

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

contributi di

C. ALESSI, O. BONARDI, L. CALAFÀ, M. D'ONGHIA,
M.G. MITTELLO, P. SARACINI, M.L. VALLAURI

Editoriale Scientifica

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

indice

- presentazione
- 9 CRISTINA ALESSI, OLIVIA BONARDI, LAURA CALAFÀ, MADIA D'ONGHIA,
MARIAGRAZIA MITTELLO, PAOLA SARACINI, MARIA LUISA VALLAURI
- sezione prima
- La direttiva 2019/1158 nel quadro del diritto sociale europeo
- 13 LAURA CALAFÀ
I congedi dei genitori dopo la trasposizione della direttiva 2019/1158
- 41 MARIAGRAZIA MITTELLO
*Tempi di lavoro e conciliazione. L'orario di lavoro scelto come strumento di
parità*
- 67 MARIA LUISA VALLAURI
Lavori indipendenti e strumenti di conciliazione vita-lavoro
- sezione seconda
- La direttiva 2019/1158 e i limiti del diritto nazionale
- 85 CRISTINA ALESSI
*La flessibilità del lavoro per la conciliazione nella direttiva 2019/1158/UE e
nel d.lgs. 30 giugno 2022 n. 105*
- 103 OLIVIA BONARDI
*Il diritto di assistere. L'implementazione nazionale delle previsioni a favore
dei caregivers della direttiva 2019/1158 in materia di conciliazione*
- 127 MADIA D'ONGHIA
L'incidenza delle misure di conciliazione sul sistema di protezione sociale

© Copyright febbraio 2023

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

ISBN 979-12-5976-551-2

ISSN 1722-7666

Abstract

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

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

Keywords

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

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

sezione seconda

la direttiva 2019/1158
e i limiti del diritto nazionale

Cristina Alessi

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

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

1. Premessa

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

va contrastata con il miglioramento dei servizi di assistenza¹ e con politiche volte a una più equa ripartizione dei tempi dedicati al lavoro non retribuito².

In un quadro già desolante, la pandemia ha avuto un effetto moltiplicatore, cui gli interventi normativi emergenziali hanno rimediato solo in parte³. Un recente report INAPP⁴ dimostra infatti che il divario di genere tra lavoro retribuito e lavoro non retribuito si è esasperato nel periodo pandemico, anche a causa della chiusura delle scuole e dei servizi domiciliari, dal momento che dette attività sono rimaste prevalentemente a carico delle donne, nonostante la compresenza del *partner*. La stessa ricerca mette in luce, inoltre, che alla ripresa delle attività lavorative in presenza sono stati gli uomini a rientrare al lavoro in numero maggiore rispetto alle donne, molte delle quali hanno preferito continuare a svolgere l'attività lavorativa in modalità agile, laddove possibile⁵. La pandemia ha dimostrato insomma, se ce ne fosse stato bisogno, che l'onere della conciliazione ricade ancora in prevalenza sulle donne⁶, in parti-

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

² Si v., ad esempio, ISTAT, *Il benessere equo e sostenibile in Italia*, reperibile all'indirizzo https://www.istat.it/it/files/2021/09/BES_2020.pdf, spec. p. 79 ss.; PALOMBI, ROMANO, P. ZOPPILO, *Un'analisi del tasso di mancata partecipazione al lavoro in Italia, Francia, Germania e Spagna: il ruolo di inattività e divari di genere*, in *Note Tematiche MEF*, n. 2, 2022, reperibile all'indirizzo <https://bit.ly/3piZm32>, spec. p. 20 ss.; sulle possibili politiche di sostegno alla genitorialità si v. TREU, *Strumenti di conciliazione, sostegno alla famiglia e attività di cura: una questione di metodo*, *Intervista a cura di GABRIELE*, in FALETTA, GABRIELE, a cura di, *Tempi di vita e di lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, in *Quaderni FMV*, 2020, p. 65 ss.; BORZI, REBUZZINI, *La conciliazione vita/lavoro tra diritto esigibile e strumento strategico per nuove politiche di sviluppo*, in FAOLI, REBUZZINI, a cura di, *Conciliare vita e lavoro: verso un welfare plurale*, in *Working Papers* Fondazione Brodolini, n. 7, 2015, p. 11 ss.; MALZANI, *Politiche di conciliazione, partecipazione delle donne al mercato del lavoro e sfide demografiche*, in *RGL*, 2015, spec. p. 335 ss.

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

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

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

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

colare per la generazione efficacemente definita *sandwich*, cioè quella compresa nella fascia di età tra i 35 e i 54 anni⁷. Non a caso, la direttiva 2019/1158/UE, pur con una formulazione "leggera", ricorda agli Stati membri che "l'offerta di servizi accessibili e a prezzi contenuti per la custodia dei bambini e per l'assistenza a lungo termine (...) sono cruciali per consentire ai genitori e alle altre persone con responsabilità di assistenza di entrare, rimanere o ritornare nel mercato del lavoro" (cons. 12).

Per ciò che riguarda il tema oggetto di queste pagine, la direttiva pone una particolare attenzione alla flessibilità del lavoro in funzione di conciliazione/condivisione⁸, con alcune previsioni che sono suscettibili di incidere in maniera significativa sull'interpretazione della regolazione nazionale in materia, anche alla luce dei più recenti interventi del legislatore. In particolare, il d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105, di attuazione della direttiva 2019/1158, ha introdotto alcuni strumenti di flessibilità del lavoro, intervenendo principalmente sulla disciplina del lavoro agile e del *part-time*, di cui si discuterà più avanti. Ulteriori misure di incentivazione all'utilizzo del lavoro flessibile (ma anche della flessibilità oraria) sono previste per lavoratori disabili e *care givers*, per l'analisi delle quali si rinvia al saggio di Olivia Bonardi.

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

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

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

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

una mera priorità nell'accesso al lavoro agile. Per il lavoro *part-time* le modiche riguardano solo la platea dei soggetti che hanno priorità nella trasfazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale, nell'ipotesi in cui detti soggetti debbano assistere familiari disabili in situazione di gravità o affetti da patologie oncologiche o cronico degenerative ingravescenti⁹, senza incidere sul diritto alla trasformazione per finalità di conciliazione. L'atteggiamento del legislatore rispetto ai profili in parola sembra dunque molto distante dall'approccio della direttiva che, benché "leggero" e in costante tensione tra il riconoscimento del diritto alla conciliazione e la salvaguardia delle esigenze dell'impresa, opta per la costruzione di un modello di organizzazione del lavoro *family friendly*, nel quale siano altresì valorizzate le istanze di equa ripartizione delle responsabilità di cura¹⁰.

Eppure, l'attuazione della direttiva avrebbe potuto essere l'occasione per una sistemazione organica delle previsioni in materia, oggi distribuite in una pluralità di interventi, la cui disomogeneità ne rende complessa la ricostruzione, anche a seguito dei numerosi interventi della Corte costituzionale¹¹ (sul punto si v. anche il contributo di VALLAURI), nonché per porre finalmente mano alla disciplina dell'orario di lavoro nella prospettiva del riconoscimento delle esigenze di conciliazione quale vero e proprio diritto, come del resto la dottrina più attenta segnala da tempo¹². Può darsi che sul punto abbia inciso l'emanazione della L. 7 aprile 2022, n. 32 (c.d. *Family Act*), che prevede una specifica delega al Governo per "incentivare il lavoro femminile,

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

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

¹¹ La questione della complessità e della frammentazione delle previsioni in materia di conciliazione è stata sollevata da tempo dalla dottrina. Si v. ad es. GOTTARDI, *Le modifiche al testo unico maternità-paternità e la conciliazione tra vita famigliare e vita professionale*, *Ragionando di d. lgs. n. 80/2015 e dintorni*, in EAD., a cura di, *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T. U. n. 151/2001 ai sensi del d. lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, 2016, p. 6 ss.; CALAFÀ, *Le misure di conciliazione vita-lavoro: un quadro di sintesi*, in ZILIO GRANDI, BIASI, a cura di, *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Wolters Kluwer, Cedam, 2015, p. 693 ss.; da ultimo si v. ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D'ONGHIA, *Per una inasprizione responsabile della Direttiva n. 2019/1158, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, in RGL, 2022, I, p. 111 ss.

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

la condivisione della cura e l'armonizzazione dei tempi di vita e di lavoro" (art. 4), che tuttavia si limita a prevedere incentivi per i datori di lavoro che applichino le clause dei contratti collettivi che prevedano "modalità di lavoro flessibile" con la possibilità per i lavoratori di richiedere il ripristino dell'originario regime contrattuale. Si tratta, ancora una volta, di una previsione debole e dalla portata circoscritta, dal momento che, da un lato, rinvia alle previsioni dei contratti collettivi di secondo livello, dall'altro sembra affidare all'iniziativa spontanea dei datori di lavoro l'attuazione del diritto alla flessibilità per la conciliazione¹³. La tecnica dell'incentivazione, peraltro, ha mostrato tutti i suoi limiti già nel passato (anche) recente, dal momento che tanto l'art. 9 della L. n. 53/2000, quanto l'art. 25 del d.lgs. n. 80/2015 sono stati scarsamente utilizzati (sul tema si v. anche MITTELO, in questo volume). Il collegamento al contratto di secondo livello dell'erogazione degli incentivi previsti dalle norme citate, poi, al di là della difficile incidenza del contratto aziendale nella materia dell'organizzazione del lavoro, ha dato luogo a una produzione scarsamente innovativa nei suoi contenuti, quanto meno con riferimento al tema dell'articolazione flessibile dell'orario di lavoro¹⁴. Certo, provare a ridefinire il rapporto tra tempi di vita e tempi di lavoro nell'ottica auspicata dalla direttiva 2019/1158/UE, nella quale "genitori e i prestatori di assistenza dovrebbero poter adeguare il calendario di lavoro alle proprie esigenze e preferenze personali" (considerando 34) significa incidere sul *santus sanctorum* delle prerogative datoriali, quelle cioè relative all'organizzazione delle modalità temporali della prestazione di lavoro¹⁵. E non c'è dubbio che un ripensamento di detto rapporto dovrebbe porsi all'interno di un orizzonte più ampio, che riveda gli stessi tempi sociali in un'ottica moderna,

¹³ Che questa fosse una delle ragioni della scarsa effettività dell'art. 9 della L. n. 53/2000, insieme al suo carattere non sistematico, è messo in luce da REBUZZINI, *Work-life balance e nuove organizzazioni del lavoro*, paper reperibile all'indirizzo https://www.wv.academia.edu/17092133/Work-Life_Balance_e_Nuove_Organizzazioni, p. 10 ss.

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

¹⁵ È quanto è avvenuto in occasione di alcune controverse aventi ad oggetto l'articolazione dell'orario di lavoro. Si v. Trib. Bologna 31 dicembre 2021, in RIDL, 2022, II, p. 247 ss., con nota di PERUZZI, *Orario di lavoro e discriminazione per genitorialità: la soluzione giurisprudenziale prima della l. n. 162/2021*, p. 205 ss.; si v. anche SCARPONI, *Discriminazione e cura genitoriale: la modifica dell'orario di lavoro imposta dal datore di lavoro è rilevante?*, reperibile al link https://bit.ly/-IEN_Scarponi_Trib_Firenze_22_ottobre_2019, in RIDL, 2020, II, p. 659 ss., con nota di IZZI, *Discriminazioni verso i genitori e risarcimento dei danni in funzione sanzionatoria*, p. 665 ss.

come del resto aveva (vanamente) cercato di fare la l. n. 53/2000¹⁶ (su questi aspetti si rinvia al contributo di MILITELLO). Un primo passo in questa direzione, tuttavia, andrebbe fatto. Se è vero che le stesse imprese richiedono forme di organizzazione flessibile dell'orario e appaiono interessate al conseguimento di dati obiettivi produttivi, piuttosto che alla misurazione del tempo di lavoro, si potrebbero immaginare forme organizzative modulari, flessibili e aperte al rispetto dei tempi di vita dei lavoratori e delle lavoratrici, come si è del resto fatto in alcune realtà produttive. Il punto di partenza, in questa prospettiva, non può che essere la valorizzazione del diritto alla flessibilità per la conciliazione disegnato dalla direttiva 2019/1158/UE.

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

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

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

zazione del lavoro, come si ricava anche dai paragrafi 2 e 3 (dove si parla di "organizzazione della vita professionale"), nonché dalla stessa intitolazione dell'articolo. Tra le modalità in parola rientra dunque anche la richiesta di svolgere l'attività lavorativa a distanza, secondo il considerando 35 della direttiva. Rinviano al par. 3 l'analisi delle diverse modalità con le quali l'esigenza di assistenza può essere soddisfatta, occorre dire qualche parola, preliminarmente, sulla portata del diritto riconosciuto dall'art. 9, cui corrisponde l'obbligo del datore di lavoro di prendere in considerazione la richiesta e di motivarne l'eventuale rifiuto o differimento. L'apparente debolezza della formulazione della norma, dovuta probabilmente alla complessità dell'*iter* che ha portato all'approvazione della direttiva¹⁷, non deve indurre a svalutarne il contenuto¹⁸. La previsione disegna un vero e proprio diritto non a chiedere (che non avrebbe senso), quanto a ottenere modalità flessibili di lavoro, che gli Stati membri possono certamente subordinare alla presenza di date condizioni (come l'età dei figli o la qualità di *caregiver*, sulla quale si rimanda al contributo di BONARDI), così come devono prevedere la possibilità per il datore di lavoro di respingere o differire la richiesta in presenza di condizioni oggettive, legate alle necessità dell'organizzazione produttiva. Nel nostro ordinamento un'ipotesi analoga è prevista per il rifiuto o il differimento del congedo formativo ex art. 5, l. 8 marzo 2000, n. 53, che è subordinato alla presenza di comprovate esigenze organizzative, la prova delle quali spetta ad datore di lavoro¹⁹. Per non parlare delle ipotesi di riconoscimento del diritto all'adibizione al lavoro agile, previste in numerose norme emanate nel periodo dell'emergenza, subordinate solo alla valutazione della compatibilità delle mansioni assegnate al lavoratore o alla lavoratrice con la modalità a distanza. Sul lavoro agile si tornerà più avanti; per il momento si può osservare, in generale, come in questi casi le esigenze di conciliazione rivestano un'importanza tale da incidere sul potere (altrimenti) discrezionale

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

¹⁸ In quest'ottica sembra porsi ZUCCARO, *Il differenziale di genere nel lavoro di cura*, cit., p. 112, riprendendo la posizione di IZZI, *Il work-life balance al maschile: a proposito di congedi dai padri*, in *LD*, 2020, p. 345 ss, che definisce l'obbligo in esame di "carattere procedurale".

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

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

del datore di lavoro, imponendo di motivare la mancata adozione o il differimento della misura organizzativa richiesta dal lavoratore e assoggettando pertanto la decisione del datore di lavoro al controllo del giudice. Si tratta di segnali dell'emersione nella struttura del contratto di lavoro del diritto alla conciliazione, riconosciuto peraltro anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE²⁰. A tal proposito, è opportuno sottolineare che la direttiva 2019/1158/UE prevede il diritto alla conciliazione in termini assai più ampi di quanto si poteva ricavare dalla precedente direttiva 2010/18/UE, che riconosceva la possibilità di chiedere modifiche dell'orario di lavoro unicamente ai lavoratori "che tornano dal congedo parentale". Detta limitazione aveva indotto la Corte di giustizia a ritenere che non rientrasse nell'ambito di applicazione della direttiva una previsione nazionale che consentiva al lavoratore di chiedere la riduzione, ma non la modifica, dell'orario di lavoro per esigenze di cura²¹. Oggi il quadro europeo è significativamente cambiato, come si è visto, dal momento che gli unici requisiti richiesti dalla direttiva 2019/1158/UE per l'esercizio del diritto alla conciliazione sono l'età dei figli o la condizione di *caregiver*²².

L'attuazione dell'art. 9 della direttiva nell'ordinamento italiano risulta, da questo punto di vista, piuttosto deludente, come si è anticipato. In primo luogo, l'art. 4 del d.lgs. n. 105 del 2022, aggiungendo il comma 3-bis all'art. 18 del d.lgs. n. 81/2017, riconosce ai genitori con figli fino a 12 anni di età, nonché ai lavoratori disabili e ai *caregivers*, la priorità di accesso al lavoro agile. E basta, direbbe Giorgio Gaber²³. Mentre per i lavoratori disabili e i *caregivers* lo stesso d.lgs. prevede anche la possibilità di accedere "ad altre forme di lavoro flessibile" (art. 3: sul punto si rinvia nuovamente al contributo di BONARDI), per i genitori la flessibilità riguarda esclusivamente il lavoro agile. La limitazione si può spiegare con il fatto che la legge già prevede, come si è visto, strumenti di incentivazione alla flessibilità oraria in funzione di conciliazione, ma si tratta, per l'appunto, di strumenti affidati alla contrattazione

²⁰ MULTIELLO, *Conciliare vita e lavoro*, cit., p. 28 ss.; VALLAURI, *Genitorialità e lavoro*, cit., p. 38 ss.

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

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

²³ Il riferimento è ovviamente alla canzone "Il signor G".

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

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

A volersi spingere un po' più in là, peraltro, l'art. 9 potrebbe addirittura considerarsi una disposizione di diretta applicazione, una volta scaduto il termine di recepimento della direttiva, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia UE in materia²⁵. In essa, infatti, sono individuati il diritto a orari o modalità di lavoro flessibili, i titolari del diritto (genitori di figli di età inferiore a otto anni e *caregivers*) e il contenuto dello stesso diritto (ottenere una risposta motivata, basata su esigenze oggettive). Sembra, insomma, che in questo caso il *lex Francovich* possa dirsi agevolmente superato. La direttiva, peraltro, è fondata sugli art. 23 e 33 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (cons. 2 e 3 dir. 2019/1158/UE), il che ne rafforza sicuramente la portata precettiva e la sua efficacia diretta, come ha riconosciuto più volte la Corte di giustizia²⁶. Trattan-

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

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

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

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

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

Le osservazioni svolte finora devono valere anche per l'accesso alle altre forme di lavoro flessibile, prima tra tutte il lavoro a tempo parziale, ma anche all'articolazione dell'orario di lavoro. Per il *part-time*, l'art. 8, c. 5, del d.lgs. 81/2015 prevede la priorità per la trasformazione del rapporto di lavoro per le lavoratrici e i lavoratori che abbiano figli di età inferiore a 13 anni²⁷. Anche in questo caso, la norma va interpretata, alla luce delle previsioni della direttiva, come il riconoscimento del diritto a chiedere la trasformazione del rapporto di lavoro e a ottenere una risposta motivata.

In tal modo, peraltro, la disciplina si porrebbe in linea con quanto previsto dall'art. 1, comma 58, l. 662/1996, secondo il quale i dipendenti pubblici possono chiedere la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale e hanno diritto ad ottenere una risposta collegata a esigenze di funzionalità della p.a. oppure alla tipologia di rapporto di lavoro che il lavoratore intende instaurare con un altro soggetto²⁸. Del resto, una differen-

²⁷ 2018, p. 105 ss.; sull'efficacia diretta del principio di non discriminazione e dei diritti riconosciuti nella Carta dei diritti fondamentali UE si v. da ultimo, BARBERA, BORELLI, *Principio di eguaglianza e diritto di discriminazione*, in *Biblioteca 20 maggio*, CSDLE “Massimo D'Antona”, 2022, n. 1, p. 94 ss.

²⁸ Sul contenuto della previsione si v. VETTORI, *Conciliare vita e lavoro. La prospettiva del diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, Giappichelli, 2018, p. 74 ss.; sulla disciplina introdotta dal d.lgs. n. 276/2003 e modificata dalla l. n. 92/2012, si v. CALAFA, *Il contratto di lavoro a tempo parziale*, in BROGLIO, a cura di, *Il mercato del lavoro*, in *Trattato di Diritto del Lavoro*, diretto da PERSIANI e CARINCI, Vol. VI, Cedam, 2012, p. 1228 ss.

²⁸ Sul punto si v. TIMPELLINI, *L'ultima declinazione flessibile del lavoro dipendente nelle pubbliche amministrazioni*, in *VTTDL*, 2020, p. 424 ss.; BROGLIO, *Il tramonto del diritto al part-time nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in *LPA*, 2008, 1, p. 499 ss.

ziazione di disciplina su questo specifico profilo²⁹ non può giustificarsi alla luce delle previsioni della direttiva che, com'è noto, si applicano ai datori di lavoro privati e pubblici.

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

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

Quanto al *part-time*, continuare a considerarlo uno strumento utile per favorire la conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di vita e, soprattutto, un'equa distribuzione delle responsabilità di cura è tanto irrealistico quanto dannoso, almeno finché le percentuali di accesso al *part-time* saranno, nel nostro Paese come nella maggior parte dei Paesi europei, nettamente sbilanciate a discapito del genere femminile e, di conseguenza, i carichi di cura assunti principalmente dalle donne³⁰, come si è visto (sul punto si v. anche il contributo di MURTELLO). Intervenire in questa materia, certo, non è semplice: occorre trovare il modo di rendere il lavoro a tempo parziale attrattivo anche per gli uomini, eliminando alcune penalizzazioni ad esso correlate, come le maggiori difficoltà di carriera, riducendone l'incidenza sui diritti previden-

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

³⁰ Sulla diversa distribuzione del lavoro familiare nelle coppie in cui entrambi sono occupati si v. ISTAT, *BES 2020. Il benessere equo e sostenibile in Italia*, Roma, 2021, p. 88 e, sugli effetti di esca sul tasso di partecipazione al mercato del lavoro, PALOMBI, ROMANO, P. ZOPPOLI, *Un'analisi del tasso di mancata partecipazione al lavoro in Italia, Francia, Germania e Spagna: il ruolo di inattività e divari di genere*, in *Note Tematiche MEF*, 2022, n. 2, p. 20 ss.; in dottrina si v. MARINELLI, *Gender gap e mercato del lavoro alla luce della pandemia: il punctum dolens è la ripartizione tra i generi dei compiti di cura genitoriale*, in *RIDL*, 2021, 1, p. 65 ss.

ziali (sul punto si rinvia al contributo di D'ONGHIA) e individuando incentivi mirati, anche attraverso la contrattazione collettiva. Interventi di questo tipo, tuttavia, dovrebbero accompagnarsi anche a politiche volte a smantellare gli stereotipi che ancorano uomini e donne a ruoli prestabiliti³¹.

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

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

nale³², e la cui rilevanza ai fini del conseguimento della parità dei generi nelle attività di cura era stata parimenti sottolineata, anche alla luce del suo stretto collegamento con il Pilastro europeo dei diritti sociali³³.

Il lavoro agile sembrerebbe una modalità di lavoro più adatta alla conciliazione, idonea cioè a favorire una più equa ripartizione delle esigenze di cura, dal momento che esso non presenta alcune delle controindicazioni legate al *part-time*, prima tra tutte la riduzione della retribuzione. L'esperienza maturata nel periodo pandemico, tuttavia, ha ridimensionato in buona parte la visione quasi idilliaca dell'istituto diffusa dalle ricerche condotte in materia³⁴. Il lavoro agile, come si è detto in altra sede³⁵, contiene in sé il rischio di evolversi in un nuovo *part-time* dal punto di vista della ripartizione delle responsabilità di cura, cosa che si è puntualmente verificata durante la pandemia³⁶. Le ricerche condotte hanno dimostrato, come si è detto, che i carichi di cura non hanno subito modifiche, se non marginali, e che non appena è stato possibile rientrare al lavoro sono stati soprattutto gli uomini a farlo³⁷.

³² Si v. i rilievi formulati da ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D'ONGHIA, SARACINI, SCHUSTER, *Dal congedo parentale all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza. Riflessioni di diritto del lavoro dell'Unione europea e nazionale*, Atti del Congresso tenutosi a Roma il 30 gennaio 2020, mimeo; VITALETTI, *Benessere, nuove lavoratrici e vita familiare. Alcune considerazioni a margine della direttiva europea 2019/1158/CE*, in DEL PUNTA, GOTTARDI, NUNIN, TRABOSCHI, *Salute e benessere dei lavoratori: profili giuridicistici e di relazioni industriali*, Adsp University Press, 2020, p. 85 ss.; CHIEREGATO, *A Work-Life Balance for All?* cit., p. 59 ss.; LAURUM, *La direttiva 2019/1158 di 20 giugno 2019 sull'equilibrio entre vie professionnelle et vie privée*, cit.; si v. anche il *Dossier* pubblicato dalla *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, 2020, n. 3, con contributi di LORBER, SANTORO, CARACCILOLO DI TORELLA, CALAFÀ, KRÜGER, BURRI, BAGARI, DE OLIVEIRA CARVALHO, MUSALA, ROGORU, STANGOVA, GÖNNKER, PERRÉNOUD, MALHERBE.

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

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

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

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

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

La crescita della percentuale di adibizione al lavoro agile post-pandemico porrà dunque questioni analoghe a quelle che tradizionalmente hanno riguardato il lavoro a tempo parziale, ad esempio quelle relative alle prospettive di carriera. Un presidio importante rispetto al verificarsi di questi rischi è senza dubbio il principio di parità di trattamento previsto per i lavoratori agili dall'art. 20 della l. 81/2017³⁸, ma ad esso devono accompagnarsi politiche sociali e interventi legislativi volti a favorire una migliore ripartizione del lavoro di cura, come il potenziamento degli asili nido pubblici e l'incremento del congedo di paternità obbligatorio (su questo aspetto si rinvia al contributo di CALAFÀ).

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

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

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

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

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

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

Com'è noto, la nuova nozione di discriminazione, salutarata con favore nei primi commenti³⁹, prevede l'applicazione della tutela antidiscriminatoria a particolari condizioni, come le esigenze di cura e l'età anagrafica. Non è questa la sede per discutere *funditus* del significato delle modifiche introdotte all'art. 25 e, in particolare, se dette modifiche comportino effettivamente un ampliamento della tutela o invece non aggravino la posizione delle vittime di atti discriminatori, anche sul piano probatorio⁴⁰.

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

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

⁴⁰ Si v. sul punto le osservazioni di CALAFÀ, *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, in www.italianequalitynetwork.it; il-dito-la-luna-e-altri-fraintendimenti-in-materia-di-parità-tra-donne-e-uomini/.

⁴¹ In tal senso PERUZZI, *Orario di lavoro e discriminazione per gentorialità*, cit., p. 270 ss.

organizzazione dell'orario di lavoro suscettibili di produrre effetti discriminatori lo dimostra, tra l'altro, la giurisprudenza, in particolare le sentenze del Tribunale di Firenze del 22 ottobre 2019 e del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2021⁴², che non a caso richiama la direttiva 2019/1158/CE. La previsione espressa, tuttavia, ha l'effetto di designare un divieto di discriminazione per motivi legati alla cura dai confini molto ampi, idonei a ricomprendere tutti i trattamenti e le modifiche organizzative idonee ad incidere sulle esigenze di conciliazione di lavoratori e lavoratrici.

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

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

⁴² Entrambe le sentenze sono citate a nota 15.

delle modalità di lavoro che incidano sfavorevolmente sulle posizioni dei genitori o dei prestatori di assistenza possono essere considerate discriminazioni, con quel che ne segue in termini di rafforzamento della tutela, anche sul piano processuale, dal momento che questi ultimi potranno percorrere la strada del ricorso contro gli atti discriminatori previsto dal CPO⁴³.

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

Stando così le cose, le motivazioni addotte dal datore di lavoro per il diniego della modifica organizzativa o per il rigetto delle richieste di cui sopra devono essere particolarmente intense, tali cioè da non consentire al datore di lavoro di ricorrere a strumenti meno invasivi delle posizioni dei lavoratori o delle lavoratrici, come del resto insegna la pluridecennale giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di discriminazioni⁴⁴.

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

⁴⁴ Sul punto si v. BARBERA, BORELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, cit., p. 133 ss.

