

Un'analisi diacronica della disciplina europea in materia di congedo parentale: la ricerca di una politica comune

di Luisa Marchesini

Title: A diachronic analysis of the European regulation on parental leave: the search for a common policy

Keywords: Parental leave; Reduction of remuneration; Shift work.

1. – Con la sentenza del 18 settembre 2019, José Manuel Ortiz Mesonero contro UTE Luz Madrid Centro, causa n. C-366/18, la Corte di Giustizia UE è intervenuta relativamente al rifiuto da parte di una società di Madrid di concedere a un suo dipendente il diritto di lavorare ad un orario fisso per prendersi cura dei figli.

In particolare, tale lavoratore si avvaleva di un regime di lavoro a turni con orario variabile, effettuava cioè rotazioni tra tre turni – mattutino, pomeridiano e notturno – con due giorni di riposo a settimana, che variavano secondo la programmazione stabilita dal datore di lavoro. Il lavoratore della sentenza in commento chiedeva di poter lavorare esclusivamente durante il turno mattutino, dal lunedì al venerdì, mantenendo lo stesso numero di ore lavorative e senza riduzione della retribuzione, per occuparsi dei suoi figli entrambi minorenni. Tuttavia, tale domanda era stata respinta dal datore di lavoro.

Pertanto, il lavoratore proponeva ricorso avverso tale rifiuto dinanzi al giudice del rinvio, presentando la sua richiesta di assegnazione a un turno di lavoro mattutino sul fondamento dell'articolo 34, paragrafo 8, dello Statuto dei lavoratori il quale prescrive che «il lavoratore ha il diritto di modificare la durata e la distribuzione dell'orario di lavoro per rendere effettivo il diritto di conciliare vita personale, vita familiare e vita professionale, secondo le modalità stabilite nel contratto collettivo o concordate con il datore di lavoro nel rispetto, in ogni caso, di quanto previsto da tale contratto collettivo [...]». Il giudice del rinvio risolveva la controversia fondandola sull'art 37, paragrafo 6, Statuto dei Lavoratori in quanto nessun accordo tra il lavoratore e il suo datore di lavoro, e nemmeno il contratto collettivo del settore metallurgico per Madrid, aveva attuato l'art 34 di cui prima.

Tuttavia, l'art 37 Statuto dei Lavoratori subordina l'esercizio del diritto del lavoratore di conciliare la propria vita familiare e lavorativa per potersi prendere direttamente cura di minori o di familiari a carico, alla condizione che il lavoratore riduca il suo orario di lavoro quotidiano con conseguente riduzione proporzionale della propria retribuzione. Pertanto, il giudice del rinvio sottoponeva la questione all'attenzione della Corte al fine di verificare se la disposizione di cui all'art 37, paragrafo 6, Statuto dei Lavoratori fosse da ritenersi in contrasto con gli artt. 23 rubricato "Parità tra uomini e donne" e 33, paragrafo 2 rubricato "Vita familiare e vita

professionale” della Carta, nonché con i principi della direttiva 2010/18, che detta le linee guida riguardanti la disciplina in materia di congedo parentale e le relative tutele per i genitori lavoratori.

La conclusione a cui è giunta la Corte di Giustizia Ue nella sentenza in commento in tema di congedo parentale è la seguente: alla questione non si applica la direttiva 2010/18, che stabilisce prescrizioni minime e disposizioni sul congedo parentale.

Infatti, secondo la Corte, in primo luogo, tale direttiva non si applica alla norma nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento, che riconosce al lavoratore che voglia prendersi direttamente cura di minorenni o di familiari a carico, il diritto di ridurre il proprio orario di lavoro quotidiano, con riduzione proporzionale della retribuzione, quando il suo regime di lavoro normale è a turni con un orario variabile e non possa beneficiare di un orario di lavoro fisso, mantenendo il proprio orario di lavoro quotidiano.

Infatti, la Corte di Giustizia afferma che ai sensi della clausola 1, punto 1, dell'accordo quadro sul congedo parentale, sono enunciate prescrizioni minime volte ad agevolare la conciliazione delle responsabilità professionali e familiari dei genitori che lavorano, nel rispetto della legislazione, dei contratti collettivi e/o della prassi nazionali.

Inoltre, a riguardo del congedo parentale e delle modifiche dell'orario di lavoro, l'unica disposizione dell'accordo quadro sul congedo parentale è la clausola 6, punto 1, ai sensi della 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 modifiche dell'orario lavorativo e/o dell'organizzazione della vita professionale per un periodo determinato. Tuttavia, nel caso di specie, il lavoratore non risultava trovarsi in una situazione di ritorno dal congedo parentale, ai sensi della clausola 6, punto 1, del menzionato accordo quadro.

Pertanto, concludono i giudici della Corte di Giustizia, quando l'orario di lavoro del prestatore di lavoro è a turni con un orario variabile, esso non può trasformarsi in orario di lavoro fisso sul presupposto della direttiva 2010/18, poiché né la predetta direttiva, né l'accordo quadro sul congedo parentale impongono agli Stati membri di riconoscere al richiedente il congedo parentale il diritto di lavorare ad un orario fisso allorché il suo regime di lavoro normale è a turni con un orario variabile.

Ripercorrendo la disciplina europea in materia di congedo parentale si ricorda anzitutto la raccomandazione del Consiglio n. 92/241/CEE del 31 marzo 1992, sulla custodia dei bambini. È uno dei primi documenti che mira ad attuare le misure previste dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 nell'ambito delle misure che consentono agli uomini e alle donne di conciliare vita professionale e familiare, tanto che al punto 4, art 2 si enuncia il principio cardine della divisione tra uomini e donne delle responsabilità professionali e di quelle familiari.

Successivamente, con la direttiva 92/85/CEE concernente il miglioramento della sicurezza e salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o i periodo di allattamento, solo all'art 7 si riconosce il diritto a permessi retribuiti nel caso in cui gli esami prenatali debbano essere eseguiti durante l'orario di lavoro.

Il 14 dicembre 1995 è stato sottoscritto tra le organizzazioni interprofessionali a carattere generale l'accordo quadro sul congedo parentale, attuato con la direttiva 96/34/CE, con il quale si prevede per la prima volta «un'azione comunitaria volta ad agevolare uomini e donne nella conciliazione della vita professionale con quella familiare; una azione comunitaria, pertanto, di indiretto incentivo alla redistribuzione (anche) del lavoro di cura» (D. Gottardi, *Congedi Parentali*, in *Digesto - IV ed., dic. priv-sez. comm.*, Torino, Agg. 2000, p 187).

Ma ancora, la direttiva 2010/18/UE, entrata in vigore il 7 aprile 2010, attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale, abrogando la direttiva

96/34/CE, ponendosi l'obiettivo di sostenere e completare l'azione degli Stati membri in ordine al miglioramento della conciliazione della vita professionale, vita privata e di quella familiare dei genitori lavoratori, attraverso disposizioni sul congedo, anche in un'ottica di parità di trattamento tra uomini e donne per quanto concerne le opportunità sul mercato del lavoro, sul presupposto che tali obiettivi non possono essere realizzati in misura sufficiente dagli Stati membri.

Tale direttiva è stata successivamente abrogata dalla direttiva 2019/1158/UE, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 12 luglio 2019, ma in virtù dell'espresso richiamo da parte dei giudici della Corte della direttiva 2010/18/UE per risolvere il caso in commento è necessario soffermarci all'analisi della stessa.

In particolare, i contenuti sono sintetici, infatti, come viene esplicitamente chiarito in apertura al testo - punto 15 della direttiva - l'accordo quadro stabilisce prescrizioni minime e disposizioni sul congedo parentale e rinvia agli Stati membri e alle parti sociali per la determinazione delle condizioni di accesso e delle modalità di applicazione, affinché si tenga conto della situazione di ciascuno Stato membro. Viene inoltre precisato che il congedo parentale deve essere distinto dal congedo di maternità.

Successivamente sono elencate le caratteristiche del diritto al congedo parentale - al punto 16 - si afferma che tale diritto deve considerarsi un diritto individuale e in linea di principio non trasferibile. Tuttavia, gli Stati membri sono autorizzati a renderlo trasferibile, anche se l'esperienza ha dimostrato che rendere il congedo non trasferibile costituisce un valido incentivo per l'esercizio del congedo da parte dei padri.

I contenuti salienti successivi alla direttiva, si rinviengono direttamente nell'accordo quadro: alla clausola 1 intitolata "oggetto e ambito d'applicazione" si ribadisce che «il presente accordo si applica a tutti i lavoratori, di ambo i sessi, aventi un contratto o un rapporto di lavoro definito dalle leggi, dai contratti collettivi e/o dalle prassi vigenti in ciascuno Stato membro». Infine, include nell'ambito di applicazione dell'accordo tutti i lavoratori a tempo parziale, a tempo determinato o persone che hanno un contratto di lavoro con un'agenzia interinale.

La clausola 2 dell'accordo quadro sul congedo parentale, intitolata appunto "Congedo parentale", afferma che «il presente accordo attribuisce ai lavoratori di ambo i sessi il diritto individuale al congedo parentale per la nascita o l'adozione di un figlio, affinché possano averne cura fino a una determinata età, non superiore a otto anni, che deve essere definita dagli Stati membri e/o dalle parti sociali». Inoltre, l'accordo stabilisce tempi e modalità del congedo: è accordato per un periodo minimo di quattro mesi per incoraggiare una più equa ripartizione del congedo parentale tra i due genitori e almeno uno dei quattro mesi deve essere attribuito in forma non trasferibile, le cui modalità di applicazione sono rimesse alla legge nazionale, tenendo conto delle disposizioni sul congedo in vigore negli Stati membri. Pertanto, ciò che viene in rilievo è la «comune assunzione di responsabilità familiari, adottate da entrambi i genitori - la quale - trova origine nella "logica dell'uguaglianza"» (A. Muratorio (*a cura di*), *L'Unione Europea sui congedi parentali tra legislazione ed orientamenti giurisprudenziali - Rassegna di giurisprudenza*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2011, fasc. 9, p. 242).

Più in generale si dispone che le modalità di applicazione del congedo parentale sono definite per legge, e o mediante contratti collettivi negli Stati membri, nel rispetto dei principi del presente accordo. Infine, il predetto richiama l'attenzione degli Stati membri e delle parti sociali riguardo alla valutazione della necessità di adeguare le condizioni di accesso e le modalità di applicazione del congedo parentale alle esigenze dei genitori di figli con disabilità o malattie a lungo decorso.

Dall'analisi dell'accordo quadro così innovato, i punti chiave devono considerarsi il riconoscimento del diritto al congedo parentale per la nascita o l'adozione di un figlio fino a quando il figlio non raggiunge un'età stabilita dalla normativa nazionale e/o dai contratti collettivi, ma prima che abbia l'età di otto anni; applicabilità della tutela sia ai

lavoratori sia alle lavoratrici a prescindere dal tipo di contratto; infine il congedo parentale deve essere accordato per un periodo minimo di quattro mesi come diritto individuale di entrambi i genitori, con la precisazione che non deve essere trasferibile da un genitore all'altro, con i limiti di cui sopra.

Tale disciplina europea riguardante il congedo parentale non detta una politica europea unitaria e comune tra tutti gli Stati membri, ma «risulta evidente la volontà del Legislatore europeo di promuovere un miglioramento delle prescrizioni minime euro-unitarie in tema di congedi parentali attraverso l'azione delle parti sociali» (L. Battista, *Congedo parentale e diritto alle ferie nel quadro dell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *ADL Argomenti di diritto del lavoro*, 2019, fasc. 1, pt. 2, p. 181).

Infatti, nella direttiva non emergono elementi che possano garantire una tutela diretta al lavoratore della sentenza in commento, tuttavia le parti sociali predette attraverso lo strumento della contrattazione collettiva potranno «farsi portavoce dei bisogni dei lavoratori e delle lavoratrici per adattare le norme di diritto ai repentini mutamenti sociali, come auspicabile in tema di *work-life balance*» (L. Battista, *Congedo parentale e diritto alle ferie nel quadro dell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *ADL Argomenti di diritto del lavoro*, 2019, fasc. 1, pt. 2, p. 181).

Pertanto, il lavoratore del caso in esame che si trovi in un regime normale di orario lavorativo flessibile e che, per conciliare la propria vita familiare e lavorativa e potersi prendere direttamente cura di minori o di familiari a carico, incontri la necessità di modificare il proprio orario di lavoro in un regime di orario lavorativo fisso si troverà costretto a ridurre tale orario di lavoro e a vedersi ridotta in maniera proporzionale la propria retribuzione, secondo quanto stabilito dall'art 37, paragrafo 6, Statuto dei Lavoratori predetto.

Nel caso di specie, il lavoratore non potrà neanche avvalersi del "Permiso parental", delineato all'art 46 Regio Decreto del 23 ottobre 2015 n. 2, in quanto questo consiste in un congedo non retribuito, di non più di tre anni, conteggiando dalla data di nascita del bambino o dalla data di adozione, per prendersi cura del figlio biologico o adottato, utilizzabile per i genitori - lavoratori. Invero, tale congedo parentale è un congedo volontario di assenza, in cui sono riconosciuti soltanto i contributi di sicurezza sociale che incidono sui conti pensionistici, sulla copertura sanitaria per i primi due anni, nel settore privato e per l'intero periodo, nel settore pubblico.

La successiva direttiva 2019/1158/UE relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, alla quale i Paesi dovranno conformarsi entro il 2 agosto 2022, prende come riferimento il modello familiare del *dual-earner carer* (famiglia a doppio reddito e doppia cura) «in cui entrambi i componenti della coppia sono occupati in tre quarti della giornata e sono ugualmente responsabili delle attività di cura della famiglia nel tempo restante [...] - tale modello inoltre - mira alla realizzazione della parità di genere in un duplice contesto, quello del mercato del lavoro e quello familiare» (V. Pasquarella, *"Work-life balance": esiste un modello italiano di "conciliazione condivisa" dopo il "Jobs act"?* (Work-life balance: is there an Italian model of "shared conciliation" after the Jobs act?) in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2017, fasc. 1, pt. 1, p. 45).

Con riferimento al congedo parentale di cui all'art 5 della predetta direttiva si precisa che gli Stati membri devono adottare «le misure necessarie affinché ciascun lavoratore disponga di un diritto individuale al congedo parentale di quattro mesi da sfruttare prima che il bambino raggiunga una determinata età[...]» e che tale età è fissata in modo «da garantire che ogni genitore possa esercitare effettivamente il proprio diritto al congedo parentale e su un piano di parità».

Inoltre, si sottolinea «l'intersezione tra conciliazione e parità di trattamento» (L. Calafà (a cura di), *Paternità e lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 51) promuovendo importanti misure per attuare la conciliazione condivisa, in particolare prevedendo il

congedo parentale come diritto attribuito a entrambi i genitori e vietandone sostanzialmente il trasferimento; infatti: sempre all'art 5 della direttiva 2019/1158/UE si stabilisce che gli Stati membri si impegnano a rendere non trasferibili due dei quattro mesi di congedo parentale.

Infine, la direttiva innova l'accordo quadro sotto un altro aspetto: riguarda la possibilità di fruire dei congedi parentali con modalità flessibili. Infatti, al punto 5 del predetto articolo si stabilisce espressamente che «gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che i lavoratori abbiano il diritto di chiedere di fruire del congedo parentale anche secondo modalità flessibili». Agli Stati membri è demandato il compito di specificare le modalità di applicazione e il datore di lavoro dovrà motivare l'eventuale rifiuto di una tale richiesta per iscritto. Tale possibilità di garantire la massima flessibilità nel godimento del congedo si rivela sicuramente uno «strumento utile per garantire il temperamento tra le esigenze del lavoro e i bisogni di cura in ambito familiare e, dunque, per consentire un migliore equilibrio tra vita privata e responsabilità (ed ambizioni) professionali, equilibrio spesso di fatto messo in crisi da una prolungata assenza dal lavoro soprattutto per la carriera e le prospettive delle lavoratrici» (R. Nunin, *I congedi parentali dopo il D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 80*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2016, fasc. 1, p. 18).

Inoltre, si specifica che gli Stati membri devono adottare tutte le misure necessarie per garantire che, nel valutare le richieste di congedo parentale a tempo pieno, i datori di lavoro, prima di qualsiasi rinvio della concessione del congedo parentale per timore di eventuali pregiudizi al buon funzionamento della propria organizzazione lavorativa, offrano per quanto possibile modalità flessibili di fruizione del congedo parentale.

Pur riconoscendo al nuovo sistema di tutele il merito di mirare a una più concreta ed equa ripartizione delle responsabilità di assistenza familiare tra uomini e donne, introducendo nuove e più pratiche misure dirette al raggiungimento della parità di genere, anche la direttiva 2019/1158/UE si limita a stabilire i requisiti minimi che tutti gli Stati membri dovranno attuare nel tentativo di incrementare l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza.

Ebbene, anche in tale direttiva la nozione di conciliazione assume «contorni fluttuanti» (A. R. Tinti, *Conciliazione e misure di sostegno. Sulle azioni positive di cui all'art 9 della legge n. 53/2000*, in *LD*, 2009, 2, p.180). Infatti, tale direttiva in tema di congedo parentale, è da considerarsi come una mera linea guida diretta all'unitario scopo di suggerire un indirizzo coerente alle scelte politiche e normative degli Stati membri.

Infatti, malgrado sia da considerarsi un'importante linea di indirizzo della materia, con essa non è concretizzabile un'omogenea politica comune europea.

La politica comunitaria si è limitata all'introduzione di prescrizione minime dirette al *work-life balance*, rinunciando ad adottare una disciplina unitaria riguardante la conciliazione della vita professionale, privata e familiare dei genitori lavoratori, anche in un'ottica di parità di trattamento tra uomini e donne per quanto concerne le opportunità sul mercato del lavoro.

Viceversa, un'azione di coordinamento a livello dell'Unione e un contestuale avvio di una politica comune in tal senso sono da considerarsi indispensabili.

