

Sesso, genere, discriminazioni: riflessioni a più voci (Parte quarta)

*di Maria Dolores Ferrara, Mariagrazia Militello, Stefania Scarponi,
Anna Rita Tinti*

Un'altra cura è possibile, di Maria Dolores Ferrara

1. La riflessione collettiva promossa da *Lavoro e diritto* sullo stato dell'arte delle norme a garanzia della parità di trattamento, dei divieti di discriminazione e a tutela della genitorialità risponde al bisogno, avvertito diffusamente, di sistematizzare la panoplia degli interventi legislativi e all'utilità di tracciarne le dinamiche.

La progressiva estensione dei diritti caratterizza le disposizioni a salvaguardia della genitorialità sin dalla legislazione degli anni Settanta del Novecento, tanto da sembrare un cantiere perennemente aperto e connotato da stagioni dense di riforme, intensificatesi all'inizio del nuovo millennio e culminate ai giorni nostri con l'approvazione del d.lgs. n. 105/2022 in attuazione della direttiva 2019/1158/UE. Per effetto di questa parabola evolutiva la disciplina protettiva è andata oltre la genitorialità biologica per arrivare al riconoscimento della genitorialità giuridica; oltre la tutela della madre lavoratrice per coinvolgere nella cura dei figli il padre lavoratore; oltre il lavoro subordinato tipico per attribuire diritti, sia pure di diversa entità, nei diversi lavori; oltre il lavoro stesso, mediante il sostegno alla natalità *tout court*; da ultimo, oltre la genitorialità per soddisfare le necessità di cura in senso ampio. La graduale scomparsa della declinazione al femminile del soggetto destinatario del regolamento protettivo e l'aspirazione alla neutralità di genere dei compiti di cura hanno imposto la ricerca di soluzioni in grado di rispondere alle istanze di conciliazione tra vita privata e lavoro.

2. Anche sul piano della tecnica regolativa si sono registrati mutamenti meritevoli di menzione. Durante la stagione del *Jobs Act* si è rafforzata la tendenza a considerare i bisogni di cura come materie trasversali che

interessano molteplici istituti giuridici secondo la tecnica del *mainstreaming*.

Le novità hanno inciso, infatti, non solo su temi classici della genitorialità (titolarità e durata dei congedi, ad esempio), ma ci sono state innovazioni degne di nota anche in relazione ad altri aspetti: a titolo esemplificativo, la trasformazione del rapporto in *part-time* in luogo del congedo parentale (art. 8, d.lgs. n. 81/2015) e il lavoro agile in funzione di conciliazione (art. 18, l. n. 81/2017). Questo *trend* sembra connotare anche le ultime riforme di cui al d.lgs. n. 105/2022 in cui è centrale la riconfigurazione del soggetto obbligato alla cura, stabilizzando il congedo obbligatorio di paternità non alternativo al congedo di maternità (art. 27 *bis*, d.lgs. n. 151/2001), e del soggetto incentivato a prendersi cura della prole, poiché entrambi i genitori possono fruire fino a un massimo di sei mesi di congedo indennizzato (art. 34, d.lgs. n. 151/2001). Ma vi è di più. Il *mainstreaming* è ravvisabile, ad esempio, nelle norme che hanno rafforzato la disciplina di accesso prioritario al lavoro agile in presenza di specifiche esigenze di cura attraverso la previsione di un sistema sanzionatorio che prescrive la nullità dei provvedimenti disciplinari e delle misure organizzative aventi esiti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro nei confronti del titolare della suddetta priorità (art. 18, co. 3 *bis*, l. n. 81/2017). Può giungersi alla medesima conclusione in relazione alle disposizioni che hanno modificato le regole in tema di permessi e congedi *ex l. n. 104/1992*, eliminando la figura del referente unico e riconoscendo il diritto alla fruizione complessiva di tre giorni al mese per l'assistenza dello stesso individuo con disabilità a più soggetti tra quelli aventi diritto, purché in alternativa tra loro (art. 33, co. 3, l. n. 104/1992).

Questa tecnica prova a incidere sul piano degli obiettivi delle politiche legislative, spingendo a ripensare l'apparato protettivo non solo in termini di conciliazione, bensì anche secondo una logica di condivisione dei ruoli nelle comunità familiari e nella società in generale. Da questa angolazione non sfugge che gli strumenti a garanzia della genitorialità e della conciliazione vita/lavoro si collegano marcatamente alle scelte organizzative poste in essere dal datore di lavoro, anticipando la nascita e il godimento di tali diritti al momento dell'elaborazione della direttiva datoriale che può confliggere o turbare la fruizione di queste prerogative. Sia il lavoro sia la vita di cura/familiare implicano decisioni pratiche su come le persone intendono orientare la loro vita. Queste scelte, tuttavia, modellano le esperienze in entrambi i contesti e possono attraversare il confine lavoro-famiglia. L'incentivo all'utilizzo di pratiche di conciliazione deriva anche dalla diffusione di una diversa cultura organizzativa capace di riflettere norme e valori sociali utili per il cambiamento sia

nell'impresa sia nella società e necessari per oltrepassare le tradizionali divisioni sessuali nel lavoro e nella cura tra *breadwinner* e *caregiver*.

Questa rivoluzione culturale, senza una cornice regolativa di contesto che la asseconi, rischia di confinare le esperienze di *diversity management* a virtuose, ma isolate, buone prassi.

Occorre, da un lato, rafforzare il sistema sanzionatorio e deterrente a presidio del corretto bilanciamento tra bisogni di conciliazione ed esigenze organizzative datoriali e, dall'altro, radicare la direttiva datoriale in un contesto in grado di garantire la concreta soddisfazione delle necessità di conciliazione.

Sul primo versante, l'ampliamento della nozione di discriminazione ai trattamenti e alle modifiche dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro, oltre a sanzionare comportamenti datoriali illegittimi, può svolgere una funzione deterrente e promozionale di un sapere organizzativo in grado di promuovere una stabile implementazione dei dispositivi di conciliazione (art. 25, co. 2*bis*, d.lgs. n. 198/2006, come modificato dalla l. n. 162/2021). Agli stessi obiettivi tende il sistema di certificazione della parità per le imprese, introdotto dalla l. n. 162/2021 (art. 46-*bis*, d.lgs. n. 198/2006). Questo nuovo strumento può fungere non solo da meccanismo di premialità in termini di riduzione degli oneri contributivi in favore delle aziende più virtuose che adottano politiche e strumenti per ridurre il divario di genere, ma funziona anche da sistema sanzionatorio/deterrente dopo le novità del d.lgs. n. 105/2022. Si crea, infatti, una stretta correlazione tra il conseguimento dell'attestazione e la mancata adozione di determinati comportamenti rilevata nei due anni anteriori al processo di certificazione (come, ad esempio, l'ostacolo all'esercizio del diritto al congedo obbligatorio di paternità, il mancato rispetto della priorità di accesso alle modalità di lavoro agile, discriminazioni collegate alle istanze di cura).

Il *restyling* metodologico è certamente importante, ma non sufficiente al fine di stimolare il tanto agognato cambiamento dei ruoli nella società e nei luoghi di lavoro, come pure auspicato nei *considerando* della direttiva 2019/1158/UE. In aggiunta al contenuto, per certi aspetti minimale, degli ultimi provvedimenti – si conferma, ad esempio, l'esiguità della durata del congedo obbligatorio di paternità –, persistono profili problematici anche in relazione all'approccio regolativo: un'altra *cura* è, tuttavia, possibile.

3. Anche dopo l'emanazione delle Linee guida (DPCM 29 aprile 2022, prassi UNI/Pdr 125:2022), sussiste il pericolo di ridurre lo sforzo di cer-

tificazione a un'operazione di facciata oppure a un *iter* standardizzato incapace di incidere realmente sull'organizzazione, soprattutto nella componente frutto del coinvolgimento delle organizzazioni sindacali e del contributo offerto dalla contrattazione collettiva.

Gli spazi lasciati alla contrattazione aziendale dopo le riforme di questi anni e il tradizionale ruolo di garanzia dei contratti collettivi nazionali costituiscono il volano per radicare negli uffici e nelle fabbriche il diritto alla parità e alla conciliazione vita/lavoro attraverso un percorso di progettazione delle regole condiviso e non solo unilateralmente ideato dal datore e certificato da organismi esterni.

Tale approccio appare utile soprattutto in presenza dei fenomeni di *time porosity* in caso di flessibilità temporale e lavoro da remoto, fenomeni che incidono sulla reale agibilità dei dispositivi di conciliazione vita/lavoro. La sartorialità degli interventi, cuciti a misura delle richieste dei lavoratori e delle lavoratrici, è elemento fondamentale per considerare le manifestazioni di *domestication* del luogo di lavoro e l'inglobamento della sfera privata, delle relazioni e delle abitudini familiari nel processo lavorativo. Accanto alle soluzioni di familiarizzazione e defamiliarizzazione della cura, occorre reperire diverse strategie in risposta a contesti ibridi, partendo da un differente punto di osservazione, ossia che in queste situazioni può assumere rilievo la misurazione del lavoro non tramite l'orario quanto tramite il risultato prodotto nell'unità di tempo, rivestendo un ruolo centrale il processo di verifica dei carichi di lavoro, già indispensabile per un corretto adempimento dell'obbligo di valutazione dei rischi di cui all'art. 28, d.lgs. n. 81/2008, e oggi necessario sia per garantire l'effettività del diritto di disconnessione sia per scongiurare le conseguenze di *time porosity*, processo che dovrà valutare anche ciò che è percepito come tempo di lavoro se sono presenti segnali di *domestication* del luogo di lavoro.

La prospettiva di genere e la redistribuzione del carico di cura, tuttavia, restano spesso ancora fuori dalla piattaforma di discussione sindacale e, quindi, avulse dalla trattativa con la controparte datoriale, confinate nel limbo delle attività da studiare e monitorare. Inoltre, pur se la normazione collettiva appare *gender neutral*, in alcune clausole risulta, talvolta, *gender blind* in quanto, non tenendo in conto le differenze biologiche e di ruoli, contribuisce a rendere accidentato il percorso di tutele. Nonostante la consistente presa di coscienza da parte delle organizzazioni sindacali di queste tematiche (si vedano, ad esempio, le Linee guida del 2019 per la contrattazione in un'ottica di genere a cura del Coordinamento Donne CGIL di Firenze), continuano a essere essenziali non solo gli investimenti nella formazione degli agenti sindacali, ma anche i dispo-

sitivi legislativi promozionali. Su questo versante, la strada intrapresa con il sistema di incentivazione dell'art. 25, d.lgs. n. 80/2015, parzialmente diverso da quello di cui all'art. 9, l. n. 53/2000 anche in considerazione della successiva disciplina amministrativa (decreto ministeriale del 12 settembre 2017 e circolare INPS del 3 novembre 2017, n. 163), sembra perseguire questi obiettivi. Seppure solo in via sperimentale per gli anni 2016-2018, questo regime rappresenta un dispositivo incentivante finanziato con risorse diverse rispetto a quelle della legge Turco del 2000, gravando espressamente sul Fondo per il finanziamento di sgravi contributivi per incentivare la contrattazione di secondo livello di cui all'art. 1, co. 68, ultimo periodo, l. n. 247/2007, e successive modificazioni. Si crea, in questo modo, un auspicabile legame tra le misure di *work-life balance* e le tradizionali tematiche per incoraggiare la contrattazione aziendale, ossia gli sgravi e la detassazione del trattamento retributivo collegato alla produttività. Il decreto ministeriale del settembre 2017 ha imposto, inoltre, un contenuto minimo di interventi che devono essere concordati, evitando così che lo sgravio sia finalizzato a introdurre solo soluzioni di matrice assistenziale che non incidono sull'organizzazione dell'impresa. La perdurante operatività di tale meccanismo temporaneo è legata alle sorti della delega contenuta nel *Family Act*, all'art. 4, lett. f, l. n. 32/2022, che sancisce, appunto, il rifinanziamento del Fondo per gli sgravi contributivi finalizzati a incentivare la contrattazione di secondo livello destinata alla promozione della conciliazione tra vita professionale e vita privata ai sensi del citato art. 25, d.lgs. n. 80/2015.

In conclusione, i numerosi (ma disseminati) strumenti impongono la ricerca di un collante che tenga insieme le diverse prospettive di metodo e di merito sopra esposte. Non pare più rinviabile la discussione sull'opportunità di dare al tema della conciliazione vita/lavoro il riconoscimento espresso di diritto unitariamente inteso, consacrato anche in presidi di rango costituzionale. Questa materia concerne svariati istituti del diritto del lavoro (e non solo); la frammentazione può depotenziare la stessa nozione e indebolire le prerogative a essa collegate soprattutto in occasione di un eventuale bilanciamento con gli interessi datoriali. Un'incisiva opzione regolativa consentirebbe di ampliare più agevolmente la platea dei titolari delle misure di conciliazione oltre gli steccati delle definizioni di genitore (a favore, ad esempio, del secondo genitore equivalente, ancora escluso dalla possibilità di fruire dei congedi parentali, nonostante l'attività di cura svolta in tante famiglie omogenitoriali) e di lavoratore/trice. Allo stesso tempo, si affronterebbero più agevolmente le strettoie del diritto antidiscriminatorio: la recente giurisprudenza di merito, pur ribadendo l'orientamento diffuso (*ex multis*, Trib. Firenze, 22.10.2019, in

RIDL, 2020, II, p. 659) secondo cui un'organizzazione dell'orario foriera di un particolare svantaggio per i dipendenti con figli minori non auto-sufficienti si può configurare alla stregua di una discriminazione indiretta in danno dei genitori lavoratori, ammette una giustificazione di tale effetto qualora il datore di lavoro riesca a dimostrare che l'applicazione indifferenziata di tale organizzazione all'intera platea di dipendenti, genitori e non, sia strettamente necessaria per il perseguimento di specifiche e comprovate esigenze dell'impresa (Trib. Bologna, 31.12.2021, in *RIDL*, 2022, II, p. 247).

Questo non è un Paese per genitori (lavoratori), di Mariagrazia Militello

1. Nel suo secondo discorso di insediamento, il Presidente Sergio Mattarella, riferendosi alla condizione delle donne, ha detto che «Dignità è non dover essere costretta a scegliere tra lavoro e maternità».

Sul perché sia ancora necessario ribadire quella che sembra un'ovvietà ci sarebbe molto da dire. Mi limito, in proposito, a sottolineare il fatto – altrettanto ovvio – per cui l'auspicio espresso dal Presidente corrisponde a un obiettivo che, di certo, non è stato ancora raggiunto dalle lavoratrici madri e che, fino a oggi, non è stato nemmeno perseguito in maniera adeguata dal legislatore. Trovarsi a dover scegliere tra lavoro e maternità è, nei fatti, una condizione comune alla maggior parte delle donne; e ciò nonostante l'ordinamento italiano sia dotato di una legislazione particolarmente avanzata di tutela della maternità.

Si tratta di uno *status quo* incontrovertibile da cui partono anche le riflessioni della recente direttiva adottata in materia di equilibrio tra attività professionale e vita privata (dir. 2019/1158/UE, attuata nel nostro ordinamento dal d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105) che, al *considerando* n. 10, sottolinea come «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». A tal riguardo, è interessante notare come la versione italiana della direttiva faccia riferimento a una forma verbale (*sono propense*) che sembrerebbe alludere a una scelta volontaria, mentre nella versione spagnola la scelta è presentata come il risultato di un obbligo (*se ven obligadas*) e in quella inglese e francese i termini usati sono neutri e si riferiscono a ciò che, di fatto,

avviene quando le donne hanno figli (dedicano meno tempo al lavoro retribuito e più tempo al lavoro di cura).

Al di là del radicato pensiero culturale, che trapela da queste parole – e della sua opinabilità – per il quale è prassi che una donna preferisca il ruolo di madre a quello di lavoratrice, in ossequio a una supposta propensione “naturale” e, in quanto tale, più accettata o accettabile, sul piano giuridico occorre chiedersi se esistano degli impedimenti concreti che limitano di fatto l’eguaglianza delle donne con gli uomini e che impongono solo alle donne una rinuncia in caso di genitorialità e, di conseguenza, verificare se il legislatore abbia effettivamente fatto tutto il necessario per rimuoverli e garantire così alle donne – lavoratrici madri – una effettiva partecipazione all’organizzazione economica e sociale del Paese. Per rispondere compiutamente a questi quesiti, è necessario partire da una pur breve disamina della normativa di tutela della maternità e della paternità al fine di chiarirne la *ratio* e verificare la coerenza degli strumenti adottati rispetto agli obiettivi perseguiti.

2. La materia, come noto, è principalmente disciplinata dal Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità (d.lgs. n. 151/2001, d’ora in avanti TU), intervenuto al fine di conferire organicità e sistematicità a una regolazione complessa e stratificata, prodotto di anni di interventi legislativi e giurisprudenziali. Nonostante la rubrica contempli l’obiettivo della tutela e del sostegno sia della maternità sia della paternità, di fatto esso presenta un’architettura asimmetrica, nettamente sbilanciata a “favore” della maternità. L’origine di tale impostazione risiede nell’art. 37 della Costituzione e nel riferimento all’adempimento di quella “essenziale funzione familiare” svolta dalla madre che deve essere assicurata attraverso la previsione di adeguate condizioni di lavoro e che, di fatto, ha contribuito alla cristallizzazione di una precisa divisione dei ruoli all’interno della famiglia, con conseguente diseguale distribuzione delle responsabilità familiari, i cui effetti si sono inevitabilmente riversati sul lavoro.

Prima di proseguire con queste brevi riflessioni, è appena il caso di chiarire che la posizione critica qui espressa ha ad oggetto non tanto il TU in sé, che è il risultato obbligato di una messa a punto – legislativa, semantica e concettuale – dell’esistente, quanto l’idea originaria che ne condiziona l’impianto, rimasto ancorato a una partizione stereotipata dei ruoli genitoriali, nonostante il progressivo ampliamento dell’orizzonte delle tutele.

All'interno di tale cornice, il congedo di maternità, il congedo di paternità "derivato" riconosciuto solo in caso di assenza della madre (art. 28) e la copertura economica irrisoria prevista per il congedo parentale (nonostante le recenti modifiche introdotte dal d.lgs. 105/2022) si rivelano tutti elementi di un quadro dal quale emergono la pressoché totale mancanza di un'idea di genitorialità condivisa che implichi la ripartizione dei carichi di cura e, di conseguenza, una scarsa attenzione alla condizione di lavoratrice della madre, soverchiata dalla esclusiva tutela della condizione di madre della lavoratrice. L'assetto di valori così espresso, negli anni, pur modificato nella forma, non è cambiato nella sostanza e non è stato intaccato nemmeno dai più recenti interventi normativi e dalla introduzione dell'art. 27 *bis* a opera del d. lgs. n. 105 del 2022 che, nel prevedere in via definitiva il diritto del padre ad astenersi dal lavoro per un periodo di appena dieci giorni lavorativi – peraltro non "presidiato da sanzione", al contrario di quello della madre – non fa che avallare ulteriormente una diseguale e iniqua distribuzione dei compiti di cura tra i genitori.

Questo *status quo* normativo – unito a un'organizzazione del lavoro che non tiene conto delle esigenze personali – produce il duplice effetto di penalizzare, all'interno della famiglia, l'idea di una genitorialità paritaria e, nel lavoro, coloro che, in via esclusiva o principale, si fanno carico degli oneri della cura.

2.1. A complicare ulteriormente il contesto, il tempo e l'evoluzione del modo di essere madre, padre, genitori hanno sicuramente sparigliato le carte, rendendo il complesso delle tutele costruite dal legislatore inadeguato a coglierne appieno il profondo cambiamento. L'inadeguatezza, però, diventa colpevole carenza quando ci si misuri con le esigenze delle famiglie all'interno delle quali i ruoli di madre e padre perdono la loro connotazione originaria fino a scomparire. Malgrado le istanze di tutela siano sempre più urgenti, la risposta del legislatore nazionale stenta ad arrivare e quella del legislatore europeo si ferma alla estensione del congedo di paternità al "secondo genitore equivalente", «laddove e nella misura in cui il diritto nazionale lo riconosce» (art. 4, co. 1, dir. 2019/1158/UE); da una parte, segnando un passo in avanti solo eventuale, in quanto limitato dalle competenze sovranazionali, e, dall'altra, nella migliore delle ipotesi, mantenendo una differenza di trattamento tra le due figure genitoriali del tutto arbitraria. Dal canto suo, la giurisprudenza interna – compresa, pur con prudenza, la Corte costituzionale (Corte cost. 20 ottobre 2016, n. 225) – spinta da sempre più incessanti richieste, ha

ricosciuto (non senza compiere passi indietro) il ruolo del c.d. “genitore sociale”, cioè l’adulto che svolge una funzione parentale pur non avendo un legame di sangue con il minore, a partire dalla valorizzazione del principio del c.d. *best interest of the child* rinvenibile nelle fonti internazionali quali la Dichiarazione Universale dei diritti del fanciullo del 1959, gli artt. 7 e 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e l’art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo; a dimostrazione della urgenza di un intervento legislativo che colmi una lacuna oramai inaccettabile.

Se ci si pone, dunque, a guardare dalla prospettiva di una auspicata tutela paritaria, il quadro complessivo risulta frastagliato, incompleto e nell’insieme deludente, ma, a ben vedere, il fatto che lo sia non dovrebbe sorprendere: l’obiettivo di parità non è – ancora – l’obiettivo perseguito dal legislatore. Il che risponde alla domanda dianzi posta sulla *ratio* della normativa; ma se è vero che alle origini della legislazione di tutela della maternità l’idea di dover assicurare a entrambi i genitori il diritto paritario a occuparsi dei figli era ben lontana dagli orizzonti regolativi, così come lo era quella di includere genitorialità non biologiche sotto l’ombrello protettivo della regolazione, è altrettanto evidente che con il tempo quell’orizzonte è cambiato e questo rende oggi non più trascurabile l’esigenza di superare quelle rigide concettualizzazioni su cui grava un condizionamento originario tanto ancora radicato quanto ormai ingiustificato e obsoleto e che tuttavia esercita una funzione ostativa rispetto al definitivo accoglimento di una visione della genitorialità senza aggettivi che si fondi su un’eguale partecipazione alla cura e su un’equa distribuzione delle responsabilità parentali.

2.2. Nonostante gli sforzi di adattamento guidati dal tentativo di valorizzare la necessaria e preminente tutela del bambino e l’istanza egualitaria, dunque, l’intero sistema sembra essere ancora saldamente ancorato all’idea della prioritaria protezione della madre e della sua relazione con il figlio, come dimostra chiaramente il fatto che, anche nel caso di adozione e affidamento – laddove il legislatore, sotto la spinta dell’interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale, ha rinviato ai genitori la scelta su chi debba occuparsi del minore – letteralmente si dice che al padre spetta il congedo «che non sia stato chiesto dalla madre lavoratrice» (art. 31), mentre si esclude un diritto al congedo del padre quando la madre non sia lavoratrice (salvo che per il congedo non retribuito previsto dall’art. 26, co. 4). Ma se è questa l’architrave che regge l’intero impianto delle tutele riconosciute dal TU, allora, per completezza, resta

da fare un'ultima verifica rispetto alla sua tenuta, interrogandosi a partire da una prospettiva diversa che guardi all'adempimento della "essenziale funzione familiare" della lavoratrice madre non come a un ostacolo all'estensione delle tutele ai genitori *tout court* – come si è sostenuto fin qui – ma come al reale e ancora attuale obiettivo perseguito. Ebbene, ammesso che le cose stiano davvero così, ammesso cioè che il proposito del legislatore sia ancora quello di compiere il disegno originariamente immaginato dalla Costituzione, potrebbe dirsi raggiunto? La domanda è palesemente retorica, ma sarebbe ingeneroso pensare che la responsabilità sia da addebitare esclusivamente al TU che di certo non manca nel riconoscere ampia tutela alla lavoratrice madre, soprattutto all'interno del perimetro del lavoro subordinato.

La questione, si deve ammettere, è assai più ampia e inevitabilmente investe anche la disciplina dell'organizzazione del lavoro e dei tempi di lavoro che dovrebbe contribuire ad assicurare quelle *condizioni* idonee a consentire l'adempimento della essenziale funzione familiare assegnata – "per nascita" e dal legislatore – alla donna lavoratrice, procurando di adattare il lavoro alle esigenze legate alla cura. Le cose stanno però diversamente perché il lavoro produttivo è organizzato a immagine di un lavoratore non gravato da obblighi di cura e, di conseguenza, del tutto insensibile ai bisogni legati alla genitorialità; l'unico spazio dedicato alla cura è quello dei tempi di non lavoro (produttivo), dai quali inevitabilmente deriva una penalizzazione sul piano lavorativo per le donne che si trovano costrette a rinunciare – in maniera più o meno consapevole o volontaria – alla maternità o, molto più spesso, al lavoro, come dimostrano i dati che raccontano di un'occupazione delle donne sempre peggiore di quella degli uomini, in termini di quantità e qualità.

3. La fotografia appare impietosa da qualunque angolazione la si guardi: la normativa dettata in materia di tutela della maternità e della paternità ha dei buchi che non possono ormai essere semplicemente rammendati; di certo non se si vuole seriamente raggiungere la parità di trattamento uomo-donna che ormai rappresenta un'urgenza non soltanto sociale ma anche economica, e nemmeno se si vuole garantire la giusta tutela a tutte le "formazioni sociali" ove si svolge la personalità di un individuo e non soltanto a quelle "tradizionali".

Sul primo profilo, la direttiva 2019/1158 citata è intervenuta sottolineando il bisogno di un adeguamento degli strumenti di tutela della maternità e della paternità all'obiettivo dell'equa ripartizione delle responsabilità familiari, attraverso la previsione del congedo di paternità e il

rafforzamento in termini economici del congedo parentale in modo che sia realmente, e non soltanto nominalmente, a disposizione di entrambi i genitori; e, sul piano dell'organizzazione del lavoro, indicando la necessità di offrire ai lavoratori e alle lavoratrici una flessibilità, in primo luogo dei tempi di lavoro, che tenga conto delle esigenze legate ai carichi di cura e assistenza, per far sì che il lavoro riproduttivo non pesi sul lavoro produttivo.

Tuttavia, il legislatore interno si è limitato all'introduzione del congedo di paternità citato, e a lievi operazioni di *maquillage* sui congedi parentali con il d.lgs. n. 105/2022 e la legge di bilancio per il 2023 (art. 1, co. 359, l. n. 197/2022) con cui, rispettivamente, l'indennità è stata estesa fino ai 12 anni del figlio ed elevata, in alternativa tra i genitori, per un mese fino al sesto anno di vita del bambino, alla misura dell'80% della retribuzione (art. 34, co. 1); mentre sono state del tutto disattese le indicazioni riguardanti le modalità di lavoro flessibili. Il risultato è un intervento parziale che ha modificato poco dell'assetto precedente: il ruolo ancillare del padre è stato ribadito e la posizione dei genitori è lontana dal dirsi parificata, è rimasta portante l'idea che il principale centro di imputazione del lavoro di cura sia la madre e, d'altro canto, i componenti della famiglia "non tradizionale" non hanno guadagnato nessuno spazio sul terreno dei diritti; il tutto con buona pace degli obiettivi di parità ed equa ripartizione del lavoro di cura. Il silenzio assoluto, poi, mantenuto con riguardo a un esercizio delle prerogative datoriali compatibile con le esigenze dei genitori rappresenta una grave lacuna dell'ordinamento su cui è intervenuto il diritto antidiscriminatorio in funzione rimediabile, sia sul piano legislativo, con esiti invero ambigui (ma sul punto cfr. gli interventi di Borelli e Izzi in *LD*, 2022, n. 3), sia su quello giudiziario, in maniera parziale.

Se, dunque, l'obiettivo del legislatore non è – non può più essere – semplicemente consentire alle madri di lavorare "purchessia", ma assicurare alle donne di poter diventare madri senza smettere di essere lavoratrici, in condizioni di parità con chi madre non è o con chi non ha carichi di cura, allora, la tutela – pur ampia – dettata in tema di maternità e paternità non può, nei termini in cui è stata concepita e nonostante i numerosi rimaneggiamenti, considerarsi sufficiente perché manca il fondamentale riconoscimento del ruolo dell'altro genitore, imprescindibile per assicurare la condivisione delle responsabilità ed evitare che il lavoro di cura continui a rappresentare un peso per le donne.

La «paritetica partecipazione di entrambi i coniugi alla cura e all'educazione della prole, senza distinzione o separazione di ruoli tra uomo e donna (...)» (Corte cost. n. 1/1987) rimane, dopo tanto tempo, ancora

un obiettivo non raggiunto e, al contempo, un passaggio cruciale – qualunque prospettiva si assuma – per tutelare e sostenere *sul serio* la maternità, non solo in casa ma anche, e soprattutto, al lavoro, e per garantire il diritto alla cura sia ai genitori, a prescindere dal loro orientamento sessuale, sia ai figli e alle figlie, a prescindere dal modo in cui sono venuti/e al mondo.

Madri e padri al lavoro: le ambiguità irrisolte del quadro normativo nazionale, di Stefania Scarponi

1. La legislazione nei confronti della lavoratrice ha presentato storicamente caratteristiche di ambiguità dovute alla difficoltà di affrontare adeguatamente il nodo che riguarda le donne nella società e nel lavoro, strette tra “lavoro produttivo e riproduttivo”. Se la dialettica tra tutela e parità è insita nel tema che ci occupa, parlare della maternità e paternità nel lavoro fa emergere in modo prepotente una dimensione strutturale che, come affermava al tempo dell’emanazione della l. n. 903/77 un brillante giurista: «pone in discussione non solo la struttura economica e la sovrastruttura normativa di un certo sistema, ma il suo fondamento di idee, l’insieme delle sue norme etiche e di costume, il complesso dei suoi apparati biologici. Per questo, quando le donne sono scese in lotta hanno portato nelle battaglie un carico di radicalità impareggiabile» (L. Mariucci *Intervento*, in *La disciplina giuridica del lavoro femminile*, Milano: Giuffrè, 1978, p. 64 ss.).

Il ruolo familiare delle donne, come è noto, ne determina sovente un condizionamento negativo verso il lavoro produttivo a differenza degli uomini per i quali, al contrario, la famiglia costituisce una risorsa positiva. Le statistiche recenti sono eloquenti: il rapporto Istat 2022 segnala il calo costante delle nascite, diminuite dal 2008 del 30,6%, e accentuatosi nel corso del 2021 e nel 2022; al contempo, l’andamento del mercato del lavoro mostra come il nostro “non sia un paese per madri”, come titola un recente volume (A. Minello, *Non è un paese per madri*, Bari: Laterza, 2022), ponendo in evidenza l’andamento progressivamente decrescente dell’occupazione femminile in relazione al numero dei figli. Altrettanto evidenti sono le pressioni per ridurre l’orario mediante il ricorso al part-time, con riduzione della retribuzione, le difficoltà nella carriera e la tendenza alla fuoriuscita dal mercato del lavoro. Peraltro, il mito della maternità e la pressione nei confronti delle donne a essere gli “angeli del focolare” può rendere difficile anche la scelta di essere “*child free*”.

In sostanza, i fatti smentiscono l'esito definitivamente positivo del superamento culturale dell'ambiguità contenuta nel testo dell'art. 37, co.1, della Costituzione che, nel riconoscere il significato emancipatorio del lavoro extradomestico svolto in condizioni di eguaglianza, manteneva però in capo alla donna "l'essenziale funzione familiare". Eppure, a seguito della svolta impressa dalla sentenza della Corte costituzionale verso il valore paritario anche dei compiti di "cura", si è consolidato in tal senso anche il progressivo assetto normativo fin dalla l. n. 125/1991, sia mediante l'introduzione del divieto di discriminazione indiretta e il suo collegamento con "il riferimento allo stato di famiglia e/o di gravidanza", sia mediante la previsione, accanto alla "conciliazione", della "condivisione dei compiti di cura genitoriale tra i *partners*", quali obiettivi affidati alle neonate "azioni positive".

Il consolidamento in sede europea, culminato nel riconoscimento da parte dell'art. 33 CDFUE della titolarità a ogni "individuo" del diritto alla "conciliazione", sembrava rendere obsoleta la convinzione, ancora molto diffusa socialmente, che essa riguardi principalmente, se non esclusivamente, le donne. A livello nazionale, il T.U. d.lgs.n. 151/2001 ha rafforzato la posizione del padre nella titolarità di molti diritti connessi alla cura dei figli, perfezionata nel corso del tempo e accompagnata dall'interpretazione evolutiva della giurisprudenza, di cui è significativa conferma la recentissima sentenza del Consiglio di Stato (C. S. sed. plen. n.7/2023) che ha riconosciuto al padre lavoratore il diritto ai riposi, ai sensi dell'art. 39 T.U. d.lgs. n. 151/2001, nonostante la moglie fosse casalinga, sul presupposto che anche quest'ultima rientri nella categoria delle lavoratrici non dipendenti contemplata dall'art.40, c.1, lett c, T.U.

Tale visione ha raggiunto un traguardo importante con il riconoscimento in via non più sperimentale del diritto del lavoratore al congedo "obbligatorio" di paternità – ai sensi dell'art. 27 *bis* T.U. come modificato dal d.lgs. n.105/2022 di trasposizione della dir. 2019/1158/UE "*Work-life balance*" – quale diritto autonomo e fruibile anche in contemporanea rispetto alla madre a sua volta in congedo obbligatorio, non subordinato ad alcun tipo di anzianità o altre condizioni, e indennizzato al 100%. Neppure tale "conquista" pare sufficiente, tuttavia, a superare definitivamente le ambiguità del quadro complessivo, data la durata di soli 10 giorni, inferiore a quella di altri paesi UE, e al rischio di scarsa effettività del diritto che, essendo di natura potestativa, è rimesso alla scelta del padre che intenda o meno avvalersene, esposta ai condizionamenti culturali ma anche a quelli organizzativi, e senza che sia concessa la facoltà di utilizzazione con flessibilità a ore che viceversa, come

emerge dalle ricerche empiriche, costituisce un modo per renderne maggiormente diffuso il godimento.

2. Un'ulteriore ambiguità dipende dal cambio di paradigma attuato dalla riforma legislativa dei congedi parentali, che ha abbandonato il modello “*take it or loose it*” basato sull'assegnazione personale e non trasferibile della quota di sei mesi a ciascuno dei genitori. Tale modello era stato privilegiato dal Testo Unico come metodo per incentivarne il godimento effettivo soprattutto da parte dei padri, nel timore giustificato che il trasferimento anche solo di una parte del congedo avrebbe riguardato prevalentemente le madri con conseguente appesantimento del loro ruolo di cura e i connessi effetti negativi. La trasposizione della direttiva è stata l'occasione per modificare il sistema che, ora, prevede l'attribuzione “in alternativa tra i 2 genitori” di una quota di 3 mesi di congedo parentale retribuito, permettendo così a uno dei due genitori di disporre di 9 mesi complessivi, restandone solo 3 all'altro. Pur essendo ineccepibile sotto il profilo del rispetto del principio di eguaglianza, la disposizione rende molto elevata la probabilità che siano le madri le destinatarie del congedo da parte dei padri “rinunciatori”, con un salto indietro di decenni nella legislazione tendente a favorire il modello di condivisione paritaria dei compiti di cura.

Tale rischio avrebbe potuto essere controbilanciato dall'innalzamento del grado di copertura economica, in conformità al principio per cui «il trattamento economico dei congedi parentali dovrebbe essere tale da incentivarne l'effettiva condivisione anche da parte dei padri», secondo il *considerando* n. 31 e l'art. 8, c. 3, dir. 2019/1158/UE. L'aumento del grado di copertura del congedo parentale pari all'80% della retribuzione, disposto dalla legge di bilancio 2023, è limitato, tuttavia, a un solo mese, e non rappresenta dunque una soluzione efficace.

Per altro verso, la riforma ha mancato l'occasione per affrontare in chiave più moderna il tema della condivisione dei compiti di cura mediante il coinvolgimento di altre figure in una visione allargata della ripartizione. Si sarebbe potuto investire, anzitutto, la sfera genitoriale oltre i genitori biologici e adottivi verso il secondo genitore equivalente, come già argomentato da un precedente contributo sul tema (M. Peruzzi, *Ragionando di sesso, genere, non-binarismo e neutro nel diritto antidiscriminatorio*, in *LD*, 2022, n.4); in secondo luogo, mediante l'estensione anche ai nonni o altre persone di riferimento familiare della titolarità di una quota di congedi parentali in alternativa ai genitori, alleggerendone così il

carico di cura, in una visione più sensibile ai nuovi scenari che si delineano in questo ambito.

3. Un secondo ordine di criticità del quadro complessivo riguarda l'impatto negativo derivante dalle trasformazioni dovute alla flessibilità del mercato del lavoro che hanno profondamente alterato il contesto applicativo della legislazione protettiva riducendone di fatto la portata. La moltiplicazione della gamma dei contratti di lavoro "flessibili" nonché l'emersione del fenomeno frequente di "stabilizzazione della precarietà", dovuto al susseguirsi dei contratti a durata determinata, rendono sempre più ardua l'applicazione della tutela della maternità e paternità, dato lo spazio di maggiore libertà lasciato al datore di lavoro di rinnovare o meno i contratti di lavoro alla loro scadenza così come di convertirli in contratto a tempo indeterminato. Il rischio di essere escluse dai processi di stabilizzazione del rapporto di lavoro è particolarmente alto per le lavoratrici madri, dati i noti condizionamenti sociali, e non è adeguatamente bilanciato da strumenti di protezione specifici se non in casi limitati; né può essere considerata risolutiva l'esperibilità del divieto di discriminazione, dato che non è agevole assolvere l'onere della prova. La casistica giudiziaria al riguardo è eloquente delle difficoltà in questo campo: ne dà conferma la sentenza che aveva respinto il ricorso di una lavoratrice madre il cui contratto di apprendistato era stato disdetto, unico tra i 200 stipulati tutti trasformati in contratti a tempo indeterminato, 17 mesi dopo la seconda gravidanza. Rispetto a essa è rilevante, peraltro, la censura da parte della Cassazione (Cass. Sez. lav., 3. 2. 2023, n. 3361) per aver omesso di verificare se il dato statistico fosse rivelatore di una possibile discriminazione spostando sul datore di lavoro l'onere di smentire tale presunzione.

Va inoltre considerato che la particolare struttura di alcuni tipi di rapporto di lavoro con caratteristiche di discontinuità riduce di per sé l'ambito applicativo della tutela genitoriale. Valga l'esempio del contratto di lavoro intermittente che, pur assicurando in linea di principio il godimento degli stessi diritti degli altri lavoratori subordinati, condiziona il congedo di maternità – e dunque anche quello di paternità – al presupposto che essa inizi durante i periodi di tempo lavorati, o al massimo entro 60 giorni dalla fine del rapporto, e limita analogamente la fruizione del congedo parentale alle sole fasi di lavoro effettivo. Pure nel contratto di lavoro a tempo determinato, che riguarda particolarmente i giovani, la scadenza del termine si riverbera negativamente, seppure in modo articolato, sull'effettività del diritto ai congedi. Si tratta di fenomeni a cui non

è sufficiente dare risposta sul versante previdenziale, ma che esigerebbero un profondo ripensamento della regolazione del mercato del lavoro a favore di una riforma complessiva volta a favorire la stabilità occupazionale, sull'esempio di quanto avvenuto nell'ordinamento spagnolo con il R.D. ley 32/2021.

4. Quanto alla flessibilità del tempo di lavoro, è noto che le trasformazioni derivanti dalle riforme attuate nel corso degli ultimi vent'anni hanno consentito margini di estensione e articolazione degli orari di lavoro finalizzati soprattutto alle esigenze delle imprese con effetti di alterazione del *work-life balance*, rendendo sempre più problematica la ricerca della concordanza dei tempi privati e lavorativi nonché sociali secondo il modello positivamente tracciato dalla l. n. 53/2000. Il quadro normativo vigente al riguardo è molto scarno, benché il principio della "programmabilità dell'orario di lavoro" si sia affacciato nei confronti dei lavoratori "discontinui", come già nel contratto di lavoro a tempo parziale. Il tema avrebbe potuto essere considerato nel provvedimento di trasposizione della dir. 2019/1158, tenuto conto dell'importanza che per la prima volta è assegnata – ai sensi dell'art. 3, c. 1, lett. *f* – alla «possibilità per i lavoratori e le lavoratrici di adattare l'organizzazione della vita professionale anche mediante l'uso del lavoro a distanza, calendari di lavoro flessibili o una riduzione dell'orario di lavoro». La difficoltà di pervenire a una soluzione cogente in sede euro-unitaria ha dato luogo, peraltro, a una soluzione tecnica di tipo procedurale che, ai sensi dell'art. 9, c.1, stabilisce il diritto individuale per i genitori o chi abbia carichi di cura, di presentare al datore di lavoro la richiesta di orari flessibili, a cui deve essere data risposta in un lasso di tempo ragionevole motivando l'eventuale rifiuto. Stupisce che il provvedimento di trasposizione, silente in tema di orari di lavoro finalizzati all'armonizzazione vita-lavoro, non abbia contemplato neanche tale misura il cui valore non è da sottovalutare, dato che l'eventuale rifiuto da parte del datore di lavoro è soggetto al controllo giudiziale. Tale lacuna potrebbe essere colmata in via giurisprudenziale, peraltro, tenuto conto che la norma euro-unitaria è connessa al diritto fondamentale sancito dall'art. 33 della Carta dei diritti, e ha un contenuto sufficientemente preciso e incondizionato da poter essere invocata anche direttamente nell'ordinamento nazionale.

Sotto il profilo sostanziale, è noto che l'assetto degli orari di lavoro è cruciale per la condizione delle lavoratrici madri, come riconosciuto fin dalla fondamentale sentenza Cgue C-109/88 *Danfoss* e riconfermato dal recente giudizio (Trib. Bologna, 31 dicembre 2021 n. 862, in [16](http://www.italia-</p></div><div data-bbox=)

nequalitynetwork.it n. 4/2022) che ha ravvisato una discriminazione indiretta a carattere collettivo nei confronti dei genitori lavoratori nel caso di una modifica dell'orario di lavoro che, abolendo il turno centrale, poneva le lavoratrici che in precedenza vi erano addette in una situazione di particolare difficoltà a svolgere il lavoro di cura nei confronti dei figli in tenera età, inducendo alle dimissioni molte dipendenti, costrette a prestare la propria attività anche in orario notturno e senza poter contare su altri supporti. Il rimedio applicabile in virtù del diritto antidiscriminatorio consiste nell'ordine di adottare un piano di rimozione delle discriminazioni accertate, che può costituire effettivamente uno strumento idoneo a introdurre soluzioni organizzative rispettose delle esigenze di cura realizzando altresì il contemperamento con le istanze della controparte datoriale. Ciò induce a valutare positivamente la corrispondente riforma dell'art. 25, co. 2 *bis*, d. lgs. n. 198/06, che ha codificato l'applicazione del divieto di discriminazione relativo ai genitori lavoratori anche nei confronti delle modifiche organizzative realizzate dal datore di lavoro, nonostante l'imperfetta formulazione della norma a opera della l. n. 162/2021 (D. Izzi, *La discriminazione di genere rivisitata e il puzzle da ricomporre*, in *LD*, 2022, n. 3).

Le difficoltà connesse alla mediazione giudiziaria come metodo di soluzione complessiva delle questioni descritte richiederebbero, peraltro, un quadro di misure più articolato combinando le regole inerenti il rapporto di lavoro con le politiche pubbliche, seguendo l'esempio di altri ordinamenti, al fine di attuare il principio costituzionale che impone di realizzare "condizioni adeguate" allo svolgimento della funzione familiare come un nodo essenziale per la partecipazione delle donne al mercato del lavoro.

Il posto della cura. Note su conciliazione dei tempi e flessibilità, *di Anna Rita Tinti*

1. Un'occasione non colta: la trasposizione della direttiva 2019/1158 (d.lgs. n. 105/2022) non ha segnato nel diritto del lavoro italiano quel mutamento di approccio alla materia della conciliazione dei tempi e quel riassetto normativo, su cui, in vista della scadenza, si erano formulati convinti auspici, anche alla luce della maggior consapevolezza forzosamente acquisita in un biennio di pandemia. Sarebbe stato necessario. Non solo per colmare lacune ed eliminare aporie accumulate in oltre due decenni di interventi frammentari, ma soprattutto per cogliere, di

una normativa europea pure esitante nelle soluzioni concrete, l'aspirazione ambiziosa ad accogliere una visione di conciliazione ampia e degna della complessità del tema: orientata alla condivisione di genere dei compiti di cura; allargata nella destinazione oltre i confini della genitorialità oltretutto – timidamente – aperta all'omogenitorialità; diversificata negli strumenti volti alla ricerca di un equilibrio dei tempi non più legato a doppio filo con la riduzione di quelli di lavoro.

Il fatto che si trattasse di una direttiva sui minimi, se non assolveva quanto di deludente era risultato dal suo travagliato *iter*, nondimeno autorizzava a rialzare l'aspettativa a livello nazionale: si poteva fare. Ma sarebbe servita una consapevolezza politica e una sensibilità (anche giuridica) almeno paragonabili a quelle che avevano accompagnato l'emanazione della legge n. 53/2000 per recuperare finalmente, di quella lontana stagione, potenzialità sistemiche cadute troppo presto.

È accaduto, prevedibilmente, l'opposto: una trasposizione minima e di mero aggiustamento nell'approccio, incompleta e insufficiente nei risultati, nonostante qualche innegabile innovazione positiva. Ne esce frustrato l'obiettivo della condivisione di genere della cura: troppo breve, e sempre ad alto rischio di ineffettività, il congedo di paternità, e troppo bassa la compensazione del congedo parentale, con buona pace della successiva micro-innovazione di un mese all'80%. Semplicemente ignorate le aspettative delle famiglie omogenitoriali. Quanto alla flessibilità conciliativa – l'aspetto forse più innovativo della direttiva – resta una pagina in buona parte ancora da scrivere: da questa pagina incompleta prendono spunto le osservazioni che seguono.

2. In materia di flessibilità orientata alla conciliazione la direttiva puntava alto, aprendo a una fluidità della strumentazione (lavoro a distanza, calendari di lavoro flessibili, flessibilità e/o riduzione di orario: art. 5, co. 12, lett. *f* e art. 9, co. 1) al fine di consentire a chi svolge compiti di cura, genitoriale o no, di “rimanere a far parte della forza lavoro” adattando “il calendario di lavoro alle proprie esigenze e preferenze personali” (*considerando* 34). Puntava alto pretendendo poco, come ci si era affrettati a commentare. In effetti questo embrionale diritto alla flessibilità conciliativa sfiora appena il potere organizzativo del datore di lavoro: è un “diritto di chiedere” a fronte di un dovere di “prendere in considerazione”; eppure, la autonoma rilevanza conferita al diritto di ricevere risposta *motivata* in tempi *ragionevoli*, oltre a prefigurare la possibilità del controllo giudiziale sulla motivazione (è appena il caso di ricordare, a conferma del carattere innovativo della disposizione, che su questioni come que-

sta era naufragata a suo tempo la proposta di revisione della disciplina in materia di orario), avrebbe potuto aprire spazi per implementazioni nazionali progressive e non banali. Infatti, pretendere tempi ragionevoli significa almeno riconoscere che l'esercizio del diritto (minimo) che la norma garantisce subisce pregiudizio nel caso di una risposta che ritardi tanto da costringere chi la attende a ricercare soluzioni alternative gravose prima di averla ricevuta. Dunque si afferma che ai tempi del lavoro di cura – di solito pressanti, poco flessibili, non sempre delegabili, di rado rinviabili – si deve innanzitutto rispetto. Fra l'altro, questo sarebbe un territorio tipicamente fecondo per interventi della contrattazione collettiva, purché adeguatamente orientati e condizionati dalla legge dato il bene fondamentale protetto: ci sarebbe allora ampio spazio per l'eventuale tipizzazione di motivazioni, per l'obbligo di individuare congiuntamente alternative in caso di impossibilità di accedere alla soluzione flessibile richiesta, per disporre procedure e limiti temporali, per avvicinarsi, insomma, all'obiettivo dell'adattamento organizzativo al bisogno di cura attraverso forme di micronegoziazione. Perché il bisogno di cura è sì privato e particolare e sempre diverso, ma è di rilevanza generale, coinvolgendo diritti fondamentali, e rileva altresì sul piano collettivo, dove la dimensione di genere e le istanze della cura vanno incluse nel complesso bilanciamento degli interessi rappresentati.

Il legislatore italiano ha invece doppiamente disatteso spirito e lettera della direttiva sul punto: ha scansato la flessibilità oraria puntando sul solo lavoro agile (di cui continua a ignorare l'intrinseca ambiguità rispetto alla condivisione della cura); e ha scelto una tecnica diversa, quella della fissazione di priorità, costruita sul modello già conosciuto per la trasformazione del contratto di lavoro a tempo pieno in contratto a tempo parziale per categorie predeterminate di "prestatori di cura". Garanzia apparentemente più sicura, sotto il profilo del risultato ottenibile, rispetto al "semplice" diritto di chiedere, la priorità lascia però l'iniziativa nelle mani del datore, funzionando solo se c'è già a monte la decisione organizzativa di attivare una pluralità di contratti flessibili e resta uno strumento debole se non è corredata dall'obbligo di motivare il rifiuto dell'eventuale richiesta del lavoratore.

Dunque non c'è sanzione per la risposta inesistente, o inconsistente, o tardiva. C'è, invece, e severa, per la "risposta" ritorsiva. Quando il datore reagisce (di nuovo, non alla richiesta di flessibilità oraria ma solo a quella relativa al lavoro agile o alla trasformazione del contratto in part time: rispettivamente art. 4, co. 1, lett. *b* e art. 5, co. 1, lett. *b* del d.lgs. n. 105/2022) con provvedimenti o comportamenti organizzativi svantaggiosi, questi oltre a essere nulli impediranno il conseguimento delle cer-

tificazioni di parità. È un passo nella direzione di una flessibilità orientata alla conciliazione, ma è insufficiente, tanto più se si pensa al fatto che l'intervento migliorativo (anche sul piano soggettivo: art. 4 d. lgs. n. 105/2022 di modifica della l. n. 81/2017) degli accessi prioritari al lavoro agile in funzione conciliativa lascia comunque irrisolti almeno due nodi problematici della relativa disciplina che incidono direttamente sull'effettività e l'impatto di genere della conciliazione: la valutazione della prestazione per obiettivi/risultati, con tutte le implicazioni del caso in materia di distribuzione dei carichi di lavoro, e il diritto alla disconnessione. Anche sotto questo profilo si avverte l'esigenza di una enunciazione normativa sicura che orienti queste due questioni in modo favorevole all'obiettivo della conciliazione finalizzata all'assolvimento dei compiti di cura. Né il rinvio alla negoziazione individuale contenuto nella legge n. 81/2017, né l'autonoma assunzione di tale compito da parte della contrattazione collettiva possono considerarsi risposte adeguate a tale esigenza.

Le soluzioni flessibili privilegiate dalla direttiva, insieme alle indicazioni di cui sono corredate (l'attenzione per la reversibilità delle trasformazioni, la salutare diffidenza manifestata nei confronti del part time) mirano al mantenimento del reddito, e in questo senso potenzialmente incidono sulla distribuzione di genere dei compiti di cura riducendo il rischio di ghetizzazione della componente femminile nei tempi (e nei redditi) ridotti. Allo stesso tempo tendono a condizionare la discrezionalità organizzativa del datore evocando, pur con molte cautele, quel generale adattamento del lavoro all'uomo che sta alla base anche della normativa in materia di sicurezza. Come dire che un diritto alla flessibilità conciliativa che avesse trovato in sede di trasposizione una compiuta espressione normativa avrebbe potuto svolgere una funzione di chiusura non troppo dissimile da quella svolta, in materia di tutela di salute e sicurezza, dall'art. 2087 c.c.

3. Archiviata la delusione, occorre chiedersi se sia ancora appagante l'operazione interpretativa, che la dottrina conduce già da qualche anno, volta alla ricostruzione di quel "diritto alla conciliazione" che si profila, nell'ordinamento multilivello, come risultante di un insieme sempre più ricco di frammenti normativi, inclusi quelli derivanti dalla recente trasposizione. Beninteso, l'operazione, *faute de mieux*, è inevitabile e doverosa, tanto più che è avanzata in parallelo con l'affermarsi di un orientamento giurisprudenziale, recente ma ormai folto di – citatissimi – casi nei quali, pur con accentuazioni diverse, si è valorizzata la tutela anti-

discriminatoria contro interventi organizzativi datoriali, di carattere sia individuale sia collettivo, incidenti sulla effettiva possibilità di lavoratori e lavoratrici di svolgere compiti di cura genitoriale: se in tali casi non è sempre limpida la distinzione fra la “tradizionale” discriminazione indiretta di genere e quella basata sulla genitorialità (già *ex art. 3 del d.lgs. n. 151/2001*), emerge ormai, ora avvalorato dalla riscrittura (per altri versi discutibile) dell’art. 25 del codice delle pari opportunità introdotta dalla legge n. 162/2021, il profilo generale della titolarità di obblighi di cura come autonomo fattore di discriminazione vietata (nuovo comma 2 *bis*) e il comportamento di natura organizzativa o incidente sull’orario di lavoro come fattispecie tipizzata di discriminazione indiretta.

Tale ultima evoluzione della tutela antidiscriminatoria, importante anche per la sua innegabile funzione deterrente, tuttavia non basta, da sola, a conferire agli strumenti di conciliazione quel carattere di continuità e fluidità che la direttiva lascia intravedere: tanto più che la tutela antidiscriminatoria, oltre a intervenire comunque *a posteriori*, consente al datore di giustificare l’effetto svantaggioso di proprie scelte organizzative “neutre” sulle possibilità di conciliazione qualora tali scelte siano ritenute necessarie per comprovate esigenze dell’impresa.

Dunque, nelle ricostruzioni per frammenti del “diritto alla conciliazione” la mancata implementazione della flessibilità conciliativa è il pezzo mancante che lascia il vuoto più vistoso. Lamentare il mancato riconoscimento alla conciliazione della centralità che le spetterebbe nel diritto del lavoro significa confrontarsi con questo vuoto: cioè con una discontinuità nel riconoscimento di un diritto a dare cura che resta tuttora in prevalenza confinato nel recinto di congedi/sospensioni, vale a dire in una visione della cura come “eccezione” rispetto a una “normalità organizzativa” del lavoro che ne è esente. Invece, evocando l’adattamento dei tempi di lavoro – e non solo la loro sospensione o riduzione – la normativa europea avvia un processo di riconoscimento e “normalizzazione” della cura dotato di potenzialità che prescindono dalla modestia delle strumentazioni concrete al momento predisposte. Solo che si tratta di potenzialità quasi eversive, meglio esserne consapevoli quando si rivendica la centralità della conciliazione: se essa centrale non è, nel diritto del lavoro, è perché non è abilitata a confrontarsi con la discrezionalità del potere organizzativo opponendogli direttamente, nella zona della flessibilità, le priorità proprie.

In altre parole, intervenire sulla flessibilità organizzativa in questa materia significa coniugare il riequilibrio di genere con quello intercorrente fra le parti del contratto di lavoro. Serve un intervento della legge, meglio ancora se di rango costituzionale, a fissare un principio che, fa-

cendo uscire l'art. 37 dalle antiche ambiguità, salvi e circoscrive l'essenzialità della cura come crocevia imprescindibile di diritti e doveri che legittimano la limitazione dei poteri privati, nell'interesse dei singoli e della collettività. Poi, certo, l'intreccio delle fonti, collettiva e anche individuale, garantirà il necessario adattamento delle regole alla specificità delle situazioni concrete: ma il posto della cura, insieme all'eguaglianza, è quello dei principi.

4. Esiste poi una ricostruzione diversa. Nella recente lettura delle tendenze del diritto del lavoro in chiave di "sogettivazione regolativa" la conciliazione dei tempi non ha bisogno di rivendicare centralità, situandosi naturalmente nel cuore di una concezione in cui all'accentuazione dei profili di libertà e di responsabilità assegnati al lavoratore nell'ambito di modelli organizzativi evoluti e orientati a obiettivi di "sostenibilità" corrisponderebbe un più ampio spazio lasciato all'autonomia individuale nella definizione delle condizioni contrattuali, incluse finalità relative alla dimensione extralavorativa¹: *in primis*, appunto, le esigenze di una migliore conciliazione. Non si disconosce, in tale costruzione, né il ruolo della norma inderogabile (nessuno metterebbe in discussione le garanzie dei congedi), né quello dell'autonomia collettiva; e sarebbe comunque la legge ad abilitare e orientare la dimensione individuale. Anche questa teoria si avvale infatti di frammenti normativi esistenti. Il territorio è, di nuovo e non a caso, quello della flessibilità (spazio-temporale e funzionale): la disciplina del lavoro agile (l. n. 81/2017, art. 18 ss.) che annovera la conciliazione fra le sue finalità generali e affida all'autonomia individuale gli aspetti più qualificanti della regolazione; e l'art. 2103, co. 6, c.c., che include, fra le ragioni che possono indurre a sottoscrivere un patto di demansionamento, il "miglioramento delle condizioni di vita", espressione che nella sua genericità ingloba certamente esigenze conciliative pur senza esaurirsi in esse.

Questa "riflessione a più voci" non è certo la sede adatta per sviluppare compiute argomentazioni intorno a una teoria complessa nelle implicazioni tematiche e di vasta (e non solo giuridica) portata dottrinale: può esserlo, invece, per rilanciare la discussione partendo da un interrogativo.

Di quale "conciliazione" si tratta?

¹ Il riferimento immediato è alle *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, di A. Perulli e V. Speciale (Bologna, il Mulino, 2022), ma anche al *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, di B. Caruso, R. Del Punta e T. Treu (2020, www.csdle.lex.unict.it).

Certo si tratta di una nozione aperta e avanzata, che coinvolge tutta la sfera personale del soggetto e le scelte di libertà nell'impiego del tempo, che includono l'assunzione di responsabilità di cura ma vanno oltre.

Se però un'area delle istanze legate alla cura – quella per cui si potrebbero richiedere e in prospettiva pretendere soluzioni flessibili dopo, o al posto delle, sospensioni/riduzioni del tempo di lavoro – è convogliata nella dimensione individuale fino a confondersi nella (preziosa, ma) generica ricerca del “tempo per sé” non si realizza forse una concorrenza dall'esito già scritto fra le fonti regolative attraverso la quale passa un anacquamento degli obiettivi?

Difficile infatti pensare che, riducendosi lo spazio di esigibilità della soluzione flessibile prescelta, non risultino offuscate, una volta riassorbite nella sfera personale, finalità di interesse generale quali l'equilibrio di genere e la condivisione della cura: che si perseguono riconoscendo, e non occultando, l'esistenza del conflitto di potere sull'organizzazione del tempo.

Quando poi ci si spinge ad affermare che il miglioramento della conciliazione conseguibile individualmente rientrerebbe nella causa del contratto, diventando una sorta di opzione attivabile dal lavoratore che ne abbia interesse, si finisce col congelare la separazione fra l'area (inderogabile) di congedi/sospensioni, considerata “tipica” delle esigenze di cura, e quella della flessibilità conciliativa, aperta e “libera”, in cui le specificità si dissolvono: perpetuando un'idea di conciliazione molto tradizionale nel riprodurre quella discontinuità di cui la recente normativa europea lasciava intravedere il superamento.

Dunque c'è o no un posto *riservato* alla cura nell'area della flessibilità?

5. Occuparsi di conciliazione può essere frustrante. Come se la si dovesse per forza guardare attraverso un obiettivo zoom dal movimento difettoso, che non si lascia ben controllare.

Un fenomeno, di cui molto si parla, rappresenta plasticamente questa difficoltà: è quello delle “grandi dimissioni” (*Great Resignation*). Osservandolo, attraverso le ormai molte ricerche che ne hanno fatto oggetto, si possono riconoscere diversi ordini di cause, talora intrecciate, a volte contraddittorie, altre volte forse sopravvalutate: l'insoddisfazione per un lavoro non gratificante; il mancato riconoscimento di valore professionale; un semplice, magari più accentuato del solito, fenomeno di turnover; una nuova “ricerca di senso” che cambia il peso riconosciuto al lavoro nelle singole esistenze; e, certo, la ricerca di un miglior equilibrio vita-lavoro.

Poi, questione di un attimo, ci si trova a mettere a fuoco “altre” dimissioni: quelle di lavoratrici e lavoratori genitori di figli fino a tre anni, di cui la Relazione annuale dell’Ispettorato nazionale del lavoro ci rende edotti.

In *queste* dimissioni (piccole? mica tanto; ma non è un fenomeno nuovo, e difatti se ne parla meno) c’è tutto ciò che non piace e che “non torna” in quelle teorizzazioni piene di “visione”: c’è il lavoro che non si adatta perché non congeniale a una gestione flessibile, o semplicemente perché il datore non consente il tempo ridotto o il turno meno gravoso; c’è il lavoro sporco e faticoso a cui si preferisce rinunciare perché è così povero che non vale la pena; c’è, a volte, l’incomprensibilità di una rinuncia anticipata già in gravidanza (quando ogni garanzia sarebbe attiva e la scongiurerebbe) e che forse nasconde altro, qualcosa che la procedura di convalida non ha saputo fare emergere; e c’è, soprattutto, una distribuzione di genere talmente ineguale nei numeri e ancora talmente difforme nelle motivazioni (le madri che si dimettono per impossibilità di conciliare, i padri perché trovano un impiego migliore: ancora il *male bread-winner*?) da scongiurare fughe in avanti che rischiano di allontanare dalla realtà.

Sex, gender, discrimination: a roundtable discussing (IV) by Maria Dolores Ferrara, Mariagrazia Militello, Stefania Scarponi, Anna Rita Tinti

The authors reconstruct in a diachronic key the Italian legislation on maternity and paternity and concerning the balance and reconciliation between private life and working life, highlighting the persistent shortcomings and aporias, both in terms of ineffectiveness and in terms of distance from the objectives fixed by the most recent interventions of EU law. Particular attention is paid to the interconnections between the right to care and the law of the employment contract, which on the one hand touch the heart of the employer’s powers and on the other solicit new functions for collective bargaining. Finally, the authors wonder whether and how, today, in a hyper-flexible labour market, an organizational flexibility of work could be built, being able to guarantee, at the same time, the right to care for working parents (mothers and fathers) as well as effective equal opportunities in employment and in workplace.

Keywords: Maternity; Paternity; Parental leaves; Equality; Non-discrimination; Work-life balance; Flexible working arrangements.

Maria Dolores Ferrara è professoressa associata di Diritto del lavoro nell'Università di Trieste (Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione, Piazzale Europa 1, 34122 Trieste – Italy) mferrara@units.it, orcid.org/0000-0001-5806-999X

Mariagrazia Militello è professoressa associata di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Catania (Dipartimento di Giurisprudenza, via Gallo 24, 94124 Catania – Italy) mgmilitello@lex.unict.it; orcid.org/0000-0002-0872-245X

Stefania Scarponi è stata professoressa ordinaria di Diritto del lavoro nell'Università degli studi di Trento (via San Felice, 105, 40122 Bologna -Italy) stefania.scarponi@unitn.it

Anna Rita Tinti è stata ricercatrice di Diritto del lavoro ed è professoressa Alma Mater dell'Università di Bologna (via T. Salvini, 8, 40127 Bologna – Italy) annarita.tinti@unibo.it