

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI ECONOMIA



DOTTORATO DI RICERCA
IN DIRITTO DELL'ECONOMIA
XIX CICLO

Indirizzo
DIRITTO PREVIDENZIALE COMPARATO
E RIFORMA DELLO STATO SOCIALE

I CONGEDI PARENTALI E LA FIGURA DEL
PADRE LAVORATORE

IL COORDINATORE
CH.MO PROF. FRANCESCO LUCARELLI

IL TUTOR
CH.MO PROF. GIUSEPPE FERRARO

LA CANDIDATA
DOTT.SSA LUCIA CIOTTI

I congedi parentali e la figura del padre lavoratore

INDICE

Premessa pg. 1

CAPITOLO I

Le origini europee della normativa su congedi parentali.

1. Le dinamiche delle politiche sociali europee.7
 - 1.1. Gli stimoli provenienti dal dialogo sociale europeo.17
2. La genesi della disciplina sui *congedi parentali*.23
3. L'accordo-quadro europeo del 14 dicembre 1995 e
la direttiva 3 giugno 1996 n. 96/34/CE.30
 - 3.1. Le condizioni di accesso.36
 - 3.2. Segue. Le tutele individuali e norme di chiusura.....39
4. Il recepimento della direttiva nei diversi modelli di
Welfare State europei.43

CAPITOLO II

Il quadro normativo italiano della tutela e sostegno alla genitorialità.

1. La Legge n. 53 dell' 8 marzo 2000 ed il D. Lgs, n. 151 del 26 marzo
2001 «*Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e
sostegno della maternità e della paternità*».53
 - 1.1. Segue. Gli interventi legislativi recenti.....59
2. Il congedo di maternità.64
3. Il congedo di paternità.....69
4. Licenziamento, dimissioni e diritto al rientro al lavoro.....74
 - 4.1. Il trattamento economico, normativo e previdenziale.....80

5. I riposi giornalieri. Alcuni cenni storici.....	85
5.1. Natura giuridica e <i>novità</i> introdotte con il T.U.....	89
6. I genitori adottivi ed affidatari.....	94
7. I genitori lavoratori autonomi e liberi professionisti.....	99

CAPITOLO III

La disciplina dei congedi parentali: l'emersione della figura del padre lavoratore.

1. L'evoluzione storica dell'istituto dei <i>congedi parentali</i>	108
1.1. Configurazione giuridica del congedo parentale.....	112
2. Il congedo parentale. Contenuto e modalità di fruizione.....	116
2.1. Segue. Congedi “congiunti” e sistemi di controllo.....	122
2.2. Il trattamento economico e previdenziale.....	128
3. Un nuovo concetto di <i>paternità</i> ?	132
4. La rilevanza giuridica della <i>paternità</i> nel diritto del lavoro.....	138
5. La figura del <i>padre-lavoratore</i> : i contributi giurisprudenziali.....	144

BibliografiaPg. I

Premessa

Il presente lavoro di ricerca ha ad oggetto la disciplina dei congedi riconosciuti a sostegno della maternità e della paternità nonché i cosiddetti congedi parentali.

La ricerca ha preso le mosse dall'analisi dell'evoluzione delle politiche sociali europee e sul ruolo che, in tale ambito, hanno svolto e continuano a svolgere gli attori sociali. L'interazione tra le diverse fonti del diritto comunitario del lavoro, così come ridisegnate a Maastricht e rafforzate ad Amsterdam, con la definitiva integrazione nel corpus del Trattato CE delle disposizioni dell'Accordo sulla politica sociale, ha infatti, promosso in via ufficiale l'autonomia collettiva dei partners sociali ed ha assicurato a questi ultimi la possibilità di giocare un ruolo di rilievo nello scenario politico ed istituzionale europeo.

Sono state, poi, approfondite le diverse tappe che hanno portato all'emanazione della direttiva 96/34/CE che ha disciplinato le diverse tipologie di congedi creando per la prima volta, a livello europeo, un *rivoluzionario* impianto normativo in grado di garantire e diversificare le misure di sostegno alla maternità ed alla paternità.

E' negli anni Novanta che comincia ad apparire il termine "conciliazione" nei documenti ufficiali europei e tale circostanza può essere sicuramente considerata il sintomo terminologico di un cambiamento culturale che affonda le radici nella necessità di

consentire nuove modalità di organizzazione tra i tempi dedicati al lavoro di cura, svolto prevalentemente dalle donne all'interno della famiglia, ed il lavoro retribuito, ancora a prevalente partecipazione maschile.

La necessità di adeguare gli strumenti normativi alla mutata realtà sociale è nata dalla convergenza di due fattori principali: da un lato le trasformazioni delle strategie di vita e delle identità delle donne e degli uomini, soprattutto giovani e, dall'altro, i mutamenti del mercato del lavoro.

In Italia la disciplina legislativa che da sempre è stata considerata tecnicamente molto avanzata ed ha sempre avuto come oggetto principale la tutela della maternità, è stata modificata dalla L. 8 Marzo 2000 n. 53 che, senza riferimenti espliciti alla Direttiva 96/34/CE, ha introdotto nel panorama giuridico italiano, le *«Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura ed alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città»*; tale legge è stata poi integralmente riportata (ed in parte modificata) nel D. Lgs. n. 151 del 26 marzo 2001 *«Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità»*.

La ricerca, prendendo spunto dall'analisi dei testi normativi, ha analizzato gli istituti del congedo di maternità e paternità per poi soffermarsi sugli istituti dei riposi giornalieri e sull'istituto del congedo parentale.

Gli istituti a tutela della maternità e della paternità, o più correttamente della genitorialità, anche alla luce delle recentissime novità introdotte dalla Finanziaria del 2008 (Legge 24 Dicembre 2007, n. 244, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 300 del 28 dicembre 2007) ¹ non solo non hanno più l'originario collegamento con la maternità biologica, ma non hanno nemmeno più come funzione esclusiva la protezione della salute della donna ed il soddisfacimento delle esigenze puramente fisiologiche del minore; tali strumenti sono invece diretti ad appagare i bisogni affettivi e relazionali del bambino al fine di realizzare il pieno sviluppo della sua personalità. La situazione giuridicamente tutelata dal nostro ordinamento, infatti, non è più l'evento fisico del parto, ma la maternità nel suo complesso comprensiva, ovviamente, del periodo del puerperio; tale tutela, inizialmente disposta esclusivamente a favore delle lavoratrici subordinate, attraverso un percorso cominciato negli anni Ottanta e conclusosi con la disciplina contenuta nel Capo XI e XII del Testo Unico 151/2001 – poi integrato e modificato con il D. Lgs. del 23 aprile 2003 n. 115 e poi con la L. n. 15 ottobre 2003 n. 289 «*Modifiche all'art. 70 del testo unico di cui al D. Lgs. n.151/2001 in materia di indennità di*

¹ La Legge finanziaria del 2008 prevede l'equiparazione del trattamento dei genitori adottivi e affidatari a quello dei genitori naturali in materia di congedi per maternità e congedi parentali, a prescindere dall'età del bambino adottato o affidato. Nel caso delle adozioni internazionali la maternità decorre prima dell'ingresso del minore in Italia. Il congedo parentale può essere fruito dai genitori adottivi e affidatari, qualunque sia l'età del minore, entro otto anni dall'ingresso del minore in famiglia.

maternità per le libere professioniste» – è stata estesa anche alle lavoratrici autonome ed alle libere professioniste, anche se con criteri e con regole del tutto diverse in ragione delle caratteristiche proprie del lavoro autonomo rispetto a quello subordinato.

Nonostante le recenti scelte legislative e le numerose pronunce della Corte Costituzionale che si sono succedute a partire dagli anni Ottanta ciò che emerge, in modo incontrovertibile dalla presente ricerca, è che l'intero impianto normativo e giurisprudenziale dell'ordinamento italiano continua ad essere permeato da una ontologica propensione verso la maternità. L'apporto materno nei lavori di cura del minore continua ad essere considerato essenziale, mentre il ruolo svolto dal padre risulta marginale ed, in ogni caso, la maggior parte delle volte, esclusivamente funzionale all'inserimento o al reinserimento della donna nel mercato del lavoro. Sicuramente nell'analisi dei fattori che compongono tale problematica gioca un ruolo fondamentale il substrato culturale - tipico dell'Italia e di molti paesi mediterranei - nei quali è ancora forte la concezione di una famiglia fortemente gerarchizzata ed in cui i ruoli sono nettamente separati: l'area del cd. lavoro produttivo ed economicamente valutabile è riservata agli uomini, l'area del lavoro di cura e della responsabilità della custodia dei figli, degli anziani e di persone con bisogni particolari è ambito prettamente femminile.

E' però altresì innegabile che, grazie al superamento del meccanismo della estensione al padre di segmenti di disciplina scritta per la madre, e grazie all'attribuzione di un diritto originario al congedo parentale una nuova figura di padre-lavoratore stia emergendo provocando un, seppur impercettibile cambiamento, nel nostro ordinamento giuridico.

Come si approfondirà negli ultimi anni, in Italia, a fronte di segnali di un cambiamento culturale, il ruolo del padre è, almeno formalmente, apparso rafforzato, il padre-lavoratore è divenuto titolare di un diritto autonomo (non derivato dal quello della madre) al congedo di paternità ed a quello parentale e si è assistito ad una armonizzazione della disciplina relativa dei congedi (maternità, paternità, parentale) anche nei casi di adozione-affidamento. Eppure permane uno scarsissimo ricorso all'istituto del congedo parentale da parte degli uomini, motivato principalmente da fattori economici: in Italia, infatti, nella maggior parte delle famiglie, è il reddito maschile quello più elevato e, di conseguenza, si preferisce "sacrificare" il reddito della madre lavoratrice, tale circostanza appare confermata anche dalla disciplina del settore pubblico laddove, essendo previste condizioni più favorevoli, il numero dei padri che usufruiscono dei congedi parentali è, seppur in misura minima, superiore rispetto al settore privato.

CAPITOLO I

Le origini europee della normativa su congedi parentali.

1. Le dinamiche delle politiche sociali europee.

Prima di fornire ed analizzare il quadro completo della normativa europea che disciplina i congedi parentali, o più correttamente, le cd. «*misure di sostegno alla maternità ed alla paternità*» è necessario fare alcune brevi premesse di carattere storico sull'evoluzione delle politiche sociali europee e sul ruolo che, in tale ambito hanno svolto, e continuano a svolgere gli attori sociali.

E', infatti, risaputo che le motivazioni fondamentali che hanno ispirato la produzione normativa europea sono state, da sempre, ispirate a ragioni economiche e solo indirettamente hanno riguardato le problematiche sociali; le preoccupazioni sociali dei padri fondatori dell' Europa sono sempre state secondarie rispetto a quelle, ritenute di centrale interesse, di promuovere il grande mercato unificato, fondato sulla concorrenza ².

² MANCINI G.F., *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità Europee*, in AA. VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano.*, Padova, Cedam, 1988, 26

Il Trattato di Parigi del 18 aprile 1951, che costituiva la Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio ³, conteneva affermazioni di carattere sociale che avevano come obiettivo «*l'incremento dell'occupazione*» ed «*il miglioramento del tenore vita negli Stati membri*» ⁴, ma tali affermazioni erano enunciazioni di principio in alcun modo supportate da strumenti normativi efficaci.

Il Trattato, infatti, escludeva ogni competenza sovranazionale in materia sociale e l'art. 68 era esplicito nel riservare alle sole autorità statali le scelte di politica sociale, con una sola eccezione: la possibilità per l'Alta Autorità di intervenire, esclusivamente attraverso lo strumento della raccomandazione, qualora la concorrenza nel mercato del lavoro fosse stata falsata dalla presenza, in alcuni paesi, di salari «*anormalmente bassi*» ⁵.

L'obiettivo dell'intervento era esclusivamente quello di abolire, o per lo meno ridurre, il *dumping* ⁶, così da evitare che le eccessive disparità delle condizioni di lavoro, e quindi dei costi per

³ Nel 1950 il ministro degli esteri francese R. Schuman propose un piano per la gestione comune, da parte dei paesi dell'Europa occidentale, della produzione di carbone e acciaio, considerati settori strategici per la ripresa economica. L'eliminazione di ogni dazio doganale per quei prodotti e la messa a punto di politiche produttive concordate sarebbero dovute avvenire sotto il controllo non solo dei singoli stati, ma anche di un' autorità sovranazionale, l'Alta Autorità. Sei paesi accolsero immediatamente l'idea (Francia, Germania Federale, Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi) dando vita alla cosiddetta "piccola Europa" con la nascita, appunto, della CECA. (AA. VV. *I percorsi della storia - Enciclopedia*, De Agostini, 1997, 1007)

⁴ Si vedano rispettivamente gli artt. 2 e 3 del Trattato istitutivo della CECA

⁵ ROCCELLA M. – TREU T., *Diritto del lavoro della Comunità europea*, II ed., Padova, 1995, 4 ss.

⁶ Il *dumping* sostanzia nella vendita di merci a prezzi artificialmente bassi per conquistare quote di mercato

le imprese, si potessero tradurre in ostacoli e distorsioni per lo sviluppo della libera concorrenza.

Il processo di unificazione europea, cominciato con la nascita della CECA, rimessosi in moto nel 1955 ⁷ fece sì che dopo due anni di lavori si giungesse, il 25 Marzo del 1957, alla firma dei Trattati di Roma che istituivano l'Euratom e la CEE che aveva lo scopo precipuo di abolire ogni barriera doganale alla circolazione delle merci e ogni limitazione alla circolazione delle persone, stabilendo al contempo una comune barriera doganale nei confronti degli Stati terzi.

Anche nella neonata Comunità europea, però, le politiche sociali hanno continuato ad avere un ruolo del tutto marginale e ciò trova conferma proprio nello stesso Trattato di Roma: l' art. 3h), infatti, sancisce che l'azione della Comunità è diretta al «*riavvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune*» ed il successivo art. 100 ribadisce il concetto statuendo che «*Il Consiglio deliberando all'unanimità su proposta della Commissione, stabilisce direttive volte al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed*

⁷ A Messina fu, infatti, convocata dall'allora ministro degli esteri italiano G. Martino una conferenza dei sei ministri degli esteri aderenti alla Comunità Europea del Carbone e dell' Acciaio al fine di trovare il modo di rilanciare il percorso dell'integrazione europea. AA. VV. *I percorsi della storia -Enciclopedia*, De Agostini, 1997, 1008

amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune» ⁸.

La prima vera clausola che può essere considerata di carattere sociale è quella contenuta nell'art. 117 del Trattato che così recita: «*Gli Stati membri convengono sulla necessità di promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera che consenta la loro parificazione nel progresso*», ma poi si aggiunge che il miglioramento prospettato deriverà, in primo luogo, dal funzionamento del mercato comune che favorirà l'armonizzazione dei sistemi sociali; in pratica è solo laddove l'automatismo del mercato non portasse ai risultati desiderati che gli Stati membri potranno avvalersi delle procedure previste dal Trattato per il riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative.

In concreto nemmeno con il Trattato di Roma le autorità comunitarie, come si è detto, ricevono le competenze generali necessarie a regolare direttamente le materie sociali; tali competenze, salvo aree specifiche, rimangono saldamente ancorate in capo ai singoli ordinamenti nazionali ⁹.

Seppur la storia successiva alla firma del Trattato di Roma non fa che confermare le difficoltà applicative dei principi sociali in

⁸ E' solo nel 1967 che gli organismi direttivi della CECA, della CEE e dell' Euratom furono unificati, rendendo così meno macchinoso il governo della Comunità Europea e dando vita alle attuali istituzioni europee: il Parlamento, la Commissione, il Consiglio e la Corte di Giustizia.

⁹ ROCCELLA M. – TREU T., *Diritto del lavoro della Comunità europea*, II ed., Padova, 1995, 7.

ambito europeo, è anche vero che presenta alcuni elementi di forte dinamismo sollecitati, in modo del tutto impreveduto, dall'evolversi turbolento degli eventi socio-politici, dalla pressione dei soggetti collettivi, dalle istituzioni nazionali, dalla Corte di Giustizia e anche dal Parlamento europeo.

E' però possibile distinguere diverse fasi nella storia della storia europea delle politiche sociali.

Una prima fase comprende il decennio '50 - '60: in tale periodo lo sforzo comunitario si concentra principalmente sulla libera circolazione della manodopera ¹⁰ e un ruolo significativo, nel sostegno della mobilità, gioca l'avvio del Fondo sociale europeo istituito al fine di migliorare le opportunità di impiego dei lavoratori nel mercato comune. Si tenta di promuovere, all'interno della Comunità, la possibilità di occupazione dei lavoratori sostenendo le iniziative nazionali dirette a far conseguire ai lavoratori in cerca di impiego la professionalità richiesta ¹¹.

Ed è proprio in questi anni che la Commissione avvia le prime prassi di consultazione, sviluppando quello che è considerato un principio consuetudinario del diritto della Comunità, in base al quale le politiche sociali devono essere il frutto di una consultazione

¹⁰ FERRARI BRAVO L. - GIARDINA A., in Trattato istitutivo della Comunità europea. Commentario, vol. III, Milano, Giuffrè, 1965, 1699 ss.

¹¹ BAYLOS GRAU A., *I fondi strutturali*, in in (a cura di) BAYLOS GRAU A., CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S., *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi, Bologna, 1996, 276.

tra le parti, sindacati ed associazioni imprenditoriali, ai vari livelli nazionali ed europeo ¹².

La forte tensione sociale degli anni '60 viene recepita dalle conferenze intergovernative dell'Aja nel 1969, e di Parigi nel 1972, che incaricano la Commissione di elaborare un Programma di azione in materia sociale; con l'approvazione, nel 1974, del primo Programma di azione sociale si inaugura la seconda fase delle politiche sociali europee. L'innovazione più evidente è sicuramente già nella formula utilizzata, ove, finalmente, si utilizza una espressione, politica sociale, che non era assolutamente presente nel Trattato di Roma ¹³.

Nel programma del 1974 non solo è enfatizzata l'interdipendenza fra azione economica ed azione sociale comune, ma si afferma che l'espansione economica non è un fine in sé, ma deve tradursi in un miglioramento della qualità e del livello di vita.

I contenuti si raggruppano intorno a tre obiettivi: la realizzazione del pieno e miglior impiego, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, la partecipazione crescente delle parti sociali alle decisioni economiche e sociali della Comunità.

Le originarie ambizioni del Programma sociale non sono state quasi per nulla tradotte in pratica e lo strumento principe

¹² ROCCELLA M. – TREU T., *Diritto del lavoro della Comunità europea*, II ed., Cedam, Padova, 1995, 15 ss.

¹³ MANCINI G.F., *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità Europee*, in AA. VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Padova, Cedam, 1988, 27 ss.

attraverso il quale si sono conseguiti alcuni degli obiettivi sono le direttive approvate sulla base dell'art. 100 del Trattato istitutivo della Comunità Europea, che prevede che le direttive volte all'avvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative, dei singoli Stati membri siano deliberate all'unanimità dal Consiglio su proposta della Commissione ¹⁴.

E' infatti in questo periodo che sono elaborate e adottate le direttive che tuttora costituiscono la spina dorsale del diritto del lavoro comunitario: sulla parità tra uomo e donna in materia di retribuzione, di condizioni di lavoro, e poi di trattamenti previdenziali¹⁵; sulla protezione dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi, di trasferimenti di aziende, di insolvenza del datore¹⁶; sulla tutela della salute¹⁷.

La politica sociale comunitaria degli anni Ottanta risente sia della difficile situazione economica che ha fatto seguito al secondo *shock* petrolifero ¹⁸, sia della successiva intensa fase di

¹⁴ ROCCELLA M. – TREU T., *Diritto del lavoro della Comunità europea*, II ed., Padova, 1995, 15 ss

¹⁵ Sulla base dell'articolo 119 del Trattato di Roma, sono state emanate cinque direttive sulla parità (75/117/CEE, 76/207/CEE, 79/7/CEE, 86/378/CEE, 86/613/CEE) ed una direttiva basata sull'articolo 118A relativa alla protezione sul luogo di lavoro delle donne incinte o in periodo di allattamento (92/85/CEE).

¹⁶ A partire dal 1975, sono state adottate 8 direttive nel settore del diritto del lavoro: 75/129/CEE (licenziamenti collettivi), 77/187/CEE (trasferimenti di imprese), 80/987/CEE (insolubilità del datore di lavoro), 91/533/CEE (informazione dei lavoratori), 93/104/CEE (orari di lavoro), 94/33/CE (protezione dei giovani sul lavoro), 94/45/CE (informazione e consultazione).

¹⁷ Decisione 74/325/CEE del Consiglio, del 27 giugno 1974, relativa alla istituzione di un comitato consultivo per la sicurezza, l'igiene e la protezione della salute sul luogo di lavoro.

¹⁸ La prima crisi petrolifera è scoppiata in occasione della guerra arabo-israeliana nel Kippur del 1973. Una seconda fase di aumenti del prezzo del petrolio si ebbe tra il 1978 ed il 1981, quando la rivoluzione iraniana sottrasse al mercato uno dei

ristrutturazione ed innovazione produttiva che, sostenuta anche dalle politiche neoliberiste, ha causato un forte indebolimento delle forze sindacali in Europa.

Ritornano al centro dell'attenzione le problematiche legate alla concorrenzialità dei prodotti europei e si cominciano a diffondere forme di deregulation e di flessibilità nei sistemi nazionali e la conseguenza è l'opposizione dei governi degli Stati membri ad ogni regolamentazione sociale a livello europeo. Tale opposizione, sostenuta soprattutto dal governo britannico, è riuscita per diversi anni a bloccare tutte le iniziative in cantiere delle autorità comunitarie e ad impedirne di nuove .

Significative sono le resistenze e la lentezza con cui le direttive adottate nel periodo precedente trovano applicazione nei singoli Stati membri; il vuoto lasciato dalla politica comunitaria è, solo in parte, colmato dall'attività della Corte di Giustizia e dalle giurisprudenze nazionali che affermano in modo sempre più decisivo il principio della prevalenza delle norme comunitarie su quelle dei diritti interni ¹⁹.

Verso la fine degli anni Ottanta le tendenze neoliberiste e le *deregulation* perdono terreno e si comincia a configurare un assetto

primi esportatori mondiali. (AA. VV. *I percorsi della storia -Enciclopedia*, De Agostini, 1997, 805

¹⁹ ROCCELLA M. – TREU T., *Diritto del lavoro della Comunità europea*, II ed., Padova, 1995, 18 ss.

politico-economico più equilibrato, che permette alle autorità comunitarie di approvare, nel 1986, l'Atto Unico ²⁰.

Le motivazioni che hanno condotto all'approvazione del provvedimento sono ancora di carattere economico, difatti l'Atto Unico non ha contenuti direttamente sociali, ma presenta alcune innovazioni espresse in quattro norme, una munita di effetti giuridici (l'art. 118 A) le altre con carattere programmatico o di indirizzo (artt. 100 A, 118 B, 130).

Senza entrare ulteriormente nel merito vale la pena di sottolineare il mutamento della prospettiva sociale del legislatore comunitario: non si tende più all'armonizzazione verso l'alto dei sistemi sociali dei singoli stati membri, ma si vuole perseguire l'obiettivo di «*coesione economica e sociale*» cercando di «*ridurre il divario fra le diverse regioni ed il ritardo delle regioni meno favorite*»(art. 130 Atto Unico).

E' con l'approvazione dell'Atto Unico si risvegliano sopiti propositi comunitari in materia sociale che vengono ribaditi in diverse occasioni e che porteranno alla elaborazione, nel 1989 della «*Carta dei diritti sociali fondamentali*» .

Priva di effetti vincolanti, la Carta è essenzialmente uno strumento per la promozione degli obiettivi comunitari cui può essere attribuito rilievo in sede interpretativa del diritto comunitario

²⁰ D'HARMANT – FRANCOIS A., *L'armonizzazione delle legislazioni sociali e l'Atto Unico europeo*, in *ASI*, n.3, 1988, 61 ss.

²¹. Gli obiettivi originari si sono, poi, diluiti nel tentativo di smorzare le resistenze provenienti dalla Gran Bretagna e dagli ambienti imprenditoriali dei vari Stati membri ²².

Le difficoltà che hanno segnato gli anni Ottanta, la scarsità di contenuti concreti dell'Atto Unico e l'inefficacia normativa della Carta non hanno, per fortuna, annichilito le speranze di una Europa sociale; ciò è testimoniato anche dal rinnovato attivismo della Commissione e dalla ritrovata fiducia nello strumento delle direttive. Grande impulso ai meccanismi istituzionali è stato dato, come si approfondirà nel corso di questo studio dagli attori sociali.

L'interazione tra le diverse fonti del diritto comunitario del lavoro, come ridisegnata a Maastricht e rafforzata ad Amsterdam, con la definitiva integrazione nel *corpus* del Trattato CE delle disposizioni dell'Accordo sulla politica sociale, ha finalmente promuove infatti l'autonomia collettiva dei *partners* sociali ed assicura a questi ultimi la possibilità di giocare un ruolo di rilievo nello scenario politico ed istituzionale europeo ²³. Sulla scia delle già consolidate esperienze di dialogo sociale maturate a partire dalla metà degli anni Ottanta e concretizzatesi in attività di consultazione, così come nell'espressione di pareri non vincolanti, si

²¹ LA MACCHIA C., *La Carta comunitaria dei diritti sociali*, in *DLRI*, 1990, 769 ss.

²² L'argomento avanzato a sostegno di tale opposizione è che in una Comunità che ha differenti livelli di produttività e di efficienza, un avvicinamento troppo netto delle condizioni di lavoro potrebbe essere economicamente controproducente per le aree europee più deboli. (ROCCELLA M. – TREU T., *Diritto del lavoro della Comunità europea*, II ed., Padova, 1995, 22.)

²³ GUERRIELLO F., *Ordinamento comunitario ed autonomia collettiva. Il dialogo sociale*. Milano, 1992 p. 3 ss

sono progressivamente affermate nuove procedure di confronto dialettico tra i soggetti coinvolti, chiamati a partecipare direttamente al processo normativo.

1.1. Gli stimoli provenienti dal dialogo sociale europeo.

Fondamentali, nel percorso creativo della legislazione sociale europea che, come si avrà successivamente modo di approfondire, ha inaugurato la sua produzione normativa proprio con una direttiva concernente la materia del presente studio, sono stati gli impulsi derivanti dal dialogo degli attori sociali europei.

La locuzione «*dialogo sociale europeo*» ha, da sempre, una accezione vaga e multiforme e, storicamente, ha indicato una vasta gamma di procedure e contenuti; dalla semplice “consultazione” delle organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori in ambito europeo ad opera delle istituzioni, alla “concertazione” che vede i *partners* sociali coinvolti in un processo dinamico che li porta a discutere congiuntamente questioni di interesse comune ponendo a confronto i diversi punti di vista, fino alle procedure di *dialogo “in senso stretto”* con riferimento alle quali le parti sociali sono chiamate in prima persona non solo ad attuare ma anche a determinare le politiche sociali comunitarie, mediante

la valorizzazione dell'autonomia negoziale ed il coinvolgimento nello stesso processo legislativo ²⁴.

Nello sviluppo del dialogo sociale momento cruciale può farsi risalire sicuramente alla Dichiarazione del 31 Ottobre 1991 ²⁵, frutto di confronti anche molto aspri maturati in anni di colloqui tra le organizzazioni sindacali e datoriali di livello europeo.

In questo scenario la parte del leone l'ha sicuramente svolta la Commissione che, agendo di concerto con la Confederazione europea dei Sindacati, è riuscita a pianificare una strategia che ha poi condotto alla famosa Dichiarazione del CES, UNICE e CEEP che ha costituito la base del testo accolto dal Protocollo sociale allegato al Trattato di Maastricht, con cui, come è noto, fu formalizzata l'intesa in virtù della quale i dodici Stati membri convenirono di autorizzare undici tra loro ad attuare l'accordo raggiunto sulla politica sociale (APS) facendo ricorso alle istituzioni, alle procedure ed ai meccanismi dei Trattati ²⁶.

Orbene seppur con l'accordo di Maastricht le dinamiche del dialogo sociale, confermate poi ad Amsterdam - con la definitiva

²⁴ NUNIN R., *Il dialogo sociale europeo. Attori, procedure, prospettive*. Giuffrè, 2001, 3 ss GUERRIELLO F., *Ordinamento comunitario ed autonomia collettiva. Il dialogo sociale*. Milano, 1992 p .12 ss

²⁵ Tale accordo fu concluso nel 1991 tra la CES, l'UNICE e il CEEP: nel quadro della Conferenza intergovernativa sull'Unione politica, una proposta congiunta volta a risolvere giuridicamente il rapporto legge/convenzione si gettavano le basi di un sistema di contrattazione collettiva a livello europeo, consentendo alle Parti sociali di associarsi più facilmente al corso decisionale comunitario ed di partecipare più concreta mente al processo legislativo. Tale accordo fu poi incluso nel protocollo sociale del Trattato di Maastricht e divenne l'attuale l'articolo 139 e seguenti del Trattato di Amsterdam.

²⁶ ARRIGO G., *L'Accordo di Maastricht sulla politica sociale*, in LI, 1992, n. 12, 11 ss.

integrazione nel *corpus* del Trattato CE delle disposizioni dell'Accordo sulla politica sociale - hanno avuto notevole impulso. Vi è infatti, la previsione di un più accentuato coinvolgimento delle parti sociali nell'elaborazione delle politiche comunitarie, che giunte alla formalizzazione di procedure di consultazione delle stesse parti sociali da parte della Commissione e persino alla previsione di meccanismi di partecipazione delle parti sociali alla formazione del diritto comunitario.

L'interazione tra le diverse fonti del diritto comunitario del lavoro, come ridisegnata a Maastricht e poi rafforzata ad Amsterdam, con la definitiva integrazione nel *corpus* del Trattato CE delle disposizioni dell'Accordo sulla politica sociale, promuove infatti l'autonomia collettiva dei *partners* sociali ed assicura a questi ultimi la possibilità di giocare un ruolo di rilievo nello scenario politico ed istituzionale europeo. Sulla scia delle già consolidate esperienze di dialogo sociale maturate a partire dalla metà degli anni Ottanta e concretizzatesi in attività di consultazione, così come nell'espressione di pareri non vincolanti, si sono progressivamente affermate nuove procedure di confronto dialettico tra i soggetti coinvolti, chiamati a partecipare direttamente al processo normativo

27.

Merita particolare attenzione la circostanza che la tematica della rappresentatività degli "attori" del dialogo sociale nel

²⁷ NUNIN R., *Il dialogo sociale europeo. Attori, procedure, prospettive*. Giuffrè, 2001, 15 ss.

procedimento negoziale, proprio relativamente al tema oggetto della ricerca, è divenuta oggetto di riflessione e valutazione anche in sede giudiziale.

A seguito del ricorso proposto dall'associazione di diritto belga UEAPME ²⁸, che lamentava di essere stata arbitrariamente esclusa dalle trattative che avevano portato alla conclusione dell'accordo quadro tra CES, UNICE e CEEP, la Corte di Giustizia europea ha pronunciato, il 17 giugno 1998 ²⁹ (Causa T-135/96) una sentenza che ha suscitato numerose perplessità.

Il Tribunale europeo di prime cure, sia pur argomentando formalmente sulla questione della ricevibilità del ricorso sotto il profilo dell'interesse ad agire, è entrato nel merito della procedura sostenendo che la ricorrente, pur partecipando in forza della propria rappresentatività settoriale alla prima fase di consultazione, non poteva affermare un diritto generale a partecipare al negoziato dell'accordo quadro sui congedi. Nonostante un ragionamento giuridico, non del tutto lineare, la Corte rileva, tuttavia, che laddove si sia raggiunto un accordo tra le parti sociali il controllo del procedimento torna in sede istituzionale.

La dottrina ha, infatti, ritenuto poco soddisfacenti - con particolare riguardo al tema specifico della rappresentatività degli attori sociali nella procedura di stipulazione dell'accordo quadro

²⁸ *Unione européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises.*

²⁹ Causa T-135/96 in *RGL*, 1999, II, 289

summenzionato - le conclusioni e le annesse motivazioni cui è giunta la sentenza *de quo* ³⁰.

Dalla lettura del dispositivo è evidente che il Tribunale, attraverso un controllo giudiziario *ex post* non si è soffermato sull'originalità del ruolo degli attori negoziali nel creare le norme nell'ambito del dialogo sociale europeo, né ha cercato di chiarire i criteri di rappresentatività delle organizzazioni datoriali e sindacali a livello comunitario, preferendo seguire la via tracciata dalla Commissione con la «*Comunicazione riguardante l'attuazione del protocollo sulla politica sociale presentata dalla Commissione al Consiglio del Parlamento europeo*» del dicembre 1993 e ribadita con la «*Comunicazione della Commissione che adegua e promuove il dialogo sociale a livello comunitario*» del maggio del 1998 ³¹.

In tali documenti la Commissione aveva definito alcuni criteri per identificare le parti sociali la cui rappresentatività giustificasse – a giudizio della stessa Commissione – la consultazione delle stesse nel corso della fase iniziale, preliminare essenziale di ogni iniziativa comunitaria fondata sulle disposizioni dell'Accordo sulla politica sociale del 1991, poi trasfusa nel corpus del Trattato CE come modificato a seguito della firma del Trattato di Amsterdam che ha

³⁰ NUNIN R., *dialogo sociale europeo e rappresentatività degli attori*, in LG, 1999, 405; SCARPELLI F., *I nodi del neocorporativismo al pettine del diritto comunitario*, RIDL, II, 1999, p.306 ss.

³¹ COM (1993) 600, def. del 14 dicembre 1993; COM (1998) 322 def, del 20 maggio 1998.

“costituzionalizzato” la presenza delle parti sociali nel processo di produzione normativa del diritto sociale comunitario.

E’ interessante notare come il Tribunale europeo, nella sentenza summenzionata ha fatto leva sulla nozione di *rappresentatività cumulativa sufficiente*, giudicando che CES, UNICE, CEEP (firmatarie dell’accordo quadro sui congedi) realizzassero detta condizione, in quanto organizzazioni rappresentative di tutte le categorie di imprese e di lavoratori a livello comunitario; non sono peraltro stati individuati dei criteri di rappresentatività maggiormente precisi e meno sfuggenti di quelli indicati, oramai da tempo, dalla Commissione ³².

Tale silenzio del giudice comunitario, a fronte di una tematica tanto delicata, ha stupito gli esperti ³³, ma ha anche creato una un’occasione mancata a ragion veduta che il ruolo tradizionalmente dalla giustizia europea nella costruzione progressiva di una dimensione europea ³⁴.

La sentenza del Tribunale di primo grado ha dunque, da un lato, lasciata aperta la questione concernente la necessità

³² Tali criteri individuati nell’essere le parti sociali considerate organizzate a livello europeo, nell’essere organismi composti da organizzazioni composte esse stesse riconosciute come parte integrante delle strutture delle parti sociali degli stati membri ed aventi capacità di negoziare accordi, nell’essere organizzazioni rappresentative di tutti gli Stati membri, nell’essere idonee a garantire una partecipazione efficace al processo di applicazione dell’Accordo sulla politica sociale.

³³ NUNIN R., *Dialogo sociale europeo e rappresentatività degli attori*, in LG, 1999, 13 ss.

³⁴ ROCCELLA M. *La Corte di Giustizia ed il diritto del lavoro*, 1997, 67 ss; BALLESTRERO M.G., *Corte Costituzionale e Corte di Giustizia. Supponiamo che...*, in *Lav e Dir.*, 1998, 485 ss.

dell'elaborazione da parte della Commissione di un nozione più solida della rappresentatività delle organizzazioni sindacali coinvolte nel dialogo sociale a livello europeo e, dall'altro, ha contribuito ad evidenziare come oramai imprescindibile appare l'impegno da parte di CES, CEEP ed UNICE per un ripensamento ed un consolidamento delle strutture e delle modalità di negoziazione degli accordi a livello comunitario, dal momento che la positiva integrazione delle norme dell'Accordo sulla politica sociale nel Trattato CE che ricolloca la politica sociale tra le politiche centrali dell'Unione Europea e, più in generale, le riforme sociali contenute nel Trattato di Amsterdam fondano ogni positiva speranza di sviluppo proprio sulla capacità delle parti sociali di portare avanti il dialogo e di rafforzare e consolidare il ruolo dell'autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario³⁵.

2. La genesi della disciplina sui *congedi parentali*.

Le problematiche legate allo sviluppo della contrattazione collettiva di livello europeo sono sicuramente complessi, ma ciò non toglie che l'autonomia collettiva, nel corso degli ultimi anni ha stimolato e, molto spesso, supplito alle carenze delle istituzioni comunitarie che, al fine di giustificare tali mancanze, si sono

³⁵ ARRIGO G., *la politica sociale nel Trattato di Amsterdam: una 'riforma minore' destinata a crescere*, 1996, in Dir. Lav. I, 33

trincerate dietro l'esigenza, vera o presunta, di garantire ed imporre una regolamentazione normativa di tipo unilaterale.

Appare utile, quindi, sottolineare come non sia affatto casuale che il primo storico accordo concluso tra gli attori sociali di livello europeo sia proprio un'azione comunitaria diretta ad agevolare donne ed uomini nella, spesso difficile e faticosa, conciliazione della vita lavorativa con la vita familiare, con l'obiettivo di giungere ad una più equilibrata ripartizione tra i sessi delle responsabilità parentali, favorendo una redistribuzione del lavoro di cura, tradizionalmente gravante sulle donne ³⁶.

Il principio di parità retributiva era stato introdotto, nel 1957 dal Trattato istitutivo della Comunità Europea, mentre oggi, in forza del Protocollo sulla politica sociale del Trattato di Maastricht ³⁷ ed al Trattato di Amsterdam ³⁸ che lo ha incorporato, tra i compiti e le azioni della Comunità, si è introdotto - finalmente in maniera esplicita - il principio della parità di opportunità tra uomini e donne.

Da tempo infatti la Commissione premeva per una azione di armonizzazione a livello comunitario di questa delicata materia, ma come precedentemente analizzato, aveva dovuto scontrarsi con la ripetuta frustrazione dei tentativi indirizzati al perseguimento di tale

³⁶ MISCHIONE M., *I congedi parentali*, L.53/2000 (in T.U. n. 151/200), p. 15 ss.

³⁷ Il Trattato di Maastricht è stato approvato dai 12 capi di governo della Comunità Europea, ora Unione Europea, (UE) nel dicembre del 1991 e firmato il 6 febbraio del 1992.

³⁸ Il trattato di Amsterdam, politicamente concluso il 17 giugno è stato firmato il 2 ottobre 1997 dagli Stati membri.

obiettivo: basti ricordare che l'accordo quadro del 1995 è intervenuto ad oltre un decennio di distanza dalla proposta di direttiva del Consiglio relativa ai congedi per motivi familiari, presentata nella prima metà degli anni Ottanta e poi resa difficoltosa dall'opposizione del Governo britannico ³⁹.

A fronte di un tal insuccesso si devono peraltro richiamare altri significativi interventi che, sebbene entro la cornice di atti non vincolanti, appaiono comunque riferibili ad un disegno complessivo di sostegno alla conciliazione dei doveri familiari e parentali con quelli riconducibili alla tutela della posizione lavorativa ⁴⁰.

Al fine di avere chiari i confini della materia che si intende approfondire in questa ricerca appare necessario un breve *excursus* storico sui documenti normativi europei relativi alla protezione sociale dei genitori lavoratori.

Il primo documento europeo rilevante per tale approfondimento è sicuramente la raccomandazione del Consiglio n. 92/241/CEE del 31 Marzo 1992 ⁴¹, sulla custodia dei bambini; è uno dei primi documenti che attua quanto previsto dalla Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 in materia di sviluppo di misure che consentono agli uomini e alle donne di conciliare meglio i loro obblighi professionali e familiari.

³⁹ In *GUCE*, 27 novembre 1984.

⁴⁰ MISCIONE M., *I congedi parentali*, L.53/2000 (in *T.U. n. 151/200*), p. 14 ss.

⁴¹ In *GUCE*, n. L 123 del 08/05/1992.

La raccomandazione - pur dotata di ridottissima efficacia rispetto ad altri strumenti regolativi come le direttive o i regolamenti - si segnala per l'elencazione ampia dei genitori cui vanno rivolti e organizzati i servizi di custodia dei bambini: non solo quelli che lavorano, ma anche quelli che seguono corsi di istruzione o di formazione per ottenere un lavoro, nonché quelli che di queste situazioni sono in cerca; sono, inoltre, raccomandate agli Stati membri iniziative per la concessione di "congedi" speciali ai genitori che lavorano e sono responsabili della custodia ed educazione dei bambini.

Il principio cardine contenuto nella raccomandazione del Consiglio n. 92/241/CEE, espresso nel punto 4 dell'art. 2, è quello della divisione tra uomini e donne delle responsabilità professionali e di quelle familiari, principio ribadito anche nell'art. 6, laddove si stabilisce che «(...) *si deve incoraggiare la maggiore partecipazione degli uomini al fine di assicurare una più equa ripartizione delle responsabilità parentali tra uomini e donne e permettere a queste ultime una partecipazione più efficace nel mercato del lavoro*»⁴².

La suddetta raccomandazione, dunque, perseguiva un obiettivo impegnativo ed ambizioso che può sostanzialmente essere

⁴² GOTTARDI D., *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in *LD*, n. 3, 1999, 500 ss.

ricondotto all'esigenza di considerare i congedi come «*diritti sociali*» e non solo come benefici lavorativi ⁴³.

Successivamente è intervenuta la Direttiva n. 92/85/CEE ⁴⁴ concernente il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento che prevedeva un congedo di maternità per almeno 14 settimane ininterrotte da ripartire nel periodo precedente e successivo il parto; il mantenimento della retribuzione e/o il versamento di un'indennità durante il periodo di congedo; la riorganizzazione temporanea delle condizioni e dei tempi di lavoro o l'esonero da prestazioni lavorative rischiose per la salute della donna ⁴⁵.

Il terzo e determinante documento è stato sottoscritto il 14 dicembre 1995 tra le organizzazioni interprofessionali a carattere generale (UNICE, CEEP, CES) e consiste in un Accordo quadro sui congedo parentale.

E' stata la prima applicazione della regola introdotta con il Protocollo Sociale di Maastricht, rimasta invariata anche dopo l'integrazione nel Trattato di Amsterdam: il dialogo sociale può assumere le vesti di fattore propulsivo e, come nel caso qui in esame, laddove si ravvisa una totale impossibilità da parte degli

⁴³ SARACENO C., *Politiche del lavoro e politiche della famiglia, una alleanza lunga e problematica*, in LD, 2001, 37 ss; ALES E., *Famiglia e diritto della sicurezza sociale: modelli e strumenti giuridici per un nuovo Stato sociale*, in DL, 1999, I, 151 ss.

⁴⁴ In *GUCE*, L 348 del 28.11.1992.

⁴⁵ Recepita parzialmente in Italia con il D. Lgs. 23 Novembre 1996 n. 645

organi istituzionali a raggiungere il consenso sufficiente di una direttiva ⁴⁶.

E' sicuramente di importanza fondamentale che il primo accordo collettivo europeo abbia avuto, come scopo, quello di prevedere un' azione comunitaria che cerca di agevolare i genitori nella conciliazione della vita professionale con quella familiare e che, indirettamente, incentiva una redistribuzione del lavoro di cura.

In funzione implementativa dell'accordo-quadro è poi intervenuta la direttiva del 3 giugno 1996 n. 96/34/CE del Consiglio dell'Unione Europea «*concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, CEEP e CES*»; come si evince dal titolo dell'atto normativo, il Consiglio ha scelto di non intervenire né sui contenuti né ha trasposto questi nel nuovo atto, ma ha scelto di procedere mediante lo strumento dell' allegazione.

Appare opportuno fare due precisazioni: la prima riguarda l'iniziale esclusione del Regno Unito e dell'Irlanda del Nord poi superata con la Direttiva 97/75/CE ⁴⁷, la quale modifica l'accordo prorogando i termini per la recezione della Direttiva n. 96/34 al 15 dicembre 1999 ⁴⁸.

La seconda precisazione riguarda lo strumento normativo adottato dal Consiglio per la recezione dell'accordo quadro.

⁴⁶ GOTTARDI D, *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in LD, n. 3, 1999, 503.

⁴⁷ In *GUCE*, L 10 del 16.01.1998.

⁴⁸ La prima delle disposizioni finali della Direttiva n. 96/34/CEE prevedeva come termine ultimo per l'adeguamento il 3 Giugno 1998.

L' allora presidenza italiana ritenendo che l'intervento del Consiglio dovesse limitarsi a conferire vincolatività generalizzata all'accordo quadro, per cui Tiziano Treu - nella sua qualità di Ministro del Lavoro e di Presidente di turno del Consiglio UE per gli Affari Sociali - considerata altresì l' inopportunità di modificare il testo dell'intesa, aveva sollecitato l'adozione di un regolamento.

La Commissione era, però, di parere opposto ed il 31 Gennaio diffuse formalmente la propria proposta di direttiva avvalorata, inoltre, dal parere del Servizio giuridico del Consiglio che, in data 19 Febbraio 1996, si pronunciò in senso favorevole all'adozione dello strumento della direttiva⁴⁹.

La Direttiva 96/34/CE, attuativa dell'accordo quadro concluso tra le parti sociali, e la successiva Direttiva 97/75/CE che ha esteso la disciplina anche al Regno Unito e all'Irlanda del Nord, ha segnato una tappa fondamentale nel percorso di sviluppo delle linee di tendenza in materia sociale, già da tempo emerse nel disegno complessivo del legislatore comunitario con la Raccomandazione del Consiglio sulla custodia dei bambini del 31 marzo 1992.

Alla luce di quanto sin qui esposto è possibile intravedere il filo conduttore che ha attraversato l' azione comunitaria nell' ambito della tutela e sostegno alla genitorialità; nel corso degli ultimi

⁴⁹ BIAGI M., *La fortuna ha sorriso alla Presidenza italiana dell'Unione Europea: prime note di commento alle direttive sul distacco dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*, in *DRI*, n.3, 1996, 5.

decenni, partendo dall'affermazione di un principio di non discriminazione economica tra uomo e donna, il legislatore comunitario ha, nei primi anni Novanta, familiarizzato anche con il termine "*conciliazione*".

Conciliazione è un parola che comincia ad apparire nei documenti ufficiali dell'Unione Europea agli inizi degli anni Novanta. La necessità di mettere a punto sistemi di conciliazione tra famiglia e lavoro retribuito nasce dalla convergenza di due fattori: da un lato le trasformazioni delle strategie di vita e delle identità delle donne e degli uomini, soprattutto giovani; dall'altro le trasformazioni del mercato del lavoro.

3. L'accordo-quadro europeo del 14 dicembre 1995 e la direttiva 3 giugno 1996 n. 96/34/CE.

Prima di entrare nel merito della disciplina europea relativa ai congedi parentali, approfondendo la struttura ed i contenuti dell'accordo-quadro stipulato dalle parti sociali il 14 dicembre 1995 e poi allegato integralmente alla direttiva n. 96/34/CE del 3 giugno 1996, appare opportuno fare una riflessione preliminare.

E', infatti, necessario chiarire che i contenuti dell'accordo-quadro, e quindi della direttiva, potrebbero apparire relativamente sintetici; ma tale scelta, in totale armonia con la difficoltà di approccio alle tematiche sociali del legislatore europeo, trova la

propria *ratio proprio* in apertura del testo normativo laddove si legge, al punto 9) «*Considerando che il presente accordo è un accordo quadro che stabilisce prescrizioni minime e disposizioni sul congedo parentale, distinto dal congedo di maternità, e sull'assenza dal lavoro per cause di forza maggiore e rinvia agli Stati membri e alle parti sociali per la determinazione di condizioni di accesso e di modalità di applicazione affinché si tenga conto della situazione particolare di ciascuno Stato membro*». La direttiva, dunque, si limita a stabilire prescrizioni minime sulla base delle quali la legislazioni e la contrattazione collettiva interne di ciascun Paese sono chiamate a costruire il tessuto normativo più idoneo.

Volgendo, ora, l'attenzione ai contenuti della direttiva in esame e volendo evidenziarne i tratti distintivi ci si rende immediatamente conto della distinzione operata tra «*congedi di maternità*» – strettamente connessi all'evento della nascita e diretti a tutelare la salute ed il benessere della madre e del bambino – e «*congedi parentali*» attribuiti sia alla madre che al padre e volti all'assistenza ed alla cure necessarie nella prima fase della crescita. Nella clausola 2.1 si legge, a conferma di tale ultimo assunto, che «*Fatta salva la clausola 2.2, il presente accordo attribuisce ai lavoratori, di ambo i sessi, il diritto individuale al congedo parentale per la nascita o l'adozione di un bambino, affinché possano averne*

cura per un periodo minimo di tre mesi fino a un'età non superiore a 8 anni determinato dagli Stati membri e/o dalle parti sociali».

Ed è proprio nella clausola successiva, la 2.2., che si ravvisa l'altra novità di rilievo «*Per promuovere la parità di opportunità e di trattamento tra gli uomini e le donne le parti firmatarie del presente accordo considerano che il diritto al congedo parentale previsto alla clausola 2.1 dovrebbe, in linea di principio, essere attribuito in forma non trasferibile*»: il congedo parentale viene riconosciuto come un diritto individuale che, almeno, in linea di principio non può essere trasferito ⁵⁰.

Sicuramente il formale riconoscimento del congedo parentale a ciascuno dei due genitori è una circostanza rilevante per l'ordinamento europeo, anche se la portata *rivoluzionaria* di tale precetto è, in realtà temperata dalla sua attribuzione solo «*in linea di principio*» in forma non trasferibile, d'altra parte, come si è già accennato si tratta di prescrizioni minime.

Ciò che rappresenta una novità, almeno per l'ordinamento italiano, è proprio il termine «*congedi parentali*», tale locuzione, ricorrente nella maggior parte degli altri Paesi dell'Unione Europea si rivela completamente nuovo per l'Italia dove, fino alle novità della L. n. 53/2000, così come riorganizzate nel «*Testo Unico per la tutela della maternità e paternità*» ⁵¹, si parlava solo ed esclusivamente di

⁵⁰ In www.retepariopportunita.it

⁵¹ D. Lgs. 26 marzo 2001 n. 151/2001

«*astensione facoltativa*», il cd. periodo di allattamento, quale diritto potestativo riconosciuto alla madre lavoratrice subordinata estensibile al padre solo nell'ipotesi in cui essa vi rinunciasse ⁵².

Non va sottaciuto, comunque, che la dottrina, in sede di studio di diritto comparato, già aveva acclarato che l'astensione facoltativa, tipica dell'ordinamento italiano, fosse assimilabile al congedo parentale come previsto dalla normativa europea ⁵³.

La direttiva europea, come accennato al principio, fa una netta distinzione tra congedi di maternità e congedi parentali ed, infatti, dall'area dei "congedi parentali" in senso stretto è esclusa la disciplina delle astensioni obbligatorie dal lavoro: infatti il nono "considerando" dell'accordo-quadro attuato con la direttiva precisa che il congedo parentale vada tenuto «*distinto dal congedo di maternità*».

Come si vedrà nel prosieguo della ricerca, anche il legislatore italiano, come si avrà modo di approfondire in seguito, con la L. 53/2000 ha manifestato, in maniera inequivocabile, la volontà di superare la vecchia terminologia delle «*astensioni*» dal lavoro a favore della nuova denominazione, più simile alle scelte terminologiche operate dagli altri Paesi Europei, di «*congedi*» non solo parentali, ma anche familiari e formativi; tale scelta

⁵² L'astensione facoltativa prevedeva un periodo di sei mesi durante il primo anno di vita del bambino, con possibilità di utilizzo anche frazionato. Ad eccezione delle lavoratrici a domicilio ed alle addette ai servizi domestici e familiari.

⁵³ IZZI D., *Congedi parentali: un passo avanti verso la parità lavoratori-lavoratrici*, in *DPL*, 1997, n. 40, p. 2686

terminologica ha poi trovato la conclusione con l'emanazione del Testo Unico D. Lgs. n. 151/2001 che ha provveduto ad un coordinamento di tutta la materia di tutela di sostegno della paternità.

Schematicamente la struttura della direttiva 96/34/CE è così articolata:

1. Forma temporale del congedo;
2. Condizioni di accesso;
3. Conseguenze della naturalità o meno dell'evento;
4. Determinazione di utilizzo;
5. Limiti;
6. Flessibilizzazione per le piccole imprese.

L' accordo-quadro, e ora la direttiva, riconosce nella clausola 2.1 a tutti i lavoratori e a tutte le lavoratrici, aventi un contratto o un rapporto di lavoro subordinato (clausola 1.2), il diritto individuale al congedo parentale per la nascita o l'adozione di un bambino, quale strumento per agevolare la conciliazione delle responsabilità professionali e familiari dei genitori che lavorano. La durata minima di tale congedo è fissata in tre mesi, che possono essere goduti entro l'arco di tempo che si estende, al massimo, fino agli otto anni di vita del figlio, ed il diritto al congedo, come si è visto, è riconosciuto formalmente (nella clausola 2.2) a ciascuno dei due genitori.

Il congedo, come stabilito nella clausola 3.a può essere a tempo pieno o a tempo parziale, ma anche “frammentato” o assegnato sotto forma di “credito di tempo” ed è esplicitamente previsto che per poter accedere al congedo parentale è necessario subordinarlo *«(...) ad una determinata anzianità lavorativa e/o aziendale che non può superare un anno»*.

La clausola 3.c) riveste notevole importanza in una ottica di diritto comparato, si stabilisce, infatti, che gli Stati membri e/o le parti sociali possono *«fissare i termini del preavviso che il lavoratore deve dare al datore di lavoro allorché intende esercitare il diritto al congedo parentale; tale preavviso deve indicare l'inizio e la fine del periodo di congedo»*, ma tale precetto non sarà mai integralmente accolto dal legislatore italiano.

I punti successivi della direttiva attengono al sistema delle tutele individuali:

Protezione dal licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale, secondo la legge, i contratti collettivi, o le prassi nazionali. (clausola 2.4).

Garanzia del rientro allo stesso posto di lavoro o, qualora ciò non fosse possibile ad un lavoro equivalente o analogo. (clausola 2.5).

Mantenimento dei diritti acquisiti o in acquisizione e loro aggiornamento al termine del congedo parentale (clausola 2.6)⁵⁴.

Di estremo interesse sono le disposizioni finali che, come sempre, fanno salve le discipline interne più favorevoli (clausola 4), ma si deve prestare molta attenzione alla clausola 4.2 che stabilisce che «*resta impregiudicato il diritto degli Stati membri e/o delle parti sociali di stabilire, con l'evolversi della situazione, disposizioni legislative, regolamentari o contrattuali diverse, purché le prescrizioni minime previste nel presente accordo siano rispettate*».

Sicuramente l'armonizzazione delle discipline legislative degli Stati membri comporterà, nel futuro, l'introduzione di elementi di diversità che, in alcuni casi, potranno renderanno difficoltosi gli approfondimenti tesi a capire se sussistono le ipotesi di abbassamento di tutela protezionistica⁵⁵.

3.1. Segue. Le condizioni di accesso.

Dopo aver individuato i caratteri minimi del congedo parentale, la direttiva n. 96/34/CE si occupa delle condizioni di accesso allo stesso.

Si è visto che come unico limite si è previsto possa essere legittimamente introdotto solo il vincolo di «*una determinata*

⁵⁴ GOTTARDI D, *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in LD, n. 3, 1999, 506.

⁵⁵ GOTTARDI D., *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in LD, n. 3, 1999, 504 ss.

anzianità e/o aziendale» che, in ogni caso, non può superare in anno.

Il testo prescrive che le condizioni di accesso al diritto al congedo parentale saranno definite dalla legge e/o dai contratti collettivi negli Stati membri, sempre nel rispetto delle prescrizioni minime previste dalla direttiva e prosegue, nel punto 3c), sostenendo che gli Stati membri e/o le parti sociali potranno *«adeguare le condizioni di accesso e le modalità d'applicazione del congedo parentale alle circostanze particolari proprie dell'adozione»*.

In tal modo il legislatore europeo disciplina anche l'accesso ai congedi parentali per i genitori adottivi, ovviamente il termine «adozione» va riferito alle disposizioni di ciascun Paese; in ogni caso, per l'Italia sicuramente valgono tutte le equiparazioni già previste nell'ordinamento tra l'adozione e le altre modalità d'ingresso in un nucleo familiare ⁵⁶.

Quanto alle modalità di utilizzazione, il dato normativo prescrive che sia necessaria una richiesta presentata dal lavoratore, nei termini di preavviso che verranno determinati dalla legge o dalle parti sociali, e si aggiunge che la richiesta deve indicare sia l'inizio che la fine del periodo di congedo.

E' anche possibile che la concessione del congedo da parte del datore di lavoro subisca dei limiti per «giustificati motivi attinenti al funzionamento dell'impresa, la clausola 3 e), infatti,

⁵⁶ MISCIONE M., *I congedi parentali*, L.53/2000 (in T.U. n. 151/200), p. 45 ss.

prevede la possibilità per il datore di lavoro «(...) *previa la consultazione conforme alla legge, ai contratti collettivi e alle prassi nazionali, è autorizzato a rinviare la concessione del congedo parentale per giustificati motivi attinenti al funzionamento dell'impresa (ad esempio allorché il lavoro è di natura stagionale, o se non è possibile trovare un sostituto durante il periodo di preavviso, o se una quota significativa della manodopera domanda il congedo parentale allo stesso tempo, o allorché una funzione particolare rivesta importanza strategica)*»

Tali limiti, però sono tutti proceduralizzati e predeterminati, almeno per ciò che attiene alla forma, infatti il datore di lavoro non potrà mai opporre alla richiesta del lavoratore un semplice diniego, ma potrà solo, laddove ne ricorrano le circostanze, rinviare la fruizione del periodo di congedo richiesto.

E' di indubbio rilievo la scelta, operata dagli attori sociali europei – e integralmente recepita dal legislatore europeo - di stigmatizzare, almeno in un quadro generale, precisato e definito dalle leggi nazionali, dai contratti collettivi o, ancora, dalle prassi nazionali, le circostanze che consentono al datore di lavoro di limitare la fruizione del congedo: allorché il lavoro è di natura stagionale, o se non è possibile trovare un sostituto durante il periodo di preavviso, o se una quota significativa della manodopera domanda il congedo parentale allo stesso tempo, o allorché una

figura professionale ricopra e debba esercitare una funzione di particolare rilevanza strategica.

E' poi possibile che vengano autorizzati «*accordi particolari intesi a soddisfare le esigenze operative e organizzative delle piccole imprese*»; ed è proprio questo il passaggio che è stato oggetto di contestazione nel ricorso presentato dall'UEAPMAE nella causa Causa T -135/96, anche se non va sottaciuto che per la dottrina maggioritaria l'unica previsione in favore delle piccole imprese appare come un palliativo concesso all'intero sistema delle imprese allo scopo di rispondere alla loro presunta maggiore debolezza ⁵⁷. All'uopo va chiarito che il criterio utilizzato per individuare le piccole e medie imprese, a livello comunitario, è quello di riferimento per gli aiuti di Stato ⁵⁸.

3.2. Segue. Le tutele individuali e norme di chiusura.

L'accordo-quadro attuato dalla direttiva, nella parte finale, si occupa delle tutele individuali che, come accennato in precedenza, riguardano: la protezione dal licenziamento provocato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale, così come stabilito dalla legge nazionale, dalla contrattazione collettiva o dalle prassi nazionali; la garanzia di rientro nello stesso posto di lavoro al

⁵⁷ IZZI D., *Congedi parentali: un passo avanti verso la parità lavoratori-lavoratrici*, in *DPL*, 1997, n. 40, p. 2686

⁵⁸ Per l'Italia si veda il d. m. 18 settembre 1997 "Adeguamento alla disciplina comunitaria dei criteri di individuazione di piccole e medie imprese".

rientro o, laddove non sia possibile, l'adibizione ad un lavoro con mansioni equivalenti o analoghe, ed ancora la garanzia di mantenimento dei diritti acquisiti o in acquisizione ed il loro aggiornamento al termine del periodo di fruizione del congedo parentale ⁵⁹.

Sicuramente, in un ambito di riflessioni di diritto comparato, appare rilevante per il nostro ordinamento la garanzia di rientro, di cui non vi è traccia nel nostro ordinamento, ed è tanto più preziosa se si considera il numero di casi in cui il rientro al termine del periodo di congedo risulta contraddistinto da mutamento di mansioni, sia pure mantenendo l'equivalenza, e da trasferimento di sede, soprattutto nei settori produttivi caratterizzati da forte articolazione territoriale.

La formula utilizzata nel punto 5 della clausola 2)- *«Al termine del congedo parentale, il lavoratore ha diritto di ritornare allo stesso posto di lavoro o, qualora ciò non sia possibile, ad un lavoro equivalente o analogo che corrisponde al suo contratto o al suo rapporto di lavoro»* - è evidentemente rivolta a introdurre il riconoscimento di un diritto destinato a cadere in caso di impossibilità; ciò non toglie che tale scelta legislativa sia, in ogni caso, molto di più rispetto al silenzio del legislatore italiano.

Anche nelle disposizioni finali della direttiva 96/34/CE è previsto che sarà compito degli Stati membri, attraverso la

⁵⁹ MISCIONE M., *I congedi parentali*, L.53/2000 (in T.U. n. 151/200), p. 19 ss.

legislazione o la contrattazione collettiva, la definizione del «contratto o del rapporto di lavoro per il periodo di congedo parentale» così come il punto 8 chiarisce che «Tutte le questioni di previdenza e assistenza sociale legate al presente accordo devono essere esaminate e determinate dagli Stati membri secondo la legge nazionale, tenendo conto dell'importanza della continuità dei diritti alle prestazioni di previdenza e assistenza sociale per i diversi rischi, in particolare dei diritti dell'assistenza sanitaria».

Nonostante la ricorrente identificazione del termine «congedo parentale» con il congedo di cura per i figli piccoli, entra tra i contenuti della disciplina comunitaria il richiamo alla necessità di consentire «assenze dal lavoro per cause di forza maggiore» che magari possono derivare da ragioni familiari urgenti dovute a malattie o infortuni che rendono indispensabile la presenza immediata del lavoratore.

Anche in tali ipotesi la disciplina europea si limita a stabilire il diritto alla sospensione della prestazione lavorativa, ma, come stabilito al punto 3) saranno « (...) gli Stati membri e/o le parti sociali prendono le misure necessarie per autorizzare i lavoratori ad assentarsi dal lavoro, secondo la legge, i contratti collettivi e/o le prassi nazionali, per cause di forza maggiore» .

Di estremo interesse sono le disposizioni finali.

La direttiva, nella propria ottica *minimal*, fa salve le discipline interne più favorevoli ed anzi consente esplicitamente agli stati

membri di applicare o introdurre disposizioni più favorevoli ai lavoratori. Bisogna prestare attenzione alla disposizione secondo la quale, una volta rispettate le prescrizioni minime della direttiva-accordo, la riduzione del livello generale di protezione dei lavoratori, vietata come effetto diretto della trasposizione, può avvenire per effetto dell'introduzione di disposizioni legislative, regolamentari o contrattuali diverse, ad esempio a seguito dell'introduzione del principio di non trasferibilità tra i due genitori.

In sostanza si consente alla tanto agognata *armonizzazione* la possibilità di introdurre elementi di diversità tali da mutare la disciplina al punto da poter impedire di stabilire se vi sia stato abbassamento o innalzamento della protezione: è evidente che la disposizione cruciale in tal senso è proprio quella che assegna, in linea di massima, sia alla madre sia al padre il diritto al congedo che viene così equiripartito.

Il livello di protezione vigente, nei paesi che riconoscono il diritto, preliminarmente o esclusivamente, in capo alle madri, potrà mantenere un livello di alto profilo e, quindi, non essere abbassato dall'adeguamento/recepimento solo laddove gli Stati membri decidano di procedere ad una operazione meramente aggiuntiva in favore dei padri il che, come appare evidente, non potrà essere

indolore in quanto comporterà, inevitabilmente un corollario di innalzamento dei costi connessi a tale ampliamento di tutela ⁶⁰.

4. Il recepimento della direttiva nei diversi modelli di Welfare State europei.

In Europa, seppur con modalità e tempi diversi, la cura della famiglia continua a pesare sulle spalle delle donne a tale conclusione si giunge leggendo i risultati di una ricerca riguardante l' utilizzo degli strumenti forniti dalle leggi e dai contratti collettivi per la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro ⁶¹.

Il risultato della ricerca mostra, infatti, che in quasi tutti i paesi europei sono soprattutto le donne ad assentarsi dal lavoro dopo la nascita dei figli, fanno eccezione solo paesi come la Svezia e la Norvegia dove è maggiore, in modo esponenziale, il numero di uomini che chiedono permessi per accudire ai propri figli.

Contribuisce allo scarso utilizzo degli strumenti di tutela l' atteggiamento ostile di molti datori di lavoro verso chi chiede tali congedi rimane un forte deterrente, cosicché gli uomini non ne usufruiscono per paura di vedere compromesse le proprie

⁶⁰ GOTTARDI D., *I congedi parentali in Europa*, in LI, n.9, 1996, 12 ss.

⁶¹ Studio pubblicato da Eurofound, osservatorio sulle relazioni industriali della Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, con sede a Dublino in www.eurofound.eu.int

possibilità di carriera, mentre numerose donne lamentano discriminazioni al proprio ritorno da un'assenza per maternità ⁶².

La situazione, però, ha cominciato a cambiare soprattutto grazie all'approvazione della direttiva 3 giugno 1996 n. 96/34/CE.

Infatti, secondo i dati dell' Eurostat ⁶³, nel 2000 gli Stati europei che hanno speso di più in rapporto al reddito pro capite per aiutare le famiglie con bambini sono stati il Lussemburgo, la Norvegia, la Finlandia, la Svezia e la Danimarca, mentre la Gran Bretagna e l'Irlanda hanno invece speso meno di tutti; sotto la media europea si piazzano Belgio, Italia, Spagna e Portogallo: nei tre Paesi dell'Europa meridionale, tuttavia, l'ammontare della spesa pubblica destinata a sostenere le lavoratrici in maternità è cresciuta negli ultimi dieci anni.

Sono tre le categorie di congedi per motivi familiari previsti, in generale dalle leggi nazionali degli Stati membri: la prima è la tradizionale astensione dal lavoro prevista per le donne in maternità, come si è approfondito la direttiva comunitaria n. 85 del 1992 garantisce un minimo di 14 settimane di permesso, ma in realtà in quasi tutti i Paesi il periodo sale perlomeno a 15.

Nella maggior parte degli altri Paesi, lo stipendio pieno prima e dopo il parto è un diritto ormai acquisito, costi di tale scelta sociale sono generalmente sostenuti dallo Stato o dai sistemi

⁶² www.retepariopportunita.it

⁶³ L'eurostat è l'ufficio statistiche dell'Ue.

nazionali di sicurezza sociale o - ma solo in Danimarca - direttamente dai datori di lavoro.

Il secondo tipo di congedo è quello di cui i neo padri possono usufruire per alcuni giorni dopo la nascita del figlio, tale beneficio non è ancora previsto in tre Stati (Germania, Irlanda e Austria).

La terza categoria è quella del congedo parentale vero e proprio, utilizzato per accudire un bambino piccolo.

Orbene il numero delle donne e degli uomini che usufruiscono di questo permesso è notevolmente aumentato in tutta Europa negli ultimi anni, ma permangono ancora numerosi problemi, come, a esempio, il fatto che in ben sei Stati (Grecia, Irlanda, Olanda, Portogallo, Spagna e Gran Bretagna) questo tipo di congedo non è retribuito in alcun modo. L'Italia, come si avrà modo di vedere in seguito, è uno dei Paesi dove il compenso durante il periodo di astensione dal lavoro è più basso (30% dello stipendio), mentre in Danimarca, Svezia, Slovenia e Norvegia i lavoratori possono usufruire di un compenso pari al 90 o al 100% della paga. Inoltre, sono ormai numerosi gli Stati dove gli uomini possono richiedere il congedo parentale per badare ai propri figli, anche adottivi, fino a otto anni di età o oltre in caso di malattia.

Non va sottaciuto, anche perché è uno dei rari casi in cui è possibile spezzare una lancia a favore del nostro paese è che l'Italia ed i quattro Paesi scandinavi sono, infine, gli unici Stati europei dove è possibile per i genitori alternarsi nei congedi parentali.

Secondo la ricerca succitata sono sostanzialmente due i principali limiti della legislazione sui congedi parentali e sul sostegno alla maternità ed alla paternità: il primo è costituito dal fatto che in molti Paesi, fra i quali l'Italia, i lavoratori a mezzo tempo non possono chiedere il congedo parentale a ciò si aggiunga che, nonostante la Direttiva europea punti a un aumento dei permessi per gli uomini, le norme nazionali sono così tanto restrittive che sono in gran parte le donne a doversi assentare dal lavoro per badare ai bambini.

Il secondo limite, invece, attiene al peso della contrattazione collettiva in materia di congedi per motivi familiari; la ricerca, infatti, divide gli Stati europei in tre gruppi.

Nel primo rientrano quelli dove la negoziazione non si occupa di questa materia (Francia, tranne che nel settore bancario, Ungheria, Lussemburgo, Polonia, Portogallo e Slovenia), nel secondo gruppo appartengono i Paesi dove la contrattazione integra quanto è già stato stabilito per legge (Austria, Finlandia, Germania, Irlanda, Italia, Olanda, Norvegia, Slovacchia e Svezia). Danimarca e Gran Bretagna si trovano invece nel terzo gruppo, perché in questi Stati le intese fra sindacato e imprenditori contribuiscono in misura decisiva a definire questo tema. Un po' dappertutto in Europa, in ogni caso, i congedi per motivi familiari sono una materia trattata nei contratti di categoria o aziendali. Non mancano però casi di accordi interconfederali specificatamente dedicati a questo

argomento, come quello siglato in Belgio nel 1997 dalle parti sociali. Lì dove la negoziazione collettiva si è occupata a fondo dei congedi per motivi familiari vi è stata, a livello nazionale, una significativa crescita dell'utilizzo degli strumenti dei congedi.

Si può, dunque affermare che nella maggior parte degli Stati membri della Comunità europea, almeno prima della Direttiva europea del 3 Giugno 1996 concernente il recepimento dell'accordo quadro sui congedi parentali concluso dall'UNICE, dal CEEP, e dalla CES⁶⁴, gli strumenti di protezione sociale consistevano, da un lato, in benefici di maternità, comprensivi anche delle indennità e delle integrazioni corrisposte durante l'astensione dal lavoro, e dall'altro lato, in assegni di natalità, ovvero in indennità a cifra fissa⁶⁵.

Inoltre è da sottolineare che, come confermano le molte analisi qualitative e quantitative svolte a livello nazionale e sopranazionale, il lavoro cosiddetto di cura, ovvero il lavoro non produttivo, è sempre stato svolto prevalentemente dalle donne e ciò, di conseguenza, ha dato origine al fenomeno del *doppio ruolo*.

Nei paesi nei quali i tentativi di agevolazione della conciliazione tra vita professionale e vita familiare sono più intensi, le donne, oltre ad essere maggiormente tutelate, sono anche più presenti nel mondo del lavoro⁶⁶ e laddove i tentativi arrivano ad

⁶⁴ Gazzetta Ufficiale n. 145 del 19 Giugno 1996.

⁶⁵ GOTTARDI D., *I congedi parentali in Europa*, in LI, n.9, 1996, 15

⁶⁶ Dati della Commissione europea che si riferiscono al 1995 vedono l'Italia primeggiare assieme all'Irlanda nel tasso di inattività professionale delle donne con più di due figli minori.

intaccare la tradizionale distribuzione dei ruoli, la società appare più equilibrata.

Sulle politiche di conciliazione vi sono grandi differenze tra i diversi Paesi Europei e i rispettivi sistemi di Welfare State, basati su diverse concezioni culturali delle relazioni di genere nella famiglia.

Proprio il concetto di famiglia infatti è definito in modo differente all'interno dei paesi europei: solo l'Austria, l'Italia e la Svezia danno una definizione legale di tale concetto. In Austria, con il termine famiglia, si intendono «*i genitori e tutti i loro discendenti*», in Italia, come definito della Costituzione, la famiglia è una «*società naturale fondata sul matrimonio*», in Svezia la definizione è limitata al rapporto fra genitori e figli si ha una famiglia quando «*uno o entrambi i genitori vive con i propri figli*».

In generale, in tutte le legislazioni si distingue fra un concetto di unità familiare più stretto e formale, relativo al matrimonio e il rapporto genitore - figlio, e uno più ampio, a cui si fa riferimento quando si regolamentano questioni diverse come l'assistenza sociale, la materia fiscale e pensionistica; l'Austria, la Spagna, la Grecia, l'Italia e il Portogallo fanno riferimento al concetto di famiglia nei loro testi costituzionali, dotando questa istituzione ad una tutela specifica, senza però giungere a definirla, salvo, come già segnalato, nel caso dell'Italia.

In particolare si possono individuare tre modelli distinti di Welfare nei quali si evidenziano caratteristiche proprie circa gli assetti e le politiche familiari ⁶⁷:

- Il modello CONSERVATORE-CORPORATIVO, basato sull'assunto di un capofamiglia lavoratore e di una donna/moglie non lavoratrice dedita alla cura dei figli e della casa. Questo modello è tipico dei paesi mediterranei e continentali: Spagna, Italia, Francia, Germania, Austria.
- Il modello SOCIALADEMOCRATICO, in cui è forte la presenza di servizi pubblici per il sostentamento e la cura della famiglia, modello tipico dei paesi Scandinavi: Norvegia, Svezia.
- Il modello LIBERALE, in cui vi è una forte presenza di servizi privati, sistema questo che caratterizza i paesi anglosassoni: Gran Bretagna, Stati Uniti, Canada ed Australia.

La minore vulnerabilità dei capifamiglia è una caratteristica di tutti i paesi Europei, che si accompagna alla minore vulnerabilità dei maschi adulti che costituiscono la quasi totalità dei capifamiglia. Il grado però in cui i capifamiglia sono meno colpiti dalla disoccupazione non è lo stesso nei vari paesi europei ⁶⁸.

⁶⁷ ESPING-ANDERSEN G., *I fondamenti sociali delle economie postindustriali*, Il Mulino, 1990, p. 121 ss.

⁶⁸ REYNERI E., *Sociologia del mercato del lavoro*, Bologna, il Mulino, 2002, p. 34.

I tassi di disoccupazione dei capifamiglia risultano essere particolarmente bassi in Grecia (1,5%) in Spagna (3%) e Italia (1,6%), mentre gli scarti sono minimi in Gran Bretagna (8%) e Germania (6%)⁶⁹.

E' importante sottolineare però come l'età di uscita dei giovani dalla famiglia di origine sia diversa nei paesi europei, raramente infatti si trovano giovani oltre i venti anni che vivono ancora all'interno della famiglia di origine in alcuni dei paesi europei⁷⁰.

I giovani in cerca di prima occupazione, che costituiscono la grande maggioranza delle persone in cerca di lavoro nei paesi mediterranei e soprattutto in Italia, vivono in famiglia, all'interno della quale trovano un sostegno nei redditi dei capifamiglia, che in questi paesi sono relativamente poco disoccupati. Viceversa, nei paesi dell'Europa centro-settentrionale (Germania, Danimarca, Gran Bretagna, Olanda) la gran maggioranza delle persone in cerca di lavoro è composta da maschi adulti e disoccupati dopo aver perso un lavoro, che risultano essere ovviamente per lo più capifamiglia e per lo più sono assistiti da buone indennità di disoccupazione.

⁶⁹ Dati Eurostat 1991

⁷⁰ Secondo una indagine europea sulle famiglie, nel 1994 oltre il 77% dei giovani italiani da 20 a 29 anni viveva ancora con i genitori. Sono situazioni impensabili nei paesi dell'Europa centro-settentrionale, ove la percentuale di ventenni che vivono in famiglia supera di poco il 16% in Danimarca, il 29% in Olanda e il 32% in Gran Bretagna, e non raggiunge il 36% in Germania e il 40% in Francia. Solo gli altri paesi dell'Europa meridionale si avvicinano all'Italia, dal 72% della Spagna al 57% della Grecia. Ancora più forti sono le differenze se si considerano solo i giovani da 25 a 29 anni.

Si può quindi affermare che i Welfare State mediterranei (Italia, Spagna, Grecia) sono caratterizzati per la grande protezione esercitata nei confronti del capofamiglia, coloro i quali percepiscono i redditi, con la conseguenza inevitabile di una scarsa offerta di politiche e servizi che favoriscono la conciliazione fra vita professionale e vita familiare, contrariamente a quanto invece accade nei paesi Scandinavi, nei quali è presente una vasta rete di servizi pubblici e nello stesso tempo esiste una mentalità conciliativa ed attenta alle problematiche familiari e femminili.

All'iniqua distribuzione dei ruoli occupazionali si aggiunge poi la valorizzazione delle attività riproduttive e di cura e la loro preponderante assegnazione alle donne, a prescindere dal fatto che svolgano anch'esse lavoro retribuito fuori dall'ambito familiare; ciò è dimostrato dal fatto che, nonostante l'aumento del tasso di partecipazione femminile al mercato del lavoro retribuito verificatosi negli ultimi anni, non si sia modificata l'asimmetria della divisione intensiva di genere. Le donne hanno continuato ad assumersi gran parte delle responsabilità familiari e non retribuite cumulandole con occupazioni nei servizi di cura che si sono sviluppati quando il supporto domestico non è stato più sufficiente a rispondere alle esigenze di socializzazione e selezione delle potenzialità lavorative.

Tutto ciò ha portato a forme di discriminazione occupazionale e all'esclusione delle donne dalle carriere ad alto reddito e prestigio, che non ha fatto altro che aumentare la vulnerabilità economica

delle donne e la loro dipendenza dagli uomini. Contemporaneamente si è sviluppata una divaricazione tra donne con e donne senza responsabilità familiari, mentre quel numero limitato di donne che riescono ad accedere a carriere lavorative importanti soffrono di un deficit elevato di supporti riproduttivi che né il Welfare pubblico né i servizi di mercato riescono a compensare.

Nei paesi mediterranei quindi non esiste una vera e propria tradizione di donne lavoratrici, le donne hanno sempre provveduto ad auto erogarsi i servizi, a maggior ragione quindi proprio in questi paesi dell'Europa meridionale, dove scarsi o addirittura inesistenti sono i servizi, sono necessarie politiche che favoriscano la conciliazione tra tempo di vita e tempo di lavoro.

CAPITOLO II

Il quadro normativo italiano della tutela e sostegno alla genitorialità.

1. La Legge n. 53 dell' 8 marzo 2000 ed il D. Lgs, n. 151 del 26 marzo 2001 «Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità».

In Italia, la direttiva n. 96/34/CE è stata recepita dalla Legge 8 Marzo 2000 n. 53 ⁷¹ che, senza riferimenti espliciti, ha introdotto nel panorama giuridico italiano delle «*Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città*».

Le previsioni contenute nella L. 53/2000, concernenti l'astensione obbligatoria dal lavoro, intervengono in via additiva ed integrativa nel tessuto della disciplina previgente costituita dalla Legge 30 Dicembre 1971 n. 1204 in materia di Tutela delle lavoratrici madri e dalla Legge 903/1977 ⁷² in materia di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro integrata da numerose pronunce della Corte Costituzionale.

⁷¹ Pubblicata in G.U. n. 60 del 13 Marzo 2000.

⁷² Pubblicate rispettivamente in G.U. n. 14 del 18 Gennaio 1972 e G.U. n. 343 del 17 dicembre 1977.

Questo panorama legislativo è stato modificato grazie alla risistemazione intervenuta con il «*Testo Unico delle disposizioni in materia di tutela e di sostegno della maternità e paternità*», emanato con Decreto Legislativo 26 Marzo 2001 n. 151 sulla base dell'art. 15 della stessa L. 53/2000

Va, prima di tutto, chiarito che la Relazione illustrativa del Testo Unico segnala il superamento concettuale e terminologico dell'istituto dell'astensione obbligatoria, come pure quello dell'astensione facoltativa, che adesso vanno più correttamente sostituite con le espressioni «*congedi di maternità*», «*di paternità*» e «*parentale*», inoltre dalla stessa Relazione si continua ad evidenziare la centralità assoluta della figura della lavoratrice madre (naturale)^{73..}

L' istituto del congedo di maternità trova, infatti, la sua disposizione originaria di riferimento nell'art. 4 della L. 1204/71 - ora disciplinato nel capo III del T.U. (artt. 16-27) - che stabilisce un periodo complessivo di 5 mesi in cui vige il divieto assoluto di adibizione della lavoratrice a un qualunque lavoro: per i due mesi antecedenti la data (presunta) del parto e per i tre mesi successivi a detto evento. L'art. 21 del T.U. prevede, inoltre, che la lavoratrice è tenuta a consegnare al datore di lavoro e all'istituto previdenziale erogatore della relativa indennità il certificato medico che individui

⁷³ AMATO F., *Il congedo di maternità e di paternità*, in (a cura di) GOTTARDI D. - DEL PUNTA R. *I nuovi congedi*, Il sole 24ore, Milano 2001,17.

tale presunta data, precisando opportunamente che la data indicata dal medico fa stato a prescindere da qualsiasi errore di previsione.

L'art 17 del T.U. prevede, inoltre, che il servizio Ispettivo del Ministero del Lavoro può disporre, sulla base di un accertamento medico, avvalendosi dei competenti organi del Servizio Sanitario nazionale, l'interdizione anticipata dal lavoro della lavoratrici in stato di gravidanza in tre ipotesi:

- 1) Nel caso di gravi complicanze della gravidanza o di preesistenti forme morbose che si presume possano essere aggravate dallo stato di gravidanza.
- 2) Quando le condizioni di lavoro o ambientali siano ritenute pregiudizievoli alla salute della donna e del bambino.
- 3) Quando la lavoratrice non possa essere spostata ad altre mansioni, così come previsto dall'art. 7 del T.U. che indica le fattispecie dei lavori vietati ⁷⁴.

L'art. 12 della L. 1204/71 – attualmente riportato nell'art. 20 del T.U. – al primo comma statuisce che, ferma restando la durata complessiva del congedo di maternità, pari sempre a 5 mesi, alla gestante è concesso di astenersi dalla prestazione lavorativa a partire dalla fine non del settimo, bensì dell'ottavo mese di gravidanza, aggiungendo il periodo non goduto prima del parto al periodo normale trimestrale attribuito *post-partum*.

⁷⁴ AMATO F., *Il congedo di maternità e di paternità*, in (a cura di) GOTTARDI D. – DEL PUNTA R. *I nuovi congedi*, Il sole 24ore, Milano 2001, 18 ss.

Presupposto per avvalersi di tale flessibilizzazione del periodo di congedo è una duplice certificazione medica proveniente, la prima, dallo specialista del Servizio sanitario nazionale e, la seconda, dal medico competente ai fini della tutela della salute nei luoghi di lavoro. La doppia certificazione è, dunque, necessaria per garantire, al di là di ogni dubbio, la salute della donna e del bambino e può venire interpretata come espressione dell'implicita intenzione di scongiurare eventuali pressioni che datori di lavoro potrebbero rivolgere alle loro dipendenti per mantenerle in servizio nonostante il rischio che ne conseguirebbe ⁷⁵.

In sostanza si è in presenza di un' ipotesi di volontà "assistita".

La volontà e l' interesse a dedicarsi per un tempo un po' più lungo alla cura del neonato appartengono alla lavoratrice madre, ma costei va tuttavia sostenuta nella sua libera scelta dalle considerazioni che i due sanitari sono tenuti a rendere; d'altronde, soltanto la valutazione medico - scientifica è in grado di rimuovere il divieto assoluto di cui all'art 4 della L.1204/71, ritenuto da sempre inderogabile da un mero patto tra le parti del rapporto ⁷⁶.

Appare ovviamente lapalissiano che non potranno usufruire della flessibilità del congedo le lavoratrici gestanti che abbiano ottenuto, ai sensi dell'attuale art. 17 del T.U., il riconoscimento del

⁷⁵ RICCARDI A., *I congedi parentali*, in *MGL*, 2000, 352.

⁷⁶ AMATO F. ., *Il congedo di maternità e di paternità*, in (a cura di) GOTTARDI D. – DEL PUNTA R. *I nuovi congedi*, Il sole 24ore, Milano 2001, 18 ss

diritto all'interdizione anticipata dal lavoro, salvo che le condizioni che avevano imposto tale anticipazione dal lavoro non siano venute meno e che la lavoratrice sia rientrata al lavoro per un congruo periodo di tempo.

Senza enfatizzare la portata della flessibilità del congedo di maternità a scelta della lavoratrice si può senz'altro ravvisare, nella disposizione che prevede questa possibilità, un modo differente, almeno in parte, di intendere il rapporto tra tempi di vita e tempi di lavoro, tra lavoro produttivo e lavoro di cura.

Qualche parola va spesa, a questo punto, sulla disciplina dei parti prematuri.

Le disposizioni contenute nella Legge 1204 del 1971 avevano solo stabilito il divieto generale di adibire al lavoro le lavoratrici madri durante i tre mesi successivi al parto ⁷⁷; l'assolutezza del principio, per alcuni anni, ha impedito interpretazioni analogiche o semplicemente estensive, ma la Corte Costituzionale, nel 1988, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma in questione nella parte in cui non prevedeva che le lavoratrici affidatarie in preadozione potessero avvalersi dell'astensione obbligatoria durante i tre mesi successivi all'effettivo ingresso del bambino nella famiglia affidataria ⁷⁸.

⁷⁷ L'art.6 del D.P.R. 25 Novembre 1976 n. 1206 di esecuzione della Legge n. 1204/71, prevedeva, inoltre che il computo del periodo di astensione obbligatoria *post - partum* decorresse dal giorno successivo a quello del parto.

⁷⁸ Corte Cost., 24 Marzo 1988, n. 332, *FI*, 1989, I, 642.

Un' altra ipotesi rimasta a lungo priva di disciplina legale è quella in cui, nato prematuramente il bambino - anche prima dell'inizio del bimestre di astensione obbligatoria *ante partum* - la lavoratrice, in tutto in parte non fruisse dell'astensione obbligatoria concessa dalla Legge prima dell'evento della nascita; il rischio maggiore che si correva, a causa della lacuna legislativa era che la madre, a causa del probabile lungo periodo di degenza ospedaliera dovuto al parto prematuro, si trovasse ad accudire il neonato per un periodo inferiore ai tre mesi fissati in generale dalla legge.

Anche in questo caso è stato decisivo l'intervento della Corte Costituzionale che, proprio durante la pendenza dell'*iter* parlamentare della L. 53/2000, ha rimediato alla suddetta lacuna dichiarando l'illegittimità costituzionale della lettera c) dell' art. 4 della L. 1204/71 nella parte in cui non prevedeva l'elasticità della decorrenza dell'astensione obbligatoria successiva al parto in caso di nascita prematura, in tal modo, infatti non si garantiva una adeguata tutela della madre e del bambino ⁷⁹.

L'interdizione obbligatoria dal lavoro *pre e post partum* è sempre stata riconosciuta soltanto a coloro che svolgono un'attività lavorativa in regime di subordinazione, l' unica tutela apprestata, sin dagli anni Ottanta, alle lavoratrici autonome è quella relativa al trattamento economico indennitario: la L. 29 Dicembre 1987 n. 546 all' art. 1 stabiliva che «*dall'1 gennaio 1988 è corrisposta alle*

⁷⁹ Corte Cost., 30 Giugno 1999, n. 270, *NGL*, 1999, 508.

lavoratrici autonome, coltivatrici dirette, mezzadre e colone, artigiane ed esercenti attività commerciali di cui alle leggi 26 ottobre 1957, n. 1047, 4 luglio 1959, n. 463, e 22 luglio 1966, n. 613, una indennità giornaliera per i periodi di gravidanza e puerperio calcolata ai sensi degli articoli 3 e 4 della presente legge», l' indennità di maternità è stata esplicitamente modellata ex art. 15 della L. 1204/71.

Seppure il Testo Unico sia ispirato al principio «*del riconoscimento pieno del valore sociale della maternità, a prescindere dalla condizione lavorativa della donna*» l' articolo 69 del D. Lgs. n. 151/2001, nel ribadire il diritto delle lavoratrici autonome alla fruizione del congedo parentale di cui all'articolo 32 del medesimo T.U. ed al relativo trattamento economico – che, si rammenta, non è riconosciuto ai padri lavoratori autonomi – per i bambini nati dal 1° gennaio 2000, ha confermato i limiti temporali già stabiliti dall'articolo 3 della legge 8 marzo 2000, n. 53, prevedendo un periodo di astensione facoltativa dal lavoro non superiore a tre mesi, da effettuare entro il primo anno di età del bambino ⁸⁰.

1.1. Segue. Gli interventi legislativi recenti.

La Legge 53/2000, così come sistemata dal Testo Unico delle Disposizioni in materia di sostegno della maternità e della paternità,

⁸⁰ AMATO F. ., *Il congedo di maternità e di paternità*, in (a cura di) GOTTARDI D. – DEL PUNTA R. *I nuovi congedi*, Il sole 24ore, Milano 2001, 22 ss

ulteriormente modificato dal D .Lgs n. 115/2003⁸¹ e dalla L. n. 289/2003 ⁸² e dalla Legge n. 350/2003 ⁸³ modificano, senza cambiare radicalmente la normativa previgente. Semplicemente vengono ridefiniti i quattro pilastri di sospensione del rapporto di lavoro disciplinati dalla Legge 1204/1971: ossia il congedo di maternità ed il congedo di paternità, il congedo parentale, i riposi giornalieri ed il congedo per la malattia del figlio.

Quello che semmai caratterizza l'attuale normativa è l'opzione culturale ad essa sottesa che, nell'ottica di una più generale *umanizzazione* del rapporto di lavoro, porta in risalto tanto l'interesse del bambino, inteso anche in un'accezione relazionale ed affettiva, quanto la figura unica del *genitore lavoratore*, con conseguente equiparazione, quanto a tutela e ad opportunità, del lavoratore padre e della lavoratrice madre ⁸⁴.

Il passaggio dall' esclusiva tutela della lavoratrice madre alla tutela del figlio significa che non è più consentito guardare ed

⁸¹ *Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, recante testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della Legge 8 marzo 2000, n. 53* (pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 121 del 27 maggio 2003).

⁸² *Modifiche all'articolo 70 del testo unico di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, in materia di indennità di maternità per le libere professioniste* (pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 251 del 28 ottobre 2003)

⁸³ La formulazione originaria della norma, confluita nell'articolo 42 del Testo unico sulla maternità, prevede che per poter beneficiare del periodo di permesso dal lavoro il figlio disabile deve essere in possesso del certificato di handicap grave da almeno 5 anni. Questo limite di cinque anni è stato abrogato dalla Legge Finanziaria 2004. Resta comunque dovuto l'accertamento della situazione di gravità a opera delle apposite Commissioni mediche istituite presso le Asl. Questo congedo, non fruibile contemporaneamente all'astensione facoltativa, spetta alternativamente alla madre o al padre (anche adottivi). Dopo la morte di entrambi i genitori può fruire del congedo un fratello o una sorella, purché convivente. *Gazzetta Ufficiale* n. 299 del 27 Dicembre 2003 (Legge finanziaria per l'anno 2004)

⁸⁴ LENSÌ C., *La tutela ed il sostegno della maternità e della paternità, in Codice delle pari opportunità* (a cura di DE MARZO G.), Giuffrè, 428 ss.

intendere la maternità in termini meramente fisici, curandosi delle sole esigenze fisiologiche del bambino, diventa essenziale fare attenzione anche a quelle che sono le necessità affettive del minore.

Tali necessità comprendono non solo i rapporti che il figlio instaura con la madre naturale, ma anche con coloro che contribuiscono significativamente alla sua crescita, come il padre, i genitori adottivi e affidatari ⁸⁵.

D'altro canto i mutamenti sociali in atto - e quelli già in largamente intervenuti nella redistribuzione del menage familiare - hanno consentito, oltre al ruolo attivo e partecipativo rivestito dalla donna nella ripartizione del lavoro, il diffondersi di quella che, con una espressione efficace, è stata chiamata paternità responsabile ⁸⁶; ciò ha introdotto il legislatore a riconsiderare l'equilibrio tra lavoro e vita familiare non più in base ad una presunta differenza di genere, bensì ad una precisa scelta della coppia genitoriale, alla quale soltanto spetta il potere di decidere come gestire la propria quotidianità.

In questo panorama merita di essere segnalato anche l'intervento che il legislatore ha effettuato con la Legge n. 104/2006 ⁸⁷ che ha esteso la tutela previdenziale prevista dal Testo Unico anche alle lavoratrici ed ai lavoratori appartenenti alla categoria dei

⁸⁵ FONTANA A., *Le nuove disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità: il commento.*, in *Fam e dir*, 2000, n. 4. p.328

⁸⁶ LENSÌ C., *La tutela ed il sostegno della maternità e della paternità*, in *Codice delle pari opportunità* (a cura di DE MARZO G.), Giuffrè, 432 ss

⁸⁷ Legge n. 104 del 24 febbraio 2006, in G.U. n. 64/2006

dirigenti che prestano la loro opera alle dipendenze di datori di lavoro privati.

La normativa sinora vigente, parecchio datata, si poneva in netto contrasto con la concezione universalistica della tutela previdenziale della maternità, costituendo così un evidente fattore di discriminazione nei confronti delle donne dirigenti.

Per l'art. 6 della Legge 138/1943 ⁸⁸ la maternità era equiparata allo stato di malattia, ma per lo stesso articolo non è riconosciuta l'indennità di malattia (e, quindi, la maternità) al lavoratore/trice che goda di tale trattamento, a carico del datore di lavoro, in forza di legge o di contratto collettivo. Per i dirigenti del settore privato, invero, la corresponsione dell'indennità di malattia è totalmente a carico delle aziende, per effetto della previsione contenuta nei contratti collettivi nazionali di lavoro di settore rimaneva a totale carico del datore di lavoro ogni onere (parecchio gravoso) relativo alla maternità delle donne dirigenti, con evidente disparità di trattamento, al limite della legittimità costituzionale, nei confronti delle altre categorie di donne lavoratrici per le quali è invece prevista una copertura a carico dell'INPS; senza dimenticare gli inevitabili conflitti, con pregiudizio per la carriera professionale, che in ogni contesto aziendale sorgono in occasione dell'assenza per maternità.

⁸⁸ Legge n. 183 dell' 11 gennaio 1943, in GU n. 077 del 03/04/1943 (Costituzione dell'Ente "*Mutualità fascista - Istituto per l'assistenza di malattia ai lavoratori*").

Non da ultimo vanno segnalate le novità introdotte con la legge finanziaria per il 2008. Il congedo di maternità spetta alle lavoratrici per un massimo di 5 mesi. In caso d'adozioni nazionali il congedo deve essere fruito durante i primi 5 mesi successivi all'effettivo ingresso del minore in famiglia, mentre in caso d'adozioni internazionali può essere fruito anche prima dell'ingresso del minore in casa, nel periodo di permanenza all'estero richiesto per incontrare il minore e per gli adempimenti legati alla procedura d'adozione (il congedo può essere fruito anche nei primi 5 mesi successivi all'ingresso del minore in Italia). Può essere anche fruito dal padre se la lavoratrice rinuncia. La lavoratrice e il lavoratore che adottano un bambino se nel periodo di permanenza all'estero per l'adozione non usufruiscono del congedo di maternità hanno diritto al congedo non retribuito, senza diritto ad indennità. L'ente autorizzato che cura la procedura d'adozione deve certificare la durata di permanenza all'estero della lavoratrice o del lavoratore. In caso d'affidamento di un minore il congedo può essere fruito entro i primi 5 mesi dall'affidamento, per un periodo massimo di 3 mesi. Il congedo parentale spetta anche in caso d'adozione nazionale o internazionale e d'affidamento. Può essere fruito dai genitori adottivi e affidatari, qualunque sia l'età del minore entro 8 anni dall'ingresso del minore in famiglia e, comunque, non oltre il raggiungimento della maggiore età. L'indennità è dovuta, per il periodo massimo

complessivo previsto dall'articolo 34, comma 1, nei primi 3 anni dall'ingresso del minore in famiglia ⁸⁹.

2. Il congedo di maternità.

L'art. 16 del D. Lgs. n. 151/2001 stabilisce che *«E' vietato adibire al lavoro le donne: a) durante i due mesi precedenti la data presunta del parto, salvo quanto previsto all'articolo 20; b) ove il parto avvenga oltre tale data, per il periodo intercorrente tra la data presunta e la data effettiva del parto; c) durante i tre mesi dopo il parto; d) durante gli ulteriori giorni non goduti prima del parto, qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta. Tali giorni sono aggiunti al periodo di congedo di maternità dopo il parto»*, tale norma ricalca quanto già previsto dalla L. 1204/71 (la cd. *astensione obbligatoria*).

Va, però, precisato che il sistema normativo della legge si incentra sull'obbligo della lavoratrice di astenersi o di assentarsi dal lavoro previa doverosa esibizione del certificato medico al datore di lavoro, è dunque richiesta l'iniziativa della lavoratrice di partecipare e documentare al datore di lavoro il proprio stato gravidico.

L' art 18 del T.U.⁹⁰, poi, stabilisce una sanzione penale a carico del datore di lavoro il quale, a conoscenza di tale stato,

⁸⁹ "Il Sole 24 ore", 24 dicembre 2007

⁹⁰ *«L'inosservanza delle disposizioni contenute negli articoli 16 e 17 e' punita con l'arresto fino a sei mesi»*

continui ad adibire al lavoro la donna o rifiuti, ostacoli l'esercizio del diritto di assenza dal lavoro garantito dalla legge i» .a sanzione penale discende a carico del datore di lavoro ove questi, a conoscenza di tale stato, continui ad adibire al lavoro la donna o rifiuti, ostacoli l'esercizio del diritto di assenza dal lavoro garantito dalla legge ⁹¹.

L'art. 21 del T.U. dispone che la lavoratrice sia tenuta a consegnare al datore di lavoro, oltre che all'INPS, il certificato medico attestante la data presunta del parto e, entro trenta giorni dal medesimo, il certificato di nascita del figlio o una dichiarazione sostitutiva di responsabilità.

La circolare n. 8/2003 dell' INPS ha chiarito che il termine in questione è da ritenere di carattere ordinario, non essendone stata prevista la perentorietà, né l'applicazione di sanzioni in caso di sua inosservanza. Il mancato rispetto del termine, quindi, non fa venire meno il diritto alla prestazione; potrebbe avere riflessi soltanto nell'ambito contrattuale del rapporto di lavoro.

Tuttavia, rispetto alla disciplina previgente, la nuova normativa interviene con alcuni opportuni correttivi, sia per consentire alla madre di gestire come meglio crede i rapporti tra lavoro e tempo speso per la cura dei figli, sia per corresponsabilizzare la figura paterna, rendendole possibile stabilire

⁹¹ Molte sono le sentenze della Suprema Corte di Cassazione che hanno ribadito tale principio (da ultimo Cass. n. 22239/2004, in *Gius. Civ. Mass.*, 2004, n.IV).

un primo contatto affettivo con il figlio, importante per il padre esattamente come per la madre.

Ed infatti, in questa ottica, il T.U. ha infatti previsto che, ferma restando la durata complessiva di cinque mesi dell'astensione dal lavoro, la madre possa ridurre ad un solo mese il riposo precedente al parto, prolungando a quattro quello successivo (la cd. *flessibilità del congedo*), a condizione che il medico specialista del Servizio Sanitario Nazionale o con esso convenzionato e il medico competente ai fini della prevenzione e della tutela nei luoghi di lavoro attestino che tale opzione non arrechi in alcun modo pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro.

Sebbene la legge non precisi il termine ultimo entro il quale la lavoratrice debba comunicare al proprio datore di lavoro la volontà di posticipare il congedo ⁹², la Circolare INPS n. 8/2003 ha chiarito che la domanda di flessibilità, tendente ad ottenere l'autorizzazione a continuare l'attività lavorativa durante l'ottavo mese di gravidanza, può essere accolta anche qualora sia presentata oltre il settimo mese di gravidanza, purché le previste attestazioni mediche siano state acquisite nel corso del settimo mese di gravidanza; se le attestazioni mediche suddette sono state acquisite dopo il settimo

⁹² DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *RIDL*, 2000, I 149

mese di gravidanza, la domanda potrà essere accolta solo per il residuale tempo che decorre dal rilascio delle attestazioni ⁹³.

Appare opportuno ricordare che, qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta, i giorni di congedo non goduti prima del parto, devono essere aggiunti al periodo di congedo *post partum*: L'art. 19 d.lgs 151/2001 equipara al parto prematuro anche l'interruzione della gravidanza verificatasi dopo il 180° giorno dall'inizio della gestazione.

L'art. 17 del T.U. prevede altre ipotesi in cui direttamente il servizio ispettivo del Ministero del Lavoro possa disporre l'interdizione anticipata dal lavoro:

- 1) quando vi sono gravi complicanze della gestazione o preesistenti forme morbose che possono aggravarsi a causa dello stato di gravidanza;
- 2) quando ci sono condizioni di lavoro o ambientali ritenute pregiudizievoli per la salute della donna e del bambino;
- 3) impossibilità di spostare la lavoratrice ad altre mansioni, qualora quelle svolte al momento dell'insorgenza della gravidanza rientrino tra i lavori pericolosi o insalubri di cui agli artt. 7 e 12 del medesimo Testo Unico ⁹⁴.

⁹³ Circolare INPS n. 8 del 17 Gennaio 2003 - Prestazioni economiche di maternità di cui al D.L.vo. n. 151 del 26/3/2001 (T.U. sulla maternità). Chiarimenti

⁹⁴ L'art. 17 del d. legs. 151/2001 introduce la possibilità di anticipare il congedo di maternità da due a tre mesi prima della data del parto per determinati lavori che dovrebbero essere specificati in un successivo decreto ministeriale sentite le rappresentanze sindacali maggiormente rappresentative.

Mentre l'istituto del congedo di maternità è collegato alla normale evoluzione della gestazione e alla necessità di tutela della donna nelle fasi della maternità che precedono e immediatamente seguono il momento del parto, per cui sotto tale profilo lo stato di salute ed il comportamento della lavoratrice in tale periodo possono risultare indifferenti al datore di lavoro, considerata l'obbligatorietà dell'astensione dal lavoro.

L'istituto dell'anticipazione del periodo di interdizione dal lavoro trova, invece, la sua giustificazione in una situazione patologica di accertata insorgenza di complicanze della gestazione nel periodo che precede l'astensione obbligatoria, sicché per esso assumono rilievo non solo il concreto stato di salute della lavoratrice, ma anche il comportamento tenuto dalla lavoratrice stessa durante il periodo o i periodi di interdizione anticipata dal lavoro in quanto, ove esso sia idoneo ad aggravare le complicanze della gestazione o a ritardare il superamento, può determinare l'esigenza di rinnovare o prorogare i periodi di interdizione anticipata dal lavoro ⁹⁵.

E' importante segnalare, all'uopo, che la Corte di Cassazione ha confermato una sentenza di merito che aveva ritenuto legittimo il licenziamento intimato ad una lavoratrice che durante un periodo di interdizione anticipata dal lavoro concessole per un accertato stato di pericolo di aborto, aveva prestato la propria attività lavorativa al

⁹⁵ LENSÌ C., *La tutela ed il sostegno della maternità e della paternità*, in *Codice delle pari opportunità* (a cura di DE MARZO G.), p. 436 ss.

di fuori del rapporto di lavoro in un negozio di cui era titolare e che veniva normalmente gestito dalla madre, esponendosi in tal modo al rischio di compromettere o ritardare il superamento della riscontrata complicità della gestazione ⁹⁶.

3. Il congedo di paternità.

L' art. 13 della legge n. 53/2000 introducendo due nuovi articoli, il *6bis* ed il *6ter* alla legge n. 903/1977, apporta una importante novità nell' ambito della disciplina della parità uomo-donna nella gestione dei tempi di vita e di lavoro.

L'art. 6 della L. 903/1977 prevedeva elusivamente per le donne lavoratrici la possibilità di assentarsi dal lavoro (*astensione facoltativa*) laddove avessero adottato, o avuto in affidamento, un bambino ⁹⁷, gli art. *6bis* e *6ter* introducono esplicitamente il diritto del padre lavoratore ad astenersi dal lavoro sia usufruendo dell' istituto dell'astensione facoltativa, sia dell' istituto dei riposi.

⁹⁶ Cass. n. 2466/2000 del 4 marzo 2000 in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, p.534.

⁹⁷ L'art. 6 l. 903/1977 così recita «*Le lavoratrici che abbiano adottato bambini, o che li abbiano ottenuti in affidamento preadottivo, ai sensi dell'articolo 314/20 del codice civile, possono avvalersi, sempreché in ogni caso il bambino non abbia superato al momento dell'adozione o dello affidamento i sei anni di età, dell'astensione obbligatoria dal lavoro di cui all'articolo 4, lettera c), della legge 30 dicembre 1971, n.1204 , e del trattamento economico relativo, durante i primi tre mesi successivi all'effettivo ingresso del bambino nella famiglia adottiva o affidataria. Le stesse lavoratrici possono altresì avvalersi del diritto di assentarsi dal lavoro di cui all'articolo 7, primo comma, della legge di cui sopra, entro un anno dall'effettivo ingresso del bambino nella famiglia e sempreché il bambino non abbia superato i tre anni di età, nonché del diritto di assentarsi dal lavoro previsto dal secondo comma dello stesso articolo 7*».

Il T.U., operando una integrale ricognizione della materia, dedica un apposito Capo, il IV, ai «*congedi di paternità*» (artt. 28–31).

L' art. 28, titolato proprio «*congedo di paternità*», al I comma, statuisce per il padre lavoratore il «(...) *diritto di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità' o per la parte residua che sarebbe spettata alla lavoratrice, in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre*».

Come è dato notare, la previsione normativa è limitata, però, al solo periodo di astensione dopo la nascita del bambino, atteso che l'astensione *pre partum* è riservata tuttora esclusivamente alla madre naturale.

Il diritto al congedo di paternità, contrariamente a quanto previsto per il congedo parentale, non è un diritto proprio ed autonomamente azionabile; esso lo diventa allorché si presentino tre diverse situazioni, accomunate da un'aura di strisciante o clamorosa “disgrazia” verificatasi nella vita della coppia genitoriale, esistente fin dalla gravidanza o palesatasi al momento della nascita del bambino, che giustifica lo scostamento dal “naturale” decorso delle cose ⁹⁸.

⁹⁸ AMATO F. ., *Il congedo di maternità e di paternità*, in (a cura di) GOTTARDI D. – DEL PUNTA R. *I nuovi congedi*, Il sole 24ore, Milano 2001, 29.

Le tre fattispecie previste dalla disciplina legislativa implicano in concreto una *impossibilità* dell'assistenza materna e autorizzano l'altro genitore, in luogo di quello venuto meno, a fare ricorso all'astensione dal lavoro per realizzare quegli interessi di cura complessiva del neonato.

La prima eventualità si riferisce ai casi di «*morte o grave infermità della madre conseguenti al parto*».

Preliminarmente, appare necessario osservare che non si è in presenza di un diritto *delegato*, mediato dalla circostanza di essere la madre l'astratta titolare del diritto al congedo, cioè necessariamente una lavoratrice dipendente; la norma, infatti, non pone questa ulteriore condizione per l'accesso al beneficio suddetto, di talché la fruibilità del congedo è assicurata al padre anche qualora la madre non avrebbe potuto giovarsene, perché professionista o casalinga ⁹⁹.

Vi è da aggiungere che il II comma dell'art. 28 T.U. prevede che «*il padre lavoratore che intenda avvalersi del diritto di cui al comma 1 presenta al datore di lavoro la certificazione relativa alle condizioni ivi previste*»; tale certificazione, dimostrativa delle condizioni che consentono l'esercizio del diritto al congedo da parte del padre, dovrà chiaramente evidenziare il grado della patologia – che deve essere *grave* – e soprattutto collegare l'infermità in questione all'impossibilità dell'assistenza.

⁹⁹ DE SIMONE V., *La giurisprudenza sulla parità tra lavoratori e lavoratrici*, in RTDPC, 1986, 1032 SS.

Le ulteriori due fattispecie sono una novità e, per certi versi, adeguano il diritto positivo all'evoluzione della società e dei costumi: una è il caso dell' *abbandono* e l'altra è l'ipotesi di esclusivo *affidamento* al padre.

L'ipotesi dell' *abbandono* rinvia ad una situazione di fatto nella quale il padre si trovi a curare da solo, come unico genitore, anche solo temporaneamente la vita del nuovo nato, indipendentemente da eventuali provvedimenti da parte dell' autorità giudiziaria competente. La natura meramente fattuale di questa seconda fattispecie è confermata dalla circostanza che in tali ipotesi, in luogo della certificazione *ex art. 28 T.U.*, che deve provenire da soggetti pubblici o privati competenti, è sufficiente una unilaterale *dichiarazione di responsabilità* del padre, resa ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 455.

La dottrina ha individuato in questa ridotta esigenza probatoria la preoccupazione non solo di garantire una efficace protezione al neonato, ma anche l'esigenza di garantire un minimo di riservatezza intorno alla dolorosa e, probabilmente, imbarazzante situazione nella quale il padre lavoratore si è venuto a trovare ¹⁰⁰.

Va sottolineato che la norma applicativa della Legge emanata dall'INPS ha stabilito che dal momento dell'abbandono alla madre non spetterà più alcuna indennità, che sarà erogata esclusivamente in favore del padre per il restante periodo.

¹⁰⁰ DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in RIDL, 2000, I, 164.

Distinta dalle precedenti ipotesi, soprattutto dall'ipotesi dell'*abbandono*, è la terza eventualità in cui il padre ha facoltà di fruire del congedo dopo la nascita del bambino: essa rimanda genericamente alle situazioni in cui quest'ultimo risulti in *affidamento esclusivo al padre*.

A differenza della più generica ipotesi dell'abbandono in questa fattispecie appare probabile che si debba essere realizzata una situazione giuridica nella quale venga dichiarato l'esclusivo affidamento paterno e che questo sia frutto di un provvedimento giudiziale.

Tale conclusione appare avvalorata proprio dalla dizione del II comma dell' art. 28 del T.U. che impone un onere al padre che intende avvalersi del congedo di paternità in tali casi di affidamento esclusivo: egli dovrà infatti comprovare tale situazione attraverso una certificazione idonea.

A differenza di quanto previsto per l'ipotesi dell' abbandono tale documentazione dovrà necessariamente provenire da soggetti abilitati ad attestare la condizione specifica del padre; sarà sufficiente, quindi, il provvedimento del Tribunale per i Minorenni che abbia dichiarato la decadenza della potestà del minore ai sensi dell'art. 330 c.c.¹⁰¹.

¹⁰¹ L'art. 330 del c.c., titolato *Decadenza dalla potestà sui figli* «Il giudice può pronunciare la decadenza dalla potestà [c.c. 320] quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio.

L'art. 29 del Testo Unito, modificando radicalmente la normativa precedente, si preoccupa di equiparare sotto tutti i profili economici e normativi la condizione del padre, che sostituisce la madre, a quella "tradizionale" di quest'ultima nel godimento del congedo e ciò si verifica attraverso l'espressa previsione di applicazione degli artt. 22 e 23 del T.U. che hanno raccolto e riscritto le discipline concernenti il detto trattamento economico – normativo, compreso quello riguardante gratifica natalizia e ferie e le modalità di calcolo dell'indennità.

4. Licenziamento, dimissioni e diritto al rientro al lavoro.

Il Capo IX del T.U. titolato «*Divieto di licenziamento, Dimissioni e Diritto al rientro*» prevede espressamente all'art. 59 che le lavoratrici madri non possono essere licenziate dall'inizio del periodo di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino.

La lavoratrice, licenziata, nel corso del periodo in cui opera il divieto, ovvero quello previsto nel III Capo del T.U., è tenuta a presentare al datore di lavoro idonea certificazione attestante lo stato di gravidanza anteriore al momento del licenziamento, chiedendo altresì la revoca del provvedimento espulsivo in quanto

In tale caso, per gravi motivi, il giudice può ordinare l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore»

affetto da nullità; il licenziamento, infatti, è da considerarsi nullo ancorché nella lettera di licenziamento l'effetto risolutivo del rapporto di lavoro sia stato differito ad una data successiva al compimento del primo anno di età del bambino ¹⁰².

Il licenziamento della lavoratrice madre non soggiace al termine di decadenza di cui all'art. 6 della L. 604/1966 che, come è noto, dispone che il licenziamento deve essere impugnato, a pena di decadenza, nel termine di 60 giorni, a decorrere dalla comunicazione del licenziamento in quanto viene dall'ordinamento totalmente nullo, ovvero *tamquam non esset*.

Il divieto di licenziamento opera fino al termine del periodo di interdizione dal lavoro anche in caso di *morte o decesso del bambino* durante tale periodo; ove il bambino deceda dopo il periodo di interdizione e prima del compimento di un anno di età, il divieto opera fino a 10 giorni dopo la sua morte.

Il legislatore prevede alcuni casi in cui deroga alla tutela legale accordata alla lavoratrice madre e consente la possibilità di licenziamento:

- a)** Nelle ipotesi di colpa grave del lavoratore, costituente giusta causa di risoluzione del rapporto di lavoro, *ex art. 2119 c.c.*.

La Cassazione ¹⁰³ ha, più volte, precisato che in tale ipotesi, l'individuazione dei fatti che legittimano la risoluzione in tronco del

¹⁰² ENRICO C. E MINALE E. , *La disciplina del congedo parentale nel Testo Unico*, in *GL*, 2001, n. 19, 24 ss.

¹⁰³ Cass. n. 12503/2000 del 21 settembre 2000

rapporto di lavoro deve essere effettuata in modo più rigoroso, tenendo conto delle particolari condizioni psicofisiche della lavoratrice.

- b)** Nelle ipotesi di cessazione dell'attività dell'azienda cui è addetta la lavoratrice.

Va precisato che sul concetto di *attività aziendale*, la giurisprudenza è divisa in quanto vi è un primo orientamento, più risalente, che stabilisce che il licenziamento è valido solo laddove vi sia la totale cessazione dell'attività aziendale ¹⁰⁴.

Secondo l'altro orientamento, invece, il licenziamento è giustificato anche nell'ipotesi di chiusura del solo reparto cui è addetta la lavoratrice, a condizione che il reparto abbia autonomia funzionale e la lavoratrice non sia collocabile in altro reparto ¹⁰⁵.

- c)** Nelle ipotesi in cui è stata ultimata la prestazione per la quale il lavoratore è stato assunto oppure nelle ipotesi di risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine nei rapporti di lavoro a tempo determinato.

- d)** L'ultima ipotesi è quella riguardante l'esito negativo del patto di prova ¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Cass. n. 1334/1992 del 7 febbraio 1992.

¹⁰⁵ Cass. n. 9551/1999 del 8 settembre 1999 «(...) è illegittimo il licenziamento di una lavoratrice madre intimato, prima del compimento di un anno di età del bambino, da una società di gestione dei servizi mensa per la cessazione di uno degli appalti di cui è titolare e a cui era addetta la lavoratrice, se non prova l'autonomia organizzativa o funzionale del servizio cessato rispetto agli altri da essa gestiti e la inutilizzabilità della lavoratrice licenziata in altra occupazione all'interno dell'impresa», in RIDL 2000, 517 con nota di MARRA L. (Cass. n. 23684/2004 del 21 dicembre 2004).

¹⁰⁶ Così come stabilito dal Ministero del Lavoro nella Circolare n. 113/1996.

In questa ipotesi il licenziamento è legittimo solo se il datore di lavoro non è a conoscenza dello stato di gravidanza, in caso contrario, al fine di tutelare la lavoratrice da eventuali abusi il datore di lavoro deve motivare il giudizio negativo dell'esito della prova. In tal modo si ottengono due risultati: da un lato si consente alla lavoratrice di fornire l'eventuale prova contraria, dall'altro si permette al giudice di valutare i motivi di recesso, al fine di escludere con ragionevole certezza che esso sia determinato dallo stato di gravidanza ¹⁰⁷.

Giova ricordare che il comma VII dell' art. 54 prevede espressamente *«In caso di fruizione del congedo di paternità, di cui all'articolo 28, il divieto di licenziamento si applica anche al padre lavoratore per la durata del congedo stesso e si estende fino al compimento di un anno di età del bambino. Si applicano le disposizioni del presente articolo, commi III, IV e V»*.

Relativamente all'istituto delle dimissioni, va precisato che la richiesta di dimissioni presentata dalla lavoratrice, durante il periodo di gravidanza o durante il primo anno di vita del bambino o nel primo anno di accoglienza del minore adottato o in affidamento, deve essere convalidata dal Servizio ispettivo del Ministero del Lavoro, competente per territorio. Il diritto alle indennità previste

¹⁰⁷ In forza della sentenza del 31 maggio 1996 della Corte Costituzionale n. 172/1996 è stato, infatti, eliminato dal nostro ordinamento il divieto di licenziamento della lavoratrice in gravidanza, durante il periodo di prova. Con la predetta sentenza, la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 2 co. 3 Legge 30.12.1971, n. 1204, nella parte in cui non prevedeva l'inapplicabilità del divieto di licenziamento nel caso di recesso per esito negativo della prova.

dalle disposizioni di Legge e contrattuali, attinenti alle ipotesi di licenziamento, e previste anche in caso di dimissioni volontarie nel periodo di divieto di licenziamento si fonda sulla presunzione di non completa spontaneità dell'atto di recesso effettuato dalla lavoratrice.

Tale presunzione si fonda sull'assunto che la lavoratrice potrebbe avere la necessità di occuparsi esclusivamente del bambino o, comunque, con una dedizione tale da poter ostacolare la migliore esecuzione della prestazione lavorativa.

E' pur vero che le indennità suddette non sono dovute laddove il datore di lavoro provi che la lavoratrice abbia, senza intervallo di tempo, iniziato un nuovo lavoro dopo le dimissioni e la medesima non provi a sua volta che il nuovo lavoro sia per lei meno vantaggioso sul piano sia patrimoniale che non patrimoniale ¹⁰⁸.

La Cassazione, a tal proposito, ha chiarito che la presunzione di *non spontaneità* non può operare in modo automatico ed assoluto, in quanto «(...) *l'imposizione indiscriminata di obblighi indennitari al datore di lavoro contrasterebbe con il principio costituzionale di ragionevolezza previsto nell'art 3, II comma, della Costituzione, che si concreta in tal caso in quello di responsabilità e nella necessità che all'indennizzo corrisponda almeno un "pericolo" di danno, e realizzerebbe una sorta di premio di maternità a carico non del sistema previdenziale, ma dell'imprenditore con ingiustificata*

¹⁰⁸ MARINO V., *Indennità di preavviso e lavoratrice madre che abbia trovato nuova occupazione*, in *RIDL*, 2001, 515.

riduzione della sua libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost.»

109.

Anche per l'istituto delle dimissioni il T.U., con il II comma dell' art. 55, ha esteso la disciplina anche ai padri che hanno fruito del congedo di paternità.

In ogni caso, comunque, l'art. 56 del T.U. prevede sia per le lavoratrici madri che per i lavoratori padri e «(...) *salvo che espressamente vi rinuncino*», il diritto, al termine del periodo di fruizione del congedo, non solo hanno diritto a rientrare nella stessa unità produttiva dove erano occupati all'inizio del periodo di gravidanza o in un'altra ubicata nel medesimo Comune e di permanervi fino al compimento di un anno di età del bambino¹¹⁰, ma conservano anche il diritto di essere adibiti alle mansioni svolte nell'ultimo periodo o a mansioni equivalenti ai sensi e per gli effetti dell'art. 2103 c.c..

¹⁰⁹ Cass. lav, n. 10994/2000 del 19 agosto 2000.

¹¹⁰ Si segnala una pronuncia del Tribunale di Milano che ha definito illegittimo il trasferimento della lavoratrice al rientro dal congedo di maternità anche se la gravidanza si è conclusa con la nascita di un bambino morto. (Tribunale di Milano 6 luglio 2002, in *D&L*, 2002, 957)

4.1. Il trattamento economico, normativo e previdenziale.

Nelle ipotesi in cui i genitori lavoratori decidano di avvalersi del congedo di maternità o di paternità, tanto la lavoratrice madre quanto il lavoratore padre hanno diritto ad un' indennità giornaliera pari all'80% della retribuzione che è a carico dell'INPS o, per i lavoratori del settore pubblico, della stessa amministrazione, così come previsto dall'art. 22 del Testo Unico.

Agli effetti della determinazione della misura dell'indennità, per retribuzione si intende la retribuzione media globale giornaliera del periodo di paga quadrisettimanale o mensile scaduto ed immediatamente precedente a quello nel corso del quale ha avuto inizio il congedo di maternità ¹¹¹.

La predetta indennità è comprensiva di ogni altra indennità spettante per malattia ed è corrisposta con le modalità e con gli stessi criteri previsti per l'erogazione delle prestazioni dell'assicurazione contro le malattia.

I periodi di congedo di maternità e paternità devono essere computati nell'anzianità di servizi a tutti gli effetti, compresi quelli relativi alla tredicesima mensilità o alla gratifica natalizia ed alle ferie; la giurisprudenza ha chiarito che la norma in questione si riferisce tanto all'anzianità generica, ossia alla mera durata del

¹¹¹ Così come stabilito dall'art. 23 del T.U.

rapporto di lavoro, quanto all'anzianità specifica, ossia alla permanenza in una determinata posizione di lavoro, e può riguardare anche la progressione di carriera ove questa sia prevista – da Legge o da contratto quale effetto automatico della suddetta anzianità della lavoratrice ¹¹².

I periodi di congedo di maternità e paternità non si computano ai fini del raggiungimento dei limiti di permanenza nella lista di mobilità di cui all'art. 7 L. 223/1991, fermi restando i limiti temporali di fruizione dell'indennità di mobilità. Essi si computano, invece, ai fini del raggiungimento del limite minimo di sei mesi di lavoro effettivamente prestato per poter beneficiare dell'indennità di mobilità.

Gli stessi periodi sono considerati, ai fini della progressione della carriera, come attività lavorativa, quando i contratti collettivi non richiedano per tale scopo particolari requisiti, le ferie e le assenze eventualmente spettanti alla lavoratrice o al lavoratore ad altro titolo non vanno godute contemporaneamente ai periodi di congedo di maternità e di paternità, come regolamentato dall'art. 22 del Testo Unico.

Qualche riflessione si appalesa necessaria per le ipotesi di parto prematuro, ovvero quando il parto è antecedente la data presunta indicata nel certificato medico. In tal ipotesi l'indennità di maternità va sempre fissata con riferimento alla suddetta data

¹¹² Corte Cost. 7 luglio 2005 n. 281, in *DPL*, 2005, 2104.

presunta – la quale fa stato nonostante qualsiasi errore di previsione – e non già calcolando i due mesi a ritroso dalla data effettiva del parto. Tale interpretazione non comporta alcun fondato problema di ingiustificata disparità di trattamento e quindi di legittimità costituzionale in relazione al minor numero di giorni indennizzati per la partoriente prematura, sia per la specificità della situazione di fatto, sia per l'eventuale possibilità di erogazione dell'indennità di malattia in relazione al periodo precedente non coperto dall'indennità di maternità ¹¹³.

Riguardo al rapporto che deve intercorrere tra l'assunzione e l'indennità di maternità la dottrina ¹¹⁴ ed anche l'orientamento giurisprudenziale maggioritario ¹¹⁵ ritengono che l'esistenza di un rapporto di lavoro retribuito al momento dell'inizio del periodo di interdizione obbligatoria sia condizione imprescindibile per l'ottenimento dell'indennità di maternità; secondo tale impostazione il rischio protetto dalla legge sulla tutela delle lavoratrici madri non sarebbe l'evento parto, ma l'incapacità lavorativa presunta per tutto il periodo per il quale, prima o dopo il parto, è stabilita l'astensione obbligatoria dal lavoro.

Va segnalato, per chiarezza espositiva, che vi è un diverso e minoritario orientamento in giurisprudenza che ritiene che

¹¹³ LENSÌ C., *La tutela ed il sostegno della maternità e della paternità*, in *Codice delle pari opportunità* (a cura di DE MARZO G.), 444.

¹¹⁴ DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *RIDL*, 2000, I, 164.

¹¹⁵ Cass. 7 dicembre 2002, n. 17470, in *Gius. Civ. Mass.*, 2002, 2144.

l'indennità di maternità dovrebbe essere corrisposta anche nel caso in cui la lavoratrice fosse già in stato interessante al momento dell'assunzione e non abbia mai iniziato l'attività lavorativa, essendo passata direttamente al periodo di congedo di maternità ¹¹⁶.

L'art. 24 del D. Lgs. 151/2001 prevede, poi, una serie di ipotesi in cui è prevista la spettanza dell'indennità di maternità, anche se il rapporto versi in una condizione di quiescenza o, addirittura, nel caso lo stesso sia stato persino risolto ¹¹⁷.

La Corte Costituzionale è intervenuta con la sentenza 14 dicembre 2001 n. 405 ¹¹⁸ stabilendo che il diritto all'indennità di maternità possa essere riconosciuto anche nei casi di licenziamento per giusta causa che si verificano durante i periodi di congedo di maternità previsti dagli artt. 16 e 17 del T.U.

L'art. 24 del T.U., inoltre, stabilisce che le lavoratrici gestanti che si trovino, all'inizio del periodo di congedo di maternità, sospese, assenti dal lavoro senza retribuzione ovvero, disoccupate, sono ammesse al godimento dell'indennità giornaliera di maternità purché tra l'inizio della sospensione, dell'assenza o della disoccupazione e quello di detto periodo non siano decorsi più di 60 giorni. Quindi alla lavoratrice gestante che si trovi in una situazione di sospensione o di assenza dal lavoro o che sia disoccupata da

¹¹⁶ Per tutte Cass. 16 febbraio 2000 n. 1729, in *RIDL*, 2001, 62.

¹¹⁷ E' il caso della lavoratrice madre alla quale viene intimato il licenziamento durante il periodo protetto dal divieto di licenziamento ovvero in caso di cessazione di attività dell'azienda o di ultimazione

¹¹⁸ In *Giur. It.*, 2002, 1579.

meno di sessanta giorni dall'inizio del periodo di astensione obbligatoria dal lavoro, spetta l'indennità giornaliera indipendentemente dalla natura dell'attività prestata dall'assicurata anteriormente all' inizio del periodo di disoccupazione, dal soggetto tenuto alla prestazione e dall'esistenza di una specifica contribuzione, atteso che, anche la Suprema Corte, ha chiarito il carattere solidaristico ¹¹⁹ e non mutualistico della prestazione, il cui ambito di applicazione non può essere limitato in ragione della mancata contribuzione per alcuni rapporti di lavoro.

In sintesi, dunque, qualora il congedo di maternità abbia inizio trascorsi sessanta giorni dalla risoluzione del rapporto di lavoro e la lavoratrice si trovi, all'inizio del periodo di congedo stesso, disoccupata ed in godimento dell'indennità di disoccupazione, ha diritto all'indennità giornaliera di maternità anziché all'indennità ordinaria di disoccupazione, laddove invece stia godendo del trattamento di integrazione salariale a carico della Cassa Integrazione Guadagni avrà diritto, in sostituzione, all'indennità giornaliera di maternità.

La disciplina del trattamento previdenziale è contenuta nell'art. 25 del Testo Unico.

Per i periodi di congedo di maternità/paternità non è richiesta, in costanza di rapporto di lavoro, una particolare anzianità contributiva pregressa ai fini dell'accreditamento dei

¹¹⁹ Cass. 20 gennaio 2005 n. 1102, in *DPR*, 2005, 1469

contributi figurati per il diritto alla pensione e per la determinazione della misura stessa. Il secondo comma dell'art. 25 , ampliando l'ambito della tutela, dispone che, in favore dei soggetti iscritti al fondo pensioni lavoratori dipendenti e alle forme di previdenza sostitutive ed esclusive dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, i periodi corrispondenti al congedo di maternità di cui agli artt. 16 e 17 T.U., verificatisi al di fuori del rapporto di lavoro, sono considerati utili ai fini pensionistici, a condizione che il soggetto possa far valere, all'atto della domanda, almeno cinque anni di contribuzione versata in costanza di rapporto di lavoro ¹²⁰.

5. I riposi giornalieri. Alcuni cenni storici.

Approfonditi gli istituti del congedo di maternità e di paternità appare, ora opportuno, analizzare l'istituto dei *riposi*, che ha, di fatto, rappresentato l'alternativa funzionale all'astensione facoltativa (ora congedo parentale) per la madre che voleva riprendere il lavoro dopo il congedo di maternità ¹²¹.

L'art. 10 della l. 1204/71 disciplinava il diritto potestativo delle lavoratrici madri di usufruire di riposi giornalieri per la cura

¹²⁰ Come previsto dall'art. 8 della Legge 23 aprile 1981 n. 155 «*Adeguamento delle strutture e delle procedure per la liquidazione urgente delle pensioni e per i trattamenti di disoccupazione, e misure urgenti in materia previdenziale e pensionistica*» la contribuzione figurativa viene accreditata con effetto dal periodo in cui l'evento si colloca.

¹²¹ DEL PUNTA R., *La sospensione del rapporto di lavoro*, in *Il codice civile – Commentario (artt. 2110 –2111)*, diretto da SCHLESINGER P., Giuffrè, 1992, 714 ss.

del neonato «*Il datore di lavoro deve consentire alle lavoratrici madri, durante il primo anno di vita del bambino, due periodi di riposo, anche cumulabili durante la giornata. Il riposo è uno solo quando l'orario giornaliero di lavoro è inferiore a sei ore*»¹²².

Con la legge 53/2000 il legislatore è intervenuto, provvedendo ad una serie di aggiustamenti oggettivi e soggettivi del predetto istituto che non hanno comportato né mutamenti di natura giuridica – i riposi continuano ad essere considerati come una sospensione del rapporto di lavoro a tutti gli effetti¹²³ - né della finalità precipua di tale istituto, consistente nel dotare la tutela dell'interesse del bambino dell'ulteriore profilo attinente alla costante assistenza diretta della madre.

Conferma indiretta di tale assunto, ovvero che l'interesse preminente, tutelato dal legislatore, non è quello della madre, ma piuttosto quello del benessere del minore, si ravvisa nell' art. 10 del

¹²² L'art. 10 della l. 1204/1971 stabilisce, nei commi successivi: «*I periodi di riposo di cui al precedente comma hanno la durata di un'ora ciascuno e sono considerati ore lavorative agli effetti della durata e della retribuzione del lavoro. Essi comportano il diritto della donna ad uscire dall'azienda.*

I periodi di riposo sono di mezz'ora ciascuno, e in tal caso non comportano il diritto ad uscire dall'azienda, quando la lavoratrice voglia usufruire della camera di allattamento o dell'asilo nido, istituiti dal datore di lavoro nelle dipendenze dei locali di lavoro.

I riposi di cui ai precedenti commi sono indipendenti da quelli previsti dagli articoli 18 e 19 della legge 26 aprile 1934, n.653, sulla tutela del lavoro delle donne.

Ai periodi di riposo di cui al presente articolo si applicano le disposizioni in materia di contribuzione figurativa, nonché di riscatto ovvero di versamento dei relativi contributi previsti dal comma 2, lettera b), dell'articolo 15.

In caso di parto plurimo, i periodi di riposo sono raddoppiati e le ore aggiuntive rispetto a quelle previste dal primo comma del presente articolo possono essere utilizzate anche dal padre»

¹²³ DEL PUNTA R., *La sospensione del rapporto di lavoro*, in *Il codice civile – Commentario* (artt. 2110 –2111), diretto da SCHLESINGER P., Giuffrè, 1992, 713.

regolamento di esecuzione della l. 1204/71¹²⁴; infatti la previsione regolamentare stabilisce che in nessun caso è consentito, nemmeno pattiziamente, di sostituire i riposi in pensione con un trattamento economico.

Proprio alla luce della *ratio* che ispira la predetta normativa - l'esclusiva tutela del bambino - con una condivisibile interpretazione estensiva dell'art. 6 della l. 903/1977¹²⁵ - che, come anticipato, aveva già resa applicabile la fruizione dell'astensione obbligatoria e facoltativa nei casi di adozione e affidamento preadottivo - il legislatore ha ritenuto opportuno che anche i riposi giornalieri andassero riconosciuti alle lavoratrici adottanti o affidatarie¹²⁶.

Nel percorso di avvicinamento alla tendenziale completezza di garanzia al godimento dei riposi in funzione dell'esclusivo interesse del bambino, appare necessario qualche cenno sui mirati interventi della Corte Costituzionale: con la già citata sentenza n. 1 del

¹²⁴ D.P.R. 25 novembre 1976 n. 1026

¹²⁵ Il testo dell'art. 6 l. 903/1977 così recita: «*Le lavoratrici che abbiano adottato bambini, o che li abbiano ottenuti in affidamento preadottivo, ai sensi dell'articolo 314/20 del codice civile, possono avvalersi, sempreché in ogni caso il bambino non abbia superato al momento dell'adozione o dello affidamento i sei anni di età, dell'astensione obbligatoria dal lavoro di cui all'articolo 4, lettera c), della legge 30 dicembre 1971, n.1204, e del trattamento economico relativo, durante i primi tre mesi successivi all'effettivo ingresso del bambino nella famiglia adottiva o affidataria. Le stesse lavoratrici possono altresì avvalersi del diritto di assentarsi dal lavoro di cui all'articolo 7, primo comma, della legge di cui sopra, entro un anno dall'effettivo ingresso del bambino nella famiglia e sempreché il bambino non abbia superato i tre anni di età, nonché del diritto di assentarsi dal lavoro previsto dal secondo comma dello stesso articolo 7.*»

¹²⁶ AMATO F., *I riposi giornalieri*, in (a cura di) GOTTARDI D. - DEL PUNTA R. *I nuovi congedi*, Il sole 24ore, Milano, 2001, 72.

gennaio 1987 ¹²⁷ la Consulta dichiarò l' illegittimità costituzionale dell'art. 7 della l. 903/1977 che aveva esteso il diritto all'astensione facoltativa al padre lavoratore – anche adottivo o affidatario – in alternativa alla madre nella parte in cui non riconosceva anche al padre il diritto all'astensione obbligatoria *post-partum* nonché il diritto alla fruizione dei riposi giornalieri, qualora l'assistenza della madre fosse divenuta impossibile per decesso o grave infermità.

La seconda pronuncia della Consulta che qui interessa è la n. 179 dell' aprile 1993 ¹²⁸ che, superando tale concezione, che potrebbe essere definita *ontologicamente materna*, ha ritenuto estensibili, sempre in alternativa alla madre in via generale ed in ogni ipotesi, al padre lavoratore, il diritto a tali riposi.

Le modifiche introdotte con la l. 53/2000, e riportata nell' attuale Capo VI del T.U., intervengono in due distinte direzioni: arricchendo le previsioni normative preesistenti di due commi, uno relativo ai contributi figurativi, riscatto e contributi previdenziali ¹²⁹ e l' altro relativo alle ipotesi di parto plurimo, nonché introducendo una nuova ipotesi normativa, attualmente art. 40 del T.U. che prevede ipotesi espresse in cui siano riconosciuti i riposi al padre lavoratore.

¹²⁷ Corte Cost. 19 gennaio 1987, n. 1, in *FI*, 1987, I, 313 ss.

¹²⁸ Corte Cost. 21 aprile 1993, n. 179, in *FI*, 1993, I, 1333 ss.

¹²⁹ Ora contenuti rispettivamente nell'art. 44 e 41 del T.U.

5.1. Natura giuridica dei riposi giornalieri e novità introdotte con il T.U.

L'istituto dei riposi giornalieri, come regolato nel Capo VI del T.U., dal punto di vista della configurazione strutturale e funzionale, presenta una situazione soggettiva molto simile a quella del congedo parentale, istituto che verrà approfondito nel capitolo successivo, con il quale ha in comune i caratteri della finalità alla cura dei figli e della facoltatività della fruizione

Il genitore lavoratore, infatti, non è obbligato a fruire dei congedi e/o dei riposi, ma è solo *autorizzato* alla fruizione degli stessi, ed è per tale motivo che la dottrina più autorevole ha suggerito di configurare questi due istituti alla stregua delle *sospensioni potestative* ¹³⁰.

L'apparente similitudine, però, non deve trarre in inganno in quanto vi è una differenza che distingue in due istituti in modo sostanziale: i riposi giornalieri, infatti, non possono essere goduti cumulativamente dai due genitori. Unica eccezione a tale regola è l'ipotesi del parto plurimo – l'art. 41 del T.U. recita «*In caso di parto plurimo, i periodi di riposo sono raddoppiati e le ore aggiuntive rispetto a quelle previste dall'articolo 39, comma 1, possono essere utilizzate anche dal padre*» - ipotesi nella quale, in considerazione

¹³⁰ DEL PUNTA R., *La sospensione del rapporto di lavoro*, in *Il codice civile – Commentario (artt. 2110-2111)*, diretto da SCHLESINGER P., Giuffrè, 1992, 714 ss.

che le ore aggiuntive possono essere utilizzate *anche* dal padre si presuppone un utilizzo anche cumulativo del diritto ¹³¹.

D'altro canto sarebbe arbitrario supporre che il legislatore abbia inteso impedire la fruizione contemporanea dei riposi dei genitori, prima di tutto perché un tale divieto avrebbe avuto la necessità di avere una regolamentazione, per lo meno relativamente alla procedura di fruizione degli stessi (presentazione di una autocertificazione circa l'orario dei riposi dell'altro genitore), mentre nulla di tutto ciò è presente nella norma; in sostanza il legislatore ha risolto la problematica riconoscendo un diritto per un "monte ore" (o mesi) complessivo, usufruibile da entrambi i genitori sulla base del loro accordo interno.

Una volta chiarita la natura e le modalità di fruizione dei riposi appare opportuno precisare quali sono le novità introdotte dal Testo Unico.

Nel primo comma art. 44 del T.U. si legge *«Ai periodi di riposo di cui al presente Capo si applicano le disposizioni di cui all'articolo 35, comma 2»*; in pratica si applicano, anche ai riposi, le disposizioni, previste per l'istituto del congedo parentale, in materia

¹³¹ La nota del Ministero del Lavoro del 3 settembre 2007, n. 23 - rispondendo ad una interpellanza del Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro in merito alla nascita di gemelli in una situazione familiare con padre lavoratore dipendente e madre lavoratrice autonoma che non poteva godere dei riposi giornalieri aggiuntivi previsti in caso di parto plurimo - ha chiarito invece, anche alla luce della circolare INPS del 6 settembre 2006 n. 95*bis*, che nulla osta a che il padre, lavoratore dipendente possa fruire in caso di parto plurimo dei riposi giornalieri aggiuntivi (e quindi raddoppiati) secondo quanto previsto dall'art. 41 T.U.

di contribuzione figurativa, nonché di riscatto ovvero di versamento dei relativi contributi.

Questa estensione, che rappresenta una delle novità della riforma corrisponde, sostanzialmente, alla identità di *ratio* che accomuna i due istituti - quello del congedo parentale e quello dei riposi giornalieri - ed al loro reciproco rapporto di alternative funzionali per i genitori in relazione al bene generico della cura dei figli, infatti, come si è avuto ampiamente modo di veder nella presente trattazione, entrambi gli istituti presentano una natura di tipo curativo ¹³².

Nel passato questo rapporto di alternatività funzionale era molto forte e trovava riscontro proprio nel dato temporale della fruibilità dei due tipi di diritti, che si concentrava, per entrambi, nel primo anno di età del bambino; con l'estensione prevista dal legislatore del 2001 di poter fruire dei congedi parentali fino agli otto anni di vita del bambino, senza una corrispondente modifica temporale della disciplina sui riposi giornalieri, questi ultimi si riducono a rappresentare una vera e propria alternativa al congedo parentale esclusivamente nel primo anno di età del minore ¹³³.

Quello che non va sottaciuto è che i riposi giornalieri, permettendo la soddisfazione seppur parziale della esigenza di cura del figlio durante il suo primo anno di vita, permettono la

¹³² DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *RIDL*, 2000, I, 172.

¹³³ OCCHINO A., *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *NLCC*, n. 6, 2001, 1252 ss.

conservazione delle mensilità di congedo parentale per un periodo successivo ed in tal modo consentono, in concreto, che il congedo parentale sia utilizzato per l'educazione di un bambino più maturo.

La seconda rilevante novità è stata trasposta nell'art. 40 del T.U.¹³⁴ *«I periodi di riposo di cui all'articolo 39 sono riconosciuti al padre lavoratore: a) nel caso in cui i figli siano affidati al solo padre; b) in alternativa alla madre lavoratrice dipendente che non se ne avvalga; c) nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente; d) in caso di morte o di grave infermità della madre».*

Tale norma corrisponde sempre alla medesima logica di tutela degli interessi del minore, in tale ipotesi il legislatore riconosce al padre lavoratore il diritto di usufruire di riposi qualora i figli gli siano affidati in via esclusiva.

Come si è avuto modo di notare, comparando il nuovo assetto legislativo dei riposi giornalieri con quello risultante dalla pronunce del giudice delle leggi, è possibile evidenziare un elemento di continuità, accompagnato da un elemento di rottura: da un lato il legislatore ribadisce, conformemente all'insegnamento della Corte costituzionale, la piena fungibilità dei due genitori nella svolgimento dei compiti di cura, dall'altro, si spinge ben oltre i limiti tracciati dalle predette sentenze. La funzione esercitata dal padre che si avvale dei riposi giornalieri, assume, nelle diverse ipotesi legali un'eterogenea configurazione prendendo talora le sembianze di

¹³⁴ Legge 9 dicembre 1977, n. 903, art. 6-ter.

funzione *sussidiaria* [ipotesi *sub a), b) e d)*] e talaltra di funzione potenzialmente *concorrente* rispetto a quello della madre [ipotesi *sub c)*].

Ed è proprio tale ultima ipotesi che, parte della dottrina, ha ritenuto un po' eccentrica rispetto l'ispirazione generale che permea l'intero T.U. ¹³⁵; la norma citata riconosce al padre lavoratore il diritto ai riposi giornalieri, quando la madre non sia lavoratrice subordinata, del tutto indipendentemente dal fatto che quest'ultima non voglia, o non possa, occuparsi del figlio.

Il legislatore introduce, in favore del padre, una norma che destinata ad operare anche in quelle ipotesi in cui, in concreto, il minore fruisca già di una adeguata assistenza da parte della madre; in altre parole tale fattispecie pare sganciarsi da quelle ipotesi, disciplinate nel medesimo articolo, di particolare bisogno, appare preferibile interpretare la lettera *c)* come riferibile esclusivamente alle ipotesi della madre lavoratrice autonoma, con la conseguenza che il padre non abbia diritto ai riposi laddove la madre sia casalinga ¹³⁶.

¹³⁵ BOLLANI A., *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *NLCC*, n. 6, 2001, 1343 ss.

¹³⁶ Anche nella circolare INPS n. 109/2000 è possibile ravvisare una conferma di tale orientamento interpretativo.

6. I genitori adottivi ed affidatari.

Il Testo Unico equipara i genitori adottivi e quelli affidatari a quelli naturali valorizzando tutti quegli aspetti peculiari che caratterizzano questa forma di genitorialità ¹³⁷.

Da ultimo, come accennato in premessa, la legge finanziaria per il 2008 ha definitivamente esteso il congedo di maternità alle lavoratrici (ed anche ai lavoratori) che scelgono di adottare o di avere in affidamento un minore. In caso d'adozioni nazionali il congedo deve essere fruito durante i primi 5 mesi successivi all'effettivo ingresso del minore in famiglia, mentre in caso d'adozioni internazionali può essere fruito anche prima dell'ingresso del minore in casa, nel periodo di permanenza all'estero richiesto per incontrare il minore e per gli adempimenti legati alla procedura d'adozione (il congedo può essere fruito anche nei primi 5 mesi successivi all'ingresso del minore in Italia); inoltre anche il padre è titolato a fruirne se la lavoratrice rinuncia

Il T.U. attribuisce infatti ai genitori naturali ed adottivi i medesimi diritti, rispettivamente dal momento della nascita del figlio e dal momento dell'ingresso del minore adottato in famiglia, ponendosi così quale necessario completamento dei principi

¹³⁷ VALLAURI M.L., in DEL PUNTA R. - LAZZERONI L. - VALLAURI M.L., in *I congedi parentali*, 2000, 76.

contenuti nelle leggi n. 184/1983 ¹³⁸ e Legge n. 476/1988 ¹³⁹ in materia di adozione e di diritto del minore ad una famiglia.

Gli istituti a tutela della maternità e della paternità non hanno più l'originario necessario collegamento con la maternità naturale e non hanno più come esclusiva funzione la protezione della salute della donna ed il soddisfacimento delle esigenze puramente fisiologiche del minore, ma sono anche diretti ad appagare i bisogni affettivi e relazionali del bambino per realizzare il pieno sviluppo della sua personalità.

Il congedo di maternità *post partum* può infatti essere richiesto dalla lavoratrice che abbia adottato, o che abbia ottenuto in affidamento, un bambino di età non superiore a sei anni all'atto dell'adozione o dell'affidamento. Il congedo, come stabilito dall'art. 26 del T.U. deve essere fruito durante i primi tre mesi successivi all'effettivo ingresso del bambino nella famiglia della lavoratrice.

Nel caso di adozione ed di affidamento pre-adoattivo internazionali, il congedo di maternità spetta invece anche se il minore adottato o affiato abbia superato i sei anni e sino al compimento della maggiore età; per l'adozione e l'affidamento pre-adoattivo internazionali, la lavoratrice ha altresì diritto a fruire del

¹³⁸ Legge 4 maggio n. 184 "Diritto del minore ad una famiglia", Gazzetta Ufficiale n.133 del 17 maggio 1983.

¹³⁹ Legge 31 dicembre 1988 n. 476 "Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale. Modifiche alla Legge 4 maggio 1983 n. 184, in tema di adozione di minori stranieri", pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. n. 8 del 12 gennaio 1999

congedo di durata corrispondente al periodo di permanenza nello Stato straniero per l'adozione e l'affidamento.

La diversa età del minore – nel caso dell'adozione nazionale ed internazionale – ai fini della fruibilità del congedo di maternità e paternità va ricercata nei diversi bisogni del minore adottato che, nel caso di adozione internazionale, richiedono una costante presenza del genitore per consentire al bambino di integrarsi in un contesto che spesso è molto diverso da quello di origine (prima fra tutte si pensi alla diversità della lingua).

Con la sentenza del 26 marzo 2003 n. 104 ¹⁴⁰ la Corte Costituzionale ha risolto il dubbio sollevato dal Tribunale di Ivrea riguardo la legittimità costituzionale del I comma dell' art. 45 del T.U., in riferimento agli artt. 3, 29, 30, 31, 37 e 77 della Costituzione.

A fondamento della questione c'era il dubbio - riguardante la fruizione dei permessi giornalieri in favore dei genitori adottivi e degli affidatari - che la legislazione vigente limitava la possibilità di avvalersi del summenzionato istituto solo dal primo anno di vita del bambino, così come per i figli biologici. Ad avviso del Tribunale remittente, invece, in caso di adozione o di affidamento tali permessi dovrebbero essere fruibili a partire dalla data di effettivo ingresso del minore nella famiglia, pur rimanendo fermo l'attuale limite

¹⁴⁰ In *D&L*, 2003, 269

annuale, sussistendo altrimenti violazione sotto vari profili dei menzionati parametri costituzionali.

La questione sollevata dal Tribunale remittente è risultata fondata per violazione dell'articolo 3 della Costituzione sia sotto il profilo dell'eguaglianza, perché la norma censurata assoggetta a eguale trattamento situazioni diverse, sia sotto quello della intrinseca irragionevolezza.

Ciò che la Corte ha sottolineato con estrema chiarezza è che la Legge, stabilendo che i benefici potevano essere goduti, in caso di adozione o affidamento, nel primo anno d'ingresso del bambino nella famiglia dell'adottante o dell'affidatario, anche se limitatamente all'ipotesi che il bambino non avesse superato i sei anni di età, ha attribuito rilievo alla diversità di esigenze del bambino adottato rispetto a quelle proprie del bambino che vive con i genitori naturali o con almeno uno di questi.

Ed è per tale motivazione che la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 45, comma I, del T.U. nella parte in cui prevede che i riposi di cui agli artt. 39, 40 e 41 si applichino, anche in caso di adozione e di affidamento, «*entro il primo anno di vita del bambino*» anziché «*entro il primo anno dall'ingresso del minore nella famiglia*».

L'art. 31 del T.U. prevede che, nel caso in cui la lavoratrice madre non abbia richiesto tali forme di congedo le stesse spettano alle medesime condizioni al lavoratore padre.

Ai genitori adottivi ed affidatari spettano, altresì, il congedo parentale, il congedo per la malattia del figlio, nonché i riposi giornalieri. Infine un'ulteriore questione che sembra ostare ad una effettiva equiparazione tra i genitori adottivi e quelli naturali attiene alla mancata previsione, da parte della legge, di una indennità per il congedo pre-adottivo fruito dai genitori che debbano recarsi nel paese di origine del minore per completare le pratiche dell'adozione e prenderlo in custodia. In questo caso, parte della dottrina, ha ritenuto che sarebbe forse stato più equo prevedere una forma di indennizzo equivalente a quella che è corrisposta alla madre nei due mesi di congedo di maternità fruiti prima del parto, considerando tale periodo come un passaggio necessario per accedere alla maternità ed alla paternità al pari della gravidanza ¹⁴¹.

Vero è che in questo caso le indennità da erogare sarebbero due in quanto sia madre che padre devono recarsi all'estero, tuttavia in un'ottica egualitaria che valorizzi le diversità al fine di tutelare in modo equivalente due situazioni analoghe una simile diversità di trattamento sarebbe sicuramente legittima.

¹⁴¹ BOLLANI A., *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *NLCC*, n. 6, 2001, 1345 ss

7. I genitori lavoratori autonomi e liberi professionisti.

L'astensione obbligatoria, prima, e gli strumenti di tutela della genitorialità, riconosciuti e modificati dal T.U. e dalle successive modifiche, è sempre stata riconosciuta soltanto a prestatori di lavoro subordinato.

La tutela della maternità inizialmente disposta esclusivamente a favore delle lavoratrici subordinate è stata, però, estesa nel 1987 (normativa ora abrogata e inserita nei Capi XI e XII del T.U.) alle lavoratrici autonome ed alle libere professioniste, anche se con criteri e con regole del tutto diverse in ragione delle caratteristiche proprie del lavoro autonomo rispetto a quello subordinato.

L'art. 66 stabilisce un'erogazione di una indennità giornaliera per i due mesi antecedenti la data presunta del parto e per i tre mesi successivi alla data effettiva del parto a favore delle coltivatrici dirette, colone e mezzadre e delle imprenditrici agricole¹⁴², nonché a favore delle lavoratrici autonome, artigiane ed esercenti attività commerciali; l'indennità spetta, altresì, in caso di adozione o di affidamento pre-adoztivo ed anche in caso di aborto spontaneo e terapeutico.

La Cassazione, in una pronuncia recente, ha stabilito che l'indennità di maternità per le lavoratrici autonome, spettante per i

¹⁴² E' con la sentenza della Corte Cost. 12 luglio 2000 n. 361 che tale diritto è stato riconosciuto anche alle imprenditrici agricole.

due mesi antecedenti alla data presunta del parto, nonché per i tre mesi successivi alla data effettiva del parto, non può essere erogata a partire da una data anteriore a quella in cui è stata proposta la domanda di iscrizione negli elenchi, ovvero da una data ancora precedente che tenga conto dei termini di legge entro i quali detta domanda è consentita, salva, in questo secondo caso, la prova dell'assenza di ogni attività lavorativa svolta dalla lavoratrice madre prima della domanda di iscrizione ¹⁴³.

Tale decisione precisando che il rapporto previdenziale - per le lavoratrici autonome - non si costituisce nel momento in cui viene in essere una posizione lavorativa astrattamente idonea a legittimare l'iscrizione bensì quando vi sia l'effettiva iscrizione negli appositi elenchi, o albi, o ruoli conferma la circostanza secondo la quale per le lavoratrici autonome l'elemento integrativo della fattispecie occorrente per il sorgere del rapporto previdenziale è l'iscrizione negli elenchi ¹⁴⁴.

La tutela della maternità delle libere professioniste ha, invece, trovato il primo riconoscimento normativo nella legge 11 dicembre 1990 n. 379, le cui disposizioni sono state integralmente trasfuse nel Capo XII del T.U. e, successivamente, incisivamente innovate dalla legge 15 ottobre 2003 n. 289 «*Modifiche all'articolo 70*

¹⁴³ Cass. 12 luglio - 12 ottobre 2005 n. 19792 in www.cortedicassazione.it

¹⁴⁴CASOTTI A., GHEIDO M.R., *La costituzione del rapporto previdenziale è rimessa alla diligenza dell'interessata*, in GD, n. 43, 2005 p. 67.

*del Testo Unico di cui al Decreto Legislativo 26 marzo 2001, n. 151, in materia di indennità di maternità per le Libere Professioniste»*¹⁴⁵

In particolare, con quest'ultimo intervento legislativo, è stato introdotto un massimale all'importo dell'indennità di maternità erogabile a favore della professionista, ed è stato fissato l'evento parto quale momento temporale rilevante per l'individuazione del reddito per il calcolo dell'indennità di maternità ed è stato meglio precisato il reddito da prendere a base per il calcolo con il riferimento specifico al reddito da lavoro autonomo risultante dalla relativa dichiarazione fiscale.

E' riconosciuta un' indennità in favore delle libere professioniste¹⁴⁶ nella misura dei 5/12 dell' 80% del reddito professionale dichiarato nel secondo anno antecedente alla data del parto (o alla data dell'aborto, successivo al sesto mese, o alla data dell'ingresso del bambino nel nucleo familiare in caso di affidamento o adozione).

¹⁴⁵ Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 251 del 28 ottobre 2003

¹⁴⁶ Iscritte alle Casse o agli enti di cui all'allegato 4 della Legge 379/1990: Cassa nazionale del notariato; Cassa nazionale di previdenza ed assistenza forense; Ente nazionale di previdenza ed assistenza farmacisti; Ente nazionale di previdenza ed assistenza veterinari.; Ente nazionale di previdenza ed assistenza dei medici; Cassa nazionale di previdenza ed assistenza dei geometri liberi professionisti; Cassa nazionale di previdenza ed assistenza a favore dei dottori commercialisti; Cassa nazionale di previdenza ed assistenza per gli ingegneri ed architetti liberi professionisti; Cassa nazionale di previdenza ed assistenza a favore dei ragionieri e periti commerciali; Ente nazionale di previdenza ed assistenza per i consulenti del lavoro; Ente nazionale di previdenza ed assistenza per gli psicologi; Ente di previdenza dei periti industriali; Ente nazionale di previdenza ed assistenza a favore dei biologi; Cassa di previdenza ed assistenza a favore degli infermieri professionali, assistenti sanitarie e vigilatrici d'infanzia; Ente di previdenza ed assistenza pluricategoriale; Istituto nazionale di previdenza dei giornalisti italiani «G. Amendola», limitatamente alla gestione separata per i giornalisti professionisti; Ente nazionale di previdenza per gli addetti e gli impiegati in agricoltura, limitatamente alle gestioni separate dei periti agrari e degli agrotecnici.

L'erogazione dell'indennità è condizionata alla presentazione della domanda, a partire dal sesto mese della gravidanza ed entro il termine di 180 giorni dal parto, indipendentemente dall'effettiva astensione dall'attività lavorativa ¹⁴⁷.

Nel caso di aborto spontaneo o terapeutico intervenuto dopo il terzo mese della gravidanza ma prima del sesto, l'indennità spetta nella misura di 1/12 del reddito professionale come sopra individuato.

In ogni caso l'indennità non può essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione calcolata nella misura pari all'80% del salario minimo giornaliero ¹⁴⁸ e non è cumulabile con altre provvidenze eventualmente spettanti a carico di altri Istituti assicuratori e la relativa corresponsione è condizionata all'attestazione dell'inesistenza del diritto alle relative indennità.

L'erogazione indennitaria, come sopra sottolineato, spetta anche in favore delle professioniste che adottino o prendano in affidamento il bambino a condizione che quest'ultimo non abbia compiuto i 6 anni d'età; come si è avuto modo di vedere, in caso di adozione internazionale, tuttavia, la Corte Costituzionale ¹⁴⁹, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 72 del T.U., ha

¹⁴⁷ Si veda la sentenza della Corte Costituzionale n. 3/1998 e Cass.n. 4344/2002

¹⁴⁸ Come stabilito dall'art. 1 del D.L. 29 luglio 1981, n. 402 nella misura risultante, per la qualifica di impiegato, dalla tabella A e dai successivi decreti ministeriali di cui al secondo comma del medesimo articolo, né superiore a cinque volte l'importo minimo come sopra individuato.

¹⁴⁹ Corte cost. 23 dicembre 2003 n. 371 in www.giurcost.org/decisioni

dichiarato che il vincolo dell'età anagrafica ai fini della corresponsione dell'indennità non opera.

Gli artt. 78 e 83 del testo Unico definiscono la copertura degli oneri, si provvede con un contributo annuo a carico di ogni iscritto a casse di previdenza e assistenza per i liberi professionisti e con un contributo statale.

Le motivazioni sottostanti all'introduzione del massimale sono state quelle di evitare l'erogazione di indennità di importi incompatibili con la natura essenzialmente assistenziale dell'istituto, l'ancoraggio del reddito di riferimento per il calcolo alla data dell'evento parto anziché, come in precedenza, alla data di presentazione della domanda consegue, invece, alla necessità di non lasciare alla libera professionista la possibilità di effettuare valutazioni di convenienza economica per conseguire una provvidenza di carattere assistenziale.

Si è temuto, invero, che la libera professionista potesse, calibrando la data di presentazione della domanda in relazione al livello dei redditi prodotti, *orientare* il livello della prestazione assistenziale.

La modifica concernente la specifica definizione del reddito da porre a base per il calcolo dell'indennità risolve, invece, dubbi interpretativi che avevano avuto eco giurisprudenziale in ordine alla possibilità di prendere in considerazione redditi diversi da quelli

denunciati fiscalmente come redditi da lavoro autonomo ai fini del calcolo dell'indennità medesima.

La Suprema Corte, sezione lavoro ¹⁵⁰, aveva espresso il principio secondo cui il criterio di determinazione dell'indennità di maternità spettante alle libere professioniste (che, a norma dell'art. 1, comma 2, della Legge n. 379 del 1990, era basato sul riferimento al reddito percepito e denunciato ai fini fiscali dalla libera professionista nel secondo anno precedente a quello della domanda) trovava applicazione a prescindere dalla forma in cui in concreto fosse esercitata l'attività professionale e, in particolare, anche quando il reddito tratto da tale attività avesse avuto natura mista, professionale e di impresa, come si verifica per la farmacista titolare di farmacia.

Con la sentenza 10 giugno 2005 n. 12260 la Suprema Corte, proprio sulla scorta delle modificazioni apportate dalla legge n. 289/2003, ha integralmente rivisitato l'orientamento di cui sopra, con la conseguenza che ai fini dell'indennità di maternità, spettante alle libere professioniste va preso in esame soltanto il reddito professionale denunciato ai fini fiscali.

Al vaglio della Cassazione è stata poi sottoposta la questione relativa alle modalità di liquidazione dell'indennità nel caso in cui il periodo coperto da tutela - i 2 mesi antecedenti il parto ed i tre mesi

¹⁵⁰ Sentenze nn. 15222/2000, 19130/2003 del 20 gennaio 2005 n. 1102

successivi - si collocassero parzialmente in un periodo in cui la professionista non risultasse iscritta all'ente previdenziale ¹⁵¹.

Si è così stabilito che la situazione tutelata dalla disciplina della maternità delle libere professioniste non è l'evento fisico del parto ma la maternità nel suo complesso compreso il periodo di puerperio.

La disciplina della maternità è stata fatta oggetto di specifica attenzione anche da parte della Corte Costituzionale che ha dilatato ampiamente l'ambito della tutela.

In primo luogo la Corte Costituzionale, con sentenza n. 3 del 1998, ha dichiarato l'infondatezza dei dubbi di legittimità costituzionale sollevati con riferimento agli artt. 3, 32 e 37 della Costituzione dell'art. 1 L. n. 379/1990, nella parte in cui non prevedeva l'obbligo per la libera professionista di astenersi dall'attività professionale nel periodo di copertura.

La Corte ha, invece, osservato che la tutela della funzione materna cui è ispirata la normativa di tutela della maternità: *«può avvenire lasciando che la lavoratrice svolga la funzione familiare conciliandola con la contemporanea cura degli interessi professionali non confliggenti col felice avvio della nuova vita umana»*.

Da ultimo la Corte Costituzionale, con pronuncia del 14 ottobre 2005 n. 385 ¹⁵², ha ulteriormente esteso l'ambito di tutela in caso di affidamento, dichiarando l'illegittimità costituzionale degli

¹⁵¹ Cass. sentenza 22 dicembre 2001 n. 14814

¹⁵² Corte cost. 11 ottobre 2005 n. 385 in www.giurcost.org/decisioni.

artt. 70 e 72 del T.U. nella parte in cui non prevedono che al padre spetti in alternativa alla madre l'indennità di maternità attribuita solo a quest'ultima.

Le norme impugnate, riservando alla sola madre il diritto a percepire l'indennità, determinano un'ingiustificata disparità di trattamento fra i coniugi, in relazione all'interesse del marito a partecipare in egual misura rispetto alla moglie alla prima e più delicata fase dell'inserimento del minore in famiglia, nonché una disparità di trattamento tra liberi professionisti e lavoratori dipendenti (per i quali il diritto è, viceversa, contemplato), non giustificata dalle differenze sussistenti fra le due categorie.

Il T.U., infatti, ha testualmente riconosciuto il diritto all'indennità sia al padre adottivo, o affidatario, sia al lavoratore dipendente, escludendo, viceversa, coloro che esercitino una libera professione: questi ultimi non hanno, perciò, la facoltà di avvalersi del congedo, e dell'indennità, in alternativa alla madre.

Tale discriminazione rappresenta un *vulnus* sia del principio di parità di trattamento tra le figure genitoriali e fra lavoratori autonomi e dipendenti, sia del valore della protezione della famiglia e della tutela del minore.

Come si evince dalla *ratio* sottesa agli interventi normativi sopra ricordati nonché dalla lettura delle motivazioni dei precedenti della Corte, gli istituti nati a salvaguardia della maternità - in particolare i congedi ed i riposi giornalieri - non hanno più, come in

passato, il fine precipuo ed esclusivo di protezione della donna, ma «sono destinati alla difesa del preminente interesse del bambino che va tutelato non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente fisiologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della sua personalità»¹⁵³.

Pertanto se questo è il fine precipuo della disciplina il non riconoscere l'eventuale diritto del padre all'indennità costituisce un ostacolo alla presenza di entrambe le figure genitoriali, difatti la Corte conclude il ragionamento giuridico così «*Appare discriminatoria l'assenza di tutela che si realizza nel momento in cui, in presenza di una identica situazione e di un medesimo evento, alcuni soggetti si vedono privati di provvidenze riconosciute, invece, in capo ad altri che si trovano nelle medesime condizioni*».

¹⁵³ Tale principio era già stato affermato, seppur con toni diversi, nella sentenza della Corte cost. 21 aprile 1993 n. 179 sempre in www.giurcost.org/decisioni.

CAPITOLO III

La disciplina dei congedi parentali: l'emersione della figura del padre lavoratore

1. L'evoluzione storica dell'istituto dei congedi parentali.

Come si è avuto modo di approfondire nei capitoli precedenti, la l. 53/2000, prima, ed il Testo Unico, emanato con il D. Lgs. n. 151/2001, hanno inciso profondamente sul precedente quadro normativo coinvolgendo nella *neonata* nozione dei congedi parentali gli istituti dell'astensione facoltativa, dei riposi giornalieri nonché le assenze per malattia della prole.

Innanzitutto Il T.U. fornisce una conferma dell'inesorabile evoluzione terminologica che ha caratterizzato la riforma degli istituti oggetto del presente studio: l'astensione obbligatoria è stata sostituita, nominativamente, dal *congedo di maternità* e dal *congedo di paternità* e tale fenomeno trova la sua *ratio* in relazione alla circostanza che l'obbligatorietà non caratterizza più nessuno di questi istituti, sicuramente non quello del padre, che non è mai stato obbligato ad astenersi dal lavoro nonostante ne avesse il diritto, ma nemmeno quello della madre, stante la flessibilizzazione della fruibilità dell'istituto summenzionato ¹⁵⁴.

¹⁵⁴ PAPALEONI M., *Riposi giornalieri, permessi e congedi per la malattia del figlio*, in *GL*, n. 19, 2001, 34 ss.

Analizzando poi, la sistematizzazione dei congedi si intravede l'intenzione del legislatore di distinguere in modo più netto gli istituti che prima erano collegati in modo generico alla maternità.

Tale intento emerge in modo netto nelle scelte operate dal legislatore del 2000 laddove distingue chiaramente tra due aree separate: i congedi e dei riposi dei genitori e i congedi di maternità/paternità (corrispondenti questi ultimi alla vecchia astensione obbligatoria), a ben vedere solo i primi sono riferiti in modo neutro all'uno ed all'altro genitore, i secondi restano rivolti in modo esclusivo alla madre e, solo in via sussidiaria, al padre ¹⁵⁵.

Il legislatore, infatti, da un lato, ha inciso, nel Capo II, sulla disciplina delle astensioni dal lavoro che, anche se con qualche limitazione ¹⁵⁶, sono messe a disposizione di entrambi i genitori e dall' altro lato, nel Capo IV, ha modificato la normativa sull' astensione obbligatoria che, ancora primariamente, rimane riservata alla madre e, solo sussidiariamente, al padre.

Questa suddivisione apparentemente così rigida, presente nella legge 53/2000, come ha notato la dottrina più autorevole¹⁵⁷, soffre di due imperfezioni: in primo luogo, i correttivi alla disciplina

¹⁵⁵ OCCHINO A., *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *NLCC*, n. 6, 2001, 1228 ss.

¹⁵⁶ Tali limitazioni attengono principalmente a due fattori: le azioni positive nei confronti del padre che, come si avrà modo di approfondire successivamente, riguardano la norma promozionale che consente al padre lavoratore di elevare il limite semestrale – concesso dal legislatore per il congedo parentale – a sette mesi e quello complessivo a undici, e dal fatto che per i riposi giornalieri il padre ha una titolarità parziale seppur non sussidiaria.

¹⁵⁷ GOTTARDI D., *La disciplina del congedo do maternità e di paternità*, in *GL*, n. 19, 16 ss.

dei riposi giornalieri relativi al padre lavoratore sono stati inseriti nel Capo IV, precisamente nell' art. 13 (ora art. 32 del T.U.) rubricato «*astensioni dal lavoro del padre lavoratore*» anziché essere inseriti, come sarebbe stato logico *ratione materiae*, nel Capo II magari nell' art 3 riguardante i *congedi dei genitori*.

In secondo luogo proprio nell'art. 3 della l. 53/2000, dedicato ai congedi parentali, si parla, seppur marginalmente, dell' astensione obbligatoria ed in particolare nei punti relativi alla riscrittura della norma sulla indennità di previdenziale ed alla sua applicazione anche alle lavoratrici a domicilio e domestiche, anche se appare opportuno precisare che entrambe le norme citate sono ripetitive di disposizioni precedenti¹⁵⁸; quindi se è la legge a fissare la fattispecie dell'astensione obbligatoria della madre, *pre-partum* o *post-partum*, è ancora la legge a stabilire quando è il padre che posso usufruire di tale congedo in sua sostituzione¹⁵⁹.

Caratteristica essenziale di questi congedi è quella per cui è esclusa l'incidenza della volontà dei genitori in ordine alla ripartizione dei congedi: solo in presenza della fattispecie congegnata per la madre questa potrà astenersi dal lavoro, con esclusione del diritto del padre, solo in presenza della fattispecie

¹⁵⁸ Quindi, stante la distinzione tra *congedi parentali* e *congedi di maternità/paternità*, è possibile notare che mentre nella L. n. 53/2000 i congedi per malattia ed i riposi giornalieri sembrano inclusi nel concetto di congedi parentali, nel T.U. emanato in attuazione dell'art. 15 della stessa legge ne risultano esclusi e facenti categoria a se stante.

¹⁵⁹ Vedi art. 28, I comma, d. lgs. N. 151/2001

redatta appositamente per il padre questi potrà fruire del congedo con esclusione della madre.¹⁶⁰

Il *congedo* o *riposo*, dunque, può essere considerato «*dei genitori*» solo quando la fruizione parte dell'uno o dell'altro genitore non interferisce con la struttura del diritto di sospensione della prestazione lavorativa, bensì ne rappresenta una variante esterna nonché il risultato di una scelta concordata dai genitori (per il congedo parentale o per la malattia del bambino) o concessa alla madre (nel caso dei riposi giornalieri) e ciò avviene in tutti i casi in cui non è la legge a prestabilire rigidamente quale dei genitori possa fruire di un dato tipo di congedo¹⁶¹.

Necessaria appare una precisazione di carattere funzionale: all'interno della categoria dei congedi parentali confluiscono istituti genericamente accomunati dalla finalità di garantire al bambino l'assistenza di almeno un genitore, mirata o a permettere la presenza di almeno un genitore accanto al bambino per motivi insindacabili (congedi parentali e riposi giornalieri) ovvero esclusivamente finalizzata a garantire al bambino l'assistenza di un genitore in ragione di un presupposto specifico (ipotesi di malattia del bambino).

¹⁶⁰ Il legislatore della l. 53/2000 non ha inciso sulla configurazione generale degli istituti riformati, che sono rimasti quattro, e che continuano ad essere nominati anche nella legge "astensione obbligatoria", "astensione facoltativa", "riposi giornalieri e astensione per "malattia del bambino".

¹⁶¹ OCCHINO A., *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *NLCC*, n. 6, 2001, 1229

1.1. Configurazione giuridica del congedo parentale.

La configurazione dogmatica dei diritti riconosciuti ai genitori per consentire loro la cura dei figli risente, inevitabilmente, del peculiare modello di sovrapposizioni normative che il legislatore ha costruito attorno al diritto al godimento del congedo parentale.

Il destinatario naturale della disciplina previgente¹⁶², infatti, era senza dubbio la lavoratrice madre biologica, alla quale bastava, per esercitare il diritto di assentarsi dal lavoro, semplicemente darne comunicazione al datore di lavoro ed all'istituto assicuratore eventualmente tenuto al versamento della relativa indennità, senza necessità di nessun' altra formalità.

La constatazione che il godimento del periodo di astensione era subordinato alla mera comunicazione da parte della lavoratrice della propria volontà ha consentito di riconoscere a tale facoltà natura di *diritto potestativo*, privando di efficacia qualsiasi diniego opposto dal datore di lavoro ¹⁶³, tali regole con il tempo sono poi state estese anche alle lavoratrici madri adottive o affidatarie ¹⁶⁴ ed ai lavoratori padri, anche adottivi e affidatari ¹⁶⁵. Nei confronti dei lavoratori padri, anche adottivi ed affidatari, l'art. 7 della L. 903/1977 riconosceva loro il diritto di assentarsi dal lavoro

¹⁶² Art. 7 L. 1204/1971.

¹⁶³ VALLAURI M.L., *Il congedo parentale*, in (a cura di) GOTTARDI D. – DEL PUNTA R. *I nuovi congedi*, Il sole 24ore, Milano, 2001, 45 ss.

¹⁶⁴ Art. 6 L. 903/1977.

¹⁶⁵ Art 7 L. 903/1977.

solamente in *alternativa* alla madre che vi avesse espressamente rinunciato o nel caso in cui il figlio fosse stato affidato esclusivamente al padre: la norma attribuiva chiaramente al padre lavoratore, nel caso in cui anche la madre fosse lavoratrice, un *diritto derivato*, in particolare dalla rinuncia della madre ad avvalersene ¹⁶⁶.

Il IV comma dell' art. 32 del T.U. stabilisce che «*Il congedo parentale spetta al genitore richiedente anche qualora l'altro genitore non ne abbia diritto*»; la precisazione è di estremo rilievo in quanto, nel riconoscere l' esistenza, in capo al padre lavoratore, di un diritto potestativo ad assentarsi dal lavoro, affranca questo genitore sia dalla rinuncia della madre del bambino ad esercitare il proprio diritto sia, implicitamente, dall'effettiva sussistenza in capo ad essa della titolarità del diritto *de quo*.

Alla luce della nuova dizione della norma, il diritto di ciascun genitore può dunque essere qualificato sia come un *diritto/dovere* di educare i figli sia come un diritto soggettivo di fonte legale attribuito ad entrambi i soggetti in via primaria senza alcuna derivazione dal corrispondente diritto dell'altro genitore ¹⁶⁷; tale interpretazione, inoltre, appare in perfetta armonia sia con l' art. 147 c.c. che recita «*Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità,*

¹⁶⁶ GOTTARDI D., *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in *LD*, 1999, 512.

¹⁶⁷ OCCHINO A., *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *NLCC*, n. 6, 2001, 1246

dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli» sia con in precetto contenuto nell' art. 30, I comma, della Costituzione «È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio».

In tale schema dogmatico gioca anche un ruolo fondamentale il sistema di *contitolarità* del congedo parentale.

L' istituto in tal modo è fortemente caratterizzato dalla interazione delle scelta dei due genitori sia relativamente alla massima fruizione individuale, o di coppia, sia relativamente all' indennità che il datore di lavoro deve corrispondere al dipendente che sceglie di fruire del congedo parentale. Ed è proprio in considerazione di questo meccanismo che il diritto *iure proprio*, attribuito, in via astratta, a ciascun genitore in modo pieno ed esclusivo, finisce in concreto per essere limitato dalla scelta operata dall' altro genitore.

Alla luce di quanto esposto si può dedurre che dal punto di vista strutturale l'istituto del congedo parentale può inquadrarsi alla stregua di un potere di astensione dal lavoro a *titolarità piena*, ma ad *esercizio reciprocamente condizionato* dalla circostanza della non fruizione altrui, proprio secondo lo schema della condizione potestativa negativa.

«Le parti possono subordinare l'efficacia o la risoluzione del contratto o di un singolo patto a un avvenimento futuro ed incerto», così recita l' art. 1353 c.c. la condizione, quindi, è l' «avvenimento

futuro ed incerto» al quale le parti intendono subordinare l'efficacia o la risoluzione del contratto o di una singola pattuizione negoziale; si tratta di un tipico elemento accessorio del negozio¹⁶⁸ che può essere o meno presente all'interno del regolamento contrattuale senza che ciò implichi conseguenze in ordine alla validità dello stesso, ed infatti come è noto il contratto sottoposto a condizione è perfetto, la condizione incide unicamente sulle conseguenze di esso, ossia sulla sua attitudine a produrre effetti giuridici.

A seconda, poi, se posta dalle parti o prevista autoritativamente dalla legge, la condizione sarà volontaria o legale.

Nel primo caso sarà tipica espressione dell'autonomia privata e potrà essere voluta dalle parti sia in modo diretto ed immediato, a mezzo di una specifica statuizione, sia in modo indiretto, *ex art.* 1340 c.c.¹⁶⁹. Nella seconda ipotesi, invece, ovvero quando la condizione è imposta dalla legge essa sarà contenuta in una disciplina eteronoma rispetto all'autoregolamentazione frutto dalla volontà dei privati.

Tali precisazioni consentono una riflessione: l'inquadramento del congedo parentale come diritto/dovere sottoposto a condizione potestativa reciproca non può comunque

¹⁶⁸ GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, E.S.I. 2003, p. 9; GALGANO F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Cedam 1990, p. 276.

¹⁶⁹ L'art. 1340 c.c. così statuisce «*Clausole d'uso_ Le clausole d'uso s'intendono inserite nel contratto, se non risulta che non sono state volute dalle parti*»

considerarsi esaustivo in quanto l'esercizio dello stesso può avvenire da parte dei genitori in maniera contemporanea ¹⁷⁰.

Tale circostanza è confermata, seppur *a contrario*, dal fatto che il legislatore, laddove voleva che la fruizione dei congedi avvenisse esclusivamente in maniera *alternata* tra i genitori, è stato molto esplicito, per esempio nell'ipotesi del congedo per malattia del figlio, Capo VII del T.U.; in merito alla fruizione dei congedi parentali, invece, nulla è stato statuito in proposito ¹⁷¹.

2. Il congedo parentale. Contenuto e modalità di fruizione.

E' negli articoli 32 – 38, del Capo V del T.U. che è compresa la disciplina dei cosiddetti *congedi parentali*.

La nuova normativa, contenuta nell'art. 32 del T.U., riconosce a ciascun genitore il diritto facoltativo di astenersi dal lavoro per la cura di ogni bambino nei suoi primi otto anni di vita ed il primo comma precisa che, in ogni caso, tale periodo non può «*complessivamente eccedere il limite di dieci mesi, fatto salvo il disposto del II comma del presente articolo*»; il secondo comma, stabilisce la possibilità di elevare il tempo massimo del congedo parentale fino ad undici mesi «*qualora il padre lavoratore eserciti il*

¹⁷⁰ Tale possibilità era impedita nel precedente disegno di legge n. 4642. In proposito si veda GOTTARDI D., *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in *LD*, 1999, 513.

¹⁷¹ DEL PUNTA R., *La sospensione del rapporto di lavoro*, in *Il codice civile – Commentario (artt. 2110 –2111)*, diretto da SCHLESINGER P., Giuffrè, 1992, 671 ss.

diritto di astenersi dal lavoro per un periodo continuativo o frazionato non inferiore a tre mesi».

A differenza della legge n. 903/1977, che riconosceva il diritto di astenersi dal lavoro anche al padre, ma esclusivamente nelle ipotesi in cui la madre vi avesse rinunciato, il T.U. attribuisce tale diritto a ciascun genitore indipendentemente dalla rinuncia dell'altro, quindi anche al padre, a prescindere da una rinuncia della madre in tal senso ¹⁷².

Ma vi è di più: il diritto di astenersi dal lavoro spetta al genitore richiedente anche qualora l'altro genitore non ne abbia diritto perché, ad esempio, non svolge alcuna attività di lavoro o perché svolge un lavoro non in forma subordinata.

Ciò si traduce, come accennato nel paragrafo 1.1 del presente capitolo, nella concreta possibilità che l'esercizio del diritto al *congedo parentale* possa anche essere fruito contemporaneamente da entrambi i genitori, diversamente da quanto avviene per la richiesta di permessi per la malattia del figlio che, invece, risulta legittima solo ed esclusivamente se i genitori se ne avvalgono alternativamente.

Con il riconoscimento, in capo al padre lavoratore, dell'esistenza di un diritto potestativo *iure proprio* ad assentarsi dal lavoro – al quale corrisponde un dovere di adempiere da parte del datore di lavoro – si affranca questo genitore sia dalla rinuncia della

¹⁷² VALLAURI M. L., *Il congedo parentale*, in (a cura di) GOTTARDI D. – DEL PUNTA R. *I nuovi congedi*, Il sole 24ore, Milano, 2001, 47.

madre del bambino a esercitare il proprio diritto sia dall'effettiva sussistenza in capo a essa della titolarità del diritto *de quo*.

Appare opportuno richiamare l'attenzione sulla circostanza per la quale l'arco temporale entro il quale i genitori possono usufruire del periodo di sospensione della prestazione lavorativa: fino all'ottavo anno di età del bambino, inoltre la durata stessa del congedo è stata a sua volta completamente estesa, potendo ciascun genitore godere di sei mesi di congedo, fino ad un totale complessivo di dieci mesi per ogni bambino ¹⁷³.

Peraltro qualora il padre eserciti il proprio diritto per più di tre mesi, il periodo della sua legittima astensione può prolungarsi fino agli undici mesi, mentre – laddove uno dei genitori sia rimasto solo – questi potrà usufruire individualmente di dieci mesi di congedo ¹⁷⁴.

L'ulteriore novità introdotta con il T.U. riguarda la scelta operata dal legislatore di riconoscere il diritto al congedo con riferimento ad *ogni bambino*; il carattere innovativo di tale disposizione non emerge tanto considerando le ipotesi di fratelli nati a distanza di tempo uno dall'altro, ma guardando i casi di parto gemellare o plurigemellare: in tali ipotesi ciascun genitore avrà diritto a fruire di più periodi di congedo parentale in proporzione al numero dei figli nati.

¹⁷³ Le modalità attraverso le quali devono risultare le suddette condizioni sono indicate nella circolare Inps n. 8/2003.

¹⁷⁴ VALLAURI M.L., *Il congedo parentale*, in (a cura di) GOTTARDI D. – DEL PUNTA R. *I nuovi congedi*, Il sole 24ore, Milano, 2001, 50.

La domanda di congedo deve essere accompagnata dal certificato di nascita da cui risulti la maternità e la paternità (o anche da una dichiarazione sostitutiva), da una dichiarazione non autenticata di responsabilità dell'altro genitore relativa agli eventuali periodi di congedo parentale già goduti per lo stesso figlio ovvero da una dichiarazione relativa alla qualità di non avente diritto all'astensione; a tale documentazione dovrà, inoltre, essere allegata una denuncia dei periodi di congedo già fruiti dal richiedente nonché una dichiarazione di impegno a comunicare le eventuali variazioni di detto stato ¹⁷⁵.

Orbene, poiché il diritto al congedo parentale può essere fruito sia in modo *continuativo* che in modo *frazionato*, e quindi può anche essere utilizzato per un solo giorno, è evidente che esigenze di organizzazione del lavoro e di correttezza delle parti nello svolgimento dei propri compiti hanno reso opportuno subordinare l'esercizio di tale diritto ad un *preavviso* da dare al datore di lavoro. Il III comma dell'art 32 «*Ai fini dell'esercizio del diritto di cui al comma 1, il genitore e' tenuto, salvo casi di oggettiva impossibilita', a preavvisare il datore di lavoro secondo le modalita' e i criteri definiti dai contratti collettivi, e comunque con un periodo di preavviso non inferiore a quindici giorni*»¹⁷⁶.

¹⁷⁵ E' una dichiarazione diversa da quella prevista nell'art. 50 del T.U. che, in materia di assenze per malattie del bambino, richiede la presentazione di una dichiarazione rilasciata ai sensi dell'art. 47, D.P.R. 28 dicembre 2000 n.445.

¹⁷⁶ Va precisato che la circolare INPS 6 giugno 2000 n. 109, che forniva disposizioni applicative sulla l. 8 marzo 2000 n. 53, al punto 1.3 ha chiarito che la

La *ratio* che presiede questa disposizione è rinvenibile nell'intento perseguito dal legislatore di minimizzare le conseguenze che l'imprenditore, inevitabilmente, subisce in termini organizzativi, permettendogli di provvedere, ad esempio, alla tempestiva assunzione a termine di un sostituto del genitore in congedo ¹⁷⁷. Non va sottaciuto che sarebbe stato sicuramente più vantaggioso, per il datore di lavoro, che la contrattazione collettiva stabilisse per il preavviso un termine minimo di almeno un mese, in modo da rendere utilizzabile la previsione dell' art. 4, comma 2, del T.U. che appunto prevede la possibilità per l'imprenditore « (...) di assumere personale a tempo determinato e di personale temporaneo, in sostituzione di lavoratrici e lavoratori in congedo».

E' anche vero che un termine di preavviso così lungo potrebbe rivelarsi difficilmente gestibile da parte dei genitori, in quanto non è detto che essi siano in grado di prevedere, con un così largo anticipo, il periodo entro il quale intendono sospendere ciascuno la propria prestazione.

A tale inconveniente potrebbe ovviare la clausola di salvezza, contenuta nell' art. 32, comma III, T.U., la quale esclude l' operatività della regola del preavviso nei casi in cui sussista un'oggettiva impossibilità per il prestatore di comunicare con il

frazionabilità comporta la ripresa effettiva del lavoro tra un periodo e l'altro di astensione il che implicherebbe un obbligo per il genitore di rientrare al lavoro, almeno per un giorno, una volta sopraggiunta la data fissata nella comunicazione iniziale fatta al datore di lavoro come termine finale del periodo di sospensione della prestazione.

¹⁷⁷ Art. 4 comma 2 del T.U.

dovuto anticipo la volontà di fruire del congedo; in simili ipotesi il lavoratore potrà assentarsi dal lavoro semplicemente dandone comunicazione al proprio datore al fine di non incorrere sanzioni disciplinari per assenza ingiustificata ¹⁷⁸.

Seppur in linea con la direttiva comunitaria n. 96/34/CE che - invitando gli Stati membri a fissare i termini del preavviso che il genitore lavoratore deve dare al datore di lavoro allorché intendesse esercitare il diritto al congedo parentale - stabiliva che il preavviso fosse comprensivo dell' indicazione della data d'inizio e di fine del congedo, è interessante notare che il legislatore italiano non ha attuato la direttiva laddove, nella clausola 2.3 lettera d), richiedeva anche di definire le circostanze in cui il datore di lavoro «(...) è autorizzato a rinviare la concessione del congedo parentale per giustificati motivi attinenti al funzionamento dell'impresa ».

Senza dubbio anche questa scelta operata dal legislatore italiano è una indiretta quanto forte conferma, in modo inequivocabile, la seria e decisa volontà di anteporre a qualsiasi altra pretesa di carattere economico la cura dei minori e la ripartizione delle responsabilità familiari tra i genitori ¹⁷⁹.

¹⁷⁸ VALLAURI M.L., *Il congedo parentale*, in (a cura di) GOTTARDI D. - DEL PUNTA R. *I nuovi congedi*, Il sole 24ore, Milano, 2001, 51.

¹⁷⁹ LENSÌ C., *La tutela ed il sostegno della maternità e della paternità*, in *Codice delle pari opportunità* (a cura di DE MARZO G.), 2007,450.

2.1. Segue. Congedi “congiunti” e sistemi di controllo.

Un’ ulteriore novità che affiora dal dato normativo è rappresentata dalla individuazione dei soggetti destinatari delle disposizioni contenute nel T.U..

L’art. 32 stabilisce che «*ciascun genitore ha diritto di astenersi dal lavoro*», quindi sia la madre che il padre godono della facoltà di sospendere la rispettiva prestazione lavorativa per accudire il figlio, indipendentemente dalla condizione lavorativa in cui versi l’altro genitore, sia esso lavoratore autonomo, libero professionista, lavoratore a domicilio, addetto ai servizi domestici ovvero anche inoccupato.

Dal momento che la lavoratrice madre era titolare di questo potere anche nella vigenza della precedente normativa, è evidente che la scelta operata dal legislatore del T.U. ha avuto una portata innovativa esclusivamente se riferita al lavoratore-padre.

Il legislatore non ha statuito nulla riguardo le motivazioni necessarie alla fruizione del congedo, consentendo in tal modo a ciascun genitore di sospendere la propria prestazione lavorativa anche solo per trascorrere con il proprio figlio un periodo al fine di seguirlo nella crescita dei suoi primi, delicati anni di vita ¹⁸⁰.

Va, altresì detto che, nell’arco di tempo intercorrente tra il compimento del terzo e dell’ ottavo anno di vita del bambino è

¹⁸⁰ VALLAURI M.L., *Il congedo parentale*, in (a cura di) GOTTARDI D. – DEL PUNTA R. *I nuovi congedi*, Il sole 24ore, Milano, 2001, 56.

possibile che il congedo parentale sia utilizzato anche per assistere il figlio malato, infatti il II comma dell'art. 47 del T.U.¹⁸¹, che disciplina i congedi per malattia del figlio, riconosce a ciascun genitore il diritto di *«astenersi (alternativamente) dal lavoro, nel limite di cinque giorni lavorativi all'anno, per le malattie di ogni figlio di età compresa tra i tre e gli otto anni di vita»*.

Passati i cinque giorni previsti dall' art. 47, dunque, il genitore potrà avvalersi dell' istituto del congedo parentale per assistere il minore ammalato, ed in tale occasione il genitore lavoratore potrà fruire dello stesso immediatamente senza alcuna necessità di presentare alcuna documentazione, infatti la fattispecie descritta configura una ipotesi di impossibilità oggettiva che esonera il prestatore da qualsiasi onere.

Analizzato il rapporto che sussiste tra il congedo per malattia del figlio e l' istituto del presente studio appare opportuno approfondire, brevemente, il regime di compatibilità della fruizione di questa forma di congedo con il godimento, da parte dell'altro

¹⁸¹ Che così recita *«Entrambi i genitori, alternativamente, hanno diritto di astenersi dal lavoro per periodi corrispondenti alle malattie di ciascun figlio di età non superiore a tre anni. Ciascun genitore, alternativamente, ha altresì diritto di astenersi dal lavoro, nel limite di cinque giorni lavorativi all'anno, per le malattie di ogni figlio di età compresa fra i tre e gli otto anni. Per fruire dei congedi di cui ai commi 1 e 2 il genitore deve presentare il certificato di malattia rilasciato da un medico specialista del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato.*

4. La malattia del bambino che dia luogo a ricovero ospedaliero interrompe, a richiesta del genitore, il decorso delle ferie in godimento per i periodi di cui ai commi 1 e 2. Ai congedi di cui al presente articolo non si applicano le disposizioni sul controllo della malattia del lavoratore. Il congedo spetta al genitore richiedente anche qualora l'altro genitore non ne abbia diritto»

genitore, delle diverse tipologie di sospensione della prestazione lavorativa previste nel T.U..

Si è già avuto modo di accennare che sia la madre che il padre possono utilizzare contemporaneamente il congedo parentale, con l'unico limite temporale di non superare il limite massimo complessivo dei dieci mesi ed il limite massimo individuale di sei mesi (che diventano sette per il padre nelle ipotesi in cui si astenga dalla prestazione lavorativa per un periodo superiore ai tre mesi). Orbene, la circostanza per cui è possibile che la fruizione avvenga anche contemporaneamente da entrambi i genitori trova una indiretta conferma nell'art. 47 del T.U. che disciplina il congedo per la malattia del figlio ¹⁸².

Il primo comma dell'art. 47 del T.U. ci dice, infatti, che «Entrambi i genitori, alternativamente, hanno diritto di astenersi dal lavoro per periodi corrispondenti alle malattie di ciascun figlio di età non superiore ai tre anni» di talché se il legislatore avesse inteso estendere il predetto divieto di fruizione contemporanea al congedo parentale lo avrebbe certamente fatto attraverso una esplicita dichiarazione, proprio alla luce del fatto che si tratta di un aspetto saliente dell'istituto oggetto di questa analisi ¹⁸³.

Ulteriore conferma di tale scelta legislativa si ritrova nella circostanza che il legislatore della l. 53/2000 ha abrogato

¹⁸² OCCHINO A., *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *NLCC*, n. 6, 2001, 1243 ss

¹⁸³ GOTTARDI D., *I congedi parentali entrano nel nostro ordinamento*, in *GL*, 2000, 9, p. 13

espressamente l'art. 7 della l. 903/1977 che disponeva che il padre lavoratore potesse assentarsi dal lavoro *esclusivamente* in via alternativa alla madre.

Né, da ultimo, va sottaciuto che nella circolare INPS n. 109 del 6 giugno 2000 al IV capoverso del paragrafo 1.3. si legge «*La madre ed il padre possono utilizzare l'astensione anche contemporaneamente*» la previsione, in tal modo, riconosce la piena compatibilità tra le varie tipologie di congedo previste dalla legge¹⁸⁴.

Un cenno particolare merita l'istituto, prevista dall'art. 33 del T.U., del prolungamento del congedo parentale richiesta dai genitori¹⁸⁵ che devo assistere un minore affetto da handicap grave; tale articolo così recita «*La lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre di minore con handicap in situazione di gravità accertata ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104*¹⁸⁶, hanno diritto al prolungamento fino a tre anni del congedo parentale a condizione che il bambino non sia ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati.»

La legge, comunque, consente ai genitori che si trovino in tale difficile situazione, in alternativa al prolungamento del congedo, di poter usufruire dei riposi di cui all'articolo 42, comma I, T.U.. L'ultimo comma precisa che «*Resta fermo il diritto di fruire del*

¹⁸⁴ VALLAURI M.L., *Il congedo parentale*, in (a cura di) GOTTARDI D. – DEL PUNTA R. *I nuovi congedi*, Il sole 24ore, Milano, 2001, 54.

¹⁸⁵ Tale congedo prolungato spetta al genitore richiedente anche se l'altro non ne abbia diritto

¹⁸⁶ Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, pubblicata in G. U. 17 febbraio 1992, n. 39, S.O.

congedo di cui all'articolo 32. Il prolungamento di cui al comma 1 decorre dal termine del periodo corrispondente alla durata massima del congedo parentale spettante al richiedente ai sensi dell'articolo 32.» di talché ne deriva che il prolungamento del congedo parentale è riconoscibile, indipendentemente dal diritto dell'altro genitore:

- alla madre, trascorsi 6 mesi dalla fine del congedo di maternità;
- al padre, trascorsi 7 mesi dalla data di nascita del figlio;
- al genitore solo, trascorsi 10 mesi decorrenti:
- in caso di madre *sola*, dalla fine del congedo di maternità;
- in caso di padre *solo*, dalla nascita del minore o dalla fruizione dell'eventuale congedo di paternità ¹⁸⁷.

Chiarito anche questo aspetto appare opportuno specificare come, in tale materia, il legislatore non abbia previsto un sistema di controllo al quale il datore di lavoro possa ricorrere per accertare la legittimità del godimento delle diverse fattispecie di sospensione della prestazione lavorativa connesse alla nascita, o all'ingresso in famiglia, di un figlio ed infatti non vi è alcuna traccia di strumenti giuridici, forniti al datore di lavoro, attraverso i quali egli possa, in concreto, accertare l'effettiva esistenza del diritto del genitore lavoratore a sospendere la propria prestazione ed il corretto utilizzo del congedo da parte di quest'ultimo per accudire il figlio.

¹⁸⁷ Messaggio INPS n. 22578 del 17.9.2007 che ha corretto quanto definito dalla circolare INPS n. 133 del 17 luglio 2000.

Questa esigenza è particolarmente sentita al fine di conoscere il periodo di congedo che ancora può essere fruito dal lavoratore sia in relazione al tempo da lui stesso già utilizzato al medesimo scopo, sia in relazione ai periodi di astensioni goduti dall'altro genitore.

Appare opportuno sottolineare che, seppur entrambi i genitori sono titolari singolarmente del diritto *iure proprio*, essi ne possono fruirne solo entro un limite temporale massimo – che si è visto essere di dieci o, in ipotesi particolari, di undici mesi – che viene calcolato sommando i periodi di astensione dal lavoro goduti da ciascuno dei genitori ¹⁸⁸. Alla luce di quanto esposto appare evidente che il datore di lavoro è portatore di un interesse giuridicamente rilevante a sapere quanto è stato assente, ed a quale titolo, il coniuge o compagno del proprio dipendente, ma il datore potrà soddisfare tale – legittima ! - esigenza solo attraverso la spontanea collaborazione del dipendente. Le uniche indicazioni in merito al comportamento del prestatore di lavoro che si avvale del congedo parentale si ravvisano nella già citata circolare dell' INPS n. 109/2000 ¹⁸⁹.

¹⁸⁸ OCCHINO A., *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *NLCC*, n. 6, 2001, 1234.

¹⁸⁹ Il paragrafo 1.5 della circolare INPS n. 109/2000 stabilisce i requisiti per la domanda della madre: a) certificato di nascita da cui risulti la paternità e la maternità o certificazione da cui risultino gli stessi elementi ovvero dichiarazione sostitutiva, sempre che la documentazione non sia già stata presentata; b) dichiarazione non autenticata di responsabilità del padre relativa agli eventuali periodi di astensione facoltativa dallo stesso fruiti per il figlio di cui trattasi (con indicazione del datore di lavoro per i lavoratori dipendenti), ovvero dichiarazione relativa alla sua qualità di non avente diritto all'astensione (libero professionista, autonomo, a domicilio o addetto ai servizi domestici); c) analoga dichiarazione della madre dei periodi di astensione facoltativa dalla stessa eventualmente già fruiti; d) impegno di entrambi i genitori a comunicare eventuali variazioni successive.

2.2. Il trattamento economico e previdenziale.

Per quanto riguarda il trattamento economico per il periodo di astensione dal lavoro cosiddetto *congedo parentale*, l'art. 34 del T.U. prevede che siano coperte - sia con una indennità pari al 30% della retribuzione sia attraverso l'istituto della contribuzione figurativa - solo le prime sei mensilità complessivamente fruiti dai genitori entro il terzo anno di vita del bambino ¹⁹⁰; fuori da queste ipotesi l'indennità è dovuta solo laddove il reddito del genitore lavoratore sia inferiore di 2,5 volte l'importo del trattamento minimo di pensione ¹⁹¹.

Nelle situazioni da ultimo descritte, nonché nelle ipotesi in cui non spetti l'indennità, è comunque sempre dovuta la contribuzione figurativa, attribuendo come valore retributivo per tale periodo il 200% del valore massimo dell'assegno sociale proporzionato ai periodi di riferimento ¹⁹².

La domanda del padre: a) certificato di nascita da cui risulti la paternità e la maternità o certificazione da cui risultino gli stessi elementi ovvero dichiarazione sostitutiva, sempre che la documentazione non sia già stata presentata; b) dichiarazione non autenticata di responsabilità della madre relativa agli eventuali periodi di astensione facoltativa dalla stessa fruiti per il figlio di cui trattasi, con indicazione del datore di lavoro se lavoratrice dipendente ovvero dichiarazione relativa alla sua qualità di non avente diritto all'astensione (libera professionista, lavoratrice a domicilio o addetta ai servizi domestici, ecc.); c) analoga dichiarazione del padre dei periodi di astensione dallo stesso eventualmente già fruiti; d) impegno di entrambi i genitori a comunicare eventuali variazioni successive.

¹⁹⁰ ENRICO C. e MINALE E., *La disciplina del congedo parentale nel Testo Unico*, in *GL*, n.19, 2001, 24 ss.

¹⁹¹ DI NUNZIO P., *La nuova tutela della maternità e della paternità*, in *GL*, 2000, n. 12, 10.

¹⁹² Sul valore massimo dell'assegno sociale CINELLI M., *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 1998, 447; MAZZIOTTI F., *Diritto della previdenza sociale*, Napoli, 1998, 184

L'art. 34 del T.U. statuisce che «*Per i periodi di congedo parentale di cui all'art. 32 alle lavoratrici e ai lavoratori è dovuta, fino al terzo anno di vita del bambino, un'indennità pari al 30% della retribuzione, per un periodo massimo complessivo tra i genitori di sei mesi. L'indennità è calcolata secondo quanto previsto all'articolo 23, ad esclusione del comma 2 dello stesso*»

In concreto, quindi, per determinare la misura dell'indennità, bisogna fare riferimento alla «*retribuzione media globale giornaliera del periodo di paga quadsirettimanale o mensile scaduto ed immediatamente precedente a quello nel corso del quale ha avuto inizio il congedo di maternità*». All'importo così determinato deve poi essere aggiunto il rateo giornaliero relativo alla gratifica natalizia o alla tredicesima mensilità e agli altri premi o mensilità o trattamenti accessori eventualmente erogati alla lavoratrice ¹⁹³. Per retribuzione media globale giornaliera si intende l'importo che si ottiene dividendo per trenta l'importo totale della retribuzione del mese precedente a quello nel corso del quale ha avuto inizio il congedo.

Per chiarezza espositiva appare opportuno precisare che per molti anni, sul presupposto che il trattamento economico relativo alle astensioni per la cura dei minori avesse natura di indennità assicurative e non che si trattasse di retribuzione in senso stretto, si

¹⁹³ Il III comma dell'art. 23 del T.U. precisa, inoltre, che concorrono a formare la retribuzione gli stessi elementi che vengono considerati agli effetti della determinazione delle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria per le indennità economiche di malattia.

è ritenuto che il valore della retribuzione restasse cristallizzato al momento iniziale della sospensione della prestazione lavorativa ¹⁹⁴.

Secondo la nuova disciplina, quindi, non sorge alcun problema se solo uno dei due genitori è un lavoratore subordinato in quanto egli avrà diritto a fruire delle mensilità di sua pertinenza quando vuole e nella loro interezza, sia che ne fruisca in modo continuativo o frazionato, beneficiando contemporaneamente sia della corrispondente indennità sia della copertura contributiva, ovviamente se il reddito iniziale del lavoratore è superiore ai minimi indicati, egli percepirà il trattamento economico soltanto entro il terzo anno di vita del bambino ¹⁹⁵.

Se invece entrambi i genitori sono lavoratori subordinati si verificano delle sovrapposizioni di diritti, dato che, in primo luogo, la somma delle rispettive mensilità (dodici o tredici) configge con il limite massimo di quelle usufruibili (dieci o undici), sicché *prior in tempore potior in iure*, e dato che in secondo luogo, le mensilità assistite sono solo le prime sei usufuite entro i primi tre anni di vita del bambino sicché, anche in tal caso, vale il principio per cui il genitore che per primo fruisca dell'astensione facoltativa è il solo a beneficiare anche del relativo trattamento economico.

Per quanto riguarda le coppie che avranno la possibilità di gestire in modo consensuale il predetto sistema, questo presenterà

¹⁹⁴ Corte Cost. 7 Luglio 1980 n. 106 in *NLCC*, 1981, con nota di MATTAROLO G. *Indennità di maternità e funzione familiare della lavoratrice*, 171ss.

¹⁹⁵ Nell'ipotesi in cui fosse il padre lavoratore e gli percepirebbe tale trattamento solo per i sei mesi e non per sette mesi.

il pregio di riuscire a assegnare risorse sia temporali che economiche scarse, lasciando liberi i genitori di definire un modello di distribuzione interna delle stesse peculiare alla singola famiglia e, presumibilmente, di servirsi a tal fine di prevedibili criteri orientativi pratici, riferiti sia al bene «*massimo periodo di congedo parentale*» sia al bene «*massima percezione della relativa indennità*»¹⁹⁶.

Orbene non è questa la sede per valutare ed approfondire la vastissima e complicatissima casistica poiché ogni ripartizione potrebbe essere strategicamente studiata dai due genitori in modo tale da ottenere il massimo delle indennità del 30% - cui ovviamente corrisponderà la perdita del 70% della retribuzione – nonché la massima realizzazione del proprio obiettivo educativo¹⁹⁷.

Il fenomeno della coppia in cui il genitore maschio guadagna di più è ancora così diffuso che nelle applicazioni pratiche la norma rischia di lasciar perpetuare la tendenza all'astensione della donna, dato che in tal caso il costo della fruizione del congedo risulta minore per il reddito familiare complessivo ¹⁹⁸. Se da un lato emerge forte l'intenzione del legislatore di indurre i genitori al dialogo per un utilizzo consensuale delle mensilità, per altro verso , dal punto di vista giuridico, interessa piuttosto verificare la tenuta della norma in caso di conflitto – o in caso di non consenso – sull'utilizzo

¹⁹⁶ OCCHINO A., *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *NLCC*, n. 6, 2001, 1245.

¹⁹⁷ VALLAURI M.L., in DEL PUNTA R. – LAZZERONI L. – VALLAURI M.L., in *I congedi parentali*, 2000, 26 ss.

¹⁹⁸ SCARPONI S., *Il lavoro delle donne tra produzione e riproduzione: profili costituzionali e citizenship*, in *Lav e Dir*, 2001, 103.

ponendosi, parallelamente, una interessante questione circa la configurazione dogmatica del diritto di ciascun genitore. La regola presupposta dal legislatore è soltanto quella della *priorità* dell'utilizzo del proprio diritto da parte di un genitore rispetto all'altro; solo chi usufruisce prima dell'altro del massimo delle mensilità a sua disposizione può appunto esercitare per intero il proprio diritto, mentre chi resta in attesa rischia di vederlo vanificare almeno in parte.

Appare necessario fare un breve cenno sul decorso dell'anzianità di servizio durante il periodo di sospensione della prestazione lavorativa per congedo parentale. Non è stata innovata la disciplina precedente ¹⁹⁹, ed infatti l'art. 34 del T.U. al V comma, dispone che «*I periodi di congedo parentale sono computati nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie ed alla tredicesima mensilità o alla gratifica natalizia*»; le esclusioni indicate (la tredicesima e le ferie) sono da considerarsi eccezionali e, di conseguenza tassative ²⁰⁰.

3. Un nuovo concetto di paternità ?

Nell'ultimo ventennio, soprattutto nei paesi di lingua inglese e scandinava, si è manifestato un crescente interesse, sia in ambito

¹⁹⁹ Ex art. 7, III comma, l. 1204/71.

²⁰⁰ DEL PUNTA R., *La sospensione del rapporto di lavoro*, in *Il codice civile – Commentario (artt. 2110 –2111)*, diretto da SCHLESINGER P., Giuffrè, 1992, 710; VACCARO M., *La sospensione del rapporto di lavoro*, Napoli, 1983, 8 ss.

sociologico che in ambito giuridico, nei confronti del cambiamento della *paternità*; tale interesse comincia ad essere stimolato, seppur in modo più limitato, in Italia.

L'interesse degli studiosi ha origine nelle trasformazioni che hanno investito il ruolo sociale del padre e il modo in cui i padri stessi si percepiscono ed agiscono nei nuovi contesti socio-lavorativi.

Tali aspetti riguardano diversi aspetti della vita sociale e familiare: la nascita di un figlio è diventata sempre più una scelta consapevole e deliberata della coppia ed in conseguenza i figli sono un bene sempre più raro e prezioso ed entrambi i genitori sono più disponibili e desiderosi di prendersene cura ²⁰¹.

Gli studi psicologici, ormai da anni, hanno accresciuto la consapevolezza dell'importanza della figura paterna nel processo di sviluppo cognitivo e affettivo dei bambini, sia nella famiglia intatta, sia in caso di rottura coniugale a tale dato si deve aggiungere l'altra grande novità degli ultimi anni: la diffusione del lavoro retribuito delle madri. Non può essere infatti che è attraverso il cambiamento della maternità che si è avuta una rivoluzione nella percezione sociale e giuridica della paternità.

Generalizzando realtà ben più complesse è possibile affermare, però, che la concezione tradizionalista della famiglia si basava su di una dicotomia *pubblico/privato* in cui il padre

²⁰¹ ZANATTA A. L., *Padri e congedo parentale*, in *Genere, famiglia e salute*, 2007, 345 ss.

rappresentava il pubblico, il mediatore tra la famiglia e l' esterno e la madre era il privato, la sfera domestica, il mondo dell' affettività²⁰².

Nella società contemporanea questa separazione di sfere in base al genere (affettività da una parte, autorità dall' altra) non ha più ragione di essere in quanto è radicalmente cambiata la posizione delle donne nella società; la scolarizzazione, la crescente presenza nel mondo del lavoro e nella vita sociale, l' influenza culturale del femminismo hanno fatto sì che le donne uscissero dalle mura domestiche per entrare in contatto diretto con la società ed assumere ruoli pubblici.

Con ciò non si vuole né affermare che i padri, nel passato, non avessero una sfera affettiva né che il recente avvicinamento tra la funzione materna e paterna abbia portato ad una completa interscambiabilità dei ruoli genitoriali²⁰³.

Le ricerche italiane mostrano, da un lato, un divisione di genere del lavoro familiare ancora fortemente disuguale e sbilanciata a svantaggio delle donne e, dall' altro, una decisa propensione dei padri – specialmente se giovani e istruiti – allo svolgimento, nei confronti dei figli, le attività di gioco e di tempo

²⁰² CAMPANINI G. *Potere politico e immagine paterna*, in *Vita e Pensiero*, Milano, 1985, pp. 212 ss

²⁰³ ZANATTA A. L., *Padri e congedo parentale*, in *Genere, famiglia e salute*, 2007, 348 ss.

libero ²⁰⁴, anche se le politiche sociali dell' ultimo decennio hanno cercato di incoraggiare e incentivare una maggiore presenza dei padri nella vita familiare.

Gli istituti dei congedi parentali e dei riposi giornalieri hanno sicuramente favorito, negli ultimi tempi, una maggiore interscambiabilità tra i ruoli genitoriali ed una interessante ricerca italiana ha fornito alcuni elementi interessanti per individuare e comprendere meglio chi sono, in pratica, i padri che scelgono di avvalersi degli istituti messi a disposizione dal legislatore per potersi dedicare alla cura dei figli ²⁰⁵. Da quanto emerge dalla summenzionata ricerca, quindi, il *padre-lavoratore dipendente* tipo che sceglie di avvalersi dei congedi parentali ²⁰⁶:

- È giovane, in genere non supera i 35 anni, in quanto appartiene ad una generazione più esposta ai cambiamenti sociali e culturali;
- ha più di un figlio; è in tali contesti familiari che sono più sentite le esigenze organizzative e quelle partecipative alla vita del minore;

²⁰⁴ Le ricerche comparate a livello europeo mettono in luce che i padri italiani hanno il più basso grado di coinvolgimento in attività di cura dei figli, quali preparare pasti, vestirli, curarli se ammalati, aiutarli nei compiti. DI GIULIO P. – CARROZZA S., *Il nuovo ruolo del padre*, in PINELLI A., RACCIOPPI F., RETTAROLI R., *Genere e demografia*, Bologna, Il Mulino, 2003, 311 ss.

²⁰⁵ La ricerca menzionata nel testo è stata svolta, tra il 2002 ed il 2004 su circa 1500 padri lavoratori dipendenti di enti pubblici e imprese private del Lazio e dell' Abruzzo che avevano almeno un figlio di età inferiore agli anni 8.

²⁰⁶ GAVIO F.- LELLERI R., *La fruizione dei congedi parentali in Italia nella pubblica amministrazione, nel settore privato e nel terzo settore. Monitoraggio dell'applicazione della legge 53/2000 dal 2001 al 2004*, 2005, in www.osservatorionazionalefamiglie.it

- è sposato (o convive) con una lavoratrice autonoma che generalmente ha orari di lavoro prolungati ed, in alcune ipotesi, anche un reddito di lavoro più alto di talché si preferisce “sacrificare” il reddito più basso, nel caso di specie quello paterno;
- svolge mansioni da impiegato. Sembra, infatti, che il ceto sociale giochi un ruolo fondamentale nel costruire l’immagine della paternità e che quella del padre coinvolto nella cura dei figli riscuota più successo nel ceto medio; sembrerebbe che gli uomini della classe operaia siano più legati ad una idea più tradizionale della mascolinità mentre la scarsa adesione al congedo parentale da parte dei dirigenti si spiegherebbe con un maggior investimento personale nel lavoro e nella carriera, tipico dell’identità maschile di chi ricopre ruoli di elevata responsabilità ²⁰⁷.

Prima approfondire la configurazione giuridica della paternità appare opportuno, alla luce di quanto detto, sottolineare che anche se è ormai diffusa la consapevolezza del valore dei figli come bene in sé e che l’idea che i compiti di cura rientra tra quelli del buon padre, ciò, nella realtà, non si traduce in un automatico utilizzo del congedo parentale.

²⁰⁷ ZANATTA A. L., *Padri e congedo parentale*, in *Genere, famiglia e salute*, 2007, 356 ss

Lo scarso ricorso all'istituto del congedo parentale da parte degli uomini è, presumibilmente, dovuto anche a fattori di carattere economico.

In Italia, infatti, nella maggior parte delle famiglie, è il reddito maschile quello più elevato e, di conseguenza, si preferisce sacrificare il reddito della madre lavoratrice.

Tale circostanza è confermata anche dalla disciplina del settore pubblico laddove, essendo previste condizioni più favorevoli, il numero dei padri che usufruiscono dei congedi parentali è, seppur in misura minima, superiore rispetto al settore privato.

Nel caso di congedo di maternità/paternità è, infatti, previsto che il datore di lavoro corrisponda l'intera retribuzione ²⁰⁸, nell'ipotesi, invece di parto prematuro, se il bambino è ricoverato in una struttura pubblica o privata, il periodo di congedo obbligatorio per maternità non utilizzato prima del parto e dopo il parto può essere usufruito dall'effettivo rientro a casa del bambino ²⁰⁹.

D' altronde anche il trattamento previdenziale è più favorevole, anche se la questione è controversa, perché secondo l'Inpdap il datore di lavoro deve versare la contribuzione effettiva alla relativa gestione, come in costanza di rapporto di lavoro, mentre il T.U. (art. 25) prevede espressamente l'accredito figurativo.

²⁰⁸ Con riferimento si alla retribuzione fissa che a quella ricorrente, compresa la retribuzione di posizione, il salario di produttività, l'indennità di amministrazione, l'indennità di posizione organizzativa, oltre alle quote di incentivo eventualmente previste dalla contrattazione integrativa.

²⁰⁹ SCARPONI S., *Il lavoro delle donne tra produzione e riproduzione: profili costituzionali e citizenship*, in *Lav e Dir*, 2001, 103.

In particolare, poi, è proprio la disciplina dei congedi parentali ad essere più favorevole rispetto al settore privato: i periodi sono gli stessi del settore privato, ma i primi trenta giorni di sono retribuiti interamente, ed anche le assenze per la malattia del bambino, sono regolamentate rispetto al settore privato con maggior favore: fino al terzo anno di età del bambino trenta giorni all'anno sono retribuiti.

4. La rilevanza giuridica della *paternità* nel diritto del lavoro.

In natura, la *paternità* è fonte di vita ed è dunque inevitabile che, come tale, assuma un rilievo fondamentale anche nelle leggi dei diversi consorzi sociali.

Il più antico riferimento alla *paternità* può essere rinvenuto già nelle tavole della Legge, ove il comandamento che impone ai figli di onorare i genitori sottintendendo l'esistenza di doveri del padre e della madre nei confronti dei bisogni spirituali e materiali dei figli²¹⁰. D' altra parte, l'imposizione di obblighi derivanti dalla responsabilità della procreazione rappresenta un dato costante di

²¹⁰ BOLLANI A., *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *NLCC*, n. 6, 2001, 1337 ss.

tutti gli ordinamenti giuridici in tutte le epoche storiche, anche a fronte di un potere laico e secolarizzato ²¹¹.

Nell'ordinamento giuridico italiano, è una norma di rango costituzionale, l'art. 30 della Costituzione, a sancire il diritto/dovere dei genitori di «*mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio*», nella legislazione ordinaria è il codice civile a consegnarci un insieme di norme nelle quali il genitore è titolare di posizioni giuridiche soggettive passive, *sub specie* di obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione della prole (art. 147 c.c.) legittima, legittimata o riconosciuta, all' uopo occorre rilevare che tale precetto, sebbene collocato nel titolo IV del libro I dedicato al matrimonio, in virtù dei richiami operati dagli artt. 261, 283 e 290 c.c., esprime una regola valevole anche al di fuori del matrimonio.

A seguito della c.d. riforma del diritto di famiglia (legge 19 maggio 1975 n. 151 ²¹²) padre e madre sono in tutto equiparati sia nel rapporto coniugale, in conformità con il precetto costituzionale enunciato nell'art. 29 della Costituzione, sia negli obblighi verso la prole.

Quando anche, in questo quadro, si volesse evidenziare l'esistenza, in capo ai genitori di posizioni giuridiche attive, per esempio quelle riguardanti la potestà genitoriale, la rappresentanza legale dei figli etc., oltre che nel legittimo *ius corrigendi* si dovrebbe

²¹¹ GRASSETTI C., *I principii costituzionali relativi al diritto familiare*, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, (a cura di) CALAMANDREI P., Firenze, 1950, 285 ss.

²¹² Gazz. Uff., 23 maggio, 1975 n. 135, edizione straordinaria.

tuttavia ammettere che esse sono riconosciute dall'ordinamento semplicemente in quanto strumentali all'assolvimento degli obblighi che la legge pone, in favore dei figli, in capo ai genitori medesimi. In altre parole, le prerogative dei genitori appaiono chiaramente funzionalizzate alla migliore soddisfazione dell'interesse dei figli, tanto che la legge si preoccupa di disciplinare la possibile decadenza dalla potestà del genitore che, come detta l'art. 330 c.c. «*trascura i doveri ad essa inerenti*».

Vale la pena di rimarcare come la rilevanza giuridica della paternità vada apprezzata, civilisticamente, in una logica che è comunque tutta interna ai rapporti familiari, entro tale logica lo Stato, per quanto sia impegnato sul piano pubblicistico, attraverso le moderne forme di *welfare*, al sostegno delle situazioni di bisogno, non impone alcun obbligo ai soggetti privati esterni alla famiglia ²¹³.

L'art. 37 della Costituzione, accanto alla esplicitazione di un principio di parità di trattamento del lavoro femminile e di quello maschile, impone che le condizioni di lavoro assicurino alla madre ed al bambino una «*speciale ed adeguata protezione*», peraltro anche prima dell'entrata in vigore della Costituzione il nostro ordinamento, come ampiamente approfondito nel II capitolo del

²¹³ BOLLANI A., *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *NLCC*, n. 6, 2001, 1338 ss.

presente lavoro, aveva già conosciuto una serie di norme poste a tutela della lavoratrice madre ²¹⁴.

In tal modo, nel tempo, si è determinata una diretta incidenza degli obblighi nascenti dai rapporti familiari su rapporti giuridici intercorrenti tra la madre (o il padre) ed il datore di lavoro di talché ne è derivato un allargamento – al di fuori del nucleo familiare – della cerchia dei soggetti su cui la maternità/paternità fa ricadere, seppur indirettamente, i suoi effetti.

L'impianto normativo tradizionale è modellato essenzialmente sugli obblighi specifici di tutela della donna che emergono dal «*mero dato biologico della maternità*»²¹⁵, tale impianto è stato solo parzialmente messo in discussione dall' art. 7 della L. 903/1977 che ha riconosciuto per la prima volta alcuni diritti al padre lavoratore, si tratta di una norma promozionale pensata più in favore delle donne che dei figli non emergendo alcuna scelta politico- legislativa orientata in via prioritaria alla tutela dell' infanzia. Solo nel 2000, laddove il legislatore italiano seppur indirettamente decide di recepire sia gli orientamenti comunitari sia le evoluzioni della giurisprudenza costituzionale, si palesa con definitiva chiarezza un nesso tra l'esistenza degli obblighi endofamiliari ed i rapporti di lavoro, nel senso che lo svolgimento

²¹⁴ BALLESTRERO M. V., voce *Donne (lavoro delle)*, in *Digesto*, IV ed., V, Torino, 1999, 171 ss.

²¹⁵ PERSIANI M., *La disciplina del lavoro femminile*, in *Giur. It.*, 1968, IV, 103 ss.

dei secondi non deve costituire un ostacolo al pieno assolvimento dei primi.

L' imposizione di specifici obblighi in capo ai datori di lavoro trae la sua giustificazione dalla necessità di assicurare la migliore tutela di beni giuridici ai quali è conferito rango costituzionale: tra tali beni giuridici la legge esprime con indiscutibile chiarezza una volontà di tutela dell'infanzia in modo tale che la speciale protezione del bambino non riveste più il ruolo di mero corollario che discendeva dalla speciale protezione accordata alla madre, raccordandosi adesso con la promozione del pieno e migliore degli obblighi dei genitori ²¹⁶. In questa ottica risulta evidente che il combinato disposto degli artt. 30 e 37 della Costituzione giustifichi pienamente l'assoggettamento del datore di lavoro ad alcuni obblighi anche in favore del padre lavoratore, se è fondata una tale lettura - ovvero che i diritti dei genitori sono strettamente connessi all' adempimento dei loro obblighi di cura imposti dalla Costituzione e dal codice civile - il vero nodo politico legislativo è quello relativo alla misura ed alle modalità di esercizio di tali diritti, atteso che proprio l'estraneità del datore di lavoro ai rapporti familiari dovrebbe indurre il legislatore a ricercare un saggio contemperamento di interessi.

Quanto sin qui detto è da riferirsi a tutto l'insieme dei diritti disciplinati dal T.U. nel quale trovano sfogo due diverse istanze: da

²¹⁶ DI NUNZIO P., *La nuova tutela della maternità e della paternità*, in *GL*, 2000, n. 12, 13.

un lato la promozione della parità tra i sessi (attraverso al redistribuzione dei compiti familiari) e dall'altro la tutela del bambino (dalla cui cura debbono farsi carico entrambi i genitori). E ciò non fa altro che riflettere la doppia anima dell'art. 37, I comma della Costituzione nel quale convivono entrambi gli obiettivi appena ricordati: ed è in tale ottica che il ruolo del padre è andato acquisendo una propria fisionomia nel coagulo costituitosi tra la legislazione del 1977 e le elaborazioni dottrinali e la giurisprudenza costituzionale.

Nella qualificazione e nella promozione della figura paterna ha, da sempre, svolto un ruolo fondamentale la giurisprudenza della Corte Costituzionale che ha rappresentato la vera fonte ispiratrice degli interventi legislativi.

In realtà poca incidenza ha avuto la direttiva comunitaria n. 96/34 che è più incentrata alla promozione della conciliazione della vita professionale con quella lavorativa e per promuovere la parità di trattamento tra gli uomini e le donne; l'attuazione della direttiva in tema di congedi parentali ha quindi costituito solo l'occasione per riscrivere anche la disciplina dell'astensione obbligatoria e dei riposi giornalieri e per chiarire, sulla scia degli interventi manipolativi della Corte costituzionale, la portata dei diritti del padre ²¹⁷.

²¹⁷ BOLLANI A., *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *NLCC*, n. 6, 2001, 1340 ss.

5. La figura del *padre-lavoratore*: i contributi giurisprudenziali.

Nel percorso giuridico che ha portato all' emersione della figura del padre lavoratore hanno, da sempre, giocato un ruolo fondamentale le pronunce della Corte Costituzionale che sin dagli anni Ottanta si è trovata a decidere in merito alla legittimità costituzionale di norme a tutela della genitorialità; tali pronunce si sono intrecciate (e spesso hanno condizionato fortemente) con le scelte legislative.

Nel succedersi di diverse tappe la Consulta ha, infatti, percorso un cammino che l' ha lentamente condotta ad estendere al padre alcuni diritti riconosciuti dal legislatore esclusivamente alla madre.

Gli interventi sono cominciati con la sentenza n. 1 del 19 gennaio 1987 con la quale la Consulta intervenendo sull' art. 7 della L. 903/1977, con la tecnica della sentenza additiva, ha riconosciuto al padre il diritto all' astensione obbligatoria ed ai riposi giornalieri nelle ipotesi di decesso o grave infermità della madre ²¹⁸. Successivamente la Consulta ha allargato il diritto all' astensione dal lavoro al padre affidatario di minore, per i primi tre mesi successivi all' ingresso del bambino nella famiglia affidataria, in alternativa alla moglie lavoratrice ²¹⁹.

²¹⁸ CHIRULLI M., *L'indennità di maternità per il padre*, in *Prev. Forense*, n. 4, 2005, 368.

²¹⁹ Corte cost. 15 luglio 1991 n. 341, in *FI*, 1991, 2297

Con la sentenza n. 179 del 21 aprile 1993 ²²⁰;, poi, la Corte costituzionale dichiara illegittimo l' art. 7 della l. 903/1977 nella parte in cui non estende – in via generale ed in ogni ipotesi – al padre lavoratore, in alternativa alla madre lavoratrice, il diritto ai riposi giornalieri; infine con la sentenza n. 104 del 2003 ²²¹ che ha riconosciuto il diritto ai riposi giornalieri, in caso di adozione e affidamento, entro il primo anno dall' ingresso del minore in famiglia anziché entro il primo anno di vita del bambino.

Con la sentenza additiva di principio del 14 ottobre 2005 n. 385 ²²², che ha dichiarato l' illegittimità costituzionale degli artt. 70 e 72 del T.U. - laddove non prevedevano il principio che al padre libero professionista spetti di percepire l' indennità di maternità attribuita solo a quest'ultima - la Corte ha riconosciuto i risultati dell' evoluzione legislativa, che si era succeduta nel tempo, e caratterizzata da due tipi di progressiva e parallela apertura: una intesa ad estendere ai genitori adottivi e affidatari i diritti ed i doveri spettanti ai genitori naturali, l'altra, sicuramente più interessante, relativa all' estensione al padre lavoratore della maggior parte delle prerogative spettanti alla madre lavoratrice.

In tutte le pronunce della Corte costituzionale appena menzionate, è ravvisabile una identità di *ratio*, consistente nella

²²⁰ Corte cost. 21 aprile 1993 n. 179, in *Mass. Giur. Lav.*, con nota di SAETTA S., 1993, 143 ss.; BONAMORE D., *Il bambino centro della tutela biologica e giuridica dell'ordinamento (art. 2 Cost.) in relazione all'eguale munus gravante sui procreanti e, in difetto, sulla collettività*, in *Gius. Civ.*, 1993, II, 2317 ss.

²²¹ Corte cost. 1 aprile 2003 n. 104, in www.giurcost.org/decisioni.

²²² CHIRULLI M., *L'indennità di maternità per il padre*, in *Prev. Forense*, n. 4, 2005, 363

volontà di garantire una adeguata assistenza al bambino, tanto sul piano dei bisogni materiali quanto su quello di un suo equilibrato sviluppo psicologico ed affettivo ²²³.

Tale volontà emergeva con evidenza, oltre che dalle lineari motivazioni delle sentenze summenzionate, anche dalla considerazione dei parametri di legittimità costituzionale che la Corte ha ritenuto violati: sin dalle prime pronunce accanto agli artt. 3 e 37, sono stati sempre richiamati anche gli artt. 30 e 31 espressamente orientati all'esclusiva tutela dei figli e della famiglia. Basti ricordare che la Corte aveva già ritenuto, nella sentenza n. 1 del 1987 di poter rinvenire, nelle norme della legislazione allora vigente, una specifica «*considerazione degli interessi del bambino, che appare destinatario concorrente, quando non prevalente ed esclusivo, di significative previsioni*», e poi con la sentenza n. 179/1993, con riferimento all' art. 10 della l. 1204/1970 dichiarato costituzionalmente illegittimo, « (...) *da tale disposizione di legge traeva origine una più moderna evoluzione di questo aspetto del diritto di famiglia, nel senso che pur permanendo la coscienza della funzione sociale della maternità, si è andato sempre più valorizzando il prevalente interesse del bambino e (...) si sono riconosciuti paritetici diritti/doveri di entrambi i genitori*». Successivamente, nella sentenza n. 385/2005, la Corte ha chiaramente rilevato che alcuni istituti «(...) *nati a salvaguardia della maternità, in particolare i congedi ed i*

²²³ MORMILE A., voce «*Le lavoratrici madri*», in *Enc. Giur. Treccani*, agg. 1993, 7 ss.

*riposi giornalieri non hanno più, come in passato, il fine precipuo ed esclusivo di protezione della donna, ma sono destinati alla difesa del preminente interesse del bambino non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente fisiologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della sua personalità»*²²⁴.

Nella sentenza in esame, la Corte nello svolgere il controllo di ragionevolezza, rileva che il non riconoscere al padre il diritto all'indennità di maternità nei primi tre mesi successivi all'ingresso del bambino in famiglia (in ipotesi di adozione) «*costituisce un ostacolo alla presenza di entrambe le figure genitoriali*» e quindi, in sostanza, una lesione dell'interesse del minore²²⁵.

E' d'altronde evidente come la parità tra genitori – che in armonia con quanto affermato dalle pronunce della Consulta è l'unico aspetto che garantisce effettivamente il benessere del minore – sia strettamente connessa alla parità fra lavoratori e lavoratrici: da un lato, le disposizioni di tutela, se riservate alle sole donne, possono disincentivare l'impiego di manodopera femminile; dall'altro il disequilibrio nella ripartizione del lavoro di cura, grava le

²²⁴ CHIRULLI M., *L'indennità di maternità per il padre*, in *Prev. Forense*, n. 4, 2005, 372.

²²⁵ BORRELLI S., *L'irragionevole esclusione dei padri liberi professionisti dal diritto all'indennità di maternità*, in *Studium Iuris*, n.5. 2006, 535 ss.; BALLESTRERO M.V., *Eguaglianze e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive.*, in *Lav. e Dir.*, 2004, 501 ss.

donne di un doppio ruolo rendendo difficile la conciliazione tra la funzione familiare ed il lavoro extradomestico ²²⁶.

Il lungo percorso giurisprudenziale (e legislativo) che ha interessato in primo luogo la tutela della maternità, poi la parità di trattamento delle donne sul lavoro e successivamente la parità dei ruoli dei genitori nel lavoro di cura, consentendo il passaggio dal concetto di tutela dei diritti “*dei*” figli rispetto a quelli “*sui*” figli ²²⁷, ha favorito sicuramente una delineazione più precisa della figura del padre lavoratore; tale figura non può essere compresa appieno se non si approfondiscono alcuni aspetti dell’ *habitat* all’ interno del quale si muove il padre lavoratore.

²²⁶ BORRELLI S., *L'irragionevole esclusione dei padri liberi professionisti dal diritto all'indennità di maternità*, in *Studium Iuris*, n.5. 2006, 533 ss.

²²⁷ BONAMORE D., *Il diritto «dei» e «sui» figli dalla Costituzione all'adozione speciale*, in *Pol. Dir.*, 1981, 103 ss.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., (1997) *I percorsi della storia -Enciclopedia*,
De Agostini.

ALES E. (1999)*Famiglia e diritto della sicurezza
sociale: modelli e strumenti giuridici per un
nuovo Stato sociale*, in *DL*, I, 151 ss.

AMATO F. (2001) *Il congedo di maternità e di
paternità*, in (a cura di) GOTTARDI D. – DEL
PUNTA R., *I nuovi congedi*, Il sole 24ore, Milano.

ARRIGO G. (1992) *L'Accordo di Maastricht sulla
politica sociale*, in *LI*, n. 12, 11 ss.

ARRIGO G. (1996) *La politica sociale nel Trattato di
Amsterdam: una 'riforma minore' destinata a
crescere*, in *Dir. Lav.*, I, 33.

BALLESTRERO M. V. (1999) voce «*Donne (lavoro
delle)*», in *Dig. Disc. Priv. – sez. comm.*, IV ed.,
Torino.

BALLESTRERO M.V. (1998) *Corte Costituzionale e Corte di Giustizia. Supponiamo che...*, in *Lav e Dir*, 485 ss.

BALLESTRERO M.V. (2004) *Eguaglianze e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive.*, in *Lav. e Dir.*, 501 ss.

BASENGHI F. (2001) *Licenziamento, dimissioni, diritto al rientro e lavoro notturno*, in *G.L.*, N. 19/2001, 37 ss.

BAYLOS GRAU A.(1996) *I fondi strutturali*, in (a cura di) BAYLOS GRAU A., CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S., *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi, Bologna.

BIAGI M. (1996) *La fortuna ha sorriso alla Presidenza italiana dell'Unione Europea: prime note di commento alle direttive sul distacco dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*, in *DRI*, n. 3, 5 ss.

BIANCA M. (2005) *Diritto civile 2, La famiglia. Le successioni*, Milano

BIANCHI N. (2001) *Congedi di maternità, assunzioni interinali e sgravi contributivi*, in *GL*, n. 29, 33s
s

BOLLANI A.(2001) *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *NLCC*, n. 6, 1343 ss.

BONAMORE D. (1981) *Il diritto «dei» e «sui» figli dalla Costituzione all'adozione speciale*, in *Pol. Dir.*,
103 ss.

BONAMORE D. (1993) *Il bambino centro della tutela biologica e giuridica dell'ordinamento (art. 2 Cost.) in relazione all'eguale munus gravante sui procreanti e, in difetto, sulla collettività*, in *Gius. Civ.*, II, 2317 ss

BORRELLI S. (2006) *L'irragionevole esclusione dei padri liberi professionisti dal diritto all'indennità di maternità*, in *Studium Iuris*, n.5, 533 ss.

CAMPANINI G. (1985) *Potere politico e immagine paterna*, in *Vita e Pensiero*, Milano, 212 ss

CASOTTI A. - GHEIDO M.R. (2005) *La costituzione del rapporto previdenziale è rimessa alla diligenza dell'interessata*, in *GD.*, n. 43, 67 ss

CHIRULLI M. (2005) *L'indennità di maternità per il padre*, in *Prev. Forense*, n. 4.

CINELLI M. (1998) *Diritto della previdenza sociale*, Torino.

D' ANGELI FIORELLA (2006), *Profili dell'incidenza del lavoro nella costituzione e nella vita di famiglia*, in *ADL*, n.1, 39 ss.

DELL' OLIO M. (1999) voce *Sospensione del rapporto di lavoro*, in *Dig. Disc. Priv - sez comm.*, XV, Torino.

DEL PUNTA R. (1992) *La sospensione del rapporto di lavoro*, in *Il codice civile - Commentario (artt. 2110 -2111)*, diretto da SCHLESINGER P., Giuffrè, Milano.

DEL PUNTA R. (2000) *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *RIDL*, I, 149 ss.

DE SIMONE V. (1986) *La giurisprudenza sulla parità tra lavoratori e lavoratrici*, in *RTDPC*, 1032 ss.

D' HARMANT – FRANCOIS A.(1998) *L'armonizzazione delle legislazioni sociali e l'Atto Unico europeo*, in *ASI*, n. 3, 61 ss.

DI GIULIO P. – CARROZZA S. (2003) *Il nuovo ruolo del padre*, in PINELLI A., RACCIOPPI F., RETTAROLI R., *Genere e demografia*, Bologna, Il Mulino.

DI NUNZIO P. (2000) *La nuova tutela della maternità e della paternità*, in *GL*, n. 12, 10 ss.

ENRICO C. e MINALE E. (2001) *La disciplina del congedo parentale nel Testo Unico*, in *GL*, n. 19, 24 ss.

ESPING-ANDERSEN G. (1990) *I fondamenti sociali delle economie postindustriali*, Il Mulino, Bologna.

FERRARI BRAVO L. – GIARDINA A.(1965) in *Trattato istitutivo della Comunità europea. Commentario*, vol. III, Milano, Giuffrè.

FILÌ V. (2004) *Esperimenti regionali di politiche del lavoro e di politiche per la famiglia*, in *LG*, n. 4, 341 ss.

FIORINI M. (2005) *Solo la presenza di entrambi i genitori può garantire un corretto inserimento* (commento alla sentenza Corte Cost. 11 – 14.10.2005 n. 385), in *GD*, n. 42, 48ss.

FONTANA A. (2000) *Le nuove disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità: il commento*, in *Fam. e dir.*, n. 4., 328.

GALGANO F.(1990) *Manuale di diritto privato*, Padova, Cedam.

GAVIO F.- LELLERI R. (2005) *La fruizione dei congedi parentali in Italia nella pubblica amministrazione, nel settore privato e nel terzo settore. Monitoraggio dell'applicazione della*

*legge 53/2000 dal 2001 al 2004, in
www.osservatorionazionalefamiglie.it*

GAZZONI F. (2003) *Manuale di diritto privato*, E.S.I.,
Napoli.

GOTTARDI D.(1996) *I congedi parentali in Europa*, in
LI, n.9, 12 ss

GOTTARDI D., (1999) *I congedi parentali
nell'ordinamento italiano*, in *LD*, n. 3, 500 ss.

GOTTARDI D. (2000) *I congedi parentali entrano nel
nostro ordinamento*, in *GL*, 9, 13 ss.

GOTTARDI D. (2002) *La tutela della maternità e della
paternità*, XIII, *Trattato di diritto di famiglia*,
(diretto da) ZATTI P. vol. VI.

GOTTARDI D. (2004) *La tutela della maternità e della
paternità alla prova della riforma del mercato
del lavoro*, in *Previdenza e Assistenza Pubblica
e Privata - Il diritto della Sicurezza Sociale*, n.2,
461 ss.

GRASSETTI C. (1950) *I principi costituzionali relativi al diritto familiare, Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, (a cura di) CALAMANDREI P., Firenze.

GUERRIELLO F. (1992) *Ordinamento comunitario ed autonomia collettiva. Il dialogo sociale*, Milano.

IZZI D. (1997) *Congedi parentali: un passo avanti verso la parità lavoratori-lavoratrici*, in *DPL*, n. 40, 2686.

LA MACCHIA C. (1990) *La Carta comunitaria dei diritti sociali*, in *DLRI*, 769 ss.

LENSI C. (2007) *La tutela ed il sostegno della maternità e della paternità*, in *Codice delle pari opportunità* (a cura di DE MARZO G.), Giuffrè.

MANCINI G.F. (1988) *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità Europee*, in AA. VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Padova, Cedam.

MARINO V. (2001) *Indennità di preavviso e lavoratrice madre che abbia trovato nuova occupazione*, in *RIDL*, 515 ss.

MATTAROLO G.(1981) *Indennità di maternità e funzione familiare della lavoratrice*, in *NLCC*, 171 ss.

MAZZIOTTI F. (1998) *Diritto della previdenza sociale*, Napoli, 1998.

MISCIONE M. (2001) *I congedi parentali, L.53/2000 (in T.U. n. 151/2000, Ipsoa..*

MORMILE A. (1993) voce «*Le lavoratrici madri*», in *Enc. Giur. Treccani*, agg.

NICOLINI G. (2000) *Congedi parentali. Come cambia l'astensione obbligatoria facoltativa. Riposi giornalieri e permessi per le malattie del bambino. I permessi e i congedi per gravi motivi familiari*, Milano, Giuffrè

NUNIN R. (1999) *dialogo sociale europeo e rappresentatività degli attori*, in *LG*, 405 ss.

NUNIN R. (2000) *La direttiva n. 96/34/CE sui congedi parentali ed il suo recepimento nell'ordinamento italiano*, in DL, I, 1ss

NUNIN R. (2001) *Il dialogo sociale europeo. Attori, procedure, prospettive*, Giuffrè, Milano.

OCCHINO A.(2001) *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in NLCC, n. 6, 1228 ss.

PAPALEONI M.(2001), *Riposi giornalieri, permessi e congedi per la malattia del figlio*, in GL, n. 19, 2001, 34 ss.

PERSIANI M. (1968) *Politica della famiglia e politica della previdenza sociale*, in ACLI, n. 6, 57 ss.

RANCI C. (2002) *Le nuove disuguaglianze sociali in Italia*, Bologna, Il Mulino.

REYNERI E. (2002). *Sociologia del mercato del lavoro*, Bologna, il Mulino.

RICCARDI A. (2000) *I congedi parentali*, in *MGL*, 352
ss.

ROCCELLA M. – TREU T. (1995) *Diritto del lavoro della
Comunità europea*, II ed., Padova.

ROCCELLA M. (1997) *La Corte di Giustizia ed il diritto
del lavoro*, Torino.

SANTINI F. (2004) *Indennità di maternità in caso di
adozione internazionale: una discriminazione
tra “categorie” di lavoratrici*, in *Previdenza e
Assistenza Pubblica e Privata - Il diritto della
Sicurezza Sociale*, n. 2, 531 ss.

SARACENO C.(2001) *Politiche del lavoro e politiche
della famiglia, una alleanza lunga e
problematica*, in *LD*, 37 ss.

SAETTA S. (1993) *La sentenza della Corte
Costituzionale 21 aprile 1993 n. 179*, in *MGL*,
143 ss.

- SCARPELLI F. (1999) *I nodi del neocorporativismo al pettine del diritto comunitario*, in *RIDL*, II, 306 ss.
- SCARPONI S. (2001) *Il lavoro delle donne tra produzione e riproduzione: profili costituzionali e citizenship*, in *Law. e Dir.*, 2001, 103 ss.
- SQUEGLIA M. (2006) *Sospensione della prestazione lavorativa e diritti del lavoratore*, Torino.
- SUPPIEJ A. (2001) *La tutela della paternità e della maternità nel Testo Unico*, in *GL*, n. 19, 8 ss.
- VACCARO M. (1983) *La sospensione del rapporto di lavoro*, Napoli, 1983.
- VALLAURI M.L. (2000) in DEL PUNTA R. – LAZZERONI L. – VALLAURI M.L., in *I congedi parentali*, Giuffrè.
- VALLAURI M.L. (2001) *Il congedo parentale*, in (a cura di) GOTTARDI D. – DEL PUNTA R., *I nuovi congedi*, Il sole 24ore, Milano.

ZANATTA A. L. (2007) *Padri e congedo parentale*, in
Genere, famiglia e salute, Ed. Franco Angeli.

Sitografia

- www.cortedicassazione.it
- www.eurofound.eu.int
- www.giurcost.org/decisioni
- www.giustizia.it
- www.osservatorionazionalefamiglie.it
- www.parlamento.it
- www.retepariopportunita.it