www.adapt.it, 19 luglio 2011

Paternità e lavoro. Riflessioni a partire dalla genitorialità nel mondo universitario.

di Laura Calafà

1. Premessa: il "valore" della paternità nell'ottica della conciliazione condivisa.

Il tema oggetto della relazione mi è particolarmente caro e vorrei ringraziare le organizzatrici dell'incontro odierno che mi consentono di ritornare a trattarlo in una sede così prestigiosa come il Palazzo del Bo, davanti ad un pubblico tanto qualificato, per la prima volta in compagnia dei colleghi e delle colleghe di diritto del lavoro dell'Università di Padova. Il tema, oltre che a me caro, è anche complesso e necessita di essere semplificato per essere adeguatamente compreso, ma soprattutto aggiornato dato che negli ultimi mesi è oggetto di una particolare attenzione da parte del legislatore e delle Corti, non sono nazionali.

È proprio il rinvio al mondo universitario e alla genitorialità utilizzati come filo conduttore dell'intero ciclo seminariale che consente di demarcare l'area del nostro diretto interesse, evitando di ripetere gli esiti di percorsi di ricerca già consolidati e già pubblicati, se non per ricordare la premessa di valore del tema trattato (si consenta di fare riferimento al volume da me curato dal titolo di *Paternità e lavoro*, Il Mulino, Bologna 2007, dall'impostazione del quale si ricavano una parte delle riflessioni che seguono).

Il tema "Paternità e lavoro" ha, innanzitutto, una stretta rilevanza nel diritto dell'Unione europea. Il quadro di riferimento è quello della conciliazione, un quadro estremamente variegato e composito, comprendente l'apporto dei diritti fondamentali e l'insieme di misure di armonizzazione normativa (sia quelle di stampo antidiscriminatorio che quelle dedicate specificamente alla maternità, paternità e cura) cui si affiancano una nutrita serie di altri strumenti (di sostegno economico, di coordinamento occupazionale e volti a creare servizi) che concorrono a delimitare un perimetro di intervento alquanto ampio nel delineare il quale occorre ricordare anche l'apporto più problematico della giurisprudenza comunitaria. È *work-life balance* il termine più adatto a rappresentare la ricerca continua di equilibrio personale e lavorativo cui concorre anche il diritto, in particolare quello del lavoro. Una lettura importante, al riguardo, è quella delle diverse Relazioni sulla parità ad opera della Commissione europea susseguitesi nel tempo, una lettura dalla quale emerge con sempre maggiore evidenza la centralità del ruolo del padre nella costruzione di una strategia finalizzata ad un'efficace (e non solo nominale) conciliazione tra vita privata e personale. Giova ricordare che 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 limitava a prendere atto del lavoro salariato delle donne, sulle quali gravavano ancora tutte le responsabilità familiari, con la conseguente inevitabile difficoltà, per esse, di far fronte agli impegni familiari senza essere preservate, professionalmente, dalle discriminazioni (argomentando da un saggio classico in materia ANNE JUNTER-LOISEAU, CHRISTA 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, n.6, 145).

La *tesi della conciliazione dei ruoli* viene ridimensionata dall'espansione della logica dell'eguaglianza (affermata anche dalle direttive comunitarie approvate in quegli anni oltre che

dalla Convenzione Cedaw Convenzione Onu del 18 dicembre 1979 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna): grazie allo sviluppo dei divieti di discriminazione si comincia piuttosto a parlare di *condivisione dei diritti e delle responsabilità,* prima nel diritto internazionale poi nel diritto comunitario nel quale la questione della conciliazione emerge - con destinatari sia uomini che donne - esplicitamente solo a partire dalla Carta comunitaria dei diritti sociali dei lavoratori del 1989; 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".*
Ciò che emerge dalla lettura dei documenti comunitari e dalle riflessioni elaborate nei diversi paesi dell'Unione che hanno partecipato al progetto è che - in termini generali - la conciliazione tra tempi di vita e di lavoro è un tema strettamente collegato alla discussione che si svolge attorno all'eguaglianza *per* donne e uomini e che maternità e paternità devono essere visti e valutati come parte integrante dei *diritti di cittadinanza sociale* delle persone, presupposto indispensabile per l'elaborazione di politiche integrate di conciliazione. Si afferma, in buona sostanza, una visione integrata del principio d'eguaglianza: l'integrazione è quella tra dimensione privata (della cura) e pubblica (del lavoro) di uomini e di donne.
Questa visione integrata dell'eguaglianza, condizione per l'affermazione della cd. conciliazione condivisa è confermata dall'art. 33 della Carta dei diritti fondamentali che attribuisce alla conciliazione tra tempi di vita e di lavoro una peculiare posizione nel modello sociale europeo. Attraverso la ricostruzione della conciliazione come esercizio combinato di diritti fondamentali, la stessa pare in grado di correlare il concetto di parità di trattamento tra donne e uomini, alla quale risulta ispirata, con la conciliazione condivisa, il cui significato si salda strettamente con la finalità ultima di consentire il superamento dello stereotipo della ripartizione dei carichi di cura.
Di estremo interesse nella prospettiva valoriale della conciliazione, la posizione assunta dalla Corte di giustizia Ue in materia di titolarità del diritto al congedo parentale nel caso Zoi Chatzi deciso il 16 settembre 2010 (C-149/10). La questione pregiudiziale elaborata dal tribunale greco era tutta incentrata sull'art. 24 della Carta di Nizza sui *Diritti del bambino,* in un percorso argomentativo strumentale alla verifica del raddoppio del congedo parentale per i figli gemelli, mentre la Corte, con il supporto dell'Avvocato generale, incentra la sua decisione rendendo rilevanti l'art. 33 e l'art. 20 della Carta dedicati, rispettivamente, alla *Vita familiare e Vita personale* da coordinare con il principio di *Uguaglianza*. Ed è proprio sul funzionamento del principio di parità di trattamento che si concentra la parte più interessante della motivazione collegata alla seconda questione pregiudiziale posta, un principio che sarebbe risultato fortemente penalizzato dall'eventuale, e meramente ipotetico, uso da parte dei giudici del Lussemburgo dell'art. 24 della Carta così come prospettato dal giudice di rinvio.
La parola chiave per comprendere il tema appare quella di eguaglianza tra genitori (nella vita pubblica e in quella privata) e la definizione di *pari responsabilità* ci pare quella meglio in grado di sintetizzare un quadro concettuale tanto composito e complesso di valori e beni protetti.
In questo quadro concettuale le misure di tutela del lavoro femminile devono essere costruite (o, meglio, ricostruite) tenendo in considerazione le pari responsabilità dei genitori che lavorano, anche in ossequio al principio di parità di trattamento tra donne e uomini ovvero dei divieti *reversibili* di discriminazione tra gli stessi. Lo stesso quadro concettuale delle pari responsabilità di ispirazione comunitaria consente di ripensare il tema, ostico, della legittimità delle azioni positive maschili. La dottrina, anche di recente, o evita la questione oppure ne rifiuta categoricamente la legittimità.
Gli attuali sviluppi del diritto dell'Unione europea meritano una particolare menzione: da una parte, l'approvazione della nuova direttiva sul congedo parentale 10/18 con il portato delle modifiche in essa contenute (per una ricostruzione della quale si rinvia a LAURA CALAFÀ, *Il caso Meerts alla Corte di Giustizia e la "sostenibile leggerezza" dell'accordo quadro sul congedo parentale. Primi appunti sulla dir. 2010/18/UE*, in *RIDL,* 2, 2010, 448); dall'altra parte, giova ricordare il percorso di revisione della dir. 92/85 *concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento*. Preso atto che "tutti i genitori hanno il diritto di prendersi cura dei loro figli", la

Risoluzione approvata dal Parlamento europeo il 20 ottobre 2010, propone di introdurre un congedo di paternità per i padri della durata di due settimane integralmente retribuito e non trasferibile "dopo il parto della moglie o del partner durante il congedo di maternità" che ha attratto l'attenzione dei mass media, non solo italiani. La *Risoluzione* al nuovo art. 8 della direttiva 92/85 aggiunge che: "Gli Stati membri che non hanno ancora introdotto un congedo di paternità non trasferibile e completamente retribuito (…) sono vivamente incoraggiati a farlo, al fine di promuovere la partecipazione paritaria di entrambi i genitori all'esercizio dei diritti e delle responsabilità familiari". La Risoluzione è stata respinta dal Consiglio e, a tutt'oggi, il processo di revisione pare bloccato a dimostrazione ulteriore che la questione del trattamento dei padri lavoratori rimane da anni al centro dell'attenzione politica e giurisprudenziale, non solo in Italia, come dimostra l'enfasi posta sulla proposta di legge sul congedo obbligatorio per i padri (presentata nel giugno 2010 alla Camera dalle deputate Mosca e Saltamartini) e il tono perentorio e ultimativo con il quale la Corte costituzionale ha chiuso la vicenda dei padri avvocati con la sentenza 285/2010, la prima sentenza nella quale la Corte costituzionale utilizza il termine "genitorialità".

2. Questioni giurisprudenziali recenti di paternità e diritto del lavoro

Sulla relazione tra genitorialità e diritto del lavoro si è concentrata un'interessante giurisprudenza recente, sia di merito che di legittimità. Una carrellata veloce delle recenti e più significative pronunce consente di legare il trattamento del congedo di paternità *ex* art. 28 del d.lgs. 151/2001, sia con il successivo art. 32 contenente le regole in materia di congedo parentale, sia con il trattamento previsto (e non previsto) per padri e madri liberi professionisti negli artt. 70 e 72 dello stesso testo unico approvato in base all'art. 15 della l. 53/2000 sul quale si è pronunciata anche la Corte costituzionale.

Ovviamente sono tutti casi che vedono i padri protagonisti della vicenda giudiziaria.

La prima sentenza alla quale riferirsi è Trib. Firenze, Sezione lavoro, 16 novembre 2009 (può leggersi il *RGL*, 2010, 2, 323). Nel corso di una causa in cui si discute del mancato pagamento dell'indennità spettante al padre lavoratore *ex* art. 29 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 da parte dell'Inps, emergono elementi utili ad attribuire una fisionomia più precisa al congedo di paternità regolato dal precedente art. 28. Il testo unico, in particolare, attribuisce autonoma collocazione al congedo di paternità, trasformando una serie di pronunce della Corte costituzionale in un'apposita disposizione del testo unico di maternità, paternità e cura in conformità alla delega contenuta nell'art. 15 della l. 8 marzo 2000, n. 53. L'art. 28 del tu, in particolare, recita 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 ovvero di abbandono, nonché in caso di affido esclusivo del bambino al padre*". L'art. 29 subito di seguito riconosce al congedo di paternità il medesimo trattamento economico e normativo di quello di maternità.

È di immediata evidenza che all'autonoma collocazione *logistica* non corrisponde un'autonomia piena e incondizionata del relativo diritto del padre al congedo, che rimane correlato all'impossibilità o alla scelta della madre di non utilizzarlo. Il congedo spetta, in effetti, solo in caso di morte, grave infermità, abbandono della madre e affidamento esclusivo al padre del figlio.

La sentenza richiamata si apprezza per un significativo risultato. Pur mantenendo la natura di diritto "trasferito" dalla madre al padre, contribuisce (per la prima volta, non essendoci precedenti specifici sul punto) in modo significativo a rendere il congedo di paternità, *quanto possibile, indipendente* dalla posizione giuridica della madre. La Corte d'appello di Firenze chiarisce in modo non equivoco che il termine *lavoratrice* utilizzato nell'art. 28 deve invece leggersi come *madre*. Il risultato prodotto è il seguente: 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 *madre,* in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affido esclusivo del bambino al padre". Come già affermato nella circolare Inps n. 8 del 17 gennaio 2003, tanto riferendosi alla

sentenza della Corte cost. 1/87 e alla successiva ordinanza n. 144 del 16/4/87 "in luogo di lavoratrice madre leggasi madre, lavoratrice o meno".
La sentenza Cass.**,** Sez. lav., 16 giugno 2008, n. 16207 (in *RIDL*, 2009, 2, 277) tratta, invece, due interessanti questioni relative al congedo parentale, regolato dall'art. 32 del d.lgs. 151/2001 riferendosi alla natura di diritto potestativo riconosciuta al congedo parentale e individuando la specifica finalità di cura "diretta" del padre che il congedo è chiamato a garantire. Senza soffermarsi sulla natura di diritto potestativo del congedo, giova sottolineare che si tratta di un istituto che valorizza la libera disponibilità delle scelte della persona che lavora, se questa sia riconducibile a diritti specifici garantiti dall'ordinamento nazionale conformato a quello comunitario, non abbisogna di un coordinamento con le esigenze dell'impresa. Il diritto alla cura dei figli, in particolare, rappresenta il presupposto normativo delle assenze regolate dall'art. 32 del d.lgs. 151/2001: i congedi parentali sono assenze condizionate e non acausali (o generiche). Dai requisiti formali per il corretto esercizio del diritto potestativo si transita, nella motivazione, a quelli sostanziali di verifica dei presupposti per l'esercizio del diritto. È sulle esigenze che l'art. 32 del dl.lgs. 151/2001 è chiamato a soddisfare che si concentra l'attenzione dei giudici di legittimità. La sentenza cassata del Tribunale di Milano (sent. 30-08-2004) riconosceva nelle *"esigenze organizzative della famiglia nei primi otto anni di vita del bambino"* la condizione dell'esercizio del diritto al congedo parentale (in *FI*, 2004, I, 2868); la Cassazione., al contrario, chiede al padre di "*garantire con la propria presenza il soddisfacimento dei bisogni affettivi del bambino e della sua esigenza di un pieno inserimento nella famiglia"* e non di lavorare per conto della madre. La differenza non è banale: dietro la diversa locuzione, si cela il differente peso che l'ordinamento intende attribuire al ruolo dei padri soggetti responsabili nella cura dei figli e non più solo *breadwinner* (ovvero percettori di reddito) oppure soggetti di sostegno materiale al lavoro altrui (quello della madre, nel caso di specie), ma anche persone responsabili nella cura *diretta* dei figli, titolari di specifici diritti e doveri di cura propri.
Alcune perplessità solleva, invece, la soluzione offerta dalla sentenza della Corte Costituzionale. 28 luglio 2010 sentenza n. 285 legata alla vicenda dei padri avvocati ovvero liberi professionisti che chiedevano l'indennità di maternità (*rectius* paternità) regolata dagli artt. 70 e 72 sempre del d.lgs. 151/2001. La parte centrale della motivazione si concentra su un'affermazione che lascia alquanto perplessi gli interpreti attenti alle pari responsabilità tra genitori. La Corte, per mano della relatrice Saulle, scrive che l'uguaglianza tra i genitori è riferibile "a istituti in cui l'interesse del minore riveste carattere assoluto o, comunque, preminente e, quindi, rispetto al quale le posizioni del padre e della madre risultano del tutto fungibili tanto da giustificare identiche discipline. Diversamente, le norme poste direttamente a protezione della filiazione biologica, oltre ad essere finalizzate alla protezione del nascituro, hanno come scopo la tutela della salute della madre nel periodo anteriore e successivo al parto, risultando (…) che, in tali casi, la posizione di quest'ultima non è assimilabile a quella del padre". In maniera molto frettolosa, la Corte distingue tra istituti (quelli legati alla tutela biologica della madre non sono estendibili al padre) e ribadisce un vecchio *leit motiv* della giurisprudenza precedente la sentenza C. Cost. 14 ottobre 2005, n. 385, che tante aspettative aveva alimentato sul processo di parificazione tra genitori: la finalità della protezione biologica della madre prevale sull'eguaglianza tra i genitori. A ciò aggiunge, in un percorso argomentativo alquanto claudicante, che essendo la posizione del padre non equiparabile a quella della madre rispetto al congedo di maternità nel lavoro subordinato (art. 28 d.lgs. 151/2001), per la Corte non può pensarsi ad una parificazione nemmeno per il lavoro libero professionale, qualunque sia il trattamento previsto dal legislatore. Come a dire che se il padre lavoratore subordinato non è tutelato in modo pieno dal testo unico, tanto vale non equiparare la posizione dei genitori libero professionisti che, tra le altre cose, non godono dell'affermazione del principio di astensione dal lavoro a differenza dei lavoratori subordinati.
Da una importante sentenza additiva di principio (sentenza 385/2005), si è passati ad una sentenza di infondatezza della questione prospettata dal giudice di Firenze (la questione posta dalla Corte di Appello di Venezia, invece, è stata dichiarata inammissibile), lasciando in ombra la tutela

dell'interesse economico-finanziario della Cassa nazionale di assistenza e previdenza forense utilizzata nelle argomentazioni della miglior dottrina in materia per meglio ricostruire i limiti reali e non teorici alla parificazione tra genitori (si rinvia a S. BORELLI, *Il padre lavoratore nella giurisprudenza costituzionale,* in (a cura di) L. CALAFÀ, Paternità e lavoro, Il Mulino, Bologna, p. 223).

3. **Le peculiarità del mondo universitario**.

Il tema oggetto della mia relazione non dipende solo dall'interazione, non sempre sintonica, tra diritto dell'Unione europea e diritto nazionale o dalla coppia di riferimenti classici del diritto del lavoro tra lavoro autonomo e lavoro subordinato. Esistono delle specificità proprie derivanti dalla classica distinzione tra lavoro pubblico e privato dato che i rapporti di lavoro prestati per l'Università sono rapporti di lavoro prestati presso le pubbliche amministrazioni e riguardano sia il personale contrattualizzato, che il personale non contrattualizzato (come i professori e ricercatori) regolati dal d.lgs. 165/2001 cui aggiungere la lunga serie di rapporti di studio-lavoro (dottorato, assegni di ricerca, specializzando) che rinviano alla necessità di intervenire con specifici regolamenti *ad hoc* delle singole amministrazioni. Tenendo in considerazione la finalità ultima della protezione del minore, cui l'evoluzione della normativa ha sempre prestato molta attenzione (nonostante la recente C. Cost. 285/10, che può considerarsi un'eccezione), occorre ammettere che le variabili possibili di tutela del minore sono infinite e dipendono dalla posizione lavorativa della madre (da non lavoratrice fino a lavoratrice subordinata a tempo pieno) e dal quelle del padre (da non lavoratore fino a lavoratore subordinato a tempo pieno), un livello di tutela finale che varia considerevolmente a seconda dell'intervento della contrattazione collettiva, anche di comparto. Il contratto di comparto dell'Università del 2001, all'art. 31, ad esempio, retribuisce interamente il primo mese di congedo parentale a differenza da quanto previsto dalla legislazione nazionale.
In chiusura, vorrei segnalare le enormi difficoltà interpretative nella specifica materia: al personale di diritto pubblico, ad esempio, continua ad applicarsi il testo unico degli impiegati civili dello Stato 3/57 con innesti non sempre legittimi e/o solo comprensibili da parte della normativa generale. La complessità dell'interazione delle fonti aumenta considerevolmente la discrezionalità delle singole amministrazioni in materia.
Il quadro complessivo delle regole relative alla genitorialità nel mondo universitario appare, in buona sostanza, alquanto frastagliato e di non facile comprensione. Esistono aree (quella della ricerca non strutturata, ad esempio) che avrebbero bisogno di una seria trattazione da parte del legislatore nazionale.
La bozza di decreto legislativo in fase di approvazione *ex* art. 23 della l. 183/2010 c.d. Collegato lavoro (d.d.l. 358) non pare affrontare tutti i nodi lasciati irrisolti nella specifica materia. Si prospetta, invece, un intervento minimalista e riduttivo tutto finalizzato a recuperare le aree di uso opportunistico dei diritti di tutela della genitorialità nelle amministrazioni pubbliche. E come ci dimostra l'attività quotidiana da noi tutti vissuta nelle Università, non è proprio questa l'immagine meglio aderente alla realtà del lavoro universitario.

Laura Calafà
Professore associato di diritto del lavoro nell'Università di Verona