

Strumenti di conciliazione: un approccio giuridico. Il caso dei congedi

di Laura Calafà, ricercatrice di diritto del lavoro nell'Università di Verona

1. Presentazione

La premessa del mio intervento non è certo tranquillizzante. Salvo rare eccezioni, del termine conciliazione non è stata mai adeguatamente approfondita la valenza giuridica¹; al contrario, con una certa presunzione accademica, il concetto è stato relegato nella dimensione degli studi sociologici e, con una certa miopia politica, le politiche di conciliazione sono state lasciate gestire interamente dal Ministero degli Affari sociali nel quasi completo disinteresse del Ministero del lavoro (oggi, rispettivamente, trasformati in dipartimento Ministero del Welfare) . A parte queste preliminari precisazioni terminologiche e a parte ogni considerazione sull'influsso del variabile attivismo dei dicasteri, occorre ammettere che la sostanza del problema non cambia: il quasi completo disinteresse politico, un disinteresse che - a parere di chi scrive - sarebbe perdurato se non fosse stato avviato il c.d. processo di Lussemburgo. Ci si riferisce al processo (tra l'altro anticipato) di coordinamento delle politiche dell'occupazione avviato nel 1997 con l'introduzione del titolo VIII nel TCE.

E' proprio da questa variabile che si è scelto di avviare una ricognizione sull'utilizzo del congedo (non solo parentale) come strumento di conciliazione: il primo (il congedo) è uno strumento giuridico dalle plurime e sovrapponibili finalità, il secondo rappresenta – come si cercherà di spiegare tra breve – una sorta di “scatola vuota”.

La finalità del mio intervento è quella di riempire proprio questa scatola giuridicamente vuota a partire da un punto di osservazione privilegiato come quello che appare dall'analisi dei diversi congedi introdotti o solo ristrutturati dal legislatore italiano a partire dalla legge n. 53 del 2000.

Se utilizzato acriticamente, in termine conciliazione rischia - in effetti - di diventare una sorta di contenitore nel quale è possibile collocare ciò che si preferisce a seconda del momento e quindi può divenire acriticamente fagocitato dai pilastri su cui si fondano le politiche dell'occupazione che la CE/UE ci chiede di coordinare.

Dopo aver descritto il sistema normativo italiano dei congedi, si passerà all'approfondimento dei diversi significati che il termine conciliazione evoca con l'ausilio di strumenti normativi comunitari tra i quali occorre di recente inserire anche le raccomandazioni e le decisioni adottate da Consiglio e Commissione in materia di politiche occupazionali. Questo approfondimento-aggiornamento ulteriore consente di concludere il mio intervento con una disamina del Piano per l'occupazione italiano del 2002, l'ultimo valutato dalle istituzioni comunitarie alla ricerca di un significato (e soprattutto di quale significato) è stato dato al termine conciliazione.

Se questo è il percorso espositivo, non devo dimenticare di indicare da subito il filtro interpretativo che si intende utilizzare.

Lo scorso anno nel commentare una disposizione “complicata” come l'art. 9 della legge n. 53 del 2000 dedicato alle “misure per favorire la flessibilità temporale”, ho scritto che per valorizzare un simile articolo “troppo facilmente criticabile per l'ingenua ambizione con cui risulta redatto e altrettanto facilmente relegabile **nell'indistinto cumulo delle misure alquanto difettose destinate**

¹ A. Jonter-Loiseau, C. Tobler, *La conciliazione tra lavoro domestico e di cura e lavoro retribuito nella legislazione internazionale, nelle politiche sociali e nel discorso scientifico*, in *Ragion Pratica*, n. 6, 1996, p. 145 – 176.

ad incentivare l'occupazione che proliferano nell'ordinamento giuslavoristico italiano" si rendeva necessario utilizzare un parametro interpretativo apposito, sintetizzabile nella c.d. "logica dell'integrazione" tra finalità, strumenti, figure ed ambiti disciplinari.

La centralità e l'importanza assunta dal sistema di coordinamento dei Nap mi pare che renda queste brevi osservazioni preliminari dedicate altrove all'art. 9 di nuovo attuali e da ri-sviluppare in questa giornata di studio². In estrema sintesi - e anticipando le conclusioni del mio intervento - solo una corretta ed efficace valutazione dell'impatto di genere nella logica del *mainstreaming* (e degli strumenti che queste politiche stanno cercando faticosamente di sviluppare) può consentire di salvaguardare la connessione tra dinamiche temporali del rapporto e della prestazione di lavoro, politiche per l'incentivazione dell'occupazione e principio di eguaglianza tra donna e uomo.

Solo che la conclusione del mio intervento risulterà segnata non da un punto conclusivo, ma da alcuni puntini di sospensione: saranno sufficienti i sistemi di valutazione propri delle tecniche del *mainstreaming* ad impedire un uso acritico (e potenzialmente pericoloso) di conciliazione?

Una prima osservazione sulle coordinate giuridiche del pluriutilizzato concetto di conciliazione già può a questo punto essere effettuata. Le problematiche giuridiche della conciliazione si collocano su un crinale scomodo; da una parte il lavoro e il ramo del diritto che se ne occupa; dall'altra la dimensione latamente sociale e i servizi a questa collegati - come dimostra il solido legame tra le legge n. 53 del 2000 (e il successivo testo unico) e le leggi-quadro sull'infanzia e sull'assistenza³; dall'altra parte ancora le politiche per l'occupazione e gli strumenti normativi nazionali a queste collegati; il tutto in un contesto normativo segnato da un duplice e parallelo percorso, geneticamente predestinato all'intersezione: quello della dimensione temporale della prestazione lavorativa e del contratto di lavoro (in senso lato) con la dimensione dell'eguaglianza uomo- donna.

2. Congedi e tutela della famiglia

Il complicato modello di variabili temporali, non solo di tipo sospensivo, della prestazione di lavoro regolate dalla legge n. 53 del 2000 e le esigenze del nucleo familiare nel suo complesso merita di essere sinteticamente ricostruito; questa relazione dinamica risponde - almeno nelle finalità - a quelle attenzioni verso la famiglia contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea approvata a Nizza il 7 dicembre 2000 ed in particolare nell'art. 33 appositamente dedicato alla Vita familiare e vita professionale. Dopo aver affermato che è "garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale", l'articolo prosegue riconoscendo che al "fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio".

² Il Piano Nazionale d'Azione per l'Occupazione (NAP) è il documento programmatico in cui gli Stati dell'Unione Europea danno conto dell'attuazione delle politiche del lavoro, dei progressi realizzati, delle risorse, anche comunitarie, impegnate, ed espongono gli impegni futuri. Il NAP è definito in coerenza con gli orientamenti della Strategia Europea per l'Occupazione, decisi nel Consiglio Europeo straordinario di Lussemburgo del novembre 1997 e reiterati nel Consiglio Europeo di Lisbona del marzo 2000. Obiettivi prioritari individuati dall'Unione Europea e condivisi dal Governo italiano sono la crescita dell'occupazione e la lotta all'esclusione sociale. Per perseguire questi obiettivi occorre coniugare sviluppo economico e coesione sociale e garantire l'avanzamento verso una società e un'economia della conoscenza. Il NAP rappresenta il documento di monitoraggio e di orientamento programmatico delle politiche del lavoro del Governo italiano. Esso vuole essere, dunque, anche un documento di collegamento tra le politiche del lavoro e il quadro più complessivo delle scelte di politica economica e finanziaria.

³ L'art.16 della l. 8 novembre 2000, n. 328 - *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali* - è in effetti dedicato alla valorizzazione e sostegno delle responsabilità familiari. Nel 3° comma tra le priorità elencate che il sistema integrato di interventi e servizi sociali si collocano le "politiche di conciliazione tra il tempo di lavoro e il tempo di cura, promosse anche dagli enti locali ai sensi della legislazione vigente".

Come è stato rilevato, "soggetto attivo delle pretese operanti sul piano orizzontale dei rapporti di lavoro è 'ogni individuo' che abbia un legame familiare verticale" (e non soltanto le donne), come d'altronde sono soggetti attivi negli stessi rapporti non soltanto "gli uomini e le donne tra loro legati da un vincolo matrimoniale, ma anche gli uomini e le donne non legati (o non più legati) tra di loro da un vincolo formale (...) non soltanto i genitori naturali ma anche i genitori adottivi, siano essi di sesso diverso, siano essi dello stesso sesso"⁴.

Nell'ambito delle complesse esigenze regolate nella l. n. 53 del 2000, l'intreccio normativo legato, direttamente o indirettamente alla famiglia è solo uno dei tanti ed è finalizzato sia alla tutela dei figli che all'affermazione del principio di eguaglianza dei coniugi⁵. Approfondendo questo modello, come si tenterà di effettuare a partire dal prossimo paragrafo, dovrebbe apparire chiaro che il legislatore che "ha fatto ripetutamente ricorso a soluzioni di tipo sospensivo", ne ripropone un altro, molto più complesso ed articolato.

3.1. Il congedo di maternità, paternità e parentale

La direttiva 96/34 e l'accordo quadro allegato riconoscono a tutti i lavoratori e a tutte le lavoratrici, "aventi un contratto o un rapporto di lavoro definito dalla legge, da contratti collettivi o dalle prassi vigenti in ciascuno Stato membro" (clausola 1.2), "il diritto individuale al congedo parentale per la nascita o l'adozione di un bambino" (clausola 2.1), quale strumento per "agevolare la conciliazione delle responsabilità professionali e familiari dei genitori che lavorano" (clausola 1.1). Stabilendo solo "prescrizioni minime" e rinviando la determinazione delle condizioni di accesso e le modalità di applicazione del congedo parentale alla legge e/o ai contratti collettivi negli Stati membri (clausole 1.1 e 2.3), l'accordo fissa la durata indicativa di tale congedo in tre mesi, che possono essere goduti entro un periodo di riferimento che arriva fino agli otto anni di vita del figlio⁶.

La sintesi per parole chiave del modello "congedo parentale" introdotto in Italia dalla legge n. 53 del 2000, confluito in seguito nel complesso di norme contenute nel d.lgs. n. 151 del 2001, comprende titolarità individuale di entrambi i genitori del diritto al congedo, associata alla sua intrasferibilità e alla possibilità di un utilizzo congiunto, l'estensione a categorie ulteriori di lavoratrici (le autonome, anche se con regole diverse), una durata allungata (fino a 8 anni oppure fino a 13 anni in caso di adozione o affido) e un budget tempo di dieciundici mesi da gestire nell'ambito della coppia, dei quali solo sei risultano retribuiti nella misura del 30% della retribuzione persa⁷.

La situazione che ci pare essersi determinata è un nome (semi)nuovo per un istituto diverso da quello che si voleva sostituire, che si caratterizza anche - come indica un non casuale gioco di parole - come un "congedo dal genere"⁸, ma che trova la propria origine in "tendenze di lungo

⁴ A Giorgis, sub art. 33, in (a cura di) Bifulco, Cartaria, Celotto, *L'Europa dei diritti*, Il Mulino, Bologna, p. 237; lo stesso autore, commentando l'art. 9 dedicato al Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, afferma che soggetto attivo delle pretese operanti sul piano verticale dei rapporti con lo stato è, invece, ciascun individuo che abbia un legame familiare verticale (genitore-figlio) e ogni individuo che abbia un legame orizzontale (di coppia) qualificato dall'ordinamento comunitario o nazionale come legame di tipo familiare. Sui confini problematici del concetto di famiglia R. Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in LD, 2001, p. 9.

⁵ Gli altri due intrecci ci sembrano riconducibili a due differenti nuclei problematici: formazione-lavoro (artt. 5/6) e orari e tempi di lavoro/tempi della città (artt. 22/28).

⁶ Giova riportare in nota la restante parte degli articoli contenuti nella direttiva. Il diritto è formalmente riconosciuto a ciascuno dei due genitori: nella clausola 2.2, la relazione estremamente problematica con il principio di pari opportunità e di trattamento tra donne e uomini si manifesta nell'affermazione che tale congedo "dovrebbe", tra l'altro "in linea di principio, essere attribuito in forma non trasferibile". Misure, condizioni di accesso, modalità di applicazione e limiti sono, però, del tutto rinviate agli Stati membri e/o alle parti sociali che dovranno altresì specificare la definizione "del contratto o del rapporto di lavoro per il periodo del congedo parentale" (clausola 2.7) e gli Stati membri dovranno fornire la tendenziale garanzia "della continuità dei diritti alle prestazioni di previdenza e assistenza sociale per i diversi rischi, in particolare dei diritti dell'assistenza sanitaria" (clausola 2.8).

⁷ Precisazioni sulla restante parte delle regole della 53/151.

⁸ S. Moller Okin 1999, p. 239; Giustizia nella famiglia come presupposto perché le donne possano conseguire l'uguaglianza nella politica, nel lavoro e in tutte le altre sfere. Ma quale giustizia? Minimizzazione del genere o

periodo dell'ordinamento lavoristico"⁹; il congedo parentale introdotto dalla legge n. 53 di queste tendenze ne "rappresenta il perfezionamento e il completamento, portando alle estreme conseguenze le logiche paritarie" – sulle basi anche del diritto comunitario – "colmando una serie di lacune originarie o sopravvenute" – sulle quale aveva inciso l'attività di cesello della Corte costituzionale¹⁰.

Riallacciandosi a tali osservazioni non può non sottolinearsi come "con l'evoluzione delle cognizioni sulla vita infantile, la funzione materna è stata intesa in maniera più ricca e moderna, passandosi da un concetto di assistenza e cura confinato nelle mere esigenze fisiologiche del bambino ad uno esteso alle sue necessità relazionali ed affettive. Questa nuova prospettiva ha portato al riconoscimento di due diversi percorsi che portano ad una rivalutazione del ruolo paterno e uno svincolamento da un concetto puramente fisico di maternità ed un allargamento alle adozioni e agli affidamenti, dove l'unico soggetto tutelato è senza dubbio il bambino, più precisamente il figlio, trattandosi anche di soggetti che hanno ormai superato la prima infanzia; sia verso la già rilevata ed oggi completata, corresponsabilizzazione della figura paterna"¹¹.

Se con il combinato disposto della legge n. 1204 del 1971 e n. 903 del 1977 ha continuato a tutelare prioritariamente la relazione naturale tra madre e bambino, pur tentando attraverso una serie di correttivi, di adeguarsi ad una visione dei rapporti fra i coniugi diversa da quel passato nel quale il "riferimento implicito dell'azione legislativa è sempre stato un modello familiare nel quale le funzioni di assistenza e cura del minore venivano svolte esclusivamente dalla madre"; nonostante l'opera interpretativa svolta dalla Corte Costituzionale¹²: solo con la nuova legge n. 53 del 2000 il padre è riconosciuto titolare di un diritto proprio ed intransferibile di astenersi dal lavoro per occuparsi del figlio.

Proseguendo nel completamento di questo percorso di valorizzazione della corresponsabilizzazione della figura paterna occorre segnalare che lo stesso può ricavarsi – e non per puro caso – anche da una disposizione collaterale rispetto alla legge n. 53 (e del seguente d.lgs. 151 del 2001); il punto 1.3. della circolare 109/2000 dell'Inps nello stabilire che "il padre e la madre possono utilizzare l'astensione facoltativa anche contemporaneamente e il padre la può utilizzare anche durante i primi tre mesi di astensione obbligatoria post-partum della madre e durante i periodi nei quali la madre beneficia dei riposi orari ex art. 10 della legge n. 1204 del 1971", fornisce un esempio di valorizzazione dell'insieme dei complessi legami genitori-figli, svolgendo nello specifico un'attività di limatura di un ganglio giuridico sottovalutato dalla legge, ma che nella realtà dei fatti consente la continuità espressiva e l'estrinsecarsi concreto di tali legami.

Questa osservazione - solo apparentemente marginale dato che rinvia in realtà alla corposa e preziosa attività di interpretazione e ricomposizione svolta dalle circolari applicative emesse soprattutto nel primo anno di applicazione della legge n. 53 del 2000 - consente il transito verso l'approfondimento della disciplina del congedo di maternità e di paternità contenuti negli artt. 16 e ss. e art. 28 e ss. del d.lgs. n. 151 del 2001, quella parte che può valutarsi come meno innovativa della legge del 2000 dato che si limita a correggere alcuni particolari della legislazione datata anni Settanta senza modificarne l'impianto che rimane geneticamente di stretta tutela della donna lavoratrice.

La rubrica del primo articolo citato, in effetti, si esprime ancora nei datati termini di *Divieto di adibire al lavoro* le donne come recitava la l.1204 del 1971 - lasciando intatta l'impostazione rigida delle regole elaborate in passato che rischia di provocare, allo stato attuale della normativa, alcune

allontanamento dal genere (o almeno un suo ridimensionamento) come modello preferibile perché nella "famiglia senza genere" è la più giusta in tre aspetti: è la più giusta per le donne, contribuisce di più all'uguaglianza di opportunità sia per le donne, sia per i bambini d'ambo i sessi e crea un ambiente più favorevole alla formazione di cittadini di una società giusta. (Moller Okin 1999, p. 239).

⁹Del Punta 2000, p. 157.

¹⁰(cit. Del Punta 2000, p. 157; sul secondo punto Ballestrero 1990b, 1992)

¹¹(Del Punta 2000, p. 157; negli stessi termini Del Punta 1992, p. 592, 593)

¹²(Del Punta 1992)

incongruenze non facilmente correggibili, come quella del trattamento giuridico delle assenze della madre di un figlio nato morto¹³ - mentre il secondo articolo dedicato al *Congedo di paternità* si limita ad assemblare le modifiche elaborate nel corso degli anni dalla Corte costituzionale, ribadendo che "il padre lavoratore ha diritto di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che sarebbe spettata alla lavoratrice, in caso di morte o di grave infermità della madre" aggiungendo solo le precisazioni in ordine all'abbandono e all'affidamento esclusivo del bambino al padre.

Genericamente (e per concludere questa parte dell'analisi) si può affermare che la nuova regolamentazione del congedo di maternità (come dell'insieme dei riposi regolati dagli artt. 39 e ss. del d.lgs. 151 del 2001)¹⁴ continua a considerare insostituibile il ruolo della madre naturale nei primi mesi di vita del figlio, solo che questo trattamento provoca una attenuazione "del valore dell'uguaglianza fra i coniugi"¹⁵ meno acceso del passato considerata la possibilità riconosciuta ai genitori di godere congiuntamente del congedo di maternità e di quello parentale (da parte del padre).

La ricerca dei margini di scelta della flessibilità scelta del genitore-lavoratore, dopo l'individuazione delle finalità specifiche dei congedi di maternità-paternità-parentale, impone di delineare i connotati, ancora trascurati, della problematica relazione con il potere datoriale. Considerando il tempo del congedo di maternità e paternità come un tempo alquanto rigido in quanto condizionato dall'evento nascita e dalle maglie ristrette delle norme di tutela della futura madre - tanto da ridurre la *Flessibilità del congedo di maternità*, come recita l'art. 20 del d.lgs. 151/2001, ad un solo mese pre-parto¹⁶ - gli unici margini della collocazione temporale della prestazione di lavoro liberamente determinabili dal lavoratore e dalla lavoratrice sono quelli legati al congedo parentale.

La dir. 96/34 rinviava in generale agli Stati membri e/o alle parti sociali le modalità di accesso e di concreta attuazione dell'istituto del congedo parentale, specificando che Il congedo può essere a tempo pieno o a tempo parziale, ma anche "frammentato" o assegnato sotto "forma di un credito di tempo". Tra le condizioni di accesso, è previsto possa essere legittimamente introdotto solo il vincolo di "una determinata anzianità lavorativa e/o aziendale", che comunque "non può superare un anno". In ordine al delicato punto della richiesta e della concessione del congedo, quest'ultima può essere limitata da parte del datore di lavoro se ricorrono "giustificati motivi attinenti al funzionamento dell'impresa", mentre la prima va preceduta da una richiesta che indichi "l'inizio e la fine del periodo di congedo", presentata dal lavoratore nei termini di preavviso. Il datore di lavoro è autorizzato solo a "rinviare la concessione del congedo parentale" per i motivi sopra indicati, "previa la consultazione conforme alla legge, ai contratti collettivi e alle prassi nazionali": "ad esempio allorché il lavoro è di natura stagionale, o se non è possibile trovare un sostituto durante il periodo di preavviso, o se una quota significativa della manodopera domanda il congedo parentale allo stesso tempo, o allorché una funzione particolare rivesta importanza strategica". La lett. f, infine prevede un'aggiunta alla precedente disposizione dato che rende possibile che vengano autorizzati "accordi particolari intesi a soddisfare le esigenze operative e organizzative delle piccole imprese".

Il legislatore italiano ha recepito tali indicazioni statuendo che ai fini dell'esercizio del diritto al congedo parentale, il genitore e' tenuto, salvo casi di oggettiva impossibilità, a preavvisare il datore

¹³ Figlio nato morto. "E' vietato adibire al lavoro le donne: a) durante i due mesi precedenti la data presunta del parto, salvo quanto previsto all'articolo 20; b) ove il parto avvenga oltre tale data, per il periodo intercorrente tra la data presunta e la data effettiva del parto;c) durante i tre mesi dopo il parto; d) durante gli ulteriori giorni non goduti prima del parto, qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta. Tali giorni sono aggiunti al periodo di congedo di maternità dopo il parto".

¹⁴ Indicare l'insieme dei permessi.

¹⁵ (Del Punta 1992, p. 752)

¹⁶ Norma di flessibilità

di lavoro secondo le modalità e i criteri definiti dai contratti collettivi, e comunque con un periodo di preavviso non inferiore a quindici giorni.

E' proprio il diniego del datore di lavoro di concedere il congedo parentale ad un proprio dipendente che ha dato origine alla prima causa imperniata sul sensibile punto delle ragioni organizzative che possono eventualmente impedirne il godimento di tale diritto, una causa incentrata, per l'appunto, sul diverso contenuto della norma nazionale rispetto a quelle comunitarie¹⁷. In sede di reclamo proposto contro un decreto emesso ex art. 700 cpc, il Tribunale di Venezia ha risolto la questione affermando che la scelta del legislatore di recepire solo la parte della direttiva relativa al termine minimo di preavviso di 15 giorni salvo casi di oggettiva impossibilità non comporta che l'art. 32 del d.lgs. 151 del 2001 sia contrario alla direttiva 96/34; significa solo che "il legislatore italiano ha rispettato le prescrizioni minime dell'accordo esercitando poi la discrezionalità riconosciuta ai Paesi membri nel senso di limitare il diritto al congedo parentale solo ed esclusivamente con riferimento al termine di preavviso". Da sottolineare che nel rigettare il reclamo per la parte relativa all'illegittimità costituzionale dell'art. 32 - per supposta violazione degli artt. 3 e 41 della Costituzione in quanto non sarebbe consentito all'impresa di bilanciare la richiesta di congedo con le proprie esigenze organizzative - il Tribunale ha tenuto conto "che la ratio della norma è quella di considerare preminente il diritto del lavoratore a curare ed allevare i propri figli, diritto sancito dagli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione stessa".

In conclusione, occorre sottolineare che in sede di prima interpretazione giurisprudenziale delle norme dedicate al congedo parentale è stato riconosciuto un "diritto di scelta" del genitore nel senso che "il titolare del diritto ai congedi parentali possa scegliere *quando* fruime, nell'ambito dei primi otto anni di vita del bambino"¹⁸, salvo ammettere che sull'esercizio di tale diritto, a parere di chi scrive, grava un condizionamento talmente pesante da ridurre il potenziale impatto applicativo della disposizione, con effetti meno dirompenti sui consolidati assetti aziendali: la ridotta retribuzione che viene corrisposta al genitore che usufruisce del congedo e cioè il 30% dello stipendio, salvo integrazioni contrattate in sede collettiva¹⁹.

3.2. Congedi e permessi diversi per la "cura" della famiglia

A fianco dell'istituto del congedo parentale, nella direttiva 96/34 vengono collocate anche le "assenze dal lavoro per cause di forza maggiore": sono tali quelle "derivanti da ragioni familiari urgenti dovute a malattie o infortuni, che rendono indispensabile la presenza immediata del lavoratore", come si esprimeva la clausola 3. Dopo essersi soffermati sul probabile significato di "familiare" utilizzato nell'intitolazione del Capo II della legge n. 53 del 2000 (paragrafo 4.1.), occorre ora soffermarsi sul contenuto dell'art. 4 che si è incaricato di attuare il disposto comunitario segnalato. Sotto una rubrica dal titolo alquanto (e nuovamente) ridotto - *Congedi per eventi e cause particolari* - trovano regolamentazione varie forme di articolazione della prestazione di lavoro. Ci si riferisce ai tre giorni di permesso retribuito per decessi o gravi infermità di familiari, sostituibili da diverse modalità esplicative della prestazione di lavoro, cui può aggiungersi un congedo della durata di due anni da esercitarsi nell'ambito dell'intera vita lavorativa per documentati e gravi motivi familiari per le patologie individuate in un apposito decreto.

Il fatto che all'interno dello stesso articolo oltre ai congedi e permessi siano collocate anche le eventuali "diverse modalità di espletamento dell'attività lavorativa" che il lavoratore e la lavoratrice, nei casi di documentata grave infermità, "possono concordare con il datore di lavoro", può indurre a considerare una mera (e non certo l'unica nel contesto della legge) discrasia tra titolo

¹⁷ Ordinanza del Tribunale di Venezia, 7 settembre 2001 in LG 2001, p. 1052 e ss., con nota di R.Nunin.

¹⁸ Ordinanza *cit.*

¹⁹ Il profilo della retribuità delle assenze sarà affrontato nel secondo e nel terzo capitolo.

dell'articolo 4 e il suo variegato contenuto, e non certo come un "conglobamento" dei meri permessi tra i congedi, come pare al contrario ricavarsi da alcuni recenti commenti²⁰.

Quest'ultima ipotesi, che assume un ruolo quasi collaterale nel complesso del decreto, appare, tra l'altro, di estremo interesse ai fini dell'individuazione dei connotati giuridici della c.d. flessibilità temporale "scelta" che si stanno cercando di individuare. Il disposto, così come attuato dal quarto comma dell'art. 1 del decreto interministeriale n. 278/2000, prevede che in caso di documentata grave infermità, il lavoratore o la lavoratrice possano trovarsi di fronte ad una possibilità alternativa²¹: quella di chiedere 3 giorni di permesso retribuito oppure possano concordare diverse modalità di espletamento dell'attività lavorativa "anche per periodi superiori a tre giorni" (art. 1 comma 4, decreto 278/2000).

A prescindere dal fatto che il decreto attuativo abbia identificato tali "diverse", e quindi varie, modalità solo con una riduzione dell'orario di lavoro²², risulta interessante approfondire i caratteri e l'ambito applicativo di questo accordo individuale che risultano, nel complesso, strettamente correlati alla finalità chiamata a perseguire: non escludere chi lavora dalla cura dei familiari in condizioni di grave infermità. L'accordo è soggetto, per questa ragione a pochi limiti. Deve risultare da forma scritta e vi devono essere indicati i giorni di permesso che sono sostituiti dalle diverse modalità di espletamento dell'attività lavorativa e (se tali modalità riguardano una riduzione dell'orario di lavoro) tali modalità devono comportare una riduzione dell'orario di lavoro complessivamente non inferiore ai giorni di permesso che vengono sostituiti. La diversa modalità di esplicazione della prestazione lavorativa (e non solo la riduzione d'orario) contrattata deve, a norma del decreto "avere inizio entro sette giorni dall'accertamento dell'insorgenza della grave infermità o della necessità di provvedere agli interventi terapeutici".

Questi sono, in fondo, particolari che arricchiscono la norma, ma non risolvono quella che appare la questione giuridicamente più pregnante e che rinvia alla natura di diritto di scelta riconosciuta al congedo parentale del lavoratore anche dalla recente ordinanza del Tribunale di Venezia commentata poco sopra. Ci si riferisce, appunto, alla natura del diritto esercitabile dal lavoratore. Al riguardo è stato scritto che "a differenza dei tre giorni di permesso che (...) spettano al lavoratore" - qualificati come diritto potestativo²³ - il soggetto richiedente una diversa modulazione della prestazione "non possiede altro che una sorta di pretesa ad essere ascoltato dal datore di lavoro (...) pretesa che, quindi, quest'ultimo non si opponga ad un esame concorde, per quanto prescindente dal risultato"²⁴.

Nel trasferire al secondo capitolo tale questione insieme ad alcune altre rimaste in sospeso e tutte comunque legate alla natura giuridica del congedo che si lega, a sua volta, ai connotati della sospensione del rapporto di lavoro e dei permessi, conviene per il momento

²⁰ L. Lazzeroni, *Il congedo per motivi familiari*, in (a cura di) Del Punta, Gottardi, *I nuovi congedi*, Il Sole 24 Ore - Pirola, 2001, p.128 scrive che "i congedi" contenuti nell'art. 4, 1° comma rappresentano "la prima cristallizzazione in un documento legislativo di una forma di permessi già esistenti nel nostro ordinamento ma previsti soltanto dalla contrattazione collettiva, con la quale si rimetteva la fruizione del periodo di congedo alla discrezionalità del datore di lavoro, il quale si riservava, in linea generale, di acconsentire alle richieste del lavoratore una volta effettuato un contemperamento fra le esigenze del richiedente e l'interesse aziendale". Con questa impostazione si utilizza indifferentemente congedo e permesso, nonostante il decreto interministeriale n. 278 del 2000 li mantenga distinti.

²¹ Solo il lavoratore o la lavoratrice sono titolari di questo potere di scelta, non il datore di lavoro: L. Lazzeroni, *Il congedo ...*, cit. p. 135.

²² L. Lazzeroni, *Il congedo ...*, op. cit. p. 132 che riconosce natura di diritto potestativo al permesso in questione in quanto per il suo esercizio è sufficiente una mera comunicazione al datore di lavoro e non una richiesta. Una simile argomentazione è stata utilizzata da R. Del Punta, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 388; con riguardo all'astensione facoltativa ha scritto che si configura come diritto potestativo del lavoratore in quanto il suo esercizio è subordinato ad una mera manifestazione di volontà di questi associata eventualmente ad oneri di natura formale, che provoca una sorta di insindacabilità nel merito del datore di lavoro. Sul punto si tornerà nel secondo capitolo.

²⁴ L. Lazzeroni, *Il congedo ...*, op.cit., p. 135.

focalizzare con esattezza un punto in cui confluiscono alcuni delle questioni potenzialmente in grado di ostacolare ogni sforzo ricostruttivo-generale: il congedo parentale regolato ora dall'art. 32 del d.lgs. n. 151 del 2001 è di durata complessiva di 10/11 mesi e i genitori possono utilizzarlo per un periodo massimo di 6 mesi ognuno; tale congedo si può frazionare fino ad un giorno, arrivando in questo modo a confondersi con il permesso genericamente inteso, che è tendenzialmente retribuito e si può cumulare; i permessi unificati dalla medesima finalità di cura dei figli che possono essere teoricamente confusi (pur essendo diversi i particolari delle regole concretamente dettate) sono il permesso regolato dall'art. 4, appena descritto, i riposi e permessi regolati dall'art. 39 fino all'art. 42 del d.lgs. 151 del 2001 (riposi giornalieri della madre e del padre, genitori di figli aventi e non aventi handicap grave), che, infine i congedi per la malattia del figlio regolati dall'art. 47²⁵.

Un altro nodo interpretativo dell'art. 4 della legge n. 53 del 2000 rinvia, invece, all'applicazione al lavoro pubblico del periodo di congedo "continuativo o frazionato, non superiore a due anni" durante i quali "il dipendente conserva il posto di lavoro, non ha diritto alla retribuzione e non può svolgere alcun tipo di attività lavorativa". Tale congedo, che non è computato nell'anzianità di servizio e ai fini previdenziali²⁶, deve raccordarsi con le disposizioni presenti nei contratti collettivi di comparto che regolano *l'aspettativa per motivi familiari*.

Di fronte alla novità registrata nel settore pubblico di una regolazione *ex lege* di congedi che negli anni passati erano disciplinati solo dal contratto di comparto (almeno per il periodo successivo l'abrogazione del congedo straordinario determinata dal d.lgs. 29 del 1993), si crea una compresenza problematica di fonti di regolamentazione dei congedi e delle aspettative; in particolare il congedo regolato dall'art. 4 è causa di delicati problemi interpretativi, determinati da un'armonizzazione ancora *in fieri* del settore pubblico e del settore privato (e dalle regole dettate da una legge che ha avuto come unico ed indubbio paradigma il lavoro prestato e regolato nel settore privato) e dalla presenza del divieto di cumulo del trattamento legislativo e contrattuale previsto allo stesso titolo contenuto nel decreto 278 del 2000.

Al fine di individuare se i due trattamenti (quello di origine legislativa e quello di origine contrattuale) sono cumulabili oppure no occorre, individuare differenze le differenze di condizioni e di trattamento. Il congedo per gravi motivi familiari, regolato dall'art. 4 della l. n. 53 ha una durata di due anni e può richiedersi solo per gravi motivi familiari, che arrivano a diventare anche personali nelle disposizioni attuative del decreto; tali ragioni devono essere non solo "gravi", ma anche documentate e tipizzate nel decreto interministeriale n. 278 del 2000; l'aspettativa per motivi personali risulta finalizzata al soddisfacimento di esigenze personali o di famiglia ed ha una durata di 12 mesi nell'arco di un triennio, è senza retribuzione e senza effetti sull'anzianità di servizio e, in alcuni casi come prevede il ccnl Regioni e Segretari comunali e provinciali, è un'aspettativa da fruirsi, in soli due scaglioni, intervallati da un periodo di almeno 4 mesi di ripresa del servizio attivo (almeno per il primo contratto).

La soluzione del cumulo dei due trattamenti si basa su un'enfatizzazione delle differenze tra i motivi generalmente personali e di famiglia richiesti dall'aspettativa e i gravi motivi richiesti dall'art. 4 della legge n. 53 del 2000 e tipizzati nel decreto n. 278/2000²⁷; nel caso si prediliga optare per l'alternatività tra il congedo e l'aspettativa, si deve di necessità impostare un giudizio di prevalenza che presenta non pochi problemi applicativi. Marco Lovo, comparando il trattamento complessivo delle norme citate, sostiene la prevalenza delle norme previste dai contratti collettivi nonché delle recenti preintese dato che "consentono di fruire di un periodo quantitativamente

²⁵ Inserire disposizioni ed aggiungere il 5° comma finanziaria per il 2001.

²⁶ Il lavoratore può procedere al riscatto ovvero al versamento dei relativi contributi, calcolati secondo i criteri della prosecuzione volontaria (art. 4, comma 2).

²⁷ M. Miguidi,

maggiore in termini assoluti, se rapportato all'intera vita lavorativa del dipendente, e prevedono una maggiore estensione delle causali che danno titolo all'aspettativa"²⁸.

3. Conciliazione e approccio giuridico

Prima di proseguire oltre, occorre quindi approfondire questo concetto, anzi si rende necessario interrogarlo per impedirgli di diventare un "luogo comune", come suggerivano alcuni anni fa due studiosi ad un forum fiesolano²⁹.

Negli anni Sessanta e Settanta conciliare significava per le donne conciliare i ruoli (di madre, di moglie, di lavoratrice) per rendere accettabile il lavoro salariato: la conciliazione sarà femminile o non sarà, si affermava. La società si limita a prendere atto del lavoro salariato delle donne, sulle quali gravano ancora tutte le responsabilità familiari, con la conseguente inevitabile difficoltà, per esse, di far fronte agli impegni familiari senza essere esposte professionalmente a discriminazioni. La tesi della conciliazione dei ruoli a partire dal 1975 si eclissa; grazie all'espansione della logica dell'eguaglianza, si comincia piuttosto a parlare di condivisione³⁰. La questione delle responsabilità familiari viene affrontata nella logica dell'effettività del principio d'eguaglianza e la tesi che si sostiene è quella della condivisione dei diritti e delle responsabilità³¹. Obiettivi primari diventano l'eguaglianza e la ricerca di strumenti giuridici per una lotta efficace contro le discriminazioni; le responsabilità tra donne e uomini devono essere condivise³².

La questione della conciliazione risorge in ambito comunitario a partire dalla Carta comunitaria dei diritti sociali dei lavoratori del 1989 che, al punto 16 dispone che "è altresì opportuno sviluppare misure che consentano agli uomini e alle donne di conciliare meglio i loro obblighi professionali e familiari". Con il terzo programma d'azione comunitaria la conciliazione si avvia a diventare un termine ricorrente delle politiche comunitarie che la annoverano tra le misure che permettono "l'integrazione delle donne nel mercato del lavoro".

Lo stesso termine è stato utilizzato in altri atti comunitari come nelle linee di politica sociale contenute nel Libro Bianco su *Crescita, competitività e sviluppo* di Delors del 1994 e nelle politiche sulla politica familiare. In quest'ambito "la conciliazione" diviene "una sorta di 'varco giuridico' attraverso cui l'Unione porta la questione della famiglia nel seno del diritto comunitario concludendo un armistizio con il principio d'uguaglianza"³³. Il testo della Carta e di altri atti collaterali elaborati dalla Commissione, segnano la rottura nel modo di trattare il tema delle responsabilità familiari in ambito comunitario. Non si tratta più di solo di combattere le discriminazioni, ma occorre ridurre gli ostacoli all'integrazione delle donne nel mercato del lavoro e tale approccio rende più evanescenti i confini della condivisione delle responsabilità familiari.

Se, nella sua sostanza, la nozione di conciliazione "tende ad armonizzare, a rendere compatibili, le politiche tradizionalmente ritenute opposte dell'eguaglianza e della famiglia", come può la conciliazione "rendere egualitaria la politica familiare ed effettiva l'eguaglianza"? All'affermazione che non è la conciliazione in sé ad essere problematica, ma sono gli usi che ne vengono fatti

²⁸ M. Lovo, *Congedi ...*, cit. p. 228. Nei contratti collettivi sono regolate, e continuano ad applicarsi, altre forme di aspettativa come quella per il lavoratore il cui coniuge presta servizio all'estero (ccnl Regioni e Autonomie locali).

²⁹ Ci si riferisce al Forum Europeo intitolato *The regulation of working time in the European Union*, svoltosi all'IUE di Firenze dal 27 al 29 aprile 1995; il resoconto dei lavori è contenuto in Junter-Loiseau, Tobler, *La conciliazione...*, cit. da cui sono tratte anche le suggestioni che seguono.

³⁰ Junter-Loiseau, Tobler, *La conciliazione tra lavoro domestico e di cura e lavoro retribuito nella legislazione internazionale, nelle politiche sociali e nel discorso scientifico*, in *Ragion Pratica* 1996/6, pp. 145-176.

³¹ V. dir. 76/207 dove il problema della responsabilità familiari non è affrontato direttamente, ma attraverso il riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia.

³² "Ogni cambiamento del ruolo tradizionale delle donne dovrebbe accompagnarsi ad un mutamento di quello degli uomini, cioè ad una loro maggiore partecipazione alla vita familiare e ai lavori domestici" (Conferenza internazionale del lavoro, Messico 1975). "Lo scopo perseguito non è tanto quello di sviluppare una politica familiare di portata generale, quanto di trattare la questione delle responsabilità familiari in relazione al problema della conservazione o dell'ampliamento delle disuguaglianze tra i sessi a causa del carico di responsabilità sulle lavoratrici".

³³ Junter-Loiseau, Tobler, *La conciliazione ...*, cit., p. 153.

(soprattutto a livello comunitario) a renderla equivoca, le autrici citate aggiungono anche di non abbandonare la conciliazione in mano alle sole imprese – mediante l'appiattimento sul tema delle risorse umane – o di relegarla nel solo ambito familiare. Queste conclusioni oggi possono essere aggiornate.

E' attraverso il filtro della *Risoluzione concernente la partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini all'attività professionale e alla vita familiare* e del concetto di contratto sociale di genere in essa contenuto che forse si può arrivare oggi a trasformare un concetto ambivalente, forse ambiguo, come quello di conciliazione in un termine complementare a quello di eguaglianza, non formale o sostanziale, ma effettiva tra donne e uomini³⁴. Nella locuzione di contratto sociale di genere appare una versione rivalutata, ripensata e aggiornata delle politiche di conciliazione che, capitalizzando proprio le modifiche al Trattato progettate ad Amsterdam in materia di parità, arrivano a comprendere diritti e doveri di cura (da parte anche degli uomini), una nuova politica dei tempi (non solo individuale, ma anche collettivi; non solo di lavoro, ma anche di vita; non solo gestiti dalle aziende, ma da una pluralità di soggetti che cercano di armonizzare i ritmi individuali a quelli sociali) oltre che un diverso sistema di *welfare*. Tra le tante indicazioni contenute nella risoluzione occorre sottolineare il *rifiuto di una visione parziale del principio di eguaglianza*, sancito nel secondo considerando: "Il principio dell'uguaglianza tra uomini e donne implica la necessità di compensare lo svantaggio delle donne per quanto riguarda le condizioni di accesso e di partecipazione al mercato del lavoro e lo svantaggio degli uomini per quanto riguarda le condizioni di partecipazione alla vita familiare, derivanti da pratiche sociali che ancora presuppongono il lavoro non retribuito derivante dalla cura della famiglia come responsabilità principale delle donne e il lavoro retribuito derivante da un'attività economica come responsabilità principale degli uomini". Il punto 5 dei considerando, afferma poi, che: "Sia gli uomini che le donne, senza discriminazioni fondate sul sesso, hanno diritto di conciliare la vita professionale con quella familiare"³⁵.

Quello che ci pare di poter riconoscere è una sorta di paradosso, ma la conciliazione deve essere a sua volta "conciliata" con i divieti di discriminazione. E' esattamente con questo passaggio che si spiega la scelta del parametro interpretativo della c.d. logica dell'integrazione che poco sopra si è cercato di presentare. Nonostante il permanere di una sensazione di fluidità del concetto di conciliazione, questa conclusione si può quanto meno considerare acquisita, rendendo immediatamente visibile il problema giuridico qualificante l'intersezione tra eguaglianza e dimensione temporale della prestazione lavorativa: l'accesso degli uomini alla conciliazione tra vita professionale e familiare, che rinvia a sua volta

³⁴ Ci si riferisce alla risoluzione del Consiglio e dei ministri incaricati dell'occupazione e della politica sociale concernente la partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini all'attività professionale e alla vita familiare (datata 29 giugno 2000, 2000/C 218/02).

³⁵ "L'inizio del XXI secolo costituisce un momento simbolico per dare concretezza al nuovo contratto sociale di genere in cui l'effettiva parità delle donne e degli uomini nella sfera pubblica e in quella privata sia socialmente accettata come condizione di democrazia, presupposto di cittadinanza e garanzia dell'autonomia e delle libertà individuali, come riflessi in tutte le politiche dell'Unione europea". Questa ampia finalità - iscritta con malcelata enfasi nel punto 11 dei considerando - presuppone "una partecipazione equilibrata degli uomini e delle donne all'attività professionale e alla vita familiare, parallelamente all'obiettivo di un'equilibrata partecipazione di donne e uomini al processo decisionale" (lett.a) e richiede "un approccio globale e integrato per conciliare la vita professionale con quella familiare, in quanto diritto degli uomini e delle donne" (lett. b), oltre che l'attivazione di tutti i mezzi concreti "per garantire i mutamenti delle strutture e degli atteggiamenti indispensabili a creare una partecipazione equilibrata di donne e uomini alla sfera professionale e a quella familiare" (lett.c).

- a) per quanto riguarda le misure antidiscriminatorie ciò equivale ad affermare la parificazione totale tra trattamento del padre e della madre in ordine allo svolgimento del c.d. lavoro di cura (rinvio all'intervento di Gottardi)³⁶
- b) per quanto riguarda le misure promozionali si rinvia al problema della natura sessuata delle azioni positive come misure "a favore delle donne" ed impone quanto meno un accenno al problema dei soggetti destinatari delle azioni positive; questi aspetti ci collegano alla c.d. tentazione del neutro così praticata a livello comunitario con cui ci si dovrà confrontare tra breve; la misura promozionale neutra è la misura indirizzata indifferentemente a uomini e donne come soggetti destinatari della stessa;
- c) per quanto riguarda le c.d. esenzioni condizionate dal lavoro (i congedi ne rappresentano una parte importante) si rende necessario coordinare la tradizionale funzione di tutela della donna lavoratrice cui adempivano con rinnovate finalità quali appunto la garanzia d'eguaglianza tra uomini e donne e altresì con la finalità di favorire una maggiore e migliore occupazione, il tutto in una logica che – come si è cercato di descrivere poco sopra – vede il figli o le persone da curare in senso più ampio, i soggetti beneficiare delle assenze dei genitori-lavoratori.

In verità quella che si è chiamata la "tentazione del neutro" non è propria delle sole misure promozionali, ma accomuna la prospettiva di studio di tutti e tre i punti appena segnalati³⁷ (misure antidiscriminatorie, misure promozionali, strumenti di tutela dalle rinnovate finalità). Nelle tre prospettive assume connotazioni diverse che meritano di essere sottolineate anche per chiarire una sorta di equivoco.

- Le misure antidiscriminatorie non possono che essere proprie di entrambi i generi (maschile e femminile). Questa conclusione ovvia si scontra con le difficoltà di adattamento del sistema giuridico complessivamente progettato per la donna lavoratrice. Si richiamano – non potendo approfondire i richiami in questa sede – la vicenda del lavoro notturno femminile e il trattamento previsto dall'ordinamento giuslavoristico contro il licenziamento illegittimo del padre lavoratore³⁸.

- Per quanto riguarda le misure promozionali il punto di attrito teorico ha riguardato la questione se possano essere adottate – nella logica delle pari opportunità, ma altresì della conciliazione - misure che spingano gli uomini ad assumersi una parte di responsabilità familiare³⁹. Quella volta a sostenere che la garanzia giuridica dell'accesso degli uomini alla conciliazione tra vita professionale e familiare produrrà una ripartizione più equa delle responsabilità familiari è qualificata come una vera e propria "finzione sociale". "Se l'accesso sarà formale e neutro, potrà produrre l'effetto contrario: aumentare il numero delle donne che tentano di conciliare, e ancora di più si fanno carico del lavoro domestico, e diminuirne l'attrattiva per gli uomini"⁴⁰. Nel testo della convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (Cedaw 1979) non si pongono ostacoli a simili misure che risultano implicitamente incoraggiate⁴¹. La

³⁶ Rinvio alle considerazioni svolte in Laura Calafà, *Il recesso dei genitori nel d.lgs. 151 del 2001*, in (a cura di) P. Zatti, *Trattato di diritto di famiglia*, vol. VI, Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia, 2002, Padova: Cedam (p. 571-606).

³⁷ La frase è di Guaglianone, *Commentario alla l. 125/91*, a cura di T. Treu e M.V. Ballestrero, in *Nuove leggi civ.comm.*, 1994, p. ; sul percorso comunitario di "neutralizzazione" delle azioni positive, De Simone, *Dai principi ...*, cit. e id., *A proposito di azioni positive. I. Regole di eguaglianza e giustificazione delle azioni positive*, in *Ragion pratica*, n. 8, 1997, p.87 e ss.

³⁸ Laura Calafà, voce Lavoro notturno, in *Digesto IV ed*, sez. comm. 2003, in corso di pubblicazione e id. Laura Calafà, *Il recesso dei genitori nel d.lgs. 151 del 2001*, cit.

³⁹ In questi termini opera il congegno dell'intrasferibilità del congedo parentale (per entrambi i genitori è di massimo 6 mesi) e il correlativo aumento della sua durata in funzione premiale (quando il padre utilizza il congedo per almeno 3 mesi il budget temporale dei genitori si allunga a 11 mesi): artt. 32 e ss. d.lgs. 151 del 2001.

⁴⁰ Junter-Loiseau, Tobler, *La conciliazione ...*, cit., p.158.

⁴¹ Le citazioni che seguono sono tratte da Junter-Loiseau, Tobler, *La conciliazione ...*, cit., p.158.

convenzione del 1979 stabilisce che "uno speciale trattamento positivo tendente ad una effettiva eguaglianza tra i sessi, per un periodo transitorio, non sarà considerato discriminatorio". "Questo testo rappresenta la base normativa delle "azioni positive", di cui intendeva fare lo strumento dell'eguaglianza reale, così fondando la legittimità di misure atte ad incoraggiare gli uomini alla condivisione delle responsabilità familiari. Per l'effetto congiunto di una interpretazione dottrinale restrittiva e di un abuso del linguaggio, questi trattamenti diverranno le 'azioni positive per le donne'". Non si è in grado in questa sede di ricostruire la c.d. tentazione del neutro così praticata a livello comunitario. Ci si limita a ribadire che il collegamento esplicito alla nozione di azione positiva contenuta nel Trattato di Amsterdam⁴² – in assenza di ogni cenno alla dichiarazione finale aggiunta nel 1997 – e i contenuti delle nuove direttive sulla parità di trattamento rendono meno problematica l'affermazione di legittimità delle misure indirizzate ai soli uomini, ma ancora largamente fraintesa o comunque non pacifica in quanto confusa nell'indistinta critica alle azioni positive "neutre".

- Queste osservazioni possono riprodursi anche per i congedi e la conciliazione. Già in altra sede si era rilevata la medesima tensione interpretativa. Presentando la direttiva 96/34 sui congedi parentali, si era segnalato che il confronto con il problematico rapporto tra disciplina delle assenze dal lavoro e principio di parità di trattamento donava rinnovato vigore alle considerazioni svolte nel 1990 da Maria Vittoria Ballestrero (e non a caso) proprio sulla proposta delle donne comuniste in materia di orari; rilevando che "se da una parte, non si può dubitare che di questa istanza di uguagliamento si facciano carico le nuove ipotesi di "assenze" di derivazione comunitaria, dall'altra, il fatto che siano "intrasferibili" induce a ritenere che tale uguaglianza divenga (parafrasando Maria Vittoria Ballestrero) *anche nell'immediato, non solo apparente*. Un elevato margine di rischio permane dato che "il nuovo tempo di lavoro è essenzialmente un tempo garantito e assistito di non lavoro" al quale rimangono interessate prevalentemente le donne "alle quali i nuovi istituti (...) consentirebbero di continuare a vivere le loro molte dimensioni senza l'affanno di oggi. Ma queste misure cambierebbero nel senso desiderato il tempo di lavoro di tutti, uomini e donne?". La risposta negativa ha una chiara ragione: "le donne, ancor più garantite nel diritto all'assenza, pagherebbero certamente l'esercizio di questo diritto con una crescente segregazione qualitativa e fors'anche quantitativa" nel lavoro"⁴³.

L'attenzione del giurista del lavoro sensibile alle logiche della parità tra i sessi non può quindi che catalizzarsi sui meccanismi volti a rendere tale eguaglianza nell'immediato "non apparente":

- dell'intrasferibilità si è appena detto: il diritto al congedo parentale è un diritto proprio, non può appunto trasferirsi;
- a ciò occorre aggiungere che al padre viene fornito un premio di un mese nel caso in cui decida di utilizzarne almeno tre, anche se non consecutivi;
- l'unica vera misura incentivante, occorre ammetterlo in questa sede, è (come nel lavoro pubblico) o dovrebbe essere (come nel lavoro privato) la piena o quasi piena retribuitività dei congedi parentali;

L'interpretazione dell'art.9 della legge n. 53 del 2000 cui si è più volte fatto riferimento ha consentito di affrontare trasversalmente questi aspetti, dato che si tratta di misure di

⁴² A quelle misure che prevedano vantaggi diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali.

⁴³ Ballestrero, *Le donne cambiano i tempi: cambieranno anche il lavoro?*, in *Riv.it.dir.lav.* 1990, III, p. 63 e ss.; la citazione complessiva è tratta da Calafà, Gottardi, *Maternità, ...cit.*, p.

Che "genere" di conciliazione?

Famiglia, Lavoro e Genere: equilibri e squilibri

incentivazione – finanziate da un ricco fondo - della conciliazione tra tempi di vita e di lavoro. Se, da una parte, tali misure sono da valorizzare come strumenti di progettazione sperimentale di quel mutamento sociale a cui si è fatto più volte riferimento, misure attraverso le quali si arriva a trasferire una parte del carico dell'eguaglianza tra uomini e donne e l'integrazione di queste ultime nel mercato del lavoro anche sulle articolazioni dei tempi di vita e di lavoro; dall'altra occorre rilevare che essendo le stesse azioni di tipo "neutro", possono provocare effetti distorsivi sul corretto funzionamento del principio d'eguaglianza. La norma e il decreto attuativo seguente considerano come soggetti beneficiari delle azioni positive di flessibilità sia lavoratrici che lavoratori. L'art. 1 della legge n. 125 del 1991 (non modificato dal d.lgs 196 del 2000) apre, invece, la legge circoscrivendone la finalità, riconosciuta nello "scopo di favorire l'occupazione femminile e di realizzare l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro, anche mediante l'adozione di misure denominate azioni positive per le donne, al fine di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità". La finalità specifica delle azioni contenute nell'art. 9 pare da ricondurre, in particolare, a quella problematica lett. e) dell'art. 1 dedicata alle azioni positive che hanno lo scopo di "favorire, anche mediante una diversa organizzazione del lavoro, delle condizioni e del tempo di lavoro, l'equilibrio tra responsabilità familiari e professionali e una migliore ripartizione di tali responsabilità tra i due sessi".

E' attraverso queste considerazioni preliminari che si può tentare di fornire un'impronta ulteriore all'attività di attuazione dell'art. 9, valorizzando altresì quella direttiva di innovatività specificata nell'art. 3, co. 4 del decreto⁴⁴. La proposta, forse ingenua, che le capitalizza è quella di **finanziare in via prioritaria quei progetti che risultino finalizzati ad una maggiore condivisione dei ruoli familiari tra donne e uomini**; non potendo umanamente pensare che tutte le azioni dovranno essere indirizzate a soli "lavoratori", occorre rendere le altre azioni, quelle neutre (cioè indirizzabili indifferentemente alle donne e agli uomini), oggetto di un costante monitoraggio al fine di valutare il loro impatto di genere, al fine di evitare che si trasformino in un substrato materiale segregante e quindi potenzialmente idoneo ad alimentare discriminazioni indirette⁴⁵.

E' esattamente in questo punto che paiono agganciarsi alla perfezione i contenuti e gli auspici iscritti nella risoluzione del giugno dello scorso anno e le misure di conciliazione contenute nella legge 53 del 2000 con l'insieme degli strumenti elaborati ed affinati dalla legislazione di parità e pari opportunità operante nel nostro Paese. Questa auspicabile integrazione avverrebbe all'insegna della reciproca interazione e non di una demonizzante, tradizionale separazione tra strumenti di conciliazione e politiche dell'eguaglianza. Del resto, essendo le misure regolate dall'art. 9 della l. 53 del 2000 qualificabili come azioni positive in base alla lett. e) dell'art. 1 della l. 125 del 1991, sono anche ontologicamente flessibili e a durata limitata

⁴⁴ Di segno opposto l'auspicio di Ferrante (*Osservazioni ... cit.*) di praticare differenti tipi di intervento, rispetto a quelli progettati nell'art. 9; agevolando la costituzione (aziendale, territoriale) di asili si consentirebbe di superare sia "le difficoltà (...) che si frappongono alla trasposizione delle tutele lavoristiche al di fuori dell'ambito segnato dalla nozione di cui all'art. 2094 c.c.", sia di mettere d'accordo la categoria dei liberisti, dei fautori del nuovo *welfare* e degli "scettici sul riequilibrio delle funzioni di cura all'interno della coppia (...) una categoria più vasta di quanto non si pensi"! Sulla concordia di opinioni - anche non troppo distanti tra loro come quelle appena segnalate - che il "benaltrismo" produce all'insegna di un rassicurante mantenimento dello *status quo*, v. Ballestrero, *Azioni positive. Punto e a capo*, in *Lav.dir.*, 1996, p. 117 e ss. Sollecitazioni completamente diverse sono ricavabili da Cunningham, *Father time: flexiblework arrangements and the law firm's failure of thefamily*, in *Stanford Law Review*, 2001, p. 967 e ss.

⁴⁵ Di estremo interesse i dati della ricerca del gruppo Matisse, pubblicati nel marzo 2001 e consultabili sul sito www.unicz.it/lavoro; si segnala, in particolare, il rapporto intitolato *Allocation du temps et partage des taches en France et Suède*

e, quindi, continuamente ripensabili⁴⁶. Le azioni di conciliazione, in effetti, possono rivolgersi specificamente sia alle donne che agli uomini oppure ad entrambi indistintamente. In quest'ultima versione, come si è sottolineato altrove, devono essere monitorate o comunque diventare oggetto di valutazione dell'impatto di genere, come ogni altra azione di *mainstreaming*⁴⁷.

Solo dopo aver effettuato queste osservazioni è possibile iniziare a leggere, con cognizione di causa, il binomio congedi-conciliazione nella logica dell'incremento quanti-qualitativo dell'occupazione femminile, come gli obiettivi fissati a Barcellona impongono agli Stati aderenti all'Unione delle CE.

4. Congedi e politiche per l'occupazione: i contenuti della conciliazione

Nella *Relazione annuale sulle pari opportunità per le donne e gli uomini nell'Unione europea 2002*⁴⁸ è scritto che "Al Consiglio europeo di Barcellona gli Stati membri hanno fissato degli obiettivi nazionali per quanto riguarda i servizi relativi alla custodia dei figli. Questa dovrebbe essere fornita ad almeno il 90% dei bambini di età compresa tra i 3 anni e l'obbligo scolastico, e ad almeno il 33% dei bambini al di sotto dei 3 anni per il 2010. Anche se un numero crescente di Stati membri hanno introdotto nuove misure, tra cui gli obiettivi quantitativi e date limite per il miglioramento delle capacità di accoglienza dei bambini, il numero dei servizi soddisfacenti e di buona qualità *non è ancora sufficiente per venire incontro alla domanda o per raggiungere gli obiettivi di Barcellona*. Come già durante l'anno precedente, il tema del miglioramento dell'*assistenza ad altri familiari a carico* ha ricevuto un'attenzione assai scarsa". A questa prima rilevazione sui servizi, segue una lettura specifica delle ripercussioni che l'ampliamento del ricorso ai regimi di congedo effettuato da Danimarca, Francia, Finlandia, Spagna, Svezia, Regno Unito, Irlanda, Austria e Paesi Bassi può produrre in termini di segregazione femminile.

E' scritto, in particolare, che benché questa sia "un'evoluzione positiva, alla luce dello squilibrio tra i sessi per quanto riguarda l'approccio verso l'assistenza ai bambini (responsabilità che continua a ricadere sulle donne), esiste il pericolo che lunghi periodi di congedo possano avere un impatto negativo sul tasso di partecipazione delle donne, allargare il divario retributivo ed aumentare la segregazione tra i sessi".

"Le politiche in materia di parità tra gli uomini e le donne, in generale, ed il duplice approccio in particolare sono fattori essenziali per aumentare i tassi d'occupazione, migliorare la qualità del lavoro e promuovere un mercato del lavoro basato sull'inserimento. Le principali sfide future nel campo delle pari opportunità continuano ad essere il raggiungimento degli obiettivi di Lisbona, la moltiplicazione del monitoraggio sull'impatto delle politiche, il miglioramento delle strutture di custodia dei bambini (obiettivo di Barcellona) e un maggiore coinvolgimento delle parti sociali, in particolare nel campo dei divari retributivi".

Già l'anno prima nella Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni contenente un bilancio di cinque anni della strategia europea per l'occupazione, con riguardo al pilastro Pari opportunità era segnalato che dalla "valutazione emerge che troppo spesso i governi ritengono che la riduzione del divario tra i sessi in termini di occupazione e disoccupazione sia un risultato della crescita economica e di un quadro di condizioni più adatte alla partecipazione delle donne al mercato del lavoro e non misurano a sufficienza l'impatto delle misure ad essi adottate, come invece prescritto dagli orientamenti. Occorre seguire più da vicino i progressi compiuti per il raggiungimento degli

⁴⁶ Per una recente analisi delle condizioni di ammissibilità dell'azione positiva: Ainis, *Cinque regole per le azioni positive*, in *Quad. cost.*, 1999, p. 359.

⁴⁷ L. Calafà. *La conciliazione ... op.cit.*; sull'impatto di genere e le politiche di *mainstreaming* De Simone, *Dai principi ... op. cit.*

⁴⁸ Relazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Bruxelles 5/3/2003 COM(2003)98 def., p. 9.

obiettivi occupazionali relativi alle donne, rafforzare le politiche e effettuare valutazioni d'impatto in modo più sistematico. La riduzione dei divari di genere richiede il coinvolgimento attivo delle parti sociali, soprattutto in materia di retribuzione e di congedo parentale". Lo strumento che la Commissione predilige del resto traspare nelle indicazioni contenute nelle righe immediatamente seguenti: "L'offerta di servizi all'infanzia, che è di competenza diretta delle autorità pubbliche, si rivela come un tema prioritario per un intervento diretto dei governi ed il vertice di Barcellona ha fissato nuovi obiettivi per il 2010".

Ciò che emerge dalle letture dei consuntivi comunitari (non solo dedicati alle politiche occupazionali) è che le assenze garantite solo alle donne hanno un impatto potenzialmente segregante e possono produrre riduzioni di retribuzione; che occorre monitorare le azioni avviati e che, soprattutto, occorre agire sui servizi all'infanzia per evitare ripercussioni negative sul lavoro delle madri.

Il punto è: ma la conciliazione la cui finalità principale è la garanzia di un maggiore e migliore accesso delle donne al mercato del lavoro è tornata ad essere una vicenda delle donne e solo delle donne?

Nelle raccomandazioni del Consiglio del 2001 era scritto che:

Gli Stati membri e le parti sociali:

- *elaboreranno, attueranno e incoraggeranno politiche in favore delle famiglie, quali la creazione di servizi accessibili, anche in senso economico, e di buona qualità per la custodia dei figli e l'assistenza ad altre persone a carico, nonché regimi relativi al congedo parentale e ad altri tipi di congedo;*
- *prenderanno in considerazione la fissazione di un obiettivo nazionale, che tenga conto delle rispettive situazioni di partenza, per l'aumento della disponibilità di servizi di custodia dei figli e di assistenza alle altre persone a carico;*
- *presteranno particolare attenzione alle donne e agli uomini che intendono reinserirsi sul mercato del lavoro dopo un periodo di assenza e, a tal fine, esamineranno i mezzi atti a sopprimere progressivamente gli ostacoli che si frappongono al loro reinserimento.*

Le misure da adottare dai singoli Stati – sulla base delle raccomandazioni della CE – sono quindi misure neutre, indirizzate cioè indifferentemente ad uomini e donne.

In quanto misure potenzialmente segreganti, la Commissione nella relazione sulle pari opportunità invita gli Stati a monitorare le azioni adottate.

Il solo monitoraggio è sufficiente? E' necessario, ma non sufficiente.

Nella parte del Nap 2002 italiano legato al quarto pilastro – PARI OPPORTUNITA' – e dedicato alla conciliazione si trova scritto:

"La crescita della presenza femminile nel mercato del lavoro ha reso più evidente la necessità di ricorrere a forme di lavoro flessibili per venire incontro alle esigenze di conciliare il doppio ruolo di vita lavorativa e familiare. La flessibilità ed il part-time quale strumento di flessibilità più "standardizzato" si sono rivelati, fino ad oggi, strumenti che incentivano e favoriscono l'inserimento lavorativo delle donne. Non vanno, tuttavia, trascurati i rischi connessi al ricorso a forme contrattuali flessibili: è quindi necessario monitorare continuamente tali politiche per evitare che elementi di flessibilità si trasformino in un fattore di nuova segregazione delle donne nel mercato del lavoro.

Altrettanto importante è l'esigenza di abbattere la concezione "maschile" del tempo come dato prettamente quantitativo e pervenire al superamento di questa impostazione verso una concezione qualitativa del tempo trascorso al lavoro.

ancorandolo al raggiungimento di determinati obiettivi e dei relativi standard di qualità. A tal fine, occorre individuare una serie di principi e di strumenti sia di tipo concettuale che di tipo normativo-contrattuale, che consentano di riorientare la flessibilità sui progetti di vita, le responsabilità parentali, le relazioni, l'affettività, gli interessi delle persone.

Il provvedimento più rilevante per la componente femminile è la legge 53/2000 che al Capo Terzo prevede disposizioni a favore della flessibilità di orario, volte in particolare a conciliare tempo di vita e di lavoro (art. 9) per i quali si stanziavano contributi nell'ambito del fondo per l'occupazione istituito dalla legge 263/1993. E' stato approvato dal Governo un decreto legislativo recante il testo unico delle disposizioni legislative sulla maternità e paternità, ai sensi dell'art. 15 della legge 53/2000. Le misure previste dalla legge risultano un utile strumento anche per incrementare ed incentivare forme di occupazione presso le imprese che accedono ai benefici economici laddove è prevista la flessibilità d'orario di servizio del lavoratore padre o lavoratrice madre, ovvero la sostituzione dell'imprenditore che usufruisca di un periodo di congedo parentale.

Il meccanismo fin qui descritto produce un beneficio in termini di nuove opportunità di lavoro che oltre ad investire il genere femminile, per il conflitto aperto tra lavoro di cura e crescita professionale, coinvolge la totalità delle persone in cerca di occupazione. Dall'esame dei primi progetti è emerso, come conseguenza dell'applicazione del suddetto decreto, un aumento dell'occupazione nelle singole aziende. Si tratta, ovviamente, di dati che allo stato non assumono un particolare rilievo, ma che appaiono promettenti.

Il Governo italiano ha recentemente presentato in Parlamento il disegno di legge "Piano nazionale degli asili nido" nel contesto di un disegno più vasto che comprende misure di diverso genere per il rilancio della famiglia. Il provvedimento, al momento, rappresenta una delle soluzioni concretamente possibili per conciliare maggiormente esigenze familiari e necessità individuali. Rappresenta un punto di avvio per dotare le famiglie anche monoparentali di servizi immediati e facilmente fruibili per la temporanea custodia dei bambini in età compresa tra i tre mesi ed i tre anni.

Base portante del provvedimento è rappresentata dalla previsione di intervento "pubblico-privato" ed il pieno rispetto del principio di sussidiarietà nella gestione dei servizi. In particolare è previsto che le attività inerenti i servizi degli asili nido possono anche essere affidate dai Comuni all'autonoma iniziativa dei cittadini e delle imprese, mentre nell'ambito della sfera pubblica le relative competenze sono ripartite tra Comuni, Province, Regioni e Stato.

La definizione degli orientamenti nazionali in materia e la ripartizione delle risorse, consentiranno alle regioni di programmare lo sviluppo degli asili nido attraverso la realizzazione di una serie di misure. E proprio i Comuni costituiscono la base operativa per la gestione dei servizi degli asili nido. In particolare, ricevono le proposte dei soggetti privati, provvedono alla gestione diretta dei servizi, definiscono le modalità gestionali ed organizzative degli asili nido.

Dal canto loro, le Regioni stanno sviluppando un insieme di misure di accompagnamento finalizzate a sostenere in varie forme la conciliazione tra lavoro e vita familiare. Le azioni più significative riguardano il rafforzamento della rete dei servizi di cura come strumento per garantire una più ampia partecipazione delle donne al mercato del lavoro e alla formazione, accompagnato in questa prima fase della programmazione comunitaria da ricerche ed analisi di fattibilità tese a modernizzare le possibili forme della conciliazione nell'ambito lavorativo e dei servizi pubblici".

Gli strumenti valorizzati dal Governo italiano appaiono quindi (ad una prima lettura di un documento che risulta nel complesso un po' vago e tutto sommato generico)

- gli strumenti di assistenza all'infanzia (non si vuole qui intervenire sulla natura dei servizi preferibili, se micro-nidi aziendali o servizi gestiti dal territorio o comunque facenti parte di progetti culturali che si vedono sganciati dalla logica del benefit aziendale), gli stessi considerati e valorizzati dalla Commissione.

- il monitoraggio è implicito in tutto il procedimento di redazione dei Nap; tutto da dimostrare che lo stesso monitoraggio sia anche effettivo;

- il Piano nazionale per l'occupazione del 2002 è stato valutato dalla Commissione e dal Consiglio nel mese di marzo del 2003 (anche se il documento non risulta formalmente pubblicato); tra le raccomandazioni al Governo italiano (uno dei più "richiamati" insieme alla Grecia con 6 raccomandazioni) troviamo scritto che il ricorso crescente a *contratti "souples"* offre un grado di protezione più debole rispetto al contratto di lavoro a durata indeterminata e questo favorisce la "dualizzazione" del mercato del lavoro, e l'insicurezza dei lavoratori meno favoriti risulta amplificata da un sistema di protezione sociale molto limitato.

E all'inizio del 2003 il Governo ha adottato altre misure volte a favorire la flessibilità, contenute sia nella legge n. 30 del 2003 (e nei relativi decreti legislativi in via di perfezionamento) che nel d.lgs. n. 66 del 2003 di recepimento della direttiva 93/104 sull'orario di lavoro.

Questo è il piano giuridico dove si sta spostando la conciliazione ed è proprio questo spostamento che spiega l'attuale successo delle politiche (e degli strumenti) di conciliazione (rispetto ad un passato non troppo remoto in cui erano assolutamente trascurate).

Rinviando tecnicamente ad una precisa, anche se composita finalità che alcuni strumenti giuridici possono perseguire, in generale le politiche di conciliazione riconducibili al Piano per l'occupazione assumono meno autonomia concettuale (tradizionalmente legata alla relazione tempi di vita e di lavoro impostati nella logica dell'eguaglianza tra i sessi) arrivando ad uniformarsi all'indistinto delle misure di stampo economico che hanno la finalità di aumentare l'occupazione; in questo contesto più ampio, le misure di conciliazione adottate (ma altresì prossimamente adottabili) nel nostro Paese risultano sempre meno legate alla modulazione temporale della prestazione di lavoro (resa d'altronde molto flessibile dalle nuove norme di recepimento della direttiva comunitaria), per legarsi – gradualmente, ma inesorabilmente – alla modulazione delle tipologie contrattuali; questo spostamento dalla logica della prestazione di lavoro alla logica della durata del contratto di lavoro e dei diritti a questo connessi rende la conciliazione sempre meno legata al soddisfacimento delle esigenze personali dei lavoratori e delle lavoratrici e sempre più una dinamica orientata alle esigenze dell'impresa (è il rischio appiattimento che si è poco sopra paventato). E questa logica, implicitamente, si lega ad una diminuzione dei diritti legati al lavoro.

Sono queste le ragioni che spiegano la scelta di concludere l'intervento con tre puntini di sospensione ...