò che apre un importante spiraglio interpretativo a favore dell'estensione del diritto ai lavoratori non subordinati. Da questo punto di vista la norma sembrerebbe togliere ogni dubbio circa l'estensione della tutela anche alle collaborazioni organizzate dal committente di cui all'art. 2 co. 2. d.lgs. 81/15. Si segnala altresì l'adeguamento del linguaggio, con la sostituzione dell'espressione handicap con la parola disabilità, maggiormente in linea con le definizioni della *International Classification of Impairment, Disabilities and Handicap*. Per quanto riguarda in specifico la fruizione dei permessi per assistenza e cura, si interviene sul co. 3 con due importanti modifiche: anzitutto si estende la platea dei beneficiari espressamente anche ai partner dell'unione civile e ai conviventi di fatto. Si deve peraltro verificare l'effettiva portata dell'innovazione. Infatti per i primi, al medesimo riconoscimento si giungeva già grazie al co. 20, art. 1, l. n. 76/16, che ha esteso ai partner di unione civile le disposizioni che si riferiscono ai coniugi, mentre per i partner di una convivenza di fatto il diritto era già stato riconosciuto dalla Corte costituzionale<sup>14</sup>. Restava aperto il problema relativo alla possibilità di assistere i parenti del partner/convivente, stante il mancato rinvio, nella l. 76/16 alla definizione di affine di cui all'art. 78 c.c. Sul punto è intervenuta la circolare Inps n. 36/2022 che ha esteso il diritto di assistenza agli affini in caso di unione civile, osservando che l'esclusione si sarebbe tradotta in una violazione del divieto di discriminazioni per orientamento sessuale nelle condizioni di lavoro, in contrasto con il diritto europeo. In tale circolare si specificava però che la medesima estensione non era riconosciuta per l'assistenza ai parenti del convivente<sup>15</sup>,

<sup>14</sup> Corte cost. n. 213/2016.

<sup>15</sup> Nel senso dell'esclusione v. anche App. Perugia, 29 luglio 2020, n. 116, in *De Jure*. Sulla questione si v. PISTORE, *Permessi e congedi per l'assistenza alle persone con disabilità. Stato dell'arte e profili critici alla luce della l. 76 del 2016*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 375/2018.

situazione per la quale il quadro rimane tuttora complesso. Ad avviso di chi scrive si dovrebbe interpretare in senso ampio l'esplicito riferimento ai partner e ai conviventi contenuto nel d.lgs. 105/22 e ritenere così che il legislatore abbia voluto equiparare *in toto* la posizione del convivente a quella del coniuge e del partner per quanto attiene ai diritti di assistenza. Questa pare l'interpretazione preferibile anche alla luce dei principi costituzionali. Tuttavia, le specifiche modifiche apportate all'art. 33 co. 3, hanno mantenuto il requisito di parentela o affinità per i prestatori di assistenza diversi dal coniuge/partner/convivente, lasciando così la questione dubbia. Spetterà alla giurisprudenza il compito di interpretare estensivamente la disposizione. Non pare che a tale fine si possa fare riferimento al divieto di discriminazioni per orientamento sessuale, in quanto a differenza delle unioni civili, le convivenze riguardano sia le coppie eterosessuali, sia quelle omosessuali. Rileva invece nel senso dell'estensione la definizione di prestatore di assistenza contenuta nella dir. 2019/1158, che come si è visto si riferisce al "familiare o a persona che vive nello stesso nucleo familiare" (v. § 3). Tale disposizione richiede un'interpretazione conforme del diritto nazionale, che riconosca il diritto di assistenza nei confronti del parente del convivente che sia anch'esso convivente con la coppia. Non sembra per contro che si possa ricorrere all'interpretazione conforme nel caso in cui il parente del convivente bisognoso di assistenza, scusate il bisticcio, non sia convivente con la coppia. Per prescindere dal requisito della convivenza, peraltro da tempo superato dalla giurisprudenza e legislazione nazionale per parenti e affini<sup>16</sup>, a sostegno di un'interpretazione costituzionalmente orientata o ai fini della verifica della legittimità costituzionale dell'esclusione, si devono piuttosto richiamare i principi di tutela del nucleo familiare quale formazione sociale (art. 2 Cost.), di ragionevolezza della diversità di trattamento (art. 3 Cost.) e di tutela della salute del disabile (art. 32 Cost.), secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale estensiva dei diritti di assistenza<sup>17</sup>. Quest'ultima ha già avuto modo di osservare come "la distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale non esclude la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell'una e dell'altro che possano presentare analogie ai fini del controllo di ragionevolezza a norma dell'art. 3

<sup>16</sup> Corte cost. 7 dicembre 2018 n. 232.

<sup>17</sup> Si v. oltre a Corte cost. n. 213/2016; Corte cost. 16 giugno 2005 n. 233; Corte cost. 8 maggio 2007 n. 158; Corte cost. 30 gennaio 2009, n. 19; Corte cost. 18 luglio 2013 n. 203.

Cost.”<sup>18</sup>. Da questo punto di vista, dopo la regolazione dei patti di convivenza contenuta nei co. 36 e ss. l. 76/16, pare del tutto priva di fondamento l’affermazione contenuta nella circolare Inps n. 36/22 che parifica la posizione dei partner di unione civile e non quella dei conviventi, sulla base della considerazione che “il rapporto di affinità non è riconoscibile tra il “convivente di fatto” e i parenti dell’altro partner non essendo la “convivenza di fatto” un istituto giuridico”.

L’innovazione più importante insita dell’art. 33, l. 104/92 e, ad avviso di chi scrive, da salutare con estremo favore è costituita dal ritorno alla possibilità di riconoscere i permessi a più prestatori di assistenza, che ne possono usufruire in maniera alternativa, ovviamente sempre nel limite di tre giorni complessivi per disabile. Si supera così finalmente la regola del referente unico, introdotta ai tempi della riforma Brunetta (l. n. 183/10 e d.lgs. 119/2011). Chi scrive aveva già messo fortemente in discussione la legittimità, oltre che l’opportunità, di tale formulazione, che ha portato ad esiti giurisprudenziali discutibili, per cui se i figli o coloro che si trovano in posizione superiore nell’ordine gerarchico delineato dal legislatore non si fanno carico del disabile, nessun altro parente o affine è titolato a farlo<sup>19</sup>. Vale la pena qui ribadire che l’ordine gerarchico legale di fatto menoma la possibilità di scelta da parte del disabile della persona da cui farsi assistere, rischiando di imporgli l’alternativa tra l’assistenza da parte di una persona sgradita, non disponibile o incapace e la mancanza di aiuto. Ciò non può non porsi in contrasto con il principio fondamentale del diritto all’autodeterminazione delle persone disabili sancito ora anche dalla Convenzione Onu del 2006 e in ogni caso desumibile anche dal diritto alla tutela della dignità della persona anche nelle formazioni sociali di cui all’art. 2 Cost.<sup>20</sup>.

La nuova formulazione dell’art. 33 consente ora finalmente che il diritto sia riconosciuto su richiesta a più soggetti, che possono fruirne in via alter-

<sup>18</sup> Corte cost. n. 213/2016

<sup>19</sup> Si v. i casi discussi da Trib. Lodi 2 novembre 2018, in *De Jure*, Trib. Perugia, 21 novembre 2018, *ivi*, Trib. Genova 10 novembre 2020 n. 530, *ivi*.

<sup>20</sup> Sia consentito rinviare a BONARDI, *I diritti dimenticati dei disabili e dei loro familiari in seguito alle recenti riforme*, in *RGL*, 2011, I, p. 794 e ss., ma si v. anche PISTORE, *Alla ricerca di un inquadramento giuridico per il caregiver familiare*, in DEL PUNTA, GOTTARDI, NUNIN, TIRABOSCHI (a cura di), *Salute e benessere dei lavoratori: profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, Adapt University Press, 2020, p. 209, per la quale gli obblighi di cura e assistenza sanciti dalla legge non possono essere estesi fino al punto di esigere dalla persona obbligata lo svolgimento in modo esclusivo dei compiti complessi che l’assistenza a una persona con disabilità grave richiede.

nativa tra loro, fermo restando il limite complessivo di tre giorni. È tuttavia da osservare che il superamento della regola del referente unico non implica anche il completo abbandono dell'ordine gerarchico nell'accesso al diritto: rimane ancora, nella formulazione attuale della norma, il limite consistente nell'alternatività della fruizione dei permessi solo tra parenti e affini entro il secondo grado, restando la possibilità di assistenza da parte di parenti e affini entro il terzo grado subordinata a mancanza, decesso, situazioni invalidanti o compimento dei 65 anni di età di parenti e affini entro il secondo. Resta inoltre invariata la regola che stabilisce l'ordine prioritario, basato sul grado di parentela, stabilito per il caso in cui sia necessario che lo stesso lavoratore assista più persone con disabilità grave.

Per quanto riguarda invece la disciplina dei congedi, l'art. 2 del d.lgs. 105/22 novella l'art. 42, d.lgs. 151/01. Le modifiche apportano alcuni miglioramenti alla normativa: si accorcia da 60 a 30 giorni il tempo necessario per ottenere il congedo e lo si estende espressamente anche al partner di un'unione civile e al convivente di fatto. Anche in questo caso, si ripropongono tutte le problematiche di cui si è detto sopra con riferimento al rapporto conviventi (di fatto)/affini. Inoltre, il legislatore non ha ritenuto di intervenire sul rigoroso ordine gerarchico di accesso al diritto già stabilito dalla norma secondo la linea coniuge-genitore - figlio/a - fratello/sorella, a cui però si aggiunge in fondo il parente o l'affine entro il terzo grado. Si è già chiaramente sottolineato come una simile regola sia in contrasto con i più elementari principi di autodeterminazione della persona disabile, ci si limita qui ad aggiungere la difficoltà di comprensione del superamento, ancorché parziale, del principio gerarchico con riferimento ai permessi ma non per i congedi, che pure, proprio per le loro caratteristiche, implicano un rapporto tra prestatore e assistito ben più stretto.

Nessuna disposizione del d.lgs. 105/22 sembra infine dare attuazione all'art. 7 della direttiva, che riconosce a tutti i lavoratori il diritto di assentarsi dal lavoro per cause di forza maggiore. Come si è già accennato, la legislazione italiana lo prevede già all'art. 4, l. n. 53/00, ma, con un ambito di applicazione diverso e più ristretto. Non mi pare che le modifiche apportate alla disciplina dei congedi di cui all'art. 42 d.lgs. 151/01 e 4 co. 2 l. 53/00, possano essere considerate attuative dell'art. 7 della dir. Questo riguarda tutti i lavoratori e si riferisce a cause di forza maggiore e quindi ad esigenze immediate e non procrastinabili, mentre il congedo è concesso a una platea ristretta di beneficiari, entro il termine pur accorciato di 30 giorni, che appare incompatibile con il concetto di forza maggiore.

In linea generale, e per concludere sul punto, si può osservare che nonostante gli importanti passi avanti fatti per il recepimento della direttiva, restino ancora alcune discrasie rispetto ai diritti riconosciuti a livello europeo, che riguardano sia la platea dei soggetti beneficiari delle varie forme di permesso e congedo, sia le causali per le quali sono concessi. Su quest'ultimo profilo, in particolare, la formula europea appare più ampia rispetto al limitato ambito di applicazione dell'art. 33, l. 104/92, in quanto riferita alle condizioni gravi di salute e non solo di disabilità.

Merita peraltro segnalare che l'art. 7, d.lgs. 105/22 prevede, al co. 1, l'attivazione da parte dell'Inps di specifici servizi digitali per l'informazione e l'accesso ai permessi e ai congedi disponibili per i lavoratori con responsabilità di cura, sia pure con un termine assai ampio – di diciotto mesi – per la loro realizzazione. Si tratta di una misura aggiuntiva rispetto al più generale obbligo di promozione dell'utilizzo di congedi e permessi previsto dal co. 2 con riferimento alla generalità degli istituti disciplinati dal medesimo d.lgs.

### 5. *Il diritto alla flessibilità del lavoro*

Sebbene il tema del diritto alla flessibilità del lavoro previsto dalla dir. 2019/1158 sia trattato nel contributo di Alessi, pare opportuno svolgere qualche riflessione specifica con riferimento alle disposizioni riguardanti la posizione dei prestatori di assistenza. In primo luogo, l'art. 3, d.lgs. 105/22 aggiunge all'art. 33, l. 104/92, il co. 6 *bis* che riconosce ai fruitori dei permessi il diritto di priorità nell'accesso al lavoro agile, ferme restando le eventuali norme di maggior favore stabilite dalla contrattazione collettiva. A seguito delle integrazioni apportate alla bozza di decreto presentate alle Camere, è stato aggiunto anche un riferimento, fondamentale, ad altre forme di lavoro flessibile. L'art. 4 introduce modifiche all'art. 18, co. 3 *bis*, l. 81/17, estendendo l'obbligo per il datore di lavoro di concedere priorità alle richieste di esecuzione del rapporto in modalità agile, oltre che ai genitori di figli in condizioni di disabilità grave anche ai titolari dei permessi *ex art.* 33, l. 104/92 e ai lavoratori che siano *caregivers* ai sensi dell'art. 1, co. 255, l. 295/2017, utilizzando così una formula solo leggermente più ampia rispetto a quella relativa ai fruitori dei permessi di cui all'art. 33 l. 104/92<sup>21</sup>. La ragione della (relativa)

<sup>21</sup> Si tratta di una disposizione che al fine della realizzazione di specifici interventi formativi

maggior ampiezza della platea dei beneficiari rispetto a quella che accede ai permessi risiede probabilmente nell'impossibilità di intervenire estensivamente su quest'ultima in ragione dei vincoli di spesa. Non si comprende invece la ragione della duplicazione delle norme in materia di lavoro agile, nella l. 104/92 e nella l. 81/17, che pure ha il considerevole vantaggio della più immediata conoscibilità del diritto, certamente utile anche in considerazione del fatto che i servizi informativi previsti dall'art. 7 sono limitati a permessi e congedi, senza alcun esplicito riferimento alle misure di flessibilità del lavoro.

D'altra parte la norma pone due ordini di questioni tra loro connesse. Da un lato, l'uso della formula "la stessa priorità" impiegata nell'art. 18 per riconoscere il diritto ai *caregivers* ex l. 205/17 lascia intendere che non sussista una gerarchia nelle possibilità di accesso, rinviando così la questione, già oggetto di contenzioso giudiziale, della definizione dell'ordine di accoglimento delle richieste da parte delle diverse categorie di beneficiari<sup>22</sup>. D'altro canto, e venendo al secondo e più rilevante ordine di questioni, è lo stesso concetto di priorità a risultare problematico, in quanto presupporrebbe, almeno secondo un certo orientamento giurisprudenziale, che il datore di lavoro abbia già deciso di negoziare forme di lavoro agile. Una simile conclusione non è però in linea con le previsioni della direttiva, che parla del diritto del lavoratore di richiedere modalità di lavoro flessibili e del corrispondente dovere del datore di lavoro di prenderle in considerazione e di rispondervi in un tempo ragionevole. Non pare dunque sostenibile l'interpretazione restrittiva,

definisce caregiver, la persona che si prende cura del coniuge, del partner di un'unione civile o del convivente di fatto, di un familiare o affine entro il secondo grado o entro il terzo nei soli casi indicati dall'art. 33, l. 104/92 o titolare di indennità di accompagnamento ex l.18/1980. In realtà poi il quadro normativo nazionale comprende altre definizioni di prestatori di assistenza, ciascuna rilevante a fini diversi. Oltre a quelle di cui agli artt. 33 l. 104/92 e 42 t.u. 151/00, si v. quella prevista dall'art. 39, d.l. 18/20 ai fini dell'accesso al lavoro agile (disposizione che tuttavia ha mantenuto carattere speciale, in ragione della diversa funzione della protezione della salute per il solo periodo di emergenza); quella di cui all'art. 1, co. 179 della l. 11 dicembre 2016, n. 232 rilevante ai fini dell'accesso all'Ape sociale e quella, menzionata nel nuovo d.lgs. 105/22, di cui all'art. 1, co. 255, l. 205/2017. Sul tema v. PISTORE, *Alla ricerca di un inquadramento giuridico per il caregiver familiare*, in DEL PUNTA, GOTTARDI, NUNIN, TIRABOSCHI (a cura di), *Salute e benessere dei lavoratori: profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, Adapt University Press, 2020, p. 206.

<sup>22</sup> Si fa qui riferimento all'ampio contenzioso relativo ai criteri di priorità stabiliti dalla contrattazione collettiva per il personale scolastico, si cui v. tra le molte Cass. 22 febbraio 2021, n. 4677, Trib. Palermo 15 ottobre 2020, n. 2992, Trib. Lamezia terme 14 agosto 2020, n. 3128, tutte in *De Jure*.

dovendosi piuttosto interpretare il diritto di priorità quale mero criterio da adottare in caso di pluralità di richieste e dovendosi al contempo ritenere, in ogni caso di domanda, sussistente il dovere del datore di lavoro di prenderla in considerazione e di fornire una risposta motivata<sup>23</sup>. Si tornerà tra breve sulla questione degli standard minimi di motivazione esigibili dal datore di lavoro, è utile prima premettere che analoghe considerazioni riguardano le modifiche che il d.lgs. 105/22 apporta all'art. 8, d.lgs. 81/15. Con esse si è esteso il diritto di priorità nel part-time, già riconosciuto al coniuge, ai partner di unione civile e ai conviventi di fatto di persone affette da patologie oncologiche o con totale e permanente inabilità lavorativa con connotazione di gravità ex art. 33 co. 3, l. 104/92, che abbia necessità di assistenza continua in quanto non in grado di compiere gli atti quotidiani della vita. L'estensione sembra meramente formale, in quanto la norma in ogni caso faceva già semplicemente riferimento alla necessità di assistere una persona convivente, senza stabilire particolari requisiti di parentela o affinità. Questi ultimi sono invece richiesti – e permangono – al co. 5 dell'art. 8, d.lgs. 81/15 dove il diritto di priorità nell'accesso al part-time è riconosciuto al genitore di figlio portatore di disabilità grave, sempre ex art. 33, l. 104/92. Quest'ultima fattispecie si distingue quindi dalla precedente per la ristrettezza della platea dei soggetti aventi la priorità e per la (relativa) minore gravità dello stato invalidante dell'assistito. In queste disposizioni la platea dei beneficiari del diritto risulta estremamente limitata e, per quanto la direttiva rinvii agli Stati membri il compito di definire le condizioni di salute gravi da giustificare il bisogno di assistenza, si può dubitare della capacità della formulazione di cui all'art. 8, d.lgs. 81/15 di assicurare l'effetto utile della direttiva Ue, così come si può dubitare della conformità al diritto Ue della diversa declinazione del concetto di bisogno di assistenza nelle diverse norme attuative a fronte della definizione unitaria contenuta nell'art. 3 della dir. Analoghe considerazioni devono quindi essere svolte anche con riferimento alle possibilità di revoca delle clausole elastiche previste per le medesime circostanze dall'art. 6 co. 7 dlgs 81/15<sup>24</sup>.

L'art. 9 della dir. si riferisce a un concetto di flessibilità del lavoro ben più ampio rispetto alle sole fattispecie prese in considerazione dal legislatore italiano. Il considerando 34 della dir. parla in questo senso della possibilità per il lavoratore di “adeguare il calendario di lavoro alle proprie esigenze e

<sup>23</sup> Nello stesso senso si v. il contributo di Alessi.

<sup>24</sup> In senso contrario v. però DELFINO, *op. cit.*, p. 183.

preferenze personali”. Basti considerare quanto possano essere dirimenti per i *caregivers* misure volte a garantire la flessibilità in entrata e in uscita, i cambi di turno o sistemi di calcolo multiperiodale dell’orario di lavoro e le banche delle ore. Tale diritto risulta ora riconducibile alla formula contenuta nel nuovo co. 6 *bis* dell’art. 33, l. n. 104/92. Peraltro, anche al netto dei dubbi relativi alla ristrettezza dell’ambito di applicazione, di cui si è già detto, l’importanza della novità avrebbe meritato un intervento meno sfuggente (quanto meno rispetto all’enfasi posta sul part-time e sul lavoro agile), magari corredato da qualche esemplificazione non tassativa e dalla definizione di procedure adeguate alla gestione di tanto delicate situazioni.

Nel complesso, le nuove norme sulla flessibilità lasciano aperte una serie di questioni; anzitutto ci si chiede se solo i lavoratori titolari dei permessi *ex* art. 33, l. 104 debbano essere considerati destinatari del diritto alla flessibilità o se la categoria di beneficiari sia più ampia. In secondo luogo ci si chiede quali criteri debbano adottarsi per definire quale delle possibili forme di lavoro flessibili si debba prediligere nel caso concreto; infine quali siano le motivazioni che il datore di lavoro può addurre per il diniego e se queste siano diverse nelle varie forme di lavoro flessibile. Una risposta organica e coerente a queste problematiche può essere a mio avviso data muovendo dalla riflessione relativa all’ambito di applicazione del diritto agli accomodamenti ragionevoli.

Certamente questi sono previsti espressamente dal diritto europeo e da quello nazionale esclusivamente a favore della persona disabile e non anche del prestatore di assistenza e anche la dottrina, pur talvolta auspicandone l’estensione<sup>25</sup>, sembra tendenzialmente escludere la sussistenza *de iure condito* del diritto dei *caregiver* agli accomodamenti ragionevoli<sup>26</sup>. Tuttavia, la conclusione opposta non solo discende dall’applicazione del divieto di discriminazione associata notoriamente riconosciuto proprio con riferimento alla disabilità dalla Corte di giustizia, ma sembra anche l’unico criterio in grado di dare una risposta costituzionalmente orientata ai quesiti interpretativi posti sopra<sup>27</sup>.

Rispetto alle generiche richieste di flessibilità del lavoratore, e altresì rispetto a quelle dei lavoratori con responsabilità genitoriali, nel caso dei prestatori di assistenza a favore di soggetti i disabili cambiano sensibilmente i

<sup>25</sup> DELFINO, *op. cit.* p. 14; TURRIN, *op. cit.*, p. 17.

<sup>26</sup> FERRARA M.D., *op. cit.*, p. 10; BROLLO, *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica*, in GAROFALO D., TIRABOSCHI, FILI, SEGHEZZI (a cura di), *op. cit.*, p. 167 ss p. 195.

<sup>27</sup> Nel senso del riconoscimento degli a.r. ai *caregivers* di disabili v. già a BONARDI, *I diritti dimenticati*, cit., p. 794.

presupposti del bilanciamento che deve essere realizzato tra le esigenze organizzative dell'impresa e i diritti fondamentali implicati nel lavoro di cura. Questi ultimi, infatti, non sono riconducibili solo ai diritti alla conciliazione e alla parità, ma, prima ancora, ai diritti delle persone con disabilità. Se, come costantemente ripetono la Corte costituzionale<sup>28</sup> e tutta la giurisprudenza<sup>29</sup>, i diritti dei prestatori di assistenza sono funzionalizzati alla realizzazione dei diritti del disabile e quest'ultimo è, in definitiva, il loro destinatario, ne consegue che anche il diritto agli accomodamenti ragionevoli riconosciuto dalla convenzione Onu del 2006 e dalla direttiva 2000/78 debba essere preso in considerazione quando si tratti di valutare le richieste di flessibilità dei prestatori di assistenza nei confronti delle persone con disabilità<sup>30</sup>. Sebbene la direttiva 2019/1158 taccia sul punto<sup>31</sup>, i criteri generali di valutazione della proporzionalità e del bilanciamento tra esigenze dei lavoratori e organizzative dell'impresa non paiono estensibili *de plano* al caso della disabilità. Qui il bilanciamento di interessi deve tenere conto della natura del diritto fondamentale del disabile e del diritto del prestatore di assistenza a non essere discriminato mediante associazione, che esigono non solo l'onere di dimostrare le ragioni che impediscono l'accoglimento della domanda in modo puntuale e specifico, ma anche che il test di legittimità del provvedimento di diniego sia effettuato sulla base del rigoroso criterio della proporzionalità e necessità delle scelte organizzative dell'imprenditore, che implicano la dimostrazione dell'impossibilità per lo stesso di adottare soluzioni che abbiano un minor impatto sulla posizione del prestatore di assistenza. In questo senso si è del resto già espressa parte della giurisprudenza in materia di richiesta di trasferimento alla sede più vicina l'assistito di cui all'art. 33, co. 5, l. 104/92, che non solo ritiene che la motivazione del diniego non possa essere generica<sup>32</sup>, ma anche che prevalga l'interesse all'inamovibilità

<sup>28</sup> Corte cost. 16 giugno 2005 n. 533; Corte cost. 8 maggio 2007, n. 158; Corte cost. 30 gennaio 2009, n. 19; Corte cost. 23 settembre 2016 n.213; Corte cost. 7 dicembre 2018, n. 232 e sul tema MALZANI, *Benessere e sicurezza dei lavoratori: oltre la disabilità*, in *VTDL*, 2020, p. 978.

<sup>29</sup> V., tra le molte, Cass. 14 settembre 2019 n. 21416, App. Roma 10 novembre 2020 n. 2426, in *De Jure*; nello stesso senso ma con riferimento al trasferimento del *caregiver* Cass. 8 febbraio 2021 n. 2969; Cons. St. sez. IV 26 gennaio 2021 n. 781; Cons. St. sez. III 2 febbraio 2021 n. 956.

<sup>30</sup> Si rinvia a BONARDI, *I diritti dimenticati*, cit., p. 797.

<sup>31</sup> Si v. MILITELLO, *Work life balance. Parità nel lavoro e condivisione della cura*, in GUASTAFERRO, *TEBANO, op. cit.*, p. 189 e spec. p. 201.

<sup>32</sup> Cass. 18 gennaio 2021, n. 704; Cons. St. 14 luglio 2020 n. 4549, in *De Jure*, Trib. Bari 25 marzo 2021, in *RIDL*, 2021, II, p. 597 e sul tema la nota di ALESSI, *Disabilità, accomodamenti ragionevoli e oneri probatori*, *ivi*, p. 613.

del lavoratore “ogni qualvolta che le esigenze tecniche e organizzative e produttive non risultino effettive e comunque suscettibili di essere diversamente soddisfatte”<sup>33</sup>.

Dunque, la nozione di accomodamento ragionevole assurge a criterio di riferimento anche nella valutazione da parte del datore di lavoro delle richieste di flessibilità del lavoratore prestatore di assistenza. Non solo perché, come detto sopra, il parametro di tale valutazione deve essere costituito dalla proporzionalità del sacrificio richiesto al datore di lavoro ma anche perché, esso presuppone un approccio che risulta adeguato a dare risposte alle problematiche applicative poste dalle richieste di flessibilità. L’accomodamento ragionevole è infatti un intervento a contenuto variabile<sup>34</sup> definito da alcuni di tipo sartoriale<sup>35</sup>, da individuarsi caso per caso, esso implica la necessità di vagliare le diverse soluzioni possibili e, secondo le migliori prassi, l’attivazione di un dialogo con il richiedente volto ad individuare quale tra i diversi provvedimenti che possono essere adottati sia quello in grado di conciliare meglio gli interessi delle parti, eventualmente anche mediante il coinvolgimento dei colleghi, in una prospettiva di collaborazione e partecipazione. Per concludere, si deve ritenere che l’ampia formula di flessibilità prevista dalla direttiva e ora dal co. 6 *bis* dell’art. 33, l. n. 104/92 includa certamente, oltre che la richiesta del lavoratore del tempo parziale e del lavoro agile, anche varie forme di adeguamento dell’orario di lavoro. Inoltre, tali misure possono essere ricondotte al concetto di accomodamento ragionevole, che funge da parametro di valutazione della loro esigibilità. Esse, peraltro, non ne esauriscono la portata, includendo l’accomodamento ragionevole ad esempio anche il trasferimento, il mutamento di mansioni, l’alleggerimento dei ritmi. Ancora, tali diritti non sono collegati esclusivamente alla definizione di prestatore di assistenza di cui al nuovo art. 2 *bis*, l. 104/92 ma vanno riconosciuti in relazione al bisogno di assistenza delle persone affette da disabilità secondo la ben più ampia definizione di cui alla Convenzione Onu del 2006. Infine, l’insieme delle conside-

<sup>33</sup> Cass. 8 febbraio 2021 n. 2969.

<sup>34</sup> Sul contenuto variabile degli a.r. si v. la posizione mediatrice tra le letture più estensive e restrittive di Cass. 9 marzo 2021 n. 6497 e il commento critico di TARQUINI, *Gli accomodamenti ex art. 3 co. 3 bis d.lgs. 216/2003: quale ragionevolezza? Nota a Cass. 6497/2021*, in <https://www.italianequalitynetwork.it/gli-accomodamenti-ex-art-3-co-3-bis-d-lgs-216-2003-quale-ragionevolezza-nota-a-cass-6497-2021/>, cons. il 24 febbraio 2022.

<sup>35</sup> NUNIN, *Disabilità, lavoro e principi di tutela nell’ordinamento internazionale*, in *VTDL*, 2020, p. 890 e nello stesso senso MALZANI, *op. cit.*, p. 867.

razioni sino a qui svolte induce a ritenere che il metodo migliore per definire, in concreto, quale sia la misura di flessibilità spettante al *caregiver* sia l'adozione di specifiche misure procedurali, auspicabilmente oggetto di regolazione da parte della contrattazione collettiva, implicanti l'attivazione del dialogo con il richiedente, ed eventualmente anche con i colleghi, attraverso il quale si potranno vagliare e contemperare le esigenze del lavoratore e quelle dell'organizzazione del lavoro.

Certo, l'espreso riconoscimento del diritto dei prestatori di assistenza agli accomodamenti ragionevoli avrebbe incentivato quel cambiamento di mentalità organizzativa tanto auspicato in dottrina<sup>36</sup> e – invertendo quella parabola discendente che ha portato al “progressivo sfaldamento delle regole nazionali”<sup>37</sup> in materia di discriminazione – sarebbe stata un'ottima occasione per il diritto italiano di ritornare all'avanguardia rispetto alle difficoltà in cui anche il diritto antidiscriminatorio europeo si muove in questi ultimi tempi.

#### 6. I mezzi di protezione dell'esercizio del diritto

L'art. 11 della dir. impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie a vietare un trattamento meno favorevole del lavoratore causato dalla domanda o dalla fruizione dei permessi e dei congedi e dalle richieste di flessibilità sanciti dalla direttiva stessa. L'art. 12 inoltre garantisce ai lavoratori una specifica protezione contro il licenziamento e sancisce il diritto di richiedere al datore di lavoro le motivazioni, da fornirsi per iscritto, del licenziamento stesso. Si tratta di previsioni importanti, che tuttavia si sovrappongono almeno in parte alle più intense tutele avverso le discriminazioni contenute espressamente nella dir. 2006/54, agli artt. 15 e 16, e al riconoscimento del divieto di discriminazione associata per disabilità, attuato dalla Corte di giustizia nei confronti delle persone che assistono disabili a partire dalla nota sentenza *Coleman*<sup>38</sup>.

Il quadro nazionale è ancora più complesso. Partendo dalle nuove disposizioni introdotte con il d.lgs. 105/22, la tutela dei *caregivers* avverso le

<sup>36</sup> NUNIN, *op. cit.*, p. 894.

<sup>37</sup> CALAFÀ, *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, in <https://www.italianequalitynetwork.it/il-dito-la-luna-e-altri-fraintendimenti-in-materia-di-parita-tra-donne-e-uomini/>, gennaio 2022, p. 8.

<sup>38</sup> Corte giust., 17 luglio 2008, c.303/06, *S. Coleman c. Attridge Law e Steve Law*.

discriminazioni e le ritorsioni è realizzata mediante l'inserimento nelle diverse norme attributive dei diritti di specifiche clausole protettive. Anzi tutto, l'art. 3, novellando la l. n. 104/92 inserisce il nuovo art. 2 *bis*, in base al quale “è vietato discriminare o riservare un trattamento meno favorevole ai lavoratori che chiedono o usufruiscono dei benefici di cui all'art. 33 della presente legge, agli artt. 33 e 42 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, all'art. 18, comma 3-*bis* della l. 22 maggio 2017, n. 81, e all'art. 8 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, nonché di ogni altro beneficio concesso ai lavoratori medesimi in relazione alla condizione di disabilità propria o di coloro ai quali viene prestata assistenza e cura. Il nuovo co. 3 *bis* dell'art. 18 l. 81/17 e parallelamente, il nuovo co. 5 *bis* dell'art. 8, d.lgs. 81/15 sanciscono espressamente il divieto di sanzionare, demansionare, trasferire o sottoporre ad altre misure organizzative aventi effetti negativi diretti o indiretti sulle condizioni di lavoro i lavoratori che richiedono la modifica del rapporto di lavoro e dispongono che le misure eventualmente adottate in violazione del divieto devono considerarsi ritorsive o discriminatorie e pertanto nulle. Ulteriore tutela si realizza con l'estensione ai fruitori dei permessi *ex* l. 104/92 del diritto alla conservazione del posto e al rientro nella medesima unità previsti per i fruitori dei congedi genitoriali dall'art. 56, d.lgs. 151/01.

Si tratta di previsioni importanti, che tuttavia denotano una certa imprecisione linguistica, sia laddove si utilizza la locuzione “discriminare o riservare un trattamento meno favorevole”, sia laddove si ripropone la disgiuntiva nella locuzione “ritorsivi o discriminatori”, essendo ormai pacifico che la discriminazione consiste in un trattamento meno favorevole basato su un fattore protetto e che i comportamenti ritorsivi collegati ai medesimi fattori costituiscono, per espressa previsione del legislatore europeo, discriminazione. Le nuove tutele inoltre si sovrappongono ai divieti di discriminazione per disabilità, che si ricorda comprende quella per associazione, di cui al d.lgs. n. 216/03 e alla l. 67/06 e devono oggi essere coordinate con la nuova definizione di discriminazione contenuta nel Codice per le pari opportunità, come modificato dalla l. 162/2021, che include tra le discriminazioni anche i trattamenti meno favorevoli connessi, tra l'altro alle “esigenze di cura personale o familiare”. La nuova formulazione appare veramente infelice, e ha posto numerosi dubbi interpretativi, sui quali non ci si può qui soffermare<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> CALAFÀ, *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, in

Per quanto qui interessa, si osserva come il trattamento meno favorevole subito dal prestatore di assistenza nei confronti di un disabile, da intendersi qui senz'altro secondo la definizione ampia di cui alla convenzione Onu del 2006, possa configurare, nei limiti costituiti dai rispettivi ambiti di applicazione, sia una discriminazione protetta dal Cpo, sia una discriminazione associata per disabilità protetta dal d.lgs. n. 216/03 e dalla l. 67/06<sup>40</sup>. A questi si aggiungono ora, nei casi specificatamente ivi previsti, le protezioni introdotte dal nuovo art. 2 *bis*, l. 104/92, e le specifiche disposizioni di cui agli artt. 18 l. 81/81 e 5 d.lgs. 81/15. Tra le varie disposizioni peraltro permangono differenze rilevanti. In primo luogo, la protezione contro la discriminazione associata per disabilità ha una portata ben più ampia di quelle ora specificatamente introdotte dal legislatore, in quanto prescinde del tutto dall'accertamento della situazione di disabilità grave di cui all'art. 3, co. 3, l. 104/92, sulla quale invece ruota l'accesso alle tutele nel d.lgs. 105/22. Ulteriori differenze si pongono sul piano processuale, non essendo tutti i ricorsi riconducibili al rito di cui all'art. 28, d.lgs. 150/2001<sup>41</sup>. Permangono altresì alcune differenze per quanto riguarda la distribuzione degli oneri probatori tra il ricorso *ex art.* 28 d.lgs. 150 e quello *ex artt.* 36 e ss. Cpo (sebbene ad avviso di chi scrive esse siano da ritenersi rimediabili attraverso la lettura conforme al diritto europeo)<sup>42</sup>. Si tratta di ostacoli dovuti a un insufficiente coordinamento, probabilmente superabili semplicemente azionando i più generali divieti di discriminazione anziché le disposizioni specifiche di cui si è appena detto, ma il problema relativo alla scelta tra ricorso sulla base del Cpo o del rito sommario di cognizione rimane in tutta la sua portata laddove si reclaims la violazione di più fattori tra cui il genere o si voglia far valere la dimensione intersezionale della discriminazione<sup>43</sup>.

<https://www.italianequalitynetwork.it/il-dito-la-luna-e-altri-fraintendimenti-in-materia-di-parita-tra-donne-e-uomini/>, gennaio 2022.

<sup>40</sup> Restando irrisolte tutte le problematiche connesse ai diversi regimi processuali, sui cui v. GUARISO, MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, in BARBERA M., GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 445.

<sup>41</sup> Si v. GUARISO, MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 447.

<sup>42</sup> Sia consentito rinviare a BONARDI, MERAVIGLIA, *Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio*, in BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, Ediesse, 2017, p. 351.

<sup>43</sup> Si v. GUARISO, MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 453.

## 7. Le sanzioni

Una importante novità del d.lgs. 105/22 consiste nell'introduzione, richiesta dai pareri parlamentari<sup>44</sup>, della sanzione dell'impossibilità di conseguire la certificazione della parità di genere ora stabilita dall'art. 46 *bis*, d. lgs. 198/2006, che viene sostanzialmente prevista per la violazione di tutti i diritti riconosciuti dal t.u. maternità, ed è estesa anche al caso di rifiuto, opposizione od ostacolo all'esercizio dei diritti di cui all'art. 33, l. 104/92 (si v. il nuovo co. 7 *ter*). Analoga disposizione è prevista per la violazione del diritto di priorità di accesso al lavoro agile dal nuovo co. 3 *ter* dell'art. 18, l. 81/17 e per il part time dal nuovo co. 3 *ter* dell'art. 8, d.lgs. 81/15.

Quanto alle sanzioni amministrative previste per la violazione dei diritti dei prestatori di assistenza, il quadro risulta non del tutto omogeneo. Il legislatore ha opportunamente modificato l'art. 46, d. lgs. 151/01, estendendo la medesima sanzione amministrativa da euro 512 a euro 2.582 anche all'inosservanza dell'art. 42. Non è invece prevista espressamente analoga sanzione per la violazione dei diritti di cui all'art. 33, l. 104/92. Tuttavia, il nuovo co. 4 dell'art. 33, nel rinviare al t.u. 151 per la definizione del trattamento economico e previdenziale (artt. 43 e 44) prevede l'applicazione altresì dell'art. 56 di detto t. u. Quest'ultimo, riguardante il diritto al rientro nel posto di lavoro al termine del congedo, al co. 4 *bis* prevede per l'inosservanza si applichino le sanzioni cui all'art. 54 co. 8, ovvero una sanzione che va da 2 a 5 milioni di lire. Sembrerebbe dunque che detta sanzione si applichi solo alla violazione del diritto al rientro e non, come avviene per gli altri congedi e permessi, in ogni caso di rifiuto, opposizione od ostacolo all'esercizio dei diritti.

Paradossalmente, l'art. 33, l. 104/92 rimane l'unica disposizione in cui la violazione del diritto del lavoratore da parte del datore di lavoro resta priva di sanzione amministrativa, mentre la norma mantiene una disposizione, pleonastica ma significativa, che sancisce la decadenza dal diritto ai permessi in caso di accertamento dell'insussistenza o del venir meno delle condizioni richieste per la loro legittima fruizione.

<sup>44</sup> Si v. i due pareri approvati nella medesima data del 17 maggio 2022 rispettivamente dalle Commissioni permanenti 11° del Senato e XI della Camera, allegati ai rispettivi resoconti delle sedute del giorno.

### **Abstract**

L'A. analizza le disposizioni nazionali attuative della dir. 2019/1158 nel contesto delle più ampie prospettive di riforma previste dal Pnrr e dal *Family act*. Dopo aver dato conto dei diritti riconosciuti dalla direttiva ai prestatori di assistenza, l'A. analizza la riforma della disciplina dei permessi e dei congedi, del lavoro agile e del part-time volta a darvi attuazione. Infine l'A. si sofferma sulle disposizioni antidiscriminatorie e sull'apparato sanzionatorio.

The A., discusses the new provisions implementing dir. 2019/1158 in the light of the new reforms enshrined in the national plan for Next generation Eu and in the so called Family act. After analysing the new provisions on care leaves the A. addresses the issues related to non discrimination and sanctions.

## **Madia D'Onghia**

### **L'incidenza delle misure di conciliazione sul sistema di protezione sociale**

**Sommario:** **1.** Premessa. **2.** Le (scarne) indicazioni della direttiva 2019/1158/UE. **3.** La copertura (parziale) della contribuzione figurativa per i periodi di congedo. **3.1.** Le tutele previdenziali nel *part time*. **4.** L'assenza di protezione previdenziale per i prestatori di assistenza. **5.** Il recepimento della direttiva nel d.lgs. n. 105/2022: un'occasione mancata. **6.** Alcune brevi considerazioni finali.

#### *1. Premessa*

La disamina della direttiva 2019/1158/UE e, poi, del decreto legislativo n. 105/2022 di recepimento nel nostro ordinamento, disvela, già a una prima lettura, un silenzio assordante su una questione di estrema importanza, ovvero l'impatto delle misure di conciliazione, siano esse congedi o modalità flessibili di lavoro, sul sistema di protezione sociale. Il tutto può essere così sintetizzato: la conciliazione/condivisione del tempo di lavoro con le responsabilità di cura comporta, alla luce delle regole vigenti, importanti buchi contributivi che rendono molto più difficile la maturazione dei requisiti per il diritto alla pensione di vecchiaia o, comunque, incidono negativamente sull'adeguatezza del suo importo.

Si tratta, quindi, di verificare se le regole presenti nel nostro ordinamento, per neutralizzare o perlomeno attenuare l'incidenza negativa dei periodi di congedo o il ricorso al lavoro a tempo parziale sulla vita contributiva, siano sufficienti e, allo stesso tempo, se la trasposizione della direttiva avrebbe potuto rappresentare l'occasione per colmare i vuoti di tutela esistenti.

Il tema, anche in considerazione del fatto che a occuparsi di assistenza e cura familiare sono prevalentemente le donne, si intreccia con la questione

molto più complessa dell'impatto in termini di genere della normativa previdenziale e delle disparità esistenti in materia pensionistica tra uomini e donne<sup>1</sup>.

È questa una questione di grande attualità di cui ne hanno piena consapevolezza anche le istituzioni europee, posto che già il Pilastro europeo dei diritti sociali, proclamato nel vertice sociale per l'occupazione equa e la crescita di Göteborg il 17 novembre 2017, da cui deriva, peraltro, la stessa direttiva in esame, oltre a riaffermare i principi di parità di genere ed equilibrio tra attività professionale nei principi 2 e 9 (espressamente ripresi nella direttiva al *Considerando* n. 9), richiama, nel principio 15, le pari opportunità sia per le donne che per gli uomini proprio nei diritti legati alla pensione di vecchiaia.

È bene ricordare che il *Social Pillar* – riprendendo testualmente le parole riportate nel suo Preambolo – “esprime principi e diritti fondamentali per assicurare l'equità e il buon funzionamento dei mercati del lavoro e dei sistemi di protezione sociale nell'Europa del 21° secolo”<sup>2</sup>. Non è questa la sede per una disamina del significato e dei contenuti di tale documento di alto profilo politico<sup>3</sup>; basti solo rilevare come esso sia espressione di una generale volontà di rinnovamento e rilancio della dimensione sociale dell'Unione in seguito alla crisi dell'Eurozona, ove si è registrata una generale riduzione della produzione legislativa in materia sociale e l'imposizione, in alcuni Stati membri, di misure di austerità.

<sup>1</sup> I dati dell'ultimo Rapporto Inps (XXI Rapporto annuale, luglio 2022, spec. pp. 164-172, consultabile in *XXI\_Rapporto\_Annuale.pdf (inps.it)* confermano che il divario di genere cresce in modo continuativo nel tempo: le femmine continuano a essere presenti in misura maggiore nelle classi di reddito pensionistico più basso, mentre i maschi rappresentano il 70% dei percettori nell'ultima classe (oltre i 3000 euro mensili). In proposito si rinvia alle puntuali osservazioni di BONARDI, *Povere vecchie. L'età pensionabile nella prospettiva di genere*, in *VTDL*, 2017, p. 113 ss.

<sup>2</sup> Proclamazione interistituzionale sul pilastro europeo dei diritti sociali (2017/C 428/09), GUUE C 428 del 13 Dicembre 2017, Preambolo, n. 14.

<sup>3</sup> Per un commento sul significato del Pilastro europeo dei diritti sociali nel processo di evoluzione (o di rinascita) dell'Europa sociale, si veda VESAN, CORTI, *Il Pilastro europeo dei diritti sociali e la strategia sociale di Juncker: un'agenda per la ricerca*, in *PS*, 2018, 1, p. 125 ss. e i contributi in BRONZINI (a cura di), *Verso un pilastro sociale europeo*, Fondazione Basso, 2018, p. 312 e in CORTI (a cura di), *Il pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'Ue*, *Vita e Pensiero*, 2021; in senso critico, riflettendo sui limiti di tale misura programmatica, si vedano le riflessioni di GIUBBONI, *Solidarietà. Un itinerario di ricerca*, Editoriale scientifica, 2022, p. 239 ss.; LUTHER, *Il futuro dei diritti sociali dopo il “social summit” di Göteborg: rafforzamento o impoverimento?*, in *Federalismi.it*, numero speciale, 2018, p. 4 ss.

Vale qui la pena evidenziare come, nel *Social Pillar*, sullo sfondo, vi sia la constatazione che in tutta Europa le pensioni delle lavoratrici risultano più 'leggere' di quelle dei lavoratori, specie per l'effetto di retribuzioni basse sulla vita contributiva, oltre che della massiccia diffusione di impieghi a tempo parziale e di carriere lavorative più brevi o interrotte proprio in considerazione dell'adempimento a obblighi di cura. Non a caso, nel già citato principio 15 del *Social Pillar* si parla di "pari opportunità di maturare i diritti a pensione", alludendo a tutte le condizioni che determinano la definizione di diritti legati ai trattamenti di vecchiaia e, dunque, dalle misure che incidano sul mercato del lavoro e sulla conciliazione vita-lavoro, a uguali età pensionabili sino a un adeguato accreditamento contributivo legato ai periodi di cura.

Nella presente riflessione, partendo dalle indicazioni fornite dalla direttiva e da una breve ricognizione delle regole che presidono il nostro sistema previdenziale in caso di congedi e di lavoro *part time*, si cercherà di verificare se in sede di trasposizione il legislatore, con il d.lgs. n. 105/2022, abbia affrontato tali profili soprattutto per superare le gravi criticità che, come vedremo, persistono nel nostro ordinamento in termini di effettività delle tutele o se, invece, si sia persa una grande occasione.

## 2. *Le (scarse) indicazioni della direttiva 2019/1158/UE*

La direttiva 2019/1158/UE su questi profili si limita a fornire indicazioni molto generiche.

All'art. 10, comma 3, nel rinviare agli Stati membri la definizione del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro per il periodo di congedo di paternità, parentale e per i prestatori di assistenza o delle assenze per cause di forza maggiore, ricorda solo che occorre dettare una disciplina "anche per quanto riguarda i diritti alla sicurezza sociale, compresi i diritti ai contributi pensionistici, garantendo il mantenimento del rapporto di lavoro nel corso di tale periodo". Nulla si dice, tuttavia, sull'entità della prestazione previdenziale che, di fatto, come si dirà più innanzi, è comunque riproporzionata in considerazione della riduzione dell'orario di lavoro.

Invero, non avrebbe potuto dire molto di più, in quanto sostanzialmente la definizione degli *standard* delle prestazioni sociali resta nella competenza degli Stati membri, considerati gli oneri finanziari a essi connessi e spesso non irrilevanti.

Qualche spunto interessante è presente nella parte programmatica della direttiva, ovvero nei *Considerando* laddove il legislatore europeo ricorda un'altra grande criticità in tema di tutele sociali, connessa all'uso flessibile della forza lavoro. In particolare, nel *Considerando* n. 35, con riguardo al lavoro a distanza e alla riduzione dell'orario di lavoro, sente il bisogno di esplicitare la necessità di limitarne la durata, sottolineando la 'pericolosità' di un uso prolungato di tale modalità di lavoro, che potrebbe tradursi in una riduzione dei diritti pensionistici o delle prospettive di carriera, come già sperimentato con l'utilizzo del *part time* quale strumento di conciliazione quasi esclusivamente al femminile. A tal proposito, si aggiunge che se, per un verso, il lavoro a tempo parziale si è "rivelato utile per consentire ad alcune donne di restare nel mercato del lavoro dopo la nascita di un figlio o l'assistenza a familiari che necessitano di cure o sostegno", per altro verso, "lunghi periodi di riduzione dell'orario di lavoro possono determinare una riduzione dei contributi di sicurezza sociale e, quindi, la riduzione o l'annullamento dei diritti pensionistici". Una consapevolezza, questa, che pone in evidenza il problema della adeguatezza del nostro sistema pensionistico basato sul metodo di calcolo contributivo, rispetto a tipologie contrattuali flessibili, alle quali – come noto – in misura maggiore e non sempre per scelta ricorrono le donne. Del resto la precarietà pensionistica delle donne non è altro che il riflesso della loro precarietà lavorativa: vite lavorative meno fortunate inevitabilmente si riflettono in una pensione di importo proporzionalmente minore proprio perché il metodo di calcolo contributivo (che regola il nostro sistema pensionistico) costituisce essenzialmente uno specchio di quanto accade all'individuo nel mercato del lavoro. E ciò riguarda drammaticamente proprio le donne che sono penalizzate non solo dalla presenza di differenziali retributivi di genere, ma anche dall'incidenza di periodi di astensione dal lavoro, in coincidenza con la maternità, nonché dalla frammentazione dei loro percorsi lavorativi, spesso legata, appunto, alla necessità di farsi carico dei lavori di cura dei loro familiari.

Ciò detto, non pare cosa di poco conto che la direttiva disveli la presa di coscienza della necessità (e urgenza) di neutralizzare, in qualche modo, gli effetti negativi sul piano previdenziale (per mancato e/o ridotto versamento dei contributi) delle assenze da lavoro dovute alla fruizione del congedo e alle esigenze di cura, oltretutto dal ricorso a modalità flessibili di lavoro, con le connesse conseguenze sul piano della maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni pensionistiche e del loro *quantum*.

### 3. *La copertura (parziale) della contribuzione figurativa per i periodi di congedo*

Ma quali sono le regole che presiedono il nostro sistema previdenziale in proposito?

È bene partire dalla disciplina sui congedi dei genitori, a cui la direttiva 2019/1158/UE e il d.lgs. n. 105/2022 di trasposizione dedicano molta attenzione (si v. sul punto i contributi in questo fascicolo di CALAFÀ e BONARDI).

Nel nostro sistema previdenziale, nei periodi di sospensione della prestazione lavorativa, opera l'istituto della contribuzione figurativa, per cui i contributi vengono riconosciuti senza alcun versamento effettivo a carico del lavoratore, nonostante l'impossibilità temporanea a svolgere la propria abituale attività, e del datore di lavoro. I contributi figurativi, che possono essere così considerati una sorta di 'copertura virtuale', valgono a tutti gli effetti come contribuzione previdenziale sia per maturare il diritto alla pensione sia per determinare l'ammontare dell'assegno stesso.

In relazione alla fruizione dei congedi di maternità e di paternità, congedi parentali e dei permessi per assistenza a persone affette da *handicap* grave, vige la regola della contribuzione figurativa piena, cioè commisurata alla retribuzione che sarebbe spettata durante l'anno in cui si è verificato l'evento sospensivo, ma con alcuni distinguo.

Con riferimento al congedo per maternità, ai sensi dell'art. 25 del d.lgs. n. 150/2001 (d'ora in poi TU)<sup>4</sup>, la lavoratrice ha diritto alla contribuzione figurativa e l'accredito figurativo è attribuito, in costanza di rapporto di lavoro, a prescindere da qualsiasi pregressa anzianità contributiva.

Per lungo tempo sono rimasti esclusi (con il conseguente formarsi di un vuoto contributivo a detrimento del diritto e della misura della futura pensione) tutti i periodi di maternità collocati al di fuori del rapporto di lavoro, lasciando così scoperta da contribuzione colei che aveva lavorato come subordinata ma che, durante il periodo di maternità, si era trovata in stato di non occupazione, oppure che, nello stesso periodo, aveva prestato lavoro autonomo come artigiana, commerciante, coltivatrice diretta, professionista, parasubordinata o lavorante a domicilio<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Per una più compiuta disamina si rinvia a CALAFÀ, *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53 (D.legisl. 26 marzo 2001, n. 151)*, in *Commentario Breve al Diritto di Famiglia*, Cedam - Wolters Kluwer, 2020, p. 2045 ss.

<sup>5</sup> Invero a queste categorie è stato da tempo esteso il diritto all'indennità di maternità,

Per ampliare l'ambito di operatività della contribuzione figurativa durante i periodi di maternità, è stato riscritto l'art. 25, secondo comma, del TU che ora così dispone: "In favore dei soggetti iscritti al fondo pensioni lavoratori dipendenti e alle forme di previdenza sostitutive ed esclusive dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, i periodi corrispondenti al congedo di maternità di cui agli artt. 16 e 17, verificatisi al di fuori del rapporto di lavoro, sono considerati utili ai fini pensionistici, a condizione che il soggetto possa far valere, all'atto della domanda, almeno cinque anni di contribuzione versata in costanza di rapporto di lavoro".

I congedi per maternità vengono, così, a essere coperti da contribuzione figurativa anche se effettuati non in costanza di rapporto di lavoro subordinato, e cioè anche se la lavoratrice, nel relativo periodo, era disoccupata, o era lavoratrice autonoma, prescindendo, in altri termini, dalla collocazione dell'evento maternità, e anche dal fatto che, antecedentemente o successivamente al periodo oggetto di domanda, sia stata svolta attività lavorativa in settori che non prevedevano o non prevedano l'accredito figurativo per maternità. La contribuzione figurativa compete, quindi, qualunque sia la gestione cui la lavoratrice è iscritta all'epoca del congedo, ed anche se non è iscritta ad alcuna gestione perché non occupata<sup>6</sup>.

Fuori dal rapporto di lavoro, però, l'accredito è subordinato al fatto che la lavoratrice sia iscritta alla gestione dei lavoratori dipendenti e possa in essa far valere cinque anni di contribuzione. Inoltre l'accredito della contribuzione figurativa può avvenire solo se il periodo da riconoscere non sia già coperto da altra tipologia di contribuzione nelle varie gestioni pensionistiche nelle quali gli interessati siano titolari di conto assicurativo<sup>7</sup>.

Le stesse regole valgono anche per il congedo di paternità obbligatorio,

ma, inizialmente, per esse non era stato prevista anche la copertura con la contribuzione figurativa, sulla base della regola generale per cui questa spetterebbe solo ai lavoratori dipendenti. Tuttavia, stante la assimilabilità alla categoria dei dipendenti, anche delle lavoratrici parasubordinate e delle associate in partecipazione, a decorrere dal 2007, è stato riconosciuto, in costanza di rapporto lavorativo, il diritto alla contribuzione figurativa (cfr. d.m. 13 luglio 2007, in attuazione della l. n. 296/2006, art. 1, comma 790 e l. n. 388/2000, art. 80, comma 12).

<sup>6</sup> In proposito v. anche Cass. 12 novembre 2010, n. 23037, in *Banca dati onelegale*. Va anche ricordato che la l. n. 104/2006 ha esteso la tutela previdenziale relativa alla maternità anche ai lavoratori e alle lavoratrici appartenenti alla categoria dei dirigenti alle dipendenze di datori di lavoro privati.

<sup>7</sup> V. circolare Inps n. 61/2003.

ora regolato dal nuovo art. 27 *bis* TU (pari a dieci giorni) introdotto dal d.lgs. n. 105/2022.

Quanto ai periodi di congedo parentale, ai fini della contribuzione figurativa l'art. 35 del TU distingue i periodi di congedo parentale retribuito da quelli di congedo parentale non retribuito. Per i primi il criterio di riferimento per l'accredito figurativo è costituito dalla retribuzione; per i secondi invece il criterio è costituito dal doppio del valore massimo dell'assegno sociale, proporzionati ai periodi di riferimento, salva la facoltà di integrazione da parte dell'assicurato con riscatto<sup>8</sup> (cioè, a pagamento, come previsto per il recupero degli anni di università), ovvero con versamento dei relativi contributi secondo i criteri e le modalità della prosecuzione volontaria.

All'accredito figurativo hanno diritto anche le lavoratrici autonome che fruiscono del congedo parentale di cui all'art. 32 TU (tre mesi nel primo anno di età del bambino), espressamente dichiarato fruibile anche dai genitori adottivi e affidatari.

In favore delle lavoratrici e dei lavoratori iscritti al fondo pensioni lavoratori dipendenti e ai fondi sostitutivi ed esclusivi dell'assicurazione generale obbligatoria è prevista la facoltà di riscattare – fino a un massimo di cinque anni e sempre che ricorra un'anzianità assicurativa minima di pari durata – i periodi di congedo parentale mediante versamento nella relativa posizione assicurativa di contributi aggiuntivi riferiti a periodi che a essa non davano titolo.

La facoltà di riscatto deve ritenersi possibile anche in relazione al periodo di prolungamento dell'astensione facoltativa che può essere richiesto per assistere i figli con *handicap* grave ai sensi dell'art. 33, l. n. 104/1992.

Quanto, poi, al congedo straordinario di cui al co. 5 dell'art. 42 TU (ovvero, quel periodo di assenza dal lavoro retribuito concesso ai lavoratori dipendenti che assistano familiari con disabilità grave), i soggetti che ne usufruiscono per un periodo continuativo non superiore a 6 mesi hanno diritto a beneficiare di permessi non retribuiti in misura pari al numero di giorni di ferie che avrebbero maturato nello stesso arco di tempo lavorativo, senza riconoscimento del diritto a contribuzione figurativa. Di converso la copertura previdenziale è invece riconosciuta nel caso di congedo ordinario per gravi motivi familiari, di cui all'art. 4, l. n. 53/2000.

La copertura contributiva è prevista anche per i tre giorni di permesso

<sup>8</sup> Cfr. art. 13, l. n. 1338/1962.

mensile di cui alla l. n. 104/1992; l'accreditamento, tuttavia, come per i congedi parentali, è rapportato non alla retribuzione ma al doppio del valore massimo dell'assegno sociale parametrato ai periodi di riferimento, salva la facoltà da parte dell'interessato di integrare la contribuzione mediante riscatto, ovvero mediante il ricorso alla prosecuzione volontaria.

Per i periodi di congedo per malattia del figlio la copertura è garantita solo fino al compimento del terzo anno; successivamente, e fino al compimento dell'ottavo anno, può essere applicata, a richiesta dell'interessata, con riscatto, oppure con il versamento di contributi volontari da parte dell'assicurato<sup>9</sup>.

La contribuzione figurativa è poi espressamente esclusa (*ex art. 42, comma 5 quater, TU*) per chi usufruisce periodi di congedo continuativi non superiori a sei mesi per i quali non matura il diritto alle ferie, sostituito dal diritto a un numero di giorni di permesso non retribuito pari al numero di giorni di ferie che sarebbe maturato.

Ebbene, il quadro normativo appena descritto disvela situazioni non pienamente tutelate, ove la parziale copertura contributiva finisce per incidere in maniera significativa sul *quantum* delle pensioni, oltre a ritardarne la maturazione, se non addirittura impedire di raggiungere i requisiti, anche alla luce delle regole pensionistiche introdotte dalla Riforma Fornero del 2012 (si pensi, ad esempio, alle soglie economiche per l'accesso alle prestazioni, quali il requisito di 1,5 volte l'assegno sociale)<sup>10</sup>.

Peraltro, a differenza di altre importanti ipotesi di sospensione e cessazione del rapporto di lavoro, come l'intervento della cassa integrazione guadagni, i contratti di solidarietà e la disoccupazione, per i quali la contribuzione figurativa è riconosciuta d'ufficio, per i congedi (salvo i giorni di permesso *ex lege* n. 104/1992) quell'accredito opera a domanda, nel senso che gli accrediti figurativi sono utili per la pensione e riconosciuti solo se il lavoratore si attiva nel farne richiesta; il che rappresenta un aggravio procedurale di non poco conto<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Cfr. art. 49 TU.

<sup>10</sup> Si rinvia a BONARDI, *Non è un paese per vecchie. La riforma delle pensioni e i suoi effetti di genere*, in *RDSS*, 2012, 3, p. 513 ss.

<sup>11</sup> Va, comunque, precisato che, in un'ottica di semplificazione, anche nei casi di maternità, malattia e infortuni (seppure generalmente esclusi) l'Inps ormai procede all'accredito d'ufficio, con l'eccezione di quei casi in cui l'ente sia impossibilitato a disporre degli elementi di denuncia e calcolo necessari in assenza di comunicazione del lavoratore (come, per esempio, i casi di maternità al avvenuta al di fuori di un rapporto di lavoro).

### 3.1. Le tutele previdenziali nel part time

Centrale nella direttiva 2019/1158/UE è anche il tema dell'utilizzo delle forme flessibili di lavoro, specie del *part time*, proprio in funzione di conciliazione del tempo di lavoro con le responsabilità di cura (si v. sul punto il saggio di ALESSI nel presente fascicolo).

Ai fini previdenziali, ai lavoratori con contratto di lavoro parziale si applicano le stesse modalità di determinazione della retribuzione imponibile e le medesime aliquote applicate ai lavoratori *full time*. Ciò che varia sono i criteri di calcolo per la determinazione del minimale contributivo che, nel caso di *part time*, è stabilito con riferimento alla retribuzione oraria e non giornaliera. La retribuzione minima oraria “da assumere quale base per il calcolo dei contributi previdenziali dovuti per i lavoratori a tempo parziale, si determina rapportando alle giornate di lavoro settimanale ad orario normale il minimale giornaliero [...] e dividendo l'importo così ottenuto per il numero delle ore di orario normale settimanale previsto dal contratto collettivo nazionale di categoria per i lavoratori a tempo pieno”<sup>12</sup>.

Questa regola non comporta un regime diverso circa il diritto alla pensione, ma incide sul suo importo che sarà necessariamente inferiore a quello che sarebbe stato con il lavoro a tempo pieno; infatti, inevitabilmente, diminuendo la retribuzione annua, diminuiscono anche i contributi versati (calcolati sempre sulla retribuzione percepita) e, di conseguenza, anche il valore dell'assegno. Quindi tanto maggiore è il periodo di *part time* tanto superiore sarà la riduzione dell'importo della pensione futura.

Non solo. Se le retribuzioni nel contratto *part time* non arrivano a un minimale stabilito dall'Inps, i contributi versati non riescono a coprire le 52 settimane per avere l'anno intero e la conseguenza può essere che, pur avendo lavorato 20 anni, ci si ritrovi a non avere il diritto alla pensione di vecchiaia.

Fino a qualche tempo fa la difficoltà di maturare il diritto alla pensione era ancora maggiore per i lavoratori con *part time* verticali o ciclici (cioè, quando la prestazione si concentra solo in alcuni periodi del mese o dell'anno), ove si discuteva sulle modalità di calcolo dell'anzianità contributiva.

La questione era sorta a causa della previsione contenuta nell'art. 5, co. 11, d.l. n. 726/1984, secondo il quale ai fini della determinazione del trattamento di pensione l'anzianità contributiva “inerente ai periodi di lavoro a

<sup>12</sup> Art. 11, comma 1, d.lgs. n. 81/2015.

tempo parziale” doveva essere calcolata “proporzionalmente all’orario effettivamente svolto”. La regola individuata dall’Inps era basata sul concetto di “settimana retribuita” quale parametro di misurazione del valore temporale accreditabile in estratto conto, pur se temperato dal rinvio al rispetto del minimale. Pertanto, se nel caso di *part time* orizzontale si accredita una settimana ai fini pensionistici sempreché la retribuzione sia pari o superiore al minimale retributivo dell’anno, nel caso, invece, di *part time* verticale o ciclico, i periodi di non lavoro non venivano considerati ai fini previdenziali e, dunque, un lavoratore che svolgeva la prestazione solo per sei mesi l’anno, ad esempio, come stagionale, si ritrovava accreditati in estratto conto 26 settimane e non 52. Sul punto i giudici di legittimità hanno ripetutamente chiarito che il riproporzionamento deve essere applicato sull’intero anno cui i contributi e il rapporto si riferiscono, dovendosi calcolare nell’anzianità contributiva utile per la maturazione del diritto alla pensione anche i periodi non lavorati nel *part time* verticale ciclico<sup>13</sup>. Per i giudici una diversa conclusione si porrebbe in contraddizione con il fatto che durante i periodi non lavorati il rapporto rimane vigente, con conseguente insussistenza del diritto all’indennità di disoccupazione<sup>14</sup> o quella di malattia<sup>15</sup>.

Ma a deporre nello stesso senso sono soprattutto ragioni di conformità della normativa interna rispetto a quella europea, tenuto conto che la Corte di Giustizia, pur escludendo l’applicazione della direttiva 97/81/CE alle “pensioni legali di previdenza sociale”, ha individuato nella parità di trattamento dei lavoratori a tempo parziale il principio cardine della direttiva, con la conseguente necessità di riconoscere l’anzianità contributiva ai lavoratori a tempo parziale ciclico anche per i periodi non lavorati onde evitare qualunque disparità di trattamento rispetto ai lavoratori a tempo parziale orizzontale che al contrario potrebbero beneficiare del calcolo dell’intera anzianità contributiva anche in caso di prestazione di durata pari o inferiore a quella dei lavoratori a tempo parziale verticale<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Così, fra le più recenti, Cass. 2 luglio 2021, n. 18826, in *LG*, 2021, n. II, p. 1104; Cass. 9 luglio 2020, n. 14644 e 10 luglio 2020, n. 14817, in *LG*, 2021, I, p. 92; Cass. 23 ottobre 2018, n. 26824; 10 aprile 2018 n. 8772; 6 luglio 2017, n. 16677, tutte in *LG*, 2017, 12, p. 1132. Cfr. ALTAMARI, *La tutela previdenziale del lavoratore “part time” nel dialogo tra Corte di Giustizia dell’Unione europea e Corte di Cassazione*, in *ADL*, 2017, II, 2, p. 431 ss.

<sup>14</sup> Cfr. Cass. 6 febbraio 2003, n. 1732, in *LG*, 2003, 5, p. 424.

<sup>15</sup> V. Cass. 18 agosto 2003, n. 12087, *Banca dati onelegale*.

<sup>16</sup> Sul punto v. Corte di Giustizia UE 10 giugno 2010, cause riunite C-395/08 e C396/08,

Questa soluzione è stata ratificata dal legislatore solo di recente, con la legge di Bilancio 2021 (art. 1, comma 350, l. n. 178/2020)<sup>17</sup>, allorché si è stabilito che il periodo di durata del contratto di lavoro *part time* verticale o ciclico debba essere riconosciuto come interamente utile ai fini del raggiungimento dei requisiti di anzianità lavorativa per l'accesso al diritto alla pensione.

In tal modo, dal 1° gennaio 2021, il periodo di durata del contratto di lavoro a tempo parziale che prevede che la prestazione lavorativa sia concentrata in determinati periodi è riconosciuto per intero ai fini del raggiungimento dei requisiti di anzianità lavorativa per l'accesso al diritto alla pensione (ma non anche per la misura della medesima).

Al netto di quest'ultima innovazione legislativa, resta sempre fermo il problema della c.d. precarietà previdenziale legata al ricorso a rapporti di lavoro *part time*<sup>18</sup> o, su un piano più generale, a modalità flessibili di lavoro, caratterizzati da discontinuità lavorativa. Del resto, nonostante l'impegno della dottrina<sup>19</sup> che non ignora e anzi pone attenzione alla circostanza per cui necessariamente occorre prevedere regole previdenziali coerenti con una vita lavorativa discontinua, il legislatore fa ancora fatica ad allontanarsi dall'idealtipo dell'assicurato (maschio) assunto a tempo indeterminato e pieno, la cui carriera è caratterizzata da scarsa o nulla mobilità professionale e indirettamente, previdenziale.

Di conseguenza, la promozione del *part time* per agevolare la conciliazione/condivisione del tempo di lavoro con le responsabilità di cura, come sancita nella direttiva, se non accompagnata da opportune "contromisure" sul piano previdenziale, porta con sé seri svantaggi sulla pensione futura, aumentando, peraltro, le già gravi disparità di genere esistenti in materia di trat-

in *D&L*, 2010, p. 974 ss., con nota di ALESSI. Si veda anche BOZZAO, *Pensioni e part-time: regimi previdenziali e prospettive antidiscriminatorie nella giurisprudenza multilivello*, in *RGL*, 2016, p. 262 ss.

<sup>17</sup> L'Inps ha emanato i primi chiarimenti e istruzioni operative con la circolare 4 maggio 2021, n. 74 e con il più recente messaggio del 3 giugno 2021, n. 2162.

<sup>18</sup> Sul tema della persistente inadeguatezza (sotto il profilo del rispetto del principio di uguaglianza) del regime previdenziale del *part time* anche orizzontale si rinvia a BONARDI, *Pensioni e lavoro marginale*, in *RGL*, 2020, 4, p. 652.

<sup>19</sup> Cfr., fra gli altri, BOZZAO, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo*, Giappichelli, 2005; RENGA, *La tutela sociale dei lavori*, Giappichelli, 2006; SGROI, *Flessibilità del mercato del lavoro e sistema previdenziale*, in *DRI*, 2009, p. 881 ss. e, da ultimo, si v. anche BONARDI, *Pensioni e lavoro marginale*, cit. e FILI, *Gli strumenti di salvataggio del diritto a pensione per le carriere discontinue*, in *RGL*, 2020, 4, p. 685 ss.

tamenti pensionistici, posto che le percentuali di accesso alla *part time* continuano a essere nettamente sbilanciate a discapito delle donne (cfr. sul punto ALESSI, cit.).

#### 4. *L'assenza di protezione previdenziale per i prestatori di assistenza*

Quanto ai prestatori di assistenza, riprendendo l'espressione presente nella direttiva, intendendo per essi coloro che svolgono lavori di cura e assistenza in ambito familiare, non vi è ancora una piena considerazione nel nostro ordinamento; non a caso si parla di “misconoscimento del lavoro di cura”, acuito anche dalla forte presenza del lavoro sommerso e irregolare e legittimato peraltro dalle stesse politiche sociali, come l'indennità di accompagnamento, un trasferimento monetario che incentiva, non essendoci vincoli al suo utilizzo, il lavoro nero<sup>20</sup>.

Eppure, da tempo si sottolinea l'importanza di questo tipo di prestazione; la stessa Corte costituzionale<sup>21</sup> ha rilevato che “anche il lavoro effettuato all'interno della famiglia, per il suo valore sociale e anche economico, può essere ricompreso, sia pure con le peculiari caratteristiche che lo contraddistinguono, nella tutela che l'art. 35 della Costituzione assicura al lavoro ‘in tutte le sue forme’”. Per il Giudice delle leggi “si tratta di una specie di attività lavorativa che è già stata oggetto di svariati riconoscimenti per il suo rilievo sociale e anche economico, anche per via degli indiscutibili vantaggi che ne trae l'intera collettività e, nel contempo, degli oneri e delle responsabilità che ne discendono e gravano – ancora oggi – quasi esclusivamente sulle donne (anche per estesi fenomeni di disoccupazione)”.

Il nostro legislatore (solo con la legge di Bilancio 2018) ha espressamente previsto la figura del ‘*care givers*’, definito come “la persona che assiste e si prende cura del coniuge, dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto [...], di un familiare o di un affine entro

<sup>20</sup> Si rinvia alla puntuale analisi di BORELLI, *Who care? Il lavoro nell'ambito dei servizi di cura alla persona*, Jovene, 2020, che sottolinea anche come la non autosufficienza sia un'area strategica ai fini della risposta ai nuovi bisogni sociali e rispetto altresì alla creazione di nuova occupazione nei servizi. Cfr. anche ARLOTTI, PARMA, RANCI, *Riformare diritti sociali iniqui con uno sguardo all'Europa? La sfida dell'indennità di accompagnamento*, in *RPS*, 2017, 3, p. 63 ss.

<sup>21</sup> C. Cost. 19 gennaio 1995, n. 28; per un commento ASSANTI, *Il lavoro nella famiglia tra economicità e rapporti etico-sociali*, in *DL*, 1995, II, p. 5 ss.

il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, o sia titolare di indennità di accompagnamento ai sensi della legge 11 febbraio 1980, n. 18". Manca, però, una compiuta disciplina di tutele, in termini di diritti e di riconoscimento anche ai fini economici delle assenze effettuate per lo svolgimento dei compiti di assistenza. Tant'è che, di recente, lo stesso Giudice delle Leggi, con la pronuncia n. 202/2022, ha rilanciato "un forte richiamo al legislatore, affinché la rete sociale sia rinsaldata attraverso la individuazione dei più idonei strumenti e delle più adeguate modalità di fruizione delle prestazioni" sociali a favore proprio dei *caregivers*.

E non è certo una risposta a tale monito quanto previsto nell'ultima legge di bilancio (per il 2023), laddove, prorogando la c.d. Opzione donna (che, come noto, consente alle sole lavoratrici – sia del settore privato che pubblico – di andare in pensione in via anticipata, ricalcolando l'assegno interamente con il sistema contributivo), vincola tale misura ad alcune condizioni soggettive, fra cui quella di essere *caregiver*<sup>22</sup>, oltre a ridurre il requisito anagrafico di un anno per ogni figlio entro un massimo di due figli (c.d. sconto famiglia)<sup>23</sup>.

La *ratio* che ha guidato, qui, il legislatore è stata solo quella di restringere la platea delle potenziali beneficiarie e non certo di introdurre adeguate e strutturali tutele a chi presta assistenza. Sul piano più strettamente delle tutele previdenziali, nel nostro ordinamento esiste il Fondo di previdenza per le persone che svolgono lavori di cura non retribuiti derivanti da responsabilità familiari (il c.d. Fondo Casalinghe)<sup>24</sup>. Nello specifico, si prevede che possano

<sup>22</sup> Cfr. art. 1, comma 292, l. 29 dicembre 2022, n. 197, secondo cui la richiedente la pensione anticipata deve assistere, al momento della richiesta e da almeno sei mesi, il coniuge o un parente di primo grado convivente con handicap in situazione di gravità 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 ovvero siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti.

<sup>23</sup> Tale sconto comporterà un flop in fatto di richieste: se nel 2022 le richieste per la precedente versione sono state attorno a 19.000 lavoratrici, per il 2023 si stima a malapena 2000 lavoratrici, proprio per tale controverso "sconto famiglia".

<sup>24</sup> V. d.lgs. n. 565/1996. Per un approfondimento si rinvia a PISTORE, *Alla ricerca di un in-*

iscriversi, su base volontaria, coloro che svolgono senza vincolo di subordinazione lavori non retribuiti in relazione a responsabilità familiari<sup>25</sup>. Si deve trattare di persone che non prestino attività lavorativa autonoma o subordinata, salvo il caso del lavoro *part time*, e che non siano titolari di pensione diretta.

Questo Fondo, tuttavia, non può considerarsi uno strumento adeguato alle esigenze del *care giver*, anche perché è stato pensato facendo riferimento alla concezione per così dire ‘tradizionale’ della casalinga, confermata, tra l’altro, dalla esclusione di coloro che percepiscano una pensione diretta, per cui non è possibile valorizzare i periodi di cura per ottenere dei supplementi di pensione, e dall’impossibilità di ricongiungere o totalizzare i contributi versati in altre gestioni, oltre al dato che l’adesione al fondo è libera e, dunque, eventuale.

Nel corso dell’ultimo decennio, sono stati avviati dei tentativi per introdurre una prestazione *ad hoc* a sostegno del *care giver*, per il tramite della contribuzione figurativa<sup>26</sup>, ma non si è mai arrivati all’approvazione definitiva.

##### 5. Il recepimento della direttiva nel d.lgs. n. 105/2022: un’occasione mancata

In questo scenario si inserisce il d.lgs. n. 105/2022 che ha completamente ignorato le indicazioni, sia pure minimali, della direttiva, a partire da quanto stabilito al comma 3 dell’art. 10 (*supra* § 2), a cui si sarebbe potuto dare attuazione estendendo ai casi esclusi la contribuzione figurativa piena, al fine di annullare qualsiasi forma di penalizzazione che possa posticipare l’accesso alla pensione e ridurne il suo importo, evitando così trattamenti meno favorevoli e, dunque, discriminatori. Del resto, la stessa direttiva, all’art. 11, rubricato «Discriminazione», dispone che gli Stati membri “adottano le misure necessarie a vietare un trattamento meno favorevole dei lavoratori” causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo di paternità, parentale

*quadramento giuridico per il caregiver familiare*, in DEL PUNTA, GOTTARDI, NUNIN, TIRABOSCHI (a cura di), *Salute e benessere dei lavoratori: profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, Adapt University Press, 2020, p. 209 ss.

<sup>25</sup> Cfr. art. 1, co. 2, d.lgs. n. 565/1996.

<sup>26</sup> Fra le altre, v. la proposta n. 2128/2015, recante *Norme per il riconoscimento ed il sostegno del caregiver familiare*.

e per i prestatori di assistenza o dalle assenze per cause di forza maggiore o dall'esercizio di modalità flessibili di lavoro.

In questa prospettiva sarebbe stato altresì importante regolare la questione della prosecuzione del versamento dei contributi ai fondi di previdenza complementare durante i periodi di congedo. Nel nostro ordinamento, infatti, non vi è alcuna disposizione (né il d.lgs. n. 252/2005 che disciplina il secondo pilastro, né il TU, né tantomeno il Codice delle pari opportunità) che lo preveda espressamente. E, dunque, allo stato, al di là del conferimento del TFR che avviene solo in proporzione alla retribuzione ridotta percepita, non è possibile accreditare contributi. La mancanza di retribuzione, durante la fruizione dei congedi, determina, quindi, per la donna un ulteriore “buco” contributivo anche nel sistema della previdenza complementare.

Neppure alcunché si è fatto per colmare il vuoto di protezione per chi si fa carico dell'assistenza di familiari portatori di *handicap* grave fuori dal rapporto di lavoro, ipotesi non contemplata in alcuna misura dal nostro legislatore, come pure, su un piano più generale, per il lavoro svolto in ambito familiare<sup>27</sup>.

E qui l'attuazione della direttiva avrebbe potuto rappresentare davvero una ghiotta occasione non solo per il riconoscimento del lavoro di cura ma soprattutto per la sua valorizzazione, prevedendo meccanismi di coperture figurative maggiori (ad esempio, riconoscendo uno o due anni in più di contributi per i periodi di cura o anche stabilendo che i periodi di astensione dal lavoro per maternità e puerperio valgano il doppio fino a un massimo di due anni), rafforzandone così le tutele previdenziali, il che avrebbe potuto produrre indubbi vantaggi anche sul persistente *gap* pensionistico tra donne e uomini. Perché, se è vero che l'obiettivo è anche quello della condivisione di responsabilità familiari che rimane di assoluta importanza, non si può tuttavia trascurare il fatto che proporzionalmente il lavoro di cura ricada più sulle donne, e sarebbe il momento di riconoscerlo in generale con il rafforzamento dei periodi di contribuzione figurativa, pur senza cristallizzare un modello che, ancorché basato su una presunzione oggi ragionevole, rischia di riprodurre acriticamente stereotipi di ripartizione dei compiti e delle responsabilità familiari<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Anche la delega contenuta nel c.d. *Family Act* (all'art. 3) per una ulteriore riforma del d.lgs. n. 151/2001, volta all'estensione, al riordino e all'armonizzazione della disciplina dei congedi parentali, di maternità e paternità, dedica scarsa attenzione alle questioni connesse alla disabilità e alle esigenze dei prestatori di assistenza.

<sup>28</sup> In proposito v. DE SIMONE, *Conciliare lavori e famiglie. Differenze virtuose e differenze perniciose in tema di tassazione dei redditi da lavoro e di sistemi pensionistici*, in *LD*, 2009, p. 255 ss.

Su questi temi, altri paesi europei hanno introdotto già delle misure specifiche<sup>29</sup>. La Germania, ad esempio, prevede un periodo di maternità più lungo con la corresponsione di € 300 al mese per tre anni; la Francia la rivalutazione del 10% dello stipendio dal terzo figlio, oltre a massicci investimenti in spese per le politiche a favore della famiglia, pari al 2,9% del PIL, una tra le percentuali più elevate in Europa, ovvero 56,2 miliardi. L'83% di questa somma finanzia gli aiuti diretti alle famiglie, principalmente le prestazioni a favore della prima infanzia (*Prestation d'accueil du jeune enfant - Paje*), sussidi per l'alloggio per le famiglie, altri aiuti diretti, compresi gli assegni familiari e altre prestazioni.

Difatti anche queste sono misure di *welfare* che andrebbero potenziate nel nostro Paese. La stessa direttiva ne dà conto, sia pure, ancora una volta, solo nella parte programmatica, al *Considerando* n. 12: "Nell'attuare la presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero considerare il fatto che una pari fruizione dei congedi per motivi familiari tra uomini e donne dipende anche da altre misure appropriate, quali l'offerta di servizi accessibili e a prezzi contenuti per la custodia dei bambini e l'assistenza a lungo termine, che sono cruciali per consentire ai genitori e alle altre persone con responsabilità di assistenza di entrare, rimanere o ritornare nel mercato del lavoro. L'eliminazione dei disincentivi economici può anche incoraggiare i percettori di reddito secondario, nella maggior parte dei casi donne, a partecipare pienamente al mercato del lavoro".

Ebbene, appare non più rinviabile muoversi anche in questa direzione, investendo, cioè, nelle c.d. infrastrutture sociali. I contributi figurativi possono aiutare molto, ma da soli non bastano a ridurre il *gap* pensionistico attuale. Utilizzando una espressione spesso ricorrente tra gli studiosi, serve proprio "esternalizzare il conflitto sul tempo di cura", ovvero affidarlo, almeno in parte, a istituzioni e organizzazioni, esterne alla famiglia, del settore pubblico, prioritariamente, e anche di quello privato.

Il nostro *welfare* si caratterizza da sempre per la prevalenza dei trasferimenti monetari rispetto ai servizi alla persona<sup>30</sup> e ciò contribuisce anche

<sup>29</sup> Cfr. l'analisi comparata e internazionale effettuata da Anpal su *Conciliazione vita lavoro: sviluppo di policy*, Collana Biblioteca Anpal, n. 9, 2018, consultabile in [cbf6b224-9298-3b72-1323-e8282058a942](https://doi.org/10.28282058a942) ([anpal.gov.it](https://anpal.gov.it)).

<sup>30</sup> In proposito si rinvia a BORELLI, *Il sistema low-cost di assistenza di lunga durata*, in TEBANO, GUASTAFERRO (a cura di), *Cura lavoro diritti. L'Unione europea e le sfide della contemporaneità*, in *questa rivista*, 2022, p. 151 ss.

alla debolezza del nostro sistema pensionistico, causata altresì dalla mancanza di un efficace rete di servizi pubblici, in grado di soddisfare (non sempre solo attraverso prestazioni monetarie) la complessità dei bisogni del sistema sociale; complessità che richiede con urgenza servizi più efficienti, a 360 gradi, specie per fronteggiare le esigenze di una popolazione sempre più anziana.

Uno dei problemi principali in cui si dibatte il sistema di *welfare* italiano è proprio la mancata definizione di una strategia complessiva per lo sviluppo dei servizi alle persone. Una strategia di investimento sociale presenterebbe indubbi vantaggi per l'Italia e l'idea di una spesa sociale produttiva, tesa, cioè, ad agevolare la crescita e l'occupazione attraverso un'ampia rete di servizi di cura e conciliazione, avrebbe una particolare rilevanza per un paese, strutturalmente in ritardo sull'infrastrutturazione dei servizi pubblici (per bambini e anziani).

Vi è dunque la necessità di mantenere un elevato livello di servizi e ciò significa che le scelte da fare in termini di tutele pensionistiche devono inserirsi in una logica complessiva che comporti allo stesso tempo, ad esempio, l'ottimizzazione della spesa sanitaria, la razionalizzazione del funzionamento degli ospedali, il controllo dell'indennità di invalidità e dell'indennità di accompagnamento.

Ciò implica un approccio multidimensionale integrato: intervenire, così, su più livelli, potenziando i servizi pubblici e al contempo creando una sinergia fra servizi, professionalità diverse, diversi attori, pubblici e privati, *profit* e *no profit*, e, dunque, fra tutti coloro che sono coinvolti nella erogazione di prestazioni (monetarie e non) di sicurezza sociale.

Non è più possibile ignorare l'importante ruolo di una serie di attori che, da sempre, in quanto espressione dei valori della solidarietà e sussidiarietà, collaborano con l'attore pubblico su questo fronte, i c.d. corpi intermedi – rappresentanze e associazioni sindacali di categoria, terzo settore, reti della società civile, talvolta, guardati con sospetto e pregiudizio dalle istituzioni – che danno vita a quello che viene comunemente chiamato il 'secondo *welfare*'<sup>31</sup>, tale da rendere, per così dire, 'accettabili' pensioni più basse, purché vi siano efficienti servizi gratuiti.

<sup>31</sup> Per il *welfare* aziendale, si veda, fra gli altri, OLIVELLI, *L'inquadramento sistematico del welfare aziendale*, in *RDSS*, 2020, p. 103 ss.; SQUEGLIA, *Il welfare aziendale è la risposta al bisogno previdenziale e al "welfare integrato"?*, in *LD*, 2019, p. 689 ss.

Va da sé che, in questa logica, resta sempre ferma la centralità del *welfare* pubblico; non si intende, infatti, realizzare un arretramento del potere pubblico a favore di una maggiore autonomia dei privati, quanto semmai valorizzare le diverse forme di collaborazione fra pubblico e privato, non più in competizione, ma in un sostegno reciproco.

## 6. Alcune brevi considerazioni finali

Concludendo, la trasposizione della direttiva se, per un verso, non poteva certo essere la sede per risolvere tutti i problemi legati alla ‘precarietà previdenziale’ e alle c.d. pensioni povere, di cui si è detto sin qui, per altro verso, ben avrebbe potuto rappresentare una importante occasione – anche alla luce di alcuni *Considerando* – per fornire qualche (sia pure parziale) soluzione alle criticità connesse alle misure di conciliazione.

Del resto, il diritto positivo, lungi dall’essere neutro, è certamente in grado di rafforzare le tutele sociali, condizionando così *in melius* anche la ripartizione sociale dei ruoli in seno alla famiglia, la conciliazione tra vita e lavoro con le sue inevitabili ricadute in termini di parità tra uomini e donna, per quanto riguarda non solo le opportunità sul mercato del lavoro e il trattamento sul lavoro (come espressamente sancito all’art. 1 della stessa direttiva) ma anche le prestazioni pensionistiche.

Ora, è evidente che qualsiasi soluzione si metta in campo ci sono sempre effetti che impattano sulla sostenibilità economica del sistema previdenziale complessivo, posto che, ad esempio, la contribuzione figurativa è imputata alla fiscalità generale. Resta, cioè, il tema spinoso del reperimento delle risorse per dare attuazione alle proposte qui avanzate.

La fissazione di un livello minimo di tutele, infatti, implica inevitabilmente, quale conseguenza diretta, la previsione dei costi necessari del sistema e, dunque, l’obiettivo dell’effettività delle tutele stesse e della loro ‘adeguatezza’ entra subito in tensione con l’esigenza dell’equilibrio finanziario e della razionalizzazione della spesa sociale. Ma le due sfere non operano sullo stesso piano: da un lato, si colloca il connotato ‘necessario’ della prestazione (l’adeguatezza)<sup>32</sup> che forma oggetto del diritto alla tutela previdenziale, dal-

<sup>32</sup> Cfr. VIANELLO, *L’adeguatezza come unità di misura etico-sociale ed economica della prestazione previdenziale*, in *RGL*, 2020, 4, p. 661 ss.

l'altro, c'è l'interesse al bilancio che non attiene al contenuto del diritto previdenziale, bensì alla "regolazione dei mezzi"<sup>33</sup>.

Ebbene, a tal proposito, anche a mo' di chiosa finale, siano consentite due brevi considerazioni: innanzitutto, buona parte delle proposte avanzate si colloca all'interno del funzionamento del sistema contributivo, onde non dovrebbe portare a costi eccessivi, trattandosi di correttivi a una serie di elementi regressivi in esso presenti; in secondo luogo, considerato che la base occupazionale si restringe e il lavoro diminuisce progressivamente anche per effetto delle nuove tecnologie, è forse giunto il momento di affiancare al sistema di finanziamento tradizionale, basato su contributi connessi alla quantità di lavoro prestato dal singolo, altre forme di finanziamento, basate, ad esempio, sulle ricchezze prodotte da quella stessa innovazione tecnologica che riduce il lavoro<sup>34</sup>.

Se non ora quando?<sup>35</sup>

<sup>33</sup> BIN, *Diritti e argomenti*, Giuffrè, 1992, p. 111.

<sup>34</sup> V. sul punto anche PROSPERETTI, *Gli istituti di welfare e la loro necessaria revisione nella nuova realtà sociale*, in *RDSS*, 2019, p. 507 ss. e SANDULLI, *Nuovi modelli di protezione sociale fra istanze risalenti e pretese recenti, due punti profili di criticità e problemi di finanziamento*, in *MGL*, 2019, p. 619 ss.

<sup>35</sup> L'espressione evoca il noto libro di Primo Levi, *Se non ora quando?*, Einaudi, 1982.

### **Abstract**

L'Autrice analizza gli effetti delle misure di conciliazione (congedi e modalità flessibili di lavoro) sul sistema di protezione sociale, evidenziando come, nonostante alcune indicazioni presenti nella Direttiva, il legislatore non abbia predisposto alcuna previsione per neutralizzare gli effetti negativi delle misure di conciliazione sulla futura pensione (ad esempio, l'estensione della contribuzione figurativa e/o il riconoscimento del lavoro di cura ai fini pensionistici). L'A. conclude sottolineando anche la necessità di risolvere la precarietà previdenziale con il rafforzamento dei servizi pubblici.

The Author analyzes the effects of conciliation measures (leave and flexible working arrangements) on the social protection system. It highlights how, despite some indications in the Directive, the legislator has not prepared any provision to neutralize the negative effects of the conciliation measures on the future pension (for example, the extension of the notional contribution and / or the recognition of care work for pension purposes). The author concludes by also stressing the need to resolve the social security precariousness with the strengthening of public services.

### **Keywords**

Conciliazione, lavoro di cura, tutele sociali, pensione di vecchiaia.

Work-life balance, care work, social protections, old age pension.

**Paola Saracini**

## La normativa sui congedi e sull'equilibrio tra vita e lavoro nel pubblico impiego

**Sommario:** **1.** Una necessaria delimitazione del campo d'indagine. **2.** La flessibilità del congedo parentale: una questione tuttora aperta. **3.** Un'interpretazione "estesa" della flessibilità organizzativa: lo spazio dell'istituto dell'assegnazione temporanea. **4.** Qualche considerazione conclusiva e propositiva.

### *1. Una necessaria delimitazione del campo d'indagine*

Nel ragionare sull'impatto della trasposizione della direttiva (UE) 2019/1158 del 20 giugno 2019 (relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza) sui rapporti di lavoro delle lavoratrici e dei lavoratori, avvenuta, come noto, con il d.lgs. 30 giugno 2022 n. 105, è opportuno dedicare uno spazio di riflessione anche al pubblico impiego.

A tal fine è, innanzitutto, necessario fare alcune premesse.

La prima è diretta a chiarire che in questo contributo l'attenzione è rivolta alla disciplina del pubblico impiego non contrattualizzato, cioè a quell'area che – a differenza del lavoro pubblico "privatizzato"<sup>1</sup> –, per una molteplicità e varietà di ragioni, ancora oggi è riconducibile all'impiego pub-

<sup>1</sup> Come si sa, con l'avvenuta contrattualizzazione del lavoro pubblico, avviata con la legge delega n. 421/92 e culminata nel d.lgs. n. 165/2001 – cd. Testo unico del pubblico impiego – e successive modificazioni e integrazioni, il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è stato ricondotto alla disciplina, in sintesi, del lavoro dell'impresa; pertanto in tale ambito l'impatto che la trasposizione della direttiva (UE) 2019/1158 ha avuto sui relativi rapporti di lavoro non presenta significative differenze da quanto è accaduto con riferimento alle lavoratrici e ai lavoratori che svolgono la loro attività in ambito privatistico.

blico tradizionale: quello retto da categorie e regole proprie del diritto amministrativo italiano. Pertanto, l'espressione pubblico impiego è qui utilizzata in questa accezione tecnico-giuridica, ossia retto, anzitutto, da concetti e categorie del diritto amministrativo.

Come si ricorderà, l'art. 3 del d.lgs. n. 165/2001, attesa la specifica tipologia di attività esercitata, strettamente connessa a finalità di ordine più prettamente pubblicistica, esclude dal suo campo di applicazione: i magistrati, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle forze di Polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia; i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate nell'art. 1 del d.lgs. 69/dalle leggi n. 281/1985 e 287/1990 (Banca d'Italia, Consob, autorità Garante della concorrenza e del mercato); il personale anche dirigenziale del Corpo nazionale dei vigili del Fuoco<sup>2</sup>.

La seconda premessa è volta a rammentare che in tale specifico ambito, proprio in ragione dell'attualità di questa tradizionale configurazione pubblicistica, la contrattazione collettiva non può essere direttamente regolativa del rapporto di lavoro, ma deve essere recepita in un decreto presidenziale, ossia in un atto unilaterale di carattere amministrativo.

Infine occorre precisare che, per un verso, il pubblico impiego, pur allontanandosi dal lavoro pubblico contrattualizzato – e, quindi, dalle regole del diritto del lavoro “tradizionale” –, con riferimento alla specifica tematica di cui ci occupiamo, non presenta, a ben vedere, su un piano generale, un quadro giuridico disomogeneo. Infatti, nonostante si parli di pubblici dipendenti e per alcuni aspetti sia presente, per taluni di loro, un intreccio tra ordinamento civile e ordinamento militare, anche per le lavoratrici e i lavoratori del pubblico impiego, il quadro delle regole è oggi comunque in parte rinvenibile nel d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, *Testo unico delle disposizioni legislative*

<sup>2</sup> Per completezza si ricorda che, in attesa della disciplina che regoli in modo organico ed in conformità ai principi dell'autonomia universitaria di cui all'art. 33 della Costituzione, resta escluso dal campo di applicazione del d.lgs. 165/2001 anche il rapporto di impiego dei professori e dei ricercatori universitari, a tempo indeterminato o determinato.

Sulle ragioni di tale complessiva esclusione, v., per tutti, TURSÌ, *L'ambito di applicazione della riforma: categorie e amministrazioni escluse dalla privatizzazione del rapporto di lavoro*, in CARINCI F. ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in Carinci F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, 2004, Vol. V., p. 31 ss.; e, più di recente, PAONE, *Tradizione e innovazione in materia di personale non contrattualizzato*, in AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in FIORILLO, PERULLI (diretto da), *Il nuovo diritto del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 759 ss.

*in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità* (d'ora in avanti TU); per altro verso, però, già nel TU, in considerazione delle peculiarità che comunque continuano a caratterizzare questi lavoratori si rinvergono alcune specificità con riguardo, in particolare, al comparto sicurezza<sup>3</sup>, che, pertanto, sarà oggetto privilegiato di questa analisi. Più specificatamente le problematiche sulle quali è necessario soffermarsi riguardano, da due diverse prospettive, il congedo parentale e l'assegnazione temporanea per il genitore con figli minori.

Due profili, questi ultimi, che, sebbene possano apparire circoscritti, consentono di riflettere su taluni aspetti di indubbio interesse specie in relazione al ruolo delle fonti; quindi della legge e del contratto collettivo, in una logica di rigidità/flessibilità regolativa.

## 2. *La flessibilità del congedo parentale: una questione tuttora aperta*

Anche nella direttiva (UE) 2019/1158, il congedo parentale è valorizzato quale strumento per promuovere la parità tra i genitori e, di conseguenza, per ridurre le disparità nel rapporto e nel mercato che spesso le lavoratrici madri continuano a subire<sup>4</sup>. E, in quest'ottica assume particolare rilievo anche la possibilità di prevederle il frazionamento ad ore; possibilità, come si ricorderà, già promossa dalla direttiva (UE) 2010/18 – ora abrogata dalla direttiva (UE) 2019/1158 – là dove invitava gli Stati membri a prevedere la possibilità di concedere il congedo anche in modo frammentato e, pur sempre, tenendo conto delle esigenze dei datori di lavoro e dei lavoratori.

Nel nostro ordinamento tale opzione di fruibilità, in verità, è presente da tempo: l'art. 32 del TU, anche nella sua precedente formulazione, già risponde a ben vedere alle finalità della più recente direttiva<sup>5</sup>; non a caso, con

<sup>3</sup> Più specificatamente si guarderà, in particolare, al personale della Polizia ad ordinamento civile (Polizia di Stato, Polizia Penitenziaria) e della Polizia ad ordinamento militare (Arma dei Carabinieri, Guardia di Finanza), delle Forze Armate e al Corpo nazionale dei Vigili del fuoco.

<sup>4</sup> Sul punto si rinvia ai contributi di CALAFÀ, MILITELLO, VALLAURI in questo Quaderno e, più in generale, cfr. CALAFÀ, *Il congedo di paternità*, in GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, vita e lavoro*, Giappichelli 2016, p. 41, e, da ultimo, IZZI, *Il work-life balance al maschile: a proposito di congedi dei padri*, LD, 2020, p. 333 ss.; VALLAURI, *Genitorialità e lavoro, Interessi protetti e tecniche di tutela*, Giappichelli, 2020; MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2021, spec. pp. 105-120.

<sup>5</sup> La norma – come si ricorderà – rispetto alla sua formulazione originaria, proprio in ri-

riguardo a questo specifico aspetto, non ha subito modifiche sostanziali ad opera del d.lgs. 105/2022<sup>6</sup>. Più specificamente, i commi 1-*bis* e 1-*ter* del suddetto articolo, nel disciplinare la possibilità di stabilire il frazionamento a ore del congedo, continuano a prevedere:

a) in prima battuta, un rinvio alla contrattazione collettiva di settore chiamata a stabilirne le modalità di fruizione (nonché i criteri di calcolo della base oraria e l'equiparazione di un determinato monte ore alla singola giornata lavorativa); specificando che proprio per il personale del comparto sicurezza e difesa e di quello dei vigili del fuoco e soccorso pubblico, la stessa contrattazione, “al fine di tenere conto delle peculiari esigenze di funzionalità connesse all'espletamento dei relativi servizi istituzionali, prevede specifiche e diverse modalità di fruizione e di differimento del congedo”. L'attuale disposizione legislativa valorizza, quindi, il ruolo della contrattazione collettiva che, per il comparto sicurezza e difesa e per quello dei vigili del fuoco, *deve* tenere conto di queste specificità/peculiarità.

b) In seconda battuta, la norma, in assenza di regolamentazione da parte della contrattazione collettiva (di qualsiasi livello), rimette la scelta tra la fruizione giornaliera e quella oraria del congedo in capo al singolo genitore, che vanta, quindi, un vero e proprio diritto. Ciò non accade, però, proprio per il comparto sicurezza, per il quale la norma esclude esplicitamente tale possibilità; con una diversificazione di immediato rilievo perché in questo caso, a differenza di quanto avviene per tutti gli altri lavoratori, la contrattazione collettiva ha una funzione di apertura di questo piano normativo, ossia di rimozione del divieto.

Se, quindi, la scelta del legislatore si orienta in prima battuta verso una

ferimento al congedo orario, è stata sensibilmente modificata; prima nel 2012, con la l. 24 dicembre n. 228 (art. 1, co. 339, lett. a) che ha affidato alla contrattazione collettiva di settore la possibilità di stabilire le modalità di fruizione del congedo parentale anche su base oraria e, successivamente, nel 2015, con il d.lgs. n. 80 (art. 7, c. 1, lett. b), anche in assenza della contrattazione collettiva, riconosce in capo al singolo lavoratore e alla singola lavoratrice un diritto soggettivo a tale frazionamento. Sul punto cfr. FENOGLIO, *Nuove modalità di fruizione del congedo parentale: un modello di “flessibilità buona”*, in GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 75 ss.; NUNIN, *Il congedo parentale: nuovi limiti temporali dopo il d.lgs. n. 80/2015*, in GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, cit., p. 67 ss.

<sup>6</sup> Più precisamente, il d.lgs. 105/22 riscrive solo la lett. c) dell'art. 32 in materia di trattamento complessivo dell'unico genitore affidatario del minore *ex art. 337-*quater**, cod. civ; modifica non rilevante ai fini della riflessione che qui si propone.

valorizzazione della contrattazione collettiva, pur non negando la sussistenza di tale diritto in capo ai singoli in assenza della stessa, per il comparto sicurezza dà assoluto rilievo e spazio al solo versante collettivo.

Tale particolare ruolo del sindacato non stupisce, nonostante lo stesso agisca in un regime pubblicistico. Evidentemente, il legislatore, attraverso la contrattazione vuole che questo frazionamento del congedo venga attentamente temperato con l'interesse espresso dalle amministrazioni che operano in tale specifico comparto in ragione, c'è da pensare, delle particolari caratteristiche di questo interesse.

Su tale funzione della contrattazione, non ci sono da esprimere particolari dubbi. Basti rammentare che già agli inizi degli anni '80, alla contrattazione collettiva, quando ancora tutto il lavoro nelle pubbliche amministrazioni era riconducibile al pubblico impiego, fu attribuito questo ruolo; l'art. 4 della legge quadro 93/83 indicava *per tabulas* siffatta funzione di temperamento. E non è qui proprio il caso di tornare su altre valutazioni, ormai superate, in termini di legittimità.

Qualche considerazione è invece necessaria in merito alla rilevanza della norma di legge che fa da sfondo, perché in assenza di contrattazione, ciò che rileva è il divieto legale ad operare il frazionamento del congedo parentale; quindi una regola unilaterale, peraltro in piena sintonia con l'impostazione pubblicistica.

Al riguardo, sarebbe auspicabile, anzitutto per un piano valoriale e sistematico, un intervento della contrattazione collettiva e/o degli organismi di rappresentanza del personale di tale ambito, perché è evidente che l'ordinamento, nella più ampia logica di promozione di una "reale" parità tra uomini e donne, va anche verso una promozione del congedo parentale e del suo frazionamento e contemporaneamente dell'interesse sotteso con quello dell'amministrazione.

Tale intervento, almeno a livello centrale, risulta, però, spesso del tutto se non parzialmente assente.

Infatti, se si va a guardare, ad esempio, quanto disposto dal d.P.R. n. 39 del 2018 – che recepisce, l'accordo sindacale e del provvedimento di concertazione per il personale non dirigente delle Forze di polizia ad ordinamento civile e militare, triennio normativo ed economico 2016–2018 –, nulla a proposito, si rinviene. Un silenzio che appare, tra l'altro, decisamente distonico rispetto a una sensibilità che, al contrario, lo stesso sindacato ha invece mostrato negli anni in questo particolare ambito del pubblico impiego pro-

prio con riguardo al congedo parentale, incentivandolo da un punto di vista organizzativo ed economico; un aspetto, quest'ultimo che, tra l'altro, può senz'altro essere considerato una delle chiavi per favorire un maggiore equilibrio tra attività professionale e vita familiare per entrambe i genitori, favorendo nel caso di specie il loro utilizzo da parte dei padri; aspetto tra l'altro, non a caso, richiamato in diversi considerando della direttiva 2019/1158 (spec. n. 11)<sup>7</sup>. L'art. 8 dello stesso d.P.R. n. 39/2018 prevede, infatti, uno specifico congedo parentale straordinario interamente retribuito di 45 giorni da usufruirsi, anche in maniera frazionata, e che oggi, a differenza del passato in cui poteva esser richiesto entro l'arco temporale di 3 anni dalla nascita del figlio e con un preavviso di almeno 15 giorni, può essere usufruito fino al compimento del 6 anno di età del figlio e con un preavviso di soli 5 giorni.

Considerazioni simili possono essere riservate con riferimento al corpo dei Vigili del Fuoco. Nel recente testo dell'accordo sottoscritto il 20 febbraio 2022, recepito nel d.P.R. del 17 giugno 2022 n. 121, nonostante si rinviengano diverse disposizioni dedicate al miglioramento sul piano normativo e sociale in relazione alle specifiche esigenze di vita dei lavoratori, nulla si dice in merito alla disciplina del congedo parentale. Quest'ultimo, quindi, continua a trovare la sua disciplina nel DPR del 2008, in cui le parti pur rinviando alla contrattazione collettiva per un possibile frazionamento del congedo non sembrano riferirsi ad un frazionamento di tipo orario, non essendovi alcuna indicazione specifica con riferimento ad esempio alla sua durata, come richiesto invece dall'art. 32 del TU nella sua attuale formulazione.

Resta comunque la questione centrale della negazione di tale diritto in capo al singolo lavoratore o alla singola lavoratrice in questo specifico comparto, qualora la contrattazione collettiva continuasse a tacere sul punto.

### 3. *Un'interpretazione estesa della flessibilità organizzativa: lo spazio dell'istituto dell'assegnazione temporanea*

Un ulteriore punto critico nel ragionare di equilibrio vita/lavoro nel pubblico impiego si rinviene nell'istituto dell'assegnazione temporanea per il genitore con figli minori (fino a tre anni di età), previsto dall'art 42-bis del TU 151/2001, esplicitamente riconosciuto, ai soli lavoratori pubblici con-

<sup>7</sup> Sul punto v. anche le osservazioni di CALAFÀ, in *questo Quaderno*, p. 33.

trattualizzati; assegnazione subordinata alla sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva e previo assenso dell'amministrazione di provenienza e destinazione<sup>8</sup>.

Sebbene tale istituto non rientri tra quei meccanismi di flessibilità organizzativa individuati dalla direttiva – riferiti, invece, alla flessibilità oraria e al lavoro a distanza<sup>9</sup> (considerando n. 34 e art. 9 dir.) –, lo stesso offre lo spunto per riflettere sull'opportunità di ragionare su questa esplicita esclusione, in considerazione della finalità più generale presente nella direttiva e, soprattutto, dell'opportunità che tale recepimento avrebbe potuto assolvere se il nostro legislatore, come già messo ben in luce nei precedenti contributi, non si fosse limitato ad una trasposizione “minimale” (così Calafà in questo Quaderno), ma avesse colto l'occasione che la direttiva offriva per una rivisitazione complessiva della normativa sugli equilibri di genere che necessariamente passa per la conciliazione tra vita e lavoro e per la condivisione dei ruoli.

Un ragionamento, tra l'altro, urgente che trova conferma nel contenzioso sviluppatosi sul tema, specie nel comparto sicurezza complessivamente inteso, e che, per di più, si presenta con orientamenti diversificati non solo nel richiamato ambito, ma anche guardando al medesimo Corpo. Si pensi, a titolo esemplificativo, a due sentenze del Consiglio di Stato che in riferimento al Corpo nazionale dei Vigili del fuoco, in un lasso di tempo relativamente breve, in un caso negano la possibilità di utilizzare detto istituto, nell'altra, invece, ne riconoscono il diritto<sup>10</sup>.

Al di là dei casi specifici, è comunque utile ricondurre schematicamente il contenzioso a due diversi orientamenti.

<sup>8</sup> L'art. 42 *bis*, rubricato “Assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti alle amministrazioni pubbliche”, prevede che “Il genitore con figli minori fino a tre anni di età dipendente di amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, può essere assegnato, a richiesta, anche in modo frazionato e per un periodo complessivamente non superiore a tre anni, ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa, subordinatamente alla sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva e previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione. L'eventuale dissenso deve essere motivato e limitato a casi o esigenze eccezionali. L'assenso o il dissenso devono essere comunicati all'interessato entro trenta giorni dalla domanda. Il posto temporaneamente lasciato libero non si renderà disponibile ai fini di una nuova assunzione”.

<sup>9</sup> Per i quali si rinvia a ALESSI, in *questo Quaderno*, p. 93 ss.

<sup>10</sup> Si tratta rispettivamente delle sentenze del Consiglio di Stato n. 5068 del 29 agosto 2018 e n. 5872 del 26 agosto 2019, entrambe in *Banca dati DeJure*, [www.https://dejure.it](http://www.https://dejure.it).

Il primo esclude in radice la possibilità di applicare questo istituto alle lavoratrici e ai lavoratori del comparto sicurezza, sul presupposto della *specialità* (così in diverse sentenze) dello *status* rivestito e dei peculiari compiti istituzionali svolti dalle organizzazioni di riferimento, che giustificano un regime differenziato, non incorrendo pertanto i vizi di illegittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza ed irragionevole disparità di trattamento<sup>11</sup>. Un orientamento che valorizza il dato letterale della norma. Infatti, la formulazione dell'art 42-bis, nell'operare un indistinto riferimento alle "amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni", impedirebbe di includervi quello ricompreso nell'ambito dell'art 3 del d.lgs. 165/2001. In altri termini, "l'ampia individuazione delle pubbliche amministrazioni, contenuta nel secondo comma dell'articolo 1 del d.lgs. n. 165 del 2001, va integrata – ai fini dell'applicazione dell'art. 42-bis del decreto n. 151 del 2001 – col peculiare disposto del successivo art. 3, per il quale anche il personale del comparto sicurezza militare e le Forze di polizia di Stato rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti"<sup>12</sup>.

L'altro orientamento, diametralmente opposto, e oggi a dire il vero, prevalente, sposa un'interpretazione estensiva della norma e, "*in prospettiva costituzionalmente orientata*" (si legge sempre in alcune sentenze), ancorché con i contemperamenti necessari a tutela dei valori sottesi alla peculiarità del servizio reso dal personale in questione, propende per l'applicazione dell'istituto anche ai pubblici dipendenti.

Più specificamente, secondo questo orientamento, nonostante l'esplicito riferimento soltanto al lavoro contrattualizzato presente nell'art. 42-bis, poiché il TU 151/2001 non contiene alcuna limitazione soggettiva capace di escludere dal suo ambito applicativo il pubblico impiego non contrattualizzato, il pur sempre primario valore degli interessi pubblici perseguiti dal personale del comparto sicurezza non può giungere a determinare la completa esclusione dell'istituto del trasferimento temporaneo, ma, più semplicemente, limitarsi a non renderlo automatico e soggetto a particolari limitazioni<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Tra le numerose pronunce in tal senso, v., a titolo esemplificativo, Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2007, n. 3876; Cons. St., sez. VI, 25 maggio 2010, n. 3278; Cons. St., sez. VI, 14 ottobre 2010, n. n. 7506; Cons. St., sez. III, 26 ottobre 2011, n. 5730; Cons. St., sez. III, 21 marzo 2019, n. 1896; (tutte in *Banca Dati DeJure*, cit.).

<sup>12</sup> Così, Cons. St., n. 3278/2010, cit.

<sup>13</sup> *Ex multis*: Cons. St., sez. III, 16 dicembre 2013, n. 6016 e, più di recente, Cons. St., sez.

Tale orientamento giurisprudenziale, nel rammentare anzitutto il carattere provvisorio dell'istituto – che cessa di produrre effetti in modo automatico al superamento del termine massimo di durata previsto per il quale è stato accordato – valorizza la sua funzione, ossia agevolare la cura dei minori nella primissima infanzia e, quindi, protegge i valori della famiglia e, più in generale, della genitorialità; valori tutelati dagli articoli 30 e 31 della nostra Costituzione, da quanto disposto dall'art. 24 della Carta di Nizza<sup>14</sup>; nonché da diverse norme di trattati internazionali ratificati dal nostro Paese, quale l'art. 3 della Convenzione delle Nazioni unite del 5 settembre 1991 sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza<sup>15</sup>. Pertanto, pur entrando in gioco altri interessi di rango costituzionale quali, più in generale, il buon andamento della pubblica amministrazione *ex* art. 97 Cost. o, più specificamente per gli appartenenti ad alcuni corpi, la difesa militare dello Stato di cui all'art. 52 Cost., questi ultimi, secondo i giudici, non possono giungere a negare la possibilità per alcuni lavoratori di avvalersi dell'istituto in parola, quanto piuttosto incidere diversamente rispetto alla valutazione delle relative esigenze di servizio che spetta comunque all'Amministrazione. È bene rammentare, infatti, che, quest'ultima può sempre esprimere dissenso rispetto alle richieste provenienti da ciascun dipendente delle pubbliche amministrazioni, purché lo stesso sia motivato e limitato a casi o esigenze eccezionali.

In sintesi, nonostante il dato letterale sembrerebbe limitare l'applicazione della norma ai soli dipendenti pubblici contrattualizzati, una lettura costituzionalmente orientata che tenga necessariamente conto del necessario bilanciamento di interessi contrapposti, non può giungere ad escludere l'applicabilità della norma, ma piuttosto individuare diverse soluzioni applicative<sup>16</sup>.

II, 26 agosto 2019, n. 5872; Cons. St., sez. IV, 29 agosto 2019, n. 5955; Cons. St., sez. VI, 1 ottobre 2019, n. 6577; Cons. St., sez. IV, 7 febbraio 2020, n. 961; Cons. St., sez. IV, 21 dicembre 2020, n. 8180; Cons. St., sez. IV, 5 gennaio 2021, n. 138; (tutte in *Banca dati De Jure*, cit.).

<sup>14</sup> Secondo cui: “I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere (...). In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente (...)”.

<sup>15</sup> Che recita: “1. In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente. 2. Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale, e a tal fine essi adottano tutti i provvedimenti legislativi e amministrativi appropriati (...)”. Convenzione ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176.

<sup>16</sup> Sul punto è da segnalare lo sforzo interpretativo della giurisprudenza che, sebbene in

#### 4. *Qualche considerazione conclusiva e propositiva*

Il quadro sinora tratteggiato fa emergere un contesto che sembra ancora sensibilmente distante da talune esigenze correlate alla vita delle lavoratrici e dei lavoratori che l'ordinamento ha invece ritenuto meritevoli di tutela. L'impressione è che in questo specifico ambito le lancette dell'orologio si siano fermate, nonostante il tempo, spinto anche e soprattutto dal legislatore europeo, sia trascorso, giungendo a riconoscere sempre più spazio ai lavoratori e alle lavoratrici con riferimento alle esigenze connesse alle attività di cura.

E allora, a venire innanzitutto in rilievo è la problematica emersa da ultimo in riferimento all'istituto dell'assegnazione temporanea; una problematica che non può più essere affidata alla sola giurisprudenza, sebbene la stessa come si è avuto modo di argomentare, abbia fornito un prezioso contributo in materia. E, infatti, se la lettura costituzionalmente orientata, da quest'ultima proposta, appare convincente sarebbe stato quanto mai opportuno, intervenire sulla questione. E, in una prospettiva *de iure condendo* – a questo punto – un ruolo importante lo avrebbe potuto giocare proprio la contrattazione collettiva che, una volta riconosciuta la possibilità di avvalersi di questo istituto anche per i pubblici dipendenti, avrebbe potuto essere la fonte più adatta a delimitarne il campo di applicazione fornendo ad esempio, sulla scorta di quanto già fatto dalla giurisprudenza, delle precise indicazioni circa i criteri da adottare nella valutazione delle eventuali richieste avanzate dai pubblici dipendenti.

Quanto invece ai congedi parentali, e al loro frazionamento a me pare che la scelta su cui persevera il legislatore, se per un verso, non arriva a determinare un'ipotetica questione di legittimità per la disparità di trattamento dovuta al divieto di legge in assenza dell'intervento della contrattazione col-

via esemplificativa, indica alcune ipotesi un cui ravvisare i “*casi o esigenze eccezionali*” che consentono all'Amministrazione di negare legittimamente il beneficio richiesto. È il caso in cui la sede di assegnazione sia chiamata a fronteggiare una significativa e patologica scoperta di organico (individuata intorno al 40%); oppure quando la sede di assegnazione, pur non presentando una scoperta significativa e patologica, presenta comunque un vuoto di organico e si trova in un contesto connotato da peculiari esigenze operative (quali fronteggiare emergenze di tipo terroristico oppure pervasivi fenomeni di criminalità organizzata di tipo mafioso, o sia di supporto a reparti impiegati in missioni all'estero); oppure quando l'istante svolge un ruolo di primaria importanza nell'ambito della sede cui appartiene e non sia sostituibile con altro personale presente in essa o in altra sede da cui sia possibile il trasferimento.

lettiva che è bene ribadirlo può introdurre il frazionamento che quindi non viene negato come diritto, ma ne viene limitata la possibile fruizione, perché c'è quel dato di differenza sostanziale che ne può far comprendere la ragione; per altro verso però, ferma restando le peculiarità di questo comparto, ma anche la pluralità di funzioni, compiti e ruoli che vengono svolti al suo interno, non sarebbe stato di ostacolo prevedere pure per il comparto sicurezza la possibilità di attivare tale richiesta anche in assenza di un intervento della contrattazione collettiva. Questa opzione non avrebbe minato la natura dell'opzione non riconducibile a un vero e proprio diritto soggettivo ma bensì a un interesse legittimo da valutare compatibilmente all'interesse peculiare che indubbiamente continua a connotare questo comparto. E d'altronde la stessa Direttiva, sebbene riconduca la richiesta di fruizione di tale congedo a un diritto soggettivo, non esclude che il datore di lavoro possa comunque negarlo (art. 6)<sup>17</sup>.

Insomma la possibilità di potersi avvalere del congedo ad ore anche in questo comparto, indipendentemente dall'intervento della contrattazione collettiva, avrebbe certamente contribuito ad implementare ulteriormente quella cultura che mira ad agevolare quanto più possibile l'equilibrio tra vita lavorativa e vita privata.

<sup>17</sup> L'art. 6 della Direttiva recita infatti: "Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che i lavoratori abbiano il diritto di chiedere di fruire del congedo parentale anche secondo modalità flessibili. Gli Stati membri possono specificare le modalità di applicazione. Il datore di lavoro prende in considerazione tali richieste e vi risponde alla luce delle proprie esigenze e di quelle del lavoratore. Il datore di lavoro motiva l'eventuale rifiuto di una tale richiesta per iscritto, entro un periodo di tempo ragionevole dalla presentazione della stessa.

### **Abstract**

L'A., prendendo spunto dalla trasposizione della direttiva (UE) 2019/1158, concentra la sua analisi sul pubblico impiego e, segnatamente, sul comparto sicurezza. L'analisi, attraverso una riflessione su due specifici istituti, il congedo parentale e l'assegnazione temporanea per il genitore con figli minori, propone una riflessione in relazione al ruolo della legge e del contratto collettivo, in una logica di rigidità/flessibilità regolativa. Se con riferimento all'istituto del congedo parentale e, in particolare, al suo frazionamento orario, l'A. auspica un intervento della fonte negoziata che contemperi i diversi interessi in gioco, per quanto concerne l'assegnazione temporanea per il genitore con figli minore, lo scenario continua ad apparire più problematico e difficilmente risolvibile.

The A., based on the transposition of the Directive (EU) 2019/1158, focuses its analysis on the public employment and, specifically, on the security sector. The analysis, through a reflection on two specific institutions, parental leave and temporary assignment for parents with minor children, proposes a reflection on the role of the law and the collective agreement, in a logic of regulatory rigidity/flexibility. If, with regard to the institution of parental leave and, in particular, its hourly splitting, the A. hopes for an intervention of the negotiated source that balances the different interests at stake, as regards the temporary allocation for parents with minor children, the scenario continues to appear more problematic and difficult to solve.

### **Keywords**

Pubblico impiego, congedo parentale, assegnazione temporanea, legge, contratto collettivo.

Public employment, parental leave, temporary assignment, law, collective agreement.

## notizie sulle autrici

### **Cristina Alessi**

*Ordinaria di Diritto del Lavoro, Università degli Studi di Brescia*

### **Olivia Bonardi**

*Ordinaria di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Milano, La Statale*

### **Laura Calafà**

*Ordinaria di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Verona*

### **Madia D'Onghia**

*Ordinaria di Diritto del Lavoro, Università degli Studi di Foggia*

### **Mariagrazia Militello**

*Associata di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Catania*

### **Paola Saracini**

*Associata di Diritto del lavoro, Università degli Studi del Sannio*

### **Maria Luisa Vallauri**

*Associata di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Firenze*



## abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito [www.dd.ll.mm.eu](http://www.dd.ll.mm.eu).



Finito di stampare nel mese di febbraio 2023  
dalla Grafica Elettronica (Na)

