



2 NOVEMBRE 2022

Una prima lettura del d.lgs. n.
105/2022 sul riordino dei congedi
parentali

di **Ilaria De Cesare**

Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Pavia



Una prima lettura del d.lgs. n. 105/2022 sul riordino dei congedi parentali*

di **Ilaria De Cesare**

Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Pavia

Abstract [It]: Nel panorama legislativo interno ed europeo, le politiche di conciliazione vita-lavoro rappresentano un importante strumento volto a tutelare i diritti dei lavoratori e delle lavoratrici, in ambito privato, familiare e lavorativo. Il presente lavoro propone una riflessione sul recente d.lgs. 105/2022, che dà attuazione alla Direttiva europea 1158/2019 sull'equilibrio vita-lavoro di genitori e prestatori di assistenza, adottando una prospettiva costituzionalista legata al disegno di società duale previsto in Costituzione. Emergerà che il decreto, pur rappresentando una normativa in parte innovativa per le politiche di conciliazione vita-lavoro, è ancora influenzato da una visione stereotipata della cura, come questioni prevalentemente femminili, in netta contrapposizione alla pari dignità - personale e sociale - che regge tutto l'impianto costituzionale.

Title: A first reading to legislative decree no. 105/2022 on the reorganization of parental leave

Abstract [En]: In National and European legal landscape, the work-life balance politics are an important instrument to protect male and female workers rights, both in family, private and work dimension. The present research aims to investigate the recent legislative decree no. 105/2022, which is implementing the European Directive no. 1158/2019 on work-life balance for parents and carers, through a constitutional perspective linked to the dual society project drafted by the Constitution. Even if the decree is partially innovative for work-life balance politics, it will arise that this is still influenced by a stereotyped vision of care, as a prevalent female issue, deeply in contrast with the equal dignity – individual and social – that governs the entire constitutional structure.

Parole chiave: donne, eguaglianza, paternità, maternità, equilibrio vita-lavoro

Keywords: women, equality, paternity, maternity, work-life balance

Sommario: **1.** Premessa: la valorizzazione della paternità per il conseguimento della parità. **2.** La direttiva UE 2019/1158. **3.** Il quadro costituzionale sulla donna e sulla tutela della maternità. **4.** (segue) Dalla tutela della maternità alla tutela della genitorialità: un'evoluzione giurisprudenziale e normativa. **5.** Il contesto lavorativo italiano e il testo del decreto. **6.** Il d.lgs. 105/2022 e la Costituzione: quanta (e quale) strada ancora c'è da fare.

1. Premessa: la valorizzazione della paternità per il conseguimento della parità

Il 13 agosto 2022 è entrato in vigore il d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105, deliberato dal Consiglio dei ministri il 22 giugno 2022 e pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 1° agosto 2022. Il decreto legislativo attua la direttiva UE 2019/1158, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza (cd. *caregivers*), che abroga la precedente direttiva UE 2010/18. Si tratta di un recepimento importante per le politiche sociali rivolte alla dimensione lavorativa e familiare poiché la nuova disciplina europea, nel favorire una maggiore conciliazione tra le due sfere di vita, persegue quali

* Articolo sottoposto a referaggio.

obiettivi ultimi il riequilibrio dei compiti di cura tra i genitori e l'incremento dell'occupazione femminile¹. Si tratta di un ulteriore tentativo normativo di scalfire l'antico feticcio culturale che vuole la donna naturalmente – geneticamente, si potrebbe dire – incline ai compiti di cura e l'uomo ontologicamente adatto al mondo lavorativo, attraverso la valorizzazione della paternità, così da incoraggiare una redistribuzione tendenzialmente paritaria dei compiti familiari tra i genitori.

La direttiva sembra muovere dal presupposto che sia necessario il trasferimento dei compiti di cura dalla donna ai “genitori”, in ragione della perdurante sottorappresentazione femminile nel mercato del lavoro, dovuta anche – invero non esclusivamente – al fallimento delle politiche di tutela del ruolo materno², condizionate da una visione tradizionale del medesimo³.

D'altronde, la maggior parte degli Stati membri UE, con punte di criticità del tutto rilevanti per l'ordinamento italiano⁴, ha adottato normative sui congedi parentali che si sono rivelate poco efficaci nel migliorare la conciliazione tra dimensione familiare e lavorativa, a tutto scapito delle donne, ancor più se impiegate in lavori precari o autonomi⁵. Pur trattandosi, infatti, di un istituto concettualmente neutro e fruibile in condizione di assoluta eguaglianza tra donne e uomini, il congedo parentale è spesso adoperato prevalentemente se non esclusivamente dalle madri⁶, in ragione di diversi fattori, tra cui un certo rilievo

¹ E. CHIEREGATO, *Precarietà e conciliazione vita-lavoro: la disparità nelle condizioni di ammissibilità dei congedi parentali*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, n. 1, 2022, p. 8; D. IZZI, *Il work-life balance al maschile: a proposito di congedi dei padri*, in *Lavoro e diritto*, n. 2, 2020, pp. 340-341.

² Sull'impatto negativo che la scarsa occupazione femminile, cui contribuisce lo squilibrio nella ripartizione dei compiti di cura familiare, ha per la stessa natalità si veda il recente studio di E. CATELANI, *La donna lavoratrice nella “sua essenziale funzione familiare” a settant'anni dall'approvazione dell'art. 37 Cost.*, in *federalismi.it*, n. 5, 2019, spec. pp. 83-85.

³ Cfr. M. VITALETTI, *Benessere madre lavoratrice e vita familiare. Alcune considerazioni a margine della direttiva europea 2019/1158/CE*, in R. DEL PUNTA-D. GOTTARDI-R. NUNIN-M. TIRABOSCHI (a cura di), *Salute e benessere dei lavoratori: profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, Adapt, Bergamo, 2020, pp. 90-92.

⁴ Tra gli indici calcolati dal [gender equality index 2021](#), elaborato dall'European Institute for Gender equality, per misurare il livello di parità tra uomini e donne in ambito lavorativo, rientra anche la conciliazione vita-lavoro. Orbene, mentre a livello europeo solo il 22% delle intervistate e il 26% degli intervistati abbia ritenuto “molto facile” prendersi una o due ore di permesso lavorativo per dedicarsi a questioni personali o familiari, per l'Italia le percentuali scendono rispettivamente a 19 e 22.

⁵ Sul tema dell'inclusività degli strumenti di conciliazione vita-lavoro, con particolare riferimento al contesto italiano, E. CHIEREGATO, *Precarietà e conciliazione vita-lavoro*, cit., pp. 16-19.

⁶ Come elaborato da [openpolis](#) sulla base dei dati Istat, tra il 2017 e il 2020 la platea dei beneficiari dei congedi parentali facoltativi era costituita per il 79,5% da donne.

assume l'influenza della tradizionale, benché formalmente superata, costruzione giuridica androcentrica della società⁷, basata sulla rigida separazione tra spazio *produttivo* maschile e spazio *riproduttivo* femminile⁸. L'ordinamento giuridico italiano, infatti, pur posandosi saldamente sui principi personalista ed egualitario (artt. 2 e 3 Cost.)⁹, non è riuscito a promuovere una coerente trasformazione delle strutture sociali, ancora oggi caratterizzate da un'organizzazione influenzata dalla tradizione culturale della cura quale missione tutta femminile. Collocandosi in un simile contesto, si comprende come il congedo parentale facoltativo abbia perso, nelle concrete modalità di attuazione, il suo carattere di neutralità, finendo paradossalmente con il rafforzare la visione stereotipata dei ruoli di donna e uomo nella famiglia (rispettivamente *caregiver* e *breadwinner*, secondo il linguaggio diffuso sul piano europeo e internazionale)¹⁰. Da qui, la necessità di ripensare, almeno parzialmente, i congedi e introdurre misure rivolte esclusivamente ai padri, che ne incentivino la partecipazione alle incombenze familiari.

2. La direttiva UE 2019/1158

Prima di esaminare il d.lgs. 105/2022, sembra opportuna una breve disamina dei principali elementi che caratterizzano la direttiva UE 2019/1158¹¹ cui la normativa interna dà attuazione.

L'accennato obiettivo *gender oriented* della direttiva emerge sin dal *considerando* (6), il quale recita che «le politiche in materia di equilibrio tra attività professionale e vita familiare dovrebbero contribuire al conseguimento della parità di genere promuovendo la partecipazione delle donne al mercato del lavoro e l'equa ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne, e colmando il divario di reddito e retributivo di genere». La direttiva, rivolgendosi prevalentemente, ma non esclusivamente, ai nuclei

⁷ Il Rapporto [BES 2021](#) Istat, nel capitolo dedicato a *Lavoro e conciliazione tempi della vita*, nel riportare i dati occupazionali di donne con figli attesta che «Il lavoro domestico e di cura all'interno della famiglia non è ancora equamente distribuito tra uomini e donne e richiede a queste ultime di modulare le attività extradomestiche in funzione del lavoro di cura. L'indice di asimmetria – che misura quanta parte del tempo dedicato da entrambi i partner al lavoro domestico è svolto dalle donne – raggiunge il 62,6% (media 2020/21) se calcolato per le donne tra i 25 e i 44 anni in coppie in cui entrambi i partner sono occupati. Rispetto al 2019/20 l'indice migliora, seppure in maniera meno marcata rispetto a quanto fatto fino al biennio 2018/19, ma permangono le differenze territoriali, con la percentuale più alta nel Mezzogiorno (69,9%) rispetto al Nord (60,0%) e al Centro (62,4%)». Sulla sproporzione nella ripartizione dei compiti di cura domestica e familiare e sulle ricadute di tale sproporzione, *ex multis*, C. TRIPODINA, *I perduranti ostacoli all'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne: dal Caso Oliva al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Osservatorio AIC*, n. 5, 2021, spec. pp. 128-130.

⁸ Su questi concetti e sulle origini giuridiche della costruzione androcentrica degli ordinamenti giuridici occidentali, tra tutti, A. ROSSI-DORIA, *Diventare cittadine. Il voto alle donne in Italia*, Giunti, Firenze, 1996, pp. 7 e ss., i cui studi sono richiamati anche da B. PEZZINI, *Donne e costituzione: le radici ed il cammino*, in *Studi e ricerche di storia contemporanea*, n. 68, 2007, pp. 163-187, e ID, *La qualità fondativa e fondante della cittadinanza politica femminile e dell'antifascismo: tra mitologia e attualità*, in F. CORTESE-C. CARUSO-S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica: mito e attualità dell'Assemblea costituente*, FrancoAngeli, Milano, 2018, spec. pp. 335-346, in cui l'Autrice evidenzia come la piena cittadinanza politica delle donne abbia rappresentato una svolta epocale e segnato sin dalle fondamenta la nuova forma di Stato assunta con l'adozione della Costituzione repubblicana.

⁹ Su cui *infra*, par. 3.

¹⁰ Su questi aspetti M. MANTIONE, *La finta neutralità del congedo parentale*, in *Minorigiustizia*, n. 3, 2020, pp. 126-127.

¹¹ Su cui, diffusamente, E. CHIEREGATO, *Conciliazione vita-lavoro: la nuova Direttiva UE sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare*, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, 2, 2020, pp. 128-130.

familiari tradizionali¹², coglie sin dalle primissime battute lo stringente rapporto tra opportunità lavorative e carico di cura domestica e familiare che le donne svolgono quotidianamente.

Al contempo, deve evidenziarsi come la stessa direttiva solo poche frasi più avanti tradisca, inconsapevolmente, un retaggio tradizionale nella concezione del ruolo femminile nel contesto familiare e sociale, quando al *considerando* (10) afferma che «quando hanno figli, le donne sono *propense* a dedicare meno ore [«women are likely to work fewer hours»] al lavoro retribuito e a dedicare più tempo all'adempimento di responsabilità di assistenza non retribuite» (enfasi aggiunta). L'uso del verbo «propendere» può ingenerare l'idea che la direttiva la consideri una inclinazione biologica delle donne, le quali, stante l'impossibilità di conciliare vita familiare e vita lavorativa, finirebbero col preferire la prima¹³. A parziale correzione di tale possibile interpretazione può, però, essere assunto il successivo *considerando* (11), in cui si riconosce come politiche poco incentivanti rispetto ai congedi di paternità e parentali finiscano con il rafforzare gli stereotipi di genere in ambito lavorativo e assistenziale. La direttiva, dunque, mostra una certa consapevolezza dell'importanza che adeguate misure giuridiche possono rivestire per combattere le disegualianze di genere ancora diffuse negli ordinamenti giuridici europei.

Esaminando più nel dettaglio la direttiva, tra i principali elementi di novità meritano qui di essere evidenziate due misure: l'art. 4, relativo all'obbligo per gli Stati membri di introdurre un congedo obbligatorio di paternità di dieci giorni lavorativi, e l'art. 5, relativo all'obbligo per gli Stati membri di prevedere un diritto individuale al congedo parentale di quattro mesi entro gli otto anni di vita del figlio, con una quota di due mesi non trasferibile all'altro genitore¹⁴.

Circa il congedo di paternità – esteso anche al «secondo genitore equivalente» - la direttiva lo equipara a quello di maternità quanto a titolarità e trattamento retributivo, mentre differenzia le due misure nel *quantum*. L'art. 4 dir. 2019/1158, infatti, fissa in soli dieci giorni il limite minimo imposto agli Stati membri per l'istituzione dei congedi obbligatori di paternità. Sebbene questa previsione non impedisca ai legislatori nazionali di prevedere astensioni temporalmente più ampie, sul *quantum* nulla aggiunge a quella

¹² La Direttiva 2019/1158 al *considerando* (19) e all'art. 3, comma 1, lett.(a), estende il congedo di paternità anche al secondo genitore equivalente, se riconosciuto nel diritto nazionale, aprendosi così anche alle famiglie ricostituite e a quelle omosessuali. Cfr. D. IZZI, *Il work-life balance al maschile*, cit., p. 343, ed E. CHIEREGATO, *Precarietà e conciliazione vita-lavoro*, cit., p. 13. Nell'estendere le tutele a chi svolge il ruolo di genitore la direttiva, secondo M. VITALETTI, *Benessere madre lavoratrice e vita familiare*, cit., p. 101, la direttiva si muove in una prospettiva che arriva a prescindere dalla relazione uomo-donna, legando la cura filiale alla personalità del singolo in quanto tale.

¹³ Così L. SCUDIARI, *Libere di lavorare sino al parto? Note a margine del cd. congedo post partum*, in *Ragion pratica*, n. 1, 2021, p. 305. La prima parte del *considerando* (10) afferma «L'equilibrio tra attività professionale e vita familiare resta tuttavia una sfida considerevole per molti genitori e lavoratori con responsabilità di assistenza, in particolare a causa della crescente prevalenza di orari di lavoro prolungati e di orari di lavoro che cambiano, il che ha un impatto negativo sull'occupazione femminile. Uno dei principali fattori che contribuiscono alla sottorappresentanza delle donne sul mercato del lavoro è la difficoltà di conciliare l'attività professionale con gli impegni familiari».

¹⁴ Come sottolinea E. CHIEREGATO, *Conciliazione vita-lavoro*, cit., p. 131, nell'iter di discussione e approvazione della direttiva il congedo facoltativo ha perso un elemento di novità che sarebbe stato molto importante per gli obiettivi proposti, ossia la previsione di una «indennità adeguata» per i fruitori della misura.

che era la disciplina adottata in Italia all'atto di recepimento della direttiva. La l. 234/2021 (legge di bilancio 2022), art. 1, comma 134¹⁵, infatti, aveva reso strutturale il congedo di paternità obbligatorio di 10 giorni previsto per il solo 2021 dall'art. 1, comma 363, lettera a), l. 178/2020 (legge di bilancio 2021). Il congedo obbligatorio di paternità previsto dalla direttiva si distingue dalla disciplina interna, invece, per un altro aspetto. Si consente agli Stati membri di stabilire che tale misura possa essere fruita in parte prima del parto. Certamente la disciplina europea va nella direzione di una forte equiparazione tra il ruolo della donna e dell'uomo nella realizzazione del rapporto genitoriale. Al contempo, rimettere agli Stati membri la scelta di consentire l'astensione paterna anche prima del parto, senza specificare alcuna condizione, rischia di riproporre una politica di neutralità (*rectius* indifferenza) rispetto al fenomeno della gestazione, che sembra accedere ad un approccio formalistico dell'eguaglianza, potenzialmente idoneo a mettere in ombra la procreazione come evento in sé da proteggere¹⁶.

Passando all'esame dell'art. 5 dir. 2019/1158 sul congedo parentale facoltativo, diversamente dalla disciplina interna, quella europea opportunamente introduce una quota di congedo non trasferibile da un genitore all'altro, nell'ottica di favorirne il ricorso da parte di entrambi¹⁷. Gli artt. 32 e 34 d.lgs. 151/2001 prevedevano, infatti, la possibilità per i genitori di astenersi dal lavoro per dieci mesi complessivi entro i dodici anni di vita del figlio (soglia aumentata a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 80/2015), mentre ciascun genitore, alternativamente, poteva accedere ad un'astensione facoltativa, peraltro coperta da una indennità pari al 30% della retribuzione per soli sei mesi, entro i primi sei anni di vita del figlio. L'assenza di un periodo di astensione facoltativa "esclusivo" in capo a ciascun genitore certamente ha favorito l'accesso alla misura prevalentemente da parte delle lavoratrici, a causa di plurimi elementi anche legati all'attuale struttura del mondo del lavoro¹⁸.

Più in generale, infine, tra gli aspetti della direttiva salutati positivamente, deve segnalarsi il nuovo ambito di applicazione, esteso non solo a tutti i lavoratori che hanno un contratto o rapporto di lavoro secondo le normative nazionali ma anche a coloro i quali hanno un rapporto di lavoro «tenendo conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia»¹⁹. Inoltre, all'art. 9 è riconosciuto il diritto dei lavoratori, per motivi di assistenza, ad avere orari di lavoro flessibili. Queste previsioni mostrano che nella direttiva in esame è presente il tentativo di predisporre misure adeguate ad un mercato del lavoro in mutamento,

¹⁵ Ora abrogato dal d.lgs. 105/2022.

¹⁶ M. VITALETTI, *Benessere madre lavoratrice e vita familiare*, cit., pp. 96-97.

¹⁷ D. IZZI, *Il work-life balance al maschile*, cit., pp. 345-346.

¹⁸ Sul punto *infra* par. 5.

¹⁹ *Considerando* (17) e art. 2 direttiva 2019/1158.

sempre più diretto verso forme di lavoro precario o autonomo²⁰ e verso una dilatazione dei tempi di lavoro²¹.

Tra le maggiori critiche che sono state avanzate alla dir. 2019/1158, invece, vi è la totale assenza di nuove misure a tutela della lavoratrice madre²². La normativa europea sembra assumere che una migliore conciliazione tra lavoro e vita familiare, in un contesto sociale e lavorativo che cambia continuamente, non richiede aggiornati strumenti anche in favore delle madri, abbracciando una prospettiva esclusivamente quantitativa della partecipazione femminile al mondo del lavoro²³.

Dalla breve ricostruzione sin qui svolta sulla dir. 2019/1158, limitata alle previsioni sui congedi, risulta evidente come le politiche sociali destinate a incentivare, al contempo, la genitorialità maschile e l'occupazione femminile, siano strumenti volti a dare piena attuazione al dettato costituzionale e, in particolare, al principio di eguaglianza tra donne e uomini, nonché al diritto al lavoro delle donne, al diritto-dovere genitoriale degli uomini, alla tutela dei figli e alla tutela della maternità.

Si tratta, soprattutto, di una disciplina normativa strettamente connessa alla piena realizzazione della pari dignità sociale tra le persone sancita dall'art. 3 Cost., nonché all'inveramento delle previsioni costituzionali sulla donna, pieno soggetto di diritto tanto nella dimensione privata e familiare quanto in quella pubblica e lavorativa. Prima, allora, di affrontare nel dettaglio il contenuto del d.lgs. 105/2022 e il contesto sociale e lavorativo nel quale va ad inserirsi, sembra opportuno soffermarsi sulla cornice costituzionale a tutela della donna.

3. Il quadro costituzionale sulla donna e sulla tutela della maternità

La ricognizione degli strumenti adottati dal legislatore per favorire l'occupazione femminile, attraverso la valorizzazione del ruolo genitoriale del padre (o del secondo genitore), deve essere condotta anzitutto alla luce del principio egualitario che connota tutto l'ordinamento giuridico e che ha rappresentato, e rappresenta tuttora, il principale motore che spinge le evoluzioni giuridiche e sociali²⁴.

²⁰ E. CHIEREGATO, *Precarietà e conciliazione vita-lavoro*, cit., p. 13.

²¹ E. CATELANI, *La donna lavoratrice nella "sua essenziale funzione familiare"*, cit., pp. 77-78.

²² E. CHIEREGATO, *Conciliazione vita-lavoro*, cit., p. 132.

²³ Sulle politiche europee in tema di conciliazione vita-lavoro e occupazione femminile, nonché sulla loro differenza rispetto al disegno costituzionale, M.G. RODOMONTE, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia. Evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 82-83.

²⁴ L'eguaglianza rappresenta sin dagli albori del pensiero politico occidentale un valore costante. Cfr. N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995, p. 16. Il principio di eguaglianza è qualificato come motore fondamentale «dell'idea costituzionale, e della trasformazione in senso costituzionale dell'ordine giuridico» da A. D'ALOIA, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio sconfinato*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2021, p. 25.

La Costituzione repubblicana, invero, abbraccia una nuova dimensione giuridica dell'eguaglianza, non solo affiancando all'eguaglianza formale di stampo liberale quella sostanziale di natura sociale²⁵, ma anche rompendo la tradizionale neutralità o indifferenza al sesso e al genere che aveva caratterizzato l'ordinamento pre-repubblicano²⁶. La Costituzione, infatti, nel disegnare un nuovo progetto di trasformazione sociale²⁷, prescrive la costruzione di un ordinamento giuridico duale, nel quale si riconoscano i diritti non più, indifferentemente, a tutti [i cittadini] ma, esplicitamente alle donne e agli uomini che lo popolano²⁸, in piena aderenza al principio personalista di cui all'art. 2 Cost.

Un riconoscimento esplicito della dimensione duale dell'ordinamento avviene in relazione ai diritti sociali e politici (artt. 29, 31, 37, 48, 51 Cost.), determinando quello che Norberto Bobbio ha definito un processo di «moltiplicazione per specificazione», di quei diritti «di fronte ai quali gli individui sono solo genericamente eguali, ma specificamente non lo sono»²⁹.

La rottura con il passato liberale è sancita emblematicamente sin dall'art. 3, comma 1, Cost. - eguaglianza formale - il quale, dopo aver riconosciuto che tutti hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge³⁰, rafforza la sua portata applicativa con un divieto di discriminazione legato a specifiche situazioni soggettive, non a caso ritenuto il “nucleo duro” della previsione³¹. La formula si apre proprio con il vietare distinzioni basate sul sesso e comporta, secondo l'interpretazione ormai invalsa tra gli studiosi, una sorta di «presunzione di incostituzionalità», per cui le differenziazioni normative basate sui requisiti soggettivi specificati nel divieto si presumono illegittime, a meno che se ne dimostri la non arbitrarietà³².

²⁵ Sull'evoluzione dell'eguaglianza, sino alla previsione costituzionale dell'eguaglianza sostanziale, Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Il Mulino, Bologna 2013, pp. 21-34.

²⁶ B. PEZZINI, *Il corpo della differenza: una questione costituzionale nella prospettiva dell'analisi di genere*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2019, p. 618. Parla di “sessuazione” della società E. CATELANI, *La donna lavoratrice nella “sua essenziale funzione familiare”*, cit., p. 71, in riferimento al disegno costituzionale di cui agli artt. 3, 37 e 51 Cost.

²⁷ Così B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984, pp. 81 ss. Parla di mezzo per arrivare all'inveramento dell'ordinamento sociale nella complessità che lo caratterizza A. D'ALOIA, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti*, cit., p. 40.

²⁸ B. PEZZINI, *Donne e costituzione: le radici ed il cammino*, cit., pp. 166-168. Sulla non indifferenza della Costituzione al sesso anche L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco (a proposito della sentenza n. 422/1995 della Corte costituzionale)*, in ID., *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. FACCHI-C. FARALLI-T. PITCH, Il Mulino, Bologna 2005, pp. 229-243.

²⁹ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, pp. 68-72.

³⁰ Nel prevedere l'eguaglianza davanti alla legge, l'art. 3, comma 1, come noto, impone al legislatore di trattare in modo uguale situazioni simili e in modo diverso situazioni differenziate. Da ciò discende un generico divieto di discriminazione rivolto non solo alle cd. discriminazioni dirette, ma anche, come sottolinea M. D'AMICO, *Articolo 3*, in F. CLEMENTI-L. CUOCOLO-F. ROSA-G. E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Bologna, 2021, pp. 33-34, a quelle indirette, nonché alle discriminazioni multiple e intersezionali.

³¹ A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. Giur.*, XXXVI, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, pp. 3-4. Su questo aspetto anche F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, CEDAM, Padova, 2003, pp. 40-45.

³² A. CELOTTO, *Art. 3, 1° co., Cost.*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet, Torino, 2006, pp. 72-73, secondo cui la previsione ha una doppia valenza: positiva, in quanto impedisce che specifici requisiti soggettivi diventino motivo di ostacolo di fatto al godimento dei diritti e delle libertà costituzionali; e negativa, in quanto sono ammesse differenziazioni soltanto se basate su altrettante previsioni

Come è stato osservato in dottrina, il raggiungimento dell'eguaglianza formale per le donne rappresenta una conquista fondamentale, che ne favorisce l'emancipazione da una posizione sociale e giuridica di subalternità, ma che al contempo fa emergere il problema del “fattuale”³³. In quanto ancorata ad una costruzione giuridica astratta e dunque neutra dell'individuo, infatti, l'eguaglianza formale – unitamente ad una, almeno iniziale, interpretazione tradizionalista di alcune disposizioni costituzionali³⁴ – non è stata da sola sufficiente a garantire alle donne l'effettivo godimento di tutti i diritti.

Affinché le donne raggiungessero la *dignità di pieno soggetto di diritto* è stata determinante l'azione svolta dall'eguaglianza sostanziale formulata all'art. 3, comma 2, Cost.³⁵, la quale, in quanto norma di principio ascrivibile al nucleo forte dell'ordinamento giuridico³⁶, impone alla Repubblica – pertanto a tutti gli organi che la compongono – di rimuovere gli ostacoli che impediscono a ciascun individuo, nella sua unicità e specificità, di trovare pieno compimento di sé. L'eguaglianza sostanziale, però, ha inciso sulla posizione della donna nell'ordinamento giuridico in tempi relativamente recenti, soprattutto a partire dalla giurisprudenza inaugurata con la sentenza 109/1993, con cui la Corte costituzionale ha riconosciuto nelle azioni positive lo strumento più potente a disposizione del legislatore per la realizzazione di tale principio³⁷.

costituzionali. In questo senso, ancor prima, L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 247-249, nonché ID, *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 533. Peraltro, per N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, cit., pp. 21-22, non basta che una discriminazione sia giustificata perché sia conforme all'eguaglianza formale. Infatti, esistono tra gli individui differenze obiettive, ma ciò non implica che queste siano anche rilevanti ai fini della diversa regola giuridica da applicare. Occorre allora stabilire quando una obiettiva differenza sia anche rilevante, operando su una scelta che, sempre secondo Bobbio, è di valore, ma che nell'ordinamento giuridico è certamente orientata da tutte quelle previsioni costituzionali che riconoscono la titolarità dei diritti a tutti gli individui ovvero specificamente a uomini e donne.

³³ M. BESSONE-G. FERRANDO, *Persona fisica (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 217; nonché M. FORTINO, *Parità dei sessi*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, p. 697 e C. TRIPODINA, *I perduranti ostacoli all'uguaglianza sostanziale*, cit., p. 123.

³⁴ Per un'approfondita ricostruzione delle evoluzioni, ma anche delle incertezze, che connotano il percorso costituzionale per l'effettiva parità tra donne uomini M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Raffaello Cortina, Milano, 2020.

³⁵ Su cui, *ex multis*, S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, spec. pp. 135 ss.

³⁶ Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione*, cit., pp. 42-43.

³⁷ Par. 2.2, *considerato in diritto*, C. cost. 109/1993. Sulle azioni positive, centrale lo studio condotto da A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, CEDAM, Padova, 2002. Sui requisiti di ammissibilità delle azioni positive, in particolare M. AINIS, *Cinque regole per le azioni positive*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 1999, pp. 359-372, il quale ricostruisce i rapporti tra eguaglianza formale e sostanziale in termini di regola-eccezione. Distingue tra azioni positive e norme antidiscriminatorie, più propriamente afferenti all'azione dell'eguaglianza formale, L. CARLASSARE, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2003, pp. 364-371. Come noto, le azioni positive sono state impiegate anzitutto in ambito lavorativo, con l'adozione delle leggi 125/1991, 215/1992 e, più di recente, 120/2011, mentre molto più problematico è stato il loro utilizzo in ambito elettorale. Seppur rivolte a favorire il riequilibrio di genere nei luoghi della rappresentanza politica, queste sono state in un primo momento qualificate dalla Corte costituzionale, nella celebre sentenza 422/1995, come misure discriminatorie, vietate dall'azione congiunta degli artt. 3, comma 1, e 51 Cost. Nonostante ciò, la posizione assunta dalla giurisprudenza, lungi dal chiudere definitivamente la porta alle azioni positive in materia elettorale, ha scatenato un vivace dibattito che ha portato alla revisione della Costituzione – artt. 51 e 117

L'eguaglianza sostanziale, dunque, completa la più tradizionale dimensione formale dell'eguaglianza, saldandosi ad essa attraverso la clausola della pari dignità sociale, che fa da cerniera tra le due³⁸, e rivela come, per la costruzione di una società veramente egualitaria, non sia sufficiente la rimozione di arbitrarie discriminazioni normative, ma sia parimenti necessaria la rimozione delle differenze di fatto che si determinano nel concreto dispiegarsi della vita comunitaria e che, ponendosi come veri e proprio ostacoli allo sviluppo personale, impediscono la piena affermazione della dignità – individuale e sociale – di tutti i consociati.

La previsione della pari dignità sociale in apertura dell'art. 3 Cost., poi, imprime un preciso significato al principio egualitario complessivamente inteso³⁹. Pari dignità sociale ed eguaglianza formale, infatti, «si muovono su versanti distinti, anche se comunicanti» in quanto tale clausola punta anzitutto a ristabilire relazioni «autenticamente paritarie, empatiche, solidali» così da eliminare qualsiasi possibile distinzione tra chi è degno di rispetto e chi, invece, è meritevole solo di indifferenza o emarginazione⁴⁰.

L'art. 3 Cost., allora, sancisce una nozione unitaria di *eguaglianza costituzionale*, e inoltre, attraverso la pari dignità sociale, aggancia tale eguaglianza al principio personalista formulato all'art. 2 Cost., volto a garantire, seppur implicitamente, la dignità individuale⁴¹. D'altronde, «una volta affermata la dignità della persona, tutte le persone diventano «naturalmente» uguali in dignità»⁴².

comma 7 – e a un deciso *revirement* della Corte costituzionale, con la sentenza 49/2003, nella quale il giudice delle leggi ha riconosciuto la neutralità e la finalità antidiscriminatoria di quelle previsioni normative volte a garantire la presenza di entrambi i sessi nelle liste elettorali. Su questa evoluzione giurisprudenziale e normativa M. D'AMICO, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 33-46. A. APOSTOLI, *Pari opportunità e azioni positive: da principi costituzionali in favore del genere femminile a modalità strutturale garantita negli organi politici*, in *Le regioni*, nn. 5-6, 2016, pp. 1013-1028, illustra l'importanza che, per l'attuazione del principio di pari opportunità, ha assunto la giurisprudenza amministrativa. Sul tema deve segnalarsi, però, la recente adozione del d.l. 86/2020 attraverso cui il Governo ha esercitato il potere di sostituzione ex art. 120 Cost. nei confronti della Regione Puglia, la quale non aveva adeguato la propria legislazione alla doppia preferenza di genere. Su questa vicenda tra i primi commenti *ex multis*, T. GROPPI, *La Costituzione si è mossa: la precettività dei principi costituzionali sulla parità di genere e l'utilizzo del potere sostitutivo del governo nei confronti della Regione Puglia*, in *federalismi.it – paper*, 9 settembre 2020; nonché L. TRUCCO, *Preferenza di genere e sostituzione legislativa della regione Puglia: quando il fine potrebbe già avere il mezzo*, e F. CORVAJA, *Preferenza di genere e sostituzione legislativa della Regione Puglia: il fine giustifica il mezzo?*, entrambi in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2020, rispettivamente pp. 605-608 e 609- 613. Quanto accaduto dimostra come la costruzione di una rappresentanza politica duale, lungi dall'essere una conquista definitiva, nonostante le modifiche apportate in Costituzione, soprattutto all'art. 51 Cost., è per l'ordinamento giuridico una sfida ancora tutta da vincere. Per una ricognizione sullo stato di attuazione della parità negli organi rappresentativi sino al “caso Puglia” si veda F. COVINO, *Potere sostitutivo del Governo e doppia preferenza di genere nelle elezioni pugliesi di fine estate*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 5, 2020, pp. 25-49.

³⁸ M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, CEDAM, Padova, 1983, pp. 199-202. Sul punto anche A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2019, pp. 10-12; nonché A. D'ALLOIA, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti*, cit., p. 35

³⁹ Lo definisce «concetto *chiave e ponte*» dell'eguaglianza L. RONCHETTI, *La giustizia resa dalla giustizia costituzionale in nome della pari dignità sociale: sofferenza dei diritti e insofferenza per chi li calpesta*, in *Diritto e società*, n. 4, 2019, p. 632.

⁴⁰ Q. CAMERLENGO, *Per una interpretazione costituzionalmente sostenibile del merito*, in *federalismi.it*, n. 13, 2022, p. 36. Sull'incidenza che la clausola della pari dignità sociale ha sull'eguaglianza formale A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte*, cit., pp. 8-10.

⁴¹ Cfr. A. APOSTOLI, *La dignità*, op. cit., pp. 6-8.

⁴² A. M. POGGI, *Per un «diverso» Stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 178.

Nel formulare il progetto di rinnovamento sociale che la caratterizza, la Costituzione del '48 mira alla costruzione di una società diversa, «altra»⁴³, rispetto alla struttura tipica dello Stato liberale pre-repubblicano, al centro della quale non è più posto l'individuo astratto, ma la persona nella sua compiutezza e nel contesto in cui vive e sviluppa la propria personalità. Con la dignità sociale «la Costituzione cessa di parlare di individui e comincia a parlare di persone sociali»⁴⁴. Di questo «progetto compiuto» gli artt. 2 e 3 Cost. non solo sono finalità⁴⁵, ma anche perimetro, entro cui deve muoversi l'azione dello Stato⁴⁶.

Nonostante ciò le donne, unitamente ad altri soggetti tra cui i minori, gli anziani, le persone con disabilità, sono spesso percepite e ancor più spesso *rese* dalla società soggetti deboli, da proteggere e tutelare, accompagnate da un atteggiamento, anche normativo, assistenzialistico e paternalistico⁴⁷, non conforme alla Costituzione e alla pari dignità sociale quale principio che mira al pieno sviluppo della personalità di ciascuno e alla realizzazione del progetto di rinnovamento sociale costituzionale⁴⁸. Nei confronti dei cd. soggetti deboli la clausola della pari dignità sociale ha (o dovrebbe avere), invero, un effetto rivoluzionario, poiché impone che assistenza e cura, ove necessarie, non abbiano carattere finalistico, ma strumentale a raggiungere l'obiettivo della libertà dal bisogno, una libertà necessaria per la piena affermazione di ciascun individuo⁴⁹.

È in questa cornice, dunque, che deve collocarsi la previsione costituzionale della maternità, quale specifica condizione soggettiva da “proteggere”, sia in quanto tale – art. 31 Cost. - sia in ambito lavorativo – art. 37 Cost. Ed invero, l'art. 31 Cost. si inserisce pienamente nel progetto di rinnovamento sociale di cui agli artt. 2 e 3, comma 2, Cost., poiché impegna i pubblici poteri a proteggere determinate condizioni legate al pieno sviluppo personale di ciascun individuo⁵⁰, tra cui la maternità, che in questa disposizione

⁴³ G. MATUCCI, *Persona, formazione, libertà. Autorealizzazione della persona con disabilità fra istruzione e legal capacity*, FrancoAngeli, Milano, 2021, p. 36.

⁴⁴ A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte*, cit., p. 8.

⁴⁵ A. M. POGGI, *Per un «diverso» Stato sociale*, cit. pp. 179-186, la quale critica quelle ricostruzioni dottrinarie che vedono nel solo art. 3 Cost. la norma a fondamento dello sviluppo dello Stato sociale, in quanto portano ad una svalutazione dell'art. 2 Cost., rinvenendo in tale norma il fondamento della sola solidarietà sganciata dalla finalità dell'uguaglianza, ossia dallo sviluppo della persona. Parla di «doppia anima» dell'art. 2 Cost. G. MATUCCI, *Persona, formazione, libertà*, cit., p. 35.

⁴⁶ Cfr. Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione*, cit., pp. 351-352; nonché G. MATUCCI, *Persona, op. cit.*, pp. 40-41.

⁴⁷ Questa una delle direttrici interpretative che hanno riguardato lo Stato sociale italiano individuata da A. M. POGGI, *Per un «diverso» Stato sociale*, cit., p. 129. Sul progressivo abbandono di un sentimento paternalistico, pur presente ancora nei lavori dell'Assemblea costituente, G. MATUCCI, *op. ult. cit.*, pp. 20-23.

⁴⁸ Sulla risposta di eguaglianza che la Costituzione offre ai soggetti deboli nel suo disegno di emancipazione sociale, distante dalla logica paternalistica o caritatevole, M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del dritto*, n. 1, 1999, pp. 25-33.

⁴⁹ Cfr. Q. CAMERLENGO, *Per una interpretazione*, cit., p. 45. Così anche A. M. POGGI, *Per un «diverso» Stato sociale*, cit., pp. 134-136, nel criticare la forma assistenzialistica assunta dallo Stato sociale.

⁵⁰ L. CASSETTI, *Art. 31*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 641.

assume una sua specifica autonomia⁵¹. La protezione prevista all'art. 31, comma 2, Cost., infatti, non può essere ritenuta espressione del *favor familiae* che la Costituzione, a partire dall'art. 29, rivolge alla famiglia legittima, ma rappresenta una prescrizione costituzionale che prescinde da qualsiasi scelta normativa sulle “famiglie”⁵² e che riguarda la tutela della donna, dalla gestazione sino alla crescita del bambino⁵³.

Questa lettura della maternità ex art. 31, comma 2, Cost. è suffragata dall'altra previsione costituzionale che ne dispone la tutela, ossia l'art. 37, comma 1, Cost., esplicitamente riferito alla donna lavoratrice. D'altronde, sarà proprio la lettura congiunta di queste due disposizioni a consentire quell'evoluzione giurisprudenziale che ha condotto alla tutela della genitorialità⁵⁴, nonostante il testo costituzionale, nelle previsioni su lavoratori e lavoratrici, impieghi un linguaggio che tradisce una visione ancora influenzata dallo stereotipo della cura e della produzione⁵⁵.

Il primo comma dell'art. 37 Cost., subito dopo aver sancito la parità dei diritti, anche retributivi, tra uomini e donne in ambito lavorativo, prescrive al legislatore la creazione di condizioni di lavoro idonee ad assicurare l'«essenziale funzione familiare» della donna, nonché una «speciale e adeguata protezione» alla madre e al bambino. Per quanto inizialmente interpretata come previsione destinata a riconfermare la prevalente funzione “materna” della donna, tale disposizione deve essere letta quale formulazione che concilia le esigenze dell'eguaglianza formale con quelle dell'eguaglianza sostanziale⁵⁶. Conseguentemente, l'art. 37 Cost. altro non è che emblematica espressione del disegno costituzionale per l'affermazione della donna quale pieno soggetto di diritto, libera di poter essere al contempo – e come l'uomo – lavoratrice e

⁵¹ C. BERGONZINI, *Art. 31*, in S. BARTOLE-R. BIN (a cura di), *Commentario Breve alla Costituzione*, CEDAM, Padova, 2008, pp. 318-319.

⁵² Cfr. L. CASSETTI, *Art. 31*, cit., p. 646. Diversa la ricostruzione di M.G. RODOMONTE, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia*, cit., pp. 49-50, secondo cui la tutela della maternità e dell'infanzia, previste anche all'art. 37 Cost., possono essere comprese appieno solo se ricollocate entro il generale *favor familiae* espresso dalla Costituzione.

⁵³ A. SPERTI, *Articolo 31*, in F. CLEMENTI-L. CUOCOLO-F. ROSA-G. E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, cit., p. 223.

⁵⁴ L. CASSETTI, *Art. 31*, cit., p. 647.

⁵⁵ Come evidenziato da B. PEZZINI, *Donne e costituzione: le radici ed il cammino*, cit., pp. 181-182, la quale individua proprio nel divieto di discriminazioni e nel principio di parità quegli strumenti che consentono a tali previsioni di essere lette in maniera bidirezionale. L'accento sulla funzione procreativa si intuisce anche dalla scelta di intitolare l'art. 37 Cost. alla donna lavoratrice, mettendo dunque l'accento sulla “natura” del soggetto cui la norma si riferisce. Così F. COVINO, *Donna lavoratrice (dir. cost.)*, in *Dig. discp. Pubbl.*, Aggiornamento VI, Utet, Torino, 2015, p. 139.

⁵⁶ Cfr. Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., p. 164. Sul punto anche C. TRIPODINA, *Articolo 37*, in F. CLEMENTI-L. CUOCOLO-F. ROSA-G. E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana*, cit., p. 259. *Diff.* L. PALADIN, *Eguaglianza (dir. cost.)*, cit., pp. 535-537, secondo cui l'art. 37, comma 1, Cost. sulla parità retributiva non è espressione dell'eguaglianza formale ex art. 3, comma 1, Cost. in quanto quest'ultima si rivolge ai pubblici poteri mentre l'art. 37 Cost. riguarda i rapporti di lavoro, che sono rapporti tra privati. Per una ricostruzione della genesi in Assemblea costituente e delle tappe interpretative di cui è stato protagonista l'art. 37 Cost. si consenta di rinviare a I. DE CESARE, *Il lavoro delle donne alla prova della pandemia. L'inattuazione del progetto costituzionale*, in *Nomos*, n. 1, 2022, pp. 18-36 e alla bibliografia ivi citata.

genitrice, senza alcuna preordinazione gerarchica tra le due sfere esistenziali⁵⁷, le quali ben possono integrarsi l'una con l'altra⁵⁸.

La Costituzione, dunque, impone al legislatore di tutelare la maternità in sé e anche in considerazione dell'impegno extra domestico che la donna è libera di assumere nello sviluppare pienamente la propria personalità, in un mondo lavorativo che deve essere improntato alla parità con gli uomini.

4. (segue) Dalla tutela della maternità alla tutela della genitorialità: un'evoluzione giurisprudenziale e normativa

Le indicazioni costituzionali sulla maternità sono state raccolte sin dai primissimi anni di vita della Repubblica, con il varo della l. 860/1950. Tale legge, però, scontava il limite di una visione tradizionale e protettiva – segregazionista - della maternità⁵⁹, in parte superata con l'entrata in vigore della l. 1204/1971⁶⁰, volta a riconoscere tutela sia alla condizione fisica della gravidanza che agli altri aspetti della vita coinvolti, tra cui le condizioni economiche e sanitarie⁶¹.

Diverso destino ha avuto, invece, la costruzione di un mondo del lavoro paritario, che ha trovato un primo e tardivo compimento con l'adozione della l. 903/1977⁶², approvata durante la stagione delle riforme con cui si sono eliminate le numerose discriminazioni in danno alle donne ancora normativamente diffuse nell'ordinamento italiano, a partire dall'ambito familiare, interessato dalla riforma del diritto di famiglia con la l. 151/1975⁶³.

⁵⁷ F. COVINO, *Donna lavoratrice (dir. cost.)*, cit., p. 141. Diversa la ricostruzione offerta da E. ALES, *Maternità e congedi parentali*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 531-532, secondo cui la formula "essenziale funzione familiare" andrebbe espunta dal testo costituzionale, in quanto col medesimo totalmente dissonante, posto che rende la funzione di cura di esclusivo appannaggio della donna e non, come invece vorrebbe l'art. 30, comma 1, Cost., prerogativa di entrambi i genitori.

⁵⁸ Cfr. E. CATELANI, *La donna lavoratrice nella "sua essenziale funzione familiare"*, cit., p. 69.

⁵⁹ Sul punto E. ALES, *Maternità e congedi parentali*, cit., p. 535.

⁶⁰ T. VETTOR, *Conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, in M. D'AMICO-S. LEONE (a cura di), *La donna dalla fragilità alla pienezza dei diritti? Un percorso non ancor concluso*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 220.

⁶¹ Cfr. C. COLAPIETRO, *Dalla tutela della lavoratrice madre alla tutela della maternità e dell'infanzia: l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 6, 2000, pp. 1317-1318. E. ALES, *Maternità e congedi parentali*, cit., pp. 536-537, pur riconoscendo il collegamento tra la l. 1204/1971 e la l. 1044/1971, con cui si apre alla dimensione sociale e non più meramente privatistica della maternità, riconduce la legge del '71 ancora alla logica segregazionista che aveva connotato il precedente del 1950.

⁶² Per una ricostruzione del percorso verso l'affermazione della parità in ambito lavorativo si veda M. V. BALLESTRERO, *La Costituzione e il lavoro delle donne. Eguaglianza, parità di trattamento, pari opportunità*, in M. GIGANTE (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, pp. 82-108.

⁶³ Secondo una periodizzazione invalsa tra gli studiosi, il percorso normativo per l'attuazione del principio di eguaglianza tra donne e uomini può essere suddiviso in diverse stagioni all'interno delle quali, pur con alcune incertezze e differenze, sono state adottate misure ispirate ai medesimi obiettivi. Nella breve ricostruzione offerta da E. CATELANI, *La donna lavoratrice nella "sua essenziale funzione familiare"*, cit., p. 74, è possibile individuare un primo periodo, dagli anni 50 agli anni 70, volto all'attuazione del principio di eguaglianza formale; un secondo periodo, volto all'attuazione della parità effettiva, culminato con le prime leggi sulle azioni positive; e un terzo periodo iniziato col nuovo millennio e orientato all'empowerment femminile e alla rimozione di tutti gli ostacoli che la società frappone alla definitiva affermazione delle

A ben vedere, la legge sulla parità tra lavoratori e lavoratrici ha segnato un punto di svolta non solo per la costruzione di un mercato del lavoro maggiormente egualitario, ma anche per la tutela della maternità. Anzitutto, questa ha per la prima volta equiparato le madri adottive e affidatarie a quelle biologiche, per garantire l'inserimento del figlio nel nucleo familiare⁶⁴. Inoltre, prevedendo all'art. 7 la possibilità per il padre di fruire, sebbene in alternativa rispetto alla madre, dei permessi di malattia per il figlio, la l. 903/1977 ha introdotto la nuova figura giuridica del padre lavoratore quale soggetto titolare di diritti di cura⁶⁵, consentendo così la progressiva emersione della *genitorialità* e l'estensione dei diritti della madre al padre. Tale cambiamento ha posto le basi perché si avviasse, potenzialmente, una redistribuzione dei compiti di cura familiare, da questo momento giuridicamente afferenti ad entrambi⁶⁶.

L'evoluzione normativa promossa dalla l. 903/1977, con cui si è dato per la prima volta risalto al concetto di genitorialità, ha trovato una forte attuazione ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale – oltre che attraverso le politiche attuate a livello europeo⁶⁷ – la quale, a partire dalla nota sentenza 1/1987, ha inaugurato quell'orientamento interpretativo che ha saputo vedere nell'art. 37, comma 1 Cost., in armonia con l'art. 31, comma 2, Cost., una norma a tutela della maternità come relazione affettiva, e non solo in quanto evento “fisico”.

Partendo da tale presupposto, la Corte ha individuato nella maternità un istituto a tutela *anche* del minore, in quanto soggetto che ha diritto a ricevere le cure, biologiche e affettive, da entrambi i genitori, titolari a loro volta del diritto-dovere di compartecipare alla crescita dei figli⁶⁸. La giurisprudenza costituzionale non ha eliminato dall'ombrello di tutela costituzionale la maternità, quale condizione psico-fisica prettamente femminile, ma vi ha aggiunto la salute e la personalità del bambino⁶⁹, da cui sono emersi, seppur indirettamente, importanti diritti anche per la piena realizzazione della personalità del padre.

L'incessante apporto della giurisprudenza costituzionale ha, dunque, consentito alla legislazione sulla donna lavoratrice di divenire «*attivo strumento di progresso e civiltà*»⁷⁰. Ed invero, l'aspetto particolarmente interessante di questo orientamento interpretativo è il suo essere idoneo, in concomitanza ad altri

donne al di fuori delle mura domestiche. Per una periodizzazione parzialmente diversa, si veda l'ampia ricostruzione offerta da M.G. RODOMONTE, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia*, cit., pp. 68-89.

⁶⁴ C. TRIPODINA, *Articolo 37*, cit., p. 261.

⁶⁵ C. COLAPIETRO, *Dalla tutela della lavoratrice madre alla tutela della maternità*, cit., p. 1318.

⁶⁶ Sul punto M. V. BALLESTRERO, *La Costituzione e il lavoro delle donne*, cit., p. 109; M. BESSONE-G. FERRANDO, *Persona fisica (dir. priv.)*, cit., p. 217, con riferimento anche all'attuazione dell'art. 30, comma 1, Cost. sul diritto-dovere di entrambi i genitori di istruire, mantenere e educare i figli; L. CASSETTI, *Art. 31*, cit., p. 647; M. D'AMICO, *Una parità ambigua*, cit., p. 119; C. SALAZAR, *Art. 37*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 761;

⁶⁷ C. SALAZAR, *Art. 37 op. cit.*, p. 761.

⁶⁸ M.G. RODOMONTE, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia*, cit., pp. 70-71; C. SALAZAR, *Ibid.*, p. 761; C. TRIPODINA, *Articolo 37*, cit., pp. 261-262. Per un commento alla sentenza 1/1987 si veda G. GALLI, *La Corte costituzionale e i diritti dei padri lavoratori*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, pt. II, 1987, pp. 3 ss.

⁶⁹ In questo senso si vedano in particolare i parr. 6 e 7, *considerato in diritto*, C. cost. 1/1987.

⁷⁰ Così C. COLAPIETRO, *Dalla tutela della lavoratrice madre alla tutela della maternità*, cit., p. 1319 (corsivo in originale).

elementi giuridici e socio-culturali, a produrre effetti favorevoli per la parità in ambito sia lavorativo che familiare. Porre l'accento sulla maternità *post-partum* come relazione psico-affettiva cui è anzitutto il minore ad aver diritto⁷¹, rende possibile coinvolgere anche il padre, al quale viene riconosciuta la capacità, divenendo titolare in proprio di un diritto-dovere sebbene ancora in forma "suppletiva", di offrire assistenza e cura al figlio. In tal modo si pongono i presupposti giuridici per ridurre, almeno in astratto, il carico domestico femminile e lasciare spazio alle aspirazioni lavorative delle donne di emergere ed affermarsi.

La tutela della genitorialità rappresenta, allora, una tappa imprescindibile nel processo di affermazione della piena eguaglianza, formale e sostanziale, tra uomini e donne che deve avvenire tanto nel concreto dispiegarsi del contesto socio-culturale quanto nelle strutture che caratterizzano le formazioni sociali – in questo caso anzitutto la famiglia – ove si svolge la personalità di tutti gli individui⁷².

È la stessa Corte costituzionale, d'altronde, nella sentenza 1/1987 a riconoscere che «l'art. 7 della legge 31 dicembre 1977 n. 903 [...] è il risultato - come afferma la relazione al disegno di legge governativo presentato dal Ministro del lavoro pro-tempore "dell'orientamento sempre più diffuso secondo il quale i compiti della donna e dell'uomo non vanno ripartiti secondo ruoli distinti e separati, ma devono invece integrarsi reciprocamente tanto nella famiglia quanto nelle attività extra familiari"»⁷³. In questa decisione la Corte ha esteso al padre la possibilità di usufruire dell'astensione obbligatoria dal lavoro e dei cd. "riposi", in caso di assenza o impossibilità della madre, proprio in ragione del fatto che l'istituto della maternità, non tutela solo la salute della donna partoriente, ma anche le esigenze di cura del bambino, che ben possono essere fronteggiate dal padre, già titolare del diritto all'astensione facoltativa in caso di impossibilità della madre⁷⁴.

A questa prima fondamentale sentenza, sono seguite numerose altre pronunce⁷⁵, con cui è stato possibile estendere all'uomo altri istituti legati alla maternità, sempre nell'ottica di tutelare anzitutto il preminente

⁷¹ L. CASSETTI, *Art. 31*, cit., p. 647.

⁷² Cfr. M. CARTABIA, *Donne, famiglia, lavoro. Le principali tappe di una evoluzione in corso*, in M. GIGANTE (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, cit., p. 67. Sul rapporto tra formazioni sociali e sviluppo dell'identità personale, con riferimenti al lavoro e alla famiglia quale «formazione primigenia in seno alla quale ha inizio lo sviluppo» Q. CAMERLENGO, *Valori e identità: per un rinnovato umanesimo costituzionale*, in *Consulta online*, n. II, 2022, pp. 639-642.

⁷³ Par. 8, *considerato in diritto*, C. cost. 1/1987. L'importanza della decisione in commento, in relazione al ripensamento del rigido schema "attitudinale" che coinvolgeva donne e uomini, è evidenziata da B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, in Corte costituzionale, *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Convegno 19-20 maggio 2016, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 53-55.

⁷⁴ Ancora par. 8, *considerato in diritto*, C. cost. 1/1987. In parte diversa la lettura offerta da S. SAETTA, *Il ruolo del padre lavoratore nella evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, n. 2, 1993, p. 144, secondo cui la sentenza identifica un rapporto «naturaliter indissolubile rinvenibile nell'*unicum* madre-figlio» per cui il congedo obbligatorio deve essere differenziato dall'istituto sui riposi giornalieri, legato quasi esclusivamente alla cura del bambino.

⁷⁵ C. cost. 276/1988; 332/1988; 341/1991 e 179/1993 su cui, *ex multis*, C. COLAPIETRO, *Dalla tutela della lavoratrice madre alla tutela della maternità*, cit., pp. 1320-1324, che ascrive a tale filone anche C. cost. 270 e 271/1999; nonché M. CARTABIA, *Donne, famiglia, lavoro*, cit., pp. 68-69; B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza*, cit., pp. 55-56. A questo filone

interesse di cura, relazionale e affettivo, del minore. Tra queste, significativa appare la sentenza 179/1993⁷⁶, in cui la Corte, dopo aver ripercorso l'evoluzione interpretativa inaugurata nel 1987, ha riconosciuto al padre lavoratore il diritto di fruire, in alternativa alla madre e con il suo consenso, dei riposi giornalieri previsti dall'art. 10 l. 1204/1971, in quanto istituto non più riconducibile esclusivamente alle esigenze biologiche, tra cui l'allattamento, del figlio⁷⁷.

La Corte «in coerenza con la ratio di questa evoluzione normativa e giurisprudenziale, ed in conformità dei principi costituzionali sopracennati [...]»⁷⁸ ha posto l'accento sul cambiamento che ha interessato la rigida separazione dei ruoli genitoriali, in favore di una nuova concezione del ruolo paterno, idoneo «e quindi tenuto» all'accudimento del figlio⁷⁹ ed ha sottolineato che «la delicata scelta di quel genitore che, assentandosi dal lavoro per assistere il bambino, possa meglio provvedere a tali esigenze, non può che restare affidata all'accordo degli stessi coniugi, in spirito di leale collaborazione e nell'esclusivo interesse del loro figlio (artt. 143 e 144 del codice civile)»⁸⁰.

L'art. 7 della l. 903/1977, dunque, ha rappresentato l'occasione per l'avvio di un orientamento interpretativo volto ad ampliare sempre più i diritti di astensione dal lavoro, riconoscendo nella tutela della maternità *post-partum* una doppia protezione, della dimensione fisica della donna e della cura e dello sviluppo relazionale del figlio⁸¹.

L'approdo legislativo di questo filone è rappresentato dalla l. 53/2000, con la quale si è armonizzata la legislazione degli anni '70 alla giurisprudenza costituzionale e alla Direttiva 96/34/CE⁸². La l. 53/2000 non solo ha posto la base legislativa per la tutela della genitorialità⁸³, riconoscendo ad un soggetto di diritto sessualmente neutro i congedi parentali⁸⁴, ma soprattutto rappresenta il primo tentativo normativo

giurisprudenziale deve ascriversi anche C. cost. 151/1994, la quale però sembra riabbracciare una visione stereotipa del ruolo della donna quale genitore cui spetta il compito di cura della prole. Ad ogni modo S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina*, cit., p. 98, definisce opportunamente tale decisione un «inciampo», posto che tutta la giurisprudenza di quegli anni mostra la definitiva apertura della Corte per garantire una parità effettiva e non più, solo, astratta e formale. Basti pensare che è del 1993 la storica decisione n. 109 sulle azioni positive quale strumento nella disposizione del legislatore per la realizzazione dell'eguaglianza sostanziale ex art. 3, comma 2, Cost.

⁷⁶ Parla di sentenza «annunciata» M. BARBERA, *Discriminazione indiretta*, in *Il corriere giuridico*, n. 8, 1993, pp. 930-931.

⁷⁷ Su C. cost. 179/1993 si veda A. GIORGIS in *Giurisprudenza italiana*, Pt. I, sez. I, p. 2043.

⁷⁸ Par. 5, *considerato in diritto*, C. cost. 179/1993.

⁷⁹ Par. 3, *considerato in diritto*, C. cost. 179/1993.

⁸⁰ Par. 5, *considerato in diritto*, C. cost. 179/1993.

⁸¹ Come osserva S. SAE'ITA, *Il ruolo del padre lavoratore*, cit., pp. 143-145., anche a seguito degli interventi della giurisprudenza costituzionale, la titolarità dei permessi resta in capo alla madre, potendo il padre accedervi solo in caso rinuncia della donna, mentre la titolarità diviene piena in caso di morte o impossibilità. L'Autore rinviene anche in questa decisione un orientamento che differenzia il congedo obbligatorio *post-partum*, legato all'evento parto e al "naturale" rapporto madre-figlio, dagli altri istituti a tutela della maternità. Anche a voler accedere a tale lettura, resta impregiudicato il pregio del filone giurisprudenziale in commento, ossia l'aver riconosciuto una paritaria capacità del padre di dedicarsi alla cura filiale, incidendo in parte lo stereotipo della cura come dote esclusivamente femminile.

⁸² C. COLAPIETRO, *Dalla tutela della lavoratrice madre alla tutela della maternità*, cit., p. 1322.

⁸³ L. CASSETTI, *Art. 31*, cit., p. 648.

⁸⁴ T. VETTOR, *Conciliazione delle esigenze*, cit., p. 222.

diretto a incidere effettivamente sulla redistribuzione dei compiti di cura nei nuclei familiari⁸⁵: nel prevedere un trattamento di carattere premiale ogniqualvolta sia il padre a decidere di fruire dei permessi per i genitori, tale legge ha promosso il coinvolgimento attivo dell'uomo nella cura filiale⁸⁶.

Ad oggi la disciplina di riferimento per la tutela della maternità, della paternità e della genitorialità è il d.lgs. 151/2001 che si pone in continuità con la l. 58/2000, disponendo misure volte a valorizzare soprattutto l'aspetto relazionale dell'essere genitori⁸⁷. Al contempo, un importante elemento di novità è rappresentato dall'ambito di applicazione soggettivo del decreto, il quale da un canto ha esteso le tutele parentali – pur con una diversa graduazione – anche a numerosi lavoratori e lavoratrici non contemplati dagli interventi normativi precedenti; dall'altro, ha predisposto una tutela specifica, di natura assistenziale, per i genitori non lavoratori⁸⁸.

Questa normativa è stata poi arricchita, negli ultimi anni, da una serie di interventi settoriali e «asistematici», che hanno prevalentemente ratificato quanto si andava via via affermando a livello giurisprudenziale⁸⁹ e che non hanno modificato l'approccio legislativo dei primi anni 2000⁹⁰ con un'unica significativa, e certamente ancora embrionale, novità: la previsione ad opera della l. 92/2012 del congedo obbligatorio di paternità⁹¹.

Ed invero, se l'ascesa della genitorialità come relazione affettiva cui partecipa anche il padre ha contribuito alla parziale ricollocazione sociale e giuridica della donna, il definitivo riconoscimento per il padre (sessualmente identificato) di diritti autonomi, al pari e non in sostituzione o in subordine alla madre, legati all'arrivo di un figlio rappresenta il passo decisivo per smantellare lo stereotipo della cura “esclusivamente” femminile. Con la l. 92/2012 (e, come vedremo, con il più recente d.lgs. 105/2022) si è dunque tentato di assestare un altro colpo alla segregazione domestica, vale a dire all'obbligo di rinuncia ad una delle due sfere cui, nel contesto italiano ma anche globale, vengono costrette le vite delle donne che vogliono essere anche – ma non solo - madri.

⁸⁵ E. ALES, *Maternità e congedi parentali*, cit., pp. 544-545

⁸⁶ E. ALES, *Maternità*, op. cit., p. 547.

⁸⁷ F. COVINO, *Donna lavoratrice (dir. cost.)*, cit., p. 173.

⁸⁸ E. ALES, *Maternità e congedi parentali*, cit., p. 550.

⁸⁹ F. COVINO, *Donna lavoratrice (dir. cost.)*, cit., pp. 173-174.

⁹⁰ Cfr. T. VETTOR, *Conciliazione delle esigenze*, cit., p. 227, con particolare riferimento alle novità introdotte con il d.lgs. 80/2015.

⁹¹ Il congedo di paternità obbligatorio, di 1 giorno, entro i primi 5 mesi di vita del figlio, anche per genitori affidatari e adottivi, è stato istituito dall'art. 4, comma 24, lettera a), della l. 92/2012. Il congedo è stato nel corso degli anni aumentato sino al riconoscimento, come anticipato, di 10 giorni, per l'anno solare 2021, ai sensi dell'art. 1, comma 363, lettera a), della l. 178/2020 (legge di bilancio 2021).

5. Il contesto lavorativo italiano e il testo del decreto

Il d.lgs. 105/2022 può essere idealmente posto in continuità al percorso inaugurato dall'art. 71. 903/1977, sulla strada che dovrebbe condurre l'ordinamento alla piena e definitiva affermazione non solo della dignità personale e sociale delle donne, in quanto norma che vuole favorire l'occupazione femminile, ma anche degli uomini, in quanto norma di attuazione di una direttiva europea fortemente orientata alla valorizzazione del ruolo paterno. Si tratta, al contempo, di una misura che in parte innova il percorso inaugurato negli anni '70, imponendo una diversa direzione, verso l'attuazione di una politica della «conciliazione condivisa», ossia di una politica in cui il tema del *work-life balance* non sia più considerato esclusivamente femminile⁹².

Questo cambiamento è, invero, una necessità data anzitutto dal contesto lavorativo italiano. Il mercato del lavoro, infatti, si caratterizza per una forte sottorappresentazione femminile. Secondo gli ultimi dati diffusi dall'Istat, riferiti a luglio 2022, il tasso di occupazione degli uomini è del 69,5%, mentre quello delle donne del 51,2% e, soprattutto, rispetto al mese precedente, «l'occupazione è stabile tra gli uomini e in calo tra le donne (-0,1 punti), viceversa la disoccupazione diminuisce tra i maschi (-0,2 punti) ed è invariata tra le femmine; in aumento per entrambe le componenti l'inattività (rispettivamente +0,2 e +0,1 punti); Su base annua e per entrambi i generi, cresce l'occupazione (+1,8 punti per gli uomini e +1,5 per le donne) e calano disoccupazione (-1,4 e -1,1 punti) e inattività (-0,8 e -0,9 punti)»⁹³. Inoltre, le donne lavoratrici incontrano diverse altre difficoltà nel mondo del lavoro: settorializzazione, precariato, scarsa presenza nelle posizioni apicali (fenomeno del soffitto di cristallo o *glass ceiling*) e disparità retributiva (*gender pay gap*)⁹⁴.

Tale contesto è in parte determinato dallo stereotipo della donna prevalentemente, se non esclusivamente, *caregiver*, a sua volta, paradossalmente, rafforzato proprio dai fenomeni brevemente elencati⁹⁵. Si pensi ai dati sulla rinuncia al lavoro nel caso di genitori con figli: tra le motivazioni vi è la difficoltà di conciliare la vita familiare con quella lavorativa, una difficoltà – considerati i dati – avvertita quasi esclusivamente dalle donne, a indizio del fatto che la cura è ancora una faccenda tutta femminile⁹⁶. Si pensi, inoltre, ai dati sui congedi facoltativi già richiamati in apertura, che registrano l'assoluto protagonismo delle madri: la decurtazione retributiva spinge a che sia il genitore che guadagna meno a richiederlo (le donne,

⁹² Cfr. F. ROSA, *Work-life balance e pandemia*, in E. CATELANI-M. D'AMICO (a cura di), *Effetto Covid. Donne: la doppia discriminazione*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 124.

⁹³ Prospetto 2 Report Istat [Occupati e Disoccupati, luglio 2022](#), p. 3.

⁹⁴ Per una rapida ricognizione dei dati in Italia N. DONATI, [Il lavoro delle donne](#), in Fondazione Giangiacomo Feltrinelli.

⁹⁵ C. TRIPODINA, *I perduranti ostacoli all'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne*, cit., p. 130.

⁹⁶ Su questo fenomeno, si veda in particolare Alley Oop-Il sole 24 ore, [Lavoro 42.000 dimissioni di neogenitori nel 2020, il 77% è donna](#), pubblicato il 23 settembre 2021 in riferimento ai dati diffusi dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro. Sul punto anche M. MANTIONE, *La finta neutralità del congedo parentale*, cit., p. 127.

appunto)⁹⁷ e questo finisce col rafforzare quello stesso stereotipo che proprio la tutela della genitorialità (in accezione neutra) vorrebbe eliminare.

Infine, deve evidenziarsi che tali problematiche sono state aggravate dalla pandemia e dalla gestione emergenziale che ne è conseguita, rivelatasi poco attenta alle diseguaglianze, anche di genere, già presenti nella società⁹⁸. L'emergenza ha provocato un aumento dei compiti di cura domestica nelle diverse fasi di sospensione dei servizi e delle attività produttive⁹⁹, ma anche un aumento degli elementi di debolezza che connotano il lavoro delle donne, soprattutto se con figli in età prescolare¹⁰⁰. In definitiva, dal contesto attuale emerge una forte resistenza culturale e sociale al superamento della dicotomica ripartizione tra spazio produttivo maschile e riproduttivo femminile, con importanti ripercussioni sulla realizzazione della parità in ambito lavorativo, familiare e sociale.

Il d.lgs. 105/2022, allora, è un primo concreto tentativo, pur con le criticità che si evidenzieranno, di intaccare efficacemente lo stereotipo della cura e dare piena attuazione al dettato costituzionale. Lo chiarisce sin dall'apertura lo stesso decreto, che all'art. 1 pone immediatamente gli obiettivi che intende perseguire: la *condivisione* della responsabilità di cura tra uomini e donne e la parità di genere in ambito lavorativo e familiare.

Nel far ciò, il decreto anzitutto dispone, all'art. 2, comma 1, lett. c), l'introduzione, nel d.lgs. 151/2001, dell'art. 27-bis sul congedo di paternità obbligatorio. La normativa italiana ha scelto di confermare la misura in dieci giorni lavorativi, non frazionabili in ore ma fruibili non continuativamente, prevista quale soglia minima dalla direttiva europea, mentre avrebbe potuto ampliare tale arco temporale. Inoltre, si consente al padre di fruire del periodo di astensione anche nei due mesi antecedenti il parto. Sebbene si tratti di un istituto rilevante per gli obiettivi perseguiti dal legislatore nazionale ed europeo, due sono le critiche che possono essere mosse al nuovo art. 27-bis.

Da un canto, e come già accennato per la dir. 2019/1158¹⁰¹, prevedere anche per il padre la fruizione dell'astensione obbligatoria nei due mesi antecedenti il parto accede – ancora una volta – ad una visione neutra della genitorialità. Tale scelta mostra di non tenere in considerazione che la fase della gestazione è

⁹⁷ F. ROSA, *Work-life balance*, cit., p. 123 e M. MANTIONE, *La finta, op. cit.*, pp. 127-128. Questo problema, peraltro, non è esclusivamente italiano, ma diffuso a livello europeo, come evidenzia E. CHIAREGATO, *Conciliazione vita-lavoro*, cit., p. 130.

⁹⁸ Come tempestivamente analizzato da M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2, 2020, pp. 16-42.

⁹⁹ S. LEONE, *L'emergenza sanitaria e l'impatto sul (già) difficile equilibrio tra sfera lavorativa e sfera privata*, in *BioLaw Journal*, n. 3, 2020, pp. 67-68.

¹⁰⁰ L. RONCHETTI, *Il genere e la pandemia costituzionale*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 1063-1064. Per una panoramica completa degli effetti che la gestione emergenziale ha prodotto sulla vita delle donne si vedano i numerosi contributi raccolti in E. CATELANI-M. D'AMICO (a cura di), *Effetto Covid. Donne: la doppia discriminazione*, Il Mulino, Bologna, 2021.

¹⁰¹ Vedi *supra* par. 2.

evidentemente sessuata e rappresenta una di quelle differenze che giustificano, già a livello costituzionale, trattamenti normativi differenziati, posto che la Costituzione respinge, sia nella dimensione formale dell'eguaglianza che in quella sostanziale, qualsiasi cecità alle differenze. Se, come analizzato, il congedo obbligatorio *post-partum* è stato, anche dalla giurisprudenza costituzionale, sganciato dal solo evento del parto, ciò non implica che abbia perso la sua funzione di tutela della salute della madre, così come non implica che la fase *pre-partum* non sia più strettamente agganciata alla gestazione¹⁰².

Dall'altro, dieci giorni sono certamente un tempo per il congedo molto esiguo, che difficilmente potrà innescare un cambiamento culturale volto alla presa di coscienza che le cure del figlio, nascituro o affidatario o adottivo, competono ad entrambi i genitori, finendo dunque se non per riconfermare, quantomeno per non scalfire il cd. *patriarcalismo domestico*¹⁰³. A tal proposito deve segnalarsi, tra le novità legate alla realizzazione del PNRR, la recente approvazione del *Family Act* – Deleghe al Governo per il sostegno e la valorizzazione della famiglia¹⁰⁴, con il quale si mira, tra i diversi obiettivi, anche al riordino del sistema dei congedi parentali. In particolare, l'art. 3 dispone che sia «sensibilmente» aumentato il periodo di astensione obbligatoria per i padri dai 10 giorni previsti dalla normativa in vigore. Portare il congedo ad almeno un mese rappresenterebbe certamente un passo decisivo verso una piena ed effettiva conciliazione condivisa, nonché per l'affermazione della paternità quale condizione soggettiva che compartecipa al pieno sviluppo della personalità degli uomini, prima ancora che dei figli.

Per quanto riguarda, invece, le modifiche al periodo di congedo facoltativo, il d.lgs. 105/2022, all'art. 2, comma 1, lett. i), ha optato per una disciplina maggiormente favorevole di quella, minima, disposta dalla dir. 2019/1158, prevedendo che ciascun genitore possa fruire di un permesso di tre mesi non trasferibili, fino al dodicesimo anno di vita del figlio e coperti da una indennità retributiva pari al 30%, e di un periodo ulteriore di tre mesi fruibile alternativamente da entrambi. Per la coppia genitoriale, dunque, sono complessivamente previsti nove mesi di congedo facoltativo, di cui almeno tre accessibili esclusivamente al genitore che non ha fruito degli altri sei.

Si tratta, invero, di una scelta che può definirsi ibrida: sebbene ciascun genitore goda di un periodo esclusivo di congedo, gli altri tre mesi aggiuntivi possono essere richiesti alternativamente da entrambi, abbracciando sotto questo profilo ancora una volta una politica di sostegno alle necessità di cura familiare neutrale. La formulazione della norma potrebbe essere poco incisiva per una inversione della tendenza che vede nelle donne il genitore che ricorre più spesso al congedo facoltativo. Si sarebbe potuto prevedere un incentivo per i padri, con un mese in più di congedo esclusivo, ovvero si sarebbe potuta condizionare

¹⁰² Sul rapporto tra riproduzione, maternità e genitorialità in relazione al corpo femminile B. PEZZINI, *Il corpo della differenza*, cit., pp. 624-625.

¹⁰³ L. SCUDIERI, *Libere di lavorare sino al parto?*, cit., p. 308.

¹⁰⁴ L. 32 del 7 aprile 2022.

la fruizione degli ulteriori tre mesi alla circostanza per cui entrambi i genitori abbiano già fruito della quota di permesso esclusivo e non cedibile¹⁰⁵.

Ancora una politica neutrale, infine, è adottata rispetto allo *smartworking*, ex art. 4, comma 1, lett. b), nr. 1), d.lgs. 105/2022. Anche in questo caso si sarebbe potuto incentivare il ricorso al lavoro agile da parte dei padri, prevedendo un punteggio aggiuntivo per la certificazione della parità di genere delle imprese ovvero attraverso un incentivo o un bonus retributivo per i lavoratori che facciano richiesta di lavoro agile se con figli ricompresi nella fascia di età 0-12 anni. Il rischio di un ricorso massivo allo *smartworking* da parte delle lavoratrici, infatti, è quello di rafforzare o persino aumentare il divario nei compiti di cura familiare¹⁰⁶.

Opportuna, invece, la previsione di cui all'art. 4, comma 1, lett. a), nr. 1), che adegua le novità sul congedo facoltativo anche a lavoratori e lavoratrici iscritti alla gestione separata INPS, portandolo da sei mesi entro i primi tre anni di vita del figlio a tre mesi ciascuno entro i dodici anni, oltre all'ulteriore periodo facoltativo di tre mesi. In questo, la normativa italiana mostra una certa consapevolezza dei mutamenti del mercato del lavoro, adottando soluzioni specifiche a sostegno della maternità e della paternità più aderenti ai bisogni reali dei lavoratori e delle lavoratrici. Inoltre, l'art. 2, comma 1, lett. u), d.lgs. 105/2022 ha esteso ai lavoratori autonomi il congedo riconosciuto alle sole lavoratrici autonome.

6. Il d.lgs. 105/2022 e la Costituzione: quanta (e quale) strada ancora c'è da fare

Da una lettura complessiva del decreto emerge come questo, nonostante le importanti novità e i miglioramenti che apporta alla precedente e a-sistematica disciplina dei congedi parentali, purtroppo sconta alcuni limiti, tra cui la visione della conciliazione vita-lavoro come una questione ancora prevalentemente – ancorché non più esclusivamente - femminile¹⁰⁷.

La normativa interna, infatti, influenzata dalla direttiva europea che attua, dispone la tutela della paternità in quanto strumento necessario a supportare il riequilibrio vita-lavoro per le donne, e non in quanto condizione autonoma strettamente connessa allo sviluppo della personalità dell'uomo. Quest'ultima diversa prospettiva, invece, si porrebbe nel pieno rispetto dei principi personalista ed egualitario e sancirebbe l'adesione ad una effettiva politica della condivisione e della conciliazione, con importanti ricadute sui fenomeni socio-economici che riguardano il lavoro femminile.

¹⁰⁵ Sulla necessità che lo Stato incentivi ovvero “obblighi” i padri a fruire dei congedi C. TRIPODINA, *I perduranti ostacoli all'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne*, cit., p. 138.

¹⁰⁶ Su rischi e opportunità offerti alle donne dallo *smartworking* S. LEONE, *L'emergenza sanitaria*, cit., pp. 75-76 e G. MARCHETTI, *Il diritto alla disconnessione dal lavoro tra riconoscimento nell'ordinamento italiano e proposta di tutela europea*, in G. FERRI (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 298-304.

¹⁰⁷ Approccio che caratterizza la disciplina a tutela della lavoratrice madre sin dagli anni '70 - come evidenzia T. VETTOR, *Conciliazione delle esigenze*, cit., p. 220 - e che invero non è stato ancora superato, nonostante la progressiva emersione della tutela della genitorialità e della paternità.

Al contempo, la sola tutela della paternità, pur innescando a livello normativo un cambio di paradigma culturale, poiché considera i compiti di cura un “affare” anche maschile, non potrà essere pienamente efficace se non sarà accompagnata da una ristrutturazione del lavoro, in una duplice direzione.

Anzitutto sono necessari nuovi interventi specificamente rivolti al lavoro femminile poiché, come già si osservava negli anni '70, il diritto-dovere del padre alla cura filiale potrà essere effettivo solo quando vi sarà pari dignità del lavoro di donne e uomini¹⁰⁸.

In secondo luogo, è necessaria una più ampia ristrutturazione del mondo del lavoro, nel quale ancora oggi il lavoratore – ma nella concreta realtà la lavoratrice - che si assume le responsabilità domestiche legate alla cura è percepito come una risorsa marginale, tenuto ad accettare minori possibilità di carriera e di guadagno, in quanto non disponibile ad offrire un orario di lavoro “pieno” o addirittura straordinario¹⁰⁹.

La complessiva ristrutturazione del mondo del lavoro, d'altronde, è un'esigenza che discende dalla stessa Costituzione. Il lavoro, in quanto elemento su cui poggia le basi l'ordinamento giuridico ai sensi dell'art. 1 Cost., è strettamente connesso alla democrazia, la quale «non è solo questione di regole formali, ma anche di condizioni materiali dell'esistenza, come dice l'art. 3, comma 2, della Costituzione. Il lavoro è la *prima* di queste condizioni materiali» (enfasi aggiunta)¹¹⁰.

La Costituzione riconosce e garantisce il lavoro sia come strumento di emancipazione e sviluppo di ciascun individuo, espressione del principio personalista, sia come mezzo di progresso e sviluppo sociale, espressione del principio solidaristico¹¹¹. Il diritto-dovere al lavoro rappresenta, dunque, una delle principali manifestazioni della dignità sociale che regge il progetto costituzionale di rinnovamento sociale¹¹². Conseguentemente il mondo del lavoro, in quanto istituzione sociale¹¹³, deve essere qualificato come una delle formazioni tutelate dall'art. 2 Cost.¹¹⁴ indispensabili alla costruzione di una società

¹⁰⁸ E. ALES, *Maternità e congedi parentali*, cit., p. 542.

¹⁰⁹ Cfr. M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 45-46, la quale nell'esaminare la condizione di giustizia sociale nella quale versano le persone che necessitano di assistenza, sottolinea come la carenza di politiche adeguate investa anche chi si incarica, nell'ambito familiare, di offrire le cure. Sulla necessità di ripensare il rapporto tra riproduzione sociale e produzione e sull'incidenza che il considerare la cura come impegno “familiare” ha sulla costruzione di uno Stato sociale che contribuisca a questi compiti L. RONCHETTI, *Autonomia e differenza di genere*, in B. PEZZINI-A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 342-343.

¹¹⁰ G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*, Einaudi, Torino, 2013, p. 28.

¹¹¹ G. M. FLICK, *Lavoro, dignità e costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2018, pp. 5-6. Su dignità personale, principio solidarista e sul dovere inderogabile del lavoro M. CAVINO, *Dignità e Costituzione: la centralità del lavoro per il pieno sviluppo della persona umana*, in G. P. DOLSO (a cura di), *Dignità, eguaglianza e Costituzione*, EUT, Trieste, 2019, pp. 11-29.

¹¹² Su questi aspetti A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte*, cit., pp. 14-21.

¹¹³ R. M. SOLOW, *The Labor Market as a Social Institution*, Blackwell, Cambridge, Mass., 1990, trad. it. *Il mercato del lavoro come istituzione sociale*, Il Mulino, Bologna, 1994.

¹¹⁴ Q. CAMERLENGO, *Valori e identità*, cit., p. 641.

egualitaria, inclusiva e dignitosa, nella quale tutti e tutte possano sviluppare appieno le proprie capacità e aspirazioni, senza che una sfera dell'esistenza prevarichi le altre¹¹⁵.

Infine, devono avanzarsi due rilievi critici, che coinvolgono tutti gli interventi normativi più recenti sulla conciliazione vita-lavoro, incluso il d.lgs. 105/2022. Da un canto, spostare il centro della disciplina sui congedi parentali dalla donna alla coppia rischia di oscurare l'effettiva tutela della lavoratrice, rinviando ulteriormente la piena attuazione dell'art. 37, comma 1, Cost.¹¹⁶; dall'altro, tutelare la maternità prevalentemente in ragione del lavoro non elimina la necessità, prevista all'art. 31, comma 2, Cost., di tutelare la donna che diviene madre a prescindere dall'essere anche lavoratrice¹¹⁷.

È, allora, indispensabile che si arrivi all'inveramento di tutte le previsioni costituzionali rivolte alle donne, così da rimuovere definitivamente la "povertà di genere", in particolare la *povertà sociale di genere*¹¹⁸ che impedisce l'effettivo esercizio di tutti i diritti costituzionali, e dare concreta attuazione ai principi che reggono il progetto di trasformazione sociale.

D'altronde, se lo stesso art. 37 Cost. testimonia che il raggiungimento della parità tra donne e uomini nel lavoro è una sfida che si gioca sul difficile e sempre nuovo equilibrio tra eguaglianza e differenza, su elementi soggettivi di distinzione ed elementi oggettivi di equiparazione, il contesto normativo attuale dimostra che occorre promuovere la piena affermazione dell'eguaglianza costituzionale, che non è cecità ma riconoscimento e valorizzazione della differenza¹¹⁹. L'analisi condotta sul recente d.lgs. 105/2022, infatti, fa emergere la necessità di un sempre più deciso riconoscimento di diritti anche "sessuati", ossia riferiti alle donne e agli uomini, in ragione di differenze obiettive, attraverso una ricostruzione delle categorie giuridiche che superi la logica di mera estensione dei "diritti dell'uomo" alla donna¹²⁰, al fine di garantire alle *persone* l'esercizio di tutti i diritti costituzionali.

¹¹⁵ Sui recenti mutamenti che hanno riguardato la disciplina del lavoro nell'ordinamento giuridico italiano, anche in ragione delle politiche europee, e sugli effetti negativi che il passaggio del lavoro da diritto a "merce" di scambio può provocare ai principi costituzionali C. BUZZACCHI, *Il lavoro. Da diritto a bene*, FrancoAngeli, Milano, 2019.

¹¹⁶ Ancora M. VITALETTI, *Benessere madre lavoratrice e vita familiare*, cit., p. 93.

¹¹⁷ Cfr. M. LUCIANI, *La protezione della maternità davanti alla Corte. Brevi note sulla sent. n. 405 del 2001*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2001, pp. 3921-3922, il quale sottolinea come la giurisprudenza costituzionale abbia fatto penetrare nelle ragioni dell'art. 37, comma 1, Cost. quelle dell'art. 31, comma 2, Cost., sganciando così la tutela della maternità dalla sola disciplina lavoristica. Alcuni rilievi critici vengono sollevati da E. CATELANI, *La donna lavoratrice nella "sua essenziale funzione familiare"*, cit., p. 73, secondo cui lo spostamento della tutela della maternità ex art. 37, comma 1, Cost., dalla lavoratrice ad altri principi, tra cui la famiglia e la maternità in sé, rischia di ridurre e marginalizzare proprio la tutela delle donne che scelgono di lavorare.

¹¹⁸ Secondo l'insegnamento di Q. CAMERLENGO, *Il senso della Costituzione per la povertà*, in *Osservatorio Costituzionale*, nn. 1-2, 2019, pp. 16-18 nonché 21-23, il quale evidenzia come la Costituzione miri ad eliminare sia la povertà di genere nell'esercizio dei diritti, tra cui soprattutto quelli politici ex artt. 48 e 51 Cost., nonché la povertà sociale che potrebbe colpire intere categorie di individui, proprio attraverso la clausola della pari dignità sociale.

¹¹⁹ Così L. CALIFANO, *Parità dei diritti e discriminazione di genere*, in *federalismi.it*, n. 7, 2021, p. 46.

¹²⁰ Si veda il recente studio di F. RESCIGNO, *Per un habeas corpus "di genere". Salute, autodeterminazione femminile, sex and gender medicine*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.



In conclusione, il d.lgs. 105/2022 è solo un primo tentativo, migliorabile, di abbracciare in concreto la politica della conciliazione condivisa e di perseguire il progetto di trasformazione costituzionale, che dovrà essere corredato da ulteriori interventi non solo a tutela del padre o dei genitori come coppia, ma anche a tutela delle madri, delle lavoratrici già madri, delle lavoratrici che vogliono essere madri e delle lavoratrici in sé, in un’ottica che abbia riguardo anche alla “qualità” della vita e del lavoro di *donne e uomini*, in quanto l’azione combinata degli artt. 2 e 3 Cost. non lascia spazio ad alcuna riduzione qualitativa dei diritti¹²¹.

¹²¹ Cfr. L. RONCHETTI, *La giustizia resa dalla giustizia costituzionale*, cit., p. 637. La stessa Autrice evidenzia come uno dei limiti che sembra scontare il PNRR sia proprio quello di concentrare gli sforzi nella tutela di lavoratori e lavoratrici rispetto alla dimensione familiare, piuttosto che nella tutela alla dimensione anzitutto individuale. Sul punto ID., *Il genere e la pandemia*, cit., p. 1068.