

RICERCHE
DIRITTO

Pubblicazioni a cura del Dipartimento di Diritto privato e pubblico dell'economia

Lavoro, mercato, valori (a cura di M. Napoli)

La professionalità (a cura di M. Napoli)

La Carta di Nizza (a cura di M. Napoli)

L. Mengoni, *Il contratto di lavoro* (a cura di M. Napoli)

L. Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa* (a cura di M. Napoli)

Sistema creditizio e sviluppo locale (a cura di M. Napoli)

La responsabilità sociale delle imprese (a cura di M. Napoli)

Globalizzazione e rapporti di lavoro (a cura di M. Napoli)

Alle radici del sindacalismo italiano (a cura di M. Napoli)

Impresa, mercati, regole (a cura di M. Napoli)

La solidarietà (a cura di M. Napoli)

M. Napoli, *Il sindacato*

G. Floridia, *La giustizia come servizio pubblico essenziale*

La dignità (a cura di M. Napoli)

A. Occhino, *Volontariato, diritto e modelli organizzativi*

M. Napoli - V. Ferrante - M. Corti - A. Occhino, *Nuove tendenze nelle fonti del Diritto del lavoro. Dagli accordi del 2009 e 2011 al decreto legge 138*

M. Corti, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*

La libertà (a cura di M. Napoli)

M. Napoli, *RSA e Costituzione. La giurisprudenza della Corte costituzionale*

L'eguaglianza (a cura di A. Occhino)

Lavoro, cittadinanza, famiglia (a cura di V. Ferrante)

Il lavoro nelle Carte internazionali (a cura di M. Corti)

La Corte costituzionale e l'economia (a cura di M. Massa)

Il lavoro e i suoi luoghi (a cura di A. Occhino)

L. Brunetti, *Autodichia delle Camere*

A. Occhino, *Volontariato, diritto ed enti del terzo settore*

Il Pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'UE
(a cura di M. Corti)

a cura di

MATTEO CORTI

IL PILASTRO EUROPEO DEI DIRITTI SOCIALI E IL RILANCIO DELLA POLITICA SOCIALE DELL'UE

Achim Seifert, Cristina Alessi, José María Miranda Boto,
Fabio Pantano, Vincenzo Ferrante, Massimiliano Delfino,
Mirko Altimari, Matteo Corti, Elena Sychenko



VITA E PENSIERO

RICERCHE
DIRITTO

La pubblicazione di questo volume ha ricevuto il contributo finanziario dell'Università Cattolica del Sacro Cuore sulla base di una valutazione dei risultati della ricerca in essa espressa (linee D.1 anno 2019 e D.3.1 anno 2021).

www.vitaepensiero.it

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail: autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org

© 2021 Vita e Pensiero - Largo A. Gemelli, 1 - 20123 Milano
ISBN 978-88-343-4375-3

INDICE

Introduzione. Un Pilastro vitale <i>di Matteo Corti</i>	7
ACHIM SEIFERT The European Pillar of Social Rights. Some reflections on its origins and structure, legal nature and implementation	13
CRISTINA ALESSI La direttiva 2019/1158/UE. Alcune riflessioni su congedi di paternità e flessibilità del lavoro	29
JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO Annotazioni sulla nuova direttiva (UE) 2019/1152. Condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea	53
FABIO PANTANO Il quadro europeo sul salario minimo legale. La proposta di direttiva dell'UE	77
VINCENZO FERRANTE Novità dall'Europa nella regolazione dell'orario di lavoro. La direttiva n. 1152 del 2019	99
MASSIMILIANO DELFINO L'ultima direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori. La sua trasposizione in Italia nel prisma del bilanciamento degli interessi	123
VINCENZO FERRANTE - MIRKO ALTIMARI L'Autorità europea del lavoro	141
MATTEO CORTI La partecipazione dei lavoratori: avanti piano, quasi indietro	163
ELENA SYCHENKO Social policy in Russia. Considering constitutional amendments and Covid as the factors of influence	201
Gli Autori	217

CRISTINA ALESSI

La direttiva 2019/1158/UE Alcune riflessioni su congedi di paternità e flessibilità del lavoro

1. *Il Pilastro dei diritti sociali e il tema della conciliazione*

L'approvazione nel 2017 del Pilastro dei diritti sociali ha sollevato un ampio dibattito sulla sua portata giuridica, come del resto è avvenuto in passato in relazione ad analoghi documenti dell'Unione europea. Il riferimento è, ad esempio, alla Carta comunitaria dei diritti fondamentali dei lavoratori del 1989 e alla Carta di Nizza, oggi integrata nel Trattato sul funzionamento dell'UE.

In dottrina si è manifestato un diffuso pessimismo sull'effettiva capacità innovativa del Pilastro, considerato al più una dichiarazione di «buone intenzioni»¹, la cui attuazione risulta, alla fine, subordinata agli imperativi economici², tanto che la dichiarazione solenne di detti diritti avrebbe indebolito la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'UE³. Non è questa la sede per discutere *funditus* queste posizioni; si può però provare ad adottare un approccio «concreto e costruttivo», che riconosca i piccoli passi che l'Europa sociale muove nella direzione del rafforzamento dei diritti sociali⁴, proprio a partire da un tema, quello della conciliazione (o meglio, come si vedrà, della condivisione), che

¹ Si vedano le osservazioni di S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul Pilastro europeo dei diritti sociali*, in «Quaderni Costituzionali», 2017, pp. 960 ss.

² N. MACCABIANI, *Il duplice "stress test" del Pilastro europeo dei diritti sociali nell'UEM in via di completamento: nuove iniziative, vecchie questioni*, in «Federalismi.it», 2018, 24, pp. 22 ss.; G. MASSA GALLERANO, *Diritti sociali e politiche di austerità nella dimensione europea: dalla crisi economica al "Pilastro sociale europeo"*, in «La cittadinanza europea», 2, 2019, 2, pp. 160 ss.

³ A.O. COZZI, *Perché il Pilastro europeo dei diritti sociali indebolisce la Carta europea dei diritti fondamentali*, in «Quaderni Costituzionali», 2018, 2, pp. 516 ss.

⁴ In questo senso B. CARUSO, *I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo: tutele rimediali legali, giurisprudenziali e contrattuali*, in «Diritto delle relazioni industriali», 2019, pp. 1007 ss.; S. GARBEN, *The European Pillar of Social Rights: An Assessment of its Meaning and Significance*, in «Cambridge Yearbook of European Legal Studies», 2019, 21, pp. 102 ss. (reperibile all'indirizzo <https://doi.org/10.1017/cel.2019.3>).

sembra aver ritrovato una posizione di primo piano nel dibattito (non solo) giuridico, anche alla luce delle conseguenze negative innescate dall'emergenza pandemica. A questo proposito, occorre anche segnalare come proprio le conseguenze negative della pandemia sull'occupazione, sui livelli di protezione sociale e, dunque, sull'inclusione sociale degli strati più deboli della popolazione siano servite a riportare la garanzia dei diritti sociali al centro dell'attenzione politica a livello nazionale e sovranazionale. Non è un caso che di recente la Commissione abbia rilanciato l'attuazione del Pilastro europeo attraverso la pubblicazione di un Piano d'azione⁵ in cui si legge che occorre «rafforzare i diritti sociali e potenziare la dimensione sociale europea in tutte le politiche dell'Unione, come sancito dai Trattati». Certo, il medesimo documento non manca di sottolineare che «l'effettiva attuazione del Pilastro europeo dei diritti sociali [...] dipende in larga misura dalla determinazione e dall'azione degli Stati membri», dal momento che essi mantengono saldamente nelle proprie mani le competenze in materia di occupazione e politiche sociali, ma la Commissione ritiene anche che le «azioni a livello dell'UE possono integrare le azioni nazionali». Secondo quanto si legge nel Piano d'azione, dette azioni non paiono limitarsi solo a strumenti di *soft law*, dal momento che la Commissione intende utilizzare, là dove sia possibile sulla base del riparto di competenze tra Unione e Stati membri, anche strumenti *hard*, come direttive e regolamenti⁶. Del resto, che l'intenzione della Commissione fosse quella di dare corpo e sostanza alle dichiarazioni contenute nel Pilastro si è potuto intuire dalle prime iniziative ancorate al Pilastro stesso, come la direttiva n. 2018/957/UE sul distacco transnazionale dei lavoratori, la direttiva n. 2019/1152/UE sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili e la direttiva 2019/1158/UE sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, sulla quale si concentrerà l'attenzione nel prosieguo. L'attività della Commissione si è poi concretizzata in due proposte di grande rilievo: la proposta di direttiva volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno

⁵ Si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Piano d'azione sul Pilastro europeo dei diritti sociali*, 4.3.2021, COM (2021) 102 final.

⁶ Ad esempio, nel quadro dell'obiettivo 3.1, la Commissione prevede di intervenire con un atto legislativo sul diritto alla disconnessione, sulle condizioni di lavoro dei lavoratori delle piattaforme digitali, sull'uso affidabile dell'intelligenza artificiale sul posto di lavoro e in tutte le forme di lavoro, sull'esposizione dei lavoratori alle sostanze chimiche pericolose, sullo status dei soggiornanti di lungo periodo.

stesso lavoro⁷ e la proposta di direttiva relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea⁸, quest'ultima collegata all'obiettivo di contrasto alla povertà contenuto nel Pilastro⁹. Nelle direttive già approvate e nelle proposte in discussione, il legame con la Carta dei diritti fondamentali e con il Pilastro dei diritti sociali emerge immediatamente dai 'considerando', il che dovrebbe ridimensionare le preoccupazioni sopra ricordate, dal momento che sembra di potersi dire che proprio il riferimento ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta rafforza le iniziative adottate nell'ambito del Pilastro, anche nelle materie sulle quali l'UE non dispone di competenze dirette (come nel caso della retribuzione). Nelle materie in cui, viceversa, la competenza europea esiste, le iniziative adottate nell'ambito del Pilastro costituiscono a loro volta attuazione della Carta, potendo così fornire alla Corte di giustizia un saldo ancoraggio per le decisioni in materia di diritti fondamentali. In particolare, la direttiva 2019/1158/UE si fonda sugli artt. 23 e 33 della Carta dei diritti fondamentali (considerando 2 e 3), cosa che sottolinea lo stretto legame esistente tra il perseguimento dell'uguaglianza tra uomini e donne e l'equa distribuzione dei compiti di cura¹⁰.

I primi commenti alla direttiva 2019/1158/UE hanno intravisto nella sua approvazione, condivisibilmente, la conferma dell'apertura di una nuova stagione di rilancio dei diritti sociali, dopo anni di silenzio (talvolta

⁷ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea, COM (2020) 682 final, attualmente nella fase di prima lettura al Consiglio, sulla quale hanno espresso parere favorevole sia la Camera che il Senato italiani il 5 aprile 2021.

⁸ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza delle retribuzioni e meccanismi esecutivi, COM/2021/93 final.

⁹ Sul punto si veda V. PAPA, Working (&) poor. *Dualizzazione del mercato e lavoro autonomo povero nell'UE*, in «Rivista della sicurezza sociale», 2021, pp. 55 ss.; L. RATTI, *La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nella prospettiva del contrasto all'in work poverty*, in «Diritto delle relazioni industriali», 2021, pp. 61 ss.; secondo M. BARBERA - F. RAVELLI, *Osservazioni sulla proposta di direttiva della Commissione europea relativa a salari minimi adeguati nell'UE*, Memoria per la XI Commissione della Camera dei Deputati, in www.camera.it, 2020, la proposta di direttiva è indicativa della volontà della Commissione di «prendere sul serio il programma politico delineato nel *Pilastro europeo dei diritti sociali*».

¹⁰ C. DE OLIVEIRA CARVALHO, *Reconciling professional and family life for promoting gender equality in Portugal: some considerations and prospects in the light of the new Directive 2019/1158 on work-life balance for parents and carers*, in «Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale», 2020, 4, pp. 98 ss.

imbarazzante) in materia¹¹. Certo, si tratta di una direttiva non del tutto soddisfacente sul piano del contenuto effettivamente vincolante per gli Stati membri¹², ad esempio con riguardo alla durata molto limitata del congedo riconosciuto al padre o al secondo genitore equivalente, come si vedrà; ma le critiche sembrano ingenerose, se si tiene conto del contesto nel quale la direttiva è stata emanata e delle resistenze opposte dalle parti sociali (in particolare da *Business Europe*) prima, e dagli Stati membri in sede di Consiglio, dopo¹³. In realtà, la direttiva appare innovativa per molti aspetti¹⁴, anche rispetto alla precedente direttiva del 2010, primo tra tutti il diverso approccio al tema dell'equilibrio dei tempi di vita e di lavoro, a quello della flessibilità del lavoro e l'inclusione nella sfera della protezione accordata dalla direttiva dei prestatori di assistenza¹⁵, per nulla scontata alla luce delle stesse previsioni della Carta di Nizza. Nell'attuazione della direttiva, ormai prossima per l'Italia stando all'inclusione della direttiva tra quelle da attuare nella legge di delegazione europea 2019-2020¹⁶, tutti gli aspetti segnalati dovrebbero essere attentamente valutati, così come quelli sui quali si svolgeranno alcune riflessioni in queste pagine.

¹¹ Si veda S. LAULOM, *La directive 2019/1158 du 20 juin 2019 sur l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée: une nouvelle contribution européenne au droit de l'égalité entre les femmes et les hommes*, in «Semaine Sociale Lamy», suppl., 1888-1889, 2019, pp. 14 ss.; D. IZZI, *Il work-life balance al maschile: a proposito di congedi dei padri*, in «Lavoro e diritto», 2020, p. 341.

¹² Di direttiva «per molte cose nata già vecchia» parlano L. GUAGLIANONE - M.L. PARI, *Smartworking? Una teorizzazione del doppio carico di lavoro*, relazione presentata al Convegno *Il lavoro delle donne. Risorsa nell'emergenza e fattore di rilancio*, 2020, disponibile all'indirizzo www.labourlawcommunity.org.

¹³ Sul punto si veda S. LAULOM, *La directive 2019/1158 du 20 juin 2019 sur l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée*, cit., pp. 15 ss.; W. CHIEREGATO, *A Work-Life Balance for All? Assessing the Inclusiveness of EU Directive 2019/1158*, in «International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations», 2020, pp. 67 ss.

¹⁴ D. IZZI, *Il work-life balance al maschile: a proposito di congedi dei padri*, cit., p. 334.

¹⁵ In questo senso M. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 132 ss.; sulla tutela riconosciuta ai prestatori di assistenza (e ai suoi limiti) si veda O. BONARDI, *Assistenza ai disabili*, in C. ALESSI - O. BONARDI - L. CALAFÀ - M. D'ONGHIA - P. SARACINI - A. SCHUSTER (a cura di), *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*, Roma, CGIL, 30.1.2020, mimeo, pp. 8 ss.

¹⁶ Il riferimento è alla L. 22 aprile 2021, n. 53, che inserisce la direttiva 2019/1158/UE tra gli atti dell'UE da attuare. Per il recepimento della direttiva, tuttavia, non sono previsti principi e criteri direttivi specifici: l'art. 1, comma 3, rinvia all'elencazione contenuta nell'allegato A, con ciò individuando detti principi e criteri nel contenuto della direttiva.

2. *I congedi di paternità e l'incentivazione alla condivisione*

L'innovatività dell'approccio al tema dei congedi si coglie già dai considerando della direttiva 2019/1158/UE, là dove si legge, tra l'altro, che «le politiche in materia di equilibrio tra attività professionale e vita familiare dovrebbero contribuire al conseguimento della parità di genere promuovendo la partecipazione delle donne al mercato del lavoro e l'equa ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne» (considerando 6). La direttiva, poi, invita «ad affrontare la questione degli stereotipi relativi alle professioni e ai ruoli sia maschili sia femminili», in modo da far sì che gli uomini «condividano equamente le responsabilità di assistenza» (considerando 11). L'ottica, dunque, è quella della condivisione e non della conciliazione¹⁷, nella prospettiva secondo la quale una maggiore partecipazione al mercato del lavoro delle donne non è assicurata dalla possibilità di svolgere contemporaneamente lavoro produttivo e lavoro di cura, ma dalla distribuzione delle responsabilità di cura in modo paritario¹⁸. Una posizione, questa, in verità non nuova¹⁹, ma affermata con maggiore intensità rispetto alla precedente legislazione (non solo) europea²⁰.

In effetti, che fosse necessario partire dalla riconsiderazione del ruolo dei padri (e, ora, anche del secondo genitore equivalente) emerge dalla letteratura in materia di *work life balance*²¹, che valorizza il ruolo svolto dal diritto europeo nel passaggio dall'idea di conciliazione come questione che riguarda esclusivamente le donne al concetto di condivisione (o conciliazione condivisa)²². La direttiva, nel promuovere il ruolo

¹⁷ In questa prospettiva si vedano C. ALESSI, *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, in «Diritto delle relazioni industriali», 2018, pp. 804 ss.; D. LA ROCCA, *Differenze di genere e responsabilità di cura nell'ordinamento giuridico della crisi*, in «About Gender», 2014, 6, pp. 139 ss.

¹⁸ I. FANLO CORTES, *Congedi genitoriali, politiche del diritto e disuguaglianze di genere. Riflessioni sul caso italiano nel quadro europeo*, in «Diritto e questioni pubbliche», 2015, 2, pp. 40 ss.; E. CARACCILO DI TORELLA, *Men in the work/family reconciliation discourse: the swallows that did not make a Summer?*, in «Journal of Social Welfare and Family Law», 37 (2015), 3, pp. 336 ss.

¹⁹ Si veda M.L. VALLAURI, *Genitorialità e lavoro. Interessi protetti e tecniche di tutela*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 46 ss.

²⁰ D. IZZI, *Il work-life balance al maschile: a proposito di congedi dei padri*, cit., p. 341.

²¹ Si vedano i saggi raccolti in L. CALAFÀ (a cura di), *Paternità e lavoro*, Bologna, Il Mulino, 2007.

²² L. CALAFÀ, *La promozione del benessere nel diritto del lavoro gender oriented*, in E. ASQUER - A. SCATTIGNO - E. VEZZOSI (a cura di), *Felicità della politica, politica della felicità. Cittadinanza, giustizia, benessere in una visione di genere*, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2016, pp. 103 ss.

dei padri (o dei genitori equivalenti) nello svolgimento dei compiti di cura, sembra andare in questa direzione, con l'obiettivo di migliorare la partecipazione delle donne nel mercato del lavoro. Nel Piano di azione sul Pilastro europeo dei diritti sociali si sottolinea, tuttavia, che l'obiettivo richiede una pluralità di interventi combinati tra loro, come l'eliminazione del divario retributivo tra uomini e donne a parità di lavoro e l'organizzazione di efficienti servizi di educazione e cura da parte degli Stati membri. In questo senso si muovono la proposta di direttiva sulla parità retributiva tra uomini e donne²³ e la raccomandazione del Consiglio sui sistemi di educazione e cura della prima infanzia²⁴.

La direttiva 2019/1158/UE si può considerare il primo tassello di questo complesso mosaico²⁵. Pur con i limiti che si vedranno, la direttiva rappresenta senza dubbio un tentativo di promuovere una più equa ripartizione dei compiti di cura tra uomini e donne, nella prospettiva del perseguimento dell'uguaglianza²⁶.

In primo luogo, la direttiva si occupa quasi esclusivamente dei congedi dei padri lavoratori, dal momento che non incide, se non indirettamente, sull'assetto complessivo dei congedi riconosciuti alle madri. Al padre lavoratore viene equiparato il secondo genitore equivalente, laddove e nella misura in cui riconosciuto dal diritto nazionale. Scontata l'osservazione per cui la limitazione deriva dall'incompetenza dell'UE in materia di famiglia, occorre però ricordare che l'art. 33 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, al quale la direttiva fa espresso riferimento, si fonda su una nozione ampia di famiglia, che ne ricomprende le più diverse espressioni²⁷. Una simile previsione potrebbe incentivare

²³ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza delle retribuzioni e meccanismi esecutivi, COM (2021) 93. Sulla proposta si veda M. PERUZZI, *Differenziali di genere e trasparenza retributiva, tra reporting aziendale e certificazione di parità*, in «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 2021, pp. 143 ss.

²⁴ Raccomandazione (2019/C 189/02) del Consiglio del 22 maggio 2019.

²⁵ C. DE LA PORTE - T. LARSEN - D. SZELEWA, *A Gender Equalizing Regulatory Welfare State? Enacting the EU's Work-Life Balance Directive in Denmark and Poland*, in «The Annals of American Academy of Political and Social Science», 691 (2020), p. 85.

²⁶ Si veda, oltre agli autori già citati, C. DE OLIVEIRA CARVALHO, *Reconciling professional and family life for promoting gender equality in Portugal*, cit.; C. DE LA PORTE - T. LARSEN - D. SZELEWA, *The EU's work-life balance directive: a lost opportunity for the UK in gender equality?*, in M. DONOGHUE - M. KUUSMA (eds.), *Whiter social rights in (post-) Brexit Europe? Opportunities and challenges*, Social Europe Publishing, Friedrich Ebert Stiftung, 2020.

²⁷ M. BARBERA, *The Unsolved Conflict: Reshaping Family Work and Market Work in the EU*

gli Stati che non hanno ancora una legislazione in materia a riaprire la discussione su questi profili²⁸, contribuendo così a colmare le lacune della direttiva che la dottrina non ha mancato di segnalare²⁹. Del resto, che le richieste di riconoscimento di diritti alle famiglie omogenitoriali pongano una questione non più eludibile³⁰ lo dimostrano le controversie intentate in questa materia anche nel nostro ordinamento³¹, pur in un quadro normativo e giurisprudenziale certamente non favorevole³².

La direttiva riconosce al padre lavoratore (o al genitore equivalente) anzitutto il diritto a un congedo di paternità di 10 giorni lavorativi da fruire in occasione della nascita di un figlio, congedo che può essere utilizzato parzialmente prima della nascita del figlio o esclusivamente dopo, secondo la scelta discrezionale degli Stati membri, e che deve essere concesso «a prescindere dallo stato civile o di famiglia del lavoratore». Nell'ottica adottata dalla direttiva, spetta agli Stati membri stabilire se detto congedo sia oggetto di un diritto oppure debba formare oggetto

Legal Order, in T. HERVEY - J. KENNER, *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*, Hart Publishing 2003, pp. 142 ss.

²⁸ E. CONRADSEN, *Parental Rights for Everyone? A critical gender study of the European Union Directive 2019/1158 on Work-Life Balance for Parents and Carers*, Master's Thesis, Master of Arts, Aalborg University, 2020 (reperibile all'indirizzo <https://bit.ly/3fwWATm>), pp. 64 ss.; D. IZZI, *Il work-life balance al maschile: a proposito di congedo dei padri*, cit., p. 343. Sottolinea come la previsione del 'genitore equivalente', equiparata esclusivamente al padre, ponga rilevanti questioni di compatibilità con la normativa antidiscriminatoria M. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, cit., p. 126, testo e nota 162.

²⁹ E. CHIEREGATO, *A Work-Life Balance for All?*, cit., pp. 70 ss.; L. GUAGLIANONE - M.L. PARISI, *Smartworking? Una teorizzazione del doppio carico di lavoro*, cit.

³⁰ Ne dà conto L. CALAFÀ, *La transposition de la directive 2019/1158 en Italie: problèmes en suspense et solutions complexes*, in «Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale», 2020b, 3, pp. 27 ss.

³¹ Il riferimento è a Trib. Milano 12.11.2020 che ha dichiarato discriminatorio il diniego del congedo parentale opposto dal datore di lavoro a una lavoratrice, unita civilmente con la madre biologica del bambino.

³² Come ricorda lo stesso Tribunale di Milano citato alla nota precedente, la stessa Corte costituzionale ha più volte ribadito che il riconoscimento dell'omogenitorialità non può considerarsi costituzionalmente imposto, ma «attiene all'area degli interventi con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale» (da ultimo Corte cost. 4.11.2020, n. 230). L'unica strada, al momento, sembra essere la trascrizione in Italia di certificati di nascita formati all'estero, che è stata considerata dalla Cassazione non contraria a principi di ordine pubblico (Cass. S.U. 8.5.2019, n. 12193), cosa che ha consentito alla ricorrente della causa citata di ottenere una pronuncia favorevole.

di un vero e proprio obbligo di astensione dal lavoro³³, come prevede la legislazione italiana nella (finora) vigente disciplina di cui alla legge Fornero, introdotta in via sperimentale per gli anni 2013-2015 e successivamente prorogata, con progressivo incremento della durata del congedo. L'ultimo provvedimento in materia risulta l'art. 1, comma 363, della legge di bilancio 2021, che ha portato a dieci giorni la durata del congedo obbligatorio, prevedendo che lo stesso possa essere goduto anche in caso di morte perinatale del figlio. Probabilmente la disposizione, ancora di carattere provvisorio³⁴ e per giunta non applicabile ai dipendenti pubblici³⁵, costituisce un'anticipazione dell'attuazione (*in parte qua*) della direttiva, il cui termine di recepimento scade il 2 agosto 2022. Proprio il recepimento della direttiva potrebbe costituire l'occasione per rimettere mano alla complessa disciplina dei congedi di maternità e paternità che, nonostante il consolidamento nel Testo Unico del 2001, appare ormai il risultato di «un'infinita sequenza di correzioni senza un disegno complessivo», addirittura «pieno di ridicole forzature oltre che di vuoti complessivi di tutela»³⁶. Una revisione che si impone sia perché la direttiva 2019/1158/UE modifica radicalmente «la chiave di lettura della relazione vita lavorativa-vita privata», oltre che, come si è detto, la stessa nozione di conciliazione, sia perché sembra venuto il momento di mettere mano complessivamente alla tematica dei tempi di lavoro, in un'ottica che tenga conto dell'emergenza di un vero e proprio diritto alla conciliazione, come la dottrina più attenta non ha mancato di sottolineare³⁷.

³³ La previsione di un obbligo di astensione sembrerebbe la più confacente rispetto agli obiettivi della direttiva. In tal senso D. IZZI, *Il work-life balance al maschile: a proposito di congedi dei padri*, cit., p. 344; M. VALLAURI, *Genitorialità e lavoro*, cit., pp. 156 ss., sottolinea anche che il mancato rispetto dell'obbligo di astensione deve essere adeguatamente sanzionato, pena l'ineffettività dello stesso (come è dimostrato dalla scarsa applicazione delle previsioni della Legge Fornero).

³⁴ La previsione contenuta nell'art. 1, comma 363, della l. 30.12.2020, n. 178, prevede che le disposizioni in tema di congedo di paternità si applichino per tutto il 2021.

³⁵ Per l'estensione ai dipendenti pubblici manca l'intervento regolamentare previsto dall'art. 1, comma 8, della l. n. 92/2012 e affidato al Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche. Sul punto si veda M. VALLAURI, *Genitorialità e lavoro*, cit., p. 153.

³⁶ Così L. CALAFÀ, *Il presente della genitorialità e le contraddizioni del sistema regolativo*, in C. ALESSI - O. BONARDI - L. CALAFÀ - M. D'ONGHIA - P. SARACINI - A. SCHUSTER (a cura di), *Dal congedo parentale all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, cit., p. 2.

³⁷ Si veda in particolare M. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, cit., pp. 136 ss.; M. VALLAURI, *Genitorialità e lavoro*, cit., p. 48 segnala come la disponibilità del tempo di lavoro entri «fra le tecniche di tutela e di sostegno alla genitorialità», richiamando

Accanto al congedo di paternità, la direttiva 2019/1158/UE prevede il riconoscimento di un diritto individuale al congedo parentale di almeno quattro mesi, da utilizzare prima degli otto anni di vita del bambino, di cui due mesi non trasferibili. In questo caso, la novità risiede nell'innalzamento a due mesi del congedo non trasferibile, dal momento che già la direttiva 2010/18/UE prevedeva un minimo di un mese. In verità, il complicato *iter* di approvazione della direttiva ha portato a ridurre la durata del congedo non trasferibile dai quattro mesi originariamente contenuti nella proposta della Commissione³⁸.

Al di là della durata del congedo parentale, tuttavia, l'aspetto che più rischia di incidere sull'effettivo esercizio del diritto risiede, com'è noto, nella retribuzione da riconoscere al lavoratore o alla lavoratrice che richieda di assentarsi dal lavoro. È osservazione comune, infatti, sostenuta da numerose ricerche sul campo, che il basso livello di compensazione economica connesso ai congedi parentali ne disincentivi la fruizione da parte degli uomini³⁹. Non a caso, nel considerando 31 della direttiva si sottolinea che «nel fissare il livello della retribuzione o indennità previsti per il periodo minimo non trasferibile di congedo parentale, gli Stati membri dovrebbero tener conto del fatto che la fruizione del congedo parentale spesso comporta una perdita di reddito per la famiglia e che il primo percettore di reddito di una famiglia è in grado di esercitare il proprio diritto al congedo parentale soltanto se quest'ultimo è sufficientemente retribuito, in vista di consentire un tenore di vita dignitoso». Nei Paesi membri esistono sul punto regole molto diverse⁴⁰: dal 30%

la sentenza del Tribunale di Firenze che ha ritenuto indirettamente discriminatoria un'organizzazione dell'orario di lavoro che, attraverso un inasprimento della disciplina dei ritardi, ha prodotto effetti lesivi soprattutto nei confronti dei dipendenti con responsabilità genitoriali. Si veda Trib. Firenze 22 ottobre 2019, in «Rivista Italiana Diritto del Lavoro», 2020, pp. 665 ss., con nota di IZZI e in *GC.com*, con nota di MARASCO.

³⁸ Si veda la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio, COM (2017) 253 final. Sul punto D. IZZI, *Il work-life balance al maschile: a proposito di congedi dei padri*, cit., p. 345.

³⁹ M.L. VALLAURI, *Genitorialità e lavoro*, cit., p. 125. Si veda, in proposito, la ricerca di EUROFOUND (2019), *Parental and paternity leave – Uptake by fathers*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, reperibile all'indirizzo <https://www.eurofound.europa.eu/>, spec. pp. 19 ss.

⁴⁰ Oltre alla ricerca citata alla nota precedente, si veda anche il report della Banca Mondiale *Maternity, paternity and parental leaves in Europe: Comparison of family-related leave policies and key legal provisions with implications for Kosovo*, 2019, reperibile all'indirizzo <https://bit.ly/3yQliVm>.

della retribuzione previsto in Italia⁴¹ si passa, ad esempio, all'assenza di compensazione nel Regno Unito⁴², al 25% in Portogallo, ma solo in presenza di alcune circostanze ben precise⁴³.

La direttiva 2019/1158/UE sul punto adotta una soluzione diversa per il congedo di paternità e per il congedo parentale non trasferibile. Mentre per il primo l'art. 8, comma 2, prevede che gli Stati membri debbano prevedere che il padre o il secondo genitore equivalente ottenga una retribuzione o un'indennità almeno pari a quella garantita in caso di malattia, per il congedo parentale (e solo per la quota di congedo non trasferibile) si prevede che l'indennità o la retribuzione debba essere tale da «facilitare il ricorso al congedo parentale da parte di entrambi i genitori». Si tratta di una formulazione certamente debole, ma non priva di rilievo, anche alla luce delle ricerche appena citate, che dimostrano come la natura obbligatoria e non trasferibile dei congedi parentali, unita a un elevato livello dell'indennità prevista dalla legge, ne facilitino l'utilizzo da parte dei padri⁴⁴, così come la possibilità di un utilizzo flessibile del congedo, di cui si parlerà nel prossimo paragrafo. Le misure introdotte dagli Stati membri alla luce degli obiettivi previsti dalla direttiva e della specifica finalità di cui all'art. 8 potrebbero dunque essere sindacate dalla Corte di giustizia alla luce del principio dell'effetto utile. In effetti, la legislazione dovrebbe essere accompagnata (o meglio preceduta) da una valutazione di impatto delle proprie previsioni rispetto agli obiettivi dichiarati, come suggeriscono i report già citati. Di questi aspetti dovrebbe tener conto il legislatore italiano nell'attuazione della

⁴¹ M.D. FERRARA, *Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità*, in G.P. DOLSO - M.D. FERRARA - D. ROSSI (a cura di), *Virus in fabula. Diritti e istituzioni ai tempi del Covid-19*, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2020, p. 316, sottolineata come l'innalzamento dell'indennità al 50% della retribuzione durante il periodo pandemico è servito a dimostrare l'insufficiente valore dell'indennizzo del congedo parentale 'ordinario'.

⁴² C. DE LA PORTE - T. LARSEN - D. SZELEWA, *The EU's work-life balance directive*, cit.

⁴³ Ad esempio, il congedo deve essere richiesto nella modalità *standard*, non frazionata, immediatamente dopo il congedo obbligatorio. Si veda sul punto C. DE OLIVEIRA CARVALHO, *Reconciling professional and family life for promoting gender equality in Portugal*, cit., p. 102.

⁴⁴ M. ROCHA, *Promoting gender equality through regulation: the case of parental leave*, in «The Theory and Practice of Legislation», 9 (2021), 1, pp. 53 ss., reperibile all'indirizzo: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/20508840.2020.1830565>; J. VAN BELLE, *Paternity and parental leave policies across the European Union*, European Commission, 2016, pp. 14 ss., reperibile all'indirizzo: https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR1666.html.

direttiva, di recente oggetto di delega al Governo⁴⁵; al momento, l'unico progetto di legge presentato nella materia *de qua* risulta volto a introdurre limitate modifiche al d.lgs. n. 151/2001⁴⁶, cosa che, alla luce delle considerazioni illustrate finora, non appare certamente in linea con lo spirito che anima la direttiva.

3. *Flessibilità del lavoro e condivisione delle responsabilità di cura*

3.1. Il lavoro a tempo parziale e la retorica della conciliazione

L'innovazione forse più rilevante introdotta dalla direttiva 2019/1158/UE riguarda proprio il tema della flessibilità del lavoro, dal momento che anche in questa materia, come si è detto per i congedi, la direttiva ci induce a riflettere sul ricorso a modalità di lavoro flessibili in funzione della conciliazione tra lavoro e vita privata (con particolare riguardo ai tempi di cura) in un'ottica parzialmente nuova, quella cioè dell'incentivazione alla condivisione dei ruoli familiari.

La direttiva incentiva l'utilizzo di modalità di lavoro flessibili per incoraggiare i genitori o i prestatori di assistenza «a rimanere a far parte della forza lavoro». In effetti, uno dei principali problemi connessi alle esigenze di cura risiede nell'interruzione del rapporto di lavoro in occasione della nascita di un figlio o dell'assunzione di responsabilità di cura; ciò comporta una frammentazione dei percorsi lavorativi (soprattutto delle donne), con ricadute importanti in termini di prospettive di carriera e di prestazioni previdenziali⁴⁷.

Quando si parla di modalità di lavoro flessibili in funzione della conciliazione, il primo strumento che viene in mente è il lavoro a tempo parziale, che tuttavia presenta, quantomeno nell'ottica in cui si pone la direttiva europea, numerose controindicazioni.

La direttiva del 2019/1159/UE, non a caso, in nessuna delle sue previsioni e neppure nei considerando menziona espressamente il *part-*

⁴⁵ Si veda la legge 22 aprile 2021, n. 53, art. 1 e all. A.

⁴⁶ Il riferimento è alla proposta di legge A.C. 2148, prima firmataria Serracchiani, che riguarda il congedo obbligatorio per paternità e il diritto di precedenza della madre o del padre lavoratore nella stipulazione di accordi di lavoro agile o di flessibilizzazione oraria della prestazione.

⁴⁷ Sul punto si veda M. D'ONGHIA, *L'incidenza delle misure di conciliazione sul sistema di protezione sociale*, in C. ALESSI - O. BONARDI - L. CALAFÀ - M. D'ONGHIA - P. SARACINI - A. SCHUSTER (a cura di), *Dal congedo parentale all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, cit., pp. 12 ss.

*time*⁴⁸. Si parla, al più, di «riduzione dell'orario di lavoro» come modalità flessibile, per un periodo limitato e con il diritto al ritorno all'orario pieno là dove le esigenze familiari lo consentano, anche in anticipo rispetto a quanto programmato. *Et pour cause*: gli studi in materia e la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia rivelano che il *part-time*, utilizzato ancora in misura massicciamente prevalente (in Italia, ma non solo) dalle donne⁴⁹, è pressoché inutilizzabile nella prospettiva del perseguimento dell'eguaglianza tra uomini e donne, dal momento che presenta alcuni non trascurabili rischi. Il primo è il fatto che il ricorso al *part-time* sia tutt'altro che volontario⁵⁰, frutto cioè di una scelta consapevole, ma accettato in mancanza di meglio⁵¹. Il secondo è che incentivare il ricorso al *part-time* in funzione di incremento dell'occupazione femminile ha effetti controproducenti in termini di miglioramento dell'equilibrio nella ripartizione del lavoro di cura, perché rischia di perpetuare l'idea che del lavoro di cura si debbano occupare in misura prevalente le donne.

Per considerare il *part-time* un vero strumento di *work-life balance* nell'ottica adottata dalla direttiva 2019/1158/UE, insomma, la strada da percorrere è ancora lunga. La legislazione dovrebbe introdurre incentivi al ricorso al *part-time* da parte degli uomini, che continuano a vederlo come una tipologia contrattuale che, al di là dell'inevitabile riduzione del reddito, non offre le stesse prospettive di carriera del lavoro a tempo pieno e ha ricadute pesanti anche sulle prospettive pen-

⁴⁸ Di «atteggiamento di cautela nei confronti del *part-time*» parla A.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in «WP CSDLE “Massimo D’Antona” IT», 2020, 419, p. 10 e nota 21.

⁴⁹ Le statistiche Eurostat dimostrano che il *part-time*, in crescita negli ultimi anni in quasi tutti i Paesi europei, riguarda in misura nettamente prevalente le donne (in Europa il 30,8% delle occupate, in Italia il 32,4% nel 2018), mentre per gli uomini le percentuali di ricorso al *part-time* sono più contenute (sia in Italia che in Europa la percentuale di uomini con un rapporto di lavoro a tempo parziale sul totale degli occupati è circa dell'8% nel 2018). Si veda <https://ec.europa.eu/eurostat>.

⁵⁰ Sul ruolo della volontarietà nel *part-time* si veda M. DELFINO, *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Napoli, Jovene, 2008, pp. 208 ss.; G. CALVELLINI, *La funzione del part-time: tempi della persona e vincoli di sistema*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 75 ss.

⁵¹ Si veda il report della Fondazione Studi dei Consulenti del Lavoro: *I 23 milioni di occupati prima e dopo la crisi, le modifiche della struttura occupazionale in Italia*, che evidenzia una netta crescita, tra il 2007 e il 2017, della percentuale di *part-time* involontario sul totale dei rapporti di lavoro a tempo parziale attivati in Italia (dal 41% del 2008 al 63% del 2017).

sionistiche, come dimostra la giurisprudenza in materia, anche della Corte di giustizia⁵².

Dal punto di vista del nostro ordinamento, l'impossibilità di considerare il *part-time* come un vero strumento di condivisione delle responsabilità familiari dipende anche dalla stessa disciplina legislativa, nettamente sbilanciata a favore degli interessi dell'impresa. Del resto, si tratta di una chiave di lettura che riguarda la disciplina di tutte le tipologie contrattuali flessibili e le innovazioni in materia di licenziamento contenute nel c.d. Jobs Act⁵³ e nella legislazione successiva. La disciplina delle clausole elastiche, per esempio, restituisce al datore di lavoro la possibilità di variare collocazione e durata dell'orario di lavoro che, secondo la Corte costituzionale⁵⁴, dovevano ritenersi limitate fortemente dalla funzione precipua del *part-time*. La disciplina della contribuzione, inoltre, rende ancora meno attraente il ricorso a tale tipologia contrattuale, dal momento che, come segnala la stessa direttiva 2019/1158/UE, nel considerando 35, «lungi periodi di riduzione dell'orario di lavoro possono determinare una riduzione dei contributi di sicurezza sociale e, quindi, la riduzione o l'annullamento dei diritti pensionistici»⁵⁵.

3.2. L'articolazione flessibile dell'orario di lavoro

Guardando ora alla disciplina introdotta dalla direttiva 2019/1158/UE, occorre segnalare che le «modalità di lavoro flessibili» in verità non riguardano, stando al testo dell'art. 9 della direttiva, solo la possibile riduzione dell'orario di lavoro, probabilmente perché detta riduzione dovrebbe rientrare nella concessione del congedo a ore⁵⁶, peraltro già

⁵² La giurisprudenza della Corte di giustizia, in questa materia, è ormai alluvionale. Per un approfondimento si rinvia ai lavori di C. ALESSI - S. BORELLI, *Segmentazione del mercato del lavoro e discriminazioni*, in M. BARBERA - A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 292 ss.; M. ALTIMARI, *Il lavoro a tempo parziale tra influssi europei e ordinamento interno*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, pp. 33 ss.; M. DELFINO, *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria*, cit., spec. pp. 32 ss.; G. CALVELLINI, *La funzione del part-time*, cit., pp. 85 ss.

⁵³ C. ALESSI, *Il sistema "acausale" di apposizione del termine e di ricorso alla somministrazione: come cambia il controllo sulla flessibilità*, in «Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali», 2015, pp. 597 ss.

⁵⁴ Il riferimento è alla ormai storica Corte cost. 11 maggio 1992, n. 210. Sul punto si vedano le osservazioni di M. BROLLO, *Un quarto di secolo dopo, le trasformazioni del lavoro a tempo parziale*, in «Argomenti di diritto del lavoro», 2017, pp. 1387 ss.

⁵⁵ Si veda M. D'ONGHIA, *L'incidenza delle misure di conciliazione sul sistema di protezione sociale*, cit., pp. 12 ss.

⁵⁶ M. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, cit., p. 59. Che non si tratti di una trasformazione del rapporto di lavoro in *part-time*, dal momento che la riduzione di orario

consentita nel nostro ordinamento dall'art. 32, comma 1-ter, del d.lgs. n. 151/2001, come modificato dal d.lgs. n. 80/2015⁵⁷. Si tratta, a ben vedere, della sostanziale possibilità di modellare l'orario di lavoro a scelta del lavoratore, in modo totalmente flessibile, tale cioè da adattare l'articolazione dell'orario alle esigenze familiari che si presentano di volta in volta e che spesso non possono essere previste con largo anticipo. Questo strumento, accanto al diritto potestativo alla trasformazione (questa volta stabile, almeno per la durata del congedo) del rapporto di lavoro da tempo pieno a *part-time* di cui all'art. 8, comma 7, del d.lgs. n. 81/2015, potrebbe rendere l'orario di lavoro uno strumento molto più duttile rispetto alle esigenze di cura e, al tempo stesso, evitare per i lavoratori o le lavoratrici coinvolte lunghi periodi di assenza dal lavoro, che spesso, come si è detto, costituiscono ostacoli alla carriera e allo sviluppo professionale.

Modalità diverse di riduzione dell'orario di lavoro, ad esempio attraverso l'utilizzo frazionato del periodo di ferie, come accade spesso nella prassi, devono ritenersi contrarie alla logica della direttiva e alla stessa *ratio* dei congedi e delle ferie. La Corte di giustizia ha chiarito, infatti, sia pure con riferimento al solo congedo di maternità, che la funzione delle ferie è diversa da quella dei congedi⁵⁸, dal momento che questi ultimi non possono considerarsi 'tempo liberato' dal lavoro, funzionale cioè al recupero delle energie psico-fisiche. In altre sentenze, invece, la Corte non considera il periodo di congedo parentale come lavoro effettivo, ai fini dell'insorgenza del diritto alle ferie, sul presupposto che «la fruizione di un congedo parentale non ha carattere imprevedibile e, nella maggioranza dei casi, risulta dalla volontà del lavoratore di aver cura del suo bambino»⁵⁹, pur continuando a ribadire la non sovrapposibilità dei due periodi. Una simile differenza, del resto, si ritrova anche nella nostra legislazione, che considera il solo congedo di maternità o di paternità come periodo di lavoro a tutti gli effetti, mentre i congedi parentali, pur essendo calcolati nell'anzianità di servizio, non rilevano ai fini della determinazione del periodo di ferie. In queste differenze si legge in controtelaio la scarsa considerazione del lavoro di cura che, come si vedrà, ha portato al verificarsi di alcuni paradossi nel periodo pandemico,

si ottiene attraverso l'utilizzo del congedo, è sottolineato opportunamente da L. CALAFÀ, *Il presente della genitorialità e le contraddizioni del sistema regolativo*, cit., pp. 1 ss.

⁵⁷ Sul punto si veda R. NUNIN, *I congedi parentali dopo il D.lgs. 15 giugno 2015, n. 80*, in «Il lavoro nella giurisprudenza», 2016, 1, pp. 18 ss.

⁵⁸ CGCE 18 marzo 2004, C-342/01, *Merino Gomez*, in «Rivista italiana di diritto del lavoro», 2004, II, pp. 704 ss., con nota di A. OCCHINO.

⁵⁹ CGUE 4 ottobre 2018, C-12/17, *Ma. Di.*, punto 32 della motivazione.

con particolare riguardo al lavoro agile. Il recepimento della direttiva dovrebbe essere l'occasione di risolvere alcune di queste contraddizioni, chiarendo che il lavoro di cura si aggiunge al lavoro «produttivo»⁶⁰ e individuando le soluzioni necessarie a evitare penalizzazioni (prima tra tutte quella retributiva) che ne impediscono l'equilibrata ripartizione tra uomini e donne.

Tornando alla questione relativa all'articolazione flessibile dell'orario di lavoro, come si è detto una prima modalità corrisponde all'orario di lavoro 'scelto', cioè al caso in cui la distribuzione dell'orario di lavoro nell'arco della giornata o della settimana lavorativa dipende da una scelta del lavoratore o della lavoratrice, in relazione alle esigenze di cura, che possono essere mutevoli. In questo caso la direttiva riconosce il diritto dei lavoratori con figli fino a una certa età (non inferiore a 8 anni) e dei prestatori di assistenza di *chiedere* modalità di lavoro flessibili, diritto al quale corrisponde l'obbligo del datore di lavoro di 'prendere in considerazione' tali richieste e di motivare l'eventuale rifiuto o il differimento della richiesta.

Si tratta di una formulazione apparentemente debole del diritto a una diversa articolazione dell'orario di lavoro, motivata probabilmente dalle difficoltà che hanno ostacolato l'approvazione della direttiva⁶¹ e dalla necessità di tenere in considerazione le esigenze organizzative delle imprese. La formulazione, tuttavia, non deve essere sottovalutata. A meno di volerla svuotare di significato, si deve ritenere che l'art. 9, paragrafi 1 e 2, della direttiva imponga agli Stati membri di individuare le condizioni alle quali i lavoratori e le lavoratrici possono chiedere di articolare in modo flessibile il proprio orario di lavoro, prevedendo di conseguenza, in capo al datore di lavoro, l'obbligo di motivare il rifiuto o il differimento della richiesta sulla base di circostanze oggettive, legate cioè alle necessità dell'organizzazione produttiva. La direttiva, in proposito, precisa che il datore di lavoro deve tener conto tanto delle proprie esigenze quanto di quelle della lavoratrice o del lavoratore.

La previsione della direttiva 2019/1158/UE, inoltre, appare decisamente più impegnativa, per gli Stati membri, rispetto all'analoga norma contenuta nella direttiva 2010/18/UE, secondo la quale «gli Stati membri e/o le parti sociali prendono le misure necessarie per garantire ai lavoratori che tornano dal congedo parentale la possibilità di richiedere

⁶⁰ Si vedano le osservazioni di A.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, cit., pp. 36 ss.

⁶¹ Sul punto si veda E. CHIEREGATO, *A Work-Life Balance for All?*, cit., p. 67; S. LAULOM, *La directive 2019/1158 du 20 juin 2019 sur l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée*, cit., pp. 14 ss.

modifiche dell'orario lavorativo e/o dell'organizzazione della vita professionale per un periodo determinato», che risultava particolarmente leggera dal punto di vista regolativo⁶², rinviando alle leggi, agli accordi collettivi e alle prassi nazionali. La Corte di giustizia, in effetti, nelle due controversie proposte in relazione alla clausola 6 dell'accordo quadro allegato alla direttiva 2010/18/UE, ha limitato molto la portata della previsione, da un lato ritenendo che riguardasse solo i lavoratori rientrati al lavoro dopo un congedo parentale (e non dopo un congedo di maternità)⁶³, dall'altro escludendo che la direttiva 2010/18/UE e l'accordo quadro sul congedo parentale «contengono disposizioni che possono imporre agli Stati membri, nell'ambito di una domanda di congedo parentale, di accordare al richiedente il diritto di lavorare ad un orario fisso allorché il suo regime di lavoro normale è a turni con un orario variabile»⁶⁴. Se è vero che, come si legge nel considerando 15, la direttiva 2019/1158/UE si basa «sulle norme stabilite nella direttiva 2010/18/UE e le integra rafforzando i diritti esistenti e introducendone di nuovi», occorre interpretare l'art. 9 cercando di valorizzarne la portata innovativa. In primo luogo, la possibilità di esercizio del diritto non è più limitata al «rientro dal congedo parentale», come in precedenza, ma è collegata all'età del figlio minore. In secondo luogo, come si è detto, la differente formulazione della previsione rispetto a quella precedente induce a ritenere che gli Stati membri debbano prevedere condizioni e modalità sia della richiesta, sia del diniego o del rinvio da parte del datore di lavoro, così come le condizioni alle quali il lavoratore o la lavoratrice hanno il diritto di assentarsi dal lavoro per «cause di forza maggiore derivanti da ragioni familiari urgenti» (art. 7).

Nella trasposizione della direttiva si potrebbe, inoltre, rinviare alla contrattazione collettiva (anche) aziendale la determinazione delle modalità di articolazione dell'orario di lavoro possibili a seconda delle esigenze fatte valere dal lavoratore o dalla lavoratrice. Accanto alla classica flessibilità in entrata e in uscita, ad esempio, si potrebbe pensare alla scelta dei turni di lavoro più adatti alle necessità di cura, oppure alla possibilità di assentarsi in caso di necessità urgenti, anche al di là delle ipotesi previste dall'art. 7 della direttiva 2019/1158/UE.

⁶² Come immediatamente segnalato in dottrina: si veda L. CALAFÀ, *Il caso Meerts alla Corte di Giustizia e la "sostenibile leggerezza" dell'accordo quadro sul congedo parentale. Primi appunti sulla dir. 2010/18/UE*, in «Rivista Italiana del diritto del lavoro», 2010, II, pp. 452 ss.

⁶³ CGUE 16 giugno 2016, C-351/14, *Rodriguez Sanchez*.

⁶⁴ CGUE 18 dicembre 2019, C-366/18, *Ortiz Mesonero*, punto 48 della motivazione.

Le soluzioni possono essere le più diverse, come dimostrano alcuni esempi di *best practices* sperimentate anche a livello locale. Si pensi, in particolare, alle c.d. ‘isole’ adottate in alcune realtà produttive, in cui i lavoratori e le lavoratrici possono distribuire tra loro l’orario di lavoro secondo modulazioni individuate settimana per settimana, fermo restando il monte ore complessivo di lavoro da garantire per il corretto svolgimento dell’attività produttiva⁶⁵. Esperienze di questo tipo, peraltro, dimostrano che la possibilità di scelta circa l’articolazione dell’orario di lavoro ha effetti positivi anche sulla produttività⁶⁶, il che dovrebbe incentivarne la diffusione.

Tra l’altro, la direttiva prevede che dette forme di articolazione dell’orario di lavoro possano essere adottate per un determinato periodo di tempo, quello cioè durante il quale permane l’esigenza di conciliazione, con la possibilità di tornare all’orario ‘normale’ al termine del periodo previsto e anche prima, su richiesta del lavoratore e con l’accordo del datore di lavoro.

Una disciplina incentivante rispetto all’adozione di orari di lavoro flessibili in funzione delle esigenze di conciliazione potrebbe essere utile a sostenere i datori di lavoro che accettino di rivedere (parzialmente) l’organizzazione del lavoro. Si devono però pensare strumenti di incentivazione un po’ più accattivanti di quelli adottati in passato (si veda l’esperienza, per nulla tranquillizzante, dell’art. 9 della l. 53/2000), sul modello di quelli previsti per il triennio 2016/2018 dall’art. 25 del d.lgs. n. 80/2015, che ha introdotto sgravi contributivi per le misure di conciliazione tra vita professionale e vita privata previste dalla contrattazione collettiva aziendale⁶⁷. Inutile dire che forme di sostegno, anche finanziario, a iniziative di questo tipo si giustificano, oltre che per gli obiettivi previsti dalla stessa direttiva, anche con il ruolo che le famiglie svolgono nel sopperire alle carenze del sistema di *welfare* italiano, come dimostrano innumerevoli ricerche. Non è un caso che la direttiva sottolinei, ancora una volta, che l’obiettivo della parità nella fruizione dei congedi parentali richiede la predisposizione di «altre misure appropriate, quali l’offerta di servizi accessibili e a prezzi contenuti per la custodia dei bambini e l’assistenza a lungo termine» (considerando 12).

⁶⁵ Sul punto si veda F. MALZANI, *Politiche di conciliazione, partecipazione delle donne al mercato del lavoro e sfide demografiche*, in «Rivista Giuridica del Lavoro», 2015, I, pp. 340 ss.

⁶⁶ Si veda, ad esempio, V. MARRONE, *Pratiche di conciliazione famiglia-lavoro e gestione delle risorse umane: quale valore aggiunto per le imprese?*, in «Sociologia e politiche sociali», 2017, I, pp. 100 ss.

⁶⁷ Sul punto si veda L. CALAFÀ, *Contrattare incentivi per la conciliazione tra vita professionale e vita privata*, in «Il lavoro nella giurisprudenza», 2018, pp. 33 ss.

3.3. Conciliazione condivisa e lavoro a distanza

Nel definire le modalità di lavoro flessibile, la direttiva 2019/1158/UE fa riferimento, tra l'altro, alla possibilità di adattare l'organizzazione della vita professionale «anche mediante l'uso del lavoro a distanza».

Il riferimento è senza dubbio al telelavoro e al lavoro agile, rapporti di lavoro che, al di là delle differenze strutturali che la dottrina italiana ha cercato di individuare⁶⁸, hanno come obiettivo quello di consentire il lavoro da remoto, principalmente dall'abitazione del lavoratore, secondo orari e modalità definiti dello stesso prestatore di lavoro.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, il telelavoro, com'è noto, è regolamentato direttamente dalla legge per il settore pubblico⁶⁹, mentre nel lavoro privato la disciplina è affidata alla contrattazione collettiva⁷⁰. Per quanto riguarda il lavoro agile, la l. n. 81/2017, nel disciplinarlo come modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, ne ha sottolineato la funzione di favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, oltre a quella di incrementare la competitività.

Il lavoro agile ha conosciuto durante la pandemia da Sars-Cov-2, in tutta Europa, una crescita esponenziale, al punto che l'esperienza maturata può considerarsi un vero e proprio banco di prova per quanto attiene al suo utilizzo in funzione delle esigenze di riequilibrio delle responsabilità di cura una volta terminata l'emergenza⁷¹. In verità, le evidenze delle ricerche condotte in questo periodo non sembrano affatto rassicuranti, come si vedrà.

Nel periodo emergenziale, alle finalità sopra richiamate si è aggiunta quella di protezione della salute, individuale e collettiva, il che spiega, almeno parzialmente, l'attribuzione al datore di lavoro (pubblico e pri-

⁶⁸ Si vedano C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, Cacucci, 2018, spec. pp. 84 ss.; M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in «Diritto della Sicurezza sul Lavoro», 2017, 1, pp. 2 ss.; M. MARTONE, *Il lavoro agile nella L. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, in G. ZILIO GRANDI - M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, Cedam, 2018, p. 468.

⁶⁹ La disciplina del telelavoro nella P.A. è contenuta nell'art. 4 della l. n. 191/1998 e nel Regolamento adottato con D.P.R. n. 70/1999. Sull'argomento si veda. P. PASCUCI, *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni tra legge e contrattazione*, in «Studi Urbini, A – Scienze giuridiche, politiche ed economiche», 68 (2018), 1-2, pp. 225 ss.

⁷⁰ Com'è noto, il telelavoro nel settore privato è regolato dall'Accordo interconfederale del 9 giugno 2004, che ha recepito l'Accordo Quadro europeo del 16 luglio 2002.

⁷¹ M. BROLLO, *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica*, in D. GAROFALO - M. TIRABOSCHI - V. FILÌ - F. SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica*, vol. I, *Covid-19 e rapporto di lavoro*, a cura di V. FILÌ, Adapt University Press, 2021, p. 169.

vato) del potere di adibizione unilaterale del lavoratore al lavoro agile⁷². Nel lavoro pubblico, il lavoro agile è diventato addirittura, almeno fino al d.l. 30 aprile 2021, n. 56 (c.d. ‘decreto proroghe’), la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione⁷³. In un simile quadro, nel quale peraltro il lavoro agile è servito anche a far fronte alla chiusura delle scuole e all’impossibilità di utilizzo dei servizi di cura domiciliari, si può dubitare che la finalità originaria di conciliazione si sia pienamente realizzata. Ancor meno si può ritenere che sia servito a ridistribuire le responsabilità di cura tra uomini e donne⁷⁴. Le ricerche svolte in materia hanno dimostrato che durante il c.d. *lockdown*, anche in una situazione di copresenza, il carico di cura complessivo è rimasto onere prevalentemente delle donne e che, al momento della ripresa dell’attività fuori casa, si è ripristinato il ridotto, se non assente, contributo maschile alla gestione dello stesso⁷⁵.

Di tutti questi aspetti deve essere tenuto conto nel recepimento della direttiva 2019/1158/UE e nella correlata revisione della disciplina del lavoro agile, al fine di evitare che questa modalità di svolgimento della prestazione finisca per trasformarsi nell’equivalente del lavoro a tempo parziale, dal punto di vista del mantenimento della diseguale ripartizione dei compiti di cura. In primo luogo, occorrerebbe distinguere nettamente il tempo di lavoro dal tempo di cura, anche nell’ottica di una revisione complessiva della disciplina dell’orario di lavoro⁷⁶. Strumenti come il diritto alla disconnessione, su cui non a caso il dibattito è molto intenso, sono senza dubbio funzionali a questa finalità, ma resta ferma la necessità di individuare modalità di misurazione dell’orario di lavoro

⁷² Su questi aspetti si vedano C. ALESSI - M.L. VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova della Covid-19*, in O. BONARDI - U. CARABELLI - M. D’ONGHIA - L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma, Ediesse, 2020, pp. 131-152; M.L. VALLAURI, *Genitorialità e lavoro. Interessi protetti e tecniche di tutela*, cit., 2020, p. 133; M. BROLLO, *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica*, cit., pp. 180 ss.; C. SPINELLI, *Lo smart working nel settore privato e le prospettive per il futuro*, in U. CARABELLI - L. FASSINA (a cura di), *Smart working: tutele e condizioni di lavoro*, Futura, 2021, p. 68.

⁷³ Di modalità prevalente della prestazione parla P. SARACINI, *Lo smart working nel settore pubblico*, in U. CARABELLI - L. FASSINA (a cura di), *Smart working: tutele e condizioni di lavoro*, cit., p. 87.

⁷⁴ Si vedano L. GUAGLIANONE - M.L. PARISI, *Smartworking? Una teorizzazione del doppio carico di lavoro*, cit.; A.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, cit., spec. pp. 46 ss.

⁷⁵ Si veda INAPP, *Gender Policies report 2020*, pp. 4 ss.

⁷⁶ M. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, cit., pp. 143 ss.; M.L. VALLAURI, *Genitorialità e lavoro*, cit., pp. 48 ss.

ro che consentano di separare il tempo di lavoro da quello di cura⁷⁷. Occorre, in proposito, sottolineare che la finalità di conciliazione cui è improntata la disciplina del lavoro agile non può portare al paradosso, sottolineato dalla dottrina, della sovrapposizione tra tempi dedicati ad attività diverse⁷⁸. Proprio per questa ragione, peraltro, lo svolgimento del lavoro nella modalità agile non può escludere l'utilizzo dei congedi, anche a ore. La possibilità di assegnare al lavoratore o alla lavoratrice agile obiettivi o progetti da conseguire (del resto scarsamente utilizzata nella prassi⁷⁹), inoltre, deve essere vagliata con attenzione, in relazione al carico di lavoro richiesto, che potrebbe condurre al medesimo paradosso. Un contributo alla definizione dei profili ora richiamati potrebbe venire dalla contrattazione collettiva, anche aziendale⁸⁰, che nella regolamentazione originaria non ha avuto molti spazi quanto a definizione delle modalità di ricorso al lavoro agile, lasciate, com'è noto, al solo accordo individuale⁸¹.

Da questo punto di vista, tuttavia, proprio la 'gestione' emergenziale del lavoro agile ha contribuito a delineare alcune linee di tendenza che dovranno essere tenute in considerazione nella revisione della disciplina originaria. In primo luogo, la (scarsa) giurisprudenza formatasi nel periodo ha svolto un penetrante sindacato sulle ragioni della scelta del datore di lavoro, che dunque non risulta totalmente discrezionale. I giudici hanno mostrato, da un lato, di valorizzare le esigenze di cura fatte valere dai ricorrenti e, dall'altro, di analizzare le mansioni normalmente assegnate ai lavoratori ai fini di verificarne la compatibilità con il

⁷⁷ C. SPINELLI, *Il lavoro agile al vaglio della giurisprudenza cautelare: potenzialità e limiti del diritto emergenziale*, in «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», 2021, II, pp. 79 ss.

⁷⁸ L. GUAGLIANONE - M.L. PARISI, *Smartworking? Una teorizzazione del doppio carico di lavoro*, cit.; M. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, cit., pp. 68 ss., sottolinea, condivisibilmente, i rischi connessi al c.d. *work life blending*, che sono esplosi durante la pandemia: si vedano le osservazioni di A.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, cit., p. 46.

⁷⁹ Si vedano le esperienze raccolte in E. DAGNINO - M. MENEGOTTO - L.M. PELUSI - M. TIRABOSCHI, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, Adapt University Press, 2017, spec. pp. 122 ss.

⁸⁰ È la stessa direttiva 2019/1158/UE, del resto, a suggerire agli Stati membri di promuovere il dialogo con le parti sociali «al fine di rafforzare la conciliazione tra lavoro e vita familiare» (considerando 50).

⁸¹ Si vedano A.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, cit., pp. 19 ss.; C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, Cacucci, 2018; P. ALBI, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in «WP CSDLE "Massimo D'Antona" IT», 2020, 430, pp. 13 ss.

lavoro a distanza⁸². In secondo luogo, nella disciplina emanata in questo periodo sono stati riconosciuti diritti all'adibizione al lavoro agile finalizzati al rispetto delle esigenze di cura, variamente articolati a seconda delle esigenze evidenziate dalla pandemia⁸³. Questi aspetti, come si è accennato, dovrebbero influenzare la disciplina del lavoro agile post-pandemia, che dovrà necessariamente essere rivista alla luce delle previsioni della direttiva in esame. Il riconoscimento del diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili di cui all'art. 9, in particolare, tra le quali è espressamente incluso il lavoro a distanza, non può che essere tradotto nell'individuazione di condizioni e modalità di esercizio di detto diritto e nella conseguente previsione dell'obbligo del datore di lavoro di motivare il rifiuto o il differimento dell'adibizione del lavoratore o della lavoratrice al lavoro agile. Si potrà prevedere *anche* una gradazione di detto diritto in correlazione alle condizioni di fragilità dei lavoratori, ad esempio attraverso il riconoscimento di diritti di precedenza; quel che pare certo, in ogni caso, è che non possa più mantenersi un assetto in cui lo stesso *an* dell'adibizione al lavoro agile sia lasciato *in toto* all'accordo individuale.

Se questo è vero, occorre anche chiedersi come far sì che il lavoro agile possa diventare uno strumento di condivisione *reale* delle necessità di cura, evitando il rischio che diventi un mezzo di perpetuazione della differente ripartizione di esse tra uomini e donne, come è avvenuto (e continua ad avvenire), sia pure con modalità diverse, per il lavoro a tempo parziale⁸⁴. Sulla scelta dell'utilizzo del lavoro agile, in altre parole, potrebbero pesare le stesse preoccupazioni che hanno ridotto molto il ricorso al *part-time* da parte degli uomini. Al di là della riduzione del reddito (che in questo caso non incide, se non parzialmente⁸⁵), le que-

⁸² Si veda Trib. Mantova 26 giugno 2020; Trib. Roma 20 giugno 2020; Trib. Grosseto 23 aprile 2020; Trib. Bologna 23 aprile 2020, tutte in «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», 2021, II, pp. 91 ss., con commento di C. SPINELLI, che sottolinea come le indicazioni emergenti dalle suddette decisioni siano «potenzialmente rilevanti rispetto alla futura, se non prossima, messa a regime del lavoro agile».

⁸³ I diritti all'adibizione al lavoro agile sono stati collegati all'assistenza a familiari disabili, a figli minori in quarantena, all'assistenza a familiari immunodepressi ecc.: si veda P. ALBI, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, cit., pp. 17 ss.; M. BROLLO, *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica*, cit., spec. pp. 196 ss.

⁸⁴ M. BROLLO, *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica*, cit., spec. pp. 194 ss.

⁸⁵ Nel periodo emergenziale si è posto, ad esempio, il problema della spettanza dell'indennità di mensa. Trib. Venezia 8 luglio 2020, ad esempio, ha escluso la corresponsione del buono pasto ai lavoratori agili sulla scorta dell'orientamento consolidato della Cassazione, secondo il quale il buono pasto non ha natura retributiva, ma

stioni più rilevanti potrebbero consistere nelle preoccupazioni circa la riduzione delle prospettive di carriera, dovuta in questo caso al senso di isolamento rispetto all'organizzazione produttiva, che potrebbero disincentivare i lavoratori (in particolare gli uomini) ad accedere al lavoro da remoto. In realtà, la stessa disciplina ordinaria del lavoro agile contribuisce a stemperare detta preoccupazione, dal momento che è espressamente previsto che la prestazione si svolga in parte all'esterno e in parte all'interno dell'organizzazione produttiva. Per il telelavoro, la contrattazione collettiva ha sempre previsto periodi di rientro in azienda, proprio al fine di evitare i rischi di isolamento appena segnalati.

Un'altra soluzione potrebbe essere, come del resto suggerisce anche la direttiva (considerando 35), la previsione della temporaneità dell'adibizione al lavoro a distanza e, in generale, alle modalità flessibili di svolgimento della prestazione. In questi casi, particolare attenzione dovrebbe inoltre essere prestata al momento del rientro in azienda dopo un periodo di lavoro a distanza motivato da esigenze di conciliazione; così come avviene per il rientro dopo il congedo parentale, infatti, sarebbe opportuno pensare a periodi di formazione e di aggiornamento per i lavoratori coinvolti. Su questi aspetti, naturalmente, molto può fare la contrattazione collettiva, che tuttavia in passato non ha prestato sufficiente attenzione al tema. Anche in questo caso, dunque, una previsione legale che rinviasse alla contrattazione collettiva potrebbe essere utile, specie se accompagnata da incentivi economici.

4. *La conciliazione difficile: lavoro atipico e cura*

Infine, è necessario svolgere qualche osservazione sull'opportunità di intervenire in maniera più incisiva a supporto delle esigenze di conciliazione dei lavoratori atipici (a termine, in somministrazione di lavoro, intermittenti ecc.), per i quali la posizione di debolezza circa l'esercizio dei diritti connessi alle esigenze in parola è ancora maggiore. Le difficoltà si moltiplicano, poi, nei casi in cui i lavoratori atipici non sono lavoratori subordinati, ma impegnati attraverso una delle sempre più diffuse tipologie di lavoro autonomo e/o parasubordinato, per le quali le tutele sono riscalate, se non inesistenti⁸⁶.

assistenziale (Cass. 29 novembre 2019, n. 31137) e sulla base del fatto che, secondo il contratto collettivo applicabile, si tratta di un beneficio «conseguente alle modalità concrete di organizzazione dell'orario di lavoro».

⁸⁶ L. CALAFÀ, *Il presente della genitorialità e le contraddizioni del sistema regolativo*, cit. e L. CALAFÀ, *La transposition de la directive 2019/1158 en Italie*, cit., pp. 26 ss.

In un mercato del lavoro in cui le traiettorie lavorative sono sempre più frammentate, non solo nei primi anni, è necessario pensare a tutele *ad hoc*, dal momento che le politiche di conciliazione non si applicano (o si applicano poco) ai lavoratori impegnati in lavori atipici e che per le donne spesso la condizione di atipicità non è affatto transitoria (a differenza di quanto avviene per gli uomini)⁸⁷. La direttiva, come precisa il considerando 17, si applica anche ai lavoratori atipici (*part-time*, a termine, interinali)⁸⁸ e dunque impone la predisposizione di misure che tengano conto specificamente delle difficoltà che detti lavoratori incontrano nell'accesso agli strumenti di conciliazione, la cui richiesta potrebbe determinare il mancato rinnovo del contratto o, come avviene spesso, la mancata stipulazione dello stesso. Di fronte ai rischi appena segnalati il (solo) divieto di discriminazione previsto dalla disciplina di tutte le tipologie contrattuali atipiche, in realtà, è un'arma spuntata, come dimostra lo scarsissimo contenzioso nazionale in materia (quasi interamente, peraltro, relativo al lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, per le quali i rischi sopraindicati sono minori)⁸⁹.

Sul punto bisogna riconoscere che la direttiva 2019/1158/UE non offre molti strumenti di rafforzamento della posizione dei lavoratori atipici. Quanto alla fruizione del congedo parentale, ad esempio, la previsione dell'art. 5, comma 4, secondo la quale gli Stati membri possono subordinare il diritto al congedo parentale a una determinata anzianità di servizio rappresenta al contrario un indebolimento di detto diritto⁹⁰, sebbene non riguardi l'ordinamento italiano⁹¹. Un'attenuazione della portata della previsione è la precisazione secondo cui l'anzianità di servizio è calcolata, per i lavoratori assunti a termine, sommando i contratti successivi stipulati con lo stesso datore di lavoro, che tuttavia poteva

⁸⁷ Si vedano le considerazioni di M. NALDINI, *Trasformazioni lavorative e familiari: soluzioni di policy in diversi regimi di welfare*, in R. NUNIN - E. VEZZOSI (a cura di), *Donne e famiglie nei sistemi di welfare*, Roma, Carocci, 2007, pp. 49 ss.; sul punto anche E. CHEREGATO, *A Work-Life Balance for All?*, cit., pp. 72 ss.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 72 ss.

⁸⁹ Si veda C. ALESSI - S. BORELLI, *Segmentazione del mercato del lavoro e discriminazioni*, cit.

⁹⁰ Si veda C. DE MARCO, *Work-life balance: lo stato dell'arte e la sua applicazione nell'emergenza epidemiologica*, in «Il diritto del mercato del lavoro», 2020, 3, p. 625.

⁹¹ Nel nostro ordinamento, com'è noto, la fruizione del congedo parentale non è subordinata a un minimo di anzianità, né una diversa disciplina potrebbe essere introdotta sulla scorta della previsione della direttiva, alla luce del principio di non regresso (art. 16).

ricavarsi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia⁹².

Nel caso del nostro ordinamento, per favorire i lavoratori atipici si potrebbero introdurre incentivi all'assunzione di lavoratori e lavoratrici che abbiano esigenze di cura e all'adozione di strumenti di conciliazione come quelli descritti in queste pagine (flessibilità dell'orario, lavoro a distanza ecc.) espressamente estesi alle tipologie atipiche di lavoro. Ancora una volta, un ruolo importante nell'individuare forme innovative di tutela in questa delicata materia potrebbe essere svolto dalla contrattazione collettiva, anche di livello aziendale. Qualche spunto potrebbe essere ricavato dalla legislazione; si pensi, ad esempio, al diritto di precedenza riconosciuto alle lavoratrici a termine che abbiano usufruito del congedo di maternità nelle assunzioni effettuate dal datore di lavoro nell'anno successivo alla cessazione del contratto di lavoro (art. 24, comma 2, d.lgs. n. 81/2015). Si potrebbe pensare a un diritto di precedenza nelle successive assunzioni (anche a termine) per i lavoratori e le lavoratrici che abbiano responsabilità familiari documentate.

In conclusione, il recepimento della direttiva potrebbe essere l'occasione per ridisegnare gli strumenti di sostegno e incentivazione alla conciliazione del lavoro con le responsabilità di cura, in un'ottica che tenga conto della prospettiva della condivisione delle suddette responsabilità⁹³. Del resto, la direttiva è stata salutata dai primi commentatori come un segnale del rilancio della politica sociale europea, da tempo in una situazione di stallo, ancor più significativo proprio per il tema affrontato, l'uguaglianza tra uomini e donne, uno dei profili più sviluppati del diritto sociale europeo⁹⁴.

⁹² CGUE 21 settembre 2016, C-631/15, *Alvarez Santirso*. Sul punto si rinvia a C. ALESSI - S. BORELLI, *Segmentazione del mercato del lavoro e discriminazioni*, cit., pp. 302 ss.

⁹³ Su questi profili si veda C. ALESSI, *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, cit., pp. 804 ss.

⁹⁴ S. LAULOM, *La directive 2019/1158 du 20 juin 2019 sur l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée*, cit., p. 14.