

“Work life balance” fra diritto UE e diritto interno*

Stefania Scarponi

1. La direttiva n. 19/1158 “ <i>Work-life balance</i> ”.	219
2. Condivisione della cura “genitoriale” e modelli europei.	221
3.1 Recenti orientamenti della Corte di Giustizia nel caso W.A.	222
3.2 e nel caso Caisse primaire d’assurance maladie.	223
4. Esigenza di una riforma legislativa per promuovere la fruizione effettiva dei congedi da parte del padre.	224
5. Estensione della titolarità dei congedi in rapporto al mutamento delle famiglie e del mondo del lavoro.	225
6. Flessibilità degli orari e portata del diritto individuale a farne richiesta.	226

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 156/2021

1. La direttiva n. 19/1158 "Work-life balance".

L'avvento della pandemia e i fenomeni che ne sono derivati, in particolare la chiusura delle scuole e il ricorso obbligato allo "smart-working", hanno posto in luce, se ve ne fosse stato bisogno, come la realizzazione del bilanciamento tra vita lavorativa e cura familiare sia questione cruciale per l'eguaglianza tra uomini e donne nel lavoro, valore che costituisce storicamente uno dei pilastri della dimensione sociale del diritto comunitario. Oltre ad essere sancita dalle norme dei Trattati e della Carta dei diritti fondamentali e di specifiche Direttive, è oggetto di attenzione nella determinazione degli obiettivi delle politiche occupazionali e, *last but not least*, di un cospicuo filone della Corte di Giustizia. Al riguardo, in una delle prime e più note sentenze relative alla concettualizzazione del divieto di discriminazione indiretta, Massimo Roccella ha sottolineato che: <<attribuendo rilevanza giuridica agli ostacoli materiali alla parità di trattamento oltre il profilo meramente formale dell'eguaglianza, il ragionamento ruota attorno alla constatazione delle "difficoltà incontrate dalle lavoratrici per poter lavorare a tempo pieno">>⁸⁶⁰; così come altra pronuncia sottolinea il potenziale discriminatorio del criterio per l'attribuzione di maggiorazioni retributive connesso alla disponibilità ad orari variabili data la <<consapevolezza che "a causa degli impegni casalinghi e familiari di cui le lavoratrici hanno sovente la responsabilità ... possono meno facilmente dei lavoratori di sesso maschile organizzare il loro orario di lavoro in modo flessibile">>⁸⁶¹.

L'evoluzione successiva è avvenuta in relazione all'applicazione del principio di eguaglianza anche formale in tema di ripartizione dei congedi genitoriali, affrontata anche da recenti pronunce (*infra par. 3*) e all'ingresso, accanto al tema della "conciliazione tra tempi di vita e di lavoro", della percezione dell'importanza della "condivisione del lavoro di cura" tra i partners e la valorizzazione del ruolo paterno, anche nell'interesse del minore ad un precoce attaccamento ad entrambi i genitori.

Tale visione si è affermata fin dalla fine del secolo scorso ed è stata confermata dalla recente direttiva europea "Work-life Balance" n. 2019/1158⁸⁶² che, tra l'altro, disciplina il congedo di paternità obbligatorio. Sulla direttiva in questione pesa, per la verità, il fallimento della ben più ambiziosa proposta che mediante il dialogo sociale europeo mirava alla riforma della Dir. n. 92/85 sulla tutela della maternità⁸⁶³, tuttavia il suo contenuto comporta alcune innovazioni positive che pongono sfide significative nei confronti del nostro ordinamento. Si tratta in particolare della titolarità e modalità di fruizione del congedo di paternità e degli strumenti per assicurarne il godimento effettivo, della maggior copertura economica dei congedi parentali per incentivare l'uso anche da parte dei padri, nonché del riconoscimento del diritto di richiedere formule flessibili del

⁸⁶⁰ M. ROCCELLA, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, 1997, p.131 riferendosi alla sentenza Corte Giust. 13 maggio 1986, c- 170/84 Bilka -Kaufshaus v. Weber von Hartz in materia di contratto di lavoro a tempo parziale che ha anticipato il divieto di discriminazione nei confronti dei lavoratori a tempo pieno comparabili di cui alla D. 97/81 Ce.

⁸⁶¹ M. ROCCELLA, *Ivi*, p.132 con riferimento alla sentenza Corte giust. 17 ottobre 1989, c-109/88 Handels v Danfoss.

⁸⁶² Come chiariscono il *Considerando* n.10 della direttiva n.1158 e la Comunicazione della Commissione Europea "Towards a gender equal Europe" dedicato alla "Strategia per l'eguaglianza di genere 2020 – 2025".

⁸⁶³ E. CHIAREGATO, *Conciliazione vita-lavoro la nuova Direttiva UE sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare*, *Lav.Giur.* n.2, 2020, p.125; D. GOTTAZI, *La forza e la debolezza: la normativa e le politiche contro le discriminazioni di genere in Europa*, in S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Temi e questioni* Napoli, 2020, p. 7 ss.

tempo e del rapporto di lavoro. Alla finalità di migliorare le condizioni per lo svolgimento dell'attività genitoriale si affianca per la prima volta, inoltre, il riconoscimento dell'importanza dell'attività di assistenza intesa in senso più in generale nei confronti dei "care givers" mediante un approccio integrato e non più frammentato nei confronti dei diversi istituti, non a caso valutato positivamente dai commentatori⁸⁶⁴.

Uno dei principali profili da focalizzare, insieme a quello relativo all'indispensabile presenza dei servizi pubblici di sostegno alle diverse attività di "care"⁸⁶⁵ da assumere come priorità nella gestione dei fondi concessi nell'ambito del *Next Generation EU*, riguarda la necessità di sviluppare politiche di effettiva condivisione dei compiti di cura anche all'interno della coppia fin dalla nascita o dall'adozione o affidamento del minore, rafforzando in primo luogo il congedo di paternità quale diritto autonomo e non cedibile. Nell'ordinamento interno l'evoluzione nell'interpretazione dell'art.37, 1c. Cost. della formula "essenziale funzione familiare" da parte della Corte costituzionale, con la sentenza 14 gennaio 1987 n.1, ha permesso di superare il riferimento testuale esclusivo alla donna lavoratrice. Incentivare il ruolo paterno significa infatti creare una dimensione familiare equilibrata e ispirata all'eguaglianza di genere in senso sostanziale, superando il modello del cd *male bread – winner*, oramai inadeguato anche sotto il profilo economico, con maggiori probabilità per la madre di accedere o conservare il lavoro extradomestico. La "condivisione della cura familiare fra i partners" come obiettivo perseguito dall'ordinamento in chiave di eguaglianza u/d costituisce una delle finalità delle "azioni positive" disciplinate dall'art.1, comma 2 lett. e) l. n. 125/1991 (ora art. 42, comma 2, lett. f d.lgs. 198/2006 "Codice pari opportunità") e, in seguito, è stato assunto come uno degli assi portanti del t. u. sulla maternità e paternità di cui al d.lgs. 151/2001, in parallelo al riconoscimento del diritto all'equilibrio fra vita professionale e vita familiare enunciato dall'art.33, par.2 Carta UE sulla scorta della Carta Sociale europea riveduta.

Corrispondono alla logica della condivisione della funzione genitoriale in modo paritario tra madre e padre vari istituti propri della disciplina nazionale vigente – in tema di congedi parentali, di riposo dopo il periodo di congedo obbligatorio e di diritto alle assenze per malattie del figlio fino a tre anni - tuttavia è ben noto che si tratta di diritti che vengono raramente utilizzati dai padri. Nel corso della pandemia, una drammatica smentita di distribuzione paritaria dei ruoli familiari in Italia emerge dai dati risultanti dalle analisi empiriche relative alla prevalenza nettamente femminile nell'utilizzo dei c.d. congedi Covid-19⁸⁶⁶ e da quelli dell'Ispettorato del Lavoro relativi alle dimissioni delle lavoratrici da cui emerge che la causa principale è dovuta alla impellenza dei compiti di cura genitoriale. Il persistere della divisione tradizionale dei ruoli familiari è confermato, altresì, dalle analisi sulla "contrattazione di welfare" che pongono in luce la propensione

⁸⁶⁴ E. CARACCIOLI DI TORELLA, *An emerging right to care in UE: a "New Start to Support the work life balance for Parents and Givers*, in ERA Forum, 18, 187; D. Izzi, *Il Work-life balance al maschile: a proposito di congedo dei padri*, LD 2020, p. 335.

⁸⁶⁵ Da ultimo S. BORELLI, *Who cares?* Torino 2020.

⁸⁶⁶ Secondo il Rapporto INAPP *Il lavoro di donne e di uomini in tempi di Covid: Dalla Fase1 alla Fase2* in www.inapp.it, commentato da V. CARDINALI, *Post Lockdown. Rischi di transizione in chiave di genere*, INAP policy Brief 21 novembre 2020, ivi, i Congedi Covid – pur essendo previsti in modo indifferenziato a favore di ciascuno dei due genitori che possono fruirne alternativamente in omaggio alla "parità di genere" ai sensi dell'art.25 d.l. 18/2020 - sono stati utilizzati al 90% dalle madri il cui ritorno al lavoro professionale avviene con molto più ritardo dei partners sulla base di un "accordo familiare". Le cause di tale fenomeno sono ben note: la retribuzione femminile mediamente più bassa - per cui le assenze incidono meno sul bilancio familiare - e la mancanza di condivisione del partner nel ruolo di cura rendono il lavoro delle donne "sacrificabile".

nettamente più frequente da parte delle lavoratrici a privilegiare le misure finalizzate a soddisfare le esigenze di "conciliazione", con il rischio, tuttavia, di subire ripercussioni negative sul versante retributivo⁸⁶⁷. Poco incisiva, inoltre, si è rivelata la misura connessa al congedo di paternità: pur essendone stata attribuita la titolarità autonoma anche al padre, oltre quella in chiave solo sostitutiva alla madre⁸⁶⁸, la sua durata è rimasta a lungo limitata a soli 2 giorni e subordinata alle leggi di bilancio annuali e solo recentemente aumentata fino a 10 gg in virtù della legge di Bilancio 2021⁸⁶⁹, in conformità a quanto stabilito dalla direttiva n.1158. Tuttavia, si tratta di una riforma minimale, mentre la trasposizione della direttiva può essere l'occasione per rivedere il quadro normativo vigente onde assicurare maggiore effettività alla prospettiva di condivisione dei ruoli genitoriali, secondo l'esempio di altri ordinamenti.

2. Condivisione della cura "genitoriale" e modelli europei.

Prendendo in considerazione il congedo obbligatorio di paternità, dal panorama europeo emerge che la sua durata è in molti casi più elevata di quella vigente⁸⁷⁰ e se ne potrebbe prospettare pertanto un aumento significativo, auspicando che l'elevata copertura economica ne renda più appetibile l'effettiva fruizione. In effetti, secondo la disciplina vigente il congedo di paternità è remunerato al 100% in misura superiore a quella spettante alla madre cui è riservato solo l'80%, disparità giustificata quale "azione positiva" per indurre una maggior propensione all'effettivo utilizzo⁸⁷¹, ma certamente rivedibile in ipotesi di allungamento del periodo complessivo onde non sovraccaricare i costi. Nella prospettiva della condivisione dei compiti di cura e della valorizzazione del ruolo paterno si profilano soluzioni ispirate alla tendenziale parificazione dei congedi di maternità e paternità, come la recente riforma varata in Spagna (d.R. n.6/2019) che ha elevato progressivamente la durata del congedo di paternità per cui nel 2021 esso ha raggiunto la stessa durata di quello di maternità, pari a 16 settimane, con copertura economica al 100%, cui si aggiungono altre 10 settimane facoltative, il cui utilizzo deve essere negoziato con il datore di lavoro, durante il primo anno del figlio/a⁸⁷². La parificazione così raggiunta tra madre e padre sconta, peraltro, il fatto che il periodo di congedo individuale sia più breve di quello di altri ordinamenti (solo 4 mesi); inoltre, il periodo di congedo parentale (c.d. *excedencia*), non è retribuito, mostrando come l'intero sistema abbia bilanciato i costi maggiori derivanti dall'ampliamento della durata del congedo di paternità.

Questione diversa, anche se in parte collegata, riguarda la trasferibilità dei congedi di cui ciascun genitore è titolare, da affrontare sapendo che se il soggetto che ne fruisce in larga o esclusiva

⁸⁶⁷ Cfr D. GOTTAUDI, M. PERUZZI, *Differenziali retributivi di genere e contrattazione collettiva*, Torino 2017.

⁸⁶⁸ Impossibilità a prendersi cura del neonato in quanto deceduta, gravemente malata o in caso di affidamento esclusivo al padre, ai sensi dell'art.28 d.lgs. 151/01.

⁸⁶⁹ In attuazione del d.d.l. delega 11 giugno 2020 "Misure per il sostegno e la valorizzazione della famiglia" c.d. *Family Act*, che per le parti restanti in materia di attuazione della direttiva n.1158 non è ancora stato attuato.

⁸⁷⁰ La tendenza ad aumentare la durata del congedo di paternità non caratterizza soltanto i paesi nordici ma anche i paesi mediterranei, superando le viscosità dei fattori socioculturali, come la legge adottata dal Portogallo n. 40/2019 che ha modificato l'art. 43 del codice del lavoro elevando a 20 gg il congedo di paternità cfr C. CARVALHO, *Concilier vie professionnelle et vie familiale pour promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes au Portugal*, in Rév.Dr. Comp.Trav. Séc. Soc. n. 3/2020, *Dossier thématique*, p.85.

⁸⁷¹ Da ultimo M.L. VALLAURI, *op.cit.*, p.150, anche per ulteriore bibliografia

⁸⁷² Cfr *International Review on parental leaves policies* 2020 in www.leavesatwork.org.

parte è la madre se ne compromette la partecipazione al mercato del lavoro professionale e il riequilibrio dei ruoli familiari⁸⁷³. Ciò non implica annullare ogni spazio alle decisioni interne alla coppia ma assumere la visione improntata al perseguitamento degli obiettivi ricordati che potrebbe condurre anche ad una modifica dell'assetto normativo nazionale nel senso, opposto, di permettere alla madre di scegliere se cedere al padre una parte del proprio congedo obbligatorio, che ha una durata più elevata di quella mediamente diffusa in Europa (5 mesi) e di quella stabilita dalla dir. 92/85 Cee, a condizione di salvaguardare la quota indispensabile alla tutela della sua salute dopo l'evento del parto e ad assicurare il costituirsi dell'indispensabile rapporto con il neonato, secondo i principi consolidati in materia. La distinzione tra le funzioni del congedo è stata sottolineata, come è noto, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha avuto occasione di esprimersi anche in due casi recenti originati dal modello opposto e tradizionale di riconoscimento solo nei confronti della madre della funzione di cura dei figli da parte dell'ordinamento. Analizzando brevemente le pronunce emergono spunti interessanti di riflessione.

3.1 Recenti orientamenti della Corte di Giustizia nel caso W.A.

La violazione del principio di egualianza u/d è stata sollevata nei confronti di una disposizione di legge spagnola⁸⁷⁴ che assegnava un'integrazione della pensione, con natura di pensione pubblica contributiva, a vantaggio di donne che avessero avuto almeno 2 figli biologici o adottivi, con importi articolati a seconda del numero dei figli, e fossero titolari di un'altra pensione di vecchiaia, di reversibilità o di invalidità permanente, giustificata "dal loro apporto demografico alla previdenza sociale"⁸⁷⁵. La destinazione esclusiva alle donne era difesa basandosi sul loro diverso e più intenso apporto alla politica demografica dovuto non solo alla gravidanza e al parto, ma altresì all'accudimento e alla cura dei figli, causa frequente di minori introiti retributivi e di svantaggi pensionistici, circostanza invocata come legittima deroga al principio di egualianza secondo quanto previsto dalla direttiva⁸⁷⁶ e altresì dall'art. 157, comma 4, Tratt. FUE, qualora i *preferential treatments* abbiano "la finalità di compensare gli svantaggi o i ritardi nella carriera professionale". La sentenza, tuttavia, constata che l'apporto dei padri alla "politica demografica" è altrettanto fondamentale di quello delle madri da un punto di vista biologico e, sulla scorta del precedente *Griesmar*⁸⁷⁷ con cui per la prima volta la Corte ha contrastato sul piano previdenziale l'infungibilità delle donne nell'espletamento dei compiti di educazione e assistenza nella vita familiare⁸⁷⁸, non accoglie neppure l'ulteriore giustificazione fondata sullo scopo "compensativo" della misura nei confronti delle donne. Indubbiamente la genericità della disposizione controversa presta il fianco alle osservazioni critiche della sentenza che ha rilevato l'assenza di alcun riferimento specifico né alla protezione della gravidanza e del parto, anzi smentita dall'estensione all'ipotesi di adozione, né al fatto che le lavoratrici abbiano effettivamente cessato di lavorare almeno per un certo

⁸⁷³ Per tale ragione il nostro ordinamento prevede la titolarità separata dei congedi parentali e la loro non trasferibilità, che in base al principio di "non regresso" deve essere mantenuta, essendo coerente con il fine dichiaratamente perseguito dalla direttiva n.1158, nonostante che la stessa, all'art. 5 par.2, ammetta la possibilità di trasferire una quota di congedi parentali di 2 mesi su un totale di 4 come soglia minima. superiore a quella disposta in precedenza dall'Accordo – quadro europeo riveduto e recepito dal par.2, comma 2 dir. 10/18.

⁸⁷⁴ Art.60 Ley General de la Seguridad Social, recepita dal R.d.lgs. n. 8/2015.

⁸⁷⁵ Corte giust. 12 dicembre 2019 c-450/2018 WA v. Instituto Nacional de Seguridad Social.

⁸⁷⁶ Ai sensi dell'art.7, par.1 lett b dir.7/79 Ce, assorbita dalla dir. 06/54.

⁸⁷⁷ Corte giust. 29 novembre 2001 c-366/99 Griesmar v. Repubblica Francese.

⁸⁷⁸ T. TREU, M. ROCCELLA, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Padova, p.305.

periodo o abbiano diminuito il tempo di lavoro con effetti negativi sul versante retributivo e pensionistico, quale presupposto necessario per l'applicazione del regime integrativo. La decisione permette di ritenere, peraltro, che una normativa corrispondente a tali requisiti sia legittima e non contrastante con il principio di eguaglianza in conformità alle disposizioni citate. In questa logica va inquadrata l'asserzione della Corte (p.66 della sentenza) secondo la quale la misura in discussione, essendo a carattere meramente compensativo, <<non ha l'obiettivo di contrastare gli effetti negativi dovuti alla cura familiare durante la vita lavorativa, a cui viceversa dovrebbero tendere gli Stati Membri, secondo il principio affermato dalla Dichiarazione n. 28 allegata al Trattato di Amsterdam e richiamata dal *Considerando* n. 22 D.06/54 Ce>>. Tale approccio esprime limpida mente la necessità per gli Stati membri di attuare una politica sociale efficace in modo da evitare a monte il prodursi del fenomeno che ha dato origine alla questione, in linea con il modello europeo ribadito dalla recente direttiva n.1158, anche se presta il fianco alla critica di non tener conto a sufficienza del fatto che, finché tali obiettivi non siano effettivamente realizzati, gli impegni familiari destinati al lavoro di cura molto frequentemente determinano effetti negativi nei confronti delle donne sul versante dell'attività professionale.

3.2 e nel caso *Caisse primaire d'assurance maladie*.

L'altro caso relativo alla (mancata) condivisione dei ruoli familiari⁸⁷⁹ attiene ad una disciplina di fonte contrattuale collettiva che attribuiva un congedo di maternità supplementare a quello legale, articolato nella durata e nella copertura retributiva, nei confronti della madre lavoratrice che si prendesse cura direttamente del figlio/a dopo la nascita⁸⁸⁰. Il congedo supplementare di 3 mesi per accudire il proprio figlio era stato invece negato dalla direzione aziendale ad un lavoratore padre, nonostante la sua richiesta fosse appoggiata dal sindacato stipulante, sul presupposto che si trattava di un beneficio riservato alle madri. Anche in questo caso il *focus* della sentenza si concentra sulla funzione svolta dai congedi, ponendosi la questione fino a che punto secondo la disciplina negoziale risultassero collegati alla tutela della salute biologica della madre e alle particolari relazioni fra madre e figlio nel periodo successivo alla nascita, quali valori enunciati fin dal noto caso *Hofmann* (c-184/83), oppure alla funzione educativa che, potendo essere svolta da entrambi i genitori, rende discriminatorio un diritto riservato solo alla madre. Per dirimere la questione assumono rilievo le caratteristiche della disciplina contrattuale sotto il profilo della diminuita copertura economica in caso di congedo pari a 3 mesi, al presupposto dell'anzianità di lavoro minima di 6 mesi per la titolarità del diritto⁸⁸¹, infine alla durata variabile del congedo che poteva andare da 1 mese e mezzo fino a 2 anni e 3 mesi e non sempre con garanzia della retribuzione, come rileva la sentenza nel rinviare al giudice di merito la valutazione sulle disposizioni controverse. La disomogeneità della disciplina sembra opporsi alla possibilità di ricondurre in ogni

⁸⁷⁹ Corte giust. 18 novembre 2020 *Syndicat du personnels de la Caisse primaire d'assurance maladie la Moselle* c-463/19, commentata da R. ZUCARO, *L'indirizzo europeo sul congedo di maternità supplementare*, in Lav.Giur. n.4/2021, p. 369 ss.

⁸⁸⁰ Il regime prevedeva tre mesi a retribuzione dimezzata oppure un mese e mezzo a retribuzione piena, oppure un anno senza retribuzione elevabile a due a discrezione della dirigenza dell'ente. In tutti i casi descritti la lavoratrice manteneva il diritto al termine del congedo di rientrare sul proprio posto di lavoro, salvo nell' ipotesi di concessione di un anno ulteriore di congedo ove il diritto al rientro era subordinato alla disponibilità di posto pur essendo riconosciuto un diritto di prelazione.

⁸⁸¹ La legittimità di un periodo di anzianità lavorativa quale requisito per il diritto ai congedi parentali è stato riaffermato da Corte giust. 25 febbraio 2021 c- 129/2020 XI v. *Caisse primaire des enfants*, che ha escluso, al contrario, la legittimità della condizione di essere lavoratore/trice al momento della nascita del figlio.

caso il complesso dei congedi alla tutela della gravidanza e maternità e della relazione con il neonato o la neonata e, dunque, solo in linea di principio la disciplina del contratto collettivo non è ritenuta *di per sé* (corsivo mio) in contrasto con il divieto di discriminazione senza che, d'altro lato, sia stata accolta la posizione dell'Avvocato generale propensa a sottolineare maggiormente la tendenza dell'ordinamento comunitario verso la trasformazione dei tradizionali ruoli genitoriali⁸⁸², secondo l'auspicio confermato dalla direttiva n. 1158/2019.

4. Esigenza di una riforma legislativa per promuovere la fruizione effettiva dei congedi da parte del padre.

L'atteggiamento ancora cauto della Corte di Giustizia suggerisce che la via migliore per perseguire l'obiettivo enunciato dalla Direttiva sia affidato al modo della sua trasposizione che dovrà tale da armonizzare l'ordinamento interno agli obiettivi perseguiti a vantaggio di una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro mediante una trasformazione profonda dei modelli culturali e sociali.

Indubbiamente una delle questioni più rilevanti a questo riguardo attiene alla mancanza di una regolamentazione complessiva del congedo di paternità che manca di strumenti atti a garantirne la fruizione effettiva, salvo il divieto di discriminazione sancito dall'art.25, c.2-bis del Codice di Pari Opportunità. Neppure il mantenimento integrale della retribuzione, in misura addirittura superiore a quella della madre, e l'assicurazione delle coperture previdenziali, si è dimostrata sufficiente per promuoverne l'effettivo utilizzo. Assume pertanto particolare rilievo introdurre strumenti che agevolino di fatto il ricorso al congedo di paternità – come l'utilizzo flessibile secondo il modello già disposto per i congedi parentali⁸⁸³ – ma altresì un apparato sanzionatorio in grado di colmare l'attuale vuoto che, nonostante la qualificazione come "obbligatorio", rende il congedo di paternità un mero diritto potestativo. Di conseguenza, il sistema normativo andrebbe integrato per es. estendendo nei confronti del datore di lavoro che rifiuti il congedo la sanzione amministrativa prevista in caso di rifiuto a riconoscere il congedo parentale ai sensi dell'art.38 t.u. o prevedendo altre forme di penalizzazione, senza tralasciare neppure l'ipotesi in cui sia lo stesso lavoratore a non dichiarare la paternità, rendendo impossibile esercitare il diritto al congedo.

La questione della effettività riguarda, come è noto, anche l'utilizzo del congedo parentale da parte del padre, il cui rimedio dovrebbe consistere nell'innalzamento della copertura economica al livello diffuso in molti paesi dell'UE, pari al 70% o 80% della retribuzione, almeno per un certo numero di mesi, in senso conforme al dettato della direttiva europea che puntualizza, all'art.8 par.3, la necessità che il suo livello sia tale da incoraggiare entrambi i genitori al suo utilizzo. Ciò permetterebbe di superare una delle cause più frequenti della scelta di attribuire alla madre il maggior carico di cura, ovvero il detimento al reddito familiare derivante dal differenziale retributivo mediamente più elevato dei lavoratori padri e dalla conseguente maggiore perdita in caso

⁸⁸² Per riferimenti R. ZUCARO *op.cit.* p. 378.

⁸⁸³ L'art. 32, c.1-bis e c. 1-ter, t.u. 151/2001 determina le regole in ordine al necessario preavviso nei confronti del datore di lavoro e al modo di calcolo della retribuzione. L'uso flessibile è sollecitato dal Considerando n. 19 della direttiva europea n. 1158 che affida agli stati membri il compito di stabilire "se e a quali condizioni consentire che il congedo di paternità sia fruito a tempo parziale, a periodi alternati, ad esempio per un certo numero di giorni consecutivi di congedi separati da periodi di lavoro, o in altri modi flessibili".

di assenza. L'aumento della copertura dei congedi parentali riveste, pertanto, un'importanza altrettanto rilevante allo scopo di creare le condizioni affinché il padre assuma pari dignità e pari responsabilità della madre riequilibrando i ruoli nella coppia.

Nella medesima logica è di estremo rilievo, altresì, la tutela dei diritti retributivi già riconducibile, almeno in parte, al diritto antidiscriminatorio per ciò che concerne i possibili effetti negativi sugli importi di natura integrativa alla retribuzione base che siano ridotti a causa dell'utilizzo dei congedi⁸⁸⁴, così come potrebbero essere vagliati i compensi supplementari connessi alla presenza sul luogo di lavoro. Peraltro, la materia della gestione degli orari è presa in considerazione dalla direttiva in chiave di adattamento delle condizioni di lavoro alle esigenze di cura in capo ai lavoratori/lavoratrici che, pur senza approdare a riconoscere diritti soggettivi perfetti, sono oggetto di una specifica disciplina da parte della direttiva (*infra par. 6*).

5. Estensione della titolarità dei congedi in rapporto al mutamento delle famiglie e del mondo del lavoro.

Accanto ai profili appena esaminati una delle sfide in sede di trasposizione della direttiva n.1158 riguarda la titolarità dei congedi. Le regole per il congedo di paternità stabilite dall'art. 4, c.2 e c.3 prescrivono, oltre all'irrilevanza dell'anzianità di servizio e dallo stato civile o di famiglia del lavoratore, il riconoscimento anche nei confronti del "secondo genitore equivalente" come disciplinato a livello nazionale, imponendo di adeguare la disciplina vigente con riferimento alla legge n. 76/2016 sulle "unioni civili" in modo da eliminare una differenza di regime che altrimenti darebbe luogo a una discriminazione per orientamento sessuale⁸⁸⁵. In merito, oltre al percorso tracciato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità in tema di "omo-genitorialità"⁸⁸⁶, va segnalata positivamente la giurisprudenza di merito che ha già riconosciuto il diritto ai congedi parentali nei confronti del genitore intenzionale di una coppia unita civilmente, in determinate circostanze. Valorizzando il legame genitoriale esistente nei confronti del bambino⁸⁸⁷ - in conformità al parere emesso dall'INPS in applicazione dell'art.32, comma 1 lett b d.lgs. n.151/2001 – ha superato il dato letterale che fa riferimento al padre come destinatario del congedo, ritendendola l'unica interpretazione in grado di assicurare al figlio la stessa dimensione affettiva e di cura garantita dalle coppie eterosessuali e dunque nell'ottica del *best interest for the child* enunciato dalla Conv. ONU sui diritti del fanciullo, ratificata in Italia con L. 27 maggio 1919 n. 176. La soluzione è suscettibile di applicazione analogica nei confronti del congedo di paternità, una volta che si verifichino gli stessi presupposti costituiti principalmente dal riconoscimento dello stato civile di genitore, pur essendo necessaria una legislazione che affronti in modo compiuto l'intera tematica. Il termine "secondo genitore equivalente" si presta anche ad altre innovazioni legislative, tenuto conto

⁸⁸⁴ Al riguardo Trib.Torino 26 ottobre 2016 in Riv.it.dir.lav. 2017, II, p.286 con nota di M.PERUZZI, ha ritenuto indirettamente discriminatorio un criterio basato sulla presenza nel posto di lavoro. In tema gli AA cit. nota 9.

⁸⁸⁵ M.G. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, Torino 2020, 138.

⁸⁸⁶ La sollecitazione nei confronti del legislatore è affermata in più occasioni dalla Corte costituzionale, C. Cost. 4 novembre 2020 n. 230; C. Cost. 9 marzo 2021 n. 32 e 33 ECLI:IT:COST:2021:33; per la giurisprudenza di legittimità da ultimo Cass. Sez. Un. 12 gennaio 2021 n. 9006.

⁸⁸⁷ Trib. Milano 12.11.2020 ha fondato la propria decisione sul riconoscimento avvenuto davanti all'Ufficiale di Stato Civile del figlio nato fuori dal matrimonio da parte di entrambi i genitori con tecniche di PMA, riconoscimento ripetuto dall'atto di nascita e di per sé idoneo a identificare la riconducibilità del bambino a un determinato nucleo familiare, "senza che si ponga il problema del riconoscimento di atti formati all'estero o di pronunce di giudici stranieri" e non essendovi contrasto con i principi enunciati dalla Corte costituzionale (pronuncia 230/2020).

della varietà di situazioni possibili. Un esempio concerne il caso di famiglia monoparentale. qualora sia il padre a mancare, oppure ad essere gravemente infermo o nel caso in cui il figlio sia affidato esclusivamente alla madre. In mancanza di norme a favore della madre come invece avviene nei confronti del padre nell'ipotesi simmetrica, sarebbe opportuno prevedere che il congedo obbligatorio di paternità possa essere in questi casi trasferito ad altra persona di fiducia secondo le indicazioni della madre, per ovviare alla sua "solitudine" nell'accudimento del figlio/a.

Un profilo di tutt'altra natura, ma altrettanto cruciale, concerne l'estensione nei confronti della platea di lavoratori "atipici" nonché i dipendenti delle PPAA, già presi in considerazione dall'art. 4, c.3, *Family Act*. La rilevanza di diritto fondamentale dei congedi, in particolare di maternità e paternità, impone altresì che se ne estenda il campo applicativo nei confronti dei lavoratori non subordinati, tra cui i collaboratori etero-organizzati assimilati ai lavoratori dipendenti sotto il profilo delle tutele, ai sensi dell'art.47-bis l.n. 81/ 2015 (come modificato dalla legge c.d. "riders", d.l. n. 128/2019)⁸⁸⁸. La stessa portata espansiva dovrebbe riguardare i lavoratori autonomi, i lavoratori iscritti alla gestione separata INPS, o altre casse previdenziali, nonché i liberi professionisti, che, per ciò che riguarda il congedo di paternità, ne sono ammessi a fruire solo in via sostitutiva (in caso di morte della madre, grave infermità o affidamento in via esclusiva del figlio al padre) e solo a condizione che la madre sia una lavoratrice che rientra nelle categorie specificamente previste ed abbia soddisfatto gli specifici requisiti contributivi (le parasubordinate e le libere professioniste almeno 3 mesi di contributi nei 12 mesi precedenti l'inizio del congedo). Nella logica di una riforma di ampio respiro sarebbe opportuno, altresì, superare i limiti soggettivi del campo di applicazione nei confronti dei lavoratori autonomi iscritti a casse previdenziali anche diverse dall'INPS e approntare soluzione che permettano l'effettivo godimento del congedo sull'esempio di quanto previsto nei confronti delle madri libere professioniste e delle lavoratrici autonome, ampliando la prospettiva già intrapresa in questo senso in occasione dell'emanazione della normativa in materia di "congedi Covid – 19" ⁸⁸⁹.

6. Flessibilità degli orari e portata del diritto individuale a farne richiesta.

È ben noto che al fine dell'equilibrio tra lavoro e vita familiare e della partecipazione delle donne al mercato del lavoro un nodo di estremo rilievo riguarda la gestione dell'orario di lavoro che, se adeguata, consente di conciliare le esigenze di cura con quelle lavorative senza dover rinunciare al posto di lavoro o alla retribuzione oppure, al contrario, può essere causa di aggravamento delle condizioni di lavoro⁸⁹⁰. In merito, la direttiva n. 1158, all'art.9 comma 1, riconosce il diritto in capo ai dipendenti con responsabilità genitoriali oppure di assistenza di chiedere orari di lavoro flessibili (da intendersi ai sensi dell'art.3 *lett.f* riferiti anche a riduzioni di orario o calendari flessibili o

⁸⁸⁸ Per il riconoscimento delle tutele previste per i lavoratori subordinati anche in campo previdenziale cfr Cass 24,1, 2020 n. 1663 nonché la Circ. 30 ottobre 2020 n. 7 dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro.

⁸⁸⁹ In merito al mancato riconoscimento del diritto ad un effettivo congedo e non soltanto all'indennità sostitutiva nei confronti dei padri liberi professionisti, cfr L. CALAFA', *Conciliare nell'emergenza*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI, *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma Ediesse, 2020, 164 ss; in merito alla normativa che riconosce il diritto al congedo con indennità e in alternativa il "bonus baby-sitter" facendo presumere il godimento effettivo, cfr F. SCARPELLI, *Il lavoro autonomo nell'emergenza tra bisogno (poche) tutele, regole del contratto*, ivi, p.237.

⁸⁹⁰Come sottolinea il Considerando n. 10 alla luce della constatazione "della crescente prevalenza di orari di lavoro prolungati e di orari di lavoro che cambiano".

possibilità di lavoro a distanza), reversibili in caso di mutamento della situazione che vi ha dato origine, con una portata differente e più estesa rispetto alle forme di flessibilità dei congedi parentali, costituendo in tal senso una novità rispetto al quadro nazionale vigente nel settore privato⁸⁹¹. Un nodo da sciogliere in proposito riguarda il giusto coordinamento tra gestione degli orari di lavoro e ricorso a modalità di lavoro flessibile se si tiene conto che, per es., il lavoro a tempo parziale svolto con modalità elastiche in funzione delle esigenze organizzative può creare incompatibilità con la funzione familiare, oppure che lo *smart-working*, se considerato di per sé uno strumento di conciliazione può essere tale di impedire l'esercizio del diritto al congedo parentale⁸⁹².

La formulazione della disposizione, frutto di un difficoltoso processo di negoziazione, esclude che si tratti di un diritto soggettivo perfetto, potendosi configurare esclusivamente a stregua di interesse qualificato, peraltro sostenuto da oneri procedurali a carico del datore di lavoro consistenti nella presa in considerazione della domanda e nell'onere di rispondere entro un periodo di tempo ragionevole motivando l'eventuale rifiuto della richiesta, ai sensi dell'art.9, comma 2, non in modo generico ma tale da permettere lo scrutinio giudiziale⁸⁹³. La dimensione procedimentale non deve essere sottovalutata dal momento che introduce un onere di trasparenza nell'agire organizzativo del datore di lavoro e un obbligo di interlocuzione atti ad impedire eventuali condotte discriminatorie nel trattamento riservato ai dipendenti che avanzino la richiesta, e configurabili in caso di mancata o inadeguata motivazione.

Fermo restando il ruolo della contrattazione collettiva sia nazionale che decentrata, vincoli più stringenti applicabili al settore privato sono suscettibili di essere introdotti in sede di trasposizione della direttiva sulla scorta della disposizione che, nel settore del lavoro con le p.a., detta i criteri di gestione del personale stabilendo l'obbligo del dirigente di <<tener conto di particolari esigenze legate alla genitorialità e alla cura in capo ai dipendenti>> ai fini di concedere condizioni di impiego flessibile, ai sensi dell'art. 7, comma 3, d.lgs. 165/2001, cui si riallaccia la disciplina della contrattazione collettiva di comparto e decentrata, anch'esso presidiato dal divieto di discriminazione⁸⁹⁴.

Il diritto di chiedere orari flessibili previsto dalla direttiva, peraltro, potrebbe essere direttamente invocabile anche indipendentemente dalla trasposizione della direttiva o anticipatamente al suo recepimento fissato entro il 2 agosto 2022. Rileva in proposito il collegamento con il principio di

⁸⁹¹ Per un'ampia disamina delle disposizioni in materia di lavoro notturno, forme di impiego flessibile in materia di congedo parentale, nonché della specifica azione positiva disciplinata dall'art.9 l.n.53/2000 circa la flessibilità degli orari di lavoro in funzione di conciliazione tra lavoro e vita privata; e infine del ricorso allo *smart-working* disposto dalla L. n. 81/2015, cfr M.L. VALLAURI, op.cit. 42 ss; M.G. MILITELLO, op.cit. 162 ss.

⁸⁹² Cfr A.R. TINTI, *Il lavoro agile e i rischi della conciliazione virtuale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona".IT 419/2020; sui rischi del c.d. *work -life blending*, M.G. MILITELLO, op.cit. p.60 ss.

⁸⁹³ In tal senso D. IZZI, op.cit., p.347; M. BELL, *Working life balance and the Right to request flexible hours, Regulating for Globalisation* 21 giugno 2019, <http://regulatingforglobalisation.com>.

⁸⁹⁴ Mi permetto di rinviare a S. SCARPONI, *La parità di genere sul lavoro e le nuove frontiere dell'antidiscriminazione*, in S. SCARPONI (a cura di) *Temi e questioni*, cit., p. 55 per l'analisi di Trib. Firenze, 22 ottobre 2019, in *Giustizia civile.com*, che ha configurato come violazione dell'art.25, comma 2-bis D.Lgs. 198/2006 Codice di pari opportunità, una decisione da parte di un dirigente della p.a. di modificare l'orario di servizio con conseguente irrigidimento degli orari di entrata al lavoro, in precedenza più flessibili, senza che fossero addotte giustificazioni specifiche se non un generico richiamo al principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione.

egualanza u/d nel lavoro e con il divieto di discriminazione che implicano uno stretto legame con la Carta UE sotto il profilo non soltanto del diritto alla conciliazione tra vita familiare e professionale sancito dall'art.33, ma altresì del principio di egualanza e del divieto di discriminazione sanciti dall'art.21 e 23, che hanno portata primaria. Pur con la cautela imposta dal tema del primato del diritto comunitario nel sistema delle fonti⁸⁹⁵, non si possono trascurare le indicazioni provenienti dall'orientamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di effetto diretto orizzontale dovuta alla combinazione tra Carta UE e direttive antidiscriminatorie⁸⁹⁶. La conclusione qui sostenuta si basa sul fatto che il diritto in questione nel testo della direttiva 1158, ai sensi dell'art. 9 commi 1 e 2, è formulato in modo chiaro, preciso e incondizionato nello stabilire i soggetti titolari (genitori con figli fino a 8 anni e prestatori di assistenza) e nello specificare gli obblighi in capo ai datori di lavoro secondo le modalità sopra esaminate. Un'interpretazione di questo tipo sarebbe del tutto conforme anche al principio contenuto nell'art.37, comma 1, della Costituzione, che nel menzionare l'obbligo a che <<le condizioni di lavoro garantiscano lo svolgimento dell'essenziale funzione familiare>>, ne riconosce il profondo valore non solo personale ma anche sociale.

⁸⁹⁵ M ROCCELLA, *Le fonti e l'interpretazione del diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, in Dir. Lav. Mer. 2006, p.109 ss.
⁸⁹⁶ Cfr Corte giust. 17 aprile 2018 c- 414/16 Egenberger: Corte giust. 6 novembre 2018 c-684/16 Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften EV c. T.Shimizu.