

Le sospensioni della prestazione di lavoro per la cura di altri: alcuni spunti di riflessione

Alessia Gabriele

1. Il diritto al riposo e ai congedi: divergenze strutturali e convergenze di natura personalistica

Le origini della disciplina sull'orario di lavoro (e delle sue sospensioni) vanno ricercate nel diritto eurounitario (Barnard 2012, 533-34; Ricci 2005; Occhino 2010), anche se vale la pena ricordare come gli esordi delle politiche comunitarie in materia di orario siano stati tutt'altro che entusiasmanti (Ray 1989, 128).

La svolta, innanzitutto sul piano culturale, è avvenuta con la Carta Sociale Europea del 1989, che individua tra le proprie finalità «il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro», e sancisce espressamente il diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite (art. 7), rinnovando anche l'auspicio di un maggiore avvicinamento delle legislazioni nazionali.

Proprio la Carta sociale, unitamente all'art. 118A dell'allora vigente TCE (oggi trasfuso nell'art. 153.2 TFUE) in materia di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, hanno costituito la base giuridica per l'emanazione della prima direttiva sull'orario di lavoro del 23 novembre 1993.

Questo atto normativo ha subito frequenti aggiustamenti: una prima modifica è avvenuta con la direttiva n. 2000/34 del 22 giugno 2000, con cui la regolamentazione è stata estesa a taluni settori ed attività in precedenza esclusi. Entrambe le direttive poi sono state abrogate dalla direttiva n. 2003/88 del 4 novembre 2003, che rimane oggi la fonte principale di disciplina della materia (Ricci 2005, 98; Gottardi 2009, 317; Leccese 2009, 340).

Alessia Gabriele, University of Enna Kore, Italy, alessia.gabriele@unikore.it, 0000-0002-0119-4009

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Alessia Gabriele, *Le sospensioni della prestazione di lavoro per la cura di altri: alcuni spunti di riflessione*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.30, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 533-544, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

Ancorché la *ratio* della direttiva sia esplicitamente volta alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro (Carabelli, Leccese 2004, 13), è pur vero che la formulazione testuale delle disposizioni non sempre depone in tal senso.

In dottrina, la direttiva è stata definita «schizofrenica» (Supiot 1996, 195; Fenoglio 2012, 10) perché, dopo avere inizialmente fissato nella prima parte i principi minimi (artt. 1-16), nella seconda parte consente all'autonomia individuale o all'autonomia collettiva di derogarvi. (artt. 17-18).

Ed infatti, con riguardo ai contenuti, la prima parte della direttiva individua un decalogo di prescrizioni minime, anche se derogabili (artt. 17-18), in materia di riposo giornaliero (art. 3) e settimanale (art. 5), durata settimanale della prestazione (art. 6), ferie annuali (art. 7), lavoro notturno (artt. 8-12), ritmi di lavoro (art. 13) e pause intermedie (art. 4).

In particolare, con riferimento all'orario di lavoro, ai sensi dell'art. 2.1 della direttiva si intende «qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali».

In realtà il dato normativo fissa almeno tre requisiti per individuare l'orario di lavoro, tra cui sono espressamente indicati la presenza fisica sul luogo di lavoro, la disponibilità e l'esercizio dell'attività; tuttavia non è specificato se questi elementi siano da considerare congiuntamente o alternativamente.

Qui non si tratta di un dettaglio «solo» definitorio, perché da questa nozione è possibile *a contrario* individuare quel periodo di tempo sottratto all'orario di lavoro da destinare alle pause, o al periodo di riposo (che secondo l'art. 2.2 della direttiva è «qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro») ovvero alle altre sospensioni finalizzate e funzionalizzate al tempo di cura garantito nell'ambito del rapporto di lavoro (Del Punta 2017, 1166).

Questa normativa va anche letta alla luce della cosiddetta costituzionalizzazione dei diritti dell'Unione, avvenuta con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza) (Del Punta 2001, 335), che in virtù del Trattato di Lisbona dal 10 dicembre 2009 ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati, pur non facendone parte.

L'art. 31, comma 2, della Carta sancisce infatti il diritto di ogni lavoratore «a una limitazione della durata massima di lavoro, a periodi di riposo giornaliero e settimanale e alle ferie annuali retribuite» (Leccese 2022, 3).

Può aiutare, in questo processo ermeneutico, una recente interpretazione della Corte di Giustizia, secondo cui tutte le deroghe previste dalla direttiva, in quanto eccezioni al sistema europeo di organizzazione dell'orario, «devono essere interpretate in modo che la loro portata sia limitata a quanto strettamente necessario alla tutela degli interessi che tali deroghe permettono di proteggere»¹; così come, per converso, al fine di garantire il perseguimento delle finalità poste alla base della direttiva e dell'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti, va riconosciuto

¹ C. giust. 9 settembre 2003, C- 151/02, *Jäger*, punto 89; 14 ottobre 2010, C-428/09, *Union syndicale Solidaires Isère*, punto 40.

che le disposizioni della prima «non possono essere oggetto di interpretazione restrittiva a scapito dei diritti che il lavoratore trae»² da essa.

È fondamentale a questo punto un passo indietro nella ricostruzione della *ratio* da riconoscere al «diritto al riposo» – anche per il rilievo costituzionale che a questo diritto è assegnato – nel cui ambito possono considerarsi tutti i diritti inerenti alle pause di lavoro.

La funzione originariamente assegnata alla limitazione dell'orario di lavoro quotidiano, nonché al riposo settimanale, alle festività, e alle ferie, è stata letta unitariamente, nel senso che essa risponde alla necessità di assicurare ai lavoratori i mezzi di recupero delle energie che si perdono durante l'attività lavorativa (Del Punta 2004, 378).

Tali diritti sono conseguentemente finalizzati alla salvaguardia dell'integrità fisica e psichica del lavoratore, secondo una logica attuativa degli artt. 32 Cost. e 2087 c.c.

Con il mutare delle esigenze sociali, ma anche organizzativo-produttive, gli istituti inerenti alle pause hanno gradualmente perduto questa esclusiva funzione di salvaguardia, per assumere una fisionomia sempre più rispondente alle esigenze personali del prestatore di lavoro (Smuraglia 1967, 377; Mancini 1957, 155).

Per questa ragione il tempo destinato al riposo (pause e ferie) ha assunto una struttura giuridica differente rispetto ad alcune forme di congedo.

La dottrina, infatti, ha bene messo in evidenza questa divergenza tipologica, in particolare con riguardo alla caratteristica dell'irrinunciabilità del relativo diritto, che in quanto elemento eccezionale statuito in sede costituzionale, non vale nell'ambito dei congedi parentali (Calafà 2004; Del Punta 1992).

A ciò fa eccezione solo il congedo di maternità obbligatorio, la cui funzione è ancora più ampia di quella delle pause e delle ferie: ciò perché il congedo di maternità è destinato in modo prioritario alla tutela della salute fisica e del benessere psichico della madre e quindi del nascituro.

Questa valutazione non muta a seguito del recente intervento legislativo che ha spinto verso una maggiore flessibilità del suo godimento, incidendo non tanto sull'*an* (perché rimane un congedo obbligatorio, la cui scelta non è rimessa alla discrezionalità della lavoratrice) ma sul *quando*.

L'irrinunciabilità quindi accomuna il congedo di maternità e il diritto alle ferie e ai riposi, ma non afferisce alla struttura degli altri congedi di maternità e di paternità, o più in generale ai congedi parentali.

Proprio in ragione della natura eccezionale della categoria dell'irrinunciabilità, la dottrina più risalente ha dedotto la sussistenza di un interesse generale dell'ordinamento alla salvaguardia della persona in tutti i suoi aspetti e quindi la necessità che la materia delle pause e delle ferie venisse disciplinata con previsioni a carattere imperativo e inderogabile.

Secondo tale prospettiva, pertanto, in queste ipotesi si è in presenza di diritti strettamente inerenti alla persona (Smuraglia 1967, 379-80).

² Come ribadito da C. giust. 14 maggio 2019, C-55/18, CCOO, punto 32.

2. Spunti per un'unitaria teoria delle sospensioni del rapporto, sulle orme della dottrina lavoristica

Rievocando le riflessioni svolte dalla dottrina lavoristica, va precisato che la locuzione «sospensione del rapporto di lavoro» è «intrisa di criticità, nella misura in cui mediante l'impiego di tale categoria si pretendeva di trarre, dall'asserita alienità funzionale degli interessi sottesi ai predetti istituti, rispetto all'impianto causale del rapporto di lavoro, la conseguenza, strutturale, che fosse il rapporto stesso a vivere, in corrispondenza, uno stato di quiescenza: ad essere, insomma, davvero «sospeso»» (Del Punta 1992, 20; Suppiej 1982, 348).

Ciò che si sospende infatti è la sola prestazione del lavoratore, mentre generalmente permangono attuali le controprestazioni del creditore-datore, il quale è tenuto non solo al versamento della retribuzione ma altresì al correlato trattamento previdenziale (questo è il caso gli istituti della malattia/infortunio e della maternità/paternità, nei quali l'erogazione di un trattamento economico di natura previdenziale riduce, in corrispondenza, la misura dell'onere retributivo a carico del datore di lavoro).

È evidente che il riconoscimento della retribuzione richieda pur sempre la presenza di una norma che espressamente lo preveda; diversamente, torna ad operare il tradizionale principio di corrispettività connaturato al sinallagma negoziale.

Le ipotesi sospensive previste dall'ordinamento sono numerose e diversificate tra loro quanto a presupposti, fonti di disciplina e tecniche di tutela.

«Il denominatore comune degli istituti in considerazione, da tempo non più circoscritti alle fattispecie legali primigenie degli artt. 2110 e 2111 c.c., è stato quindi ravvisato nell'effetto modificativo del normale andamento del rapporto di lavoro, in virtù della tutela di interessi legati a scelte o a condizioni personali del lavoratore» (Del Punta 2017).

Oltre alla fattispecie di riferimento per eccellenza, qual è quella degli artt. 2110 e 2111 c.c. (Dell'Olio 1988, 2 sgg.; Rusciano 1993, 1 sgg.; Vaccaro 1983; Branca 1971, 71), il legislatore ha nel tempo introdotto ulteriori ipotesi (permessi e aspettative infatti sono previsti per motivi sindacali, elettorali, di studio e di frequenza a corsi professionali, matrimoniali, familiari, parentali ecc.; nonché assenze per pause lavorative, i riposi giornalieri, settimanali e festivi, le ferie ecc.) a cui sono sottese esigenze personali, di cura e familiari di volta in volta differenti.

Un esempio paradigmatico della varietà di questo istituto è dato proprio dalla L. n. 53/2000 sui congedi parentali, sulla cui scorta la dottrina più autorevole ha avviato una rilettura delle cause sospensive della prestazione di lavoro, assegnando al rapporto di lavoro una permeabilità rispetto al riconoscimento di interessi e di valori differenti da quelli esclusivi della produzione e dell'economia (Del Punta 1992, 123 sgg., spec. 143).

La sospensione da principio, infatti, si caratterizzava per la sua natura vincolata (per il lavoratore) e vincolante (per il datore), dal momento che al ricorrere di determinate situazioni personali era prevista una determinata conseguenza giuridica, attraverso un vero e proprio meccanismo sillogistico legato alla neces-

sità della tutela prevalentemente fisica del prestatore di lavoro (si pensi all'ipotesi del congedo di maternità, il cui godimento in un determinato arco di tempo nell'originaria formulazione era non solo obbligatorio nell'*an* ma era anche meno flessibile quanto all'articolazione temporale).

Ora è pur vero che persistono delle situazioni soggettive al ricorrere delle quali il lavoratore è tenuto a sospendere la prestazione (e ciò anche perché tali situazioni determinano *de facto* un'impossibilità oggettiva di rendere la prestazione, come nel caso della malattia), tuttavia – nonostante le recenti modifiche al sistema dei congedi parentali e dei permessi per i *caregivers* (Carabelli 2023) – sembra che la dimensione della libertà di «scelta» sia ancora oggi prevalente, confermando quindi l'intuizione della dottrina che ha già qualificato queste situazioni come sospensioni meramente potestative (Calafà 2004, 187 sgg.).

In questo contesto variegato, ci si è chiesti se fosse utile ragionare a proposito di un'unica categoria giuridica delle sospensioni o se si potesse procedere a una classificazione che raggruppasse più tipologie per affinità strutturali o teleologiche (Ichino 2003, 12).

Sul punto la dottrina si è già cimentata, ammettendo la possibilità che l'ordinaria tipizzazione delle cause sospensive non impedisca, anche in assenza di una specifica previsione legale o contrattuale, la sussistenza di altre ipotesi in cui l'attività lavorativa possa essere sospesa senza per questo condurre a conseguenze penalizzanti per il lavoratore (Bianca 1979, 119).

Secondo una parte della dottrina, pur permanendo la necessità di mantenere un'unitaria categoria di riferimento si può ricostruire un assetto uniforme all'interno di una «griglia concettuale» (Del Punta 2017b), accomunata innanzitutto dalla sussistenza del diritto alla conservazione del posto, che rappresenta un connotato imprescindibile della fattispecie sospensiva.

Sebbene in questo caso si tratti di un elemento che riguarda gli effetti piuttosto che la configurazione giuridica della sospensione, non sembra che ciò possa rappresentare un ostacolo logico-giuridico.

Di tutti i restanti elementi, infatti, è difficile ricomporre un *puzzle* unitario senza l'arbitrio di selezionarne alcuni che funzionino da criterio discrezionale rispetto ad altri.

Soprattutto con riguardo ad alcune sospensioni del rapporto per motivi di cura, in realtà, alla mancata prestazione del lavoratore corrisponde una analoga sospensione della retribuzione, e quindi il regime di *favor* per il prestatore si realizzerebbe solo perché questo comportamento non è qualificabile come inadempimento e non provoca quindi le conseguenze giuridiche ricollegate a quest'ultimo.

3. Il tempo per la cura fuori dal tempo «oggetto» del contratto

Un indubbio rilievo assiologico, nell'ambito del ragionamento sulle sospensioni, deve essere assegnato al tempo libero dall'obbligazione lavorativa, inteso come un *tempo per la persona*, estraneo in termini di vincoli di sottoposizione ai poteri organizzativi del datore di lavoro.

Ebbene così inquadrato nella sua essenza oggettiva, il tempo rileva nella sua dimensione di tutela costituzionale della persona (art. 32 e art. 36, 2° comma, Cost.), e resta esterno all'ambito di operatività dell'autonomia negoziale³.

Secondo la dottrina «Il tempo-persona costituisce così la dimensione giuridica post-moderna dell'*habeas corpus* del lavoratore, della libertà del lavoro che la rottura moderna dei vincoli servili aveva sancito con l'oggettivizzazione del tempo-lavoro» (Bavaro 2009, 23).

Sovvertendo pertanto il rapporto assiologico tra tempo-lavoro e tempo-persona e assegnando al secondo termine un valore preminente, si protegge la persona in quanto tale dalla porosità dei tempi di lavoro e dalla sempre insidiosa tendenza a considerare la persona, e non il suo tempo, come oggetto del contratto.

Il tempo, infatti, può essere determinato e misurato, mentre de-oggettivare significa identificare l'oggetto del contratto con la persona del lavoratore con tutte le sue implicazioni soggettive (Mengoni 1952, 157).

Pertanto il concetto di tempo diventa l'unico parametro a cui efficacemente si può fare riferimento per proteggere tutto ciò che della persona resta fuori dal rapporto di lavoro; perché se il tempo è oggettivamente misura della sottoposizione del lavoratore al potere di organizzazione del datore di lavoro, per converso ciò che non vi è ricompreso costituisce un diritto fondamentale della persona di esercitare la sua libertà e la sua potestà sul tempo di non lavoro.

Questo capovolgimento di prospettiva che mette la persona al centro del discorso sul tempo, implica anche che il lavoro retribuito, come tutte le realtà umane, rappresenti solo un aspetto delle innumerevoli sfaccettature di realizzazione della libertà dell'individuo.

In questa prospettiva si può anche osservare che il concetto di *tempo-persona* comprende non solo le attività extra lavorative scelte o libere attività di svago, sport, volontariato, interessi personali religiosi o politici o di impegno civico ecc.), ma anche quelle che, pur se liberate dall'obbligazione lavorativa non sono libere, perché destinate alla cura di altri.

A questi segmenti temporali, che si possono definire *tempo per la cura*, l'ordinamento riconosce un valore superiore rispetto al tempo libero «informe», che resta nella piena disponibilità del lavoratore.

In quest'ottica, il diritto al tempo per la cura può essere qualificato come un diritto soggettivo potestativo al cui riconoscimento il datore di lavoro non può opporre rifiuto, né frapporre impedimenti di natura tecnica, organizzativa e produttiva.

Si tratta, in definitiva, di un tempo destinato ad assolvere una speciale funzione protettiva della sfera personale, che non resta estranea alla dimensione contrattuale, ma che proprio nell'alveo del contratto di lavoro trova la sua fonte giuridica, imponendo al datore di lavoro uno stato di soggezione in ragione di un interesse riconosciuto dall'ordinamento giuridico come superiore all'organizzazione.

³ Si veda l'esempio della legislazione sociale con la legge 11 febbraio 1886, n. 3657 che poneva limiti legali dal lavoro dei fanciulli al R.D.L. 15 marzo 1923, n. 692.

Il diritto alla cura nell'ambito contrattuale entra nella logica del bilanciamento dei valori costituzionalmente tutelati per affermarsi nel campo valoriale della solidarietà sociale (Bavaro 2009, 25).

Dal lato passivo in capo al datore di lavoro corrisponde non solo una situazione soggettiva di *pati*, ma anche un dovere di protezione e di garanzia di questa condizione soggettiva del prestatore di lavoro.

Nella linea di demarcazione concettuale tra il mero atteggiamento di tolleranza insito nel *pati* e la situazione attiva di garanzia della dimensione del diritto/dovere alla cura del prestatore di lavoro risiede la differenza di impostazione di un diritto del lavoro postmoderno che sappia farsi carico della funzione preminente di tutela della persona, anche nella sua dimensione di solidarietà sociale.

Tuttavia, dal punto di vista della struttura normativa, le sospensioni per garantire il diritto al riposo non hanno punti in comune con il diritto ai congedi per la cura e l'assistenza, e ciò sarebbe confermato anche dalla recente normativa in tema di *work life balance*.

Ed è per questo che la dottrina non ha mancato di rilevare come ad oggi la disciplina europea sull'orario di lavoro – anche a causa dei falliti interventi normativi di *restyling* – non entri direttamente in connessione con la disciplina sulla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro prevista dalla Direttiva n. 2019/1158 (Militello 2023).

Secondo questa tesi si tratterebbe di una voluta astensione da parte del legislatore eurounitario che si tradurrebbe, negli esiti applicativi, nella impermeabilità delle vicende organizzative del datore di lavoro rispetto alle esigenze personali dei lavoratori.

E ciò, nonostante il dato condiviso che, comunque, la Direttiva del 2019 avrebbe avviato «un ripensamento complessivo dell'organizzazione dell'orario di lavoro in un'ottica di genere [...]» (Militello 2023, 44; Gottardi 2009, 312).

Questa differenza strutturale resta una grave lacuna del sistema, perché ormai la protezione del tempo della cura familiare è ben presente anche nelle normative internazionali in tema di tutela della salute e della sicurezza.

Sarebbe pertanto auspicabile che il legislatore rafforzasse anche sotto questo profilo il diritto ai congedi, configurandolo come un diritto non solo opponibile alle ragioni del datore di lavoro ma addirittura irrinunciabile e quindi esigibile e monetizzabile *ex post* mediante l'azionabilità in giudizio.

4. Esiste un'unitaria categoria di sospensioni per i compiti di cura? Una proposta di ipotesi classificatoria da verificare

Considerata la naturale ambivalenza che ogni criterio adottabile porta con sé, pare più utile avvalersi di un criterio di classificazione delle sospensioni dal lavoro di tipo teleologico, attribuendo rilievo al valore che l'ordinamento riconosce rispetto alle specifiche situazioni di necessità che giustificano il mancato svolgimento della prestazione dovuta.

In base alle esigenze di tutela soggettiva del lavoratore o della lavoratrice, sottese a ogni singolo istituto che comporta la sospensione del rapporto di la-

voro (ritenendo in questo caso utile ragionare nello stesso modo per permessi e congedi), si potrebbe individuare un'unitaria categoria di situazioni giuridiche, accomunate dalla destinazione alle attività di cura svolte nell'ambito familiare.

Il tempo sottratto alla prestazione di lavoro produttivo sarebbe finalizzato all'assolvimento dei compiti e delle funzioni proprie dei *caregiver* (Vallauri 2020, 16).

Sulla scorta di tale criterio si può tentare di capire se l'ordinamento, oltre a riconoscere un legittimo diritto alla sospensione della prestazione lavorativa (con la garanzia della conservazione del posto di lavoro), attribuisca un medesimo grado di «meritevolezza» – in termini di tutela – alle differenti cause/motivi che legittimano la sospensione (la cura di altri) (Del Punta 2017b); oppure se, anche nell'ambito della stessa categoria di cause (tutte determinate dallo svolgimento di compiti di cura) il legislatore preveda un trattamento differenziato, realizzando di fatto una valutazione aprioristica del «valore» e della «meritevolezza» di ciascuna situazione giuridica.

In questo caso, andrebbe esaminato il perché, e in base a quali motivazioni, si realizza tale modulazione di trattamento tra situazioni personali accomunate da una medesima *ratio* e finalità.

Si tratterebbe in definitiva di attribuire, all'interno del sinallagma contrattuale funzionale, uno specifico rilievo alle situazioni personali rilevanti nella sfera privata extralavorativa dei lavoratori e delle lavoratrici (Calafà 2004, 123 sgg.).

Peculiarità di queste forme di sospensione destinate alla cura sarebbero da rintracciare non solo nella caratteristica inderogabilità *in pejus* delle norme che le riconoscono (e ciò perché anche se in alcuni casi non si tratta di ipotesi obbligatorie nell'*an*, una volta che il lavoratore le abbia opzionate, il datore di lavoro non può arbitrariamente negarle contravvenendo alla disposizione normativa), ma anche nell'articolazione delle fonti.

Si tratta di un aspetto sempre più oggetto di attenzione da parte del cosiddetto Secondo Welfare, nonché della contrattazione collettiva di secondo livello, nel cui ambito si possono prevedere ulteriori disposizioni migliorative con funzione integrativa della fattispecie legale (sia con riferimento all'aspetto causale delle situazioni prese a riferimento sia per quanto riguarda gli effetti giuridici da attribuire alle diverse cause sospensive) per soddisfare esigenze di conciliazione tra vita professionale e vita familiare.

Una simile estensione sarebbe, oltre che legittima in base ai rapporti tra contrattazione e legge, ovvero tra i livelli di contrattazione, anche favorita dall'ordinamento *ex art.* 1322, c. 2, in base al quale le parti possono anche affrancarsi dagli schemi della tipicità legislativa per realizzare interessi ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento giuridico (Rusciano 1993, 2), come certamente è lo svolgimento di compiti di cura familiare.

Tuttavia, da un'analisi ricostruttiva in termini generali delle diverse ipotesi previste, ci si chiede se esista un unitario diritto alla cura garantito nell'ambito del rapporto di lavoro oppure se si tratti di volta in volta di sparse e disorganiche disposizioni normative che si limitano a offrire soluzioni circoscritte a specifiche e documentate esigenze dei lavoratori e delle lavoratrici.

Depongono in realtà per la seconda soluzione (e quindi per una asistematicità normativa) sia la disomogeneità delle fonti che si occupano in modo settoriale delle diverse situazioni, sia la differenza di trattamento normativo ed economico che l'ordinamento assegna alle diverse ipotesi.

Se è vero che queste caratteristiche potrebbero non rappresentare un ostacolo concettuale insormontabile, perché una disciplina unitaria potrebbe anche essere ricostruita *ex post* in sede di interpretazione, senza che ciò possa essere impedito da un disordine puramente sistematico, quello che invece appare più rilevante è quanto – in termini di caratteristiche comuni – queste fattispecie di permessi e di congedi possano essere ritenute un «sistema» omogeneo (Bonardi 2023, 103 sgg.).

E infatti, qui valgono le considerazioni in più occasioni sostenute a proposito della categoria delle sospensioni (Renzi 2007, 1601 sgg.).

Anche se si guarda alle sole sospensioni per motivi di cura, si possono riscontrare delle discrasie negli elementi comuni della fattispecie, con riguardo agli effetti delle sospensioni protette.

Questa differenza di trattamento rappresenta pertanto un tassello di incoerenza di tutto il sistema, dal momento che, sebbene in ogni caso sia garantita la conservazione del posto di lavoro come conseguenza della sospensione, non sempre si possono individuare unitarie previsioni in materia di continuità di maturazione dell'anzianità di servizio e di copertura retributiva.

In relazione alla copertura retributiva, è noto che questa è riconosciuta in maniera differenziata nelle varie ipotesi previste dal legislatore, e in alcuni casi è articolata secondo un processo di progressivo *décalage* in senso riduttivo (come avviene ad esempio per i congedi di maternità la cui copertura è prima piena e poi sempre più ridotta con l'avanzare dell'età dei figli e delle figlie, e ciò accade sebbene le esigenze di cura poste alla base del diritto siano sempre le medesime, a prescindere dall'età dei soggetti destinatari della cura).

Ciò che emerge da questa prima e sintetica analisi classificatoria è che secondo una valutazione *ex ante* del legislatore, sebbene le finalità di cura siano sempre meritevoli di tutela e di riconoscimento, esiste un margine di discrezionalità legislativa che conduce ad attribuire un peso diverso ad alcune esigenze di cura rispetto ad altre.

Ciò avviene non solo in funzione dei destinatari della cura e dei loro specifici bisogni (carichi familiari riproduttivi o di cura di un congiunto anziano, disabile o affetto da patologie), ma anche nell'ambito di permessi e congedi che assolvono la medesima finalità (ad esempio è il caso dei congedi parentali, rispetto ai quali ancora oggi il legislatore prevede una copertura retributiva con un *décalage* in base all'età dei figli e/o delle figlie).

Ciò posto, sarebbe opportuno ricostruire l'attuale assetto normativo provando a individuare, nell'ambito di una categoria unitaria, tutti i congedi e i permessi destinati allo svolgimento dei compiti di cura per familiari non autosufficienti, al fine di verificare se effettivamente l'ordinamento offra strumenti compatibili con tutte le esigenze di cura oppure se esistono ancora oggi delle zone d'ombra di cui il legislatore non si è ancora fatto carico. Peraltro, la stessa Dir.

n. 2019/1158/UE, attuata con il d. lgs. n. 105/2022, ha dato un chiaro segnale nella direzione di considerare in modo unitario i diritti connessi alle esigenze di cura dei lavoratori e delle lavoratrici. Tuttavia, il legislatore non sembra avere colto tale prospettiva e da ultimo ha confermato un'impostazione a compartimenti stagno anche in materia di disabilità con il d.lgs. 62/2024.

Sembra quindi potersi ritenere archiviata la speranza che si era intravista di un generale riordino della normativa in materia di congedi, che avesse come obiettivo quello di dare più valore, dal punto di vista delle misure concrete di intervento, al ruolo di cura svolto in modo non professionale dai familiari o più in generale dai congiunti (Carabelli 2023).

Ciò avrebbe potuto consentire allo stesso legislatore, non solo di adeguarsi all'impostazione della Direttiva 2019/1158/UE, ma anche di adottare una nozione onnicomprensiva e generalizzata delle attività di cura e dei suoi titolari, seguendo un'impostazione di natura teleologica, ispirata effettivamente alle esigenze delle persone che lavorano.

Riferimenti bibliografici

- Barnard, C. 2012. *EU employment law*. Oxford: Oxford University Press.
- Bavaro, V. 2009. "Tesi sullo statuto giuridico del tempo nel rapporto di lavoro subordinato." In *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, a cura di Vincenzo Bavaro, e Bruno Veneziani, 13-26. Bari: Cacucci.
- Bianca, C.M. 1979. "Dell'Inadempimento delle Obbligazioni. Art. 1218-1229", In *Commentario del Codice Civile*, II ed. Bologna-Roma: Zanichelli.
- Bonardi, O. 2023. "Il diritto di assistere. L'implementazione nazionale delle previsioni a favore dei caregivers della direttiva 2019/1158 in materia di conciliazione." *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della direttiva 2019/1158/UE, Quaderno della Rivista Diritti Lavori Mercati*, 14: 103-26.
- Branca, G. 1971. *La sospensione nelle vicende del rapporto di lavoro*. Padova: CEDAM.
- Calafà, L. 2004. *Congedi e rapporto di lavoro*. Padova: CEDAM.
- Carabelli, U., Leccese, V. 2004. "L'attuazione dell'orario di lavoro tra vincoli comunitari e costituzionali", *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* 38: 1-46.
- Carabelli, U. (a cura di). 2023. "Riforme parallele e disequilibrio vita-lavoro" *Quaderno Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 8.
- Cessari, A. 1966. *Il favor verso il prestatore di lavoro subordinato*. Milano: Giuffrè.
- Cinelli, M. 1984. *I permessi nelle vicende del rapporto di lavoro*. Milano: FrancoAngeli.
- Del Punta, R. 1992. "La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare. Artt. 2110-2111." In *Il codice civile. Commentario*, diretto da Piero Schlesinger, Milano: Giuffrè.
- Del Punta, R. 2001. "I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza" *Diritto delle Relazioni Industriali*, 335-46.
- Del Punta, R. 2004. "La nuova disciplina delle ferie." In *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie, Commentario*, a cura di Vito Leccese, 378-10. Milano: Ipsoa.
- Del Punta, R. 2017a. "Cause di sospensione della prestazione lavorativa." *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, VII ed., a cura di Giuseppe Santoro Passarelli, Milano: Utet giuridica, 1166-267.

- Del Punta, R. 2017b. "Sospensione del rapporto di lavoro. Profili generali." *Treccani on-line*, DOI: 10.7394/DOL.
- Dell'Olio, M. 1988. "Sospensione del rapporto di lavoro." *Digesto comm.* XV, Torino: Utet giuridica.
- Fenoglio, A. 2012. *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Ghera, E. 1989. *Diritto del lavoro*. Bari: Cacucci.
- Gottardi, D. 2009. "L'affossamento della revisione della direttiva europea sull'orario di lavoro per mancato equilibrio tra esigenze delle imprese ed esigenze delle persone che lavorano." In *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, a cura di Vincenzo Bavaro, e Bruno Veneziani, 311-18. Bari: Cacucci.
- Hardy, S. 2007. "La armonizzazione della disciplina comunitaria in materia di orario: un tentativo fallito di 'umanizzazione'" *Diritto delle relazioni industriali* 2: 559-79.
- Ichino, P. 1984. *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*. Vol. I. Milano: Giuffrè.
- Ichino, P. 2003. "Il contratto di lavoro." In *Trattato di diritto civile e commerciale*. Vol. III, diretto da Antonio Cicu, e Francesco Messineo, continuato da Piero Schlesinger, Milano: Giuffrè.
- Leccese, V. 2009. "Le tendenze attuali e l'evoluzione del diritto comunitario in materia di tempi di lavoro: progetti di riforma della direttiva europea e giurisprudenza della Corte di giustizia." In *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, a cura di Vincenzo Bavaro, e Bruno Veneziani, 325-58. Bari: Cacucci.
- Leccese, V. 2022. "La misurazione dell'orario di lavoro e le sue sfide." *Labour Law Issues* 8, 1: 1-14. <https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/15136>.
- Mancini, G.F. 1957. *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Mengoni, L. 1952. "L'oggetto dell'obbligazione", *Jus*, 2: 156 – 186.
- Mengoni, L. 1965. "Il contratto di lavoro nel diritto italiano." In *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, a cura di Gerhard Boldt, Guillaume Camerlink, Paul Horion, Armando Kaiser, Marius G. Levenbach e Luigi Mengoni, 407-504. Milano: Giuffrè.
- Militello, M. 2023. "Tempi di lavoro e conciliazione. L'orario di lavoro scelto come strumento di parità." *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della direttiva 2019/1158/UE*, *Quaderno della Rivista Diritti Lavori Mercati* 14: 41-66.
- Occhino, A. 2010. *Il tempo libero nel diritto del lavoro*. Torino: Giappichelli.
- Perulli, A., Treu, T. 2022. *In tutte le sue forme e applicazioni*. Torino: Giappichelli.
- Renzi, T. 2007. "La sospensione del rapporto di lavoro." In *Diritto del lavoro, Commentario. Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Vol. II, a cura di Carlo Cester, diretto da Franco Carinci, II ed., 1597-03. Torino: Utet Giuridica.
- Ricci, G. 2005. *Tempi di lavoro e tempi sociali*. Milano: Giuffrè.
- Rusciano, M. 1993. "Sospensione del rapporto di lavoro." *Enciclopedia giuridica Treccani*, Vol. XXX, Roma: Treccani, 1- 14.
- Santucci, R. 1993. *Le cause sospensive della prestazione di lavoro*. Torino: Utet.
- Scognamiglio, R. 1969. *Diritto del lavoro*. Bari: Cacucci.
- Smuraglia, C. 1967. *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Supiot, A. 1996. "On-the-Job Time: Time for Agreement." *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 3: 195. <https://doi.org/10.54648/ijcl1996019>
- Suppiej, G. 1982. "Il rapporto di lavoro: costituzione e svolgimento." *Enciclopedia giuridica del lavoro*, diretta da G. Mazzoni, Vol. IV. Padova: CEDAM.
- Treu, T. 1968. *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè.

Vaccaro, M.J. 1983. *La sospensione del rapporto di lavoro*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

Zoppoli, L. 1991. *La corrispettività nel contratto di lavoro*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.